



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAUL CÉZAR DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA

CONTRATOS EMPRESARIAIS DE ADESÃO: formação, validade e interpretação

Recife

2021

RAUL CÉZAR DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA

**CONTRATOS EMPRESARIAIS DE ADESÃO: FORMAÇÃO, VALIDADE E
INTERPRETAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado

Linha de pesquisa: Transformações das Relações Jurídicas Privadas.

Orientadora: Prof.^a Dra. Larissa Maria de Moraes Leal.

Recife

2021

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736.

O48c Oliveira, Raul César de Albuquerque.
Contratos empresariais de adesão: formação, validade e interpretação / Raul César de Albuquerque Oliveira. -- Recife, 2021.
177 f.

Orientadora: Prof.^a Dra. Larissa Maria de Moraes Leal.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2021.

Inclui referências.

1. Direito empresarial – Brasil. 2. Contrato empresarial. 3. Tutela jurídica.
4. Interpretação contratual I. Leal, Larissa Maria de Moraes (Orientadora). II.
Título.

346.81065 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2022-01)

RAUL CÉZAR DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA

**CONTRATOS EMPRESARIAIS DE ADESÃO: FORMAÇÃO, VALIDADE E
INTERPRETAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado

Aprovado em: 30/09/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Larissa Maria de Moraes Leal (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco / UFPE

Prof. Dr. Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco / UNICAP

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco / UFPE

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco / UFPE

A Maria Salomé de Albuquerque,
cedro do Líbano e palmeira do mangue,
de quem quase tudo aprendi

AGRADECIMENTOS

Sôbolos escritos que dispenso ao escrutínio do leitor, eu agradeço: ao Maravilhoso Conselheiro, por tudo e, sobretudo, pelo imerecido; a Maria Salomé de Albuquerque, pelo que eu jamais poderei esquecer; a Lígia Cavalcanti de Albuquerque, pela proficiência incansável na cátedra da minha vida, desde 1996; a Professora Larissa Leal, pela confiança, pela condução gentil e poderosa, e por usar as palavras como se fossem mãos; ao Professor Torquato Castro Jr., por estender o domínio das metáforas; ao Professor Roberto Paulino, por Pontes de Miranda e por aquela conversa no terceiro departamento; ao Professor Venceslau Tavares, por semear livros (e artigos) à mancha; ao Professor Humberto Carneiro, pela parceria e pelo exemplo; ao Professor Fernando Ivo, porque o erro se verteu em acerto, como em Caná da Galileia; ao Professor Lucas Buril, pela amizade e pelos conselhos; a Karen Lima, Luiz Cláudio, Hugo Novaes, Natália Freire, Helena Bancillon, Paolla Barbosa, Maria Eduarda Almeida, João Ricardo Tavares e Tarcísio de Souza Neto, porque a sua companhia nesses quase três anos decerto deu outro tom à caminhada; a quem me levou para tomar um café nesses quase três anos; a quem, vivendo de um jeito tão bonito, me deu vontade de chamar para tomar um café nesses quase três anos; e a quem aceitou meus convites para tomar um café nesses quase três anos, ainda que estejamos inadimplentes com o acordo firmado; a Vinícius de Moraes, por lembrar que amar *king-size* será sempre a solução das nossas maiores tonturas e canseiras; a Manoel de Barros, porque, de fato, o esplendor da manhã não se abre com faca; a Italo Calvino, porque o mundo repousa mesmo sobre entidades sutilíssimas; a Clarice Lispector, porque aprendi a não indagar do mistério justamente para não trair o milagre; e a Guimarães Rosa, porque eu sei que aos barcos de papel todos os abismos são navegáveis.

Este escrito é menos meu do que dos que amo.

Se o assino, é por negócio jurídico de afeto, mas a doutrina ainda não se debruçou sobre esse tema.

“Me desculpem as grandes perguntas pelas respostas pequenas”

(WISLAWA SZYMBORSKA)

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo investigar, no ordenamento jurídico nacional, a existência, o conteúdo e a extensão de uma tutela jurídica do empresário aderente. Confirmada a natureza negocial dos contratos de adesão e afastado o mito da paridade nos contratos empresariais, nenhuma de suas características próprias tem o condão de tornar incompatível com a categoria a presença de alguma tutela em caso de assimetria. No que tange aos contratos de adesão, a necessidade de tutela do aderente por essa condição é demonstrada, em razão dos riscos típicos gerados pelo processo uniformizador do predisponente, que se desenvolve por meio da pré-formulação de cláusulas uniformes e rígidas – e a situação de empresário não exclui essa tutela. No Código Civil, que regula os contratos empresariais, e na legislação esparsa, existem normas que formam a tutela jurídica do empresário aderente e que regem a formação dos contratos, a validade das cláusulas e sua interpretação.

Palavras-chave: contratos empresariais de adesão; tutela jurídica do empresário aderente; formação dos contratos; cláusulas abusivas; interpretação contratual.

RIASSUNTO

Questa tesi ha l'obiettivo di ricercare, nell'ordinamento giuridico nazionale, l'esistenza, il contenuto e l'estensione di una tutela giuridica dell'imprenditore aderente. Confermata la natura negoziale dei contratti di adesione e rifiutato il mito della parità nei contratti imprenditoriale, nessuna delle loro proprie caratteristiche rende incompatibile con la categoria la presenza di una tutela in caso di asimmetria. Riguardo ai contratti di adesione, il bisogno di una tutela dell'aderente per questa condizione è dimostrato, per via dei rischi tipici creati dal processo uniformante del predisponente, che si sviluppa attraverso la predisposizioni di Clausole uniformi e rigide – e la situazione dell'imprenditore non esclude questa tutela. Nel Codice Civile, che regolamenta i contratti imprenditoriali, e nelle legge sparse, ci sono regole che costituiscono la tutela giuridica dell'imprenditore aderente e che disciplinano la formazione dei contratti, la validità delle clausole e la loro interpretazione.

Parole chiave: contratti imprenditoriali di adesione; tutela giuridica dell'imprenditore aderente; formazione dei contratti; clausole abusive; interpretazione contrattuale.

PRÓLOGO

É possível fazer um jogo de *espelhos* entre o *contrato* e a *tragédia*.

E essa aproximação não seria inédita; fê-la anteriormente François Ost.

Mas uma pergunta remanesce: o que é o *belo* ou o *sublime* trágico?

Na tragédia, valsam *liberdade* e *necessidade*. Mas a dança só pode findar num *empate*.

O inevitável não pode sucumbir diante do eleito; a escolha não pode vencer a fatalidade.

Quando Schelling traça o perfil da tragédia, anota que este só se completa – isto é, só acessa a *Ideia* – quando, diante do *destino* inevitável (e necessário), o *herói* trágico – o culpado inocente – se submete *voluntariamente* ao decreto fatal.

Para que haja o trágico, segundo Lesky, são indispensáveis a *dignidade* da queda, a *relação* com o mundo e a *consciência* da situação insolúvel; deve haver, disse Goethe, uma contradição *inconciliável*: se o conflito tem alguma solução (difícil que seja), não há tragédia.

A tragédia envolve um encadeamento de fatos *queridos*; inexistente o acaso. Não queria Édipo matar Laio e desposar Jocasta? Questão é notar que, acima de atos *isoladamente* queridos, se estende uma manta para *conectá-los* de um modo trágico. Édipo nunca quis matar seu pai e desposar sua mãe. Eis o enredo, o culpado inocente e o conflito insolúvel.

Édipo, porém, aceita voluntariamente a punição.

Por isso, Aristóteles anota que o herói trágico só pode ser um *nobre*; sua qualificação impescinde de sua *absolutes* moral, porque é este dado que garante a sua *submissão querida* – equilibrando os pratos da necessidade e da liberdade – diante do conflito trágico cerrado.

Mas esse binômio liberdade-obrigatoriedade lembra o contrato.

Não basta que se prove que o contratante conhecia o que aceitou no ato de contratar para exigir a sua submissão voluntária?

Não é essa *absolutes* moral que se cobra do contratante que, ainda que não tenha querido aquilo no íntimo, deve cumprir o contrato?

Não é certo que, uma vez firmado o contrato, não haverá solução fora dele?

Seria o *pacta sunt servanda* o belo trágico?

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO10

2 DO PROBLEMA DO CONTRATO (E DA VONTADE CONTRATUAL)13

2.1 Considerações iniciais: uma crônica da vontade contratual13

2.2 Das vontades contratuais: um necessário *mise en place*19

2.2.1 *Autorregramento da vontade ou autonomia privada?*20

2.2.2 *Vontades ou declarações?*23

2.2.3 *A oferta e a aceitação (enquanto negócios jurídicos unilaterais)*29

2.3 A formação do consenso (e eventuais dissensos)33

2.4 A causa, a forma e o conteúdo do negócio36

3 DO PROBLEMA DA EMPRESA (E DA INTERATIVIDADE)40

3.1 Considerações iniciais: uma crônica do comércio e da empresa40

3.2 O elemento histórico e as permanências do direito comercial49

3.3 A autonomia do direito comercial e a unificação do direito privado52

3.4 Os cismas e a categoria dos contratos empresariais60

3.5 A importância e as características dos contratos empresariais65

3.6 Os contratos relacionais, colaborativos, duradouros e incompletos71

3.7 A questão da assimetria contratual77

4 DO PROBLEMA DA ADESÃO (E DA PADRONIZAÇÃO)91

4.1 Considerações iniciais: uma crônica da contratação por adesão91

4.2 Questões de nome: cláusulas, condições e contratos99

4.3 Os objetivos da padronização contratual e a tutela jurídica do aderente103

4.4 As características essenciais dos contratos de adesão109

4.5 A natureza jurídica do contrato de adesão116

4.6 A formação dos contratos de adesão121

4.7 A questão da cláusula abusiva (e de seu controle)125

5 DA TUTELA JURÍDICA DO EMPRESÁRIO ADERENTE131

5.1 Considerações iniciais: aderente, mas empresário, mas aderente131

5.2 Delineando o modo de tutelar o empresário aderente134

5.3 A tutela do empresário aderente na formação do contrato138

5.4 A tutela do empresário aderente na validade das cláusulas contratuais gerais141

5.4.1 *O controle formal das cláusulas contratuais gerais*142

<i>5.4.2 O controle material das cláusulas contratuais gerais</i>	144
5.4.2.1 A DISTINÇÃO ENTRE CLÁUSULAS ONEROSAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS	144
5.4.2.2 A IDENTIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	146
5.4.2.3 A SANÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	153
5.5 A tutela do empresário aderente na interpretação das cláusulas contratuais gerais	155
<i>5.5.1 A regra de interpretação mais favorável ao aderente</i>	<i>157</i>
<i>5.5.2. A prevalência da interpretação típica</i>	<i>159</i>
<i>5.5.3 A interpretação segundo a boa-fé objetiva</i>	<i>161</i>
6 CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS	168

1 INTRODUÇÃO

“Nas casas de meias paredes dividindo os quartos

Há uma promíscua comunhão de sons”

(RONALDO CORREIA DE BRITO)

Segundo o prólogo, a *pressa* e a *perfeição* têm uma profunda inimizade entre si. Porém, o contrato de adesão intenta *reconciliá-las*.

Fruto da Modernidade, conquanto tenha antecedentes relevantes, a contratação padronizada tem um vínculo íntimo com um certo *tempo* contratual, consideravelmente mais *célere*, que se torna *regra* na fase pós-industrial. Daí, não demora para que o contrato de adesão se torne um *instrumento* indispensável ao fluxo econômico contemporâneo.

Influxos de celeridade, de uniformidade e de maximização do controle *confluem* para que, pouco a pouco, uma espécie de *não-negociação* se transforme no modo mais comum de formação dos *negócios* jurídicos firmados no cotidiano.

Não sem surpresas e disputas, o contrato formado por *adesão* a cláusulas contratuais gerais – sendo estas dispostas de modo pré-elaborado, rígido e uniforme – toma seu assento no ambiente *contratual*, afirmando-se como artefato de *vontades*, e passa a regular sem grandes dificuldades um sem-número de relações *econômicas*.

Sem grande demora, é observado que essa *não-negociação*, embora parteje um negócio, fazendo uso de um método *sumário* de consentimento, cria um contexto favorável aos *abusos* de quem predispõe essas cláusulas padronizadas contra quem é posto na situação limitada de *aderir* ou não ao esquema-padrão.

Como o epicentro *estatístico* desse método de contratação (e o mais propenso aos abusos) é o feixe de relações entre fornecedores e *consumidores*, desenvolve-se logo uma legislação *protetiva* desta classe, na qual há uma *amálgama* de motivos (vulnerabilidades e assimetrias) para a concessão da tutela jurídica necessária.

É deixada para depois, porém, a conformação de uma tutela do *aderente* – isto é, de um conjunto de regras jurídicas que *protejam* a posição contratual ocupada pelo aderente, considerando objetivamente a sua posição nesse processo *sumário* de contratação, independentemente de outras assimetrias negociais.

Paralelamente, volta a lume o fato de que a contratação por adesão a cláusulas contratuais gerais também ocorre entre *empresários* no exercício das atividades econômicas que exercem *profissionalmente*, assumindo *riscos* com o objetivo do *lucro*.

Reúnem-se, pois, dois dados *aparentemente* inconciliáveis: a *proteção* contratual devida ao aderente, em razão da assimetria de forças contratuais verificada no processo em que está envolvido, e o reconhecimento do *profissionalismo* do empresário, que assume os riscos da atividade que desempenha e se apresenta como alguém capaz de *proteger-se*.

Daí surgir a tutela jurídica do empresário aderente como um encontro de águas.

E é nesse encontro que este trabalho se lança, dividindo-se em *quatro* capítulos.

No *primeiro* capítulo, será abordada a categoria jurídica do *contrato*, sob as luzes da teoria do fato jurídico, tal como criada por Pontes de Miranda e desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello. Desse modo, haverá uma porção de considerações sobre a questão posta entre a prevalência da *vontade* e da *declaração*. Com viés analítico, será apresentada a composição de *elementos* que formam o negócio jurídico, notadamente a *oferta* e a *aceitação*, como negócios jurídicos unilaterais interintegrativos, a fim de estudar com algum vagar a formação do *consenso* e de eventuais *dissensos*.

No *segundo* capítulo, será tratado o tema dos contratos *empresariais*. Passando pelo conceito de *empresa*, inclusive considerando a formação *histórica* do direito comercial, haverá a análise do tema da *unificação* do direito privado (ou do direito das obrigações, ao menos) e da *autonomia* dos contratos empresariais. Empós, serão exploradas a *importância* e as *características* desses contratos. Por fim, tratar-se-á da matéria relativa ao assim chamado “mito da *paridade* nos contratos empresariais”, com considerações acerca da existência de *assimetrias* também na contratação entre empresários.

No *terceiro* capítulo, abordar-se-á o assunto dos contratos de *adesão*. De início, serão tratadas as questões de *nomenclaturas* e, após isso, haverá a análise dos *objetivos* da padronização contratual – e do *porquê* da necessidade de uma *tutela* para o aderente. Depois, cuidar-se-á das *características* e da *natureza* do contrato de adesão. Por fim, será tratado o tema da *formação* dos contratos de adesão e dos tipos de *controle* de suas cláusulas.

O quarto capítulo versará sobre a *tutela* jurídica do *empresário* aderente no âmbito do ordenamento jurídico positivo brasileiro. De saída, tratar-se-á da aparente *contradição* na conduta de oferecer *proteção* jurídica contratual ao empresário, quando este contrata no exercício da atividade que desenvolve profissionalmente. Após, será abordada a questão de *como* tutelar esse empresário aderente sem que isso deturpe a contratação interempresarial. Indo às *soluções* dadas pelo sistema, será apresentada, a partir das normas do Código Civil de 2002 e das leis esparsas, a seleta de *regras* que compõem a tutela jurídica do empresário aderente, bem como sua extensão e significado, na *formação* dos contratos de adesão, no juízo de *validade* das cláusulas contratuais gerais e na sua *interpretação*.

Com efeito, se a contratação por *adesão* a cláusulas contratuais gerais, inspirada pelo escopo *uniformizador* (e expansionista) do predisponente, tenta reconciliar a *pressa* e a *perfeição*, é porque só assim os seus *interesses* poderão ser atendidos.

Essa marcha *apressada*, embora nada de ilícito tenha em si mesma, suprime um *tempo* contratual relevante e, por isso, autoriza que se passe em *revista* com olhos mais atentos o caminho tão ligeiramente percorrido, a fim de que seja garantida a *contratualidade*.

2 DO PROBLEMA DO CONTRATO (E DA VONTADE CONTRATUAL)

“Numa narrativa todo objeto é um objeto mágico”

(ITALO CALVINO)

2.1 Considerações iniciais: uma crônica da vontade contratual

O contrato é, antes de mais, artefato de vontades. Ou, ao menos, na narrativa em que inserto, a jurídica, é pela conjugação de vontades que a sua *mágica* se torna operante.¹

Bem posicionado na demarcação entre os territórios da *autonomia* (e, então, da liberdade) e da *heteronomia* (e, pois, da sujeição), o contrato ganhou crescente relevância durante a História, nada obstante – ou, mesmo, em razão de – ter apresentado multivariadas feições ao longo dos séculos. A sua adequação ao preciso intervalo verificado entre a necessidade de *dinâmica* da vida social e a exigência de *segurança* nas relações interpessoais foi gradualmente revelada até ostentar a posição de realce que hoje ocupa no mundo jurídico.²

Com efeito, nesse mesmo influxo de esgueirar-se entre exigências de *dinamicidade* e de *segurança*, o fato é que a vinculatividade dos contratos pela vontade, como *causa eficiente*, não é um timbre que se mostra retilíneo na História.

Embora o direito romano – mormente o clássico – não tenha desenvolvido a noção de negócio jurídico, enquanto categoria jurídica abstrata,³ a análise das fontes romanas autoriza a conclusão de que, nesse período, se tomado como gênero o acordo, há duas grandes classes de negócios jurídicos: os contratos (*contracta*) e os pactos (*pacta*), quadro em que os primeiros, realizados tipicamente e dentro dos rigores formais exigidos, era dotados de ação, enquanto os últimos, informais, só poderiam gerar, quando muito, exceções.⁴⁻⁵

Até a ascensão de Justiniano, vigorava no direito romano o dogma do *formalismo*, em virtude do qual os acordos de vontade valiam e eram acionáveis, em essência, por causa da

¹ Ressaltando que o contrato é obra de vontades, por todos: POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Tomo I. Rio de Janeiro: Garnier Editor, 1906, p. 4-5.

² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 280-289.

³ Nesse sentido: IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 239.

⁴ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 338-395.

⁵ Merece registro, no ponto, a posição de Bernardo Queiroz, para quem é reducionista a fala recorrente de que os romanos não teriam formulado (ou, ao menos, tentado formular) um pensamento jurídico dotado de algum grau de abstração. Os contributos de Gaius e a formatação do Digesto dão indícios dos esforços sistemáticos no direito romano, inclusive por sua influência nos Códigos da Modernidade (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Parte geral**: código civil: gênese difusão e conveniência de uma ideia. São Paulo: IK, 2018, p. 37-50).

forma adotada pelos contraentes para a sua realização e de sua conformidade com modelos rijos predispostos – isto é, só eram acionáveis os contratos, excluindo-se os pactos.⁶

Nesse período, relevante era a figura da *stipulatio*, pois que, em sua forma (ou fôrma), ganhavam acionabilidade os pactos, isto é, aqueles acordos que, em razão de não terem observado originalmente as formalidades, geravam as chamadas obrigações de *boa-fé*, e não obrigações civis.⁷ A abstração da *stipulatio* autorizava transfundir em sua forma solene diversos conteúdos negociais – e, assim, fazê-los contratos –, ainda que antes pactuados informalmente.⁸

Gradualmente, porém, o caráter abstrato da *stipulatio* vai sendo demovido pelo direito pretoriano, o que se alia, num movimento histórico perceptível, ao crescimento dos contratos escritos. Assim, em 472 d.C., uma constituição imperial torna desnecessárias as palavras solenes para a conclusão da estipulação, desde que a vontade dos contraentes fosse perceptivelmente concorde. E, de fato, esse é um poderoso sinal da viragem da prevalência das *verba* (palavras sacramentais) para a soberania do *consensus* (acordo de vontades).⁹⁻¹⁰

No direito justinianeu, após o crescimento da chancela aos chamados *contratos consensuais* e aos *contratos inominados* – estimulados principalmente pelas necessidades comerciais que surgiram com a notória expansão romana –, que dispensavam formalidades para a sua conclusão e seguiam desatados da tipicidade de outrora, fica instalada a noção de que *contrato* é todo acordo de vontades é capaz de gerar obrigações civis – fórmula em que passa a ser relevante o acordo, bem mais que a forma adotada para manifestá-lo.¹¹

Firmada essa senda, alguns *pacta* romanos – convenções não-formais – passaram a deter acionabilidade e, por isso, foram chamados posteriormente de *pacta vestita* (literalmente,

⁶ Eugène Petit escreve, com propriedade, que “a antiga regra, dominante ainda na época clássica e subsistente no tempo de Justiniano, é a de que o acordo das vontades, o simples *pacto*, não basta para criar uma obrigação civil. O direito civil não reconhece esse efeito senão às convenções acompanhadas de certas formalidades, cuja vantagem é a de dar mais força e certeza ao consentimento das partes e diminuir os pedidos ao cerrar em limites precisos a manifestação de vontade” (PETIT, Eugène. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Editorial Araújo, [s.d.], p. 278, tradução nossa).

⁷ Por isso, vigoravam, àquela época, as regras *ex nuda pactio actio non nascitur e nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*, que, reconhecendo a distinção sistemática entre contratos e pactos, assentavam a impotência destes últimos para o manejo de ações. Nesse sentido: IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. cit., p. 569. Igualmente: CORRÊA, Alexandre. **Preleções de direito romano**. São Paulo: Linotecnica, 1937, p. 106-107.

⁸ SOUZA NETO, José Soriano de. **Da novação**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937, p. 13-19.

⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 162-163.

¹⁰ A propósito da *stipulatio* romana, Soriano Neto anota que “o seu valor jurídico obrigatório resulta, não exclusivamente do facto da promessa, mas do emprego da forma legal preestabelecida”; mas também registra que “o direito material conquista o terreno ao velho formalismo, a *stipulatio* se despoja do seu carácter abstrato e, apeada de sua antiga realeza, se confunde na multidão plebléia dos *contractos* materialmente caracterizados” (SOUZA NETO, José Soriano de. **Da novação**. cit., p. 13-19, gramática original).

¹¹ Cf.: IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. cit., p. 501-549.

“pactos vestidos”), isto é, acordos revestidos de ação. Remanesceram, no entanto, mesmo após tais contributos de Justiniano, os chamados *pactos nus* como aqueles acordos de vontade não-formais que não geravam ações, mas apenas exceções.¹²

Porém, para o assentamento do dogma do *consenso* na teoria dos contratos – ou, melhor, para a pacificação da prevalência do acordo de vontades sobre as formalidades –, concorreram, ainda, como afluentes, as influências *canônicas* e as necessidades *comerciais*.¹³

No que respeita ao contributo canônico, merece destaque o fato de que as razões de *fundo ético cristão* tornaram insustentável a defesa da inacionabilidade dos *pacta nuda* – e menos pelo prestígio à liberdade do que pelo respeito à palavra dada e à proteção da confiança recíproca. Deveras, a *simplicitas canonica* faz derruir a distinção entre os acordos de vontade realizados com palavras solenes e aqueles realizados de modo informal, razão pela qual o rigor formalista outrora usado para negar ação aos pactos nus sai derrotado.¹⁴

Em concomitância, as necessidades da prática comercial, geradas pela renascença da vida econômica, diziam com a emergência de um sistema contratual mais *abrangente* e mais *dinâmico*, naturalmente despregado de formalidades e facilitador da obrigatoriedade (e da acionabilidade) das promessas recíprocas.¹⁵ Nesse enleio, os comerciantes, desde, pelo menos, as comunas italianas do século XII, formaram uma rede normativa guiada pelos costumes, em que as formalidades remanescentes foram gradualmente afastadas em prol de um tráfico econômico mais dinâmico e mais seguro. Após, com o surgimento dos Estados nacionais, tais normas consuetudinárias foram sendo incorporadas aos ordenamentos jurídicos estatais.¹⁶

Com esses influxos, a Modernidade recebe uma teoria dos contratos em que o dogma da *vontade* já está assentado, por meio dos textos clássicos, desde, ao menos, Justiniano. Ganha, porém, novos motivos.

¹² Como abordado por Moreira Alves, a extinção do formalismo contratual clássico pela atuação de Justiniano não constitui exegese pacífica. Alguns autores entendem que, na verdade, houve uma considerável extensão do círculo dos “pactos vestidos” – isto é, convenções não formais dotadas de acionabilidade –, mas que, ainda assim, remanescia a classe dos “pactos nus” – a saber, aqueles que só poderiam ser mote de exceção (MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório – suas raízes romanas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 93, p. 3-24, 1998).

¹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 735-736.

¹⁴ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 262-269.

¹⁵ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 124-125.

¹⁶ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1947, p. 24-25

De fato, o contrato chega à Idade Moderna como um *modelo* explicativo.¹⁷ Os muitos “contratualismos” – de Hobbes, de Rousseau, de Spinoza e de Locke, por exemplo – lavrados e utilizados para explicar e legitimar, inclusive, o surgimento da sociedade e o poderio dos soberanos dão conta do fato de que o contrato ganhou relevante *função ideológica*.¹⁸

A proposta de, ainda que narrativamente, fundar a sociedade moderna num *contrato social* – e, portanto, num ato de *vontade*, em pleno exercício da *liberdade* – para justificar a sujeição dos cidadãos aos decretos de um soberano ordenador é uma das marcas do pensamento *jusnaturalista* de timbre racionalista que se observa a contar do século XVII.¹⁹⁻²⁰

A regra do *pacta sunt servanda* – ou, mais precisamente, do *pacta quantumque nuda sunt servanda* –, após ter sido desenvolvida pelo direito canônico e bem utilizada no âmbito do comércio crescente, recebe da produção jusnaturalista um lugar de destaque na formulação do direito positivo, que assevera ser o respeito ao pactuado a *raiz* de toda ordenação social.²¹

Com efeito, o Iluminismo vem reforçar as cores dessa pintura. E exemplo poderoso desses novos motivos para a soberania da vontade é a filosofia de Immanuel Kant. O fato é que, ao colocar a *liberdade* como o único direito inato do ser humano e, ainda, ao defender a existência de uma *igualdade* inata, na medida em que todos os sujeitos podem se obrigar reciprocamente até o mesmo limite, Kant requalifica o *pacta sunt servanda*, dado que o funda, agora, no exercício da liberdade inata e a *obrigatoriedade* jurídica passa a ser compreendida como “a necessidade de uma ação *livre* sob um imperativo categórico da razão”.²²

Nesse enleio, o ato de contratar passa a configurar a junção de “dois atos jurídicos de *arbítrio*”, por meio da qual um sujeito toma “a *posse* do arbítrio de um outro”, de modo que é o arbítrio individual do sujeito que se deixa submeter a outro arbítrio.²³ Arbítrio em dobro.

¹⁷ No particular, é relevante a compreensão de Miguel Reale sobre a relevância da compreensão da relação *eu-mundo* para o conceito de cultura e para a interpretação dos fatos históricos. De fato, ao despontar da Idade Moderna, a figura do contrato foi utilizada pela “*imaginação criadora*”, isto é, “*outorgadora de sentido* às coisas segundo as estruturas a esta imanescentes”, para explicar a maior parte dos fenômenos sociais historicamente relevantes, funcionando como que uma lente ou um novo idioma. Cito: REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 124-128.

¹⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 28-31.

¹⁹ Cf.: SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**. cit., p. 237-247.

²⁰ Tão relevante é a ascensão de tais “contratualismos” para a demarcação da Idade Moderna que Michel Villey anota como uma das teses sobre as quais o “mundo jurídico moderno concorda” aquela da “construção artificial do Estado pelo *contrato social*, no interesse, para a utilidade dos indivíduos” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 176-177).

²¹ Nesse sentido: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. cit., p. 736-739.

²² Com maiores detalhes sobre a visão kantiana da liberdade: KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 23-44.

²³ KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. cit., p. 80-81.

Como sintetiza Enzo Roppo, o fato é que, sobre as bases do Iluminismo,²⁴ o *contrato* foi eleito como “a *bandeira* das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua *legitimação*”.²⁵

Deveras, a essa altura do *pensamento* ocidental, outra ideia relevante já estava instalada: o *positivismo* jurídico. Com uma compreensão pouco homogênea, mas que se adensa na obra de Hobbes – também este um contratualista –, a histórica investigação da *equidade* nas (e para as) soluções jurídicas é gradualmente afastada, em virtude da assunção do critério da *regra* produzida pelo Estado – que passa a ser tida como équa, justa e racional por sua própria natureza. As muitas discussões em torno da lei natural e da lei divina (e de seus modos de revelação aos cidadãos), com o advento da leitura positivista, são retiradas do debate jurídico, que passa a estar cingido à lei civil, isto é, à “vontade pública” declarada pelo soberano.²⁶

Nesse contexto, o *Code Civil* de 1804 tem uma relevância indisfarçável. É que, ao equiparar a *força* do contrato à *força* da lei e, talvez principalmente, ao sepultar a velha distinção entre pactos (inacionáveis) e contratos (acionáveis),²⁷ o Código dos Franceses passa a ser o símbolo de uma nova era, consolidando os avanços históricos em matéria contratual.²⁸

Todavia, o primeiro grande pilar do Código de 1804 é a *propriedade*. Com efeito, a sua nova regulação, com a disciplina de sua titularidade e de seus modos de aquisição e de transferência, ostenta primazia no texto legal.²⁹ E, por ser assim, o *contrato* – essa figura semanticamente poderosa – foi inserto no *Code* dentro da seção relativa aos modos de aquisição da propriedade, demonstrando a sua relação de *instrumentalidade*. Portanto, a

²⁴ Sobre a relevância do Iluminismo para o cenário (filosófico, histórico e jurídico) dos Setecentos e dos Oitocentos, bem como para o processo europeu de codificação: CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 161-179.

²⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 28.

²⁶ Para Michel Villey, sem embargo de prévias manifestações similares, é em Thomas Hobbes que o positivismo jurídico tem o seu fundador, eis que inventor, ao menos com originalidade rastreável, da concepção que, no intuito de definir o *jurídico*, propõe “um salto para fora do regime da ‘natureza’” e isso para “construir um novo sistema das fontes da ordem jurídica”, no qual “a lei civil gera todo o conteúdo de obrigação estrita, pois o que é bom e o que é ruim (em termos de atividade externa), coisa que a fórmula da lei natural não dizia, é ela que o edita” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. cit., p. 720-755).

²⁷ Em seu Tratado, Pothier faz questão de pontuar a *dissolução* do binômio pacto-contrato e, destacando os fatores que tornaram anacrônica a divisão romana, anota que “os princípios de direito romano sobre as diferentes espécies de pactos, e a distinção que faziam entre contractos e pactos simples, não sendo fundados no direito natural, mas desviados da sua simplicidade, não são admitidos em o nosso direito” (POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Tomo I. cit., p. 4, grafia original).

²⁸ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**. cit., p. 329.

²⁹ Cf.: CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. cit., p. 10-13.

liberdade de contratar, tal como erigida, estava intimamente ligada à liberdade de dispor de propriedade.³⁰

Provavelmente, o próximo passo decisivo para a compreensão das atuais noções de *contrato* (ou de negócio jurídico) e de *vontade* contratual foi dado pelo Código Civil alemão, promulgado em 1896.³¹⁻³²

Avultando a *abstração* no tratamento da matéria, o BGB inseriu o *contrato* na classe maior dos negócios jurídicos e, ao tratá-lo sob essa nova perspectiva – e não mais como uma categoria de partida –, pôs às claras a relevância (cada vez maior) da vontade para a sua configuração, elevando-a a elemento chave de seu conceito. Embora por um novo caminho, foi reafirmada a premissa dos códigos civis dos Oitocentos: “liberdade de contratar, baseada no pressuposto da igualdade formal dos sujeitos”. Com a sobrevivência do BGB, Enzo Roppo chega a falar em uma “mística da vontade”, em razão do rigor e da persistência com que o Código de 1896 construiu o tratamento dos vícios de vontade na regulação dos negócios jurídicos para garantir, com a maior segurança possível, a liberdade e a espontaneidade do ato negocial.³³

Por isso, tendo sido assentada a *igualdade* formal entre todos os sujeitos de direito, ao garantir-se que a *liberdade* do sujeito contratante tinha sido atuada sem vício – ou seja, que foi a seu líbido que o sujeito submeteu o seu arbítrio ao de outrem –, era desenhado, assim, o modelo *ideal* de contrato na Idade Contemporânea, como obra de *iguais e livres*.

Naturalmente, o *idealismo* desse modelo não remanesceu a uma distância segura de críticas pertinentes. Com efeito, ao explicar o contrato (e legitimá-lo) com esses dois instrumentais abstratos – a *liberdade* e a *igualdade* –, ficam pendentes as considerações sobre o que Georges Ripert chamou de “vida secreta das obrigações”, isto é, o quão *livres* foram as escolhas que compuseram o pacto e o quão *iguais* são os sujeitos que concluíram o contrato.³⁴

O desvelar dessa “vida secreta” não demorou a dar frutos, que foram reunidos pela doutrina sob o signo do *dirigismo* contratual (estatal).³⁵ Sumariando, o Estado passou a ser

³⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 43-46.

³¹ Acerca da importância e a influência do BGB no século XX: SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**. cit., p. 376-377.

³² Sobre a influência do Código Civil alemão no direito privado brasileiro, de se conferir: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **O Direito**, Lisboa, 2015, vol. I, p. 45-110.

³³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 46-52.

³⁴ Georges Ripert, em seu clássico, critica aquilo de chama de abordagem “abstrata”, “matemática”, “lógica” da teoria das obrigações. Para ele, todo o esforço de abstração da teoria contratual concorre para “fazer esquecer os homens” que criam a relação e, assim, dar fictícia autonomia a essa relação. Cito: RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Saraiva, 1937, *passim* e p. 11-14.

³⁵ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 49-58.

convocado a intervir no contrato – já elevado a *sancta sanctorum* da autonomia privada – quando a liberdade e a igualdade dos contraentes fossem ilusórias – ou, ao menos, insuficientes para garantir a observância do *pacta sunt servanda* sem reservas – e, assim, dar-lhe uma solução justa, seja com a desvinculação, seja com o reequilíbrio.³⁶

Não se pode deixar de consignar, porém, que mesmo esses esforços “sociais” e “dirigistas”, em alguma medida, têm por caros ainda os valores da *liberdade* e da *igualdade*, mas dão foros de cidade à sua configuração material, apreciável em cada caso, pois que não se contentam com as suas estipulações abstratas e intentam, por isso, remodelar os pactos à luz do que seria a obra de sujeitos *realmente* iguais e de escolhas *realmente* livres.³⁷

Nesse contexto, o contrato, enquanto negócio jurídico, mantém-se umbilicalmente vinculado à ideia de autonomia privada (*rectius*: autorregramento da vontade), aparecendo como seu *ato* revelador, seu *conceito* central e seu *meio* de efetivação.³⁸

Aliás, não é por outro motivo que Pontes de Miranda bem assevera que “a fonte principal das obrigações pessoais é o *contrato*” e que “o negócio jurídico gera obrigação porque se reconhece aos homens *liberdade de querer*, autonomia de vontade, ou, melhor, auto-regramento da vontade”.³⁹

2.2 Das vontades contratuais: um necessário *mise en place*

Feita a pequena crônica – que, naturalmente, não exaure o tema –, é de se avançar para a análise do esquema clássico do *contrato*.⁴⁰

Contrato é, *tout court*, negócio jurídico bilateral. E a sua bilateralidade reside precisamente na exigência de (ao menos) duas manifestações (ou declarações) de vontade que

³⁶ Com raciocínio semelhante, Caio Mário da Silva Pereira defendeu a necessidade de aparelho que “permita ao aparelho repressor do Estado interferir para restabelecer uma igualdade”, uma vez que, na sua leitura, a teoria dos vícios de consentimento se revela insuficiente para a tutela da igualdade e da liberdade (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos bilaterais**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, *passim* e p. 125).

³⁷ Como narra Rodrigo Toscano de Brito, foi contra essa *idealização* dos padrões de igualdade e de liberdade que, invocando algumas figuras romanas como a lesão (*laesio enormis*) e a defesa canônica da justiça com a proibição da usura, uma parcela doutrinária passou a defender a exigência de que a liberdade das escolhas e a igualdade dos contratantes fosse material. Cf.: BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29-50.

³⁸ Cf.: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1992, p. 7-10.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXII. São Paulo: Borsoi, 1958, p. 55.

⁴⁰ A abstração, corretamente entendida, não deve ser condenada no âmbito da ciência jurídica, eis que indispensável à formação e à compreensão do sistema normativo. Por isso, não é a abstração da categoria “negócio jurídico” ou “contrato”, por si só, que enseja eventual inaptidão para a fidelidade do modelo científico (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. 1. cit., p. 16-18).

se revelem concordes quanto ao conteúdo essencial do contrato.⁴¹ Por isso, só se pode reputar perfeito o contrato, no plano da existência, quando a oferta e a aceitação, ambas negócios jurídicos unilaterais, são “soldadas” para concluir o negócio jurídico bilateral, o que só ocorrerá se forem diversas, intencionalmente equivalentes e enantiomórficas.⁴²

É o quanto basta para a *perfeição* da existência do contrato.⁴³

Como o conceito de contrato ostenta inegável relevância para este escrito, cabe aqui um *mise en place* para a compreensão da oferta, da aceitação, do consenso, da “soldagem”, da equivalência intencional e da enantiomorfia.

2.2.1 Autorregramento da vontade ou autonomia privada?

A abordagem do *contrato* enquanto *negócio* suscita uma questão prévia em tudo conectada com as bases de sua juridicidade e de sua legitimação social, a saber, se essa esfera de negociabilidade reconhecida a todos os sujeitos deriva de um *autorregramento da vontade* ou da *autonomia privada*.

Aparentemente bizantina, a controvérsia deita reflexos relevantes para a compreensão da importância da vontade, do papel do regramento estatal e da interação entre esses dois polos na composição e na juridicização dos acordos.⁴⁴

Por duas frentes, o conceito de autonomia privada pretende o seu afastamento do dogma da vontade: de um lado, invoca o conceito de *nomos*, que é lei, e, de outro, elimina a referência à vontade para fazer menção genérica ao campo em que atua – a esfera *privada*.⁴⁵

Para delinear o conceito de *autonomia privada*, Emilio Betti relembra que, mesmo antes do direito estatal organizado, sempre houve o reconhecimento social de uma esfera de liberdade (e de negociabilidade) entre os sujeitos, de “regulação recíproca de *interesses privados*”, porque essa é uma necessidade básica da vida gregária – ao menos, nos sistemas

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 209.

⁴² “Chama-se conclusão ou celebração do contrato o momento em que o efeito da aceitação, tocando o efeito da oferta, solda os dois ou mais negócios jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 435).

⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. São Paulo: Borsoi, 1962, p. 7.

⁴⁴ Reconhecendo as interações entre o modelo explicativo adotado e a própria conceituação de negócio jurídico, Orlando Gomes reconhece que a *autonomia privada* está ligada ao ideário que entende contrato como um preceito privado que recebe a chancela legal, enquanto o *autorregramento da vontade* faz parte da tradição que vincula o negócio às manifestações (ou declarações) de vontade juridicamente relevantes (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 273-280).

⁴⁵ Pontes de Miranda faz referência ao conceito de “autonomia privada” sempre entre aspas, pois entende que a sua substitutividade ao conceito de autorregramento da vontade só seria possível por um “defeito de linguagem” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 3).

que reconhecem a propriedade particular. Atende-se, pois, à exigência de *dinâmica* na vida social. Nesse contexto, porém, o negócio jurídico não é tomado como *fonte* criadora de normas, mas como *pressuposto* do acionamento de normas jurídicas pré-existentes e, assim, do estabelecimento de relações jurídicas legalmente pré-moldadas.⁴⁶

Lado outro, a adoção do modelo do *autorregramento da vontade* dá melhor solução.

De saída, importa destacar que os adeptos do modelo narrativo da autonomia privada, justamente para a ênfase desejada ao papel da normatividade estatal sobre os acordos particulares, não raro baralham os planos *fático* e *jurídico*, o que dificulta a compreensão de suas construções. É comum que essa corrente faça menção ao negócio jurídico enquanto “hipótese ou situação de fato”.⁴⁷

Para a correta alocação do seu conceito, importa não confundir o negócio jurídico com o seu suporte fático, a saber, a manifestação (ou a declaração) de vontade, uma vez que aquele já é a “iluminação” desta pela incidência da norma jurídica. Inserir o negócio *jurídico* no plano *fático* com o fito de avultar a relevância do regramento estatal para sua configuração, além de desnecessário, é um movimento que faz amálgama de dados imiscíveis.⁴⁸

Além dessa problemática cartográfica, importa estabelecer com precisão a relação entre as manifestações (ou declarações) de vontade – que funcionam como suporte fático dos negócios jurídicos – e o ordenamento jurídico.

Quando se aborda a questão sob o viés da autonomia privada, o papel do regramento estatal parece ganhar maior extensão e ser mais determinante na configuração do negócio jurídico. Emilio Betti, por exemplo, anota que o poder reconhecido aos particulares seria o de “fazer surgir a hipótese de fato de uma *norma já existente*”.⁴⁹ Orlando Gomes, na mesma linha, considera que as relações jurídicas geradas pelo negócio são “reguladas, *in abstracto*, na lei”.⁵⁰

⁴⁶ Pode-se entrever um profundo respeito dessa vertente à reserva estatal de formulação de normas jurídicas. Emilio Betti chega a defender que, “na medida que se reconhece a autonomia privada, esta não é chamada a criar, nem sequer a integrar, nenhuma norma jurídica, mas a fazer surgir a *fattispecie* de uma norma já existente, dando vida entre indivíduo e indivíduo, à relação jurídica que a norma dispõe” (BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.], p. 39-51, tradução nossa).

⁴⁷ “O direito positivo, disciplinando a figura do negócio jurídico, através de um complexo de disposições, reconhece-o como um fato (hipótese ou situação de fato) capaz de gerar consequências jurídicas” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 47).

⁴⁸ “A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada dêsse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico. Daí o erro de identificarem manifestação de vontade, que é acontecimento do mundo fático, e negócio jurídico, que é juridicização do suporte fático” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 4).

⁴⁹ BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. cit., p. 49, tradução nossa.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. cit., p. 273.

Todavia, ao observar-se o fenômeno do negócio jurídico como fruto do autorregramento da vontade, a ordem das influências fica mais clara.

Diante da absoluta impossibilidade de regramento exaustivo de todos os aspectos da vida em sociedade por um único núcleo normatizador, o poder da vontade atua onde o ordenamento jurídico deixa um *espaço em branco*, isto é, nas secções em que se revelaria fora de propósito uma “disciplinação rígida da vida em comum”.⁵¹ Com efeito, as normas legais cogentes – e as que se fazem cogentes por autorização legal – funcionam, de regra, como fronteiras para a admissibilidade e a relevância jurídica do arbítrio dos sujeitos; estabelecem até que ponto a vontade pode atuar sem que seja repelida ou substituída. Porém, internamente ao sistema, dentro desses limites traçados pela cogência, o ordenamento jurídico admite o que for manifesta ou declaradamente querido e lhe confere eficácia.⁵²

Por isso, as normas cogentes – que podem atuar imperativa ou proibitivamente –, ao demarcarem o espaço que fica *disponível* ao autorregramento da vontade, colocam em evidência o território dominial em que a vontade manifesta pode figurar como elemento *nuclear* do suporte fático e este, sendo iluminado pela norma jurídica, *gera* o negócio jurídico.⁵³ Aliás, essa vontade de negócio – absolutamente necessária para a sua configuração –, quando declara os efeitos pretendidos pelos contraentes, isto é, a função daquele concerto, indica (ou indicia) qual é a categoria negocial eleita (e a causa), ocasião em que o próprio ordenamento, nos limites da cogência, autoriza ou não a dimanação eficaz almejada.⁵⁴⁻⁵⁵

Com efeito, o espaço em branco no qual a vontade tem poder é demarcado pelas regras pré-excludentes (ou repelentes), que indeferem o acesso do ato ao mundo jurídico, mesmo antes do plano da existência; mas também é limitado pelas normas nulificantes (v.g., a

⁵¹ “O direito deixa certa zona de interesses em que o homem, só por si, pode praticar atos que integrem suportes fáticos. A importância dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais é, pois, enorme. Por êles, cada um obtém que outrem tenha dever e obrigação de satisfazer a vontade de quem quer o ato de outrem, ou a comunidade de fim” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 6).

⁵² O autorregramento da vontade “é interior, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 54-56).

⁵³ No que respeita aos negócios, “nos suportes fáticos, há, necessariamente e em primeira plana, o elemento volitivo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 416).

⁵⁴ “A alusão da vontade aos efeitos somente importa como alusão a consequências para se conhecerem as causas: ao querer-se, está-se a encher o suporte fático do negócio jurídico, que será; e não a descreverem-se efeitos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 133).

⁵⁵ “Não há negócio jurídico se a vontade não se dirige a uma categoria jurídica negocial; donde ser negócio jurídico a categoria que pode, e basta, ser querida. [...] No querer negocial, o particular ou os particulares querem a própria categoria jurídica, posta, entre outras, à sua escolha; ainda que figura atípica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo V. São Paulo: Borsoi, 1955, p. 12).

proibição de negócios com motivo determinante ilícito), anulativas (*e.g.*, a vedação à lesão), substituintes (*v.g.*, a limitação dos juros a um teto legal) e, ainda, por regras não-invalidantes mas que acarretam pena (*e.g.*, a hipótese de vício redibitório).⁵⁶

Todo negócio jurídico é, pois, circundado pelas normas cogentes.

Todavia, em seu conteúdo, o negócio, por obra dos negociantes, pode criar – e geralmente parteja – uma série de relações jurídicas (direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções, poderes, ônus e faculdades) que o ordenamento jurídico estatal nunca regulou, sequer em abstrato. Noutras palavras, havendo o espaço deixado em branco pela cogência e incidindo a norma jurídica sobre o negócio que se perfez dentro dos limites, a *eficácia* surge, necessariamente, do próprio negócio, quer imediata, quer mediatamente.⁵⁷

Por isso, dado que os direitos e deveres surgem do próprio negócio jurídico, é necessário compreender que, além de manufaturarem o *suporte fático* para a norma jurídica que reconhece a juridicidade daquilo que se acordou no espaço deixado em branco pelas normas cogentes, os contraentes fazem nascer, com a incidência da norma, uma *nova* relação jurídica (direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções, poderes, ônus e faculdades),⁵⁸ de acordo com o que foi querido, com a categoria negocial eleita e nos limites da cogência.⁵⁹

Com essas considerações, de se configurar a adequação da análise do negócio jurídico sob os influxos do *autorregramento da vontade*, reconhecendo a distinção entre os planos fático e jurídico, bem como asseverando que todo negócio jurídico gera relação jurídica própria, não havendo falar em irrelevância da vontade ou em mera relação antecedente-consequente dentro do espaço em branco deixado pelas normas cogentes.

2.2.2 *Vontades ou declarações?*

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 57-63.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 134.

⁵⁸ “O que os interessados no negócio jurídico estabelecem não é mais do que a *eficácia* do negócio jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 9).

⁵⁹ A seu turno, Hans Kelsen defende que, “num contrato, as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-se é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial. Mas também o seu sentido objetivo. Quer dizer: *este ato é um fato produtor de Direito* se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 284, grifo nosso).

Ainda antes de discutir os conceitos e as funções da oferta e da aceitação, enquanto manifestações ou declarações de vontade, cumpre enfrentar o mote de disputa entre as teorias *voluntaristas* e as teorias *preceptivas* do negócio jurídico.⁶⁰

A questão está cingida a definir se os contratantes estão vinculados por suas *vontades* ou por suas *declarações*. E, nesse campo, não são poucas as soluções propostas.

Na síntese proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, as teorias voluntaristas são reunidas pela primazia que conferem ao momento *genético* do negócio e pela centralidade que dão ao poder criativo da *vontade*. E, por outro lado, as teorias preceptivas são ajuntadas pela tentativa de explicação do negócio a partir da *declaração* negocial, isto é, pela *norma* engendrada no contrato; empresta-se proeminência ao seu aspecto *funcional*.⁶¹

Para Pontes de Miranda, o balanço do pêndulo entre a primazia da *declaração* e a centralidade da *vontade*, antes de um embate de teorias, configura um movimento histórico. Com efeito, o *formalismo* negocial verificado nas sociedades antigas constituiu a primeira manifestação da chamada teoria da *declaração*; a existência de uma lista *numerus clausus* de contratos possíveis e a previsão de modos específicos para a conclusão de cada um deles (palavras sacramentais, gestos solenes, cerimônias religiosas) dão conta de um sistema (ou de sistemas) com ênfase no declarado sobre o querido. Já o *consensualismo* medieval, privilegiando o que se quis sobre o que se declarou sempre que se verificasse a não coincidência, se revelou manifestação da nominada teoria da *vontade*.⁶²

Naturalmente, as duas correntes doutrinárias em confronto ostentam as suas propriedades e as suas impropriedades.

As teorias voluntaristas claudicam quando se rendem às instâncias *psicológicas* do humano e tentam prestigiar o insondável campo das *volições* internas, porque alquebram o mínimo de *segurança* esperado de um negócio. Lado outro, as propostas preceptivas pecam pelo esquecimento da *raiz* das declarações e das manifestações – a saber, a vontade – e, na homilia desse destacamento artificial, desprendem a autonomia privada das *razões* históricas e sociais de seu reconhecimento.⁶³

Aurea mediocritas.

⁶⁰ Com abordagem panorâmica sobre a discussão, com menção a diversas linhas de entendimento historicamente adotadas e seus autores, merecem menção: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Teoria geral do negócio jurídico**. cit., p. 23-32; e, ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. cit., p. 43-47.

⁶¹ Cf.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-15.

⁶² Cf.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 217-220.

⁶³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. cit., p. 15-22.

Com acerto, escreve Pontes de Miranda que, “se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua *vontade*, não se poderia falar em *personalidade*”.⁶⁴ E esse é um ponto de partida para a compreensão do conceito de negócio jurídico (e de contrato).

De saída, importa destacar que, em nenhum momento, aderir ao viés voluntarista significa alquebrar a *segurança* no tráfico social para dar absoluta primazia à *vontade* íntima ou psicológica – e, assim, submeter o outro contraente a um exercício inglório de adivinhação. Quando se observa o negócio como a reunião ordenada das duas manifestações (ou declarações) de vontade, deixa-se bem claro que a vontade que tem o condão de formar o contrato é a vontade *declarada* ou, ao menos, *manifestada*.⁶⁵

A regra que preside o tema é a da presunção de *coincidência* entre o querido e o manifestado (ou declarado). No sistema, a declaração (ou a manifestação) ingressa sempre como a “pele da vontade”. Com efeito, são *estreitas* as hipóteses em que a vontade interna pode rebelar-se contra a declaração (ou a manifestação), dado que não são amplas as vias da anulabilidade de negócio por essa não coincidência, que são limitadas no tempo – eis que submetidas à decadência – e também nos motivos – já o erro invalidante é apenas o erro substancial, escusável e real, que deve ser alegado e provado, a tempo e modo.⁶⁶

Todavia, não se pode excluir a *vontade* da base do conceito de negócio.

Eliminar por completo a *vontade* da formulação do negócio jurídico, já se pode entrever, consiste numa *separação* artificial; seria algo semelhante a negar que os frutos vêm da raiz, o que, mesmo organicamente, não se sustenta. De igual modo, propor a fundamentação da legitimidade (e da juridicidade) dos negócios sem remissão aos movimentos *volitivos* que estão na base do trânsito humano e da *escolha* das categorias negociais parece fora de propósito.⁶⁷⁻⁶⁸

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 38.

⁶⁵ Como anota Pontes de Miranda, “o que rege a formação dos elementos volitivos do negócio jurídico é o *princípio da vontade manifestada*. Não se desce ao campo da elaboração psíquica, em que os motivos põem em direção social, através das suas manifestações, a vontade, inclusive a manifestação negativa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 70).

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. cit., p. 219-221.

⁶⁷ Não se pode perder de vista que um dos timbres distintivos do negócio jurídico é a possibilidade de *escolha* da categoria negocial – e não há escolha sem vontade. Pontes de Miranda escreve, com pertinência, que, “no ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é *sem escolha* de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 447); enquanto, no negócio, “a vontade da pessoa entra no núcleo do suporte fático, *determina*, com as indicações do direito objetivo, a *categoria* jurídica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 136).

Porém, para uma compreensão da proposta *preceptiva*, vale a exposição do pensamento de Emilio Betti sobre o tema.

As *críticas* de Betti ao modelo *voluntarista* de explicação do negócio jurídico podem ser resumidas às seguintes provocações: (a) a declaração tem natureza de preceito, que ostenta eficácia social e, após, jurídica; (b) quando sobrevém a declaração, o processo volitivo já se esgotou; (c) a eficácia do negócio não precisa ser querida para que exista; e, (d) o ingresso da vontade na equação do negócio traz instabilidade ao fenômeno social.⁶⁹

As impugnações, todavia, não colhem frutos, mormente porque se voltam contra uma teoria voluntarista pueril, que mais funciona como espantalho do que como combatente.

Para além do já dito sobre a declaração (ou a manifestação) funcionar como a “pele da vontade” – num raciocínio presuntivo, pois – e sobre a excepcionalidade da abertura de espaço para a revolta do querido contra o que foi declarado, importa lembrar que, mesmo na narrativa da autonomia privada, a declaração, por si só, pode muito pouco. É a *incidência* da norma jurídica que, juridicizando a declaração, lhe dá operatividade e caráter vinculante, nos exatos *limites* autorizados pelas normas cogentes – e isso independe de enxergar-se a declaração como preceito ou como ato de vontade.⁷⁰

Deveras, contraria a natureza das coisas propor que uma declaração formada após o esgotamento de um processo *volitivo* não configure uma declaração de *vontade*.⁷¹ É evidente que o que se exige para a existência do negócio é que haja vontade e, justamente por isso, se a declaração (ou a manifestação) vem à tona sem que haja *vontade de negócio*, negócio não há.⁷²

⁶⁸ Como escrevi em outra oportunidade, a subtração da vontade no ambiente do direito privado, embora plenamente possível, é igualmente excepcional e deve estar baseada em valores que recomendem essa excepcionalidade, dado que a regra, nesse contexto, é a da valorização da vontade, como demonstra o relato histórico (ALBUQUERQUE, Raul César de. Do ato-fato jurídico (e da vontade posta entre parênteses). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 92, n. 1, p. 67-83, out. 2020. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248400/36934>>. Acesso em: 3 nov. 2020).

⁶⁹ Cf.: BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. cit., p. 51-64.

⁷⁰ “É inexato dizer-se que os efeitos jurídicos emanam da manifestação de vontade; os efeitos jurídicos somente podem emanar do fato jurídico, portanto de todo o suporte fático *depois* de entrar no mundo jurídico. O efeito é do *ato* jurídico, e não da manifestação de vontade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 416).

⁷¹ Emilio Betti textualmente reconhece que, “no momento em que o negócio se conclui, o processo volitivo percorreu já, normalmente, o seu iter, alcançou a sua meta definitiva, se esgotou e restou concretizado numa firme resolução [...]. A vontade é fonte geradora, mas não conteúdo do ato” (BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. cit., p. 53-54, tradução nossa).

⁷² “É suporte fático do negócio jurídico assim a declaração como o ato volitivo (adeclarativo), desde que a vontade, que ali se declara e aqui se indicia, seja a de negociar (= concluir negócio jurídico)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 7-8).

De se registrar que, para que surja o negócio, devem necessariamente concorrer três processos volitivos: a vontade de *declarar* (relativa às circunstâncias negociais), a vontade de *conteúdo* do negócio (relativa ao conteúdo/objeto) e a vontade de escolher um *comportamento* para a declaração (relativa à forma).⁷³

No que respeita aos efeitos do negócio, igualmente merece lembrança o fato de que a eficácia jurídica não exsurge da vontade nem da declaração, mas da *incidência* da regra jurídica sobre o suporte fático que se revele suficiente. Embora o negócio jurídico tenha por marca distintiva a possibilidade de *escolha* da categoria jurídica, ainda que *atípica*, o fato é que os seus efeitos sempre provêm da *incidência*, que opera com respeito aos limites traçados pelas regras cogentes, e não do fato (ou da vontade, ou da declaração) em estado puro.⁷⁴

O fato de os contraentes desejarem que determinados efeitos surjam do negócio firmado é matéria que se cinge ao plano fático (e, geralmente, econômico).⁷⁵ O que o mundo jurídico apanha é a *vontade de negócio*, e não a *vontade dos efeitos*. Quando os negociantes declaram que estão realizando o negócio com o desiderato da obtenção de algum efeito, não vão muito além de dar *indícios* acerca da causa do negócio e da sua categoria jurídica. Por isso, somente tornado suficiente o suporte fático e incidente a regra jurídica, há a *juridicização* (e a classificação, pois) do negócio com a dimanação eficaz disso decorrente, do que podem sobrevir efeitos *queridos* e efeitos *não queridos*, estes últimos por força de regras cogentes.⁷⁶

E, ainda, não se pode excluir a vontade do suporte fático do negócio jurídico com o singelo argumento de que a invocação do processo volitivo traria instabilidade à sua compreensão. Independentemente dos instrumentais utilizados, “não se pode raciocinar certo, sem se jogar com conceitos exatos e precisos”.⁷⁷ Por isso, importa que, sistematicamente, a

⁷³ Cf.: RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 133-136. Igualmente: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. cit., p. 118-120.

⁷⁴ “A vontade só tem efeitos porque é elemento de suporte fático que se torna fato jurídico e é esse que irradia eficácia. Fala-se de efeito da vontade por abreviação. O que há é efeito do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu*, ou do ato ilícito, em cujo suporte fático está a vontade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 46).

⁷⁵ Cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 244-245

⁷⁶ Pontes de Miranda deixa claro que não se pode inferir que a vontade dos efeitos é juridicamente relevante por si só. “Não só porque os efeitos, que se hão de produzir, dependem de regras jurídicas cogentes, que os deixem incólumes, e só se pode saber quais são essas regras jurídicas depois que se ‘classifica’ o negócio jurídico, como porque há efeitos não-queridos que se produzem conforme seja o negócio jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 133).

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 24.

vontade contratual seja bem compreendida dentro do fenômeno – e não descartada pelo mero risco de interpretações equivocadas.⁷⁸

Por derradeiro, a manutenção da vontade na equação do negócio jurídico, desde que bem entendida, além de manter-se fiel à natureza das coisas e ao seu próprio fundamento histórico, confere maior sistematicidade ao tratamento da matéria.

É de se observar que os adeptos da linha preceptiva, ao retirarem a vontade do seu *locus* adequado – a saber, no plano da existência –, enfrentam áridos problemas para a sistematização de seu pensamento.

Junqueira de Azevedo, em sua proposta teórica, para fazer subsistir a sua adoção da teoria da declaração, chega a afirmar que a *vontade* não faz parte do negócio jurídico. Todavia, defende, no plano da existência, que o negócio jurídico é uma “manifestação de *vontade* qualificada” e que a volição só teria relevância na validade para corrigenda.⁷⁹

Demais da crítica já formulada sobre essa leitura inorgânica de reconhecer a declaração como fruto de uma volição e, *incontinenti*, negar que essa vontade integra o próprio ato, a tentativa de inserir a vontade apenas no plano da validade não se sustém. Nessa proposição, aquele que, durante um leilão, levantou a mão para saudar alguém que passava, arrematou. Não há negócio sem vontade de negócio.⁸⁰ De mais a mais, se a vontade é “inteiramente absorvida” pela declaração que partejou e esta daquela se “desprende”, resta fora de propósito *reconvocar* a vontade ao plano da validade para corrigi-la. Há que se diferenciar o suporte fáctico *insuficiente* (v.g., ausência de vontade) do suporte *deficiente* (v.g., hipótese de dolo).⁸¹

Não há, de fato, como eliminar a *vontade* do suporte fáctico do negócio jurídico.

Noutro giro, naturalmente, exige-se *diligência* do contratante-declarante. O *ônus* da clareza na declaração existe, já que são estreitas e exigentes as possibilidades de revolta eficiente do querido contra o declarado. O *sistema* não é benevolente na questão.

Como narra Ubaldino Miranda, algumas teorias foram formuladas para resolver eventuais divórcios entre o querido e o declarado.⁸² Ihering, autor da teoria da culpa *in contrahendo*, defendeu que o declarante é responsável pelas obrigações que assume,

⁷⁸ Como adverte Pontes de Miranda, “só se há de destruir onde a destruição *se impõe*, para se substituir ao erro anterior a verdade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 31).

⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. cit., p. 17-22 e 82.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 7.

⁸¹ De se conferir, sobre o tema, com sistematicidade: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. cit., p. 140-152.

⁸² UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Teoria geral do negócio jurídico**. cit., p. 25-26.

independentemente de ter sido coincidente a sua vontade, pois se exige diligência do contraente não só na execução do pacto, mas também em sua *formação*. Por isso, em caso de dissenso entre a vontade e a declaração, o declarante desidioso ficaria responsável por indenização pela quebra da confiança.⁸³ Sem recurso à figura da culpa, Windscheid erigiu a teoria da *garantia* tácita, pela qual o declarante-contratante é *garantidor* da sua declaração e, caso esta não esteja de acordo com sua vontade real, não haverá contrato, mas haverá responsabilidade.⁸⁴

Essas propostas foram amadurecidas e, mais recentemente, ganhou espaço a chamada teoria da *responsabilidade social*. Nesse influxo, Alberto Trabucchi destaca que, na sociedade contemporânea, o ordenamento exige uma postura responsável dos sujeitos que emitem declarações de vontade receptícias, pois que, como regra do sistema, ficarão vinculados aos efeitos previsíveis da sua conduta, desde que esta seja juridicamente relevante.⁸⁵⁻⁸⁶

Bem compreendidas as questões, fica elucidado que a adesão à proposta *voluntarista* não coroa o arbítrio interno e psicológico. O mundo jurídico, ineficiente para sondar os espíritos, trata das vontades *declaradas* (ou *manifestas*). Todavia, não se pode olvidar que tais declarações (ou manifestações) são *de vontade*,⁸⁷ eis que frutos de um processo volitivo e passíveis de corrigenda por essa vontade, em caso de não coincidência entre o que se queria e o que, ao cabo, se declarou.

2.2.3 A oferta e a aceitação (enquanto negócios jurídicos unilaterais)

⁸³ A proposta de Ihering, nada obstante a sua substância, foi criticada em razão de, além de invocar o problemático conceito de culpa, remeter o problema do dissenso entre o querido e o declarado para o ambiente da responsabilidade civil, aquiescendo à invalidade (RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. cit., p. 190).

⁸⁴ “Se pelo meio de declaração eleito pelo declarante for erroneamente declarada a sua vontade, não se aperfeiçoa o contrato com base no declarado, pois que não corresponde à vontade; mas o declarante responde frente à outra parte pelo ressarcimento do dano decorrente da confiança na perfeição do contrato” (WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandecte**. Vol. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 202, tradução nossa).

⁸⁵ “No espírito de uma organização moderna, os atos humanos devem ser considerados segundo um critério de responsabilidade social, pelo qual cada um fica vinculado às previsíveis consequências da sua conduta todas as vezes em que isso seja substancialmente fruto de uma volição consciente” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1974, p. 148, tradução nossa).

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 448.

⁸⁷ Com efeito, “declaração que não corresponda ao preciso intento das partes é corpo sem alma” (BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 179).

Feitos esses esclarecimentos prévios, importa operar a *análise* do contrato, enquanto negócio jurídico bilateral resultante da *reunião* de dois negócios jurídicos unilaterais interintegrativos: a *oferta* e a *aceitação*.⁸⁸⁻⁸⁹

Embora sejam identicamente negócios jurídicos unilaterais e concorram para a geração do contrato, com a formação do *consenso*, é necessário pontuar que a oferta, por ser a manifestação de *iniciativa* e, assim, ter a função de *prefigurar* o que será o negócio jurídico bilateral, ostenta peculiaridades de tratamento.⁹⁰

Previamente à formulação da oferta, é possível que haja uma fase de tratativas entre os pretensos contraentes (*delineatio*). Mas isso é apenas possível. Tais interações com achegas de interesses e eventuais ensaios de minutas não são indispensáveis para a existência de um contrato e, de regra, não ascendem ao mundo jurídico, permanecendo no plano fáctico.⁹¹

Inda na antecâmara da expedição da proposta, pode haver a troca de minutas entre negociantes. É a chamada fase da *punctação* (*punctatio*), na qual são anotados os pontos que as partes reputam necessários ao intentado contrato e sobre os quais restou verificado um acordo, ainda que provisório.⁹² Essas minutas trocadas podem cuidar de alguns pontos ou de todos os pontos da negociação. O que se revela distintivo para a compreensão dessa fase pré-contratual é o espírito de *discussão*, sem vinculação, mesmo em relação às questões acordadas.⁹³ De regra, essa fase também não logra posição no mundo jurídico, embora possa se revelar poderoso instrumental *hermenêutico*, caso venha a gerar num contrato concluído.⁹⁴

Com efeito, a *oferta* é o *projeto* do contrato.⁹⁵

⁸⁸ Importa destacar que, sob o viés analítico, “o contrato é a concordância de duas declarações de vontade, que produziram, por si sós, negócios jurídicos interintegrativos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 26).

⁸⁹ Identicamente, reconhecendo que a oferta e a aceitação constituem, em si mesmas, negócios jurídicos unilaterais, ainda que realizadas com o exclusivo fito da composição do contrato: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. cit., p. 257-258.

⁹⁰ “A oferta, com a sua característica temporal, que é a de ser anterior à aceitação, dá a conhecer o que seria o conteúdo do negócio jurídico bilateral ou plurilateral” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 26).

⁹¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo VI. Parte I. São Paulo: Freitas Bastos, 1960, p. 456-459.

⁹² “Por *punctação* (*appunti*) se compreende um documento escrito que as partes, antes de concluírem ou de darem por concluso o contrato, redigem os acordos aos quais chegaram até aquele momento” (WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandecte**. Vol. II. cit., p. 207, tradução nossa).

⁹³ Na clássica lição de Giovanni Carrara, a *fase pré-contratual*, abrangente das tratativas e da *punctação*, se diferencia da *fase formativa* do contrato, iniciada pela proposta, por dois aspectos: primeiro, “porque as tratativas não têm outra função senão preparar o terreno para a proposta” e, segundo, “porque a proposta contratual é negócio jurídico, e as tratativas, a seu turno, não são” (CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratti**. Milão: Casa Francesco Vallardi, 1915, p. 16-24, tradução nossa).

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 94.

⁹⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo VI. Parte I. cit., p. 464-470.

Tendo à sua base fáctica uma manifestação (ou declaração) de vontade receptícia, a oferta (ou proposta), uma vez emitida, *vincula* o oferente (ou proponente).⁹⁶ Disso não decorre, porém, que seja *irrevogável* ou, ainda, que seja *obrigatória* desde a sua emissão. Aliás, a necessidade de *revogação* da oferta para cassar o direito formativo gerador que estava na titularidade do potencial aceitante evidencia que, até a retirada da *vox*, há a vinculação.⁹⁷ De outro lado, até que sobrevenha a aceitação e, mais, o *consenso*, não há falar em *obrigação*, que apenas surgirá como eficácia do negócio jurídico bilateral concluído.⁹⁸

No que respeita ao seu *conteúdo*, a oferta, para ser assim considerada em plenitude, deve *prefigurar* o futuro contrato na íntegra, e não apenas quanto aos pontos essenciais. É o requisito da *completude* da proposta contratual, pois esta deve dar a conhecer qual será o conteúdo do negócio jurídico bilateral.⁹⁹

Se um sujeito emite uma minuta contratual a outro com questões indefinidas – a saber, questões sobre as quais não há uma proposta da sua parte, embora relevantes para a configuração do contrato almejado –, está-se ainda em fase de tratativas. A rigor, quando o sujeito apenas explicita as bases sobre as quais está disposto a negociar, sem prefigurar o contrato inteiro, este expede, na verdade, uma *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite a que a contraparte faça uma proposta que obedeça àqueles pontos que previamente estabeleceu.¹⁰⁰

Além de completa, a *proposta* deve ser *séria*. Já foi dito, não há negócio onde não há vontade de negócio. A oferta deve instrumentalizar declaração (ou manifestação) de vontade apta a suscitar o vindouro contrato, caso sobrevenha aceitação. Não deve haver dúvidas quanto à vontade de se obrigar ao que consta na oferta. Naturalmente, quando um sujeito emite uma proposta contratual completa, é de se presumir o seu carácter de seriedade. Mas essa presunção é de natureza *juris tantum*. Por isso, o seu teor não pode vir acompanhado de ressalvas quanto à sua vinculatividade – tais como, “sem vinculação”, “minuta em revisão”, “a título precário” ou “pendente de aprovação interna”.¹⁰¹

⁹⁶ Sobre a *vinculação* figurar como *efeito mínimo* dos atos jurídicos: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo V. cit., p. 7-8.

⁹⁷ Cf.: ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. cit., p. 173.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 48-49.

⁹⁹ CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratti**. cit., p. 135-137.

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 421-422.

¹⁰¹ CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratti**. cit., p. 137-139.

Surge, assim, a oferta, enquanto negócio jurídico unilateral, tendo como suporte fático uma declaração (ou manifestação) de vontade receptícia, completa e séria emitida com o fito de performar o negócio jurídico bilateral vindouro.

Quando a proposta chega ao destinatário, surge-lhe o direito formativo gerador de emitir a *aceitação* – que é, igualmente, negócio jurídico unilateral.¹⁰²

Como o *aceitar* é direito que surge em função da recepção da *proposta*, é necessário que, para que a declaração do oblato valha como *aceitação*, a proposta correlacionada esteja ainda em vigor. Com efeito, se a aceitação não corresponde a uma proposta existente, válida e eficaz – seja por revogação ou caducidade –, não se pode falar, a rigor, em aceitação.¹⁰³

Deveras, a aceitação, para ser assim configurada, deve ser *inequívoca* e *completa*.¹⁰⁴

De saída, não se deve dar à exigência de *inequívocidade* a sinonímia de requerer que a aceitação seja sempre *expressa*. Com efeito, a aceitação pode ser expressa, tácita ou silente. Naturalmente, a aceitação *expressa* é a mais segura, pois que se dá pelo emprego de palavras ou signos de outro modo cognoscíveis. Mas nada obsta que a aceitação seja *tácita*, isto é, por meio de condutas positivas ou negativas reconhecidas pelo ordenamento jurídico como manifestações de vontade. Por fim, é igualmente possível que, em certas condições, a aceitação sobrevenha inequivocamente pelo *silêncio* (v.g., a compra e venda a contento com prazo estipulado em que o comprador permanece com o bem sem informar desagrado).¹⁰⁵

É óbvio que o *silêncio*, por si só, não logra ser inequívoco enquanto manifestação. Todavia, o mundo jurídico reconhece a possibilidade de *manifestação pelo silêncio* nos casos em que o sujeito, provocado, tenha o dever de se manifestar e o silêncio surja como uma das possibilidades de resposta. Cuida-se da previsão do *silêncio concludente*, isto é, aquele do qual se pode concluir a existência de vontade (*ex quo voluntas concludi potest*).¹⁰⁶

No que respeita à sua extensão, a *aceitação* deve ser *completa*.¹⁰⁷ O aceitante deve declarar (ou manifestar) a sua adesão integral ao teor da oferta, testificando da formação do

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 424-430.

¹⁰³ “A declaração de vontade que contém a adesão à proposta, para assumir o caráter jurídico de aceitação, deve sobrevir perfeita num momento em que a proposta relacionada seja ainda em vigor” (CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratti**. cit., p. 222, tradução nossa).

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 162-163.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 27-29.

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 396.

¹⁰⁷ “Uma aceitação condicionada ou limitada não é aceitação, mas contém uma nova proposta” (WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandecte**. Vol. II. cit., p. 192, tradução nossa).

consenso sobre todos os pontos inseridos na proposta que lhe chegou ao conhecimento, para que o negócio jurídico se conclua. É da natureza da aceitação que seja *sem ressalvas*.¹⁰⁸

Se o aceitante, em lugar de anunciar integral conformidade, devolve a minuta com acolhimento de alguns pontos e sugerindo a alteração de outros, este não emitiu aceitação, sequer parcial. Na verdade, nesse caso, o então aceitante expediu nova oferta. Por ser assim, o oferente é transformado em oblato, e vice-versa.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

Num e noutro caso, o proponente permanece vinculado ao teor de sua proposta, ressalvadas as hipóteses legais de revogação.¹¹¹ Tal vinculação – que não se confunde com irrevogabilidade nem com obrigatoriedade – dá azo a, pelo menos, dois *deveres* do oferente que ostentam relevo para este estudo: de um lado, o oferente tem o dever de *não frustrar* nem diminuir o que propôs ao destinatário e, lado outro, tem o dever de *prestar esclarecimentos* sobre a sua oferta, dando os informes requestados pelo oblato que sejam pertinentes à compreensão e à conclusão do contrato pretendido.¹¹²

Nesse ensejo, *oferta* (que deve ser *séria e completa*) e *aceitação* (da qual se requer *congruência e inequivocidade*), protagonistas da fase formativa do contrato, surgem como *negócios jurídicos unilaterais interintegrativos*, formulados com o fito da composição do negócio jurídico bilateral almejado.

2.3 A formação do consenso (e eventuais dissensos)

Compreendida a dinâmica desenvolvida entre oferta e aceitação, o estudo deve prosseguir para a formação do *consenso* propriamente dito.

¹⁰⁸ “Quanto ao conteúdo, a aceitação deve corresponder, em toda extensão, à oferta. [...] É preciso que haja coincidência entre todos os pontos da oferta e todos os pontos da aceitação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 162).

¹⁰⁹ “A aceitação é uma declaração direta ao proponente; esta deve ser definitiva, incondicionada e plenamente conforme à proposta; caso contrário, vale como nova proposta e, para o perfazimento do contrato, será necessário que a sucessiva aquiescência do anterior proponente seja, a seu turno, levada ao conhecimento do aceitante que realizou a alteração” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. cit., p. 148, tradução nossa).

¹¹⁰ Fazendo menção à expressão “aceitação modificativa”, mas reconhecendo que, nesse caso, o oblato se faz proponente: GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 66.

¹¹¹ Sobre as hipóteses legalmente reconhecidas de revogação (ou, nos termos do Código Civil de 2002, de retratação) da proposta contratual: LÓBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79-80.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 436.

Só se pode ter por concluído o contrato quando da formação do *consenso*. É pela junção, pela “*soldagem*”, da *oferta* com a *aceitação* que exsurge o negócio jurídico bilateral para o qual os negócios interintegrativos se destinaram. Antes disso, não há contrato.¹¹³

Com a perfeita (e querida) coincidência do *negócio-oferta* e do *negócio-aceitação*, surge o negócio *bilateral* – porque, nesse particular, a *bilateralidade* diz exatamente com a necessidade de serem duas as declarações (ou manifestações) de vontade à base do negócio –, fruto do *consenso* verificado entre proponente e aceitante.¹¹⁴

Por ser assim, o contrato é *perfeito*, de regra, no momento em que o proponente toma ciência da aceitação da oferta¹¹⁵ – as exceções ficam por conta das hipóteses de “receptividade dispensada”, com base nos usos e costumes.¹¹⁶

Como antecipado na análise da aceitação, é exigida a perfeita *congruência*.¹¹⁷

Pontes de Miranda destaca que, para a perfeição do consenso nos contratos, é necessário que os interesses sejam *diversos* e *enantiomórficos*.¹¹⁸

Naturalmente, os interesses do oferente e do aceitante não podem ser idênticos, uma vez que, se assim fosse, ocorreria *conflito* de interesses (e, assim, disputa) sobre o mesmo bem da vida, o que impediria o surgimento do contrato, dado que este exige a configuração do *in idem placitum consensus*.¹¹⁹⁻¹²⁰

Demais disso, no pressuposto de que os interesses sejam *enantiomórficos*,¹²¹ o contrato bilateral exige que a manifestação (ou declaração) de vontade do proponente seja a *exata imagem reversa* da manifestação (ou declaração) de vontade do aceitante, de modo que estas se revelem simétricas, mas em sentidos opostos – como que diante de um espelho.¹²²

¹¹³ “O que importa à conclusão do contrato é o *consensus*; [...] O que faz o negócio jurídico bilateral não é a junção da aceitação à oferta, mas o efeito do *consensus* que resulta das duas manifestações de vontade, dos dois negócios destinados à conclusão do negócio jurídico bilateral” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 147).

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 444.

¹¹⁵ TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. cit., p. 657.

¹¹⁶ A recepção da aceitação pode ser dispensada, “se esse é o uso”, porque, nesse contexto, a aceitação se torna manifestação de vontade não-receptícia e, por isso, o contrato é concluído no momento “em que se dá a expressão, em atos, à vontade de aceitar”, configurando hipótese de “receptividade dispensada” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 444).

¹¹⁷ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. cit., p. 199.

¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 143.

¹¹⁹ “Para a conclusão do contrato, é necessária a presença contemporânea das vontades de duas ou mais pessoas capazes, direcionadas ao *in idem placitum*” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. cit., p. 659).

¹²⁰ Para a compreensão do sentido do *in idem placitum consensus*, a partir das fontes romanas: MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório – suas raízes romanas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 93, p. 3-24, 1998.

¹²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 144.

¹²² *Enantiomorfia* é o conceito da física óptica que pode ser resumido como “a reversão da imagem”. O maior exemplo de imagens enantiomorfas é o gerado pela disposição de um objeto diante de um espelho. Merece

Se não há *enantiomorfia*, não há negócio jurídico bilateral.¹²³ Oferta e aceitação devem ser espelhados; na imagem sugerida por Torquato Castro, devem funcionar como “*duas eletricidades contrárias*”.¹²⁴ É claro que isso não está vinculado à ideia de tipicidade – embora os contratos típicos sejam exemplos dos interesses que o ordenamento jurídico reputa enantiomórficos (comprar e vender; doar e receber; prestar serviço e remunerar).

Para que haja a *enantiomorfia* necessária, o oferente e o aceitante devem, em consenso, concluir que a prestação (ou as prestações) e a contraprestação (ou as contraprestações) são equivalentes entre si. Não se trata, pois, de uma equivalência matemática, material ou econômica. O que basta para a existência do contrato é a *equivalência intencional*.¹²⁵

Nesse enleio, se perfeitamente congruentes a oferta (eficaz, séria e completa) e a aceitação (inequívoca e congruente) e se os interesses dos contraentes forem diversos e enantiomórficos, surge o *consensus* necessário para a constituição do negócio jurídico bilateral e, assim, do chamado *contrato bilateral* – porque, além da *bilateralidade* no plano da existência (duas manifestações ou declarações de vontade), surge a *bilateralidade* no plano da eficácia (surgimento de direitos, pretensões e ações para os dois polos contraentes).¹²⁶

Ocorre, por vezes, que, sob as mantas de aparente consenso, há um mal-entendido entre os contraentes. É a hipótese do *dissenso encoberto* (ou *dissenso oculto*).

Como anotado, se há *dissenso manifesto* – isto é, se o oblato expressamente rejeita a proposta, dissentindo de seus termos –, não há falar em *surgimento* do negócio jurídico bilateral. Por isso, nesse caso, a questão se resolve antes mesmo do plano da existência.¹²⁷

Diverso, porém, é o caso em que o *dissenso* remanesce *encoberto*.

Ao fazer menção da hipótese de *dissenso encoberto*, não é raro que a doutrina qualifique esse fenômeno como um mal-entendido (*malinteso*). De fato, cuida-se de caso em

anotação o fato de que o espelho não *inverte* a imagem (= ela não fica de cabeça para baixo), mas a *reverte* (= ela é exibida de modo simétrico, em ordem ou sequência reversa, com relação a um ponto, eixo ou plano). Do ponto de vista etimológico, o significado mais próximo seria “forma oposta”, porque *enantios*, em grego, significa “oposto”. Normalmente, as imagens enantiomorfas são traduzidas como “espelhadas”. Para a compreensão do conceito, cito: RIBEIRO, Jair Lúcio Prados. **Experimentos em óptica**: uma proposta de reconceitualização das atividades experimentais demonstrativas. 2010. 162f. Dissertação (Mestrado em Ensino de Ciências) – Universidade de Brasília, Brasília.

¹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 143.

¹²⁴ CASTRO, Torquato da Silva. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 24.

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 209-210.

¹²⁶ “Contratos bilaterais são negócios jurídicos, pelo menos bilaterais, de eficácia bilateral. Contrato bilateral é aquele de que se irradia eficácia bilateral (deveres, obrigações, ações, de ambos os lados). Bilateral aí é, portanto, bilateralmente criador de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 209).

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. cit., p. 435.

que os contraentes creem estar em consenso, mas apenas porque o aceitante não compreendeu corretamente a proposta à qual aquiesceu, ou porque houve uma confusão na fase final da troca de minutas, ou, ainda, porque as partes interpretam diferentemente conceitos, posições, instrumentais e técnicas referenciadas na oferta.¹²⁸

Nesse caso, a indagação pertinente diz com a importância (ou a desimportância) dos pontos sobre os quais, na verdade, não se formou o consenso. A regra geral é a de que tais dissensos sejam sobre pontos laterais (ou secundários) do contrato, isto é, que tais dissensos sejam daqueles que, mesmo que as partes (conscientemente) não tivessem alcançado consenso sobre eles, o contrato seria concluído. É a hipótese de *dissensus concomitans*. Em ocorrendo, a questão permanece no plano da *existência* e a sentença será *declaratória*, assentando a ausência de consenso sobre aquele ponto (ou aqueles pontos), o que ensejará a incidência da norma dispositiva que regula a matéria, caso exista.¹²⁹

Todavia, não se pode negar a possibilidade de tal dissenso ocorrer sobre ponto *essencial* do contrato – embora isso seja absolutamente excepcional, mormente sob os influxos do dever de diligência e da responsabilidade social. Se, sob a capa do aparente consenso, as partes dissentiram sobre aquilo que, à luz dos usos e costumes ou à luz das peculiaridades da negociação, configurava questão *principal* para a conclusão do negócio, surge a hipótese de *dissensus essentialis*, que está cingida ao plano da existência – ou mesmo antes dele – e, uma vez ocorrente, deve ensejar o reconhecimento da *inexistência* do negócio todo.¹³⁰

O consenso é, pois, essencial ao surgimento do negócio jurídico bilateral, isto é, se revela absolutamente necessário que a oferta e a aceitação sejam coincidentes, veiculadoras de interesses diversos e enantiomórficos, e que haja seu entrosamento para o ingresso do acordo de vontades, como tal, no mundo jurídico.¹³¹

2.4 A causa, a forma e o conteúdo do negócio

Para encerrar este esboço do retrato falado do contrato, remanescem, ainda, três questões de relevo para a sua compreensão: a sua *causa*, a sua *forma* e o seu *conteúdo*.

¹²⁸ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. cit., p. 149.

¹²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III. cit., p. 168.

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III. cit., p. 166-167.

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII. cit., p. 47-48.

De saída, importa não baralhar a *causa* com os *motivos* do contrato. Fala-se de *motivos* do contrato para fazer-se referência às “pré-intenções” dos contratantes, que, de regra, permanecem no âmbito meramente subjetivo, não integram o negócio final e, por isso, não ascendem ao mundo jurídico.¹³² Deveras, mesmo quando recebem o timbre de “determinantes”, são comuns entre os contraentes e recebem relevância jurídica, os *motivos* não podem ser confundidos com a *causa*.¹³³

A *causa* do contrato é, na verdade, a sua *causa finalis*. Dotada de *objetividade* e relacionada à própria *estrutura* do negócio, a causa é a *função* específica que ele desempenha no mundo fáctico (e, especialmente, econômico) – e que é reconhecida como relevante no mundo jurídico. É a própria “ideia funcional” do contrato.¹³⁴⁻¹³⁵

Com efeito, a causa é a *função* que o sistema reconhece ao negócio e que, por isso, é o seu fator de *fixação* no mundo jurídico com o desenho do *projeto* da sua eficácia. Em decorrência disso, a rigor, a causa não é convencional, mesmo porque o acordo dos contraentes em torno da causa não lhe é suficiente, mormente se minguaem os dados objetivos que viabilizem a sua função; com o mesmo rigor, não se pode dizer que seja legal, ante a atipicidade. Mais adequado é dizer que a causa do negócio é a própria natureza (e a dinâmica) das coisas.¹³⁶

Pontes de Miranda, ao anotar que a *causa* é definida pela natureza das relações, faz menção à sua teoria dos “-jectos”. Sob esse influxo, a inteligibilidade (dos elementos) do objeto depende da “abertura de válvulas” para (os elementos d) o sujeito com o fito da formulação de proposições verdadeiras, que é, em parte, descobrir, e, em parte, inventar.¹³⁷

Em suma, a *causa* é a *função* econômica do contrato.¹³⁸

Além disso, todo contrato tem *forma*, uma vez que esta diz com o meio eleito pelos contraentes para externar as suas manifestações (ou declarações) de vontade emitidas com o

¹³² “O princípio geral da *irrelevância dos motivos* domina todo o direito. Tôda vontade é resultado de algo que se passa dentro do homem; mas os sistemas jurídicos abstêm-se de descer ao determinismo interno. [...] Quanto aos negócios jurídicos, a regra é não serem relevantes os motivos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 70-71).

¹³³ Com efeito, “a inerência, que é característica das causas, repele que se tomem os motivos, tornados relevantes, por verdadeiras causas” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 80)

¹³⁴ Em seu resumo, “a causa do contrato é a função ou escopo prático ou econômico, que o individualiza, e que o torna merecedor do amparo da lei” (CASTRO, Torquato da Silva. **Da causa no contrato**. cit., p. 55).

¹³⁵ Na mesma linha, Junqueira de Azevedo define a causa do contrato como “a função prático-social do negócio” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. cit., p. 154).

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 78-79.

¹³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O problema fundamental do conhecimento**. Porto Alegre: Livraria do Globo, [s.d.], p. 168-177.

¹³⁸ CASTRO, Torquato da Silva. **Da causa no contrato**. cit., *passim*.

objetivo, sendo interintegrativas, partejarem o negócio jurídico bilateral.¹³⁹ Não há, pois, negócio sem forma, de modo que o negócio “aformal” só pode ser entendido como aquele realizado sem a observância de forma especial.¹⁴⁰

Com efeito, a observância dos rigores formais legalmente exigidos para alguns negócios jurídicos, como exceções à regra da liberdade das formas, demandam análise cautelosa, uma vez que o sistema, com o fito de modular as estreitezias às necessidades, pode dispor as exigências de formas especiais no plano da existência (v.g., a celebração do casamento), no plano da validade (que o sistema prevê como sanção genérica) e no plano da eficácia (v.g., o registro do contrato preliminar).¹⁴¹

Por derradeiro, cabem algumas considerações sobre o *conteúdo* do contrato.

O conteúdo do contrato não é exclusivamente composto pelas manifestações (ou declarações) de vontade entrosadas.¹⁴² O teor jurídico do negócio é composto pelas regras *cogentes* atinentes à espécie, pelo *consenso* volitivo dos contraentes e, quanto ao mais, se necessário, pelas regras *dispositivas*, que incidem caso remanesçam questões pertinentes ao contrato previstas em regras legais e não cuidadas de modo diverso pelos contraentes.¹⁴³

Quanto à parcela *querida* do conteúdo do contrato, vale lembrar a clássica tripartição em elementos essenciais, naturais e acidentais, que permanece útil.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

Em resumo, os *essentialia negotii* são aqueles elementos indispensáveis à configuração do negócio jurídico bilateral, já que, na sua ausência, o suporte fático seria insuficiente (e não apenas deficiente), com a conclusão de que o negócio seria inexistente. Em sua vez, os *naturalia negotii* dizem com os efeitos não queridos ou superfluamente queridos, eis que naturalmente decorrentes da categoria negocial eleita pelos contraentes. Por fim, os *accidentalia negotii* são os acréscimos – ou as “franjas”, na expressão de Pontes de Miranda –

¹³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. cit., p. 126-131.

¹⁴⁰ Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 105-106.

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 20.

¹⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 319-320.

¹⁴³ “Às regras jurídicas atribuem as leis função de enchimento parcial da manifestação de vontade, que se impõem (regras jurídicas cogentes), ou que apenas provêem ao enchimento parcial, se os manifestantes da vontade nada determinaram sobre algum ou alguns pontos. Ali, o sistema jurídico considerou acertado, em técnica legislativa, limitar a liberdade de determinação (*ius cogens*). Aqui, apenas se atende a que há pontos sobre os quais seria de esperar-se que os figurantes manifestassem vontade e não manifestaram (*ius dispositivum*)”. As regras cogentes, a bem da verdade, “iniciam” o negócio jurídico (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 64).

¹⁴⁴ Reconhecendo a utilidade presente da tripartição de origem romana: BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil**: parte geral. cit., p. 174-176

¹⁴⁵ Em sentido contrário, entendendo que a tripartição romana não tem mais utilidade e sugerindo uma nova tripartição em elementos gerais, categoriais e particulares: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. cit., p. 26-30.

que os contraentes põem ao lado ou em continuação às normas cogentes e aos efeitos naturais; são, igualmente, as disposições convencionais lançadas em lugar das regras dispositivas.¹⁴⁶

Caso haja disposição nula ou anulável na parcela *querida* do contrato e com previsão de regra jurídica substituinte, na hipótese de nulificação ou anulação, também a regra substituinte integrará o *conteúdo* do negócio.¹⁴⁷

No que respeita ao *contrato* (e à sua *mágica*), é o que basta consignar para que este escrito continue.

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 65-70.

¹⁴⁷ “As regras jurídicas substituintes mudam o sentido das declarações de vontade; substituem-lhes o conteúdo”. É o caso de “dar outro conteúdo à declaração de vontade” para salvá-la de invalidade (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 63).

3 DO PROBLEMA DA EMPRESA (E DA INTERATIVIDADE)

“É, pois, a tragédia a mimese de uma ação de caráter elevado”

(ARISTÓTELES)

3.1 Considerações iniciais: uma crônica do comércio e da empresa

O conceito de *empresa*, tal como hoje toma o centro do direito comercial, aparece num livro inconcluso e escrito por dentro e por fora.

Naturalmente, o *comércio* estava presente nas sociedades antigas. Não é recente, em absoluto, a necessidade de atos de *intermediação* entre quem produz e quem consome para *satisfazer* necessidades mútuas e *racionalizar*, em alguma medida, a produção e a circulação de riquezas. Grandes povos da Antiguidade – como gregos, assírios e fenícios – marcaram o seu nome na História também por sua habilidade na mercancia e pelo modo como isso foi utilizado em sua expansão.¹⁴⁸

Todavia, não é sem motivo que se se refere a essa época do direito comercial como a sua *pré-história*. De fato, houve a emissão de normas comerciais de relevo na Antiguidade, principalmente quanto ao comércio marítimo, com o fito de ordenar os riscos naturalmente decorrentes das empreitadas mercantis sobre o Mar Mediterrâneo. São exemplos poderosos dessa normatividade inicial, a *Lex Rhodia de Jactu* (que determinava a repartição igual de eventual prejuízo entre os adquirentes caso fosse necessário jogar parte da carga ao mar para salvar a embarcação) e a *Nauticum Foenus* (que regulava o empréstimo de dinheiro a risco). Mas, nesse espectro de tempo, não houve uma organização das normas atinentes ao comércio, muito menos um esboço de sua configuração autônoma.¹⁴⁹

Mesmo em Roma, nada obstante a existência de institutos jurídicos típicos da mercancia (v.g., *receptum nautarum*), não se achou a formulação de um direito comercial.¹⁵⁰

Não é singelo o debate em torno das razões que não deixaram frutificar em Roma um direito comercial autônomo, mormente ante a sua pujança expansionista que se verificou também no âmbito comercial. Há, porém, um razoável consenso sobre a suficiência do *ius gentium* para regular e resolver as querelas surgidas do exercício do comércio, o que teria

¹⁴⁸ Nesse sentido, merecem citação: CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. Lisboa: Almedina, 2016, p. 47-51; e, TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 33-65.

¹⁴⁹ Nesse sentido: BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 17-24.

¹⁵⁰ Cf.: VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. Milão: Ulrico Hoepli, 1920, p. 3-4.

desestimulado o surgimento de um direito comercial propriamente dito ao lado do direito civil.¹⁵¹

O direito comercial, enquanto categoria autônoma, surge na Idade Média.¹⁵²

Durante o Medievo, surge a divisão entre a classe *feudal* (essencialmente agrária) e a classe *burguesa* (marcadamente comerciante). Esta última passa a viver em cidades, que, pouco a pouco, se tornam grandes centros de produção, de troca e de consumo. Nesses moldes, o *comércio* gradualmente se expandiu, gerando novas necessidades, como o transporte, a troca de dinheiro, o envio de emissários, a criação de rotas e a segurança nas estradas. Por ser assim, e diante da ausência de uma autoridade central para coordenar a solução dessas questões, torna-se necessária a reunião desses mercadores em *corporações* e, ainda, a exigência de uma *normatividade* adequada à nova realidade econômica – que rejeitava tanto as formalidades do direito romano quanto as limitações canônicas ao lucro.¹⁵³

As corporações passam a desempenhar esse papel *normatizador*. Os seus cónsules, que tinham funções políticas, executivas e judiciais, ao serem investidos para a sua judicatura nas matérias do comércio surgidas entre os associados, juravam cumprir os *estatutos* da corporação, bem como os *usos e costumes* assentados, e as decisões anteriores da assembleia e do conselho. Assim, o *stylus mercatorum* ganha vinculatividade entre os comerciantes, tornando-se regra cogente a ser observada no tráfico mercantil. Nesse ensejo, tais corporações angariam considerável poder e constituem um vasto patrimônio imobiliário através das contribuições, dos pedágios, das multas e das doações.¹⁵⁴

Surge, assim, o direito comercial como um direito *especial* e de *classe*, gerado pelos próprios comerciantes, reunidos em corporações, ao lado do direito comum.¹⁵⁵

¹⁵¹ Ao tratar do ponto, Juan Iglesias esclarece que, como o *ius gentium* configurava o “rejuvenescimento” do *ius civile*, tornando-o “aberto e progressivo”, estimulado principalmente pelas necessidades do comércio internacional, o surgimento de um “direito mercantil especial” não se revelou necessário, dado que as eventuais exigências do *ius civile* que fossem contrárias ao tráfico seriam naturalmente afastadas (IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164-167).

¹⁵² Por todos: ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1947, p. 61-70.

¹⁵³ “O nascimento do direito comercial se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos *capitalísticas* e que se fizeram sentir desde as comunas italianas do século XII”, porque “a renascença do comércio e da vida econômica exigia um sistema contratual simultaneamente mais completo e mais elástico, assente, de um lado, na liberdade das formas e, de outro lado, no princípio geral da possibilidade das partes se obrigarem” (ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1947, p. 22).

¹⁵⁴ Forma-se assim, na expressão de Vivante, “o gérmen precioso de uma legislação comercial” (VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. cit., p. 4-5).

¹⁵⁵ Como anota Paolo Grossi, é verificada uma “dialética intensa” entre o universal e o particular durante a Idade Média, tanto no que respeita aos direitos locais quanto aos direitos especiais. Por isso, o pluralismo jurídico é uma das marcas registradas da ordem jurídica medieval, que se apresenta como “um mundo de

Não demorou, porém, para que o critério *subjetivo* – criador dessa *summa divisio personarum* entre civis e comerciantes – fosse pesado e achado em falta.

Com o avanço das expedições marítimas, as corporações alargam a sua esfera de *poder*, tanto pela tendência *expansionista* dessas juntas quanto pelo *prestígio* de que gozavam os seus cónsules, menos por sua técnica do que pelo senso de *justiça* e *equidade* presente em seus veredictos. Nesse contexto, as corporações passaram a dirimir litígios entre comerciantes e não comerciantes, formando a jurisdição do *tráfego mercantil*, e não apenas dos mercadores.¹⁵⁶

Com o desenvolvimento das cidades, e a necessidade de segurança e certeza na prática mercantil, tornaram-se comuns as *compilações* de direito comercial. De início, esses repositórios limitaram-se a reunir os usos e costumes demarcadores do *stylus mercatorum*, que são conhecidos desde o século XI, ao menos, como as *Consuetudines*, de Gênova, do ano 1056; após, vieram as compilações *estatutárias*, que, além dos usos do tráfico, também reuniam decisões anteriores dos conselhos e das assembleias.¹⁵⁷ Paralelamente, surgia o *ius mercatorum* como apanhado das normas comerciais em caráter intercorporativo e internacional.¹⁵⁸

Pouco a pouco, entre os séculos XIII e XVI, as compilações de direito comercial receberam um prestígio quase legislativo. *Pari passu*, o surgimento das repúblicas italianas gerou a absorção das normas dos *consuetudos* e dos *estatutos* pelos Estados, que as transformaram em *ordenações*, *regulamentos* e *leis*. Esse movimento também agitou a doutrina. E, segundo Vivante, se tais normas consuetudinárias venceram os rigores romanos e canônicos, foi por causa da autoridade dessa *doutrina* que surgiu na Península Itálica.¹⁵⁹

Todavia, foi a França, graças à existência de um poder central titularizado por uma monarquia forte, o primeiro Estado nacional a legislar vastamente sobre o direito comercial, emitindo ordenanças e éditos desde, pelo menos, 1563.¹⁶⁰ No século XVII, sobrevêm a

autonomias”. Nesse contexto, “o direito dos mercadores é sem dúvida um dos protagonistas do particularismo jurídico do final da Idade Média” (GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 273-281).

¹⁵⁶ “O direito comercial surgiu, conforme se vê, não como obra legislativa nem criação de jurisconsultos, porém, como trabalho dos próprios comerciantes, que o construíram com os seus usos e com as leis, que, reunidos em classe, elaboraram” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 54-56).

¹⁵⁷ Cf.: BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. cit., p. 25-28.

¹⁵⁸ Nesse sentido: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50-51.

¹⁵⁹ Cf.: VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. cit., p. 4-6.

¹⁶⁰ Como narra R. C. van Caenegem, o movimento normativo que vai desaguar nos chamados “Códigos do Iluminismo” ostenta um forte viés político com vistas à unidade e à indivisibilidade nacionais (CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1996, p. 175-179).

Ordenança sobre o comércio terrestre, conhecido como *Código de Savary*, e a Ordenança sobre o comércio marítimo.¹⁶¹

Como coroação do processo legislativo francês, e após as reviravoltas verificadas no ambiente da Revolução de 1789, surge, em 1807, sob a condução de Napoleão Bonaparte, o *Código de Comércio* da França, com forte inspiração das Ordenanças anteriores.¹⁶²

No entanto, como reflexo dos movimentos revolucionários experimentados, todos tendentes à remoção dos *privilégios* de classe – e, por isso, se tornava inviável a manutenção de um “direito dos comerciantes” –, o Código de 1807 propõe, enquanto instala, a fase *objetiva* do direito comercial, intentando a viragem da centralidade da figura do *comerciante* para a prevalência da análise dos *atos de comércio*.¹⁶³

Embora a proposta tenha sido promulgada com esse intuito reformador, não é demais destacar que o *Code de Commerce* não operou grandes alterações. À semelhança do que havia no Código de Savary, o Código de 1807 também fazia girar a normatividade comercial em torno da figura do *comerciante*. A novidade veio dar na lista dos chamados *atos de comércio*, a saber, aqueles atos negociais que, independentemente do contexto, atrairiam a legislação comercial.¹⁶⁴

Apesar desses pontos, o Código Comercial francês despontou poderosamente *influyente* sobre o Ocidente, deflagrando uma série de codificações por si iluminada. Sua influência pode ser explicada pela sua base nas Ordenanças anteriores, que já eram o “resultado de longo, completo e universal período de preparo”, e o adiantamento da arte legislativa francesa, enquanto o Velho e o Novo mundos ainda sofriam para se organizar politicamente.¹⁶⁵

Mas, de igual modo, não demorou até que o critério *objetivo* para a delimitação do direito comercial – baseado numa *lista* de atos negociais – fosse pesado e achado em falta.

Logo se percebeu que a listagem dos *atos de comércio* não apresentava uma nota comum sequer. A leitura daquele rol desafiou os comercialistas dos séculos XIX e XX, que se debruçaram em busca de uma *sistematicidade* ou *organicidade* possível. Cesare Vivante chega a afirmar que era *impossível* formar um conceito seguro de *ato de comércio*, porque o

¹⁶¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 59-60.

¹⁶² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 455.

¹⁶³ Destacando, por todos, a viragem inaugurada pelo *Code de Commerce*: FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33-35.

¹⁶⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. cit., p. 52-54.

¹⁶⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 60-66.

legislador renunciara a qualquer tratamento uniforme da matéria ao misturar atos *típicos* do comércio, atos *conexos* e outros atos que só *artificialmente* poderiam ser considerados do comércio.¹⁶⁶

No Brasil, desenvolveu-se problema de semelhante natureza, inclusive por empréstimo da experiência francesa.

Entre 1822 e 1850, isto é, entre a independência nacional e a sobrevivência do nosso primeiro Código de Comércio, o direito comercial brasileiro foi regulado de modo claudicante pelas Ordenações Filipinas e por alvarás esparsos. Em razão da vigência da Lei da Boa Razão, posto avançado das reformas do Marquês de Pombal,¹⁶⁷ o Código Comercial francês também foi aplicado no Brasil, dado que era de rigor que, havendo lacunas, fosse aplicada a legislação, inclusive mercantil e marítima, das nações cristãs.¹⁶⁸

Embora a Outorgada de 1824 só fizesse menção à necessidade urgente de um Código Civil e de um Código Penal, logo se fez sentir a premência do advento de um Código Comercial brasileiro, em razão das muitas lacunas verificadas no ordenamento nacional.¹⁶⁹ Os primeiros esforços nesse sentido foram desenvolvidos pelo Visconde de Cairu, cuja obra doutrinária guiava, com segurança, o desate de questões comerciais em território brasileiro e que apresentou em 1826 um Esboço de sua autoria. Todavia, o Código de Comércio do Império só veio à tona em 1850, quando era Ministro da Justiça Eusébio de Queiroz.¹⁷⁰

Indisfarçável a influência francesa, o fato é que o Código de 1850 sobreveio rendido ao paradigma *subjetivista*, elaborando o direito comercial em torno da figura do *comerciante*. Porém, com o advento do Regulamento nº 737, publicado para ordenar os processos comerciais, veio uma lista de *atos de comércio* que seriam da competência da jurisdição

¹⁶⁶ Sentença Vivante, diante disso, que “não se pode, pois, dar uma definição dos atos de comércio regulados pelo Código, porque não têm características comuns: o legislador mesmo a renunciou, porque preferiu indicar uma extensa série demonstrativa de quais são os atos de comércio” (VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. cit., p. 20, tradução nossa).

¹⁶⁷ Destacando a relevância da figura do Marquês de Pombal para o direito lusitano e para a sua modernização, adaptando o ordenamento jurídico português ao *usus modernus pandectarum*: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Um Código “social” e “impopular”**: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916). 2013. 246f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 131-138.

¹⁶⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 70-93.

¹⁶⁹ Com efeito, eventos históricos verificados com a partir da vinda da Família Real ao Brasil, em 1808, como a abertura dos portos às nações amigas e a criação do Banco do Brasil, aceleraram a modernização das práticas mercantis nacionais e, assim, deixaram às claras a necessidade de um Código Comercial adequado à nova realidade. Em acréscimo, vale notar que o Código de Comércio sobreveio no cenário do início do abandono gradual da economia escravocrata e da regulamentação do uso da terra (FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019, p. 105-171).

¹⁷⁰ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 312-316.

comercial, empurrando o direito comercial brasileiro a um regime *misto* (ou *intermediário*).¹⁷¹⁻¹⁷²

Naturalmente influenciado pelos Códigos de então, o legislador de 1850 teve de desenvolver um Código adequado ao cenário *econômico* brasileiro, consideravelmente diverso do contexto europeu, e ultrapassar o relevante óbice da *inexistência* prévia de um Código Civil. Por isso, o Código Comercial do Império, para sê-lo com inteireza, teve de se debruçar sobre questões *típicas* do direito civil, alargando excepcionalmente a sua abrangência.¹⁷³

Sua posição intermédia, porém, suscitou críticas semelhantes àquelas direcionadas ao Código de 1807.¹⁷⁴ Não houve demora para se perceber que a lista de *atos de comércio* arrolados no Regulamento nº 737, estabelecida para delimitar a esfera de atuação da jurisdição mercantil, era desprovida de qualquer coerência interna, o que impossibilitava a sua sistematização. Nas palavras de Carvalho de Mendonça, a leitura desse rol dava conta da existência de “elementos *arbitrários*” que perturbavam a concepção de um “firme sistema científico”.¹⁷⁵

Era geral, pois, a *insatisfação* quanto ao elenco de atos de comércio, em razão da ausência de um roteiro de nauta possível em sua construção, e igualmente quanto ao retorno à fase *subjetivista*, remotando o direito da *classe* dos comerciantes.

Quanto à tentativa de *devolução* do direito comercial ao estágio classista, ressurgiu o problema dos chamados *atos mistos*, isto é, dos contratos realizados entre comerciante e não comerciante.¹⁷⁶ Não faltaram propostas, das mais diversas, para a resolução desse problema. Cesare Vivante, tratando do espinhoso tema, fíndou por enunciar que, como o contrato é negócio uno – reclamando tratamento unitário – e como há a presunção de que os atos do

¹⁷¹ “O direito comercial vem a ser [...] a disciplina jurídica reguladora dos *atos* de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das *pessoas* que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 16).

¹⁷² FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. cit., p. 35-37.

¹⁷³ Cf.: CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 94-108.

¹⁷⁴ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. cit., p. 94-110.

¹⁷⁵ Por ser assim, Carvalho de Mendonça faz coro à crítica de Cesare Vivante e anota que, a rigor, os atos de comércio previstos legalmente não reúnem qualquer sistematicidade possível, em razão do arbítrio do legislador. Mas, num esforço, poderiam ser divididos nas seguintes classes: atos comerciais por natureza; atos comerciais por conexão ou dependência; e, atos artificialmente comerciais ou por força de lei (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 440-450).

¹⁷⁶ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. cit., p. 94-110.

mercador são referentes à atividade mercantil – presunção que decorre da lei –, era de incidir o direito comercial, e não o direito civil.¹⁷⁷

Curioso notar que uma série de debates doutrinários e jurisprudenciais – da qual a questão do *ato misto* é apenas um exemplo – decorreu da ausência de um *conceito* firme dotado de sistematicidade para agrupar as normas de direito comercial sob um só pálio científico.

Daí, a *empresa*.

A noção de empresa, com pertinência ao direito comercial,¹⁷⁸ surge com a sua inclusão entre os atos de comércio listados no Código de Comércio de 1807 (*enterprise*). Todavia, inserida sem destaque na multidão desconcertada de atos elencados, demorou a receber tratamento doutrinário adequado.¹⁷⁹

No cenário brasileiro, merece destaque a poderosa interpretação de Carvalho de Mendonça sobre esse ato de comércio, extraído de seu teor a *comercialidade*. Ao descrever o ato *empresa*, o comercialista aponta tratar-se, antes de mais, de uma *organização* técnico-econômica por meio da qual há a *combinação* dos elementos *natureza, trabalho e capital* para viabilizar a *troca* com objetivo de *lucro*, correndo os *riscos* dessa atividade.¹⁸⁰

Nesse enleio, e sob influência marcadamente italiana, a doutrina nacional passa a observar no conceito de *empresal* algo equivalente à noção de *mercancia*, aproximando-a do centro do direito comercial. Em relação ao texto do Código do Império, logo se observou a tendência a *bipartir* a noção de *empresa*: no sentido *econômico*, mais amplo, a organização técnica de fatores para a realização de atos mercantis repetidos e coordenados; e, no sentido *jurídico*, mais estreito, um dos atos de comércio previstos em lei.¹⁸¹

Embora tenha recebido algum tratamento doutrinário na Alemanha, é na Itália que a *teoria da empresa* se apossa, por via legislativa, do centro do direito comercial. Em 1942, no regime fascista, a Península Itálica vê publicado o seu *Codice Civile*. De um lado, há a unificação do direito privado em matéria obrigacional, sobrevindo uma “*comercialização*” do

¹⁷⁷ VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. cit., p. 104-110.

¹⁷⁸ Vale dizer que a chamada “teoria da empresa” não goza de beneplácito unânime da doutrina. Menezes Cordeiro, com todo o prestígio que merece a sua leitura, entende tratar-se de uma teoria incompleta e que não foi muito além de uma ideologia historicamente oportuna (CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. cit., p. 293-311).

¹⁷⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 37-39.

¹⁸⁰ Trata-se, pois, de “mediação, intrometendo-se entre a massa de energia produtora (máquinas, operários, capitais) e os que consomem, concorrendo destarte para a circulação de riqueza” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 482-483).

¹⁸¹ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. cit., p. 86-110.

direito contratual;¹⁸² e, de outro, ocorre a deposição do sistema dos atos de comércio e a ascensão da *empresa* como elemento central do direito comercial. Passa-se do *ato* para a *atividade*.¹⁸³

Nesse contexto, a *empresa* passa a ser vista como a “célula viva” do fenômeno econômico. Ela é composta pela *persona* do empresário (ou da sociedade empresária) e pelo complexo de *bens* afetados à operação, mas, *sobre* isso e *através* disso, há a *atividade* organizada que é considerada unitariamente e desenvolvida pela *combinação* de sujeitos e de *meios* coordenados com objetivo de viabilizar a produção e/ou as trocas, sob a *responsabilidade* diretiva de quem corre os *riscos* do negócio.¹⁸⁴

Não se pode ignorar, ao menos para a compreensão do fenômeno histórico, que a teoria da empresa foi adotada na Itália *fascista* e não demorou a reconduzir o debate do direito comercial ao seu caráter *público*, dada a importância dessa *organização* produtiva para a dinâmica social. A leitura da *Carta del Lavoro* dá conta de que a real intenção da *centralização* da empresa no sistema de direito privado italiano era a de facilitar a construção de uma disciplina “*totalitária*” do direito comercial, envolvendo o *capital* e o *trabalho*, bem como, dentro do possível, sopesar interesses públicos e particulares; por isso também, a figura do *empresário*, enquanto organizador dos fatores de produção, se torna o centro das exigências (e imposições) solidaristas.¹⁸⁵

Aos propósitos de então, serviu muito bem o aproveitamento da teoria alemã da “*empresa em si*”, igualmente de lastro antiliberal. Propunha-se a visão da *empresa* como um *organismo* iniciado pelos esforços do empresário e pela conjugação dos fatores por si coordenados, mas que, com o seu desenvolvimento econômico, ganharia *autonomia* e, assim, seria detentora de *interesses* próprios, inconfundíveis com o dos sócios ou administradores.¹⁸⁶

Com esses afluentes ideológicos, a *empresa* passa a ser compreendida como um organismo autônomo destinada a gerar *riqueza* para a comunidade, oferecer *emprego* ao povo,

¹⁸² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 60-63.

¹⁸³ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 37-39.

¹⁸⁴ “Na empresa – que é a verdadeira protagonista do mundo econômico – não se observa apenas a pessoa do empresário (o sujeito) ou o complexo de bens que formam a empresa (meios); na empresa há um *quid* que se considera unitariamente na sua vida e no seu movimento, como uma combinação de atos que requerem a organização dos sujeitos e dos meios destinados à produção ou às trocas” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1974, p. 315-316, tradução nossa).

¹⁸⁵ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 37-39.

¹⁸⁶ Cf.: CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. cit., p. 295-306.

burilar as *técnicas* de produção e de circulação de bens e riqueza, e, ainda, concorrer para o *progresso* científico nacional.¹⁸⁷

O fato, porém, é que, logo que tais regimes totalitários caíram, a doutrina comercialista tratou imediatamente de *neutralizar* a teoria da empresa, inclusive com influxos de teorias de matriz liberal. O foco constante na *empresa* – enquanto atividade econômica produtiva que é coordenada e organizada sob a batuta, pelos riscos e em busca dos resultados do empresário – torna-se, gradualmente, o *centro* do direito comercial.¹⁸⁸

Assim, desde, pelo menos, o último quartel do século XX, a maior parte da doutrina comercialista nacional, seguindo principalmente a linha de Rubens Requião,¹⁸⁹ já interpretava o direito comercial brasileiro sob as luzes da teoria da empresa. Por isso, a rigor, o Código de 2002, ao reconfigurar o direito do comércio como *direito de empresa* não instalou uma viragem copernicana inesperada, mas consagrou um movimento que já se desenvolvia.¹⁹⁰

Deveras, o empresário não é o novo nome do antigo comerciante. No ordenamento jurídico brasileiro, há um *direito de empresa* e, justamente por isso, a ideia-força que exerce *gravidade* em seu centro é a atenção à *atividade* técnico-econômica organizada com a *coordenação* de trabalho e capital para a produção e/ou circulação de bens e riquezas com vistas ao *lucro* e com *riscos* suportados pelo empresário, que exerce *poder* diretivo e conformador.¹⁹¹

Daí serem relevantes os *perfis* traçados por Alberto Asquini, desenhando a empresa como um “fenômeno econômico poliédrico”. Na perspectiva *subjetiva*, a empresa equivale ao *empresário*, por operação metonímica, dando a quem atua o nome de atividade; sob o viés *funcional*, a empresa é a própria *atividade* econômica organizada e coordenada com escopo produtivo; no perfil *objetivo*, a empresa corresponde ao complexo de *bens* destinado ao seu desenvolvimento; e, sob a visão *corporativa*, a empresa é vertida na *instituição*, no núcleo social organizado com vistas a um fim comum.¹⁹²⁻¹⁹³

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 55-65.

¹⁸⁸ “A nova colocação do direito comercial, que tem o fulcro na organização da atividade econômica, encontra sua ideia-força no conceito de empresa” (BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 23-28).

¹⁸⁹ Rubens Requião, em seu *Curso*, já adotava “a empresa comercial como o fulcro do direito mercantil” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 13-14).

¹⁹⁰ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 85-86.

¹⁹¹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 2-11.

¹⁹² ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 104, out-dez/1996, p. 109-126.

Com efeito, embora não seja nova a percepção de que o direito comercial deva ser estudado em conjunto com a ciência da economia,¹⁹⁴ o fato é que a teoria da *empresa* sobreleva o seu caráter *econômico*, realçando a importância do *mercado* que lhe circunda.

Também o *mercado* é fenômeno multifacetado: em sua vertente *econômica*, exibe-se como uma arena na qual interagem os agentes; na sua leitura *política*, apresenta-se como uma *formatação* possível (dentre várias) de alocação de recursos; e, em seu perfil *jurídico*, vê-se como a regulação dos modos de interação dos agentes econômicos.¹⁹⁵

Aliás, essa compreensão da *empresa* no ambiente do *mercado* anuncia como novas questões a serem resolvidas aquelas que entrelaçam o direito empresarial com a proteção do crédito, as limitações constitucionais no âmbito da ordem econômica, a proibição geral de condutas abusivas e, mais especificamente, a defesa da concorrência.¹⁹⁶

Nesse contexto, forte em sua vertente *econômica*, a *empresa*, enquanto atividade organizada, irrompe e toma a *centralidade* do direito comercial, exercendo a *força* gravitacional necessária ao desenvolvimento do sistema e, assim, atraindo a si multivariadas *influências*, enquanto influencia todos os conceitos que correm em sua *órbita*.

3.2 O elemento histórico e as permanências do direito comercial

O breve esboço precedente deixa claro que a *empresa*, enquanto fenômeno, está situada entre dois campos em eterno *dever*, a saber, o *direito* e a *economia*.¹⁹⁷

Com efeito, essa percepção não tem timbre de *novidade*.

Desde, pelo menos, as teorias sociológicas dos Oitocentos, é anotada a constituição do fenômeno *jurídico* comercial com o seguinte roteiro: o fenômeno *econômico*, nomeadamente a *necessidade*, é regrado pelo objetivo de obter a maior satisfação com o menor esforço (*legge del minimo mezzo*); como isso se dá na vida gregária, em que são limitados os bens, surge daí

¹⁹³ A doutrina pacificadora de Alberto Asquini foi profundamente relevante para a adoção do direito de empresa no ambiente do Código Civil de 2002 (MARCONDES, Sylvio. **Anteprojeto de Código de Obrigações (sociedades e exercício da atividade mercantil)**. [s.l.]: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 11-14).

¹⁹⁴ Já advertia, em clássica lição, Carvalho de Mendonça que “a ciência econômica estuda os fatos econômicos em si, atendendo às leis naturais e sociais que os produzem; aprecia o comércio em seu caráter fundamental, na sua função, a circulação e a permuta de riqueza” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 32).

¹⁹⁵ Definindo o mercado como “fenômeno poliédrico”, incluindo o perfil social: FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. cit., p. 155-195.

¹⁹⁶ Nesse sentido: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. cit., p. 68-73.

¹⁹⁷ “Em nosso pensar, o conceito fundamental do comércio é o mesmo na ciência econômica e no direito comercial. Aquele estuda o comércio na sua função orgânica, este nas relações jurídicas que se derivam do exercício dessa função. [...] A natureza do comércio não muda, porque diversas ciências dele se ocupam” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 424-425).

o fenômeno *ético*, exigindo que os esforços de adaptação individual sejam contemporizados com a necessidade de *adaptação social*; e, como esse dever de adaptação social atribuído aos particulares merece chancela do Estado, surge o fenômeno *jurídico*. Por ser assim, a causa *intrínseca* do direito seria a *necessidade* humana de satisfazer-se e a sua causa *extrínseca* seria a *limitação* natural de coisas (em quantidade, qualidade e duração), que torna a adaptação social um *valor* a ser protegido.¹⁹⁸

Nesse contexto, fica reconhecida como permanente na História a função *intermediária* (*procacciatrice*) desempenhada pelos sujeitos e pelos agregados sociais. É traçada a linha histórica partindo da *colheita* à *produção*, que é o manejo da matéria para a sua utilidade; da produção à *acumulação*, que é o modo de sobrepor-se às exigências do *tempo* na satisfação dos interesses; da acumulação à divisão de *trabalho*, que é a adequação dos agentes aos atos pelos quais, com o menor esforço, produzem em maior quantidade; da divisão à *troca*, que se pode configurar na permuta ou na compra e venda; e, por fim, da troca à *indústria*, que é a adequação da matéria (produzida ou recolhida) para novas funcionalidades, isto é, para satisfazer novas necessidades. Com essa percepção, o comércio, enquanto objeto do direito, detém *fundamento econômico e função social*, exurgindo como “um complexo de atos de *especulação* realizados pelo *intermediário* sobre as mercadorias – ou bens disponíveis à troca – que demandam a *mudança* de espaço, de tempo e de posse”.¹⁹⁹

Com base nesse raciocínio, buscou-se definir a *essência* do direito comercial, isto é, delineá-lo *ontologicamente*, acima das variações temporais.

Nesse intuito, é recorrente que a doutrina comercialista, investigando a ideia-força que reúne as normas de direito comercial com homogeneidade, sirva-se do conceito de *troca*. Mas não simplesmente a *troca*, antes toda a concatenação de atos desenvolvidos para promovê-la e/ou facilitá-la, etapa a etapa, como a produção, a manufatura, a indústria e o transporte.²⁰⁰

Por outro lado, há quem vislumbre no direito comercial uma categoria essencialmente *histórica* e, justamente por isso, imune à busca de permanências em seu conteúdo.

Ascarelli enxerga o direito comercial como manifestação de uma tendência historicamente verificada de haver um direito *tradicional* ladeado por um direito *equitativo*. Foi o que ocorreu em Roma entre o *ius civile* e o *ius honorarium*, bem como entre o *common*

¹⁹⁸ Alfredo Tortori chega a defender que “o fenômeno jurídico não existiria, se fosse idêntica a capacidade subjetiva e objetiva, se o homem não sentisse a sua insuficiência contra a natureza e diante de outro homem, se a necessidade de coexistência entre os particulares não surgisse como limite à liberdade individual” (TORTORI, Alfredo. **Sociologia e diritto commerciale**. Vol. 1. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1895, p. 14-49, tradução nossa).

¹⁹⁹ TORTORI, Alfredo. **Sociologia e diritto commerciale**. Vol. 1. cit., p. 81, tradução nossa.

²⁰⁰ Por todos: BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. cit., p. 7-13.

law e a *equity* na experiência inglesa. Sob esse influxo, merece foros de cidade a nota de que o direito dos comerciantes surgiu como *exceção* ao direito comum, então vigente, para os usos do tráfico mercantil e, mais adiante, a sua delimitação foi premida mais pela necessidade de delimitação *jurisdicional* do que por qualquer outra. Na linha histórico, conforme avançou o comércio (em sentido econômico), os institutos de direito comercial (enquanto direito excepcional) foram gradualmente sendo *absorvidos* pelo direito civil (ou pelo direito comum), de modo que se nota sem dificuldades que a abrangência do direito comercial é matéria a ser apreendida de modo *datado e localizado*, nos moldes do sistema econômico de então.²⁰¹

Sob esse ângulo, as tentativas de *reunião*, por meio de teorias, das normas de direito comercial em torno da intermediação, da circulação, da empresa ou da produção em massa não passam de fotografias das funções que o direito comercial foi convocado a desempenhar diante das “novas exigências” dos sistemas econômicos que se sucederam.²⁰²⁻²⁰³

Deveras, não é incomum notar que há um caráter *mutável* no objeto de regulação do direito comercial. Num esboço, o primeiro movimento historicamente verificado é o da *ampliação* de seu campo de atuação, abrangendo as novas figuras e as novas técnicas emergentes no tráfico econômico; após, comumente, é verificada a *generalização* das suas normas, sendo absorvida a sua regulação pelo direito comum; e, por ricochete, observa-se a *redução* de seu âmbito de abrangência, já que fica desprovida de sentido a sua regulação *especial* enquanto a mesma matéria já está sendo tratada nos mesmos termos de modo *geral*.²⁰⁴

As visões ontológica e histórica, no entanto, parecem reconciliáveis. Com efeito, o *direito* e a *economia* são processos sociais de *adaptação* – isto é, por seu intermédio, os elementos internos e externos vão sendo contemporizados para promover e manter o equilíbrio social diante das necessidades sucessivamente verificadas.²⁰⁵ E, como tais, são *interdependentes*, deixando margens um ao outro, com vistas ao *optimum* da coexistência.²⁰⁶

²⁰¹ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. cit., p. 13-52. Semelhantemente: REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. cit., p. 23-24.

²⁰² Cf.: ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. cit., p. 45-48.

²⁰³ Na mesma linha, Menezes Cordeiro defende que “o Direito Comercial não se apresenta, desta forma, como um tecido contínuo: ele sofre repetidas interrupções, antes assumindo uma configuração insular. Os diversos institutos nele regulados são-no ao sabor dos acasos histórico-culturais, das intervenções legislativas ou, até, de problemas que, em determinada época, tenham justificado especiais medidas, a nível de fontes” (CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. cit., p. 150).

²⁰⁴ Nesse sentido: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. cit., p. 39-43.

²⁰⁵ Pontes de Miranda chega a afirmar que, “quando mudam as necessidades, vêm as lutas políticas e sociais; toda a ordem nova superpõe-se à anterior, a que continua, com o elemento novo, que é a forma produzida pelas necessidades causadores da variação. [...] Quanto mais depressa e com exatidão se informa o legislador (e não nos referimos somente às assembleias políticas) e provê às mais recentes necessidades, mais

Por ser assim, o *conteúdo* do fenômeno jurídico e do fenômeno econômico é composto de matéria essencialmente *plástica* observada no quadro do fenômeno social e apreendida por essas lentes – justo e injusto, útil e inútil, respectivamente – para a correção da adaptação social. Daí a *dilatabilidade* e a *retratibilidade* desses fenômenos.²⁰⁷

Nesse influxo, nada obstante seja inegável a verdadeira *metamorfose* que o direito comercial se revelou desde a sua origem ao longo da História – regulando fenômenos econômicos sob diversos enfoques –, é possível encontrar um fio condutor, uma nota de permanência, já que a sua porção normativa sempre se destina a regular a coordenação da atividade produtiva para o mercado.²⁰⁸ A função *intermediária*, compreendida em sentido amplo e nas mais variegadas feições que já exibiu nos sistemas econômicos, permanece, desde o seu nascedouro, ao *centro* do direito comercial (ou empresarial), exercendo a força *gravitacional* que mantém a sua unidade e a sua sistematicidade, em razão das *exigências técnicas e econômicas* que circundam o *comércio*.²⁰⁹

Por isso, sem embargo da *mutação* constante da compleição do direito comercial – que é decorrente da *interdependência* verificada entre o *direito* e a *economia*, enquanto processos sociais de *adaptação* –, é de se observar que permanece reservado a regular a *atividade* produtiva para o mercado, em suas multivariadas etapas, com o objetivo de dar respostas jurídicas mais adequadas às exigências do *mercado*.

3.3 A autonomia do direito comercial e a unificação do direito privado

Questão secular e sempre viva é a da *autonomia* do direito comercial.

De saída, importa delinear qual é a *natureza* da autonomia que se pretende atribuir – ou que se pretende negar – ao direito comercial (ou empresarial).

estável é o equilíbrio social e melhor o termo médio da felicidade pública” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 220-221).

²⁰⁶ Sobre a *coexistência* e a *interdependência* dos processos sociais de adaptação: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à sociologia geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1980, p. 183-192.

²⁰⁷ “Quer se trate de Economia, de Direito, ou de Moral, quer de qualquer outro processo social de adaptação, há sempre a matéria plástica que constitui o conteúdo do fenômeno, e não é, em si, econômica, nem jurídica, nem moral, nem artística, nem política, nem científica. É a interação social que lhe dá o elemento qualitativo, como o encontro de dois corpos maleáveis produz a forma deles no plano da intersecção” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. cit., p. 240-243).

²⁰⁸ Nesse sentido, anota Gonçalves Neto que o direito comercial é “um direito dinâmico tutelando situações jurídicas derivadas de um sistema econômico que se modifica ao longo da evolução da própria economia”. “Nasceu o direito comercial como obra dos comerciantes da Idade Média; foi por eles criado e aplicado para regular as relações jurídicas relativas aos negócios que celebravam entre si; ampliou seu campo para abranger também as pessoas que contratavam com os comerciantes; viu-se ele, enfim, na contingência de tutelar novas realidades surgidas com a economia de massa” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. cit., p. 40-41).

²⁰⁹ Cf.: BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. cit., p. 10-15.

Fala-se em autonomia *formal* (também chamada de autonomia *legislativa*) para fazer menção à existência de um código ou, ainda, de um corpo legislativo formulado especialmente para o direito de empresa; esta autonomia, como se pode entrever, é desprovida de grande alcance científico. Noutra giro, a autonomia *substancial* (por vezes, nominada autonomia *jurídica*) diz com existência de um “corpo orgânico” de normas com seus institutos típicos reunidos sob princípios que lhe são peculiares. Pode-se falar ainda em autonomia *didática*, quando o ramo do direito, pela especialidade de suas instituições e de suas fontes, exige exposição própria. E, por fim, é possível fazer menção da autonomia *científica* nos casos em que o ramo jurídico é erigido sobre princípios próprios e conta com métodos de interpretação e sistematização exclusivos.²¹⁰ Importa aqui, com primazia, a autonomia *substancial*.

Não se pode disfarçar que a *origem* da autonomia formal do direito comercial tem raízes bem fincadas em razões de ordem social, econômica e cultural bem demarcadas na História.²¹¹ O seu surgimento na última fase da experiência medieval em razão das necessidades comerciais não abrangidas pelo direito comum então disponível e o crescimento do poder das corporações, que desenvolveram uma jurisdição especializada, são, por assim dizer, situações historicamente *irrepetíveis*.²¹² De mais a mais, é inevitável observar que a maior parte dos avanços normativos promovidos pela disciplina do direito comercial – enquanto um direito especial – foi gradualmente sendo *absorvida* pelo direito comum. Nesse enleio, foi pelo desaparecimento daquele contexto que originalmente autorizara a *autonomia* do direito comercial que Cesare Vivante chegou a afirmar que a sua divisão com o direito civil não passava de uma “*artificiosa separação*”.²¹³

No contexto nacional, é consabido que a matéria foi debatida com profundidade na segunda metade do século XIX em razão da homilia de Teixeira de Freitas, antes mesmo de Vivante, em prol da *unificação* do direito privado, advogando não haver mais razão para o reconhecimento da *autonomia* do direito comercial, alcunhando-a de “arbitrária”, inclusive sob o ponto de vista formal; proposta que, porém, não recebeu o beneplácito do Império.²¹⁴⁻²¹⁵

²¹⁰ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. cit., p. 48-69.

²¹¹ Menezes Cordeiro anota que a autonomia atribuída ao direito comercial “é uma autonomia ditada pela tradição e pela cultura: não por postulados científicos” (CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. cit., p. 146).

²¹² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. cit., p. 17.

²¹³ Cf.: VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. cit., p. 1-3.

²¹⁴ Narrando a celeuma vivenciada por Freitas: MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império**. José Olympio Editora: Rio de Janeiro: 1979, p. 368-387.

De se anotar que a crítica à autonomia do direito do comércio era movida, ao menos em parte, pelo *status* de privilégio que conferia à classe dos comerciantes, mormente quando confrontada com os queixumes da classe agrícola. Ocorre que tais privilégios foram sendo paulatinamente derrubados, tais como a existência de uma jurisdição própria (que foi extinta em 1890) e a força probante dos livros comerciais (que foi remodelada em 1973).²¹⁶

Sob os influxos da posição de Teixeira de Freitas, Carvalho de Mendonça reconhece que as diferenças anunciadas entre o direito civil e o direito comercial “nada têm de essencial”, dado que representam, na sua maior parte, *resquícios* históricos. Essa confluência, todo modo, é observada como fruto das profundas e constantes *influências* que o direito comercial exerceu historicamente sobre o direito civil, tornando-o menos rígido e mais *dúctil*, ou seja, compartilhando com o direito *comum* aquilo que detém (ou detinha) de *especial*.²¹⁷

É consabido, porém, que o parecer prevaemente, ao menos no fim do século XIX e no início do século XX, no cenário nacional, foi contrário à tese unionista.

Clóvis Beviláqua, redator do projeto que gerou o Código Civil de 1916, relata que os acesos *debates* na Câmara e no Senado cuidaram do tema, sendo que havia profundos defensores de ambas as teses. Sobressaiu, no entanto, a proposta original de formular-se um Código Civil, respeitando a *autonomia* do direito comercial. A escolha foi fundada na percepção de que o direito *especial* do comércio – para além de funcionar como a *guarda avançada* das reformas que, posteriormente, seriam recepcionadas pelo direito civil – regula *fenômenos* substancialmente diversos, cuida de *institutos* próprios e faz uso de uma *lógica* ajustada. A regulação *especial* das relações mercantis justifica-se pela nota de *comercialidade*, já que, mesmo quando se pode falar em atos civis econômicos, estes não constituem atos de *intermediação* especulativa, voltados à produção para o mercado. De mais a mais, o direito comercial tende à natureza *cosmopolita*, célere e progressista, enquanto o direito civil inclina-se ao particularismo e ao tradicionalismo. Com esse apanhado de razões, de se concluir que, além das razões culturais e históricas, há motivos de ordem científica para a sua *autonomia*.²¹⁸

²¹⁵ Sobre o processo de codificação civil brasileiro e a discussão nacional em torno da unificação do direito privado: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 79-96.

²¹⁶ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. cit., p. 87-95.

²¹⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 22-30.

²¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1975, p. 67-80.

A rigor, a questão da *unificação* do direito privado reside em saber se as *exigências* formais e axiológicas assinadas pelo tráfico comercial no ambiente de mercado, mormente no que respeita à *simplicidade* da forma, à *dinamicidade* das trocas, à *tecnicidade* das regras e à tutela do *crédito*, já abrangeram e remodelaram *todas* as relações econômico-privadas (e, aí, de fato, não haveria falar em um direito autônomo do comércio) ou se, ao revés, remanesce uma seção dessas relações sobre as quais tais exigências não exerceram *influência* sensível, mantendo-se as feições e os motivos tradicionais (o que deixaria clara a necessidade de duplo tratamento, um comum e um especial).²¹⁹

Merece destaque a notícia histórica de que Cesare Vivante, após a efusiva defesa do unionismo, mudou de opinião e passou a defender, a contar de sua nomeação, em 1919, para presidir a comissão de reforma do Código Comercial italiano de 1882, a *autonomia* do direito comercial, em razão de seu caráter *cosmopolita*, do uso do método *indutivo* e do acesso a institutos e instrumentos *próprios*, como os títulos de crédito.²²⁰

Ocorre que o movimento da unificação do direito privado despontou legislativamente na Suíça, que unificou a matéria das obrigações (civis e comerciais) em seu Código Civil de 1907, e, após, na Itália, com o Código Civil de 1942. Movimento que, vez outra, não se manteve seguramente distante de surpresas e críticas.²²¹

A unificação do direito privado na Itália, tal como observada em 1942, ostenta, porém, alguns tons que merecem anotação, ainda que lateral.

É fato reconhecido que, no contexto fascista, a *retirada* da autonomia do direito *comercial* (ou empresarial) para inserir a sua matéria em amálgama com a normatividade do direito *civil* e do direito do *trabalho* teve propósitos marcadamente político-ideológicos. A doutrina unionista propagada por Cesare Vivante – que, a essa altura, já havia se arrependido dela – não foi muito além de justificativa científica para aquilo que se pretendia no plano maior da regulamentação *totalitária* da sociedade italiana, a construção do ordenamento *corporativo* fascista. A própria *Carta del Lavoro* é o estandarte dessa afirmação.²²²

Para além dessa evidência estrutural, narra Guido Alpa que a empreitada unificadora italiana não foi um processo amadurecido cientificamente e acabou por ser desenvolvida em

²¹⁹ Com esse raciocínio: ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. cit., p. 61-70.

²²⁰ Sobre a famosa reviravolta da opinião de Cesare Vivante acerca da autonomia do direito comercial: FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. cit., p. 87-91; e, BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. cit., p. 50-55.

²²¹ CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. cit., p. 70-77.

²²² Como anota Enzo Roppo, o *Codice Civile* de 1942 coroa o movimento (também legislativo) corporativista que havia sido iniciado em 1926, com a implantação da legislação sindical italiana. E, lembrando as palavras de Dino Grandi, o *Guardasigilli*, fica evidente que houve uma “reforma fascista dos códigos” com o fito de torná-los detentores de “um caráter político mais acentuado” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 54-63).

curtíssimo espaço de tempo, principalmente quando comparada com outros processos codificadores, como o alemão. Com efeito, só em 1941 a comissão que estava incumbida de redigir um novo Código Comercial foi informada de que deveria passar a se reunir com a comissão imbuída da missão de redigir um novo Código Civil, o que se dera por ordem de Dino Grandi, o Ministro *Guardasigilli*, que decidira pela edição de um Código que regulasse as duas matérias. O trabalho conjunto, não sem resistência, foi dado por encerrado no ano seguinte.²²³

Ocorre que, nada obstante a eleição do regime da *impresa* para reger as normas de direito comercial tenha sido claramente inspirada pela sua adequação ao modelo *corporativista* de produção, a construção una do *Codice Civile* não deixou de representar uma cessão à *dinamização* geral da economia, uma vez que o que se verificou foi a *dilatação* do corpo normativo atinente aos contratos comerciais para incluir sob o seu pálio também a regulação dos contratos civis, e não o contrário. Esse movimento, inclusive, sequer constitui uma negação das declarações da *Carta del Lavoro*, uma vez que esta continuava reconhecendo a *iniziativa privata* como base do sistema econômico fascista.²²⁴

Por ser assim, sem embargo desse contexto, o fato é que, quando caiu o fascismo, não foi difícil para a doutrina italiana apagar as inscrições que o regime havia deixado no Código Civil de 1942 e, assim, com diminutas derrogações, ocorreu a *reentrada* da teoria da *impresa* e da *unificação* do direito privado no plano *liberal*, afastando tais ideias – que, em si, são cientificamente frutuosas, ainda que imperfeitas – do contexto ditatorial de seu implemento.²²⁵

Houve um processo de “*esterilização*” desses conceitos para que eles voltassem a ser operacionais em economias de viés liberal, realçando os seus méritos técnicos e a sua instrumentalidade para a regulação dos fenômenos atinentes ao mercado.²²⁶

²²³ ALPA, Guido. **Le stagioni del contratto**. Bolonha: il Mulino, 2012, p. 13-22.

²²⁴ Tal compreensão decorre da leitura da Declaração VII da *Carta del Lavoro*: “O Estado corporativo considera a iniciativa privada no campo da produção como o instrumento mais eficaz e mais útil para o interesse da Nação”.

²²⁵ “Nos primeiros anos do pós-guerra, foi discutido se se deveria realizar uma nova codificação ou se se deveria conservar a codificação vigente com poucas modificações: a discussão entre Lorenza Mossa, favorável a uma moderna concepção do direito privado, e Giuseppe Ferri, preocupado com o êxito que alcançaria o refazimento integral do edifício, se concluiu rapidamente a favor do código existente. Confiou-se na interpretação corretiva, na interpretação evolutiva, na interpretação supletiva da intervenção legislativa, conservando o sistema e a formulação de uma obra que – com razão – se revelava bem feita e certamente superior às codificações civis então vigentes; superior, inclusive, àquela alemã, que, posto que admirada pelo seu sólido esquema e precisão técnica, se revelou um pouco acadêmica demais” (ALPA, Guido. **Le stagioni del contratto**. cit., p. 37, tradução nossa).

²²⁶ Nesse sentido: CASANOVA, Mario. **Introduzione al diritto commerciale. Codice Civile ed evoluzione legislativa**. Milão: Giuffrè Editore, 1983, p. 305-310.

E, nesse ensejo, tais conceitos, apesar de alguma resistência inicial, chegam ao contexto brasileiro já “esterilizados”, prontos para a utilização na economia de mercado.²²⁷

Prova disso é que, na Lei de Sociedades Anônimas, que vem a lume em 1976, o conceito de *empresa* aparece estampado em seu art. 2º e no preciso sentido desenvolvido pela doutrina italiana, enquanto *unidade* produtiva com vistas ao *mercado*, movimentada pelos *trabalhadores*, na qual os riscos são assumidos pelo *empresário*, que tem poder diretivo.²²⁸⁻²²⁹

Quando cresceu o incômodo com a vigência do Código de 1916 e as movimentações para a formulação de um novo Código Civil – merecendo lembrança o fato de que o projeto de lei que logrou a sanção presidencial consta do ano de 1975, mas o seu anteprojeto foi proposto em 1972 –, ressurgiu o debate em torno da conveniência da unificação (*formal e substancial*) do direito privado.²³⁰

O anteprojeto formulado por Sylvio Marcondes para um Código de Obrigações aderiu à linha *unionista* no aspecto formal, mas assinalou que a dicotomia não estaria apagada; direito civil e direito comercial passariam a conviver, “sem afrontar respeitáveis tradições”.²³¹

Contra essa proposta, Oscar Barreto Filho proferiu, em 1972, uma incisiva palestra para demonstrar a inoportunidade do que se anunciava. Empós lembrar que apenas a *autonomia* substancial interessa à ciência jurídica, o autor registra que *diferenças* de vulto se mantêm entre o regime civil e o regime mercantil. A centralidade da propriedade dinâmica, a exigência da circulação de bens, a tutela da aparência, a tendência à padronização, o timbre cosmopolita e a repartição social dos riscos são notas presentes com tons fortes no segundo regime e claramente ausentes no primeiro. Porém, como já se observava a *comercialização* das normas civis e certa *generalização* de institutos típicos do direito comercial, a unificação *substancial* do direito das obrigações parecia-lhe recomendável. Inviável, todavia, era a inclusão do tratamento da empresa (ou da “atividade negocial”) no Código Civil, dado que

²²⁷ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 66-68.

²²⁸ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 41-43.

²²⁹ Embora o termo “empresa” já estivesse no Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, o fato é que ainda configurava um conceito amorfo, inseguro, e vinculado às ideias socialistas. Anotando essas dificuldades: VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 77-78.

²³⁰ FIUZA, Ricardo. Introdução. In.: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. XI- XXXII.

²³¹ MARCONDES, Sylvio. **Anteprojeto de Código de Obrigações (sociedades e exercício da atividade mercantil)**. cit., p. 7-9.

esse regime jurídico requereria a *ductibilidade* que a armadura codificadora claramente iria inviabilizar.²³²⁻²³³

Essa unificação restrita ao campo do direito das obrigações não era de surpreender.²³⁴ Já havia certa *homogeneidade* crescente no regime obrigacional brasileiro, devida em parte à *expansibilidade* das normas de direito comercial e em parte a uma *influência* recíproca. A própria regulação da venda a contento, da venda sujeita a prova e da venda por amostras, institutos típicos do direito comercial, no Código Civil de 1916 já anunciava essa amálgama. Nas palavras de Carvalho de Mendonça, os dois regulamentos “participam de uma mesma inteligência”.²³⁵ De mais a mais, no cenário nacional, a norma do art. 121 do Código Comercial do Império já havia sanado a dúvida sobre a participação do direito civil como fonte do direito comercial, o que ensejou a conclusão de que a teoria das obrigações civis era, ela mesma, a teoria das obrigações comerciais, nada obstante a existência de alguns recessos nesta última.²³⁶

Sem embargo dessa *homogeneidade* em ascensão, é inegável observar que algumas diferenciações, ainda que pontuais, permaneciam por razões que facilmente encontram justificativa nos usos do tráfico mercantil, na tutela da aparência e na proteção ao crédito. O manejo dos usos da praça ou do costume do lugar como instrumentais hermenêuticos, por exemplo, evidenciam necessidades inerentes às obrigações comerciais, enquanto são claramente dispensáveis para as obrigações civis.²³⁷

A proposta unificadora de Sylvio Marcondes, porém, prevaleceu. A rigor, o art. 966 do Código Civil de 2002 – que, em sua cabeça, não vai além de informar a tradução do art. 2.082 do *Codice Civile* de 1942 – sequer foi alterado durante os trâmites legislativos.

Assim, para além da clara influência italiana na opção pela inserção do direito de empresa no ambiente do Código Civil de 2002, a experiência peninsular também foi decisiva

²³² BARRETO FILHO, Oscar. O projeto de código civil e as normas sobre atividade negocial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, nº 13, jul-set/2001, p. 259-263.

²³³ Essa proposta intermediária ficou conhecida como “tese da unificação *parcial*” (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 19-22).

²³⁴ “As obrigações comerciais, isto é, os vínculos jurídicos que derivam dos atos de comércio objetivos ou subjetivos, são regulados, em princípio, pelas normas do Código Civil para as obrigações civis”. Nesse ensejo, os normas de direito das obrigações previstas no CC “regem todo o direito privado” (VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. cit., p. 4-5).

²³⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 30.

²³⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo VI. Parte I. São Paulo: Freitas Bastos, 1960, p. 7-9.

²³⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do código civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 872, jun/2008, p. 11-42.

no conceito de empresa (ou de empresário) que restou adotado no ordenamento jurídico nacional, manifesto na conjugação dos signos da *atividade* econômica, da *organização* dos fatores de produção e do *profissionalismo*.²³⁸

A esse conceito, podem ser acrescentadas, sem prejuízo da dicção legal, as notas da destinação ao *mercado* e o escopo de *lucro*.²³⁹

O direito de empresa, assim compreendido, altera a ideia-força da regulação do comercial para o conceito de *atividade* – desbancando, pois, o regime dos *atos* de comércio, que eram avaliados isoladamente. Passa-se a centralizar a *coordenação* (ou o *coordenador*) dos atos executados com escopo unitário e, assim, a atividade surge como um *sobrevalor*. Nesse ensejo, enquanto os atos têm destinatários específicos, a atividade é dirigida ao *mercado*.²⁴⁰

Promoveu-se, então, a unificação *formal* do direito privado e a unificação *substancial* do direito das obrigações. Mas isso precisa ser corretamente compreendido.

Ao reunir no Código Civil um só regime obrigacional para as relações civis e comerciais, bem como inserir em seu corpo o estatuto jurídico da empresa, a ideia condutora foi a de formular “uma lei *básica*, mas não *global*, do direito *privado*”, como constou em sua Exposição de Motivos. Esse intuito medianeiro é o mais adequado à exigência contemporânea. Com efeito, em termos legislativo-formais, o direito privado passa a ter o mesmo *ponto* de partida, a mesma base, e o direito *comum* das obrigações passa a ser unitariamente tratado.²⁴¹ Naturalmente, partindo desse ponto inicial vai-se ao *longe*, inclusive aos campos em que direito das obrigações se faz *incomum*, especial.

Por mais que se alongue o *tronco* comum do direito privado – e esse foi o objetivo da unificação realizada pelo Código Civil de 2002 –, o surgimento dos *galhos* normativos em sentidos diversos, à imagem e semelhança de suas *radicações* variegadas, é inevitável.

Curiosamente – e confirmando o que este escrito vem de expor –, a chamada Lei da Liberdade Econômica, ao incluir o art. 421-A no texto do Código Civil, além de *diferenciar* expressamente os contratos civis e empresariais, *estende* aos primeiros alguns rigores que a

²³⁸ Em seu Anteprojeto, Marcondes indicou três notas marcantes: “exercício de atividade econômica”, “coordenação dos fatores de produção” e “exercício [...] habitual e sistemático” (MARCONDES, Sylvio. **Anteprojeto de Código de Obrigações (sociedades e exercício da atividade mercantil)**. cit., p. 15-16).

²³⁹ SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 25, jan-mar/2006, p. 233-249.

²⁴⁰ ASCARELLI, Tullio. O empresário (l'imprenditore). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, nº 92, 1997, p. 269-278.

²⁴¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, nº 21, jul-set/2003, p. 48-63.

construção doutrinária imprimia apenas aos últimos, como o balizamento pela alocação de *riscos* e a excepcionalidade da *intervenção* estatal.²⁴²

Ou seja, no mesmo movimento legislativo, *diferenciação* e *generalização* das regras do direito empresarial.

Indisputável a existência de obrigações *empresariais*, que surgem exatamente no momento em que o direito *comum* das obrigações se revela impotente ou inadequado. São balizadas, em cumulação, por dois padrões: *subjetivamente*, estabelecem-se, de regra, entre dois empresários; e, *objetivamente*, são desenvolvidas dentro da atividade empresarial das duas partes contraentes. Pela primeira baliza, essas obrigações são lastreadas numa exigência mais rigorosa de *diligência* em relação às partes contratantes, decorrente da percepção de que a atividade econômica é organizada de forma profissional; e, pela segunda, inserem-se no contexto de *mercado*, no qual há a inerência do *risco*, que deve ser bem alocado, de modo que, em caso de acerto, assume-se o *lucro* e, em caso de erro, o *prejuízo*.²⁴³

Preservada está, pois, a área autônoma de atuação do direito *empresarial* no campo das obrigações, em geral, e dos contratos, em específico.

De mais a mais, a própria atividade empresária segue sendo regulada também pela legislação esparsa – inclusive anterior e posterior ao Código Civil.²⁴⁴ A normatização avulsa das sociedades anônimas, das locações comerciais, da franquia, da insolvência empresarial, da concorrência e do abuso de poder econômico, por exemplo, dá conta da permanência do Código Civil como lei básica, mas não global, do direito privado.²⁴⁵

Era, de fato, inoportuno o obituário que pretenderam publicar sobre o direito empresarial, que, como visto, permanece *autônomo* e *crescente*.

3.4 Os cismas e a categoria dos contratos empresariais

²⁴² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 309-325.

²⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial: obrigações e contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-20. Apenas para fins de registro, este escrito dissente da abordagem do citado artigo científico no que respeita à *assimetria* e à *dependência*, matéria que será abordada mais adiante.

²⁴⁴ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 5-9.

²⁴⁵ Vale dizer que o mesmo fenômeno foi observado na Itália após a sobrevivência do Código de 1942. Como narra Guido Alpa, “a economia ferve, e fica ao encaixe do jurista: na metade dos anos oitenta, multiplica-se o interesse pelos contratos atípicos, pelas operações mais difundidas que não têm (ainda) uma disciplina codificada ou de leis especiais” (ALPA, Guido. **Le stagioni del contratto**. cit., p. 96, tradução nossa).

O reconhecimento da *autonomia* da categoria dos contratos empresariais tem razões de ordem histórica e cultural, mas também de natureza científica, dado que confere tratamento jurídico *adequado* ao fenômeno econômico das *trocas* no ambiente do mercado e surge exatamente do flagra da necessidade de *especialização* da regulamentação dos diferentes tipos de vínculos contratuais nos quais o empresário pode figurar.²⁴⁶

O primeiro *cisma* relevante para a delimitação da categoria dos contratos *empresariais* foi aquele verificado com os contratos *civis*. No contexto em que nascente o direito comercial, a discussão que ganhou foros de cidade disse com os limites da aplicação do direito comum e do direito especial do comércio, o que carregava consigo diferenças relevantes em relação às *fontes* do direito a ser aplicado e à própria *jurisdição* imbuída da solução dos conflitos. Com efeito, o “direito dos comerciantes” não era alcunha injustificada, uma vez que o predomínio das normas *consuetudinárias* – geradas pela própria praxe comercial, atendendo às exigências de rapidez, informalidade e tecnicidade – e o julgamentos realizados pelos *cônsules* – cujas funções judicantes logo se associaram às suas atribuições iniciais de ordem política e administrativa, formando uma *jurisdição* (e uma *jurisprudência*) consular – estabeleceram um contexto em que os comerciantes eram *julgados* por comerciantes sob as *regras* do comércio.²⁴⁷

Por ser assim, o tratamento dos negócios comerciais surge como *destacamento* especial do direito civil comum e a perseguição dessa fronteira exata se torna a grande disputa no tema. Como relatado, a divisão entre as matérias que seriam da competência do Código Civil e aquelas que seriam da esfera do Código Comercial sempre foi alvo de poderosas divergências, que não eram desprovidas de reflexos importantes.²⁴⁸

A eleição do critério *subjetivo*, tal como se verificou nos primórdios, gerou dificuldades dignas de nota, uma vez que os comerciantes naturalmente não firmam negócios apenas entre si. O não-comerciante realiza negócios com o comerciante, de modo que essa baliza *subjetiva* é posta em xeque e se revela insuficiente. Várias soluções foram testadas ao longo dos séculos, da atração ao direito comercial à prevalência do direito civil, passando pelo

²⁴⁶ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 121-127.

²⁴⁷ Como observa Alfredo Rocco, de um lado, “a formação, o reconhecimento e a elaboração dos costumes comerciais encontraram, na própria classe dos comerciantes, solidamente organizada, o órgão mais vivo e operoso” e, de outro, “as decisões dos cônsules, de facto, não só serviam para dar forma concreta e certa aos costumes mas, mediante o trabalho de interpretação e de adaptação das várias normas, consuetudinárias e legislativas, vigentes, concorriam eficazmente para a formação e evolução dos institutos jurídicos comerciais” (ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. cit., p. 61-70).

²⁴⁸ “É difícil fazer um corte limpo entre a matéria regulada pelo Código Civil e aquela regulada pelo Código Comercial, porque o conceito jurídico de comércio se vai modificando e geralmente alargando com o progresso legislativo” (VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. cit., p. 2).

ecletismo da teoria dos atos mistos. A tendência geral, porém, foi a superioridade das normas *comerciais*, seja pela *presunção* de que todos os atos econômicos realizados pelo comerciante são essencialmente comerciais, seja pela consideração da *integridade* do ato negocial (que estende a sua regulação aos que nele intervêm).²⁴⁹

A despeito da mutabilidade histórica dos critérios, não há dúvida de que a primeira grande *divisão* experimentada pela categoria dos contratos *comerciais* foi a que se deu pela sua separação do âmbito dos contratos *civis*.

O segundo *cisma* que merece nota para a compreensão do desenho atual do campo dos contratos *empresariais* é aquele que gerou o destacamento do contrato de *trabalho*.²⁵⁰

Embora o empresário figure no contrato de *trabalho* e essa relação participe diretamente da atividade empresária, concorrendo para o seu exercício e para o escopo de lucro, é evidente que o regulamento do direito comercial é *inadequado* para reger o vínculo contratual que se estabelece com o *empregado*. A nota de *subordinação*, que é típica da execução desse contrato mas já está presente na sua fase *formativa*, não comporta qualquer disfarce e torna inviável o seu tratamento sob os primados liberais. A *disparidade* estrutural de forças entre empresário e empregado, inclusive de força contratual, enseja, assim que percebida, a paulatina ascensão de normas legais de natureza *cogente* pela proteção do trabalhador, diminuindo o espaço disponível às normas negociais e negando validade a disposições contratuais que avulsem os ganhos do empresário em detrimento do empregado, nomeadamente quando importem renúncia a direitos e garantias previstas em lei ou em acordos coletivos.²⁵¹

Essa peculiaridade, porém, demorou a ter o seu regramento *protetivo* estabelecido. Basta lembrar que, a teor do Código Civil de 1916, a relação entre empresário e empregado era regulada como contrato de *locação* de serviços, que era ali prevista. No ambiente nacional, esse *particularismo* só começa a tomar corpo normativo na década de 1930, quando a matéria vive um movimento de êxodo do *civilismo* para o estabelecimento de exigências de ordem *pública*, processo que é coroado em 1943 com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, centralizando o seu fator *humano*.²⁵²

²⁴⁹ Rejeitando a teoria dos atos mistos e relatando as soluções conhecidas: CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 452-462.

²⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. cit., p. 122-125.

²⁵¹ TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. cit., p. 324-330

²⁵² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 22-24.

O terceiro *cisma* que concorreu para a delimitação do ambiente dos contratos *empresariais* é aquele operado pela autonomização da categoria dos contratos *consumeristas*.²⁵³

Já foi dito, nos regimes subjetivo e objetivo do direito comercial, os atos negociais pelos quais, através da *troca*, o empresário entregava a mercadoria ou prestava o serviço foram, por diferentes motivos, atraídos ao regramento do direito *especial* do comércio, nada obstante o interveniente na operação fosse um não-comerciante.²⁵⁴

A regulação desses contratos pelo direito comercial, com base em raciocínios presuntivos ou em uma compreensão oitocentista de tráfego comercial, revelou-se uma solução confortável. Ocorre que, sobrevivendo uma sociedade de *massa*, que é também uma sociedade de *consumo*, o problema exige maior arte e engenho para o seu destamar. Como sentenciou Ortega y Gasset, “a civilização, quanto mais avança, mais se torna complexa e mais difícil. Os problemas que traz hoje são arqui-intrincados”.²⁵⁵

E, certamente, um desses problemas arqui-intrincados é a questão do *consumo*.

A proliferação exponencial do uso dos contratos de *adesão*, do recurso às condições *gerais* dos contratos (ou cláusulas contratuais gerais), da existência de contratos *cativos* de longa duração e da contratação *telemática*, bem como dos *abusos* ocorrentes nessas modalidades contratuais – que põem à prova os dogmas oitocentistas sobre a liberdade individual, o autorregramento da vontade e a conformação dos pactos –, fez ressair clara a *necessidade* de um tratamento especial a essas relações negociais.²⁵⁶

O *consumidor* – que retira o produto ou serviço da cadeia de fornecimento – figura como sujeito estruturalmente mais *fraco* na relação contratual, que, a seu turno e por esse motivo, se revela *desequilibrada* em sua estrutura básica. Na sociedade de consumo, o fato de o consumidor ser *vulnerável* não é um dado acidental ou episódico;²⁵⁷ a estrutura da relação

²⁵³ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 125-127.

²⁵⁴ Como observara Alfredo Rocco, “um não comerciante pode vir a ser sujeito duma relação jurídica comercial, ou seja porque praticou ocasionalmente um acto de comércio, ou seja porque se veio a encontrar envolvido numa relação resultante dum acto de comércio ou dum estado comercial, embora êle seja estranho a esse acto ou a esse estado” (ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. cit., p. 244).

²⁵⁵ ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 65.

²⁵⁶ Sobre massificação contratual: LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117-118.

²⁵⁷ “A percepção tardia de um ponto de convergência de todos os consumidores – a sua *vulnerabilidade*, que independe do conceito econômico de hipossuficiência, e o consenso ocidental acerca da necessidade premente de proteção dessa classe insurgente, formada por vulneráveis negociais, desafiou os instrumentos tradicionais de regulação do contrato” (LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo, **Revista de Processo**, São Paulo, nº 239, jan/2015, p. 263-275).

jurídico-negocial consumerista, em sua natureza, dá conta da existência dessa *vulnerabilidade* – que, de mais a mais, é *multiforme*, dado que é *técnica*, em razão da disparidade de *conhecimentos* em relação ao produto ou serviço, suas características e sua utilidade; é *jurídica*, por causa da diferença de *domínio* do teor e do significado exato das disposições contratuais, sua qualificação e possíveis sanções delas decorrentes; é *fática*, eis que decorre da *imposição* dos moldes contratuais do fornecedor, eventualmente aumentada nas situações de monopólio ou de essencialidade do produto ou serviço; e é *informacional*, dado que – seja em caso de normalidade, de déficit ou de abundância de *informações* prestadas sobre o serviço ou produto –, é certo que o consumidor é refém dos dados disponibilizados pelo fornecedor.²⁵⁸

São os três grandes cismas que *delinearam* o direito contratual empresarial, hoje acossado da regulação dos contratos civis, trabalhistas e consumeristas.

No primeiro momento, os contratos empresariais se *diferenciam* dos contratos civis, em razão da *especialidade* de seus intervenientes, dos negócios regulados e do contexto em que realizados. Uma vez reconhecida a sua *autonomia*, sucedeu a percepção de que a *presunção* de equilíbrio, força-reitora da regulamentação de suas convenções, era *inapropriada* para determinadas seções da sua área de abrangência. A *ressecção* dos contratos trabalhistas e dos contratos consumeristas decorreu exatamente do fato de que, quanto a eles, a presunção é reversa: tais contratos são estruturalmente *desequilibrados*, formados por forças contratuais *dísparas* e um dos seus polos tem claras *limitações* de autonomia negocial. Nesse contexto, remanescem os contratos *empresariais* como aqueles nos quais há condição de *discussão* e *entrosamento* de interesses, ineliminável a sombra do risco, ladeada pela esperança do lucro.²⁵⁹

Com efeito, os sucessivos *destacamentos* observados no âmbito dos contratos privados ao longo da História partejaram a categoria autônoma dos contratos *empresariais* (também chamados de *mercantis* ou *comerciais*). Esta não foi suplantada pela unificação que se operou pelo implemento do Código Civil de 2002, porque, quando finda o direito *comum* das obrigações, surge necessariamente o direito *especial* das obrigações contraídas entre

²⁵⁸ Sobre a posição contratual do consumidor, Claudia Lima Marques anota que “sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos cocontratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente”. A vulnerabilidade pode ser entendida como “um estado inerente de perigo” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301-418).

²⁵⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria geral dos contratos comerciais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial**: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50-70.

empresários, no desenvolvimento de suas atividades *econômicas*, exercidas de modo *profissional*, no ambiente do *mercado*, com assunção dos *riscos* das suas operações e com o escopo da obtenção de *lucro*.²⁶⁰

Essa compreensão da *autonomia* dos contratos empresariais – que é marcada pela percepção do profissionalismo, da responsabilidade pela organização da atividade, da assunção dos riscos e do escopo lucrativo – tem o condão de emprestar *novas* dimensões, inclusive, a signos que residem no segmento obrigacional *comum*, reconfigurando-os para diminuir a intervenção estatal ao *mínimo* necessário para o funcionamento sadio do mercado e, assim, tornar mais *rigorosa* a resolução de disputas com base exclusiva na função social dos contratos e, ainda, a aplicação de institutos corretivos de eventual disparidade de forças contratuais ou econômicas, como a anulação por *lesão* e a revisão ou resolução por *onerosidade* excessiva.²⁶¹

Todo modo, resta estreme de dúvidas que os contratos *empresariais* formam uma categoria *autônoma*, já que historicamente diferenciada dos contratos civis e consumeristas. O escopo de *lucro* funcionando como ponto de confluência das partes contratantes dá o tom ao tratamento jurídico especial dessas convenções, uma vez que diretamente relacionado ao aspecto *econômico* da atividade, ao nível *profissional* de atuação, ao gerenciamento de *riscos* e ao contexto de *mercado*. Daí a necessidade de conhecimento da *compleição* dos contratos comerciais com seus dados peculiares.²⁶²

3.5 A importância e as características dos contratos empresariais

A *atividade* empresarial não se dá num avarandado; é, sobretudo, *interatividade*.

A partir do momento em que se compreende a *empresa* como uma *atividade* econômica organizada, cresce natural a percepção da relevância das suas *interações* com outros agentes econômicos, uma vez que, sem estas, a empreitada empresarial resta impossibilitada. Tais interações, de regra, são constituídas, organizadas e exercidas por meio

²⁶⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 28-44.

²⁶¹ CARNEIRO FILHO, Humberto João; VIANA, Raphael Fraemam Braga. Breve ensaio sobre a autonomia dos contratos interempresariais, **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 63, jun-set/2015, p. 103-124.

²⁶² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 38-39.

de *contratos*.²⁶³ Waldemar Ferreira já aludiu ao direito comercial como “direito contratual por excelência”.²⁶⁴

Com efeito, a importância dos *contratos* na atividade empresarial não pode ser desprezada. A própria edificação das estruturas de *governança* da empresa depende essencialmente dos modelos contratuais adotados. Decidir sobre o uso de contratos instantâneos ou relacionais, ou ainda sobre a parcela da produção que será incorporada e aquela que será fruto de cooperação com outra empresa, é função que está inserida no poder diretivo do empresário e tem catedral relevância para a gestão de custos e de riscos. Evidentemente, os *contratos* funcionam como peças fundamentais na composição da *estratégia* empresarial.²⁶⁵

Num sistema econômico que privilegia a propriedade *dinâmica*, o contrato é apresentado como um *mecanismo* funcional e instrumental para a *gestão* de recursos e para a *conformação* da atividade empresarial. De fato, o *acerto* da empresa na construção da sua rede de contratos – seja pela sua extensão, pela sua estabilidade ou por suas garantias – pode figurar como o *elemento-chave* do seu êxito no mercado. Inserido nesse contexto, o contrato passa a ter o condão de *criar* riqueza – e não apenas de transferi-la.²⁶⁶

Com essas considerações, cresce a clareza em torno do fato de que o *mercado*, enquanto ambiente, é uma *teia* contratual; a *empresa* surge, então, como *agente* econômico. O clássico conceito de *troca*, que exerceu força centrípeta sobre as normas de direito comercial, é reabilitado na importância que as *transações* ostentam no atual sistema econômico. Nas palavras de Paula Forgioni, “empresa, contratos e mercado são conceitos *indissociáveis*”.²⁶⁷

Não há como nutrir dúvidas sobre a feição poliédrica do *mercado*;²⁶⁸ suas perspectivas econômica, social, política e jurídica ostentam diversas e prolíficas zonas de interações e influências. Embora haja um grau maior ou menor de *espontaneidade* na dinâmica do mercado, a *influência* do ordenamento *jurídico* para a sua conformação, limitação e regulação é inegável. E, por ser assim, observar o mercado como uma *ordem* – em razão das exigências

²⁶³ ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 19-25.

²⁶⁴ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 29.

²⁶⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria geral dos contratos comerciais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial: obrigações e contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50-70.

²⁶⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 63-70.

²⁶⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 23-25.

²⁶⁸ Definindo o mercado como “fenômeno poliédrico”: FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. cit., p. 155-195.

de *previsibilidade*, de *calculabilidade* e de *regularidade* – denota, como linhas mais firmes, a importância dos *contratos* empresariais para o seu funcionamento sadio.²⁶⁹

Nesse ensejo, a correta compreensão dos *contratos* empresariais e das interações que estabelecem entre os conceitos de *empresa* e de *mercado* é indispensável para a análise do direito *empresarial* na sua atual compleição.

Daí a importância de se observar as características dos *contratos mercantis*, a saber, a *objetivação*, a *padronização* e a *mercadorização*.²⁷⁰

Por primeiro, quando se faz menção ao caráter *objetivo* dos *contratos mercantis*, diz-se mais do que sobre a excepcionalidade do *intuitu personae* na contratação empresarial; a questão é que, quando o contrato é qualificado como comercial (ou empresarial), tende a remanescer *indiferente*, insensível, a eventuais alterações no substrato pessoal do pacto.²⁷¹

A *objetivação* dos *contratos comerciais* decorre precisamente do fato de que participam da *atividade* empresária como engrenagens participam dum relógio. Sendo o vínculo negocial formado entre duas empresas (isto é, entre duas *atividades* econômicas organizadas), o contrato passa a funcionar como *mecanismo* integrante dessas duas dinâmicas produtivas em interação e, exatamente por isso, fica menos vinculado às *pessoas* que organizam e dirigem essas operações do que às *operações* propriamente ditas.²⁷²

Deveras, além de decorrer da própria *natureza* da contratação empresarial, a nota da objetivação atende aos requisitos de *segurança* e *previsibilidade*, que integram as exigências do mercado para o fluxo ordeiro das relações negociais e das trocas econômicas; o mercado é uma *ordem* e, por isso, os fatores de *desestabilização* (ou revisão) devem ser minimizados.²⁷³

Talvez o exemplo mais claro dessa *objetivação* seja a questão do *trespasse*, visto que, por meio do contrato de alienação do estabelecimento (enquanto universalidade dotada de sobrevalor), o adquirente da unidade destinada ao exercício da atividade empresarial passa a

²⁶⁹ “O mercado – insisto neste ponto – é uma instituição jurídica constituída pelo Direito Positivo, o Direito posto pelo Estado Moderno. [...] Mercado deixa então de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um projeto político, como princípio de organização social. [...] Como o mercado é instituição jurídica, constituída pelo Direito posto pelo Estado, deste se reclama, a um tempo só, que garanta liberdade econômica e, concomitantemente, opere a sua regulamentação (= regulação). Sendo atividade, *as regras do mercado* consubstanciam o seu substrato” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 27-36).

²⁷⁰ Essa listagem de características é formulada e defendida por: ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. cit., p. 76-84.

²⁷¹ Nesse sentido: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 23-29.

²⁷² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria geral dos contratos comerciais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial**: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

²⁷³ Como pondera Paula Forgioni, “essa impessoalidade típica das relações do tráfico – que apenas se faz possível por conta da ‘ética de mercado’ – diminui os custos de transação, indo ao encontro do ‘interesse geral do mercado’” (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 119-121).

ser *responsável* perante os contratantes do alienante pelas obrigações anteriormente contraídas em regime de solidariedade.²⁷⁴ Trata-se, a um só tempo, de medida afinada à tutela do *crédito* e à *impessoalidade* das obrigações mercantis.

Fala-se, ainda, em *padronização* dos contratos empresariais, o que mantém íntima relação com o cenário da economia de *massa*, a necessidade de *velocidade* na conclusão dos negócios, a diminuição dos *custos* de transação e a *uniformidade* das interações.²⁷⁵

Como lembra Engrácia Antunes, o direito comercial, em sua origem, diferenciou-se do direito civil justamente para forjar uma *tutela* jurídica adequada aos sujeitos que, organizadamente, praticavam atos civis de natureza econômica *em série*. No atual sistema econômico, porém, esse vetor inicial ganha novas dimensões, a sociedade de *massa*, ao requisitar bens e serviços *homogêneos*, exige que a proposição de negócios seja consideravelmente *maior* e mais *veloz*.²⁷⁶

Naturalmente, o uso dos contratos de *adesão* nos ramos dos seguros e nas casas bancárias desde o despontar da Modernidade – e, por isso, muito antes de poder-se falar em exigências de massificação ou em sociedade de massa – é fato indiciário do caráter *retilíneo* dessa marca da *padronização* nos contratos empresariais. Exigências de economia de tempo e de normalização das regras convencionais, mormente sobre atos econômicos correntes, presidem a adoção desses padrões negociais.²⁷⁷

Numa palavra: a *padronização* é um movimento em tudo orquestrado pelo vetor de redução dos *custos* de transação, mormente aqueles referentes à coordenação (*coordination costs*), consistentes nos dispêndios econômicos e temporais relacionados à negociação propriamente dita (definição de parceiros, preços, prazos, penalidades, etc.).²⁷⁸

Aliás, sob esse influxo, resta claro que a contratação por *adesão* não pode estar demitida do direito empresarial, dado que, além de ser uma *exigência* da sociedade de *massa* e

²⁷⁴ Ao comentar a solução sobre o tema da sucessão dos débitos no trespassado encaminhada no projeto de Código das Obrigações encaminhado por Caio Mário da Silva Pereira, que é semelhante àquela que restou consagrada no art. 1.146 do Código Civil de 2020, Barreto Filho anota que “essa construção atende, sem dúvida, às exigências da prática mercantil, na qual é frequente a aquisição do estabelecimento, assumindo o novo titular, em virtude de convenção, a responsabilidade pelo ativo e passivo existentes à data da transferência” (BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. cit., p. 228-230).

²⁷⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato**. cit., p. 28.

²⁷⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. cit., p. 79-81.

²⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. cit., p. 599-607.

²⁷⁸ “Os economistas debruçaram-se sobre esses problemas, estudando e explicitando os dispêndios associados à solução ‘de mercado’, i.e., à obtenção do bem ou do serviço mediante a contratação de terceiros. Esses custos são chamados ‘custos de transação’, incorridos por conta e em virtude das contratações da empresa com outros agentes econômicos” (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 142-145).

da economia de *escala*, exibe um conceito próprio de *elasticidade* (compreendida como a margem de escolha e influência do contraente) e funciona como guia de relevantes discussões acerca da formação de *redes* contratuais.²⁷⁹ Com efeito, embora as maiores *preocupações* normativas sobre os contratos de adesão tenham sido desenvolvidas e aprofundadas no ambiente do direito do consumidor, com seu natural viés protetivo, é inegável que há contratos *empresariais* de adesão, os quais reclamam tratamento adequado.

Outra manifestação do vetor da *padronização* dos contratos empresariais é a importância *interpretativa* e *integrativa* dos usos e costumes. Como assentara Pothier em sua quinta regra hermenêutica, o uso comercial tem autoridade e, por isso, fica implicitamente inserto no contrato.²⁸⁰ No âmbito do comércio, a fonte consuetudinária do direito nunca foi de se desprezar. O *stylus mercatorum* é a normatividade comercial em constante formação, surgida das convicções dos agentes econômicos em interação manifestadas de modo recorrente, durante razoável espectro de tempo, com razoável adesão e senso de obrigatoriedade.²⁸¹

Sem pretender exaurir todas as manifestações do timbre de *padronização* dos contratos mercantis, vale mencionar a existência de contratos *socialmente* típicos. Existem, de fato, operações econômicas tão correntes e *uniformes* no mercado (ou em determinadas seções do mercado) que, embora não sejam legislativamente tipificadas, estão disciplinadas no âmbito social; o tráfico econômico tem-nas por típicas, pois que há um *comportamento* social regular que *orienta* a formação, o conteúdo e a interpretação de tais operações.²⁸²

Com efeito, o fenômeno da tipificação (seja legislativa ou social) dá conta da existência de algumas *causas* contratuais – isto é, de *funções* prático-econômicas reconhecidas juridicamente – recorrentes que, para serem desenvolvidas, seguem um corpo mais ou menos *uniforme* de normas.²⁸³

²⁷⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria geral dos contratos comerciais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial: obrigações e contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58-64.

²⁸⁰ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Tomo I. Rio de Janeiro: Garnier Editor, 1906, p. 63.

²⁸¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. cit., p. 173.

²⁸² Reconhecendo a existência de uma evolução do conceito de *tipicidade* contratual, Emilio Betti anota que “no lugar da rígida tipicidade legislativa apoiada num número fechado de denominações se coloca outra tipicidade, que, cumprindo sempre a finalidade de limitar e orientar a autonomia privada, é, comparativamente àquela, muito mais elástica na configuração dos tipos e, como se opera por meio da consciência social, econômica ou ética, pode ser chamada de *tipicidade social*” (BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.], p. 153, grifo original).

²⁸³ Como bem ponderou Torquato Castro, a tipificação contratual mantém íntima relação com a causa dos contratos, porque “todos os atos pertencentes ao mesmo tipo têm causa única, constante, uniforme”; ao criar

Nesse ensejo, quando determinadas figuras contratuais *uniformes* passam a ter *função* socioeconômica reconhecida, ampla *difusão* no mercado, *relevância* nas operações comerciais e se apresentam juridicamente *válidas*, podem ser consideradas socialmente *típicas*. E o mesmo pode ser dito de determinadas *cláusulas* que alcançam a mesma *ubiquidade* no mercado; cuidam, não raro, de *exigências* comuns a determinadas operações econômicas e estipulam *sanções* admitidas pelos usos e costumes, razão pela qual podem merecer a alcunha de cláusulas socialmente *típicas*.²⁸⁴

Por derradeiro, há a nota de *mercadorização*, que timbra os contratos empresariais.²⁸⁵

Dizer que os contratos mercantis são *mercadorizados* significa reconhecer que o mercado funciona em relação a eles como um “*contexto* de sentido”. Como a atividade empresária é a organização dos fatores de produção para o *mercado*, ressaí clara a necessidade de compreendê-la dentro desse *locus*. Por isso, a análise dos contratos empresariais deixa de estar a uma distância segura da *regulamentação* do mercado, produzida para proteger o sistema de *trocas* e ordem *econômica* em geral, nomeadamente no que diz respeito à proteção da liberdade de *concorrência*.²⁸⁶

Nesse ponto, vale lembrar que o mercado é uma *ordem*. Quem ingressa na arena das trocas econômicas almeja atuar num espaço em que haja *regularidade* e *previsibilidade*; isto é, que seja possível um *cálculo* (mais ou menos seguro) sobre o futuro. Por isso, o mercado não prescinde de normas ordenadoras; daí o seu caráter de *artificialidade*, pois que toma corpo a partir da conformação legislativa. De igual modo, não é o ambiente de mercado apolítico, dado que a sua compleição e a sua dinâmica dependem de escolhas políticas – e mesmo o não intervir no mercado é uma tomada de posição, uma decisão *política*. Por fim, o mercado não se desenvolve à margem do direito, mas dentro dele; o mercado tem sua faceta *jurídica* – e a própria eficiência de determinadas posturas assumidas por razões econômicas costuma ter o seu teste de fogo no campo do direito comercial (em sentido lato).²⁸⁷

tipos, “a lei, ante ao aparecimento de novas necessidades, atende, em primeira linha, à causa, à função prática essencial, na regulamentação de seus efeitos” (CASTRO, Torquato da Silva. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 41-42).

²⁸⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 50-53.

²⁸⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato**. cit., p. 28-29.

²⁸⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. cit., p. 82-84.

²⁸⁷ Com pertinência, Natalino Irti, em diálogo com a produção de Friedrich Hayek, anota que “o mercado é a lei, que o governa e o constitui; e toma forma a partir das decisões políticas e das escolhas normativas. Caem, assim, as notas de naturalidade e de apoliticidade que costumam ser invocadas para proteger um dado modelo de mercado em conflito com outro tipo de mercado” (IRTI, Natalino. **L’ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 1998, p. 3-18, tradução nossa e grifo original).

Com isso, a regra da proteção da livre *concorrência* ostenta inegável força na regulação do *mercado* e tem reflexos na análise dos *contratos* empresariais. A partir do momento em que grande parte da “espontaneidade” que se manifesta para conformar o mercado decorre do *poder* econômico exercido por uma determinada casta de agentes, é necessário que esse poder seja reconhecido pelo mundo jurídico e, assim, controlado. Por isso, a consagração da livre *concorrência* vem logo acompanhada da ordem de repressão aos *abusos* desse poder; a *liberdade* de concorrência é, antes, uma liberdade *social*.²⁸⁸

Nesse ensejo, a *regulação* do mercado, no que respeita à tutela da *concorrência* e do *consumidor*, serve à preservação e à *sustentabilidade* do próprio mercado; é dedicada, pois, à manutenção (ou ao estímulo) de seu equilíbrio. E, como os contratos empresariais são voltados à operabilidade e à *eficiência* no ambiente de trocas, a regulamentação desse espaço logo é vertida na normatização dos contratos que lhe dão vida. A relação íntima entre a liberdade contratual e a liberdade de concorrência manifesta-se também em suas restrições.²⁸⁹

A tutela da *concorrência* deve ser compreendida como *instrumento* de assentada constitucional para a *condução* e a *conformação* do mercado, adequando-o às exigências políticas e sociais em voga. Seria absolutamente inócua tutelar a livre iniciativa dos agentes econômicos para lançá-los a um ambiente em que as *oportunidades* de trocas ou não estão disponíveis ou podem ser subtraídas injustamente sem qualquer controle ou sanção.²⁹⁰

A correta compreensão das interações empresariais por meio de contratos e as influências que recebem do (e que impõem ao) mercado é *indispensável* à integridade da análise do fenômeno econômico sob o ponto de vista jurídico.

3.6 Os contratos relacionais, colaborativos, duradouros e incompletos

Na compreensão da importância que os contratos ostentam para a dinâmica empresarial, mormente no que respeita à *estruturação* empresarial e às estratégias de mercado, surge imponente a figura dos contratos de *colaboração*.

A ascensão do uso dos contratos *colaborativos* interempresariais é uma marca da recente evolução do direito comercial e decorre, talvez principalmente, da verificação da ineficiência dos *arranjos* verticais, que envolviam unificação do poder decisório e esquemas

²⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. cit., p. 203-209.

²⁸⁹ ALPA, Guido. Le “autonomie contrattuali” tra mercato e persona. In.: ALPA, Guido; ROPPO, Vincenzo (Org.). **La vocazione civile del giurista**: saggi dedicati a Stefano Rodotà. Roma: Laterza, 2013, p. 204-242.

²⁹⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 194-199.

de subordinação. Esse contexto ensejou a preferência pela criação de *redes* horizontais de colaboração, que são mais plásticas e *dúcteis*, gerando contratos que tendem a ser *duradouros* e a regular mais as *relações* do que as prestações propriamente ditas.²⁹¹

Não raro os contratos de *colaboração* são chamados de contratos *híbridos*, porque correm o meridiano que se coloca entre os contratos *descontínuos* (ou de intercâmbio) – que se restringem a regular prestações demarcadas no tempo – e os contratos *societários* – que ensejam verdadeira amálgama das duas atividades econômicas. Essa *aurea mediocritas* ganhou espaço por revelar um patamar controlável de *integração* e de *vinculação* (e, pois, de *previsibilidade*), e apresentar soluções satisfatórias na *diminuição* dos custos de transação.²⁹²

Com efeito, a formação desses vínculos contratuais com vocação para *durabilidade* e para o estabelecimento de *fluxos* constantes de direitos e deveres reunidos num só *feixe* negocial – ainda que, para tanto, estejam sob um *umbrella agreement* – e com um *fim* econômico *comum* é resposta direta às necessidades de *cooperação* entre as empresas para o funcionamento do mercado, mormente ante as crescentes exigências de especialização e de profissionalismo. A criação dessas relações contratuais *colaborativas* tem por méritos a *racionalização* da produção, da obtenção de tecnologia, da concorrência e da assunção dos riscos.²⁹³

Como decorrência desse perfil contratual que estabelece relações de *cooperação* entre empresas (isto é, entre atividades econômicas organizadas), cresce a relevância dos contratos empresariais *relacionais*, *duradouros* e *incompletos*.

O foco exigido na formação de vínculos colaborativos tornou mais evidente a existência dos contratos *relacionais*, nos quais a *interação* das empresas deixa entrever certa *interdependência* das operações. Por ser assim, o regramento contratual passa ser dedicado a normatizar a *relação* interempresarial, a *vida* do contrato, e não tanto as *prestações* devidas de parte a parte. Avulta-se a importância da regulação mais *flexível* e *aberta* de questões futuras e, por conseguinte, aumenta a centralidade das soluções produzidas pela tutela da *confiança* e sob os influxos da *boa-fé* objetiva.²⁹⁴

²⁹¹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. cit., p. 133-137.

²⁹² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 48-50.

²⁹³ “Por contratos de cooperação empresarial designamos genericamente aqueles *acordos negociais, típicos ou atípicos, celebrados entre duas ou mais empresas jurídica e economicamente autônomas (singulares ou colectivas, públicas ou privadas, comerciais ou civis), com vista ao estabelecimento, organização e regulação de relações jurídicas duradouras para a realização de um fim económico comum*” (ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. cit., p. 389-392, grifos no original).

²⁹⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 48-50.

A partir do momento em que a *relação* interempresarial dá o tom das prestações contratuais e, assim, ganha um *sobrevalor*, é natural que a *confiança* ganhe relevo na compreensão desse vínculo estabelecido. Isso porque confiança é mais *eficiente* do que a perspectiva da sanção para a manutenção de relações entre empresas. Nada obstante a importância da *previsibilidade* e da *diligência* nos contratos empresariais, é a *confiança* gerada que mantém íntegra a relação, mormente quando sobrevém aquilo que não foi (e, por vezes, nem poderia ter sido) previsto.²⁹⁵

Mais: tais contratos são *duradouros*, mas numa acepção específica; não apenas são tendentes à extensão no tempo. O que lhes timbra é uma “persistência temporal” presente já em sua formação e no objetivo dos contraentes, de modo que são *projetados* (em forma e em conteúdo) para satisfazer exigências e interesses *permanentes* ou *recorrentes* das empresas. Ou seja, são duradouros – e são assim juridicamente tratados – menos porque costumam durar e mais porque foram *feitos para durar*, inclusive, por vezes, para durar indefinidamente.²⁹⁶

Com efeito, essa *projeção* do vínculo para o futuro, enquanto ostenta *valor* próprio – eis que a regularidade e a conseqüente redução dos custos de transação são importantes para o trânsito no mercado –, também é fonte de *imbrólios*: de um lado, proliferam-se as questões não previstas pelos contraentes e, de outro, a interdependência pode se tornar patológica.²⁹⁷

Como a *duração* prolongada desses contratos acaba por ditar certas *regularidades* em determinados *mercados* com reflexos internos e externos, as suas disposições passam a deter relevância para a proteção da *concorrência*. Por ser assim, as chamadas *restrições* verticais impostas por um contraente ao outro remetem a liberdade contratual das empresas a um plano mais exigente de sobre-regulação. Nesse ambiente, algumas cláusulas *ablativas* impostas pelo fornecedor em seus contratos, ainda que possam parecer economicamente justificáveis aos distribuidores, podem gerar efeitos *anticoncorrenciais* graves, como o aumento anormal dos custos dos concorrentes e a diminuição grave de opções ao consumidor.²⁹⁸

De mais a mais, tais contratos costumam ser intencionalmente *incompletos*.

²⁹⁵ STEINBERG, Daniel Fideles; SOUZA NETO, Tarcísio de. Dimensões da confiança nos contratos empresariais: o papel do direito na tutela das relações contratuais. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 91, n. 2, p. 187-203, set. 2020.

²⁹⁶ PINTO, Fernando A. Ferreira. **Contrato de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013. p. 103-111.

²⁹⁷ “Nos contratos de colaboração, não é incomum exigir-se de uma ou de ambas as partes que realizem investimentos específicos voltados à celebração ou ao desenrolar do contrato. [...] Custos idiossincráticos podem trazer o estado de dependência unilateral ou recíproca porque, regra geral, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as perdas decorrentes do aborto da operação. E ainda: quanto menor sua probabilidade de recuperação, maior o grau de dependência” (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 68-69).

²⁹⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. cit., p. 371-408.

Antes de mais, merece registro o fato de que *todo* contrato é *incompleto*. Todos os agentes são dotados de uma racionalidade *limitada*, dado que são incapazes de prever a totalidade dos eventos possíveis relacionados ao objeto do pacto. Demais disso, mesmo em relação a todos eventos previstos, não é conveniente esmiuçar no contrato todas essas possibilidades e as consequências avençadas para cada uma delas (*cost of writing contracts*), o que, além de prolongar demasiadamente o tempo da contratação, aumentaria a possibilidade de dissensos manifestos. Com efeito, embora a nota da *incompletude* seja comum a todos os contratos, é nos contratos *relacionais* que ganha maior evidência e importância.²⁹⁹

Enquanto todos os contratos são contingenciados pelos custos de *transação*, nomeadamente os custos de *coordenação* (relativos à escolha do produto, do parceiro econômico, dos termos da negociação, etc.), os custos de *motivação* (ligados à incompletude das informações e ao risco do comportamento oportunista) e os custos de *cognição* (vinculados à própria apreensão das informações disponibilizadas e ao tratamento técnico-jurídico das pretensões), os contratos *relacionais* recebem, em acréscimo, o peso dos custos de *previsão*, em razão da necessidade de clausular, tanto quanto possível e necessário, as obrigações existentes de parte a parte durante toda a vigência do acordo, a despeito da natural imprevisibilidade das condições e das exigências de mercado.³⁰⁰

Por isso, nos contratos relacionais duradouros, a *incompletude* é a *regra*, e não a exceção. O prolongamento temporal e o foco no regramento da relação entre as empresas torna impossível a previsão de todos os “estados de natureza” que podem sobrevir durante a vigência contratual e a definição das prestações pactuadas em cada um desses estados possíveis. Essa impossibilidade é agravada, ainda, pela incerteza quanto à evolução das técnicas produtivas e quanto às demandas do mercado. Nesse enleio, pois, a *tolerância* com os espaços em branco (passíveis de renegociação ou denúncia) é a saída comum para a conclusão do contrato.³⁰¹

A *incompletude* é menos um problema do que um dado de realidade: contratos são incompletos. Todo modo, é necessário saber lidar com as lacunas, principalmente quando o

²⁹⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 151-156.

³⁰⁰ ARROSI, Letícia Soster. A influência do comportamento das partes na formação e interpretação dos contratos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 21, out-dez/2019, p. 117-142.

³⁰¹ “O custo de redigir contratos de longo prazo depende da informação que as partes detenham para descrever os eventos e ações; descrever estados da natureza que demandem exame de inúmeras circunstâncias significa incorrer custos elevados. Pode-se perceber a relação direta entre a complexidade negocial e as informações relevantes para a operação. A relação custo-benefício nesse caso é o fator preponderante na tomada de decisão. Sempre que os custos de adotar medidas extraordinárias superarem os benefícios esperados, ou o contrato não é celebrado ou deixa-se espaço para renegociação ou para rescisão unilateral” (SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 99, p. 283-302, 2004).

inesperado ou o imprevisto acontece. O preenchimento desse espaço em branco pode ocorrer pelo uso das normas *dispositivas* (quando existentes e aplicáveis); pela via da *negociação* (que é o caso, por exemplo, da cláusula *hardship*, em que as partes se comprometem com o investimento dos seus melhores esforços na busca da solução de uma questão não prevista no contratos); pela adesão aos usos e *costumes* comerciais (que não raro ofertam soluções plácidas para questões não entrevistas pelos contraentes); ou, ainda, por um *juiz* ou *árbitro* (com a cautela de compreender que, a rigor, o julgador não pode substituir os contratantes no querer e, por isso, a integração judicial deve estar restrita aos campos intencionalmente deixados para decisão de terceiro ou, ainda, aos casos em que as partes aceitem tal submissão).³⁰²

É certo que vigora no ordenamento jurídico nacional a regra pela qual o julgador, uma vez instado a debelar contenda, está proibido de proferir o veredicto *non liquet*. A supressão das lacunas porventura existentes no regramento legislativo é impositiva na atividade judicante, seja pela analogia, pelos costumes ou pelos princípios gerais do direito. Na metáfora de Oscar Tenório, “não se deixa de navegar em virtude da imperfeição dos roteiros”, pois que “a argúcia do marinheiro supre as deficiências das cartas”.³⁰³

Todavia, ao órgão julgador, enquanto integrar o ordenamento jurídico estatal é um dever, integrar um contrato paritário significa, de regra, uma perturbação da alocação de riscos.

É direito das partes contraentes estipular disposições que versem sobre o *preenchimento* de lacunas e sobre a *integração* do contrato. Naturalmente, essa autorização tem lugar nos contratos paritários e encontra barreiras claras nas normas cogentes, mormente no que respeita à proibição de condições puramente potestativas.³⁰⁴

No âmbito dos contratos empresariais, não é raro que algumas questões mais voláteis sejam deixadas ao arbítrio de uma das partes. E essa disposição não é, por si só, inválida. Quando houver circunstâncias objetivas que informem a função econômica comum buscada pelas empresas em interação e justifiquem a eleição de uma das partes para presidi-la, não

³⁰² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 300-308.

³⁰³ “O magistrado tem de resolver os litígios que as partes levam ao pretório. [...] Quando a lei não dispõe a respeito, nem por isto a sentença deixará de ser proferida. Realizará o magistrado o processo de integração do direito, a que se tem chamado de preenchimento das lacunas da lei. [...] Qualquer pleito merecerá do juiz uma sentença, mesmo quando na lei não achar solução direta ou expressa” (TENÓRIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 101-152).

³⁰⁴ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 358-361.

haverá falar em potestatividade pura. Todo modo, é vedado o exercício disfuncional dessa autorização, pois configura abuso do direito.³⁰⁵

Na dinâmica dos contratos de distribuição, por exemplo, é comum haver a inserção da cláusula de *estoque* mínimo, por meio da qual o fornecedor, aduzindo fazê-lo com apoio em análise de mercado a partir da *área* e do *perfil* de público atendidos, estabelece um patamar *mínimo* de disponibilidade do produto nas instalações do distribuidor que deve ser observado para evitar o *desabastecimento* do mercado.

O que está terminantemente *proibido* é que uma das partes contratantes, a seu líbido e sem qualquer baliza objetiva, possa guiar toda a vida do contrato, resolvendo todas as questões supervenientes conforme o seu exclusivo querer, tornando o outro contraente o mero *expectador* e *executor* do contrato. Nessa hipótese, a nulidade ressaí evidente.³⁰⁶

Integração contratual mais relevante (e inderrogável) é a realizada pela boa-fé objetiva.

Nem todo silêncio contratual é lacuna a ser colmata pelo órgão julgador. Se a lacuna, porém, é não intencional e, pois, decorrente da racionalidade *limitada* dos agentes, a boa-fé atua para integrar o conteúdo do contrato, qualificando as condutas que, mesmo não previstas, são indispensáveis à eficiência do próprio contrato, de acordo com sua função prático-econômica. O padrão exigido de lealdade gera, pois, deveres instrumentais ao desenvolvimento do contrato, a saber, deveres de informação, de cooperação e de proteção.³⁰⁷

Todavia, quando há lacuna intencional, a boa-fé atua de outro modo, a saber, na perquirição do estabelecimento de uma conduta que gerou legítima *confiança* e, em caso positivo, na sua tutela. Uma vez superada a divisão mosaica entre a fase formativa e a fase executiva do contrato, impende compreender a obrigação como um *processo*, como um *programa* desenvolvido com vistas ao adimplemento. As *águas* estão reunidas. O caráter *duradouro* do contrato torna o vínculo obrigacional mais *intenso*, com seu fluxo de direitos e deveres constantes. Essa *cooperação* para o alcance do resultado almejado intensifica a relevância jurídica das condutas dos agentes e a confiança suscitada pela sua reiteração. Por ser assim, o *comportamento* das partes, sob os influxos da boa-fé objetiva, passa a ser

³⁰⁵ ARROSI, Letícia Soster. A influência do comportamento das partes na formação e interpretação dos contratos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 21, out-dez/2019, p. 132-139.

³⁰⁶ No particular, é oportuno o alerta de Pontes de Miranda: “a potestatividade pura estabelece o arbitrário, que é privação do direito, da relação jurídica; deixa-se aberto o caminho para o fático, de jeito que, para o jurídico, há *contradictio in adiecto*; o querer puro, sem limites, repugna ao jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 157).

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 567-606.

instrumento eficaz para a *colmatação* das lacunas que originalmente se verificaram no contrato.³⁰⁸

Todavia, caso não haja conduta ensejadora de confiança apta a integrar o pacto nem acordo dos contraentes no que respeita às lacunas intencionais, é de se concluir que aceitaram o “estado de natureza” não previsto como causa de extinção do contrato e, por isso, não é dado ao órgão julgador contratar pelos agentes econômicos.³⁰⁹

3.7 A questão da assimetria contratual

As exigências de organização e de profissionalismo, bem como os riscos inerentes ao ambiente de mercado, tornaram central a consideração de que os empresários, ao contratarem para fomentar a sua atividade econômica, figuram como *livres e iguais*, dado que se sujeitam às incertezas do cenário econômico pela esperança do lucro. Surgiu, assim, o “*mito da paridade nos contratos empresariais*”.³¹⁰

Com efeito, essa *mitologia* do equilíbrio é fruto da requisição de segurança e previsibilidade para as trocas no ambiente de mercado. A figura do empresário *ativo e probo* concorre para essa imagética, pois que sugere que todos os contratos concluídos por empresários no ensejo de sua atividade econômica passaram pelo crivo integral de sua adequação à dinâmica empresarial, com o entrosamento dos interesses em cotejo. Daí, o *pacta sunt servanda* ganha maior trânsito e a boa-fé recebe funções mais delgadas.³¹¹

De se notar que a *paridade* contratual entre empresas diz com a existência de um *equilíbrio* de forças negociais, que se harmonizam na avença, e de uma *igualdade* de posições que se mantém desde a pactuação até a extinção do contrato, passando por sua execução. Não

³⁰⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, *passim*.

³⁰⁹ “Lacunas não são um ‘defeito’ do negócio jurídico, mas sua característica. [...] Tendo as partes investido terceiro do poder de complementar os termos do acordo, assumiram o risco de seu aborto na ausência de futuro consenso” (FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 45, abr-jun/2015, p. 229-244).

³¹⁰ CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 23-26.

³¹¹ “No direito comercial, salvo raríssimas exceções, não se pode reconhecer no empresário um hipossuficiente; o mercado capitalista não poderia funcionar dessa forma. [...] Embora a absoluta simetria seja rara, nos contratos paritários a dinâmica do processo de negociação e de execução contratual desenvolve-se sem a marcada preponderância dos interesses de um dos polos” (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 66-67).

se está a falar em uma *paridade* algébrica (mesmo porque isso inviabilizaria o conceito), mas na ausência de desequilíbrios relevantes para a formação do contrato.³¹²

Todavia, o último quartel do século XX deu conta da *artificialidade* da sinonímia absoluta que se propunha entre contratos empresariais e contratos paritários. Percebeu-se que o poder *econômico* de cimeira mantém íntima relação com o poder *contratual* e que, assim como aquele foi reconhecido pelo direito para o seu controle e para a vedação de seu abuso, este também demanda tratamento e cautela por parte do mundo jurídico.³¹³ Existe *assimetria* contratual (juridicamente relevante) também entre empresas. Dado que os contratos paritários receberam a alcunha de B2B (*business-to-business*) e os contratos estruturalmente desequilibrados foram chamados de B2C (*business-to-consumer*), cada qual com seus problemas e soluções, a figura do contrato empresarial *assimétrico* recebeu a denominação de “*terceiro contrato*”, também representado pela sigla B2b, com *exigências* medianeiras de informação, de esclarecimento, de tutela da confiança e de correção de eventuais abusos de poder contratual, tanto pela via da revisão quanto pela via da resolução.³¹⁴

Essa percepção mobiliza os instrumentais do direito contratual para a proteção do (empresário) contratante *débil* – e que é assim chamado justamente porque, em decorrência das circunstâncias do pacto, não reúne condições para exercer o seu poder contratual de modo normal. Diferenças relevantes quanto às *informações* sobre o bem ou serviço, quanto ao controle e à *gestão* da operação, e quanto aos *investimentos* exigidos para o desempenho da atividade conformam a *assimetria* contratual entre empresários. Naturalmente, não há que se falar em tutela consumerista às relações em que a empresa não figura como consumidora. No entanto, a *assimetria* verificada entre os contratantes (e as suas posições) exige que maiores esforços de informação, cooperação e proteção de confiança lhe sejam garantidos, sob pena de instrumentalizar o *pacta sunt servanda* ao puro arbítrio.³¹⁵

Importam, com primazia, à identificação do contrato *assimétrico* os casos em que a *disparidade* de forças contratuais é *fisiológica*, isto é, em que decorre da distinção entre as posições ocupadas (fisiologicamente) pelos contratantes no mercado. Por isso, é *assimétrico* o

³¹² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 374.

³¹³ “Aos juristas atentos à economicidade da sociedade de mercado não escapou todavia o encadeamento poder econômico/autonomia privada; poder de mercado/poder contratual; abuso de poder de mercado/abuso de poder contratual” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, maio/1995, p. 87-107).

³¹⁴ ALPA, Guido. **Le stagioni del contratto**. cit., p. 141-143.

³¹⁵ CORREIA, Ticiane Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. cit., p. 29-34.

contrato de *franquia*, no qual o franqueado, pela própria natureza do vínculo, se submete às exigências de padronização e ao controle do franqueador, no que respeita à sua atividade. Também é *assimétrico* o contrato de *distribuição*, por meio do qual o distribuidor se molda às necessidades do mercado que o fornecedor pretende atender, adequando-se às suas metas e promovendo as suas estratégias de expansão.³¹⁶⁻³¹⁷

Essa assimetria, conquanto *fisiológica*, pode se revelar de algumas maneiras.³¹⁸

Merece nota, primeiramente, a assimetria *informacional*, que ocorre quando os agentes econômicos contratantes não detêm *repertórios* minimamente equivalentes sobre o objeto do pacto. O fato de dois contraentes disporem de *conteúdos* informacionais em níveis substancialmente distintos sobre as qualidades e as ineficiências do bem ou serviço contratado não pode ser ignorado pelo direito. Essa disparidade de informações tem evidentes reflexos negativos na higidez do pacto e pode revelar-se *ex ante* (quando há efetiva ocultação de informações relevantes sobre o bem, o serviço ou sobre a vindoura relação contratual) e *ex post* (quando, durante o trato contratual, a parte melhor informada usa desse privilégio para adotar condutas em detrimento da outra). Como se pode observar, essa assimetria informacional detêm reflexos que se manifestam no plano *microeconômico*, como a anulação por erro ou dolo ou a quebra da boa-fé objetiva, e no plano *macroeconômico*, com o aumento dos custos de transação decorrente do crescimento da desconfiança entre os agentes, a percepção geral da queda presumida de qualidade e a abertura de espaço para propagandas enganosas.³¹⁹

É incorreto pensar que o déficit de *informação* só pode ocorrer em contratos consumeristas.³²⁰ Talvez a *franquia* seja o melhor exemplo para demonstrar a assimetria

³¹⁶ ROPPO, Vincenzo. Ancora su contratto asimetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito com qualche elemento di novità. In.: ALPA, Guido; ROPPO, Vincenzo (Org.). **La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà**. Roma: Laterza, 2013, p. 178-203.

³¹⁷ Nem todos os debates italianos sobre o “terceiro contrato” são importáveis ao Brasil. O Código de Consumo italiano restringe a figura do consumidor às pessoas físicas e, por isso, os movimentos de expansão do conceito de vulnerabilidade (*debolezza*) às empresas são mais árduos; almejam criar uma teoria que abarque as duas realidades (a empresa consumidora e a empresa frágil). Há, inclusive, a proposta da classificação S2C (*supplier-to-customer*) para fugir dessa dualidade. Muitos desses problemas não existem no direito brasileiro, graças à redação abrangente do CDC. Sobre a figura do consumidor no CDC e as diversas teorias acerca da empresa consumidora: MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 136-155.

³¹⁸ Na definição de Ticiania Correia, são assimétricos “todos os contratos nos quais se enfrentam dois sujeitos de mercado, caracterizados por uma significativa assimetria de poder contratual, assimetria esta que decorre precisamente das respectivas posições fisiológicas no mercado” (CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. cit., p. 34).

³¹⁹ GABAN, Eduardo Molan. Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 11, jan/2004, p. 83-106.

³²⁰ Flertando com essa restrição de sentido e entendendo – a meu ver, sem razão – que a única modalidade de assimetria verificada nos contratos mercantis seria a dependência, enquanto decisão empresarial: COELHO,

informativa nos contratos empresariais. É intuitivo observar que o franqueado ingressa na *rede* contratual formulada e liderada pelo franqueador para prestar o serviço ou entregar o produto dentro de um padrão *pré-estabelecido* por este.³²¹ Por isso, o franqueador detém repertório informativo marcadamente maior que o franqueado. Como modo de reparar essa evidente *assimetria* de informações, o ordenamento jurídico *impõe* rigorosos deveres de informação por meio da circular de oferta de franquia, que deve ser oferecida ao franqueado com antecedência mínima e conter desde dados contábeis do franqueador até a situação de regularidade dos direitos de propriedade intelectual envolvidos na operação.³²²

Há, por semelhante modo, a *assimetria econômica*; todavia, esta, por si só, além de ser absolutamente comum, somente ganha relevo jurídico quando interfere no exercício dos poderes negociais e, assim, na *conformação* do pacto. Por isso, fala-se em *dependência econômica* para aludir ao fenômeno assimétrico quando este revela o potencial de gerar *debilidades* negociais.³²³ Com efeito, a dependência econômica é situação manifesta no momento relacional em que a relação de *poder* entre empresários alcança um nível tal que um deles poder *impor* condições negociais ao outro, sem que este possa rejeitá-la, sob pena de ver-se expulso do mercado ou de tornar inviável a sua atividade empresarial.³²⁴

Para que se faça juridicamente *relevante*, a dependência econômica deve reunir certos timbres. De saída, deve ser *decisiva* para as tomadas de posição do empresário, seja de contratar, seja de permanecer contratado, seja de deixar de contratar. Deveras, é de ser mote de manifestação de *poder* contratual sobrepujante, criando contexto de sujeição. Outrossim, deve alcançar o nível de potencial de *imposição* de preços, prazos, hipóteses de extinção e condições negociais em geral sem poder efetivo de resistência. Uma vez relevante, essa dependência ganha *operabilidade* interna e externamente ao contrato, dado que pode ensejar também efeitos no *mercado* em que a operação estiver inserta, inclusive distorções concorrenciais.³²⁵

Dado que tais agentes estão no ambiente de mercado e que são multivariadas as formas de vinculação entre as atividades econômicas, a existência de algum nível de

Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial: obrigações e contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-20.

³²¹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 393-404.

³²² CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. cit., p. 45-50.

³²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 66-67.

³²⁴ PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, nº 7, jan-mar/2018,

³²⁵ DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 59, jul-set/2014, p. 91-120.

dependência (e de *interdependência*) é uma nota consideravelmente comum no âmbito dos contratos empresariais. Há, inclusive, contratos nos quais a nota da dependência é *ínsita* ao seu próprio funcionamento, como é o caso do contrato de *distribuição* (ou concessão comercial), porque o fornecedor, como líder da rede de distribuição, ostenta uma natural posição de gestão sobre os produtos, os itens de publicidade e a dinâmica de vendas.³²⁶ Semelhante sentença é aplicável aos contratos de franquia e de agência.³²⁷

Tais contratos receberam da doutrina europeia a denominação de *contratos de dependência* (*contracts de dépendance*). De natureza relacional, duradoura e colaborativa, esses pactos, justamente pelo liame de *fidelidade* longeva que inspiram e do qual extraem a sua força, criam uma *interdependência* sensível entre os agentes. Por isso, tanto as *alterações* substanciais quanto as possibilidades de *extinção* do contrato passam a exigir maiores cuidados para tutelar a *confiança* e prestigiar a *manutenção* de agentes viáveis no mercado. Assim, imposições de *aviso prévio* e de *enchimento* de denúncia em casos específicos passam a figurar no ordenamento jurídico, a par de evitar a adoção de comportamentos oportunistas e lesivos – ao contratante e ao mercado.³²⁸

Tal dependência econômica pode ser manifesta no *poder relacional*, quando decorre da própria conformação da relação interempresarial e da destinação dos investimentos; no *poder de compra*, em razão da determinação de preços ou de condições de aquisição; ou, ainda, na *dependência de marca* famosa.³²⁹

Outros casos há, porém, em que a *dependência* econômica ganha corpo durante a execução do contrato. De regra, a situação ocorre quando o empresário é conduzido a realizar consideráveis *investimentos* especificamente para o desenvolvimento da operação contratada – os chamados custos *idiossincráticos* – e, justamente por isso, a *manutenção* do referido contrato se torna uma questão de *sustentabilidade* da atividade empresária. Nesse enleio, com a *crescente* dos investimentos específicos na execução da avença, avulta-se a *tragédia*

³²⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 68

³²⁷ Importa destacar que o contrato de agência, tal como hoje está regulado no Código Civil, é o mesmo contrato anteriormente denominado como contrato de representação comercial, na forma da Lei nº 4.886, de 1965; sendo substituído o representante pelo agente. Como sumaria Gustavo Haical, o contrato de agência é timbrado por três características centrais: o caráter profissional (não eventual); a delimitação da área de atuação (com presunção *juris tantum* de exclusividade); e, a realização de atos negociais “à conta de outrem”. Por isso, é possível defini-lo como um contrato de duração, de confiança e, mais diretamente, de gestão de interesses alheios (HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência**: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, *passim* e, mais especificamente, p. 77-86).

³²⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial**: relatório. Coimbra: Almedina, 2018, p. 48-51.

³²⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, nº 7, jan-mar/2018,

causada por eventual encerramento do contrato – principalmente se este for abrupto –, de modo que o empresário tende a permanecer *vinculado* ao negócio, mesmo que, para tanto, a contraparte imponha condições *iníquas* e adote condutas *abusivas*, à míngua de *alternativas* viáveis e de *soluções* paralelas eficientes para a continuação de sua atividade econômica.³³⁰⁻³³¹

Por isso, a *extinção* desses contratos deve ser observada com cautela. O contratante dependente deve obter *tempo* hábil de operação econômica para *recuperar* os investimentos recuperáveis, *amortizar* os custos irrecuperáveis e *redirecionar* a sua atividade empresária, principalmente se a operação a ser encerrada é gravada de exclusividade. Se o contrato é denunciado sem que haja *aviso prévio* suficiente para tanto, há *abuso* de denúncia, o que pode ser evitado pela suspensão dos efeitos da denúncia ou reparado pela via indenizatória.³³²

A dependência econômica, por si só, não constitui ilícito civil ou ato de infração à ordem econômica. O problema reside precisamente no seu *abuso*. O direito deve montar cautelas para evitar conferir plena validade aos contratos que, em cenário de dependência econômica, só puderam ser concluídos pelo *abuso* desta situação de sujeição; isto é, não há como julgar adequadas aquelas condições contratuais que somente o abuso da dependência econômica tornou de possível *imposição* pelo contratante aproveitador e de necessária *adesão* ao contratante aproveitado.³³³

Com efeito, o fato é que a *intervenção* judicial, em manifestação do *dirigismo* contratual, será tão mais *necessária* quanto menor for a *negociação* do contrato e quanto maior for a *assimetria* verificada entre os contratantes.³³⁴

Embora haja casos em que a *dependência* seja natural ao contrato, há *graus* e *modos* de dependência econômica. O mundo é *vário*. Há casos em que o abuso de dependência ocorre no momento *genético*, na formação do pacto, com a inclusão de cláusulas iníquas, por

³³⁰ “Custos idiossincráticos podem trazer o estado de dependência econômica unilateral ou recíproca porque, regra geral, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as perdas decorrentes do aborto da operação. E ainda: quanto menor a possibilidade de recuperação, maior o grau de dependência” (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 68-69).

³³¹ Semelhantemente, e com análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. cit., p. 730-741.

³³² “A denúncia que dá fim ao contrato duradouro há de conceder um tempo para que o denunciado (o confiante), que investiu no negócio porque confiou na extensão do pacto (investimento de confiança), consiga, ao menos, ser restituído pelo que despendeu em razão da confiança legítima gerada pela conduta inicial do denunciante, a saber, a firma de contrato feito para durar (o *factum proprium*). Não se diz que o contratante não possa denunciar o contrato, já que este não é eterno, mas, se o faz, deve fazê-lo de modo probo e leal.” (CARNEIRO FILHO, Humberto João; ALBUQUERQUE, Raul César de. Do abuso do direito de denúncia contratual e a interpretação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil (Comentário de Jurisprudência). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 21, out-dez/2019, p. 390-406).

³³³ PENTEADO, Luciano de Camargo. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 11, jul-set/2002, p. 138-153.

³³⁴ CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. cit., p. 45-50.

exemplo; outros há em que o abuso se dá durante a *execução* contratual, seja com a imposição de condições gravosas para a continuidade da operação, seja com a adoção de interpretações maliciosas de dispositivos negociais; e, ademais, pode sobrevir no momento *final* do pacto, quer pelo modo abrupto da extinção, quer pela negativa de retorno dos investimentos.³³⁵⁻³³⁶

No plano intracontratual, tais situações jurídicas devem ser analisadas e podem ser corrigidas pelos instrumentais da cláusula geral da *boa-fé* objetiva, da vedação ao *abuso* de direito e da promoção da *equivalência* material dos contratos.³³⁷ Há que se evitar a *conversão* do poder contratual em arbítrio e, portanto, não se pode dar guarida a condutas *oportunistas*, timbradas de deslealdade, que só foram possibilitadas pela situação de assimetria.³³⁸

O maior *quebra-mar* contra as tormentas geradas pelo *abuso* de dependência econômica é, sem sombra de dúvidas, a cláusula geral da *boa-fé* objetiva,³³⁹ que, sendo *multifuncional*, atua no vetor *integrativo* (gerando deveres de proteção, de informação e de colaboração), no vetor *hermenêutico* (guiando a interpretação das disposições negociais) e no vetor *corretivo* (operando como baliza de validade e eficácia dos atos jurídicos).³⁴⁰

Merece destaque a doutrina que extrai da *boa-fé* objetiva a própria *ideia-força* da teoria dos contratos empresariais *assimétricos*, pois que, cuidando de contratos *relacionais* e *colaborativos*, a conduta de aproveitar-se da posição de *superioridade* para impor a sua vontade em detrimento do contraente mais fraco enseja efetiva quebra da legítima expectativa de *cooperação* e, exatamente por isso, deflagra a necessidade da tutela da *confiança* para promover o (*re*)*equilíbrio* do contrato.³⁴¹

³³⁵ PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, nº 7, jan-mar/2018,

³³⁶ Com coincidência de análise para as fases do abuso de direito no âmbito dos contratos: MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o acto ilícito**. Rio de Janeiro: Editora Renato Americano, 1935, p. 44-62.

³³⁷ Reconhecendo o caráter omissivo da legislação brasileira no tema e defendendo a adoção desses instrumentos normativos para a correção dos contratos empresariais assimétricos: CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. cit., p. 88-112.

³³⁸ “A ordem jurídica reconhecer haver relações contratuais fundadas numa assimetria estrutural, pela disjunção entre os poderes de fato reconhecidos aos sujeitos. E, ao assim reconhecer, presume que uma das partes estará em situação de vulnerabilidade contratual, com o que se assegura uma proteção jurídica especial a essas situações” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. cit., p. 322).

³³⁹ Menezes Cordeiro, ao dissertar sobre o abuso do direito (que o autor prefere chamar de *exercício inadmissível de posições jurídicas*), anota que “o *essencial* do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado pela boa fé” (CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 898-901).

³⁴⁰ Dissertando sobre a aplicação da *boa-fé* objetiva nos contratos empresariais: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. cit., p. 301-310.

³⁴¹ “A teoria dos contratos assimétricos retira seu fundamento do princípio da *boa-fé*. A expectativa é de contratar em *cooperação* e a parte mais forte usa de sua posição para impor sua vontade à parte mais fraca. Isto frustra a expectativa legítima e demanda a tutela da *confiança* em relação à assimetria. Assim, o próprio *desequilíbrio* de poder contratual se configura como ruptura de expectativa legítima e violação da *confiança*”

Na sua funcionalidade *criativa* de deveres, a boa-fé objetiva opera para gerar deveres de *proteção* em prol do contraente em estado de sujeição, ainda que o contrato silencie no ponto, dado que tais comandos se revelam *instrumentais* à *eticidade* do próprio pacto, aparelhando-o desde a fase pré-contratual até mesmo após o adimplemento.³⁴²

A exigência de um aviso prévio compatível com as necessidades de *recuperação* de investimentos e de *redirecionamento* da atividade é um desses deveres de proteção gerados pela cláusula geral da boa-fé. Com a previsão de um anúncio prévio, o contraente frágil é protegido contra as investidas abruptas do contraente dominante e, assim, o ordenamento jurídico opera para diminuir, ainda que de modo incompleto e tardio, a *assimetria* e a *dependência*.³⁴³ Havendo garantia de que o pacto será mantido até que os *investimentos* serão restituídos, concedendo tempo hábil para a *readequação* da atividade, o contratante frágil passa a ser menos dependente do arbítrio do contratante superior e pode resistir aos seus intentos abusivos.

Por semelhante modo, o vetor formativo da boa-fé objetiva também atua para diminuir a *assimetria informacional* gerando deveres de *esclarecimento*. Com efeito, a construção do dever de informar não é idêntica e planificada; cada operação econômica interativa apresenta os seus défices mais ou menos naturais de *repertórios* de conhecimento e, portanto, são *polimorfos* em extensão e em profundidade as possibilidades de *assimetria* de informações. E a boa-fé objetiva opera para reparar essas *dessemelhanças* de conhecimento sobre os fatos e dados relevantes para a operação. Na fase formativa do pacto, a equiparação de informações concorre para um *consentimento* idôneo e, na sua fase executiva, contribui para a *otimização* do desenvolvimento da atividade econômica. *Informar* também *proteger* e *cooperar*.³⁴⁴

Deveras, a cláusula geral da boa-fé objetiva também atua como vetor *hermenêutico*, viabilizando a *objetivação* das expectativas legítimas havidas de parte a parte no contrato e possibilitando a criação de um cenário com maior grau de *previsibilidade*.³⁴⁵ A promoção de um padrão de *conduta* leal e proba sempre foi e continua sendo *indispensável* para o funcionamento sadio do *mercado*, o que impõe que esse *padrão* seja aplicado também à

(CORREIA, Ticiano Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. cit., p. 88-112).

³⁴² COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. cit., p. 91-98.

³⁴³ HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o direito formativo extintivo de denúncia no contrato de agência. In.: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 294-331.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 578-595.

³⁴⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 257-260.

interpretação dos contratos.³⁴⁶ De fato, mesmo a invocação hermenêutica dos *usos* e costumes comerciais guarda íntima correlação com essa objetivação das condutas esperadas, “porque é uso proceder de boa fé”,³⁴⁷ dado que a probidade do empresário somente se pode aferir adequadamente dentro de um contexto maior de relações de mercado.

Sob o mesmo influxo de promoção do padrão de lealdade, a cláusula geral de boa-fé atua no ambiente hermenêutico para negar admissão às “interpretações de algibeira”, isto é, para tornar inadmissíveis as exegeses promovidas sobre as disposições contratuais pelo contraente superior que contrariem tanto a interpretação comumente *adotada* no mercado quanto a hermenêutica *desenvolvida* pelas próprias partes no desenvolvimento do contrato. Com efeito, tais viragens hermenêuticas promovidas para alquebrar a legítima *confiança* do contraente mais frágil na exegese *usual* ou, o que é ainda mais grave, na exegese paulatinamente *confirmada* pelo comportamento do contraente superior constituem evidente situação de *venire contra factum proprium*.³⁴⁸

Por derradeiro, a cláusula geral da boa-fé objetiva também apresenta função *corretiva* (ou *corretora*) em relação aos contratos empresariais *assimétricos* e realiza essa missão em duplo vetor, a saber, controlando o *exercício* de direitos contratuais e ajustando o *conteúdo* do próprio contrato.³⁴⁹

É dizer: mesmo quando o *conteúdo* contratual é válido (e essa é a presunção do sistema), a boa-fé objetiva atua como limite ao *exercício* dos direitos daí decorrentes. Posições jurídicas validamente dispostas não autorizam toda e qualquer atuação em relação ao seu conteúdo; os direitos devem ser exercidos em regime de *normalidade* e, mais, devem ser invocado em consonância com as *funções* para as quais o sistema jurídico os reconheceu.

³⁴⁶ “Essa regra objetiva de boa-fé, consagrada como critério exegético das convenções mercantis, partia da premissa de que, nos negócios, deveria prevalecer a regra da lealdade recíproca, destinada a imprimir segurança ao tráfico jurídico. [...] Ou seja, a boa-fé, sob essa perspectiva, independeria da avaliação anímica do agente, ao manifestar a sua vontade, cabendo apreciá-la com base num padrão de conduta médio, que legitimamente é de esperar do *vir bonus*, ou do *bonus pater familiae*, em circunstâncias similares” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Rompimento da boa-fé e conflito de interesses. In.: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004, p. 1.475-1.490).

³⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 332.

³⁴⁸ Como anota Anderson Schreiber, a figura do *nemo potest venire contra factum proprium* foi erigida para tutelar a confiança e “a confiança, de fato, somente resta eficientemente tutelada na hipótese de se obstar o comportamento que se dirigia à sua ruptura. [...] Pode-se dizer, portanto, que a sanção primordial à conduta contraditória é a inadmissão ou impedimento do exercício da situação jurídica subjetiva em violação à boa-fé objetiva e à legítima confiança” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 107-109).

³⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. cit., p. 625-724.

Quando isso não ocorre, é de se anotar a ocorrência de exercício *disfuncional* e, por isso mesmo, *inadmissível* do direito. Daí, o *abuso*.³⁵⁰

A atenção à *função* das posições jurídicas negocialmente estabelecidas ganha especial relevo para a análise do *abuso* no âmbito dos contratos *empresariais*. Tendo em conta que estes regulamentam a interação entre duas (ou mais) atividades inseridas no ambiente do mercado, a observação da função *econômica* das posições jurídicas não pode ser desprezada; aliás, é a sua análise que deve presidir, de modo catedral, a sindicância de sua liceidade.³⁵¹

Nesse contexto, a indagação sobre se a *conduta* do contratante superior configura abuso passa, necessariamente, pela *perquirição* da função econômica da posição em que está investido. É de se observar que o poder de ingerência (e de interferência) que o franqueador normalmente exerce sobre a atividade empresária do franqueado é, à primeira vista, algo *desmesurado*, dado que não é raro que mesmo detalhes de *layout* e de modo de execução de etapas produtivas sejam minimamente regulados por aquele; todavia, tais exigências, no ambiente da franquia, ganham ares de *normalidade*, em virtude da função *econômica* de tal investidora, bem como da expectativa de *lucro* do franqueado que está atrelada à participação numa *rede* uniforme, reunida sob uma *marca* conhecida, tendo à disposição (ao menos em parte) acesso ao *know-how* do franqueador para o desenvolvimento da atividade.³⁵²

Por semelhante modo, causaria estranheza noutro contexto a estipulação de uma quota mínima de aquisição periódica entre agentes econômicos, dado que estabelece um raro caso de obrigação de contratar; porém, no contrato de distribuição, as cláusulas de quota mínima e de estoque mínimo são naturais, por causa da necessidade, típica do escoamento de produtos ao mercado, de existência de produtos à disposição do consumidor.³⁵³

Situação diversa é aquela em que, por exemplo, o agenciado usa (*rectius*: abusa) da autorização contratual de acesso ao relatório de vendas do agente – que, em si, nada encerra

³⁵⁰ “Uma coisa é demarcar o conteúdo abstrato do direito, outra é determinar funcionalmente que poderes poderão ser exercidos. Pode haver outras restrições, de caráter funcional, que excluam exercícios para certos objetivos. [...] As situações jurídicas são figuras funcionais: são criadas para o desempenho de objetivos ou funções. A destinação funcional representa mais uma categoria de limites aos direitos. Quando os titulares dela se afastam, haveria um exercício disfuncional, que a lei qualificaria como ilegítimo” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215-226).

³⁵¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 117-119.

³⁵² Pinto Monteiro, escrevendo sobre o contrato de franquia, destaca que este “representa a mais estreita forma de cooperação entre empresas independentes e o mais elevado grau de integração do distribuidor (franqueado) na rede da outra parte (o franqueador), em termos de gerar no público a convicção de ser o próprio fabricantes, ou uma sua filial, a encarregar-se da distribuição” (MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial: relatório**. cit., p. 119-123).

³⁵³ A “cláusula de quota mínima de aquisição” é aquela pela qual o distribuidor se obriga “a adquirir, na periodicidade escolhida de comum acordo, determinada quantidade mínima do produto” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 120).

de ilícito – para conhecer os preços que pratica com os compradores estratégicos (geralmente, os mais solventes) de sua área de atendimento e, assim, usar (*rectius*: abusar) dalgum permissivo contratual para a realização de vendas diretas naquela área para asfixiar financeiramente o agente, obrigando-o a operar com menores volumes e a negociar apenas com *players* com histórico de impontualidade, obstaculizando a operação.³⁵⁴

Nesse ponto, o padrão de *lealdade* erigido pela cláusula geral da boa-fé objetiva, quando se alia à análise da *função* econômica das posições jurídicas de vantagem, estabelece caminho seguro para a observância da *abusividade* ou da *normalidade* no exercício dos direitos decorrentes dos contratos empresariais *assimétricos*.

Para além de funcionar como controle do *exercício* dos direitos contratuais, o programa da boa-fé objetiva também opera para corrigir o *conteúdo* do contrato. Essa empreitada, naturalmente, só pode ter lugar na sua maior extensão no caso dos contratos *assimétricos*, em razão da necessidade de tutelar a contratante que, faticamente, não reúne condições de *entrosar* os seus interesses na configuração do pacto. Por isso, surge necessária a intervenção exógena para promover a mínima *equivalência* (e, assim, a própria *contratualidade*) do acordo. Nesse contexto, além de gerar os deveres *instrumentais* (de proteção, de informação e de cooperação), a boa-fé objetiva passa a operar também como padrão de *validade* das disposições contratuais – mas de natureza ancilar, e não autônoma.³⁵⁵ Não se pode falar em invalidade apenas por má-fé.³⁵⁶

É no conceito de *cláusula abusiva* que a boa-fé exerce a sua função *corretiva* de modo mais claro e efetivo. Por meio da aposição do timbre da *abusividade* a determinadas cláusulas, o ordenamento jurídico *veda* que o contratante em posição de superioridade lance mão de alguns estatutos negociais, os quais, embora pudessem ostentar alguma razoabilidade num cenário negociado, manifestam *arbitrio* e *unilateralidade* excessiva,³⁵⁷ quando insertos em

³⁵⁴ Sobre o dever lateral de não interferir de modo danoso na atuação territorial do agente: HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência**: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. cit., p. 178.

³⁵⁵ Judith Martins-Costa demonstra a dificuldade dogmática em estabelecer a boa-fé objetiva como uma baliza autônoma de validade de disposições contratuais. Embora se possa cogitar de uma interpretação extensiva do texto do art. 166, VII, do Código Civil para ali incluir a violação à boa-fé como causa de nulidade, não se pode negar que tal solução não é sistêmica e não dá a segurança necessária para a dinâmica do tráfico jurídico (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 625-637).

³⁵⁶ Marcos Bernardes de Mello, após criticar as opções vencedoras no âmbito do Código Civil, reconhece que o Diploma, apesar de estabelecer “os princípios da proibidade e da boa-fé”, o fato é que “não imputou consequências em relação à validade e à eficácia para a hipótese de serem desatendidos” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129-132). O autor chega a formular uma equiparação entre a má-fé em geral e o dolo específico para estabelecer um regime de anulabilidade, mas este escrito não compactua com essa construção.

³⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. cit., p. 1.039-1.045.

contratos assimétricos – sejam os presumidamente desequilibrados, sejam os faticamente firmados entre desiguais –, mormente quando dizem com os elementos essenciais da avença. Dada a *latitude* da proteção necessária nessas hipóteses, a sanção é de *nulidade*.³⁵⁸

No ambiente dos contratos empresariais *assimétricos*, a *abusividade* da cláusula pode ser observada sob os influxos da *equivalência* material, tendo como objetivo (re)estabelecer uma mínima equiparação entre direitos e deveres contratuais, negando validade às disposições que importem renúncias excessivas do contratante frágil quando estas não lhe acarretem qualquer benefício correlato ou, ainda, não sejam justificáveis por benefícios ao mercado. O fato é que a chancela à desproporção manifesta entre direitos e deveres estabelecida num ambiente de negociação diminuta ou enviesada significaria a coroação do árbitro.³⁵⁹

Com efeito, a observância de uma disparidade *subjetiva* de forças contratuais, manifesta na própria *assimetria* (e, em alguns casos, na *dependência*), quando jungida à percepção da *objetiva* do dissenso manifesto entre o repertório de direitos e o acervo de deveres do contratante frágil,³⁶⁰ autoriza a abertura da sindicância em torno da *abusividade* dessas cláusulas de limitação ou de renúncia – sendo certo que, em se tratando de contratos empresariais, tal investigação não pode abandonar as premissas ínsitas a essa categoria.³⁶¹

Demais dos reflexos intracontratuais, é certo que o abuso da *dependência* econômica dimana efeitos também *além* dos lindes do contrato individualmente considerado, chegando às barras da tutela da *concorrência*.

Como os contratos *assimétricos*, de regra, estabelecem relacionamentos negociais longevos entre atividades *econômicas* situação em níveis *diferentes* das etapas da produção e da distribuição de bens e serviços, perfazem acordos *verticais*. Por isso, quando tais contratos

³⁵⁸ “A correção da abusividade situa-se, *prima facie*, no plano da validade. [...] A lógica interventiva aí subjacente é diversa daquela que visa parificar posições de desigualdade estrutural dos contraentes ou futuros contraentes no exercício de direitos. O alvo é o conteúdo do acordado [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 638).

³⁵⁹ Na leitura de Ticiania Correia, “o princípio da equivalência material também pode servir de fundamento para suprir a vulnerabilidade contratual do empresário”, porque “para a aplicação do princípio da equivalência material é necessária a conjugação de três requisitos: a existência de uma desproporção manifesta entre os direitos e deveres de cada parte; desigualdade de poderes negociais; e que a situação de vulnerabilidade da parte contratante seja reconhecida pelo direito” (CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. cit., p. 96-99).

³⁶⁰ Acerca dos aspectos subjetivos e objetivos que permeiam o princípio da equivalência material dos contratos: BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-56.

³⁶¹ No ponto, não é de se colocar de lado o alerta segundo qual a boa-fé aplicada aos contratos empresariais não encerra um “altruísmo exacerbado”, nem pode recair numa tutela consumerista, dado que, como visto, são regimes distintos (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 122-132).

encartam dispositivos que limitam a atuação em outra etapa produtiva (exclusividade, limitação de área, controle de preço, etc.), estabelecem as chamadas *restrições* verticais.³⁶²

Tais contratos participam de *concentrações* empresariais de compleições mais ou menos definidas, que criam uma *integração* vertical de cadeias, na qual o contratante superior ostenta posição de *controle*. Quando esse *arranjo* econômico ganha relevância e atinge o *mercado* relevante ou passa a configurar conduta *anticompetitiva*, os efeitos *externos* da dependência econômica se faz sentir e passa a exigir *tutela* jurídica.³⁶³

Assim como o poder *econômico* é reconhecido pelo direito para estabelecer o seu controle e, em determinadas manifestações, se revela como poder *contratual* (demandado cautelas com os seus efeitos intracontratuais), não se pode olvidar que, noutras situações – ou, nessas mesmas condições, mas sob outra ótica –, também pode se verter em poder *dominante*, quando observado no ambiente de *mercado*, sempre que o agente esteja em posição de agir economicamente de modo *independente* e que a atuação dos demais agentes lhe seja *indiferente* (*rectius*: incapaz de alterar as suas estratégias de mercado) E tal poder está igualmente suscetível ao *contrabando*, podendo tornar-se abuso.³⁶⁴

Nesse contexto, observa-se o *abuso* da posição dominante quando o contratante se torna o *polo* central de uma série de contratos assimétricos *verticais*, colocando os seus contratantes em situação (fisiológica ou patológica) de *dependência* econômica e usando esse cenário para a realização de *abusos* (de direito e de poder), o que deságua no *desequilíbrio* do *mercado* em que atuante ou na própria estrutura da *concorrência*.³⁶⁵

A construção de uma *rede* de acordos verticais, que dominem as etapas de produção e escoamento, produz efeitos demasiados similares aos da *concentração*, mormente quando, em razão da assimetria verificada nos pactos, o *controle* da cadeia produtiva for uno. Por isso, as *restrições* verticais impostas por quem detém o poder econômico *dominante* (e é a figura *superior* nos contratos) são tratadas pelo direito antitruste. Embora tais arranjos possam contribuir para a concorrência sadia, o fato é que o *abuso* dessa posição de domínio pode

³⁶² Nesse sentido: MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial**: relatório. cit., p. 52-56.

³⁶³ DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 59, jul-set/2014, p. 91-120.

³⁶⁴ “A posição dominante implica sujeição [...] àquele que o detém. Ao revés, implica independência, liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos” (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. cit., p. 268-278).

³⁶⁵ DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 59, jul-set/2014, p. 91-120.

gerar o *fechamento* de mercados e o aumento anormal dos *custos* dos concorrentes, bem como a diminuição de *opções* ao consumidor (com o conseqüente aumento de *preços*).³⁶⁶

Com efeito, sempre que o abuso de *dependência* econômica significar também ato de infração à *ordem* econômica, principalmente pelo abuso de posição *dominante*, o contratante frágil também estará tutelado pela legislação *antitruste*, dado que a sua proteção, nesse caso, se confunde com a própria tutela do mercado.³⁶⁷

No que respeita à *empresa* (e à sua *interatividade*), é o que basta consignar para que este escrito continue.

³⁶⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. cit., p. 369-393.

³⁶⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 400-403.

4 DO PROBLEMA DA ADESÃO (E DA PADRONIZAÇÃO)

“Nossa época é essencialmente trágica,
por isso nos recusamos a vê-la tragicamente”

(D. H. LAWRENCE)

4.1 Considerações iniciais: uma crônica da contratação por adesão

Na sociedade contemporânea, o contrato de adesão é um *artefato* necessário.³⁶⁸

Não é fácil delinear qual foi a *primeira* manifestação socioeconômica da contratação por adesão no Ocidente. Embora alguma parcela doutrinária aduza ser o contrato de adesão (ou a formulação de cláusulas contratuais gerais) uma figura nascente apenas no fim do século XIX pela atividade *bancária*,³⁶⁹ é possível observar tal fenômeno padronizador em práticas *anteriores*.

Os chamados “*formulários notariais*”, de franco uso na Itália Setentrional na baixa Idade Média, funcionaram como *protoforma* dos contratos de adesão, embora não reunissem todas as características que atualmente são atribuídas à contratação com base em cláusulas contratuais gerais. Por meio destes, um terceiro tecnicamente capacitado recebia a incumbência de *redigir* contratos para as partes interessadas em realizar negócios entre si; como as demandas eram *repetitivas*, não demorou para que tais *minutas* se tornassem verdadeiros “*formulários*”.³⁷⁰

Ainda que não se queira tomar essa experiência notarial como a *primeira* ocorrência histórica da contratação padronizada, é certo que os *precursores* mais qualificados dos contratos de adesão foram os contratos de *seguros*, os quais, desde a sua origem e por exigências próprias, são produzidos em formato de *formulários* com todas as cláusulas predispostas pelo segurador, de modo que caberia ao segurado apenas aceitar ou rejeitar o bloco negocial ali apresentado.³⁷¹

³⁶⁸ Por todos: COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1991, p. 9-12.

³⁶⁹ Tributando a invenção do contrato de adesão ao período pós-industrial: CORDEIRO, António Menezes. **Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 599-600.

³⁷⁰ Cf.: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 43.

³⁷¹ “O contrato de seguro se inscreve entre os chamados contratos de adesão. [...] Essas condições gerais [...] elaboradas pelas empresas seguradoras não podem ser modificadas pelos segurados. Devem estes aceitá-las em bloco, sem as discutir” (FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. Vol. XI. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 551-552).

Colhendo o caso dos contratos de *seguro* marítimo, é de se anotar que esse ramo específico de contratação vem de um sistema de *formulários* negociais que vigora desde, pelo menos, o ano de 1681, tendo sido comentado com surpresa em seu nascedouro.³⁷²

Porém, apesar da existência dessas figuras iniciais, os contratos de adesão são uma figura que se avulta no século XIX, fruto do processo de *distribuição* de bens e serviços criado pela Revolução Industrial, atendendo suas exigências *organizatórias* internas e externas, nas estruturações materiais e jurídicas das empresas. O contrato passa a ser parte integrante desse programa de uma *gestão* calculada e quase *científica* da operação econômica, estabilizando as relações. Não é por acaso, pois, que essa *padronização* começa pelos *títulos* de crédito, pelos contratos de *seguro* e pelos contratos *bancários*, chegando aos contratos de *transporte*.³⁷³

De fato, o *boom* da contratação padronizada ocorreu na assim chamada fase pós-industrial, correspondente ao fim do século XIX, eis que foi acelerada (e tornada necessária) pela dinâmica socioeconômica então nascente. A *explosão* demográfica, o crescimento das *cidades*, a *concentração* do capital e a utilização da *propaganda* em larga escala foram fatores que confluíram para o estabelecimento do *consumo* em massa, que, a seu turno, exigiu a aceleração e a *padronização* dos processos contratuais.³⁷⁴

Merece destaque a percepção de que a *padronização* e a *massificação* dos contratos não são fenômenos idênticos, nada obstante tenham zonas de intersecção.³⁷⁵

Com efeito, a massificação contratual verificada no fim dos Oitocentos *não criou* o fenômeno da contratação por adesão – que lhe é substancialmente anterior –, embora seja necessário reconhecer que foi o cenário pós-industrial a tornar a padronização contratual uma moeda *corrente*, figura *inafastável*, no trânsito econômico.³⁷⁶

³⁷² É o relato de Pothier: “os corretores e agentes tinham modelos impressos desses actos, nos quais havia unicamente preencher os nomes das partes e qualidades do navio, as mercadorias, o prêmio e os nomes das partes contratantes, e nos quais eles inseriam todas as cláusulas que podiam imaginar para favorecer as suas partes. Os segurados a quem estes modelos eram apresentados para assinar não se informavam senão da importância coberta pelo seguro e do preço do prêmio, assinavam-nos sem prestar atenção às cláusulas que os integravam, e cujo sentido não entendiam; encontravam-se, por esse meio, submetidos a cláusulas desvantajosas que não tinham compreendido” (cito de: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 43-44).

³⁷³ Diferenciando os conceitos: NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 20, out-nov/1996, p. 88-111.

³⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12-14.

³⁷⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 182-187.

³⁷⁶ Com efeito, “as condições gerais são uma manifestação típica do direito da economia moderna: realmente tem sentido quando uma empresa realiza serviços ou produz bens de uma maneira sistemática e regular para o grande público, para uma clientela indeterminada e atuando um tráfico em grande escala”

Como *catalisadora* da padronização contratual, a massificação das relações econômicas tornou o uso de esquemas contratuais predispostos uma *conditio sine qua non* para a atuação das grandes empresas em relação a seus consumidores.³⁷⁷ O aumento da capacidade de *produção* gerou a necessidade de novas estruturas de *circulação* de bens e produtos para viabilizar e regulamentar o correlato aumento do *consumo*. É nesse contexto que o contrato negociado individualmente se torna um uso deslocado e contraproducente, dado que inconciliável com o ritmo exigido pelas novas demandas.³⁷⁸

Passa o *contrato*, com maior clangor, a integrar a própria estrutura de *governança* da grande empresa, de modo que a postura de predispô-lo às inteiras, reduzindo o espectro de vontade do outro contratante ao *mínimo* necessário, é significativa enquanto exercício de *poder*. Trata-se, pois, de uma extensão do poder *diretivo* exercido na fase de produção à fase de *distribuição* e *circulação* dos produtos. Por meio da *padronização* contratual, estende-se para mais além a esfera de *controle* do empresário sobre a sua produção, aumentando a gestão sobre a política de *preços*, a distribuição de *responsabilidades* e a fixação de *prazos*.³⁷⁹

Com efeito, essa *standardização* dos termos negociais utilizados na fase de distribuição e circulação de produtos, e na prestação de serviços, participa de um *dirigismo* contratual, conquanto *privado*. A *predisposição* das cláusulas contratuais importa *restrição* do autorregramento da *vontade*, ainda que em parte, porque, nesse contexto, surge uma espécie curiosa de *heterorregulação* do conteúdo da relação consensual.³⁸⁰

Sob essa perspectiva, os *benefícios* da contratação por *adesão* dão conta de um aumento da *segurança* na regulação jurídica das trocas econômicas, dado que há uma franca tendência ao *exaurimento* das questões atinentes ao produto negociado ou ao serviço prestado, aumentando o *controle* sobre os gastos e eventuais *responsabilidades*, bem como suplantando eventual corpo legislativo, que, quando é pertinente, de regra é também genérico e lacunoso; uma maior *celeridade* na conclusão das operações, eis que dispensada a fase das tratativas

(GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 13-14, tradução nossa).

³⁷⁷ Anotando a contratação padronizada como item da Modernidade: JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 17, out-dez/2018, p. 337-351.

³⁷⁸ “O contrato de tipo clássico, formalístico e, por isso, adequado a uma economia lenta, forjado para a disciplina da relação singular concreta, é instrumento inidôneo para regular de modo ágil e uniforme uma grande multiplicidade de contratos da mesma natureza” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. Padova: CEDAM, 1954, p. 2, tradução nossa).

³⁷⁹ O poder diretivo, com fortes bases econômicas, “patenteia-se no privilégio de determinar unilateralmente o regulamento dos negócios jurídicos que trava na persecução dos objetivos da empresa” (GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 37-40).

³⁸⁰ LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 11-12.

preliminares; e, uma *uniformização* do *conteúdo* jurídico das trocas econômicas, homogeneizando as soluções a serem ministradas em caso de ocorrência de imbróglis ali previstos pela via negocial.³⁸¹

Porém, não há só benefícios na contratação padronizada.

De se observar que a *ascendente* histórica da contratação *padronizada* não opera sem dificuldades na teoria clássica do contrato. O primeiro estranhamento é o *divórcio* que se instala, ao menos imagetivamente, entre o *negócio* e a *negociação*, porque passa a ser aceita às claras a conclusão de um negócio jurídico desenhado *ex uno latere*. Empurrada pelas circunstâncias, a figura geral da contratação vai reconduzida a atos cada vez *maiores* e mais *relevantes* de um contraente (o predisponente), o que se reflete necessariamente na atuação cada vez mais *tímida e restrita* do outro (o aderente).³⁸²⁻³⁸³

Há, por meio da contratação padronizada, a *redução* drástica de uma das manifestações mais importantes do autorregramento da vontade, que é a determinação do *conteúdo* negocial. Cuida-se de um *desequilíbrio* genético. Igualmente, o fato da redação *unilateral* é prenhe de dificuldades (e, às vezes, de impossibilidades) de *compreensão* e de *interpretação* das cláusulas utilizadas pelo predisponente, mormente em caso de disposições obscuras e ambíguas. Por fim, há, ainda, o perigo da *instrumentalização* desses esquemas contratuais para a formação e o estabelecimento de disfunções *concorrenciais*.³⁸⁴

Não houve grande demora até que se percebesse que a contratação por adesão, em si mesma, com a predisposição de clausulados padronizados, não representa qualquer *ilicitude*. No entanto, foi bem percebido que a *adesão* contratual dá ensanchas a um *cenário* propenso à implementação de *abusos*. Daí a justificativa para o olhar *desconfiado* que geralmente é direcionado às soluções contratuais insertas em contratos de adesão.³⁸⁵

Considerando que o predisponente dispõe o seu esquema-padrão de modo *abstrato*, isto é, desconsiderando eventuais demandas peculiares dos potenciais aderentes, e fá-lo com uma *energia* singular, fica evidente a sua intenção de fazer prevalecer as suas disposições em

³⁸¹ As lista de benefícios da contratação padronizada é exposta originalmente por García-Amado. Cf.: GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 24-28.

³⁸² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 39-41.

³⁸³ Como adiantara Enzo Roppo, o contrato por adesão, enquanto “simplifica e acelera” as negociações, configura hipótese, *tout court*, de restrição da liberdade contratual. E, pior, restrição da autonomia do aderente que se dá por meio do crescimento desmesurado da liberdade negocial do predisponente (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 311-318).

³⁸⁴ As lista de prejuízos da contratação padronizada é exposta originalmente por García-Amado. Cf.: GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 28-30.

³⁸⁵ “Não é a desigualdade dos contratantes só por si que torna o contrato suspeito, é o abuso possível emergindo desta desigualdade” (RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937, p. 106-109).

todos os contratos futuros, impondo o seu conteúdo negocial preventivamente elaborado contra todos os seus potenciais contratantes.³⁸⁶

De fato, no momento em que se *elimina* a possibilidade da *discussão* prévia e de *influência* no conteúdo do contrato (ou em parte relevante dele), dificulta-se em muito a composição do *equilíbrio* negocial – que é viabilizado, ao menos no esquema clássico, pela *contraposição* dos interesses particulares (e egoísticos) dos contraentes.³⁸⁷

Entra, pois, em cena a necessidade de se observar com maior atenção a *contratualidade* que reside (ou não) no contrato concluído por adesão a cláusulas predispostas.³⁸⁸

Não se pode negar que a figura do contratante-*aderente* ganha visibilidade por um espelhamento inexato com a silhueta do contratante-*consumidor*.³⁸⁹ O *consumo*, enquanto um dos dados mais relevantes para a análise da massificação contratual, põe a *padronização* dos contratos (e os perigos que esta traz a reboque) num estado de evidência. E esse é um movimento da Modernidade.

Como registra Raymond Williams, o *consumo* é daquelas palavras que sofreram um *câmbio* substancial de significância durante a Modernidade. O verbo latino *consumere* ingressa nas línguas neolatinas (e, após, nas línguas anglo-saxãs) com um timbre negativo, carregando um sentido *destrutivo*, de exaurimento. É apenas no fim dos Setecentos que o vocábulo debuta um *novo* significado, agora neutro, que opera a sua reentrada na conjuntura socioeconômica de então para compor o relevante binômio *produtor-consumidor*. Passando-se gradualmente da manufatura à indústria, o *cliente* (*costumer*) se torna *consumidor* (*consumer*): um *sujeito* abstrato e geral para um *mercado* cada vez mais abstrato e generalizado.³⁹⁰⁻³⁹¹

³⁸⁶ Cf.: GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 8.

³⁸⁷ No esquema clássico, “a igualdade deve [...] ser o corretivo da liberdade, mas igualdade efetiva, não de puro princípio” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 51).

³⁸⁸ Por isso, segundo Orlando Gomes, o desafio do equilíbrio na contratação padronizada consiste em “assegurá-lo mediante processos que conduzam à restauração da contratualidade efetiva e funcional” (GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. cit., p. 11).

³⁸⁹ O consumidor é o “centro de gravidade estatístico” das questões que circundam a contratação padronizada (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 187-191).

³⁹⁰ Cf.: WILLIAMS, Raymond. **Palavras-chave: um vocabulário de cultura e sociedade**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 109-110.

³⁹¹ Um bom exemplo dessa neutralização da figura do consumo e, com ela, do consumidor é a sua adoção por Paul Valéry. Na sua “Primeira lição do curso de poética”, apresentada no Collège de France em 1937, o escritor, no intuito de expor a sua visão acerca do fazer poético, faz uso do trinômio produtor-obra-consumidor. Nessa visão, todos os artistas são produtores (vocábulo que o autor importa confessadamente do sentido econômico) e que, do outro lado, todos aqueles que leem, veem, assistem ou ouvem as suas obras (produtos?)

Há, pois, quem faça menção a uma revolução do *consumo* (*consumer revolution*) ocorrida paralelamente à Revolução Industrial (*industrial revolution*), pois focar-se apenas na alteração dos modos de *produção*, ignorando as mudanças nos modos de *circulação* e de *distribuição*, gera um retrato histórico marcadamente *incompleto* e que, por isso mesmo, não se sustenta diante de um olhar mais cauteloso.³⁹²

Com efeito, a implantação desse *novo* modelo de distribuição dos produtos e de prestação de serviços – o do *consumo* massificado, no qual os contratos são predispostos, homogêneos, standardizados e, por isso, despersonalizados – chama as luzes para os usos e os eventuais abusos da contratação por adesão.³⁹³

Operada essa mudança sociocultural, que impulsionou o manejo e deu plena visibilidade ao fenômeno da contratação padronizada, o *primeiro* escrito relevante sobre essa modalidade contratual é a menção de Raymond Saleilles, num texto de 1901. Comentando o conceito de declaração de *vontade*, nomeadamente sob os influxos do Código Civil alemão, o autor menciona a existência de contratos “cuja construção jurídica resta *por fazer*”, eis que destoam do esquema clássico de *concertação* de interesses dos contraentes mediante *tratativas* na medida em que são concluídos com a *prevalência* de apenas uma das vontades. Nessa mesma obra, Saleilles lança o nome que fará fama: *contratos de adesão*.³⁹⁴

A contar desse escrito, surge uma profícua discussão doutrinária em busca dos contornos jurídicos mais exatos para esse fenômeno socioeconômico.³⁹⁵

Deveras, a primeira legislação a cuidar do tema da contratação padronizada foi o *Codice Civile* de 1942. Consagrou-se, na oportunidade, a locução *condições gerais do contrato* (*condizioni generali di contratto*) para nomear as disposições negociais componentes do clausulado disponibilizado pelo predisponente para adesão. Noutro dispositivo, o *Codice* trata especificamente dos contratos conclusos por meio de *módulos* e *formulários*, estabelecendo que, em havendo disposições *acrescidas* de comum acordo ao clausulado, estas

são consumidores. Isto é, mesmo a arte é de ser consumida (VALÉRY, Paul. **Lições de poética**. Belo Horizonte: Áyiné, 2020, p. 19-33).

³⁹² “No processo de transformação das sociedades ocidentais, as mudanças no consumo, sabe-se hoje, acabam por assumir um relevo equivalente ao das alterações na produção. Surge mesmo a interrogação sobre se não terá havido uma particular ‘ética’, funcionando como factor de propulsão e conformação do ‘espírito do consumo moderno’, em contraponto polemizante com a tese weberiana de uma ‘*puritan ethic*’, impulsionadora e modeladora do ‘espírito do capitalismo’” (SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13-16).

³⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 71-78.

³⁹⁴ Sobre a influência dessa obra de Saleilles para os estudos sobre os contratos de adesão: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 13-18.

³⁹⁵ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 5-7.

devem *prevalecer* sobre qualquer cláusula integrante do formulário que regule a mesma questão em sentido reverso. De igual modo, dispôs-se que algumas cláusulas, por sua gravidade, só vinculariam o aderente no caso do atendimento de algumas exigências *formais* de destaque. Houve, assim, uma perceptível preocupação com a garantia da *contratualidade*, dada a exigência de efetivo *conhecimento* das cláusulas predispostas ao aderente, sem maiores instrumentais para averiguar a *equivalência* material das prestações.³⁹⁶

Após a normatização italiana, foram publicadas diversas *leis* europeias para tratar do tema. Na Suécia, houve a edição, em 1971, de uma legislação sobre cláusulas contratuais *abusivas*. No direito alemão, advém, em 1977, a lei que regulamenta as *condições* gerais dos contratos, inclusive para *não-consumidores*. Também no ano de 1977, o ordenamento britânico recebe normatividade específica para tratar de cláusulas *abusivas*. Em França, o avanço da proteção jurídica do *consumidor*, mormente a contar do ano de 1978, tem relevante passo ao tratar de modo mais acurado o *controle* de cláusulas abusivas, estabelecendo uma instância *administrativa* para esse mister. Na Espanha, é editada em 1984 a lei geral de defesa dos *consumidores*, com diversas disposições sobre os contratos de *adesão*. Empós, à imagem e semelhança da experiência têtica, mas apenas em 1985, Portugal edita uma lei sobre *cláusulas* contratuais gerais.³⁹⁷

Em paralelo a esses avanços nacionais, a Comunidade Europeia também empreendeu esforços na proteção jurídica do *aderente-consumidor*. Em 1975, inicia-se um programa preliminar para uma *política* de proteção dos consumidores. O primeiro anteprojeto sobrevém em 1976, mas, dada a profusão de leis nacionais sobre o tema, acaba por ser sucedido em 1987 e, por fim, em 1990. De fato, a Diretiva nº 93/13/CEE, promulgada em 5.4.1993, implementa um comando geral de eliminação de cláusulas *abusivas* – assim entendidas como aquelas que, contrariando a *boa-fé* objetiva, geram significativo *desequilíbrio* contratual em detrimento do aderente-consumidor – com o fito de, por um lado, *proteger* os consumidores de modo mais uniforme e, por outro, evitar a formação de distorções *concorrenciais* geradas pela diversidade de tratamentos legislativos nacionais dentro da Comunidade.³⁹⁸

No cenário brasileiro, durante toda a segunda metade do século XX, houve a produção de uma legislação esparsa de proteção do *aderente-consumidor*, mormente no que respeita ao ramo dos *seguros* de vida. Porém, não há dúvida de que foi com o advento do

³⁹⁶ Cf.: GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 36-45.

³⁹⁷ Sobre o princípio da experiência normativa europeia: CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica**. Campinas: Interlex, 2000, p. 103-125.

³⁹⁸ Cf.: SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 17-25.

Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que a contratação padronizada recebeu o primeiro tratamento legislativo sistemático no ambiente nacional.³⁹⁹

De fato, a sobrevivência do CDC consagra o reconhecimento jurídico da existência da *massificação* contratual, o que implica o tratamento normativo de um novo *tempo* de contratação (mais célere), de novas formas de *aproximação* negocial (mais abrangentes) e de novos modos de aquisição de *confiança* (menos rígidos). Em razão desses informes, são instalados novos *limites* para o autorregramento da vontade e são dadas novas feições ao *abuso* contratual para tutelar de modo eficiente essa *nova* confiança, que, sob os influxos da rapidez e da padronização, se afasta da teoria clássica dos *vícios* de consentimento e vai atrelada ao padrão de *equilíbrio* mínimo e de *idoneidade* do contrato em si.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹

No contexto brasileiro, foi em *paralelo* com os trabalhos que geraram o CDC que o Código Civil desenvolveu o tratamento que destinaria aos contratos de *adesão*. Porém, sem embargo dos debates avançados (e impulsionados pela regulação consumerista), a abordagem normativa do CC manteve-se fiel ao *projeto* original, com a dedicação de apenas dois dispositivos ao tema – destinados à validade e à interpretação das cláusulas insertas nesses contratos. Prevaleceu a ideia das normas de “caráter *aberto*” para conferir ao intérprete-julgador caminhos para o juízo *equitativo* nesses casos⁴⁰² – as chamadas “regras de calibração”.⁴⁰³

Assim, o regulamento jurídico dos contratos *civis* e *empresariais* firmados por meio de *adesão* a cláusulas contratuais gerais, tal como disposto pelo CC, tornou-se dependente de um manejo mais eficiente de instrumentais *menos* rígidos, como a cláusula geral da *boa-*

³⁹⁹ No que respeita às condições gerais dos contratos, Paulo Lôbo anota que a legislação esparsa cuidava de casos pontuais, como seguros, vedando cláusulas de rescisão unilateral e de exclusão de risco de acidente aéreo (art. 4º do Dec.-Lei nº 59.195/1966 e art. 285 da Lei nº 7.565/1986). De igual modo, nos contratos de software, vedando a exclusão de determinadas responsabilidades (Lei nº 7.646/1987). Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 88-90.

⁴⁰⁰ Cf.: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. cit., p. 269-300.

⁴⁰¹ Embora Cláudia Lima Marques vincule essas novidades abordadas no CDC a um contexto pós-moderno, este escrito secunda a leitura proposta por Venceslau Tavares Costa Filho, segundo a qual as alterações vivenciadas pelo Direito no tratamento das “novas” relações jurídicas (aí inclusas as contratuais) ainda estão no espectro da Modernidade, principalmente por ainda situadas no contexto social gerado pelas manifestações culturais burguesas (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Pode falar-se em um direito civil pós-moderno? Crítica ao romantismo renovado no direito civil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, nº 3, 2019, p. 1823-1836).

⁴⁰² Sobre essa opção legislativa, a defesa de Miguel Reale e as críticas circundantes: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 90-91.

⁴⁰³ Colho a expressão de Torquato Castro Jr.: CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente** (reflexões sobre metáforas e paradoxos na dogmática privatista). São Paulo: Noeses, 2009, p. 140.

féobjetiva, a proibição do *abuso* do direito, a vedação aos negócios *lesionários*, às cláusulas penais *excessivas* e às cláusulas puramente *potestativas*.⁴⁰⁴

De mais a mais, a presença desses dois dispositivos no CC (art. 423 e art. 424) é mais do que suficiente para sepultar a ideia de que a padronização contratual só é uma *questão* na ambiência do consumo e, mais, para deixar claro que empresário-aderente também é merecedor de *tutela* jurídica – e que não há *confusão* entre esta e a tutela do consumidor-aderente.⁴⁰⁵

4.2 Questões de nome: cláusulas, condições e contratos

Na ciência jurídica, para usar a expressão de Pontes de Miranda, é sempre proveitoso “*limpar-se* a linguagem de erro e de ambiguidades”.⁴⁰⁶

Em se tratando da linguagem utilizada para cuidar da contratação *padronizada*, não é raro que se dividam os autores entre as mais variadas expressões, as quais geralmente carregam, inda que em implícito, as suas compreensões acerca do fenômeno sociocultural, do seu encaixe no mundo jurídico e do melhor modo de tratá-lo normativamente.⁴⁰⁷

De início, põe-se celeuma sobre o modo de nomear os dispositivos negociais que compõem o bloco predisposto à adesão: se “*condições* gerais do contrato” ou “*cláusulas* contratuais gerais”, ambas com diminutas variantes.

É de se registrar que a adoção da primeira expressão – “*condições* gerais do contrato” – nunca desconhece que, no ambiente do direito contratual, o vocábulo *condição* tem um significado muito próprio, isto é, nomina a determinação *inexa* que protraí no tempo o início ou fim da eficácia dalgum ato jurídico, vinculando-a a evento futuro e incerto.⁴⁰⁸ E esse é um dado que pesa contra o seu uso científico.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Com críticas e soluções sobre a abordagem do Código Civil para os contratos de adesão: DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 32, out-dez/2007, p. 171-200.

⁴⁰⁵ “Mesmo entre empresas pode ocorrer vulnerabilidade jurídica, quando uma delas esteja submetida a condições gerais de contratos predispostos pela outra. São situações comuns de vínculos contratuais permanentes para fornecimento de produtos e serviços” (LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136).

⁴⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXV. São Paulo: Borsoi, 1959, p. 281.

⁴⁰⁷ Com breve resumo das razões que se põem entre as nomenclaturas mais debatidas pela doutrina contratualista em tema de contratação padronizada: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 130-141.

⁴⁰⁸ Sobre o conceito de condição na obra ponteana: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo V. São Paulo: Borsoi, 1955, p. 97-102.

⁴⁰⁹ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. cit., p. 7.

Todavia, não se pode perder de vista que, graças ao pioneirismo do *Codice* de 1942, utilizando a expressão “*condições gerais do contrato*” (*condizioni generali di contratto*), esta achou graça aos olhos da doutrina e da legislação europeias e tornou-se, de fato, a locução mais *corrente* para tratar do tema. Por ser assim, a sua adoção propõe uma *demarcação* de sentido para destacar que o clausulado predisposto opera um *condicionamento* para o ato de contratar.⁴¹⁰

Propõe-se também que, no âmbito dos contratos padronizados, a palavra *condição* conteria um valor próprio, destinando-se a referenciar as disposições predispostas de modo uniforme (uma “vontade geral” do predisponente); e, nesse caso, o vocábulo cláusula seria reservado para as disposições efetivamente negociadas (a “vontade particular” das partes).⁴¹¹

Adotada no direito português, a segunda expressão – “*cláusulas contratuais gerais*” – é utilizada com o fito de superar-se o óbice do sentido estrito de *condição* e, nesse intuito, de remeter o tema para um vocábulo mais abrangente: *cláusula*.⁴¹² Por outro lado, evita-se a confusão com a expressão “*cláusulas gerais*”, sendo estas entendidas como aquelas *estruturas* normativas parcialmente *em branco* que apontam para um estado *ideal* de coisas e promovem a *abertura* e a *mobilidade* dentro do sistema jurídico, submetendo ao seu pálio, por causa da sua generalidade, todo um domínio de casos.⁴¹³

Porém, também não é indene de críticas. O uso da expressão “*cláusulas contratuais gerais*” encerra em si uma *imprecisão*, porque, a rigor, a cláusula *supõe* o contrato e a locução é utilizada para descrever os dispositivos negociais formulados *antes* da própria contratação. Por sua própria definição, esse gênero de *cláusulas* antecede o contrato. Desse modo, não se pode negar à expressão alguma dose de precocidade no nome.⁴¹⁴

Inexistindo entre as nomenclaturas aquela que remanesça intacta à censura, resai mais adequada ao tratamento proposto neste escrito a expressão “*cláusulas contratuais gerais*”, evitando-se qualquer confusão com o vocábulo “*condição*” e estando bem assentado que tais dispositivos predispostos são formulados para a *integração* aos sucessivos contratos singulares. Isso porque, conquanto haja essa fase preparatória, essa formulação preventiva, é

⁴¹⁰ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 29-35.

⁴¹¹ Nesse sentido: GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 63.

⁴¹² COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. cit., p. 18.

⁴¹³ Cito, por todos, sobre o tema: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 134-196. ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 208-255.

⁴¹⁴ Eis a crítica: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 29-35.

certo que não é para essa antecâmara que tais clausulados são esquematizados pelo predisponente, mas para a sua utilização na atividade contratual do predisponente.

Saneado esse ponto, outra questão que se põe, ainda no campo da nomenclatura, é a disputa em torno do próprio “contrato *de* adesão”.

Postas em confronto as expressões “*cláusulas* contratuais gerais” e “contrato *de* adesão”, não são necessárias maiores delongas para que se perceba que as duas locuções observam o *mesmo* fenômeno socioeconômico, mas com *enfoques* diversos. Na primeira, é destacado o *primeiro* momento, que diz com a *predisposição* do clausulado que será exposto à adesão, a *organização* do esquema negocial pela empresa predisponente; enquanto isso, na segunda, os holofotes são lançados sobre o *segundo* momento, isto é, sobre a etapa de *incorporação* das cláusulas predispostas ao contrato singular, a *adesão* propriamente dita.⁴¹⁵

Para além dessa relação *bifásica*, há, de fato, uma relação de *continente e conteúdo* entre as *cláusulas* contratuais gerais e o *contrato* de adesão, respectivamente.⁴¹⁶ Não se pode falar em cláusulas contratuais gerais feitas para contratos negociados – porque a negociação efetiva é já a *negação* da padronização – e, por semelhante modo, não há sentido em cogitar de um contrato de adesão formado integralmente por cláusulas negociadas – o que seria um *oxímoro*. Os conceitos estão *umbilicalmente* vinculados.⁴¹⁷

Todo modo, a expressão “contrato de adesão” merece críticas.

O primeiro estranhamento advém da preposição “*de*”, porque o contrato de adesão não é um *tipo* contratual (como, *v.g.*, um contrato *de* compra e venda, um contrato *de* agência), mas um *método*, uma *técnica* de contratação. O que existe é o contrato realizado *por meio* da adesão do contrato singular às cláusulas contratuais gerais. Daí a inadequação da preposição.⁴¹⁸

Porém, ainda nesse ponto há dificuldade para limpar-se a linguagem. No ambiente doutrinário, existe proposta de algum sucesso no sentido de que a locução “contrato *por* adesão” seja reservada aos casos em que, embora o pacto seja concluído por mera *adesão* a

⁴¹⁵ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 4-7.

⁴¹⁶ MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 46-47.

⁴¹⁷ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 38-39.

⁴¹⁸ Conforme lição de Ubaldino Miranda, “o contrato de adesão não constitui um tipo contratual autônomo, mas uma forma de contrato que se distingue do contrato negociado por duas notas características: a pré-formulação de suas cláusulas [...] e o modo como o consentimento é prestado pelo destinatário dessa proposta, na forma de adesão total (ou parcial) ao conteúdo contratual que lhe é apresentado” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 123).

uma minuta redigida exclusivamente por um dos contratantes, inexistia a concorrência dos *demais* caracteres das cláusulas contratuais gerais (como a uniformidade e a rigidez).⁴¹⁹

A segunda crítica que se destina à locução é a sua visão *unitária* do contrato firmado. Ao falar-se em “*contrato de adesão*”, presente a influência francesa, há a menção do pacto como um bloco *atômico* de cláusulas predispostas, o que raramente se confirma.⁴²⁰ Não se pode perder de vista que – na maior parte dos casos, principalmente no âmbito interempresarial – o contrato concluído por meio da adesão a cláusulas contratuais gerais *também* é composto por cláusulas particulares, negociadas, ainda que estas sejam de somenos importância na dinâmica do pacto. Por ser assim, em alguma medida, nem todo o conteúdo do contrato *de* adesão é concluído *por* meio da adesão, remanescendo espaços, inda que pequenos, para a negociação.

E a mesma crítica é destinada à expressão “*contratosstandard*”.⁴²¹

De fato, a imagem proposta por essas expressões raramente é fidedigna. Notadamente na ambiência dos contratos *empresariais* firmados por adesão, é demasiado relevante circunscrever as cláusulas contratuais *gerais* (predispostas, uniformes e rígidas) e as cláusulas *particulares* (negociadas entre as partes), pois que é certo que tais conjuntos atraem, cada qual, a incidência de tratamentos jurídicos *distintos*, em virtude das diferenças essenciais havidas entre si. Isto é, no *mesmo* contrato (“*de adesão*” ou “*standard*”), poderá haver cláusulas a serem tratadas como cláusulas particulares e outras a serem reguladas pela disciplina da tutela jurídica do aderente.⁴²²

Por derradeiro, a terceira questão que se põe sobre a locução “*contrato de adesão*” é o fato de que esta põe às sombras indevidamente a dimensão *coletiva* (ou *social*) do fenômeno que pretende nomear. Existe, sem sombra de dúvidas, uma intenção *uniformizadora* do predisponente que é o *móvel* original da predisposição, a *razão* que inspirou a própria adoção das cláusulas contratuais gerais. Bem observada a compleição do fenômeno e os seus efeitos, conclui-se, de fato, que o *momento* da adesão guarda em si muito pouco do que há de relevante na padronização contratual.⁴²³

⁴¹⁹ Com essa proposta: GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 112.

⁴²⁰ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 29-30.

⁴²¹ Adotando essa expressão: ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 311-318.

⁴²² “A negociação de elementos contratuais singulares ou de uma cláusula isolada não exclui do controle a parte restante do contrato, se uma apreciação global evidenciar que tal parte não chegou a ser negociada” (SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 19).

⁴²³ Como assevera Sousa Ribeiro, “as cláusulas contratuais gerais movimentam interesses que não são detectáveis nem valoráveis, em toda a sua amplitude, no quadro da relação singular, por transcenderem, em muito, a esfera individual dos contraentes” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 74-102 e p. 135-137).

Com efeito, de um lado, as vantagens que instigam o trabalho *programático* do predisponente não residem nem se esgotam no contrato *singular* firmado por adesão ao seu esquema negocial, mas na implementação gradual do seu *dirigismo* privado, com a crescente do seu controle sobre a fase de *distribuição* e *circulação* de seus produtos ou serviços, impondo a sua divisão de *responsabilidades*, o seu esquema de *prazos* e o seu sistema de *preços*. E, na mesma senda, a *tutela* jurídica do aderente não é erigida apenas porque ele contratou por *adesão*, mas porque foi levado a aderir a cláusulas contratuais que foram predispostas de modo programaticamente rígido e uniforme – isto é, tutela-se a posição do *aderente* menos pela adesão em si do que pelo fato de que este contratou com alguém que programou de modo prévio, uniforme e inegociável todos os aspectos relevantes do contrato firmado.⁴²⁴

É nessa perspectiva que a dimensão *coletiva* da contratação padronizada é muito *superior* em significação e em efeitos ao aspecto *individual* do contrato singular, de modo que a sua compleição social não é de ser ignorada, mesmo porque é em seu ambiente que se desenvolvem alguns problemas que marcam o tratamento do tema.

Todavia, apesar das considerações precedentes, que são registradas como alertas semânticos, é de se observar que a expressão “contrato de adesão” é um sucesso absoluto na legislação nacional, tendo sido adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo Código Civil e também pela legislação esparsa que cuida do tema.

E é exatamente por isso que este escrito, após ter feito essas considerações que não poderiam ser contornadas e que são suficientes para que o afastamento das temidas ambiguidades, bem como para o delineamento da disciplina normativa da tutela jurídica do empresário-aderente, adotará a expressão legal: *contratos de adesão*.

4.3 Os objetivos da padronização contratual e a tutela jurídica do aderente

O contrato de *adesão* surge como instrumento de *gestão* empresarial, estendendo para mais além o *poder* diretivo da atividade econômica, e, impulsionada pela massificação pós-industrial, a *padronização* dos termos contratuais verte-se em item indispensável para a atuação em larga escala. De fato, o uso de cláusulas contratuais gerais para incorporação a

⁴²⁴ Como destaca Orlando Gomes, invocando a opinião de Salandra, não se pode ignorar o fato de cada contrato de adesão figurar (e funcionar) como “um anel de cadeia de contratos similares”, de modo que, na maior parte dos casos, “esvazia-se por inteiro o significado do contrato de adesão se não ocorre a sua repetição” (GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 76-77).

contratos singulares semelhantes é motivado por uma série de *vantagens*: a *racionalização* da operação, a *especialização* das soluções e a *transferência* dos riscos.⁴²⁵

Num primeiro tom, é em busca de *racionalizar* a sua operação empresarial que o predisponente dedica-se à formação de seu esquema contratual uniforme. O dispêndio verificado nessa fase preparatória é justificado pela *aceleração* na conclusão de contratos, advinda da *simplificação* do processo de contratar, dada a supressão da etapa de tratativas. Por isso, os custos de contratação são reduzidos ao *mínimo* essencial, inclusive com a automatização de parte do processo. E esse *padrão* formulado permite um *controle* mais extenso sobre uma massa cada vez maior de negociantes que podem atuar em nome do predisponente, o que importa em expansão da atividade empresarial sem perdas na *unidade* diretiva.⁴²⁶

Em segundo lugar, o uso de cláusulas contratuais gerais é motivado pela *especialização* do tratamento jurídico das relações mantidas pelo predisponente. É consabido que a abordagem legislativa em torno das regras contratuais é *genérica* e, na sua maior parte, *dispositiva*, de modo que resta um vasto espaço *em branco* para que o predisponente possa *qualificar* e *regular* as possíveis controvérsias jurídicas relativas aos seus contratos. Com isso, diminui-se a *insegurança* sobre o modo de ser das prestações pactuadas e as consequências de eventuais inadimplementos, apertando a margem de interpretação, evitando contatos para esclarecimentos, dispensando repactuações e, assim, desestimulando a litigiosidade. Por meio desse movimento de usar o esquema predisposto para especializar a sua regulação contratual, o predisponente consegue *antever* discussões, *ponderar* as suas implicações e, em consequente, *inserir* a sua solução ideal.⁴²⁷

Deveras, a terceira vantagem que motiva a padronização contratual é a *transferência* dos riscos. Que o contrato serve para a *alocação* de riscos não é novidade, mas o que ocorre quando da predisposição de cláusulas contratuais gerais é significativamente diverso. No momento em que se propõe a formular o seu esquema contratual uniforme, o predisponente naturalmente perpassa todas as *questões* relevantes da relação negocial programada e, decerto,

⁴²⁵ Com essa abordagem do tema: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 51-67.

⁴²⁶ “O emprego de contratos *standard* simplifica e acelera de modo radical os processos de conclusão dos negócios, determinando – através da consequente economia de tempo, de meios e de actividade – a redução daqueles ‘custos de contratação’ [...]. Por outro lado, a predisposição de esquemas contratuais uniformes e rígidos, destinados a aplicar-se em todas as relações de um certo tipo, funciona [...] como limite à iniciativa e ao arbítrio individual dos auxiliares do empresário” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 314).

⁴²⁷ Garcia-Amigo reconhece como uma das grandes vantagens da padronização contratual a “maior segurança na troca de bens e serviços, eliminando incertezas e dúvidas e, com isso, uma série de controvérsias jurídicas”, já que permitem “uma delimitação detalhada e quase perfeita das prestações” (GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 24-28, tradução nossa).

cada questão comporta mais de uma *solução*. Porém, como o clausulado é produzido *unilateralmente*, o que se observa é uma tendência rigorosa ao enfileiramento de soluções “negociais” que favorecem *exclusivamente* o predisponente. Por isso, nos contratos padronizados, a regra é uso do esquema menos para *alocar* do que para *transferir* riscos.⁴²⁸⁻⁴²⁹

Nesse contexto, as próprias razões da padronização contratual justificam (e tornam fundada) a *suspeita* que paira sobre a *justeza* dos contratos de adesão e, com isso, motivam a construção de uma *tutela* jurídica do aderente, porque não é raro que as *vantagens* obtidas pelo predisponente sejam, como que por espelhamento, as *desvantagens* do aderente.⁴³⁰

O *aderente*, só por sê-lo, é um sujeito merecedor de tutela.

Quando se fala em tutela jurídica do *aderente*, é necessário delinear qual é a *proteção* normativa que o sujeito merece exatamente (e somente) por ocupar essa *posição* contratual, o que não se faz sem a prévia compreensão de quais são as *debilidades* que lhe timbram.

Importa evitar a confusão entre a posição de *aderente* e as outras posições que o sujeito pode *acidentalmente* ocupar ao mesmo tempo. O fenômeno da padronização contratual não ocorre em ambientes controlados e estanques, mas no mundo real; e esse fato tem o condão de gerar inúmeras zonas de *intersecção* com outras posições jurídicas merecedoras de *tutela*. Por ser assim, se o sujeito é um *aderente* e consumidor, há que se indagar qual parte da sua tutela jurídica advém do fato de ser *consumidor* e qual parte surge do fato de ser aderente. O mesmo raciocínio é válido para a análise da tutela jurídica do empresário aderente que é economicamente *dependente* daquele que predispôs o contrato que os vincula, porque existem normas protetivas que incidem em virtude da forma de contratar (por adesão) e outras que se aplicam por causa da relação de dependência econômica.⁴³¹

É necessário *compreender* as implicações (e as complicações) da posição contratual de aderente pelo tão só fato de ser aderente e, assim, *detectar* as debilidades que lhe marcam para *delinear* a tutela do qual é merecedor.

⁴²⁸ A própria dinâmica da padronização contratual intenta eliminar o *countervailing power*, elevando o regramento de uma só parte ao *status* de regulamento comum. “Assistido, quase sempre, por peritos sabedores dos meandros legais, e ciente dos dados técnicos inacessíveis a um leigo, o predisponente não desperdiça, em geral, esta oportunidade para, na prossecução incontinente de interesses próprios, ditar à massa dos aderentes condições inequitativas e pesadamente desfavoráveis” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 55).

⁴²⁹ Cf.: RAKOFF, Todd. D. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. In.: CRASWELL, Richard; SCHWARTZ, Alan. **Foundations of Contract Law**. São Francisco: LexisNexis, 2006, p. 324-329.

⁴³⁰ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 17.

⁴³¹ Por isso, é oportuno o alerta de que “o conceito oposto ao contrato de adesão não deve ser o de contrato paritário, como usa a doutrina. O oposto é o contrato negociado ou debatido. Este, mesmo não sendo por adesão, também pode ser assimétrico, pois ao final da negociação é possível se detectar desequilíbrio evidente” (CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 32).

Com efeito, nem a *racionalização* nem a *especialização* que inspiram o predisponente ao trabalho uniformizador são vetores *assépticos*. Conquanto tenham importância própria, tanto racionalizar a operação quanto especializar os termos contratuais são processos *instrumentais*. Na padronização contratual, há *preponderância* material do objetivo de *transferência* dos riscos ao aderente, intimamente ligada ao objetivo de *lucro*, inclusive em níveis que chegam a *desdizer* os próprios objetivos de racionalizar e especializar. Por isso, não é raro encontrar *esquemas* contratuais que, nada obstante predispostos por agentes econômicos racionais, fazem uso de cláusulas *labirínticas*, de dispositivos *contrários* a normas cogentes ou, ainda, de formatos desenhados para a *incompreensão* (letras minúsculas, cláusulas dispostas à margem do contrato, disposições fora de contexto, expressões técnicas desnecessárias, etc.).⁴³²

Nesse contexto, a *primeira* nota a ser registrada é a de que a *tutela* jurídica do aderente é motivada pelo fato clangoroso de que figura como *contratante* numa relação que, embora negocial, teve o seu conteúdo *regulado* pelo predisponente (isto é, *heterorregulado*), o qual, com o mote de racionalizar e especializar os seus contratos, avaliou previamente todas as questões relevantes pertinentes, listou-as detalhadamente, dispôs cláusulas sobre elas e ajuntou-as num clausulado uniforme e inegociável.

A dinâmica da *adesão* contratual dá conta de uma *assimetria* relevante de forças negociais, principalmente no que diz com a liberdade de determinação de *conteúdo*. Mas o mais grave – e que, por isso, denota a necessidade da tutela do aderente – é que o *desapossamento* dessa força contratual do aderente é *reflexamente* idêntico ao *empoderamento* do predisponente. Cada cláusula contratual que o aderente não pôde discutir significa uma solução negocial decidida *ex uno latere* pelo predisponente.⁴³³

Não é sem motivo a *desconfiança* que marca a análise dos contratos de adesão. Diferentemente do que se discute em geral sobre restrição à *liberdade* contratual e sobre *dirigismo* estatal nos negócios privados, o caso da contratação padronizada revela uma

⁴³² “Em vez de constituir um conceito exorcizante e uma eficaz barreira contra manipulações egoístas e interessadas, a racionalização não passa, muitas vezes, de um simples instrumento de ocultação e legitimação do interesse empresarial na transferência de riscos” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 61-63).

⁴³³ Não se pode disfarçar a “posição de inferioridade e fraqueza do aderente”, dado que “o regulamento contratual é, nesse caso, a obra de uma das partes cujos interesses estão em conflito com os das outras” (GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 19).

situação de *cabo de guerra* em que a *restrição* da liberdade de uma das partes (o aderente) é causada pela *expansão* da mesma liberdade da outra parte (o predisponente).⁴³⁴

A *tutela* jurídica do aderente decorre, pois, de uma *disparidade* negocial.⁴³⁵ Ou seja, ainda que haja, em paralelo, disparidades de outras ordens (econômica, informacional, etc.), o mote da proteção ao aderente *independe* da configuração destas, ante a suficiência da configuração da relação *aderente-predisponente* para a incidência de certas normas jurídicas de índole protetiva com o objetivo de eliminar os *abusos* e preservar a *contratualidade*.⁴³⁶

De fato, a diferença flagrada entre o espectro de *poder* negocial exercido pelo predisponente e aquele exercido pelo aderente é o *motivo* primeiro para a tutela deste último, inspirando o controle sobre a *formação*, sobre o *conteúdo* e sobre a *interpretação* desses contratos. A atuação negocial *expansionista* do predisponente torna clara a necessidade de *proteção* contratual do aderente.⁴³⁷

Quando se faz menção da *tutela* jurídica do aderente, o objetivo é – sem que se negue o conteúdo *negocial* das cláusulas contratuais gerais – *neutralizar* ao máximo os abusos decorrentes da *autoproteção* realizada pelo predisponente na sua atividade de pré-elaboração. O que se pretende é evitar é o *desequilíbrio* injustificado e que só se concretizou por causa do mecanismo de padronização adotado, por seu desestímulo à composição equilibrada de interesses via negociação, e, assim, deu azo à *transferência* dos riscos que o predisponente elegeu como esquema *uniforme* e *rígido* de contratação.⁴³⁸

Como anotou Georges Ripert, “quanto mais direitos se exerce, maior poder se desfruta, maior risco se corre e, portanto, maiores são as *responsabilidades*”.⁴³⁹

⁴³⁴ “O predisponente – contraente ‘forte’ – longe de encontrar na prática dos contratos *standard* uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um meio de expandir e potenciar o exercício de tais poderes” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., p. 318).

⁴³⁵ O problema reside, de fato, na questão da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, dado que “o aderente não só não intervém [na formulação do esquema], mas também tampouco pode intervir – porque isso não interessa ao predisponente e, portanto, não é permitido – na configuração destas” (GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 173, tradução nossa).

⁴³⁶ A contratação por adesão, mediante o uso de cláusulas contratuais gerais, gera, por si só, “um caso típico de necessidade de tutela”, isso porque se percebe a “neutralização do poder de conformação negocial do aderente” em relação a matérias que, nada obstante alijadas de sua deliberação, lhe dizem respeito (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 196).

⁴³⁷ “Quem utiliza instrumentos contratuais para o exercício, ainda que legítimo, do poder negocial deve se submeter a controle social ou estatal. O exercício de poder implica submissão do outro. Seu controle tem como ponto de partida a identificação de quem a ele se submete, para que seja protegido de abusos e excessos” (LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. cit., p. 135).

⁴³⁸ Com efeito, “o objetivo de todas essas normas é o de alcançar-se o equilíbrio contratual que dificilmente existirá, desde o início, dada a unilateralidade da redação das cláusulas do contrato de adesão”. É, por isso, “uma disciplina limitada a algumas regras em defesa e no benefício do aderente e ditadas pela própria especificidade desse tipo de contrato”, eliminando-se os eventuais excessos e abusos do predisponente (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 57).

⁴³⁹ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. cit., p. 165.

No processo da padronização contratual, o predisponente, ao elaborar o seu programa uniformizador, além de implementar uma disparidade *negocial*, também demonstra uma superioridade *organizatória*. O fato de ter havido um momento em que o predisponente destinou tempo, conhecimento e capital para a *formulação* de um clausulado especializado para as suas relações contratuais, geralmente atrelado a uma larga *experiência* naquela atividade, posiciona-o num *mirante* privilegiado sobre as questões que podem surgir do contrato. Nesse contexto, o aderente, ainda que aja com a diligência ordinária sobre a minuta predisposta, não reúne condições de organização para alçar-se a esse mesmo miradouro e, sendo apenas um aderente, é-lhe custoso observar “alcance ordenador” da rede contratual em que se insere.⁴⁴⁰

Em acréscimo a isso, há também um desnível *motivacional* na configuração contratual.

Do ponto de vista do aderente, existe um divórcio muito relevante entre os *custos* e as *vantagens* de discutir as cláusulas apresentadas pelo predisponente. Como o clausulado predisposto é apresentado como um conjunto pronto, *refletido* e inegociável, o aderente, ao identificar que a prestação *principal* lhe interessa, é levado a *confiar* que as demais disposições são apenas *instrumentais* à consecução do objeto contratual, o que diminui consideravelmente o interesse na consecução de esforços para a análise *profissional* das cláusulas e a propositura de soluções *alternativas* àquelas já apresentadas como indiscutíveis pelo predisponente.⁴⁴¹

Noutro giro, o predisponente é profundamente *interessado* na conformação integral do *conteúdo* dos seus contratos. Os *investimentos* no desenho do esquema negocial são motivados pela necessidade de *gestão* da atividade empresária. A *simplificação* do processo contratual, o aumento do *controle* sobre esse processo e a sua *aceleração* são benefícios inegáveis. E, além disso, os *ônus* organizativos experimentados na fase de *preparação* das cláusulas contratuais gerais são recompensados pela *transferência* dos riscos, mormente num cenário em que cada contrato firmado por adesão expande as vantagens no plano *global* de sua operação.⁴⁴²

⁴⁴⁰ “A preparação antecipada de um regulamento uniforme para utilização futura no âmbito de uma atividade económica exercitada em moldes profissionais, através de estruturas organizadas, dá à empresa oportunidade de aproveitar ao máximo todos os conhecimentos e experiência daí resultantes” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 198).

⁴⁴¹ Cf.: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 19.

⁴⁴² Quando o predisponente programa a sua atividade contratual, “qualquer ganho, por mais insignificante, em cada relação singular, traduz-se numa vantagem considerável, no plano global da operação económica” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 198).

Não se pode ignorar que o contrato de adesão é *visto* de modo substancialmente distinto pelo predisponente e pelo aderente. Para o *aderente*, o contrato firmado por adesão é um *ato* singular; mas, para o predisponente, cada contrato integra a sua *atividade*.⁴⁴³ A percepção desse *desnível* e de suas implicações (negociais, organizativas e motivacionais) deve estar à base da compreensão da *tutela* jurídica do aderente.

4.4 As características essenciais dos contratos de adesão

Nesse ponto, é necessário *demarcar* do que se está a falar quando se faz menção do contrato de adesão.

Considerações precedentes já deram conta da falsa *impressão* de *unitariedade* gerada pelo nome “contrato de adesão”. Quando, cedendo à locução adotada pela legislação nacional, é mencionado o *contrato*, não é raro que se esteja fazendo menção a *parte* dele – isto é, à parcela composta por *cláusulas* contratuais gerais.⁴⁴⁴ É sobre essa parcela que incidem as normas integrantes da *tutela* jurídica do aderente.

Com efeito, a *tutela* jurídica do aderente pressupõe o *delineamento* exato das *cláusulas* contratuais gerais, porque são estas que atraem a incidência das normas protetivas. No ambiente do *contrato* de adesão, é inviável tutelar o *aderente* relativamente à parcela efetivamente *negociada*, exatamente porque, nessa parcela, sequer é aderente. Deve ser abandonada a imagem do contrato de adesão como um *módulo* ou *formulário*, eis que, conquanto estes formatos indubitavelmente gerem esquemas para a adesão, o fenômeno da contratação padronizada é *multiforme* e pode ser manifesto em situações muito mais *sutis*. É infinito o número de combinações possíveis entre cláusulas contratuais *gerais* e cláusulas *particulares* (negociadas) no mesmo instrumento – e todas estas demandarão as mesmas cautelas quanto à validade e à interpretação das cláusulas contratuais gerais.⁴⁴⁵

⁴⁴³ “As condições gerais constituem ato, mas ao mesmo tempo integram a atividade do predisponente. É ato, em relação ao aderente, e atividade em relação ao predisponente. Só assim pode ser compreensível o controle que sobre elas pode ser exercido” (LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 202).

⁴⁴⁴ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 41.

⁴⁴⁵ E o alerta não é novo: “O procedimento extensivo da disciplina prevista para as c.g. [condições gerais] não pode ser restrita aos módulos e formulários, mas deve estender-se a outras, incluindo as cláusulas de qualquer contrato comum, as quais tenham sido formuladas pela vontade geral de seus autores, em vez que por uma vontade particular e bilateral relativa ao contrato singular. Vontade geral que, como é óbvio, deve ser rigorosamente demonstrada, mas cuja prova não seja textual e pode ser abordada pelos mais diversos elementos. A utilidade do quanto se afirma virá à luz a propósito das c.g. [condições gerais] onerosas e da interpretação” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 70-71, tradução nossa).

No limite do fenômeno, é possível, inclusive, que apenas uma cláusula (v.g., uma cláusula de não indenizar) ou uma seção do contrato (v.g., das responsabilidades do fornecedor) seja padronizada, bem como pode haver a padronização apenas de uma declaração negocial (v.g., um termo de renúncia, de consentimento, etc.).⁴⁴⁶

De fato, o ímpeto *dirigista* (e *uniformizador*) do predisponente não necessariamente é estendido a *todos* os aspectos da disciplina contratual.⁴⁴⁷ Ora em virtude da própria *imprevisibilidade* de algumas questões negociais, que precisam ser negociadas individualmente (v.g., áreas de atendimento, número de frotas, preços que apresentam oscilações não vinculadas a padrões fidedignos), ora por causa da própria *inutilidade* de padronização de alguns aspectos da relação (v.g., demandas que variam por região), ora em razão de estar-se num mercado tão estável, por forças endógenas ou exógenas, que a uniformização revela *desnecessidade* (v.g., mercados controlados por agências reguladoras), é certo que o mote *padronizador* muita vez é restrito a uma *parcela* do contrato.⁴⁴⁸

Conquanto existam critérios doutrinários dignos de nota para preservar o conceito *unitário* de contrato de adesão, a despeito da percepção inegável de que as características que inspiram a tutela do aderente não se estendem sobre o seu inteiro teor, invocando critérios de prevalência qualitativa ou quantitativa das cláusulas padronizadas sobre aquelas negociadas, as propostas desse viés são fadadas ao insucesso. Não se acopla ao *sistema* jurídico tratar, principalmente em tema de *validade e interpretação*, uma disposição contratual *negociada* como uma cláusula *padronizada*, e vice-versa, ainda que a maior parte do contrato ou o seu regulamento essencial seja deste ou daquele tipo, porque são regimes justificadamente distintos. A naturalidade da *coexistência* desses tipos de disposições, mormente em contratos empresariais, apenas reforça a necessidade de um olhar menos apressado e mais cauteloso sobre esses acertos negociais.

E é por isso que a análise do fenômeno deve deslocar-se do *contrato* (de adesão) para *cláusula* contratual geral.

⁴⁴⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 171-173.

⁴⁴⁷ Segundo Ubaldino Miranda, as condições gerais podem versar tanto sobre cláusulas essenciais quanto sobre cláusulas acessórias ou acidentais. São questões distintas. Só o caso concreto indicará “se todas as cláusulas que contém as condições gerais são acessórias, ou se há entre elas cláusulas essenciais, ou se, finalmente, constituem elas uma mescla de cláusulas essenciais e acessórias” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 159-160).

⁴⁴⁸ “As cláusulas contratuais gerais podem compreender uma regulamentação integral do negócio a celebrar ou, pelo contrário, exprimir apenas parte dessa disciplina” (COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. cit., p. 18).

São três as características essenciais das *cláusulas* contratuais gerais: a *pré-formulação*, a *uniformidade* e a *rigidez*.⁴⁴⁹ E cada uma merece tratamento cauteloso.

É necessário que a *cláusula* contratual geral seja *pré-formulada*. Está à base de seu conceito que esta tenha sido fruto de alguma elaboração *prévia* para inclusão no esquema negocial que será apresentado à adesão. Sua *previsão* não é resultado de uma decisão de inopino; bem ao revés, a sua inclusão num clausulado predisposto representa o deságue de um *processo* (maior ou menor) de análise da vantagem, geralmente acompanhada por profissionais e viabilizada pela experiência, residente em tornar aquela regra uma cláusula a ser *reproduzida* em todos os contratos subsequentes, integrando-se à atividade econômica do predisponente.⁴⁵⁰

Interessa que a cláusula seja *fruto* e *parte* de uma programação *consciente*, porque essa pré-formulação põe a cláusula padronizada “por sobre” os contratos vindouros, sendo formatada para sua oferta a um *aderente* médio e sua *incorporação* a contratos em série. Nesse ensejo, o seu caráter *geral* mantém uma íntima correlação com a *pré-elaboração*, porque o dispositivo negocial não é *desenhado* (ou *programado*) para um contrato específico – cenário em que a sua eventual reprodução seria acidental, e não parte de uma organização empresarial –, mas para uma *gama* (mais ou menos) indefinida de contratos singulares.⁴⁵¹

É de se advertir que não é necessário que o predisponente seja o *autor* material da cláusula contratual geral. A *predisposição* e a *redação* das cláusulas são atos e momentos que não se confundem. É perfeitamente possível que a cláusula padronizada seja fruto da *importação* de uma norma recomendada, de forma não vinculativa, por um *organismo* nacional ou internacional (v.g., uma declaração de boas práticas, uma política de proteção de dados, etc.). Nesse caso, o predisponente será o *utilizador* da cláusula. O que importa mesmo é que a cláusula seja *incorporada* à atividade do predisponente como regra a ser incluída em todos os negócios a serem realizados.⁴⁵²

Bem observado o timbre da pré-formulação, é de se ver que reclama *unilateralidade*. Ou seja, se o esquema-padrão reproduzido nos contratos foi fruto de um *acordo* prévio entre predisponente e aderente para utilização em série, gerando os chamados *contratos-tipo*

⁴⁴⁹ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 8-12.

⁴⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 58-59.

⁴⁵¹ Cf.: MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002. cit., p. 58-59.

⁴⁵² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 172-175.

advindos de um contrato normativo, não se está a falar propriamente em contrato de adesão, pois a pré-formulação a que se faz menção é, em essência, *unilateral*.⁴⁵³

Pode-se, pois, falar em *dois* sentidos de pré-formulação (ou predisposição): a formulação anterior ao *contrato* singular e a formulação prévia à *série* de contratos padronizados, fundada na visão panorâmica do predisponente sobre a sua atividade econômica. As cláusulas contratuais gerais não são apenas formuladas previamente aos contratos singulares; são formuladas previamente (*rectius*: preventivamente) a qualquer espécie de negociação ou influência contudista do aderente.⁴⁵⁴

Em segundo tom, a *cláusula* contratual geral deve ser *uniforme*. É em busca dos benefícios operacionais da *padronização*, consistentes na *aceleração* e no maior *controle* dos processos contratuais, que o predisponente empreende os seus esforços organizatórios. Esse intuito *uniformizador* está na presidência da pré-formulação das cláusulas contratuais gerais. Elaborando uma regulação prévia padronizada, o predisponente opera para promover transações *homogêneas* e evita a dispersão de dispositivos (*rectius*: soluções) contratuais nos negócios que *integram* a sua atividade econômica, viabilizando o cálculo prévio de seus *custos* e aumentando a previsibilidade dos seus *riscos*.⁴⁵⁵

Com efeito, a *uniformidade* da cláusula contratual geral é justificada pela sua consciente *pré-formulação*. Os esforços envidados na sua elaboração prévia e na sua integração aos contratos singulares almejam precisamente o sucesso desse *dirigismo* privado sobre a *atividade* contratual que o predisponente mantém com seus parceiros. Com isso, busca-se controlar a *trama essencial* dos contratos que participam da habitualidade da empresa. Deveras, essa intenção *dirigista* que inspira o predisponente a *controlar* o conteúdo de uma série de negócios vindouros reforça a necessidade de análise da dimensão *coletiva* (ou *social*) do fenômeno da contratação padronizada, eis que a *repetição* do uso do esquema predisposto não raro gera efeitos relevantes que vão além da *res inter alios acta*, como algumas distorções *concorrenciais* e a formação de *redes* contratuais.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 13-14.

⁴⁵⁴ Cf.: GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 90-95.

⁴⁵⁵ Cf.: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 142-144.

⁴⁵⁶ “Só é possível compreender as cláusulas contratuais gerais se entendermos sua dimensão coletiva. Só merecem qualificação de cláusulas contratuais gerais as cláusulas que não têm como destinação uma contraparte determinada, não podendo apresentar-se com conformação moldada para uma concreta relação contratual, revestindo-se, por isso, de caráter geral e abstrato. A elaboração sem prévia negociação individual só é um dado qualificante do fenômeno se houver a intenção de utilização reiterada das cláusulas numa série de contratos que se projeta a concluir” (MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002. cit., p. 60-61).

Em terceiro lugar, as *cláusulas* contratuais gerais, para serem assim consideradas, devem ser *rígidas*. Isto é, *inegociáveis*. O labor preparatório do predisponente na *pré-formulação* para a *uniformização* dos seus contratos, ao menos nas partes que interessam, conduz a essa rigidez. Não seria economicamente *justificável* dedicar tempo, trabalho e capital à construção do *esquema* contratual *ideal* para a sua operação econômica e, empós isso, colocá-lo como mera *sugestão* de minuta, sujeita a alterações de todas as ordens, reabrindo a fase de tratativas e, assim, fazendo soçobrar todos os benefícios de aceleração, simplificação e controle que motivaram a padronização contratual.⁴⁵⁷

Nesse ponto, a *rigidez* das cláusulas contratuais gerais é bem delineada em seu contexto. Há que se observar se o predisponente apenas apresentou uma *minuta* contratual, disposto a negociá-la ou se já estava posta, inda que nas entrelinhas, a sua *inegociabilidade* – no esquema “pegar ou largar”. Na apresentação de *formulários* ou *módulos*, em que o aderente muita vez se limita a lançar os dados pessoais e eventuais questões negociadas são remetidas para anexos contratuais, esse timbre de *rigidez* ressoa mais claro. Porém, no âmbito dos contratos em que houve *parte* negociada ou, ainda, em que não há *aparência* de padronização, a questão é mais *sinuosa*: cabe ao aderente apontar a *pré-formulação* e a uniformidade, restando, por outro lado, ao predisponente provar que havia negociabilidade.⁴⁵⁸

De fato, embora sejam dados *indispensáveis* para a configuração do fenômeno da padronização contratual, nem a *rigidez* nem a *pré-formulação*, são características *exclusivas* das cláusulas contratuais gerais (ou dos contratos de adesão) e, por isso, são pouco eficientes como critérios para distingui-las como categoria própria.⁴⁵⁹

O que ocorre é que tanto a *pré-formulação* quanto a *rigidez* são *qualificadas* pela intenção *uniformizadora* para construir a categoria das cláusulas contratuais gerais (e dos contratos de adesão). É o intuito *padronizador* que preside toda a operação do predisponente, sendo *instrumental* a isso a *pré-elaboração* de um *esquema* contratual imodificável. O objetivo de regular de modo *idêntico*, ao menos no que interessa, uma série de contratos de mesmo tipo (ou de mesma função) para definir *ex uno latere* o roteiro jurídico essencial da sua

⁴⁵⁷ Na síntese de Orlando Gomes, “as cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes” (GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 8-10).

⁴⁵⁸ “Estando em causa cláusulas estandardizadas, o ónus da prova da existência de negociação recai sobre o profissional, o que está em consonância com a própria lógica das condições gerais, hostil, por natureza, a qualquer ideia de discussão sobre o programa contratual predisposto” (SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 19).

⁴⁵⁹ Como destaca Garcia-Amigo, não é nota distintiva dos contratos de adesão o fato de serem alvo de uma *pré-redação* e, após, de uma *incorporação* ao contrato singular. Muitos casos há em que uma parte que realizar apenas um contrato, mas é inflexível quanto aos seus termos: nesse caso fica claro que “a fixação das condições previamente à celebração do contrato não é exclusiva dos contratos com condições gerais” (GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 24-28, tradução nossa).

atividade econômica, estendendo o seu *controle* sobre a operação, delinea as *fronteiras* desse fenômeno, inclusive denotando as suas feições *individuais* e *coletivas*. Por servirem à uniformização é que a rigidez e a pré-formulação ganham relevo no tema.⁴⁶⁰

Na sentença de Genovese, “o intento *uniforme* do predisponente mantém sempre o valor de elemento *essencial da fattispecie*” da contratação padronizada.⁴⁶¹

Inclusive, não é sem motivo que se faz menção da *intenção* ou do *escopo* de uniformização. O que interessa é que o esquema tenha sido *pré-formulado* de modo *rígido* pelo predisponente almejando a sua *reprodução* em uma série de contratos. É de menor relevância o critério *numérico* (ou *estatístico*) de quantos contratos foram firmados com base naquelas cláusulas contratuais gerais, estas foram apresentadas de modo *inegociável* e utilizadas pelo predisponente com o aderente no intuito de *uniformizar* a sua operação. Presente esse escopo padronizador, o *primeiro* contrato concluído com base no esquema-padrão é tão contrato de adesão quanto o *milésimo* realizado nos mesmos moldes.⁴⁶²⁻⁴⁶³

Aliás, no mesmo nicho de *instrumentalidade* à uniformização estão outras características que, embora não essenciais, são comumente atribuídas às cláusulas contratuais gerais, como a *generalidade* e a *abstração*. De fato, a regra é que essas cláusulas sejam escritas de modo genérico e abstrato exatamente para viabilizar a sua incorporação a contratos singulares em série sem qualquer necessidade de alteração, mantendo-se a integridade de sentido e contribuindo para a *celeridade* e para o *controle* do processo de contratação.⁴⁶⁴

Porém, essas notas de *generalidade* e *abstração* das cláusulas contratuais gerais, além de não serem essenciais para a configuração da figura, merecem uma compreensão adequada. São genéricas e abstratas as cláusulas padronizadas porque não foram elaboradas para um contrato *específico*, mas para um *esquema-padrão* construído para reprodução em série, visando um aderente médio, de modo que já surgem, em alguma medida, idealizadas. Noutras

⁴⁶⁰ “Predisposição e rigidez são requisitos imprescindíveis, mas não exclusivos desta forma de contratar, só adquirindo coloração qualificante quando impregnados pelo escopo uniformizador” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 162-175).

⁴⁶¹ GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 88, tradução nossa.

⁴⁶² “O que vale, portanto, é o objetivo de utilizar as cláusulas pré-formuladas em propostas dirigidas a uma generalidade de partes, não interessando, todavia, saber se tais cláusulas serão aplicadas, de fato, a uma multiplicidade de relações” (MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002**. cit., p. 63).

⁴⁶³ “Decisivo é tão-só o propósito da sua utilização numa série de negócios, assim se revelando fundamental para este efeito, a finalidade intencionada com a pré-elaboração” (SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 214).

⁴⁶⁴ Cf.: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 140-141.

palavras, são projetadas para passarem ilesas pelas eventuais peculiaridades dos contratos singulares, tornando-as irrelevantes.⁴⁶⁵

O que não se pode perder de vista, no entanto, é que o predisponente, no seu intuito *uniformizador*, pode pré-formular cláusulas contratuais gerais extremamente *específicas* para um tipo de contrato, quando autorizado pelo seu contexto negocial e convencido da sua utilidade. Mormente no âmbito interempresarial, há um severo *estímulo* ao uso de esquemas contratuais que fujam de *vaguezas* e *ambiguidades*, regulando as questões jurídicas com *minúcias* e, com isso, aumentando a *segurança* do predisponente.⁴⁶⁶

Semelhante ressalva é aplicável ao critério da *indeterminação* de destinatários, comumente elencada como característica essencial dos contratos de *adesão*. Deve-se ter em mente que o mais comum, de fato, é que o predisponente elabore o seu esquema-padrão sem qualquer perspectiva de *limitação* do número de aderentes e, nesse contexto, servem bem as características essenciais de pré-formulação, uniformidade e rigidez. Todavia, não se pode indeferir a configuração de cláusulas contratuais *gerais* àquelas que foram formuladas pelo predisponente com o objetivo de *uniformizar* um feixe de relações negociais de maneira imodificável apenas porque, nesse caso, haveria um número *definido* de aderentes, ou um número *indefinido* dentro de um grupo *definido*, ou, ainda, de um quantitativo *exato* de contratos a serem celebrados com base no mesmo esquema. Preside essa sindicância o escopo *uniformizador*, que, à toda evidência, está presente.⁴⁶⁷

Por fim, cumpre acusar um *pseudocritério* para os contratos de adesão: a superioridade *econômica* do predisponente. Embora seja *comum* que a empresa predisponente ostente alguma proeminência econômica sobre a parte aderente, é certo que isso não compõe a *essência* da figura. Primeiro, porque o *desnível* econômico pode ocorrer em *qualquer* tipo de contratação, seja negociada, seja padronizada – e porque, quando esse desequilíbrio chega às raias da *necessidade* do aderente (isto é, uma efetiva necessidade de contratar), o ordenamento jurídico tutela o contraente *lesado* por outros motivos, e não pelo fato da adesão.⁴⁶⁸ Segundo,

⁴⁶⁵ Na expressão de Paulo Lôbo, “as condições gerais destinam-se à integração a contratos individuais. Quando são editadas referem-se a um contrato-padrão, idealizado, e a um contratante médio” (LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 26).

⁴⁶⁶ “Dado que a generalidade (ou a uniformidade) das c.g. [condições gerais], em sua origem, é intencional e só em seguida se revela efetiva, é suficiente que as c.g. [condições gerais] (inclusive aquelas impressas no módulo) sejam formuladas em ordem a ostentar uma aptidão potencial para a sua aplicação generalizada” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 104, tradução nossa).

⁴⁶⁷ “A indeterminação poderá faltar [...], desde que preservada a predeterminada susceptibilidade da sua aplicação indiferenciada a um pluralidade de contratos” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 165).

⁴⁶⁸ Cf.: GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 92-93.

é plenamente possível que o aderente não seja *inferior* em forças econômicas, quando comparado ao predisponente.⁴⁶⁹ O mirante a partir do qual o predisponente observa, compreende e planeja o seu esquema-padrão é fundado na sua superioridade organizatória (e motivacional), que não guarda qualquer relação necessária com a preeminência econômica.⁴⁷⁰

Com essas considerações, bem observado que o padrão de análise deve centrar-se na *cláusula* – e não no contrato, como um todo unitário –, é de se concluir que qualificam-se como *cláusulas* contratuais gerais, aptas à incidência da tutela jurídica do aderente, aquelas que são pré-formuladas, uniformes e rígidas.

4.5 A natureza jurídica do contrato de adesão

Desenhado o *perfil* do contrato de adesão, é de se pensar sobre a sua *natureza* jurídica.

O debate que se instala em torno da *natureza* jurídica de algo é sempre – e, talvez, mais claramente – uma discussão *metafórica*. Para tanto, a consideração de início é que nada há de *natural* no que é *jurídico*. O mundo jurídico é *outro* mundo; não é o mundo dos fatos. Estrema-se o *jurídico* do que é *fático*, eis que são *instâncias* diversas, que mantêm uma relação de intercâmbio sofisticada, mas nem sempre harmoniosa.⁴⁷¹

Enquanto instância *metafórica*, o mundo jurídico, à imagem e semelhança do mundo do *pensamento* desenhado por Merleau-Ponty, “é feito de tal modo que nele não se pode colocar nada que logo não adquira *sentido* nos termos de uma *linguagem*”.⁴⁷²

Essa *adquisição* de sentido pelas coisas quando são “*olhadas*” pelas normas jurídicas e, por conseguinte, *ingressam* no mundo jurídico, ganhando uma posição na sua complexa cartografia, está na base da inquietude conducente à indagação sobre a *natureza* jurídica das coisas. É uma renovação da *taxonomia* do fático.

Mesmo quando há *simetria* aparente, inda que ostensiva, entre aquilo que se passa no mundo *fático* e o modo como é capturado (ou significado) pelo mundo *jurídico*, o fato é que neste último aquele fato está sendo *considerado* daquela maneira, o que ocorre pelo uso de *critérios* próprios (“normas jurídicas”), que lhe dão um *alcance* particular (“efeitos jurídicos”)

⁴⁶⁹ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 27.

⁴⁷⁰ “A contratação mediante c.g. [condições gerais] tem um valor em si, que, em alguma medida, se revela independente da força econômica de quem predispõe” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 144, tradução nossa).

⁴⁷¹ Sobre essa relação entre o “mundo do direito” e o “mundo dos fatos”, com elegância que não se repetirá: CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 101-103.

⁴⁷² MERLEAU-PONTY, Maurice. **A prosa do mundo**. São Paulo: Cosac Naify, 2012, p. 113.

em razão de uma *significação* incomparável (“hipótese legal”). E tudo isso é orquestrado para que o sistema possa conferir *direitos* e impor *deveres*.⁴⁷³

Sobre os contratos de adesão, muitas teorias foram construídas e buriladas para *descobrir* a sua natureza jurídica. Podem ser divididas, porém, em duas grandes correntes: as teorias *contratualistas* e as teorias *normativistas*.⁴⁷⁴

Com efeito, as duas propostas, tomadas em sentido lato, apresentam influências da análise *social* do fenômeno *econômico*. Enquanto a corrente *normativista* defende que as cláusulas contratuais gerais são forças *objetivas* que integram os contratos, sendo impostas menos pelo predisponente do que pelo *mercado* (e suas exigências), deixa aberto o espaço para a discussão entre a prevalência das cláusulas *dispositivas* sobre esses *usos* comerciais, como são tidos. Por outro lado, a linha *contratualista*, embora casse qualquer eficácia das cláusulas contratuais gerais antes da *adesão*, enxergado como manifestação de vontade, negando poder *criador* ao predisponente, alça o *contrato* de adesão ao patamar de instrumento capaz de *afastar* as soluções elaboradas do *legislador* em tom dispositivo para fazer prevalecer, nos pactos firmados, as soluções eleitas pelo *predisponente*.⁴⁷⁵

Funda-se a defesa da natureza jurídica *normativa* do contrato de adesão na leitura de que as cláusulas contratuais gerais têm, na verdade, algo de *institucional*, de modo que o ato de aderir não se revela negocial, mas tão-somente *procedimental* para a implementação daquilo que já estava predisposto.⁴⁷⁶

Nesse influxo, surgem *duas* correntes de cariz normativista: a do *poder* normativo da empresa, que entende que a realidade *econômica* pós-industrial gerou a necessidade de reconhecimento *jurídico* da pronta (e independente) eficácia do “trabalho *codificador* privado” realizado pelo empresário no exercício de sua atividade; e, a dos *usos* normativos, que equipara as cláusulas contratuais gerais às normas de origem *consuetudinária*, fundada na sua genérica aplicação por parte do predisponente.⁴⁷⁷

É de se ver que as propostas *normativistas* não vingam.

Inviável conceder ao predisponente o papel de *legislador* e, assim, classificar as suas cláusulas predispostas como forças *objetivas* do contrato.⁴⁷⁸ A própria necessidade de adesão

⁴⁷³ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. cit., p. 24-28.

⁴⁷⁴ Com extensa análise sobre as teorias acerca da natureza jurídica dos contratos de adesão: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. cit., p. 71-124.

⁴⁷⁵ GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 1-14.

⁴⁷⁶ Cf.: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 99-104.

⁴⁷⁷ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. cit., p. 117-123.

⁴⁷⁸ Para Garcia-Amigo, as cláusulas contratuais gerais integram as forças subjetivas que formam o contrato. Estas provêm de “particulares carentes de poder legislativo”, de modo que “o valor e a eficácia das condições

(isto é, de aceitação do aderente) para que o esquema-padrão se aplique às relações contratuais singulares dá conta do fato de que o trabalho *uniformizador* do predisponente não reúne condições para se impor autonomamente, como ocorre à lei e aos costumes.⁴⁷⁹

O *costume*, para que tenha relevância jurídica, deve ser *repetido* genericamente (elemento material) com consciência de sua *juridicidade* (elemento psicológico). Porém, embora as cláusulas contratuais gerais sejam repetidas e observadas como regras de direito, é certo que não passam pela fase da *elaboração inconsciente* que marca os costumes.⁴⁸⁰ O prestígio do costume no ordenamento jurídico é extraído da disciplina social que surge e se estabelece de modo *orgânico*, o que evidentemente não comparece na imposição do esquema-padrão *conscientemente* elaborado pelo predisponente para *beneficiar* sua posição contratual e *racionalizar* a sua atividade econômica.⁴⁸¹

Nem mesmo aderindo à distinção conceitual entre *uso* e *costume*, cingindo o conceito de uso ao elemento *objetivo* do costume, seria possível subtrair a natureza contratual das cláusulas contratuais gerais.⁴⁸²

É que o *uso* comercial, para sê-lo na íntegra, deve ser fruto de uma *aceitação* parcimoniosa, ainda que restrita geograficamente. Carvalho de Mendonça faz menção da necessidade de uma “*unanimidade moral*” em torno da prática corrente que se pretende alçar à categoria de *uso* comercial⁴⁸³ – o que não se configura nos contratos de adesão.

Prevalente que é, a corrente *contratualista*, embora não seja homogênea, propõe o melhor *encaixe* do fenômeno socioeconômico que descreve e regulamenta ao mundo *jurídico*.

Qualifica-se a *adesão* como um ato *negocial*, manifestação de vontade, porque a sua *integração* viabiliza a formação do *negócio* jurídico bilateral que é o *contrato*. Existem infinitas *gradações* entre o consentimento voluntário e o não-consentimento, de modo que

gerais em nosso direito positivo não pode ser diversos daqueles que recebem por meio da figura do negócio jurídico bilateral, isto é, que se tornam vinculantes na medida em que constituem o conteúdo de declarações de vontade contratuais e obrigam unicamente aqueles que prestam o seu consentimento” (GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 145-146, tradução nossa).

⁴⁷⁹ “Por vezes, as empresas estabelecem cláusulas negociais gerais, isto é, cláusulas que se têm de considerar insertas nos negócios jurídicos, quaisquer que sejam os outros figurantes [...]. Não se trata, aí, de regras jurídicas, porque provieram de lei, ou de fonte regulada por lei. A pura negocialidade persiste” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. São Paulo: Borsoi, 1962, p. 66).

⁴⁸⁰ TENÓRIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 118-121.

⁴⁸¹ “Não se pode falar de uso e costume, porque a cláusula não proveio da comunidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 66).

⁴⁸² Sobre a distinção entre uso e costume, com ampla pesquisa histórica: SOUZA, Marcus Seixas. **Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 102-113.

⁴⁸³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 172-177.

aderir é um dos modos de prestar consentimento situado nesse *interregno* volitivo. Para usar a imagem proposta por Ripert, é certo que o contrato nunca exigiu, para que fosse considerado válido, a precisão de um *dinamômetro* para aferir a *equivalência* da força das vontades reunidas.⁴⁸⁴

O contrato de *adesão* é configurado como uma manifestação do *autorregramento* da vontade das partes contraentes, porque, embora em *extensões* diferentes de influência, as duas manifestações de vontade *confluem* para a formação do negócio. Conquanto comprimido pelas circunstâncias próprias da contratação padronizada, que achatam o poder de *influência* na determinação do *conteúdo* contratual, o aderente exerce sua *liberdade* de contratar ao aquiescer ao esquema-padrão do predisponente, dès que essa aquiescência seja *consciente* e *voluntária*. Assim, é certo que o que existe *antes* da adesão não passa de um projeto de *lex contractus*.⁴⁸⁵

É certo que a qualificação da *adesão* como um ato de *vontade* negocial recomenda que se passe em revista o *traçado* clássico do instituto do *contrato*. Todavia, essa revisão não altera a conclusão pelo seu caráter contratual, porque é a adesão que completa o quadro final, satisfazendo a bilateralidade. De mais a mais, se há abuso ou excesso, é ainda no âmbito da *contratualidade* que essas questões devem encontrar as suas *soluções*.⁴⁸⁶

Como anotara Pontes de Miranda ao comentar o regime das “cláusulas negociais gerais”, o que ocorre no fenômeno da contratação por adesão é que o *exercício* da liberdade de determinação do *conteúdo* do contrato levado a cabo pelo predisponente *incursiona* pela liberdade do aderente, operando uma espécie de “substituição subjetiva”, mas remanesce intacta a *bilateralidade* à base do contrato concluído – isto é, as manifestações de vontade do aderente e do predisponente *compõem* o suporte fático do negócio jurídico. Embora exista o arquétipo, nem toda autonomia goza da mesma extensão. Quem adere, *tout court*, aceita, porque a sua liberdade de *conclusão* do contrato está preservada. O que se observa *reduzido* na contratação por adesão é, na verdade, o “*laço* consensualístico”, porque o aderente, em lugar de *construir* o conteúdo negocial, é reconduzido a avaliar as vantagens e as

⁴⁸⁴ Cito: RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. cit., p. 103-107.

⁴⁸⁵ Observando a autonomia privada como um poder, Ubaldino Miranda doutrina que “esse poder fica restringido, no contrato de adesão, no seu exercício, por exigências práticas a que o mesmo dá resposta, mas nem por isso deixa de existir o gozo do mesmo poder em toda a sua plenitude”. Por isso, em sua leitura, “o contrato de adesão constitui-se, sem dúvida, numa manifestação de autonomia privada” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 33-53).

⁴⁸⁶ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 37-46.

desvantagens do que se produzirá do seu *assentimento* total ao esquema-padrão predisposto.⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸

Na mesma linha, a *supressão* da fase de *tratativas*, ainda que tenha relevância para outras análises, não tem o condão de *desqualificar* a natureza *negocial* do contrato de adesão. É assente que, conquanto dê conta de um exercício mais largo do *autorregramento* da vontade, a atividade criativa e interventiva observada na fase de *discussões* nada tem de essencial para a *configuração* do conceito jurídico (e da natureza jurídica) de contrato, mesmo porque o oblato pode dispensá-la voluntariamente no ambiente da contratação não-padronizada.⁴⁸⁹

De fato, ressalvadas as questões que se observam no plano *coletivo* (mormente o intuito *uniformizador* que gera a *pré-formulação* de cláusulas *imodificáveis* por parte do predisponente), o contrato de *adesão* obedece às regras *comuns* dos contratos em geral. Basta lembrar que, além de serem *desnecessárias* as tratativas prévias ao suporte fático do negócio, toda aceitação *negocial* – para ser corretamente configurada – dá conta de uma *plena* conformidade à proposta que é respondida.⁴⁹⁰ Toda *aceitação* é *adesão* à proposta – e, por isso mesmo, as tentativas de estreimar a *adesão* da *aceitação* no plano individual não logram êxito. Peculiaridade reside no fato de que essa aceitação é dada em relação a uma proposta rígida que contém enunciados elaborados para *integração múltipla*.⁴⁹¹

É de se deferir, pois, a natureza *negocial* aos *contratos* de adesão (e, por semelhante modo, às cláusulas *contratuais* gerais). Com efeito, esse deferimento norteia a própria construção da *tutela* jurídica do aderente, porque esta é, indubitavelmente, *contratual*; são hauridos da normatividade do direito dos contratos os *mecanismos* de defesa e de equilíbrio aplicáveis para o *controle* do poder *negocial* exercido pelo predisponente, porque é a análise

⁴⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 66-67.

⁴⁸⁸ “O auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum*, que a vincule. [...] Não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 39).

⁴⁸⁹ Cf.: ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. cit., p. 82-85.

⁴⁹⁰ “A aceitação é, na sua essência, uma adesão; não exige mais do que a simples declaração de vontade ao que foi proposto; e isso não falta na assim chamada adesão” (CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratti**. Milão: Casa Francesco Vallardi, 1915, p. 249, tradução nossa).

⁴⁹¹ A expressão é de Carlos Ferreira de Almeida. O autor registra, afinado à tese que propõe, que a contratação por adesão envolve a elaboração de “enunciados contratuais gerais”, a saber, “enunciados com aptidão para se integrarem no texto de mais de uma declaração *negocial*, e, por essa via, no texto de mais do que um negócio jurídico”, sendo esta a sua “aptidão multiplicadora” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. 2. Coimbra: Almedina, 1992, p. 873-896).

do modo e da *extensão* do exercício desse poder (bem como da correlata *compressão* do poder negocial do aderente) que evidencia a necessidade dessa tutela.⁴⁹²

4.6 A formação dos contratos de adesão

Esclarecida a sua natureza negocial, merece registro que o fato de que o modo de *formação* dos contratos de adesão (é dizer, dos contratos singulares realizados por adesão a cláusulas contratuais gerais) não difere, em substância, do modo de conclusão dos contratos negociados – isto é, permanece o esquema *oferta-aceitação*.⁴⁹³

Com efeito, se demitido o romantismo que geralmente eleva a fase de discussão prévia a um *status* (indevido) de elemento essencial do suporte fático do negócio jurídico bilateral, ressaí clara a permanência (e a aplicabilidade) das normas atinentes à formação do contrato pela *soldagem* entre a *oferta* (séria e completa) e a *aceitação* (congruente e inequívoca).⁴⁹⁴

Nenhuma regra impõe que o *conteúdo* da proposta negocial seja fruto de um esforço *comum* dos contraentes. De igual modo, inexistente a *necessidade* de que a proposta, para que exista como tal, seja elaborada considerando os *interesses* econômicos ou operacionais de *ambas* as partes. Também a aceitação não demanda prévia *participação* do aceitante no conteúdo proposto. Conclui-se que, bem postas as coisas, o contrato de *adesão* é concluído, no que respeita ao que é essencial para a sua contratualidade, do mesmo modo que os contratos *negociados*. E, no mais, as questões decorrentes da pré-formulação, da uniformidade e da rigidez devem inspirar proteção legal ao *aderente*, enquanto *contratante* que é.⁴⁹⁵

Perigo é *confundir* predisponente com proponente e aderente com aceitante.⁴⁹⁶

De início, vale lembrar que as posições proponente-aceitante são *intercambiantes*. Sempre que o oblato formula uma contraproposta, torna-se proponente. E vice-versa.⁴⁹⁷ De

⁴⁹² “Não existe uma *fattispecie* ‘contrato de adesão’ senão para o efeito de a lei estabelecer certos mecanismos de defesa do aderente ao ensejo da celebração do contrato singular”, isso porque, nele, “o exercício da autonomia assume extensões diferentes quanto a cada um dos contratantes, o estipulante das condições gerais, por um lado, e o aderente, pelo outro” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 33-55).

⁴⁹³ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 42.

⁴⁹⁴ “Chama-se conclusão ou celebração do contrato o momento em que o efeito da aceitação, tocando o efeito da oferta, solda os dois ou mais negócios jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 435).

⁴⁹⁵ No que tange à sua formação, “os contratos de adesão não têm uma fisionomia diversa daquela de qualquer outro contrato e não exigem, portanto, uma regulamentação diversa. [...] O fato de que as empresas industriais e comerciais, assistidas por advogados hábeis, incluem nas propostas algumas cláusulas que sejam exclusivamente a seu favor [...] são elementos de caráter econômico ou social que podem sugerir providências especiais da parte do legislador” (CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratti**. Milão: Casa Francesco Vallardi, 1915, p. 249, tradução nossa).

⁴⁹⁶ Cf.: GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 135-138.

modo que, tendo em vista o contrato singular formado por adesão a cláusulas contratuais gerais, a tentativa de atrelar o binômio proponente-aceitante, que é *móvel*, ao esquema predisponente-aderente, que é *fixo*, não colhe bons frutos.

Na verdade, a relevante correlação entre esses binômios é de outro viés.

No ambiente da contratação por adesão a cláusulas contratuais gerais, perde centralidade a conhecida e importante discussão em torno da iniciativa na *conclusão* do contrato (proponente-aceitante) e toma o seu lugar o critério da iniciativa na *determinação* do conteúdo do contrato (predisponente-aderente). As cláusulas predispostas podem ser instrumentalizadas em ofertas ao público, em ofertas diretas ou, ainda, em *invitatio ad offerendum*. Essa análise é necessariamente casuística. Inalterada remanesce a posição, porém, de quem as *preformulou* e de quem, por outro lado, apenas *aderiu*, independentemente de quem *enviou* a primeira minuta contratual ou de quem aceitou por último a versão final do contrato singular.⁴⁹⁸

É, inclusive, por essa relação *intercambiante* entre as posições de oferente e aceitante que algumas legislações fazem menção a “*proponentes* ou *destinatários* indeterminados”, já que o clausulado geral predisposto pode ser apresentado como um convite à proposta, e não como proposta. Nas duas hipóteses, porém, a tutela do aderente tem lugar.⁴⁹⁹

Nesse ensejo, fica claro que, observando o contrato singular para a *proteção* da parte aderente, é de pouca relevância indagar quem fora o proponente e quem fora o aceitante. Inclusive, dada a possibilidade da discussão das cláusulas particulares, é certo que aderente e predisponente podem trocar de posição *sucessivas* vezes. Importância reside, à evidência, em quem pré-formulou as cláusulas contratuais gerais, utilizando-as de modo uniforme e rígido.⁵⁰⁰

Também não gera diferença de relevo o fato de que, por vezes, a contratação por adesão faz uso da *reprodução* integral (ou parcial) das cláusulas contratuais gerais no instrumento singular; outras vezes, lança mão da *remissão* ao esquema-padrão constante de

⁴⁹⁷ Com efeito, “se a aceitação leva consigo alterações, é nova oferta, contra-oferta, e não aceitação, de modo que o primeiro oferente tem de aceitá-la, ou não” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 161).

⁴⁹⁸ Cf.: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 61-71.

⁴⁹⁹ Comentando o art. 1º do Decreto-Lei nº 446/85, Almeida Costa e Menezes Cordeiro anotam que, bem observada a dinâmica de contratação por adesão, o fato é que, “substancialmente, não difere a sua posição [de aderentes], quer proponham contratos assentes em cláusulas contratuais gerais, quer aceitem propostas que tenham a mesma origem. Nessa perspectiva, a letra do artigo 1º procura afastar dúvidas interpretativas” (COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. cit., p. 18).

⁵⁰⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 144-145.

outro documento; e, ainda, pode manifestar-se pela *incorporação* das cláusulas contratuais gerais em documentos preliminares ao instrumento final, como cartas-circulares ou cadernos de “políticas” do predisponente.⁵⁰¹

Em todos os casos, relevante é que tenha sido garantido ao aderente *conhecer* o teor das cláusulas contratuais gerais com *prazo* razoável antes da conclusão do contrato singular.⁵⁰²

Erige-se, pois, o requisito que a doutrina nomeia de “*dever saber formal*”. Não se exige que o predisponente tenha prova cabal de que o aderente *efetivamente* leu e compreendeu todas as cláusulas contratuais gerais predispostas. Há obrigação de meio, e não de resultado. O importante é que o aderente tenha fácil *acesso* – isto é, sem que o conhecimento do esquema-padrão se converta num ônus relevante – com *prazo* razoável ao teor das cláusulas que seriam (ou serão) inseridas no seu contrato singular. Pressupõe-se, assim, a *diligência* ordinária do contratante.⁵⁰³

A rigor, o modelo de contratação padronizada exige *diligência* ordinária tanto do *aderente* quanto do *predisponente*. Na parte da *predisposição*, é certo que devem ser adotadas, considerando-se o *perfil* e o *ambiente* do predisponente, as medidas necessárias para que as cláusulas contratuais gerais sejam *conhecidas* (e, eventualmente, *esclarecidas*) em tempo razoável tendo em mira a conclusão do contrato singular; por outro lado, na parte da *adesão*, cabe ao aderente adotar um modelo de *conduta* de diligência (volitiva e intelectual) compatível com a classe a que pertence (empresário, consumidor, etc.) e com as circunstâncias em que inserto (tempo, lugar, etc.) para tomar conhecimento e compreender o esquema-padrão que lhe foi disponibilizado.⁵⁰⁴

Nessa mesma senda, o predisponente remanesce com um dever de *clareza* – ou, ainda, de disposição para esclarecer – perante o aderente. Não basta que o aderente tenha tido fácil *acesso* ao teor das cláusulas contratuais, é necessário que estas sejam *claras* e que, todo modo, o predisponente disponha de um canal para que o aderente possa *esclarecer* eventuais

⁵⁰¹ LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 60-61.

⁵⁰² “A bilateralidade ou a plurilateralidade estabelece-se desde que o cliente conhece ou deve conhecer a cláusula negocial de ordem geral. [...] A propósito, o que mais se há de encarecer é a importância da divulgação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 66).

⁵⁰³ Acerca do “dever saber formal”, Ubaldino Miranda assinala que “há deveres bilaterais que se conjugam para a produção de um único resultado: a efetivação do consentimento. Ao dever do estipulante, de dar a conhecer ao aderente a existência de condições gerais, corresponde o dever que neste impende, de tomar conhecimento desse conteúdo, com o uso da diligência normal. O que, no fundo, se pretende, é que a alegação do desconhecimento das condições gerais, por ser comum na prática, não constitua, na realidade, uma alegação válida, precisamente porque, com a norma, pretende a lei responsabilizar as partes pela sua omissão” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 94-98).

⁵⁰⁴ Cf.: GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 196-207.

dúvidas sobre o teor do clausulado. E tudo isso num *prazo* razoável, ou seja, que não inviabilize o negócio e, por outro lado, não torne o ato de pedir informações uma *via crucis* para o aderente. Em suma, o aderente tem o direito de *conhecer e compreender* as cláusulas contratuais gerais.⁵⁰⁵

Bom exemplo desse dever do predisponente é o art. 2º da Lei de Franquia (Lei Federal nº 13.966, de 2019), quando dispõe que o franqueador (*rectius*: predisponente) deve apresentar ao interessado (*rectius*: aderente em potencial) uma *circular* de oferta de franquia com diversas informações sobre o negócio franqueado, a empresa franqueadora, a marca franqueada, os requisitos para ingresso na rede, os gastos envolvidos e outras questões operacionais, além do próprio modelo de contrato-padrão. Nessa linha, o § 1º do mesmo artigo dita que a circular deve ser disponibilizada, ao menos, dez dias antes da assinatura do contrato ou do pré-contrato.⁵⁰⁶

Todavia, a própria *contratualidade* (*rectius*: a bilateralidade à base do contrato) que timbra as cláusulas contratuais gerais impõe que o clausulado disposto a integrar o contrato singular seja de *conhecimento* e, mais, de *compreensão* do futuro aderente. Decerto que não se lança assentimento válido sobre o que não se pôde conhecer.⁵⁰⁷

Nesse ensejo, pode-se falar na existência de três *requisitos* para que a cláusula contratual geral seja considerada incluída no contrato singular: a *informação* prévia de que o esquema predisposto será utilizado no contrato a ser firmado com o aderente, sendo de relevo informar se aquelas cláusulas são de uso uniforme e repetido pelo predisponente; a *compreensão* (ou a possibilidade de compreensão) das cláusulas padronizadas, com a

⁵⁰⁵ “O aderente tem o direito de poder conhecer e de poder compreender as condições gerais que serão integradas ao contrato individual. [...] A cognoscibilidade pressupõe o atendimento da divulgação, da acessibilidade, da clareza e do esclarecimento. Compete ao predisponente provar que o aderente (não o aderente em particular, mas o aderente típico, qualquer aderente) teve facilitados meios de compreensão e conhecimento das condições gerais. No direito das condições gerais, a cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender). [...] O que importa é ter podido conhecer e ter podido compreender” (LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 114).

⁵⁰⁶ Como escreve Ticiania Benevides, “no caso do contrato de franquia, o franqueador deve prestar todas as informações referentes ao negócio, de modo que os candidatos a franqueados façam sua opção com consciência da real situação e das perspectivas do contrato a ser celebrado. [...] É com base na circular de oferta que o franqueado decide se entrará ou não na rede franqueada, iniciando uma série de investimentos para a celebração do negócio. Mesmo sendo o contrato mais amplo, mais detalhado, com informações que nem sempre o franqueado entende bem, o instrumento deve se ater ao que foi previsto na circular para que o franqueado não se surpreenda com condições não informadas e não imaginadas” (CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 49-50).

⁵⁰⁷ “O argumento maior, que ocorreria a respeito, seria o de poder o cliente contar com o *ius dispositivum*. Porém tal argumento somente pesaria no caso de se poder supor que o cliente ignoraria a cláusula negocial de ordem geral. Aí não teria havido a bilateralidade ou a plurilateralidade, o que depende de alegação e de prova. Teria de ser examinada judicialmente a espécie ou o caso” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 66, grifo original).

disponibilização de meios para o esclarecimento do teor negocial apresentado; e, por fim, a *aceitação* das cláusulas contratuais gerais, concluindo a *adesão*.⁵⁰⁸⁻⁵⁰⁹

Por isso, conquanto haja manifestações fenomênicas diversas – algumas mais comuns que outras –, a formação do contrato de adesão (isto é, do contrato singular concluído por adesão a cláusulas contratuais gerais) não se afasta do esquema clássico *oferta-aceitação*. Nesse caso, a peculiaridade resta às expensas do enfoque, que passa da observação de quem teve a iniciativa na *conclusão* do contrato (proponente-oblató) para quem teve a iniciativa na determinação do *conteúdo* do contrato (predisponente-aderente).

4.7 A questão da cláusula abusiva (e de seu controle)

Como foi observado a contratação por adesão serve de terreno fértil ao surgimento de *abusos* no ambiente da pré-formulação, dada a unilateralidade dos interesses considerados na elaboração do esquema contratual, uma das decorrências da análise teórica das cláusulas contratuais gerais foi a necessidade de estabelecer como *identificar* uma cláusula *abusiva* (ou vexatória, ou onerosa) e, após, *se e como* corrigi-la.

Conquanto haja uma série considerável de definições legais, importa ir ao núcleo conceito do que se considera *cláusula abusiva*: trata-se da cláusula pré-formulada para inserção em contratos singulares de maneira uniforme e rígida que alquebra a conduta estabelecida pelos padrões da *boa-fé* objetiva e instala *desequilíbrio* material de direitos e deveres contratuais em *prejuízo* da posição negocial do aderente.⁵¹⁰

Nessa esteira, não há sentido em exigir que a cláusula abusiva traga *vantagem* excessiva ao predisponente. O *prejuízo* ao aderente decorrente do *desequilíbrio* contratual objetivamente configurado é *suficiente* para a chamada da tutela jurídica do aderente.⁵¹¹

A posição jurídica do *predisponente* é, por si só, uma posição contratual de *vantagem*. Havendo em seu esquema-padrão elaborado adrede para a utilização rígida, repetida e uniforme nos seus contratos singulares uma cláusula que gere *desconcerto* material entre direitos e deveres contratuais, *prejudicando* a posição jurídica do aderente e tornando-a mais *onerosa*, é desnecessário instalar sindicância para saber se isso gerou *vantagem excessiva* ao

⁵⁰⁸ Cf.: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. cit., p. 89-92.

⁵⁰⁹ Defendendo que tais requisitos também se aplicam aos contratos de adesão firmados sob o pálio do Código Civil, por força da cláusula geral da boa-fé objetiva: MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002. cit., p. 201-206.

⁵¹⁰ Cf.: SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 19.

⁵¹¹ Em sentido contrário: LÓBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 155-159.

predisponente.⁵¹² Trata-se, à evidência, de vantagem *almejada* por quem utilizou da cláusula contratual geral (ou das cláusulas contratuais gerais) para alcançar tal *objetivo*, inserindo-se, pois, na sua ambiência de *risco*. Como os riscos e vantagens foram (ou deveriam ter sido) calculados pelo predisponente, o fato de o *desequilíbrio* contratual por si engendrado ter partejado uma vantagem *simples* ou uma vantagem *excessiva* não tem o condão de alterar o caráter *abusivo* da cláusula, se esta gerar *prejuízo* significativo (e objetivo) ao aderente.⁵¹³

De fato, embora deva ser observada *objetivamente* – isto é, considerando os direitos e os deveres contratuais do predisponente e do aderente para indagar de seu *equilíbrio* –, é certo que a *abusividade* de uma cláusula contratual geral está umbilicalmente vinculada à figura do *abuso* do direito e, mais especificamente, ao abuso do direito de predispor, que se materializa quando o *fim* do predisponente é a *transferência* de riscos ao aderente e o *efeito* dessa atividade é o *desequilíbrio* contratual.⁵¹⁴ Enquanto o ordenamento faculta ao sujeito a tarefa de pré-elaboração de seu esquema contratual e a aplicação deste em sucessivos contratos de modo rígido e uniforme, protege-o quando o exercício desse direito ocorre dentro da *normalidade*. O que vai além dos limites da normalidade não é uso, é abuso – e o *abuso* não deve ser tolerado.⁵¹⁵

Diante desse problema, não faltaram *propostas* de soluções sobre os *modos* pelos quais o ordenamento jurídico deveria repelir as cláusulas abusivas (ou vexatórias).⁵¹⁶

Existe a proposição de solução dos eventuais abusos gerados no ambiente da contratação por adesão por meio do assim chamado controle *privado*. Em suma, busca-se que o *ajuntamento* de aderentes (ou de potenciais aderentes) em grupos ou associações para que, nessa abordagem *coletiva*, diminuam a *disparidade* de forças contratuais e negociem com o predisponente a *eliminação* ou a alteração de cláusulas contratuais gerais abusivas. Funcionaria como uma *negociação* coletiva para a formulação de um contrato *normativo* a ser

⁵¹² “Dá-se a designação de cláusulas abusivas, nos contratos de adesão, a um conjunto de estatuições, contidas em regra nas condições gerais, que podem ser predispostas pelo contratante que as formula e que, redundando em seu exclusivo benefício, são de molde a gerar significativo desequilíbrio contratual” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 167).

⁵¹³ O timbre das cláusulas abusivas reside precisamente no fato de que estabelecem “em favor do predisponente faculdades ou direitos não compensados com outros na posição contratual do aderente”, sendo desnecessária a demonstração de uma vantagem excessiva, eis que se revela suficiente a percepção de que “desequilibram a normalidade das posições contratuais” (GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 85, tradução nossa).

⁵¹⁴ Cf.: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. cit., p. 1.039-1.045.

⁵¹⁵ Como já alertara Pontes de Miranda, “é óbvio que é dentro dos limites do conteúdo dos direitos é que esses se devem exercer. [...] Onde se vai além dos limites, o ato já não é exercício, é ato ilícito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo VI. São Paulo: Borsoi, 1955, p. 80).

⁵¹⁶ Com um resumo adequado dos modos de controle das cláusulas abusivas: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 107-113.

reproduzido em contratos-tipo. Porém, essa conjugação revela-se, de fato, impossível em muitas áreas do mercado, mormente pela natural *dispersão* da massa de aderentes (potenciais ou efetivos).⁵¹⁷

O direito brasileiro não desconhece essa tentativa. No âmbito empresarial, o exemplo mais clangoroso, provavelmente, é a *convenção* de marca prevista na assim chamada Lei Ferrari (Lei Federal nº 6.729, de 1979), em que se estabelece a *legitimidade* de uma entidade *representativa* das concessionárias (aderentes) para *negociar* com a concedente (predisponente) sobre pontos relevantes para a rede de distribuição (uso da marca, sistema de garantia, fixação de área, reajustes anuais, margem de preço, etc.).⁵¹⁸

Conquanto se trate de medida *benéfica* – já que avulta o espectro de *negociação* sobre determinadas secções dos contratos padronizados, *empoderando* os aderentes e objetivando correções *orgânicas* –, é de se ter em conta que essa possibilidade de negociação coletiva *não* resolve todos os problemas. Não se forma, por meio da negociação coletiva, uma muralha *intransponível* às abusividades da parte do predisponente, notadamente (mas não só) quando a entidade representativa, embora tenha *voz* ativa, não tenha à mão *instrumentos* legais para “ameaçar” o utilizador de cláusulas padronizadas. É da experiência geral que a negociação coletiva não pode funcionar como anteparo impeditivo para *outras* formas de controle de conteúdo, pois é possível que cláusulas abusivas sobrevivam a essa negociação.⁵¹⁹

Há também a proposta do controle *administrativo* das cláusulas abusivas. Funda-se na ideia de atribuir a determinados órgãos da Administração Pública o poder de *avaliar* cláusulas contratuais gerais utilizadas pelo predisponente e *concluir* sobre seu caráter abusivo ou não. Geralmente realizado de modo *prévio* ao implemento dessas cláusulas nos contratos singulares, revelando-se *preventivo*, é comum que os órgãos administrativos imbuídos dessa função de controle não tenham mais do que o poder de *recomendar* alterações ou supressões, sendo ausente o poder de *vetar* ou *punir* o uso de certas cláusulas.⁵²⁰

Apesar de todos os méritos do controle *preventivo* – que tende a inibir o uso de cláusulas já declaradas abusivas por um órgão da organização estatal –, as críticas a esse

⁵¹⁷ GARCIA-AMIGO, M. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. cit., p. 174-176.

⁵¹⁸ DUFLOTH, Rodrigo; PERIM, Paula Abi-Chahine Yunes. Contratos de distribuição: questões controversas e tentativa de sistematização. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, nº 5, jul-set/2017.

⁵¹⁹ Segundo Ribeiro, “nem o repensamento do princípio da liberdade contratual, regenerador do seu fundamento e sentido material emancipatório, nem a sua transposição para quadros associativos, se mostraram, na verdade, capazes de aprontar soluções, não só justas, como também operativas e eficazes” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. cit., p. 124).

⁵²⁰ Sobre o controle administrativo na França e na Suécia: MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. cit., p. 105-106.

sistema estão centradas em dois pontos: de um lado, teme-se a *burocratização* excessiva das atividades dos predisponentes, interferindo demasiadamente na livre iniciativa, e, de outro, desconfia-se da eficácia social dessas *recomendações* emitidas pelos órgãos administrativos, já que lhes falta imperatividade para impedir o uso das disposições censuradas.⁵²¹

É relevante notar que, mesmo quando há *aprovação* administrativa do uso da cláusula isto é, a declaração de que não foi considerada abusiva –, isso não impede a ulterior provocação do seu controle *judicial*. Não se pode perder de vista que o órgão administrativo, de regra, atua para averiguar se a cláusula padronizada não infringe nenhum dos preceitos que tem por *padrão*, mas o órgão judicial está autorizado a, aplicando o direito à espécie, considerar outros preceitos, inclusive mais abertos, para declarar a *abusividade* da disposição. Em suma, a aprovação administrativa não *imuniza* a cláusula contratual geral.⁵²²

Poder-se-ia cogitar haver controle administrativo preventivo também quando o órgão estatal não-judiciário usa do *poder* regulamentar (ou delegado) que possui para *ditar* as regras a serem observadas nos contratos padronizados de determinado ramo ou setor. Porém, o que há nessa espécie não é controle de cláusulas contratuais gerais, mas estabelecimento de regra de observância *obrigatória*, influxo *objetivo* sobre o conteúdo do contrato. Nessa hipótese, pois, mingua a própria *contratualidade*, pressuposto da figura.⁵²³

Fala-se, ainda, no controle *legislativo* das cláusulas contratuais gerais. Em sentido *lato*, essa modalidade pode abranger as demais, como quando da previsão legal de um órgão administrativo de controle ou do estímulo legal às negociações coletivas. Em sentido *estrito*, porém, o chamado controle legislativo é manifesto no adensamento de normas *cogentes* em detrimento das regras *dispositivas*, minguando o poder de predisposição do utilizador de cláusulas contratuais gerais. Comumente, há a elaboração legal de uma *lista* (taxativa ou exemplificativa) de cláusulas (absoluta ou relativamente) *proibidas* com o fito de apertar os limites da pré-formulação do predisponente. Porém, também há *controle* legislativo quando,

⁵²¹ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 77-78.

⁵²² “O conteúdo administrativo, em todas as suas modalidades, tem a vantagem de ser preventivo e de propiciar melhores condições para atingir o objetivo da proteção do aderente, porque dispensa a sua iniciativa de atacar os abusos. A despeito da sua eficácia, não priva o prejudicado à prestação jurisdicional. Se as condições estatuídas no regulamento estatal ou no regulamento aprovado forem iníquas, excessivamente onerosas ou muito prejudiciais, à parte inconformada, numa relação concreta, é livre o acesso judicial” (GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 112-113).

⁵²³ GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 207-211.

em lugar de um rol de cláusulas vexatórias, sobrevém a opção por uma vedação mais *geral* e abrangente, fundada numa cláusula geral – como a boa-fé objetiva.⁵²⁴

É também hipótese de *controle* legislativo a edição de normas cogentes que estabeleçam *requisitos* especiais para a *existência* e a *validade* de contratos singulares firmados por adesão a cláusulas contratuais gerais, bem como de regras que direcionem a *interpretação* desses pactos. De fato, é o ordenamento jurídico positivo, incluído aí a lei, o mais potente quebra-mar contra os abusos potenciais da contratação por adesão.⁵²⁵

Por derradeiro, geralmente funcionando como última trincheira contra as cláusulas vexatórias, há o controle *judicial*, que é *multiforme*. Pode revelar-se *preventivamente*, nos ordenamentos em que se admite a provocação judiciária para que o predisponente opere a *abstenção* do uso de cláusulas consideradas abusivas; isto é, impede-se a inserção da cláusula nos contratos singulares. Porém, pode ocorrer também por meio da *revisão* dos contratos singulares firmados por adesão a cláusulas contratuais gerais, sindicando a (in)validade das cláusulas impostas pelo predisponente e, se o caso, decretando a sua *nulidade* para desatar o aderente de seu teor vexatório. Também é hipótese desse tipo de controle a *interpretação* judicial das cláusulas contratuais gerais, nomeadamente quando sobrevém o uso da regra hermenêutica *contra stipulatorem*, a leitura *restritiva* das cláusulas favoráveis ao predisponente e a *harmonização* de cláusulas com a prevalência das disposições negociadas.⁵²⁶

Embora o controle judicial de regra se revele a última instância de defesa do aderente, é certo que também apresenta problemas operacionais. Tendo em conta que este depende de *provocação* do interessado, e esta geralmente é realizada de modo *individual*, a atuação do Poder Judiciário para a corrigenda das cláusulas contratuais gerais é criticada por ser *casuística* e, de regra, *individual*. De mais a mais, não é raro que a *lentidão* da resposta jurisdicional torne atrativo ao predisponente arriscar a inclusão de uma cláusula padronizada que sabe abusiva nos seus contratos, porque, dentro do universo de lesados por sua conduta, nem todos provocarão o aparato judiciário e, dentre os que provocarem, nem todos obterão a tempo e modo a sua tutela jurisdicional – situação que não raramente torna vantajoso o uso de cláusulas vexatórias, já que, quando decretada a nulidade, é possível que o aderente já tenha

⁵²⁴ Cf.: MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002. cit., p. 113-127.

⁵²⁵ GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 239-242.

⁵²⁶ Cf.: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. cit., p. 107-110.

experimentado o prejuízo e o predisponente já tenha auferido os seus ganhos, inclusive em larga escala.⁵²⁷

Todo modo, mormente nos sistemas em que o controle *legal* é realizado pela edição de uma cláusula *geral* de controle, é certo que o controle *judicial* não pode ser dispensado. Nesse contexto normativo, é graças à arte e ao engenho do labor judiciário, debruçado sobre o caso (e sobre o contrato) concreto, que se promove a *tutela* jurídica do aderente, mormente pela *nulificação* das cláusulas abusivas e pela conferência de *interpretação* adequada das cláusulas contratuais gerais, em ordem a reparar o *desequilíbrio* substancial das posições contratuais.⁵²⁸

No que respeita à *adesão* (e à *padronização* contratual), é o que basta consignar para que este escrito continue.

⁵²⁷ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 77-78.

⁵²⁸ “Impõe que se avalie a abusividade da cláusula tendo-se em conta o contexto global do contrato em que a cláusula questionada se insere, pondo-se em conjugação as diversas cláusulas que o constituem, bem podendo ser que a desvantagem de uma cláusulas, desse modo mais aparente que real, seja compensada com a vantagem atribuída ao aderente em outros pontos do regulamento contratual. [...] Se o controle judicial não visa a coerência econômica das prestações principais, deve, todavia, ter-se em conta a efetiva incidência que as posições jurídicas das partes exercem, no seu conteúdo substancial, sobre a prossecução pelos contratantes dos próprios interesses (até mesmo econômicos)” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 181-185).

5 DA TUTELA JURÍDICA DO EMPRESÁRIO ADERENTE

“Que a marca registrada do mundo é a traição”

(RAIMUNDO CARRERO)

5.1 Considerações iniciais: aderente, mas empresário, mas aderente

Tendo sido assentadas as *premissas* e afastados os *pseudocritérios*, é de se ver que a *tutela* devida pelo ordenamento jurídico ao *aderente* não o é em virtude de suas características *subjetivas*, mas em razão de ter sido envolvido em um *processo* de contratação que, por sua compleição individual e coletiva, apresenta uma série de *riscos* típicos – e é contra esses *riscos* típicos que o aderente deve ser *protegido*, independentemente de estar inserto numa relação consumerista ou interempresarial.⁵²⁹

Durante muito tempo, a produção *doutrinária* sobre a contratação padronizada – profundamente ocupada (e preocupada) com os *perigos* das cláusulas contratuais gerais nas relações de *consumo*, nas quais as *debilidades* do aderente se ajuntam a outras *assimetrias* e *vulnerabilidades* – deixou fora das luzes o fato de que também há contratação por adesão entre *empresários* e que isso nem sempre significa *sujeição* (ou dependência) econômica.⁵³⁰

De fato, a premissa do *profissionalismo* que timbra a atuação do empresário, o ambiente de *risco* assumido em que está inserto e o objetivo-mor do *lucro* tornam, ao menos numa primeira impressão, *inadequada* a concessão de alguma tutela *protetiva* ao empresário contratante. Pressupõe o ordenamento jurídico que o empresário, quando contrata no ambiente de sua atividade econômica, é sujeito capaz de *tutelar-se*, tornando despidendo qualquer controle externo quanto ao acerto firmado nesse ambiente.⁵³¹

Essa primeira impressão, porém, não se sustém.

É certo que existem *assimetrias* também na seara dos contratos *interempresariais*. O próprio Código Civil, por meio do art. 421-A, estabelece que, em se tratando de contrato firmado entre empresários, subjaz ao pacto a *presunção* de que o acerto foi paritário e

⁵²⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 184-192.

⁵³⁰ Cf.: GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. Padova: CEDAM, 1954, p. 156.

⁵³¹ “Por conta da adoção do padrão de comportamento do homem ativo e probo, ou dos ‘comerciantes cordatos’, o ordenamento jurídico autoriza a pressuposição de que o agente econômico, de forma prudente e sensata, avaliou os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vinculou-se. O sistema supõe que, naquele momento, o mercador entendeu que o contrato ser-lhe-ia vantajoso; essa expectativa pode até restar frustrada – e aí reside o risco do negócio” (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 120-122).

simétrico, de modo que aquela alocação de *riscos* deve ser respeitada e a *revisão* do quanto avençado consolida-se como medida *excepcional* em seu cabimento e *limitada* em sua extensão. Todavia, essa presunção é *relativa*, de modo que, em sendo afastada essa *praesumptio iuris tantum*, o contrato resta exposto ao *controle* judicial e à eventual *revisão* dos riscos alocados.⁵³²

Di-lo o ordenamento jurídico: nem todo contrato empresarial é paritário e simétrico.

Com efeito, a assimetria *informacional*, a dependência *econômica* e a disparidade de forças *contratuais* configuram exemplos clangorosos do que pode acometer um contrato empresarial e, assim, torná-lo *suscetível* ao reexame de conteúdo.⁵³³

É nesse contexto que surgem os *contratos empresariais de adesão* (ou firmados por adesão a cláusulas contratuais gerais) como objeto de estudo.

De um lado, o dado da *empresarialidade*, em regra, qualifica do contrato ao ambiente de aplicação menos preocupada do *pacta sunt servanda* e de *adelgamento* das operações judiciais interventivas. Doutro lado, porém, a adoção do modelo de *adesão* a cláusulas contratuais gerais (*predispostas* unilateralmente de modo *rígido* e *uniforme*), por sua sumariiedade e por representar uma espécie de *assimetria*, reclama um olhar mais *rigoroso* sobre as soluções previstas no contrato singular. Na expressão de Pardolesi, uma “*encruzilhada*”.⁵³⁴

Surge, assim, em razão desses influxos de diferentes matizes, o ajustamento de uma “*tutela diferenciada e menor*” concedida ao empresário aderente, mormente quando comparada àquela que se subministra ao consumidor aderente.⁵³⁵ Fala-se, inclusive, que a tutela deferida ao empresário aderente só deve resguardar o “*mínimo essencial*” para a justiça contratual.⁵³⁶

⁵³² Nesse sentido: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 309-325.

⁵³³ Por todos, com profundidade sobre o tema no direito brasileiro: CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, *passim*.

⁵³⁴ Cf.: PARDOLESI, Roberto. Clausole abusive e “terzo contratto”. **Il Foro Italiano**, Roma, vol. CXLV, mai/2020, p. 197-211.

⁵³⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 196.

⁵³⁶ “As proibições cominadas a respeito das relações entre empresários ou os que se dediquem a profissões liberais, ou entre uns e outros, surgem como um mínimo requerido para a utilização justa das cláusulas contratuais gerais” (COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1991, p. 49).

Com efeito, havendo a regulação do Código de Defesa do Consumidor, a inclusão no Código Civil de 2002 – diploma destinado a regular os contratos civis e empresariais – de normas que tratam especificamente sobre a contratação por *adesão* a cláusulas contratuais gerais (art. 423 e art. 424) está para solapar qualquer dúvida acerca da existência de alguma *tutela* jurídica ministrada pelo ordenamento jurídico nacional ao empresário aderente.⁵³⁷

Dúvida reside é na *extensão* dessa tutela.⁵³⁸

De fato, a solução medianeira deve, necessariamente, harmonizar o cariz *profissional* da atividade do empresário – dando o devido lugar à sua autorresponsabilidade e respeitando a sua assunção de riscos – e a *assimetria* existente na contratação padronizada – ressaltando a disparidade de forças contratuais que marca a contratação por adesão, notadamente em razão da falta de influência do aderente na determinação do conteúdo contratual.

Há um razoável *consenso*, a essa altura da discussão doutrinária e da produção legislativa, em torno da possibilidade (e da necessidade) de submeter a algum *controle* de conteúdo sobre as cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos singulares firmados entre *empresas* no curso de suas respectivas atividades econômicas organizadas. Todavia, tal controle não pode ocorrer nos mesmos *moldes* da proteção vigente no ambiente de consumo, porque não há comunhão de premissas. Nesse contexto, a *tutela* jurídica do aderente é realizada, por assim dizer, em duas *velocidades*: uma mais *célere* e assertiva, que rege os contratos consumeristas, e uma mais *lenta* e cautelosa, que regula os contratos empresariais. Essa *cautela*, que deve presidir a tutela do empresário aderente, torna complicada (e pouco recomendável) a apresentação de uma *lista* de cláusulas abusivas, porque os *riscos* naturalmente assumidos pelo sujeito no desenvolvimento de sua atividade econômica organizada com o objetivo do *lucro* pode ensejar casos em que certa cláusula, conquanto pareça *íniqua* isolada ou aprioristicamente, seja justificável pelo seu contexto, seja contratual, seja mercadológico.⁵³⁹

⁵³⁷ “Nos contratos celebrados entre empresas e seus fornecedores rurais, em contratos empresariais (celebrados entre empresas e com finalidade empresarial, nos moldes dos arts. 966 e 981 e seguintes do CC, ou seja, não sendo uma dessas a destinatária final), existirão cláusulas contratuais gerais e, potencialmente, poderão existir cláusulas abusivas. [...] Mesmo explorando todas as potencialidades de expansão das previsões legais, não é possível chegar, sem dificuldades, a um sistema integrado na disciplina das cláusulas abusivas” (MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 144-145).

⁵³⁸ Reconhecendo, por todos, a pequena produção doutrinária, até o momento, sobre os contratos empresariais de adesão: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. cit., p. 65-66.

⁵³⁹ Para Roberto Pardolesi, o controle de conteúdo das cláusulas contratuais gerais nos contratos interempresariais deve ser fundado em “regulações autóctones”, isto é, não pode se divorciar dos pressupostos que títimam a análise dos contratos empresariais em geral: PARDOLESI, Roberto. Clausole abusive e “terzo contratto”. **Il Foro Italiano**, Roma, vol. CXLV, mai/2020, p. 197-211.

Mesmo nas legislações em que houve a opção por um *rol* de cláusulas contratuais *proibidas* para inserção em contratos interempresariais, como a portuguesa, apesar de existir um elenco de disposições vedadas *absolutamente*, forma-se ao seu lado uma extensa lista de cláusulas proibidas apenas relativamente, nas quais o órgão julgador, a contar do caso concreto que lhe é submetido para análise, ostenta uma sensível discricionariedade para preencher de sentido as normas abertas e os conceitos jurídicos indeterminados (“antecipações *exageradas*”, “comportamentos *supérfluos*”, “prazo *razoável*”, “*graves inconvenientes*”, “*dispêndios consideráveis*”, etc.).⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹

Nesse ensejo, o Código Civil brasileiro optou pelo uso de cláusulas *gerais* e de conceito jurídicos *indeterminados* para tratar do controle *conteudístico* dos contratos empresariais de adesão. O recurso geral ao padrão da *boa-fé* objetiva (art. 422), a prevalência da interpretação *favorável* ao aderente (art. 423) e o recurso específico à vedação da *renúncia* a direito intrínseco ao contrato (art. 424) são guias *abertos* de valoração da *conduta* do predisponente e da *validade* das cláusulas contratuais gerais por si utilizadas, bem como da *posição* contratual do aderente. Naturalmente, essa postura de optar por normas *abertas*, conquanto esteja no espírito geral do Código e mais *adequada* às nuances da contratação empresarial, tem o efeito de conferir maiores poderes ao órgão julgador para aferir existência, validade e eficácia desses contratos.⁵⁴²

Em suma, promover a tutela do empresário aderente não significa tratá-lo como consumidor, mas como aderente, justamente porque a contratação por adesão não é um fenômeno atômico monopolizado pelo direito consumerista.

E esse é o ponto de partida para o correto delineamento da tutela jurídica do empresário aderente.

5.2 Delineando o modo de tutelar o empresário aderente

Convém lembrar que a tutela jurídica do empresário *aderente* pode conviver – e não é incomum que conviva – com outras, como é o caso da proteção devida ao empresário

⁵⁴⁰ Cf.: SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 256-257.

⁵⁴¹ A escolha legislativa foi justificada pelo fato de que os empresários “situam-se e conhecem melhor do que os consumidores finais” e, ainda, “as actividades empresariais ou similares requerem, no seu desenvolvimento, o dinamismo do tráfico jurídico” (COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. cit., p. 38)

⁵⁴² GOMES, Tadeu Alves Sena. O contrato de adesão entre sociedades empresárias. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 76, abril/2017, p. 115-145.

contratante em regime de *dependência* econômica. Todavia, essas *tutelas* não devem ser confundidas, eis que possuem pressupostos e regimes consideravelmente *diversos*.⁵⁴³

É de se ter em conta, inclusive, que a manifestação da *dependência* econômica entre empresários *prescinde* de qualquer padronização contratual, podendo ser levada a cabo em projeções singulares. E, ainda que o empresário dependente seja também aderente, será necessário estabelecer a *fronteira* entre o que lhe foi imposto pela predominância *econômica* da contraparte sobre a sua atividade econômica – isto é, pela dependência – e o que lhe foi imposto pelo projeto contratual *uniformizador* da contraparte – ou seja, pela adesão.

De igual modo, a tutela do empresário aderente não exclui a sindicância geral acerca dos *vícios* de consentimento, o que ressaí como *conclusão* natural de ser a adesão uma manifestação de *vontade*.⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵ Conquanto alguns vícios sejam de difícil delineamento no âmbito dos contratos firmados por adesão a cláusulas contratuais gerais, em razão do modo *sumário* como essa vontade é exteriorizada, não se pode demitir em absoluto a possibilidade de anulação de um contrato empresarial de adesão por *vício* de vontade, mormente nos casos em que a assimetria informacional entre predisponente e aderente não é corrigida de modo satisfatório. Exemplo relevante dessa possibilidade é a previsão de *anulabilidade* de contrato de franquia quando o predisponente for *omisso* ou *falsear* informações na sua circular de oferta.⁵⁴⁶

Numa palavra: sem prejuízo de outras tutelas fundadas em outros motivos e com outros matizes, tutela-se o empresário aderente pelo seu envolvimento num *processo* de contratação pré-formulado, uniforme e rígido. E, nos lindes do possível e do lícito, os *riscos* típicos desse processo devem ser evitados.

Nessa altura, convém indagar qual é o objetivo da normatividade que incide sobre a contratação por adesão a cláusulas contratuais gerais.

O primeiro objetivo, naturalmente, é reconhecê-la como *legítima*. Vigentes o primado da *liberdade* contratual e a regra da *atipicidade*, o ordenamento jurídico, ao regular apenas

⁵⁴³ Sobre a configuração da dependência econômica entre empresários: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 66-69.

⁵⁴⁴ Nesse sentido, por todos: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87-94.

⁵⁴⁵ “Se o ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade, para que ele se aperfeiçoe faz-se mister que essa vontade, efetivamente, se externe livre e conscientemente. Se tal incoorre, falta o elemento primordial do ato jurídico, que, por isso mesmo, não pode prevalecer. Se a vontade traz em seu bojo um defeito que a vicia, o ato por ela aparentemente gerado é suscetível de ser desfeito” (RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 9-11).

⁵⁴⁶ Com cautelosa análise sobre o tema: FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de; RIZZARDO FILHO, Arnaldo. Função, elementos e vícios da circular de oferta de franquia: uma análise crítica do art. 2º, § 2º, da lei 13.966/19. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1.026, abril/2021, p. 197-209.

pontualmente as questões exsurgentes da contratação padronizada sem proibi-la, deixa claro que, ressalvadas as excepcionalidades que a própria lei irá prever, o predisponente age em exercício *regular* de direito ao *formular* o seu esquema-padrão e ao *inserir* o seu conteúdo nos contratos que firmará no exercício de sua atividade econômica de modo rígido e uniforme.⁵⁴⁷

Como que em resposta ao primeiro, o segundo objetivo é impor-lhe *limites*. Partindo da percepção dos *benefícios* que o predisponente extrai do uso do seu clausulado padronizado (pré-elaborado especialmente para inclusão uniforme e inegociável) e da sua *favorável* posição contratual criada por esse *processo* uniformizador (que não se completa sem a diminuição da liberdade contratual do aderente), o sistema jurídico cria *barreiras* (ainda que mínimas) para que essa situação favorável não viabilize o *abuso* e o *desequilíbrio*.⁵⁴⁸

Limita-se o uso para evitar o abuso. Mas é de se ver que esse segundo objetivo ostenta os meandros consideravelmente *sinuosos*.

Considerando-se a contratação entre *empresários*, que se presumem *capazes* de operar a imposição de limites privados às vantagens e às desvantagens que estão dispostos a perseguir e suportar, respectivamente, nas suas atividades econômicas, isto é, de impor os *limites* do proveito e do prejuízo potencialmente advindos do contrato que firmaram, o controle externo (legal ou judicial) sobre o conteúdo do pacto surge como algo de *excepcional e restrito*.⁵⁴⁹

Conquanto não seja unânime,⁵⁵⁰ a exigência do padrão da *boa-fé* objetiva sempre norteou a busca desses limites. Merece registro o fato de que, antes de qualquer legislação específica no âmbito nacional, Orlando Gomes, ainda que ressalvando os perigos de seu uso, já defendia a aplicação da boa-fé para a *contenção* dos ímpetus expansionistas do predisponente. Funcionaria, assim, a boa-fé como vetor de *integração* dos contratos de adesão, gerando deveres gerais de conduta para o predisponente, e como vetor de *limitação*,

⁵⁴⁷ Como apontou Genovese, “o ordenamento jurídico concede o seu favor às c.g.c. [condições gerais de contrato] como expressão de vontade geral e da autonomia privada do predisponente” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 157, tradução nossa).

⁵⁴⁸ Cf.: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 164.

⁵⁴⁹ Na expressão de Paula Forgioni, no tratamento dos contratos empresariais, deve ser reconhecido que a liberdade contratual (e econômica) possui “quadrantes mais largos” (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 117).

⁵⁵⁰ Para Garcia-Amigo, a boa-fé, quer por sua configuração, quer por sua extensão, não poderia servir, por si só, como limitador do poder de predispor, auxiliando, no máximo, a interpretação das cláusulas contratuais gerais: GARCIA-AMIGO, M. **Condicionales generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 242-271.

impondo restrições ao exercício de direitos advindos do esquema-padrão imposto de modo rígido e uniforme no contrato singular firmado com o aderente.⁵⁵¹

Mesmo nos casos em que o ordenamento prevê *listas* de cláusulas contratuais gerais abusivas (e proibidas, seja relativa ou absolutamente), é de se observar que os itens ali elencados, de regra, não passam de *projeções* particulares da cláusula geral da *boa-fé* objetiva – funcionando esta como *princípio e fim* desse controle.⁵⁵²

No entanto, a boa-fé objetiva não surge no horizonte como um bloco monolítico de soluções prontas para o tratamento das cláusulas contratuais gerais. Sua feição de *cláusula geral*, marcada pela abertura e pela mobilidade, afirma a sua posição de norma que *intermediará* a solução dos conflitos surgidos entre predisponentes e aderentes. No ambiente empresarial, o padrão de conduta da boa-fé é *peculiarizado*, ganhando dimensões próprias, pela noção de mercado e pelos influxos da atipicidade e da liberdade econômica, bem como pela influência dos usos comerciais, gerando uma espécie de “probidade específica”.⁵⁵³

Por mais que seja tentadora a ideia de promover a chamada “garantia da justeza” nos contratos firmados por adesão a cláusulas contratuais gerais, é certo que não se pode colocar o órgão julgador em posição de *contratar* em lugar do empresário aderente, *elucubrando* qual teria sido a solução contratual eleita na hipótese de o contrato *sub judice* ter sido efetivamente negociado entre as partes. Para além da própria *inadequação* desse proceder no âmbito da contratação entre empresas, não se pode perder de vista que o processo de negociação não é um exercício *asséptico* de racionalidade transcendente. Negociar também é exercer *poder*. E, nesse contexto, o que resta é indagar a *liceidade* da extensão do aproveitamento que o predisponente obteve por meio de seu esquema-padrão em detrimento do aderente.⁵⁵⁴

Tratando-se de contrato empresarial, ainda que se verifique assimetria, é de se perceber inviável a proposta de batê-lo em *revista* por inteiro a fim de garantir um equilíbrio aritmético de vantagens e desvantagens, de riscos e lucros. É caso de intervenção *pontual*.

Chancelar alguma espécie de controle *integral* do contrato empresarial firmado por adesão a cláusulas contratuais gerais eliminaria todo o contributo do dado da

⁵⁵¹ Citando decisão do Supremo Tribunal Federal que seguiu essa linha de inteligência na longínqua data de 11.10.1947, Gomes defende que, “enquanto faltar remédio legislativo para o contrato de adesão, o juiz haverá de extrair do princípio da boa-fé dos contratos, na sua mais ampla acepção, a solução para coibir os abusos a que se presta, tutelando, com a invalidação das cláusulas iníquas, o aderente” (GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 161).

⁵⁵² Cf.: SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 255-259.

⁵⁵³ Cf.: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. cit., p. 301-310.

⁵⁵⁴ Cf.: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 208-217.

empresarialidade, operando uma espécie de *deslocamento* forçado do negócio firmado para um ambiente de ausência de riscos.

É presidida, pois, a composição dessa *tutela* jurídica deferida ao empresário aderente pela ponderada (e sóbria) limitação aos abusos do predisponente, seja na *formação* do contrato, seja quanto à *validade* de suas cláusulas, seja na sua *interpretação*.

5.3 A tutela do empresário aderente na formação do contrato

Tendo em conta que o contrato de adesão (isto é, formado por meio da adesão a cláusulas contratuais gerais) é o fruto de um *processo* diferenciado de contratação, a tutela jurídica do empresário aderente começa é na análise de sua *formação*.

Mais especificamente, a tutela jurídica do empresário aderente começa com as garantias de *cognoscibilidade* e de *esclarecibilidade* das cláusulas contratuais gerais – que são permeadas pelos conceitos de “dever saber formal”, “diligência ordinária” e “tempo hábil”.

Com efeito, a regular *formação* do contrato de adesão pressupõe que o teor das cláusulas contratuais gerais tenha sido feito *cognoscível* ao aderente. É *ônus* do predisponente, para fazer prevalecer a sua solução negocial, a *informação* ao aderente acerca da *existência* e do *conteúdo* das cláusulas contratuais gerais que pretende incluir no contrato singular. Essa garantia deferida ao aderente é *limitada*, pois não se onera o predisponente com a obrigação fazer as cláusulas efetivamente conhecidas do aderente; o sistema satisfaz-se com a *cognoscibilidade* dessas cláusulas, perfazendo, assim, uma obrigação de *meio* do predisponente, e não de resultado. Uma vez *viabilizado* o conhecimento das cláusulas, o demais (isto é, a sua efetiva leitura) fica por conta e risco do aderente, em sua esfera de *autorresponsabilidade*, o que se potencializa no âmbito interempresarial.⁵⁵⁵

Mas os ônus do predisponente não cessam na *cognoscibilidade* de seu esquema-padrão. É necessário que opere também a *esclarecibilidade*, isto é, deve o predisponente apresentar as suas cláusulas contratuais gerais de modo que seja possibilitada uma *efetiva* tomada de *conhecimento* do seu teor. O aderente deve contar com algum meio eficaz de

⁵⁵⁵ Nesse sentido: “As condições gerais, para que possam produzir efeitos, têm de ser cognoscíveis ao aderente. Consequentemente, ao direito do aderente à cognoscibilidade corresponde o dever do predisponente de informar” (LÓBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 109-110).

esclarecimento disposto pelo predisponente acerca do *conteúdo* e do *significado* das cláusulas contratuais gerais que serão inseridas em seu contrato singular.⁵⁵⁶

Cumpridos pelo aderente os ônus da *cognoscibilidade* e da *esclarecibilidade* de suas cláusulas contratuais gerais, instala-se o regime do “dever saber formal”. Noutras palavras, torna-se *insubsistente* qualquer alegação do empresário aderente no sentido de que não conhecia ou de que não compreendia as cláusulas contratuais gerais às quais aderiu. Essa construção, conquanto ficcional, é indispensável à contratação padronizada, protegendo a posição contratual do predisponente probo.⁵⁵⁷

Tais ônus do predisponente, porém, não são sempre iguais. É em vista das características do aderente que se calibra a “diligência ordinária” que lhe será cobrada para julgar a *idoneidade* da contratação. Trata-se, à evidência, de um conceito jurídico *indeterminado* que, considerando características subjetivas, estruturais e conjunturais, pretende circunscrever qual é a linha de *conduta* que o sistema jurídico *pressupõe* que deverá ser adotada pelo aderente que tem disponível ao seu conhecimento e ao seu esclarecimento o teor de cláusulas contratuais gerais que serão inseridas em seu contrato singular.⁵⁵⁸

Sendo o aderente empresário, a ordinária diligência presumivelmente é *superior*. Como a contratação, ainda que por adesão, é realizada dentro da atividade econômica que o próprio aderente exerce de modo *profissional* com assunção de *riscos* e finalidade lucrativa, o sistema pressupõe que terá maior *motivação* para conhecer e compreender o esquema-padrão apresentado pelo predisponente. Embora sejam consideráveis outros dados fáticos pessoais (v.g., experiência do aderente) e conjunturais (v.g., extensão do clausulado e tempo para apreensão), a regra vigente é a de que o sistema não pode se compadecer do empresário aderente que, sendo-lhe possível o conhecimento e o esclarecimento, aderiu a cláusulas contratuais gerais que não conheceu nem compreendeu.

⁵⁵⁶ “Não basta, neste contexto, a pura notícia da ‘existência’ das cláusulas contratuais gerais, nem sua indiferenciada ‘transmissão’. Exige-se ainda que à contraparte do utilizador sejam proporcionadas condições que lhe permitam aceder a um real conhecimento do conteúdo, a fim de, se o quiser, formar adequadamente a sua vontade e medir o alcance das suas decisões” (SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 233-235).

⁵⁵⁷ “O que, no fundo, se pretende, é que a alegação do desconhecimento das condições gerais, por ser comum na prática, não constitua, na realidade, uma alegação válida, precisamente porque, com a norma, pretende a lei responsabilizar as partes pela sua omissão” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 94-98).

⁵⁵⁸ “O predisponente deve realizar a atividade necessária para que as c.g. [condições gerais] sejam levadas a um ponto no espaço e num momento cronológico em relação ao qual o sujeito que está contratando não deva fazer mais, se quer conhecê-las, do que um esforço que não exceda a ordinária diligência” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 185-196, tradução nossa).

Surge, então, o último dado relevante: o *tempo hábil*. É insuficiente que o empresário aderente tenha meios para o conhecimento e a compreensão do esquema-padrão disposto pelo predisponente, se não houver um lapso *temporal* compatível com essas atividades. Considerando-se a *extensão* e a *complexidade* do conjunto de cláusulas contratuais gerais predispostas, o aderente deve ter facultado um *prazo* compatível com os ônus do predisponente relativos à cognoscibilidade e à esclarecibilidade do clausulado predisposto para analisá-lo.⁵⁵⁹

De fato, é de se reconhecer que a concessão de um prazo muito *curto* para a tomada de conhecimento de um esquema-padrão *longo* e complicado, ainda que sob os influxos do dever de diligência do empresário, significará, de regra, o *descumprimento*, total ou parcial, dos ônus do predisponente, notadamente no que respeita ao tempo necessário para requerer e obter os esclarecimentos que reputar necessários.⁵⁶⁰

Quanto à *formação* do contrato interempresarial de adesão, os conceitos de “dever saber formal”, de “diligência ordinária” e de “tempo hábil” restam entrelaçados, inclusive semanticamente. O sistema só *presume* que o empresário aderente conheceu e compreendeu – e, portanto, aceitou – as cláusulas contratuais gerais que seriam cognoscíveis e esclarecíveis *dentro* do esperado padrão de diligência esperado e de um tempo razoável para essa diligência.

Numa primeira análise, as cláusulas contratuais gerais *incognoscíveis* – isto é, em relação às quais o predisponente não agiu com a diligência ordinária – não integram o contrato singular firmado. Por ser assim, se o utilizador de cláusulas padronizadas não se desincumbe dos seus ônus na fase formativa, o efeito disso decorrente é a *não-inclusão* destas no contrato.⁵⁶¹

Questão meândrica é posta no caso dos contratos empresariais *duradouros*. Pode ocorrer que o contrato individual tenha sido fruto de um processo em que o predisponente não tenha se desincumbido dos seus ônus e, nesse caso, as suas cláusulas serão tidas por não-integradas. Porém, é de se indagar se o *prosseguimento* da execução do contrato mesmo após

⁵⁵⁹ “Deve a transmissão das cláusulas ser concretizada de tal modo e com tal antecedência que se abra caminho a uma exigível tomada de conhecimento por parte do parceiro contratual” (SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 233-235).

⁵⁶⁰ Nesse sentido: “Deve o predisponente esclarecer o significado das condições gerais que utiliza”, isso porque, dentro do princípio da boa-fé objetiva, “o significado que tiver dado para o convencimento do aderente – comprovado pelos meios de que este dispuser – será vinculante” (LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 112-114).

⁵⁶¹ Cf.: SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 252.

o conhecimento das cláusulas contratuais gerais operaria uma espécie de *continuum* contratual e se isso seria suficiente para reverter a não-integração em efetiva integração.

A *solução* não será única, mas segue um critério seguro. Se as cláusulas originalmente ignoradas e posteriormente conhecidas disserem respeito ao modo de *execução* do contrato (v.g., obrigação de envio de relatórios mensais) e, assim, forem espontaneamente *observadas* pelo aderente após o conhecimento, é de se concluir, inclusive pelo vetor da *boa-fé* objetiva, que foram integradas ao contrato singular, já que se trata de comportamento concludente.⁵⁶² Todavia, se as cláusulas conhecidas tardiamente forem relativas a poderes atribuídos ao predisponente para uso em momentos elegíveis a seu talante (v.g., renúncia a indenizações, direito de denúncia vazia sem aviso prévio, etc.), convém assentar que o predisponente perdeu o *timing* para a sua inclusão no contrato singular e, assim, caso queira a sua integração, terá que buscar a aprovação específica do aderente.

Como resultado da *não-inclusão* da cláusula contratual geral no contrato singular, a questão acerca da qual esta versaria passa a ser tratada por norma *dispositiva*, caso exista. Já que a cláusula *nunca* se integrou ao contrato individual, sequer se pode falar em norma substituinte. Haverá, efetivamente, um vácuo contratual a ser preenchido.⁵⁶³

5.4 A tutela do empresário aderente na validade das cláusulas contratuais gerais

Passada a fase formativa, a *tutela* jurídica do empresário aderente entra no seu campo mais espinhoso, a saber, o da *validade* das cláusulas contratuais gerais *utilizadas* pelo predisponente e *integradas* ao contrato singular firmado.

Como resumiu Pontes de Miranda, é *válido* o ato jurídico que ostenta aptidão para *atuar* e *permanecer* no mundo jurídico; o que lhe qualifica para tanto é a *suficiência* seguida da *não-deficiência* do seu suporte fático.⁵⁶⁴ Na nomenclatura proposta por Marcos Bernardes

⁵⁶² “A circunstância concludente, o fato concludente, é sempre aquele de que se pode concluir ter havido vontade (*ex quo voluntas concludi potest*). Há de ser ato, positivo ou negativo, que revele vontade. As declarações, e não só as manifestações de vontade, podem ser tácitas, se a lei não lhes exigiu declaração” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 396).

⁵⁶³ Como esclarecera Pontes de Miranda, “a regra jurídica dispositiva é para a falta de vontade” e “as regras jurídicas substituintes mudam o sentido das declarações de vontade; substituem-lhes o conteúdo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 62-63).

⁵⁶⁴ Cf.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 3-4.

de Mello, a validade de um ato reclama que o seu suporte fático ostente o preenchimento de seus elementos *nucleares* e de seus elementos *complementares*.⁵⁶⁵

O fato de tratar-se de um contrato firmado por *adesão* a cláusulas contratuais gerais não afasta o regime *geral* de invalidades previsto do Código Civil, mas atrai, em acréscimo, um regime *particular* inspirado na eliminação (ou na redução) dos riscos típicos da contratação padronizada, impedindo que o uso do esquema-padrão se verta em *abuso*.

Nessa seara, convém delinear que o *controle* de validade das cláusulas contratuais gerais integradas a contratos empresariais pode se dar por critérios *formais* ou *materiais*, regimes que merecem análise pormenorizada.

5.4.1 O controle formal das cláusulas contratuais gerais

Por primeiro, merece estudo o controle *formal* das cláusulas contratuais gerais.

Cuida-se de um método de análise de *validade* das cláusulas integradas ao contrato singular por meio do cumprimento de determinados requisitos *formais*, o que, de regra, se manifesta em *exigências* para que o predisponente dê o devido destaque às cláusulas que ensejarem maior *ônus* ou *risco* ao aderente, exigindo aprovação específica.⁵⁶⁶

Nesse caso, o objetivo do ordenamento jurídico é dar o devido destaque a cláusulas *onerosas* (ou *perigosas*), a fim de que o aderente não passe sem considerá-las. Funciona essa exigência como uma “sineta de *alarme*”, exalçando um mínimo essencial de *contratualidade* para a incorporação desse tipo de disposição nos contratos singulares firmados por adesão a cláusulas contratuais gerais. Onera-se o predisponente que quer fazer uso dessas cláusulas onerosas (*v.g.*, exclusão ou limitação de responsabilidade, faculdade de extinção ou suspensão do contrato a qualquer tempo, etc.) com a necessidade de obter *aprovação* específica e por escrito do aderente em relação a estas, sob pena de nulidade, de modo que, nesse campo, não se aplica o dever saber formal.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93-97.

⁵⁶⁶ É o sistema predominante no *Codice Civile* de 1942. A seu propósito, Alberto Trabucchi escreve, com propriedade, que “impõe-se a nulidade de algumas cláusulas de uso frequente tanto nas condições gerais de contrato quanto nos contratos conclusos por meio de módulos e formulários que teriam o condão de agravar de modo muito oneroso a situação da contraparte, quando não seja reclamada a atenção do aderente sobre o seu teor, mediante uma especial aprovação a parte, feita por escrito” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1974, p. 672, tradução nossa).

⁵⁶⁷ GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 158-166.

Eleva-se, pois, nos casos previstos em lei, a *aprovação* específica a requisito formal de *validade* da cláusula contratual geral integrada ao contrato singular e, por ser assim, a sua ausência importa *nulidade* da cláusula.⁵⁶⁸⁻⁵⁶⁹

Conquanto não seja a regra geral no direito brasileiro, esse tipo de controle não é desconhecido. Segundo o art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 1996), a inclusão da cláusula compromissória num contrato de adesão só vinculará o aderente se esta for aprovada especificamente, em documento anexo ao contrato principal ou em cláusula destacada no instrumento com aprovação escrita específica.⁵⁷⁰

Essa norma integra a *tutela* jurídica do empresário aderente. Por seu teor, é atribuído ao predisponente que pretende fazer valer a renúncia à jurisdição estatal o ônus de obter aprovação específica do aderente e, sem esta, a cláusula será *nula*, por vício de *forma*.⁵⁷¹

Tendo em conta que, nos casos de contrato de *consumo*, é timbrada de *nulidade* a cláusula na qual o consumidor aderente se submete à cláusula compromissória apresentada pelo fornecedor (art. 51, VII, do CDC), independentemente da sua forma,⁵⁷² é necessário concluir que a regra que exige *aprovação* específica e escrita para as cláusulas arbitrais insertas em contratos de adesão é *destinada* aos contratos submetidos ao regime do Código Civil, inclusos aí, ineludivelmente, os contratos *empresariais* – independentemente de disparidade *econômica*.

Por ser assim, caso falte o requisito *formal* elevado pelo ordenamento jurídico a critério de validade da cláusula compromissória inserta no contrato *empresarial* firmado por adesão a cláusulas contratuais gerais – isto é, a aprovação específica –, fica configurada a sua

⁵⁶⁸ No caso do controle formal, a autorização específica por escrito não é *ad probationem*, mas *ad substantiam*: GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 44-45.

⁵⁶⁹ Sobre a nulidade por vício de forma, quando esta é elevada a substância do ato jurídico: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 20.

⁵⁷⁰ Sobre o tema e com um panorama da questão, ainda que com diversidade de visões: RODOVALHO, Thiago. **Cláusula arbitral nos contratos de adesão**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 118-136.

⁵⁷¹ Citando Giordano, com menção ao direito italiano, Ubaldino Miranda registra que, “quanto às cláusulas abusivas, que devem emergir do emaranhado das cláusulas contratuais, como um capítulo à parte, por um ônus que cabe ao estipulante, de dar a conhecer ao aderente seu conteúdo, com todas as suas implicações, isto é, de modo que este possa fazer ponderada avaliação de seus interesses para, após uma adequada reflexão, concluir se, não obstante, convém-lhe aderir a elas ou não, prestando o seu consentimento específico” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. *Contrato de adesão*. cit., p. 108-111).

⁵⁷² Acerca do tema, com menção da jurisprudência: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.195-1.205.

nulidade, na condição de cláusula compromissória *patológica*, eis que não se poderá extrair desta, a partir da exigência legal, a volição segura para a *renúncia* à jurisdição estatal.⁵⁷³

Com efeito, o controle formal não está imune a *críticas*. A assim chamada “solução italiana” é isolada dentre as medidas legislativas vigorantes, porque, apesar de compor a tutela do empresário aderente, é certo que não vai muito além de garantir que este será efetivo *conhecedor* dos *riscos* mais graves e dos *ônus* mais pesados que o esquema-padrão apresentado pelo predisponente lhe imporá. Como a *aprovação* específica não significa necessariamente a *negociação* específica – e apenas esta última mudaria, em substância, o regime de análise –, esse tipo de controle revela-se de menor impacto na tutela do aderente.⁵⁷⁴

Nesse ensejo, vigente a regra do dever saber formal, é de se ter em conta que, fora dos casos expressamente previstos em lei, a aprovação específica do empresário aderente sobre uma cláusula contratual geral onerosa não tem o condão de torná-la imune ao controle material.

5.4.2 O controle material das cláusulas contratuais gerais

A opção do Código Civil de 2002 foi pelo controle *material* (ou *substancial*) das cláusulas contratuais gerais.⁵⁷⁵ E, para compreendê-lo, cumpre diferenciar cláusulas *onerosas* de cláusulas *abusivas* e, após, explicitar este último conceito, haurindo a *tutela* jurídica do empresário aderente das disposições do próprio Código Civil.

5.4.2.1 A DISTINÇÃO ENTRE CLÁUSULAS ONEROSAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS

O Código Civil não faz menção da expressão “cláusula *abusiva*”, mas não constitui equívoco importá-la do texto do Código de Defesa do Consumidor, desde que se atente ao fato de que são regimes substancialmente *diferentes* e que a única similitude entre eles será a concessão de um mesmo *nome* às cláusulas que sejam reputadas *nulas* em contratos realizados por adesão a cláusulas contratuais gerais, mas cada qual por seu critério.

No âmbito consumerista, a *boa-fé* objetiva incide com caráter *geral* em ordem a operar uma função *corretora* muito *ampla*, visando sempre o *equilíbrio* contratual e o não-

⁵⁷³ Sobre o conceito de cláusula compromissória patológica e seus efeitos: CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 180-183.

⁵⁷⁴ Cf.: GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 42-43.

⁵⁷⁵ Nesse sentido: MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002**. cit., p. 140-167.

agravamento das suas *vulnerabilidades*. É nesse contexto que a cláusula *onerosa* imposta ao consumidor (aderente) pelo fornecedor (predisponente) facilmente se qualifica como cláusula *abusiva* e, assim, *nula*.⁵⁷⁶

Esse raciocínio, porém, não prevalece nos contratos *empresariais* de adesão.

Fala-se em cláusula *onerosa* como aquela que, estando dentro do esquema-padrão apresentado pelo predisponente, opera a *transferência* de riscos ao aderente ou, de um modo geral, aquela que *onera* a posição contratual do aderente. Essa transferência de responsabilidades é muito *comum* nos contratos firmados por adesão, já que o predisponente aproveita o ensejo da uniformização para instalar uma espécie de autoproteção. Nesse ensejo, e participando dos *riscos* comuns da contratação interempresarial, nem toda cláusula onerosa será *nula* por abusividade.⁵⁷⁷

Com efeito, não se pode perder de vista que as assim chamadas cláusulas *abusivas* não são *ilícitas* em si mesmas. Existem normas *proibitivas* próprias para as cláusulas que são intrinsecamente *ilegais* e que dispensam qualquer requisito de contexto – se em contrato negociado, se em contrato de adesão –, como é a situação, *v.g.*, da cláusula que prevê objeto ilícito (art. 166, II, do CC). Diferentemente do que ocorre nesse regime proibitivo, a premissa vigente na contratação padronizada é de que toda cláusula *abusiva*, apesar de onerosa, é, por seu teor, aprioristicamente *lícita*. É o seu contexto negocial que pode torná-la inválida.⁵⁷⁸

Ganha relevância para a diferenciação entre cláusula *onerosa* e cláusula *abusiva* a análise do “quadro negocial padronizado”, pois este, objetivamente considerado, é que permitirá a ponderação apta a indicar se a transferência de riscos e de responsabilidades operada pelo predisponente em desfavor do aderente por meio das cláusulas contratuais gerais

⁵⁷⁶ “Ao conjugar à conduta segundo a boa-fé, o equilíbrio das posições do polo fornecedor e do polo consumidor, e ao prever expressamente (art. 51, inc. IV) a nulidade das cláusulas abusivas, pois desbordam da boa-fé, atingido tal equilíbrio, a normativa consumerista atribui ao princípio da boa-fé uma função corretora do desequilíbrio contratual com caráter geral. Esse caráter geral exprime um método diverso daquele atinente a outras relações jurídicas, em que a assimetria pode ser corrigida condicionadamente, isto é, desde que passível de apreensão por um conjunto de regras e institutos específicos, de modo que o seu sentido e os seus limites serão orientados por aquelas mesmas regras e institutos” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** cit., p. 325).

⁵⁷⁷ Cf.: GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto.** cit., p. 313-317.

⁵⁷⁸ Nesse sentido: “A cláusulas abusiva não é contrária, em si mesma, à ordem jurídica. De uma maneira geral, ela não é repelida pelo direito. Todavia, o direito pode estabelecer critérios e limites, além dos quais a repele. A cláusula abusiva supõe, conseqüentemente, a existência de direito subjetivo (por isso, não é ilícita em sua essência). O que está em jogo é o exercício desse direito, ou melhor, sua extensão. Dadas certas circunstâncias, a cláusula torna-se inválida (nula)” (LÓBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas.** cit., p. 188-189).

é *justificável* ou se, ao revés, resultou uma verdadeira *renúncia* antecipada do aderente a direito que seja inerente ao contrato firmado.⁵⁷⁹

Sinal disso é que o próprio art. 424 do CC, o único dispositivo do diploma a reputar nula uma cláusula contratual geral integrada a contrato singular, faz menção à “*natureza* do negócio” para construir o suporte fático da sua aplicação.

Nesse contexto, bem demarcado o território dos contratos *empresariais*, a tutela jurídica do empresário aderente não vai ao ponto de *baralhar* os conceitos de cláusulas *onerosas* e de cláusulas *abusivas*, mormente porque apenas estas últimas são nulas. O caráter *oneroso* de algumas cláusulas contratuais gerais (no sentido de que oneram a posição do aderente), conquanto seja a *antessala* de seu caráter abusivo, representa ainda uma zona de *liceidade*, eis que natural ao ambiente de *riscos* assumidos com o objetivo de lucro.

5.4.2.2 A IDENTIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Embora o Código Civil não faça menção expressa às cláusulas *abusivas*, é de ser considerada a contribuição doutrinária para a precisão do conceito.

A sindicância em torno da *abusividade* de uma cláusula contratual geral é presidida pelo padrão da *boa-fé* objetiva. Enquanto o sistema jurídico *reconhece* a atividade uniformizadora do predisponente e confere-lhe efeitos, atua para controlar o seu proceder e, assim, evitar o *abuso* dessa posição contratual. Importa que o intento *uniformizador* do predisponente, exercido de modo pré-elaborado e rígido, não se converta em atuação econômica *disfuncional* contrária ao aderente. É *abusiva* a cláusula que, sendo consideradas a *integralidade* do esquema-padrão e a sua *função* econômica, se revela *perturbadora* da própria *natureza* do negócio firmado e de um *equilíbrio* mínimo entre direitos e deveres dos contraentes.⁵⁸⁰

Como a padronização contratual levada a cabo pelo predisponente configura espécie de *dirigismo* privado, surge o ordenamento jurídico *legal*, inclusive na sua parte dispositiva, e

⁵⁷⁹ Sob as luzes do direito lusitano, existem cláusulas “susceptíveis de serem válidas para certos tipos de contratos e não para outros. Só funcionam, pois, em determinadas direcções. Tudo depende do que resultar de um correspondente juízo valorativo”. Porém, “o juízo valorativo não se realiza tomando como referência os vários contratos *uti singuli*, mas a partir das cláusulas – em si próprias e encaradas no respectivo conjunto – para eles abstractamente predispostas. É esse o sentido da referência ao ‘quadro negocial padronizado’, que se encontra no corpo do artigo. Exclui-se uma pura justiça do caso concreto, próxima da equidade e geradora de insegurança, mantendo o teor objectivo e controlável da proibição” (COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. cit., p. 46).

⁵⁸⁰ Cf.: SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. cit., p. 255-262.

o direito *consuetudinário*, manifesto pelos usos e costumes comerciais pertinentes, como *parâmetros* para a aferição da *normalidade* (isto é, da *não-abusividade*) das cláusulas contratuais gerais onerosas inseridas no contrato empresarial singular. Especificamente nesse contexto, as soluções *objetivas* (seja de procedência legal ou costumeira) deixam o papel tímido de normas de mera *facilitação* do tráfego comercial e são alçadas ao patamar de “*padrão normativo reitor*”, de modo que o órgão julgador é reconduzido a apreciar se a *onerosidade* da cláusula contrária ao aderente contém alguma *justificação* ou se, ao revés, o seu cotejo com o ordenamento jurídico denuncia a sua *anormalidade*.⁵⁸¹

Ainda na seara dos contributos doutrinários para essa sindicância, é de se alertar que a investigação não pode estar cingida ao *texto* do esquema-padrão, mas deve considerar as diferentes *repercussões* jurídicas e econômicas de uma cláusula contratual geral *aparentemente* igualitária.⁵⁸² É sobre essa *premissa* que uma cláusula padronizada que preveja ao predisponente e ao aderente, *igualmente*, o direito de operar a renovação ou a extinção automática do contrato pode se revelar *abusiva*, caso se observe que a concessão textual da mesma faculdade às duas partes oculta, na verdade, uma situação jurídica de vantagem *apenas* ao predisponente.

Criticado por sua opção, o Código Civil prevê apenas *um* artigo destinado a estabelecer hipótese de cláusula abusiva.⁵⁸³ O art. 424 do CC, norma integrante da tutela jurídica do empresário aderente, dispõe que, “nos contratos de adesão, são *nulas* as cláusulas que estipulem a *renúncia* antecipada do aderente a direito resultante da *natureza* do negócio”.

Cumprindo indagar qual é o *suporte* fático dessa norma nulificante.

É de se pontuar que a *natureza* do negócio, embora possa receber multivariados significados, é bem representada pela conjunção dos elementos *essenciais* e dos elementos *naturais* do contrato. Com efeito, os primeiros (*essentialia negotii*) são aqueles componentes

⁵⁸¹ O que o controle judicial sobre as cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos de adesão impede “é, sob o pretexto da prossecução de seus interesses, realizar uma repartição de encargos e riscos contratuais profundamente desfiguradora das soluções que o legislador entendeu serem, em regra, as mais justas e adequadas” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 225).

⁵⁸² Nesses casos, segundo Genovese, “ainda que os efeitos jurídicos sejam bilaterais, a lei tem em conta apenas os efeitos suportados pelo aderente, já que o autor das c.g. [condições gerais] formula geralmente as cláusulas de modo que, na realidade, estas resultem na sua vantagem ou, ao menos, na ausência de dano” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 314).

⁵⁸³ Comentando o então Projeto de Código Civil, Paulo Lôbo destacou que eram dedicados ao tema apenas “dois breves artigos”, sinal de que nascia “vencido pelos acontecimentos”. Porém, na visão do autor, o Código poderia e deveria “estabelecer os princípios básicos de caracterização, validade, interpretação e formas de integração aos contratos valiosos de sistematização básica no direito civil, ao lado de leis especiais que integrem o conjunto das matérias. Em defesa do Código, Miguel Reale apontou que as normas “de caráter aberto” são hábeis para “encontrar a equidade” (LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 87-91).

volitivos indispensáveis para a categorização jurídica do contrato e os segundos (*naturalia negotii*) dizem com os efeitos próprios da categoria acusada pelos elementos essenciais, ainda que sejam efeitos não-queridos ou superfluamente queridos pelos contraentes.⁵⁸⁴

Por tais funções e características, os elementos *essenciais* e *naturais* são chamados de elementos *categoriais* do contrato e, como decorrem do próprio ordenamento jurídico, designam a *natureza* do negócio.⁵⁸⁵

Assim, o sistema jurídico indefere ao predisponente a faculdade de, por meio de suas cláusulas contratuais gerais, *deturpar* a configuração do contrato singular naquilo que a categoria eleita pelo aderente tem de *essencial* e, talvez principalmente, naquilo que tem de *natural*.

Não pode o predisponente conduzir seu ímpeto *expansionista* (e *dirigista*) ao ponto de colocar seu esquema-padrão para *rivalizar* com a compleição atribuída pelo ordenamento jurídico à categoria contratual considerada objetiva e abstratamente.⁵⁸⁶

De mais a mais, é certo que o empresário aderente, ao ingressar na relação jurídica padronizada, almeja, acima de tudo e antes de mais, a *categoria* jurídica (distribuição, franquia, transporte, etc.) e é conduzido a *confiar* que as demais cláusulas do esquema-padrão apenas *conformam* – e não *deformam* – a feição do negócio. Nessa linha, o art. 424 do CC prestigia a *confiança* depositada pelo aderente nas cláusulas contratuais gerais, tornando-as *inaptas* para atuar e permanecer no mundo jurídico quando deturpem ou perturbem a *natureza* da relação negocial que se propõem a regular.

E é nesse sentido que o texto do art. 424 do CC deve ser interpretado no ambiente dos contratos empresariais de adesão: é *abusiva* a cláusula contratual geral que *onera* o empresário aderente fazendo-o *renunciar* antecipadamente a direito que exsurja dos elementos *naturais* do contrato singular firmado, isto é, privando-o de uma *vantagem* que o próprio ordenamento reconhece como *decorrência* da *categoria* negocial eleita pelas partes.⁵⁸⁷

Exemplo pertinente aos contratos *empresariais* reside na cláusula contratual geral que, inserta em contrato *duradouro*, dispõe a *renúncia* do aderente a um aviso prévio razoável em

⁵⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 65-67.

⁵⁸⁵ Com essa releitura dos elementos do contrato: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-38.

⁵⁸⁶ Com efeito, quando há a pretensão de “moldar genericamente uma multiplicidade de relações”, surge de modo mais clangoroso a necessidade de “mais fortes restrições à criação de regras divergentes do modelo legal”, a depender “das finalidades e do contexto aplicativo da cláusula derogadora” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. cit., p. 226).

⁵⁸⁷ Com semelhante exegese sobre o art. 424 do CC: DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 14, jan-mar/2018, p. 207-236.

caso de *denúncia* contratual formulada pela contraparte, ainda que em caso de denúncia vazia. Nesse caso, a norma do parágrafo único do art. 473 do CC vem em *socorro* do empresário aderente e evidencia o caráter *abusivo* da disposição contratual, eis que é elemento *natural* dos contratos duradouros o direito a um aviso prévio razoável.⁵⁸⁸

Outro exemplo relevante, notadamente porque acusa os contributos da legislação *antitruste* para o desenho dos elementos *naturais* dos contratos empresariais em consonância com a tutela da concorrência, é o da cláusula contratual geral por meio da qual o fornecedor (predisponente) submete o distribuidor (aderente) à *fixação* de um preço mínimo de revenda, porque, assim, há renúncia ao direito à própria composição de seu lucro, que advém exatamente da diferença entre o preço de compra e o preço de revenda.⁵⁸⁹

Porém, a análise não se exaure nesse ponto.

Não se pode esquecer que os elementos naturais do negócio (*naturalia negotii*) podem ser de natureza *cogente* (isto é, imodificável pelas partes) e de natureza *dispositiva*.⁵⁹⁰

Presente o elemento natural de índole *cogente* que o predisponente tenha pretendido afastar por alguma cláusula contratual geral, a *nulificação* preconizada pelo art. 424 do CC opera sem qualquer ressalva. Exemplo disso é a cláusula contratual geral que pretenda *excluir* a aplicação de figuras decorrentes da *boa-fé* objetiva, geralmente com uma redação mais sutil, indicando que condutas reiteradas do predisponente em sentido diverso do que previsto no esquema-padrão não poderão ser consideradas como comportamentos *concludentes*.⁵⁹¹

Porém, caso seja identificada a eventual *renúncia* a direito surgido da natureza do negócio pactuado como tentativa de *deturpação* dos elementos naturais *dispositivos* do contrato, cumpre investigar se, dentro do “quadro negocial padronizado” apresentado pelo predisponente, essa desvantagem foi *compensada* com alguma outra vantagem, o que, caso confirmado, salvará a cláusula da nulificação.⁵⁹²

⁵⁸⁸ “Dada a natureza do vínculo que se pretende interromper, decorre da própria confiança gerada pela duração do contrato e da lealdade esperada dos parceiros econômicos a necessidade de conceder-se ao denunciado um lapso temporal destinado à readequação das suas atividades, de modo a prevenir ou atenuar os danos advindos da extinção anunciada” (CARNEIRO FILHO, Humberto João; ALBUQUERQUE, Raul César de. Do abuso do direito de denúncia contratual e a interpretação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil (Comentário de Jurisprudência). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, vol. 21, out-dez/2019, p. 396).

⁵⁸⁹ Cf.: FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

⁵⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III. cit., p. 66-67.

⁵⁹¹ Alcanhando essas cláusulas de “cláusulas opressivas”: ALVES, Jônes Figueiredo. Art. 424. In.: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 377.

⁵⁹² “Impõe que se avalie a abusividade da cláusula tendo-se em conta o contexto global do contrato em que a cláusula questionada se insere, pondo-se em conjugação as diversas cláusulas que o constituem, bem podendo ser que a desvantagem de uma cláusulas, desse modo mais aparente que real, seja compensada com a vantagem

Isto é, revela-se possível reputar *não-abusiva* a cláusula contratual geral inserida em contrato empresarial singular que imponha ao aderente a *renúncia* antecipada a uma vantagem naturalmente decorrente da categorial negocial eleita se (e somente se) esta vantagem representar um elemento natural dispositivo e, cumulativamente, for observado que essa renúncia ensejou, em *contrapartida* e nos lindes do esquema-padrão, a obtenção de uma *vantagem* outra que não seria naturalmente decorrente daquele contrato.⁵⁹³

Não vai muito além disso o teor do art. 424 do CC.

Porém, a essa altura, será natural indagar se não pode *mais* a cláusula geral da *boa-fé* objetiva no ambiente dos contratos *empresariais* de adesão.

Cumpra lembrar da *feição* peculiar da *boa-fé* objetiva nos contratos empresariais. Considerado o ambiente de *mercado*, a assunção de *riscos* e o fim *lucrativo*, o padrão de *conduta* exigido dos empresários (predisponentes ou aderentes) é aquele necessário para que o *jogo* econômico aconteça dentro das regras, proibindo-se o comportamento *oportunista* e a quebra da *confiança* legítima. Trata-se, sobretudo, de uma “pauta de comportamento”, já que, por meio da *boa-fé* objetiva, é tutelado, em primeiro plano, o próprio tráfego comercial – e apenas reflexamente o empresário.⁵⁹⁴

Partindo dessa premissa, vale destacar, portanto, que, no ambiente de contratação empresarial por adesão, a chamada “cláusula *surpresa*” – assim compreendida como aquela cláusula *onerosa* inserida pelo predisponente em uma seção contratual *distinta* daquela que seria *ordinária* ou apresentada com redação artificiosa com o objetivo (ou tendo como resultado o fato) de torná-la “*invisível*” ao aderente⁵⁹⁵ – não ostenta, por si só, nulidade.

Conquanto seja uma conduta sorrateira do predisponente, é certo que, se cumpridos a contento os ônus de *cognoscibilidade* e de *esclarecibilidade*, essa questão se resolve na fase formativa, cabendo ao empresário aderente, dentro de sua *diligência* ordinária, identificá-la no esquema-padrão e, se for o caso, questioná-la. Todavia, se descumpridos os ônus do predisponente, será caso de *não-integração* da “cláusula *surpresa*” ao contrato singular.

Uma última anotação acerca da *validade* das cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos de adesão merece ser realizada sobre as cláusulas de *irresponsabilidade*.

atribuída ao aderente em outros pontos do regulamento contratual” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 181-182).

⁵⁹³ Cf.: DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n° 32, out-dez/2007, p. 171-200.

⁵⁹⁴ Cf.: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 122-132.

⁵⁹⁵ Nesse sentido: MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002**. cit., p. 102.

De um modo geral, as cláusulas de *irresponsabilidade* total ou parcial – também chamadas de cláusulas de *exclusão* ou de *limitação* de responsabilidade – são recebidas com *desconfiança*, porque a responsabilização do sujeito pelos seus atos, mormente pelos ilícitos, integra o sistema jurídico privado com muita centralidade.⁵⁹⁶

Esse *desconforto* sistêmico que marca análise das cláusulas de irresponsabilidade advém precisamente do fato de que, dentro de um contrato, não existe *alternatividade* – isto é, não há *facultas solutionis* – entre a prestação pactuada e a indenização pelo seu inadimplemento. O dever contratualmente assumido é o de *prestar*; o dever de *indenizar* – que a cláusula de *irresponsabilidade* pretende pré-excluir – surge como *sucedâneo* (isto é, *ex post*) para os casos em que a prestação foi inadimplida ou mal adimplida.⁵⁹⁷ Negociar sobre o dever de indenizar significa, ao cabo, negociar sobre os reflexos do ilícito contratual.

Porém, não se pode perder de vista, principalmente na contratação *empresarial*, que a inclusão de uma cláusula de *irresponsabilidade* total ou parcial representa uma *transação* lícita sobre os *riscos* da operação regulada pelo contrato. Cobra-se, no entanto, que essa cláusula tenha uma *causa sinalagmática*, isto é, que a exoneração ou a limitação da responsabilidade estejam correlacionadas, em contrapartida, a alguma vantagem. Funcionam, ainda, como *limites* à validade dessas cláusulas a existência de regras *cogentes* e a incolumidade dos elementos *essenciais* (ou dos deveres *fundamentais*) do contrato, já que, sem estes últimos, o negócio restaria totalmente descaracterizado. Também é *nula* a cláusula de irresponsabilidade que alcance os danos causados com *dolo* ou com *culpa grave*.⁵⁹⁸⁻⁵⁹⁹

Ocorre que, em se tratando de cláusula de irresponsabilidade inserida em contrato de *adesão*, considerado o próprio rito *sumário* de sua formação e a *unilateralidade* que marca a determinação do conteúdo contratual, a *desconfiança* natural aumenta sobremaneira.

Porém, como decorrência da compreensão de que o art. 424 do CC *apenas* nulifica as *cláusulas* contratuais gerais que impliquem *renúncia* antecipada do empresário aderente a direito que surja do negócio como elemento categorial natural *cogente* ou a direito que surja do negócio como elemento categorial natural dispositivo *não-compensado*, é de se concluir

⁵⁹⁶ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 652-656.

⁵⁹⁷ “O devedor não tem de prestar, se quer; tem de prestar, e, se não presta, como devera, comete ato ilícito relativo, do qual se irradia o efeito de ter de prestar o sucedâneo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXII. São Paulo: Borsoi, 1958, 181-183).

⁵⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de construção. “Contratos-aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 1, out-dez/2014, p. 315-351.

⁵⁹⁹ Reconhecendo a nulidade das cláusulas de irresponsabilidade para os casos de dolo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. São Paulo: Borsoi, 1962, p. 286.

que as cláusulas contratuais gerais de irresponsabilidade não se encaixam automaticamente nessa hipótese de nulidade, de modo que são, *a priori*, válidas, aplicando-se-lhes os mesmos limites pertinentes aos contratos negociados: a existência de regras *cogentes*, a intangibilidade das obrigações *fundamentais* e a configuração de *dolo* ou culpa grave.⁶⁰⁰

Caso peculiar haverá quando a cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade versar sobre (ou alcançar) elemento *natural* do negócio firmado, porque a incidência da norma do art. 424 do CC será rigorosa. Essa hipótese não está abarcada pela incolumidade das obrigações fundamentais, porque estas, de regra, estão vinculadas aos elementos *essenciais*. Tratando-se cláusula contratual geral inserta em contrato empresarial, será necessário indagar se o caso abarcado pela irresponsabilidade toca algum elemento *natural* do negócio e a resposta positiva atrairá a *solução* prevista pelo Código Civil no seu art. 424.

Isso poderá ocorrer, por exemplo, em cláusulas contratuais gerais de *irresponsabilidade* inseridas em contrato de *distribuição* comercial, já que não é raro que, com a cessação do vínculo contratual, o distribuidor (aderente) busque indenização pela formação da *clientela* que fidelizou em prol do fornecedor (predisponente) ou de sua marca.⁶⁰¹ Nesse caso, poder-se-á indagar se a cláusula estipula, na verdade, renúncia antecipada a direito que surge da própria natureza do negócio.

Naturalmente, incidirão outros controles de conteúdo sobre os contratos empresariais formados por adesão a cláusulas contratuais gerais, mas serão inspirados por motivos diferentes (violação a regras *cogentes*, vícios de consentimento, abuso de dependência econômica, etc.). No que respeita à tutela jurídica do empresário aderente, o exame *ad validitatem* fica, de fato, restrito aos contornos do art. 424 do Código Civil.

Cabe uma palavra, porém, sobre a *integração* dos contratos empresariais de adesão.

Se a *boa-fé* objetiva exerce uma eficácia tímida na *correção* dos contratos empresariais, não se pode dizer o mesmo da sua eficiência na *integração* desses contratos nos casos em que apresentem lacunas não-intencionais.

Parte-se da premissa de que, como as partes empresárias contrataram em vista de um objetivo *comum*, a execução do contrato deve ser *colaborativa*. Considerando a *natureza* do negócio, a sua *causa* e os *usos* comerciais pertinentes, o padrão da *boa-fé* objetiva passa a

⁶⁰⁰ Cf.: DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 14, jan-mar/2018, p. 207-236.

⁶⁰¹ Para Pinto Monteiro, o distribuidor fará jus à indenização pela clientela se (1) tiver funcionado como um fator de atração da clientela, (2) tiver aumentado consideravelmente o consumo em sua área de atendimento e (3) for possível ao fornecedor o aproveitamento da clientela criada (MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial**: contratos de distribuição comercial: relatório. Coimbra: Almedina, 2018, p. 163-172).

colmatar as *lacunas* do contrato com a integração de *exigências* comportamentais aptas à *otimização* da interatividade econômica e ao *evitamento* de condutas oportunistas.⁶⁰²⁻⁶⁰³

Surgem, pois, duas relevantes classes de deveres nessa atividade integrativa presidida pela *boa-fé* objetiva: os deveres *instrumentais*, que decorrem de uma ideia de “conduta devida” pelas partes contratantes (*correttezza*) para *viabilizar* e *qualificar* o adimplemento das prestações pactuadas; e, os deveres de *proteção*, que buscam garantir que a execução do contrato não gere violações a direitos dos contraentes e de terceiros, exigindo determinadas condutas positivas e negativas das partes.⁶⁰⁴

A propósito da *correttezza* considerada, isto é, da conduta devida pelas partes contratantes, notadamente na fase de execução do contrato, esta gera *deveres* de conduta para o *credor* e para o *devedor* da prestação analisada. Para a sua formulação concreta, concorrem a *boa-fé* objetiva e também as exigências do mercado, de modo que não tem o condão de partear soluções gerais e ideais, mas deveres concretos, particularmente percebidos como *viáveis* aos sujeitos, *adequados* à prestação e *exigíveis* no contexto.⁶⁰⁵

Por ser assim, é de se ver que, no que toca aos *clarões* deixados pelas cláusulas contratuais gerais utilizadas pelo predisponente e mantidos no contrato empresarial singular, haverá a operação da eficácia *integrativa* da *boa-fé* objetiva para *exigir* e *conformar* comportamentos dos contraentes destinados ao *adimplemento* contratual, bem como para *evitar* que a execução contratual seja *danosa* às partes, a uma das partes ou a terceiros.

5.4.2.3 A SANÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Merece registro o fato de que o Código Civil, pelo art. 424, timbra de *nulidade* – e não de anulabilidade – as cláusulas contratuais gerais abusivas.

Com efeito, a *nulidade* e a *anulabilidade* são referentes a defeitos verificados no suporte fático dos atos jurídicos (aí inclusos os negócios). Por isso, não se diferenciam no plano da existência, já que ambos *existem*, isto é, ingressam no mundo jurídico; diferenciam-

⁶⁰² Cf.: FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, *boa-fé* e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 45, abr-jun/2015, p. 229-244.

⁶⁰³ “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam. [...] O princípio da *boa-fé* contribui para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação” (COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Revista FGV, 2006, p. 33-34).

⁶⁰⁴ Cf.: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 572-606.

⁶⁰⁵ Cf.: TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. cit., p. 526-528.

se, pois, no próprio plano da *validade*. O nulo e o anulável *não* ostentam condições para atuar e permanecer no mundo jurídico, pois que apresentam um suporte fático *deficitariamente* preenchido. Distinguem-se pelo *grau* de defeituosidade: o negócio jurídico maculado por vício *grave* será considerado nulo; o negócio marcado por vício *menor*, anulável.⁶⁰⁶

Por ser assim, ao considerar *nula* a cláusula contratual geral abusiva inserida em contrato empresarial de adesão, o sistema do Código Civil insere-a entre aquelas que ostentam os vícios mais *graves*, sendo, por isso, impassíveis de convalidação ou convalescência, seja por condutas completantes, seja pelo decurso do tempo.

Surge, num primeiro olhar, uma *estranheza* com essa solução ministrada aos contratos civis e empresariais, já que, como regra, os defeitos negociais relativos a interesses *privados* (ou particulares) geram anulabilidades; reserva-se, geralmente, a pecha de nulidade aos defeitos que dizem com interesses *públicos* ou vinculados à ordem pública. Mas essa divisão é reconhecidamente uma questão de técnica legislativa.⁶⁰⁷

Consideradas a compleição *coletiva* da contratação padronizada, eis que elaborada para a reprodução uniforme e rígida, e a *rivalidade* inaugurada pelo predisponente contra a conformação natural da categoria contratual eleita, a *nulificação* da cláusula contratual geral abusiva no ambiente dos contratos empresariais tutela, na verdade, interesses *gerais* de contratação, e não apenas a posição do empresário aderente individualmente considerado.⁶⁰⁸

Tanto a tentativa de *desnaturação* do contrato singular quanto os reflexos jurídicos e econômicos *potencializados* pelo programa *uniformizador* do predisponente alçam a discussão sobre a validade de uma cláusula contratual geral a outro *patamar* de consideração, o qual não pode deixar de cuidar da dimensão *social* da contratação padronizada, extrapolando os caracteres individuais da *abusividade* objetivamente verificada no esquema-padrão. Daí, a necessidade de *nulificação*.⁶⁰⁹

No caso dos contratos *empresariais* de adesão, apesar de formar uma aparente contradição, a sanção de *nulidade* é confirmada e ganha novos *motivos*, porque são ordenadores do *mercado* como um todo. A tutela jurídica do mercado, mormente pela

⁶⁰⁶ Cf.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. cit., p. 28-31.

⁶⁰⁷ Sobre o desenho geral da divisão das invalidades: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100-101.

⁶⁰⁸ “A nulidade das cláusulas abusivas inseridas nas condições gerais, especialmente se se tiver em conta que as cláusulas negociais gerais são estatuídas para reger uma série indeterminada de relações jurídicas, decorre de um interesse público, do interesse geral da contratação e não do interesse particular ou individual de quem quer que seja, inclusive do aderente” (UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 218).

⁶⁰⁹ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 178-179.

proteção da livre *iniciativa* e da livre *concorrência*, dá novas dimensões ao controle das cláusulas abusivas nos contratos padronizados. E essas novas dimensões não são individuais, são *sociais*.⁶¹⁰

Por isso, bem assentado o regime da *nulidade* das cláusulas contratuais gerais abusivas insertas em contratos empresariais, é de se concluir que, por seu teor, não são passíveis de *convalidação* por qualquer comportamento do aderente (ou do predisponente) nem de *convalescência* pelo decorrer do tempo de execução do contrato.

Uma última ressalva necessária diz com o contrato singular em si.

Não se cogita, como regra, da *nulificação* do contrato empresarial inteiro como decorrência da nulidade de uma cláusula contratual geral abusiva. Prevalece o primado da *conservação* do contrato no caso da supressão, por nulidade, da cláusula em questão. Eliminada a cláusula nula, *subsiste* o contrato singular, cuja *lacuna* deverá ser preenchida pelo direito legal dispositivo, pelas normas consuetudinárias ou, ainda, pelas decorrências da cláusula geral da boa-fé objetiva.⁶¹¹

De fato, a situação excepcional fica por conta dos casos em que a eliminação da cláusula abusiva deixar o contrato singular marcado por uma *indeterminação* irreparável quanto aos seus dados essenciais ou por um *desequilíbrio* de prestações que viole o própria lógica do contrato. Ocorrendo essas excepcionalidades, o contrato *inteiro* será nulificado.⁶¹²

5.5 A tutela do empresário aderente na interpretação das cláusulas contratuais gerais

A última *instância* de tutela jurídica do empresário aderente é a atividade *hermenêutica* a ser desenvolvida pelo *intérprete* – seja o intérprete-contratante, seja o intérprete-julgador.⁶¹³

O *intérprete* é, antes de mais, um *leitor*. Porém, é costume semântico conferir-se ao *leitor* uma posição contemplativa de apreciação, enquanto o *intérprete* é visto como aquele

⁶¹⁰ Como ponderou Eros Grau, “a ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 90).

⁶¹¹ Nesse sentido: “A nulidade das cláusulas abusivas não invalida o contrato, na parte que remanescer, inclusive das condições gerais válidas, salvo se decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. [...] O princípio da conservação serve também para a nulidade parcial da cláusula, quando for possível dar sentido útil à parte restante” (LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 178-179).

⁶¹² Formulando comentário sobre a solução lusitana, mas perfeitamente aplicável para o art. 184 do CC: COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei n° 446/85, de 25 de outubro. cit., p. 28-29.

⁶¹³ As normas interpretativas são destinadas também aos contratantes: DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 16-18.

que exerce um labor de análise. O intérprete é, assim, o *releitor*, porque a primeira leitura, por ser a primeira tentativa no processo de apoderar-se da corpulência do texto, costuma não entregar todo o seu sumo de conteúdo. O trabalho *físico* de passar os olhos pelas linhas e o trabalho *mnemônico* de adaptar-se a uma linguagem, considerando um tempo e um espaço, tornam a primeira leitura algo de *inseguro*. E é por isso que o *intérprete*, alçado da classe geral dos leitores para exercer um *trabalho*, configura, de regra, um *releitor*.⁶¹⁴

No que diz com a interpretação *jurídica*, é de se ter presente que esta, além de reveladora, tem uma função *normativa*. Noutras palavras, trata-se de um *processo* hermenêutico em *dois* tempos: um momento *cognitivo*, no qual o intérprete se dedica a compreender o objeto e a decompô-lo analiticamente; e, um momento *representativo* (ou *reprodutivo*), no qual se realiza uma espécie de *diagnóstico* jurídico acerca do objeto da interpretação. Seu objetivo é, pois, haurir das normas incidentes ao objeto interpretado uma *conclusão*, uma *diretiva*; isto é, ao fecho desse processo, o intérprete precisa tomar uma posição.⁶¹⁵

Bem compreendido isso, resta claro que as atividades de interpretação e de integração são *inconfundíveis*. Interpreta-se o que está posto, porque a interpretação pressupõe um *objeto*. Por outro lado, integra-se para *preencher*, porque a integração pressupõe uma *falta*.⁶¹⁶ Nesse contexto, a chamada interpretação integrativa não é mais do que nomear a interpretação voltada a identificar os elementos presentes do negócio para que sejam preenchidos os faltantes.⁶¹⁷

Conquanto poderoso, o processo de *exegese* está limitado ao seu objeto.⁶¹⁸

Em se tratando de interpretação de *negócio* jurídico, cingir-se-á o intérprete a presidir o conjunto de operações destinadas a identificar quais os *elementos* do negócio que ingressaram no mundo jurídico e, após, quais são os *efeitos* disso decorrentes. Segundo Pontes de Miranda, essas operações ocorrem em três momentos: a “*integração*”, que analisa o

⁶¹⁴ Essa reflexão é haurida dos escritos de: NABOKOV, Vladimir. **Lições de literatura**. São Paulo: Três Estrelas, 2015, *passim* e, mais especificamente, p. 39-40.

⁶¹⁵ “A interpretação que interessa ao direito não pode se exaurir num reconhecimento teórico, mas deve avançar ainda, seja para tornar assimilável o preceito normativo, seja para submeter o fato a uma diagnose jurídica. Na presença de atos disciplinados pelo direito, essa deve procurar haurir do tipo da declaração emessa ou do comportamento adotado o sentido que os conecta ao ambiente social e, assim, integrar no seu conteúdo a fatispecie do ato jurídico, confrontando-a com a fatispecie legal” (BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmática)**. Milão: Giuffrè Editore, 1971, p. 91-96, tradução nossa).

⁶¹⁶ Cf.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 9-10.

⁶¹⁷ Sobre a interpretação integrativa: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 70-74.

⁶¹⁸ Como esclarece Enzo Roppo, “modificar um contrato, mesmo contra a vontade das partes, é em muitos casos possível: mas não fingindo interpretá-lo” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 174).

negócio jurídico como um todo e, decompondo-o, o todo de cada ato que o compõe; após, ocorre a “*fixação genérica*”, isto é, instala-se a sindicância sobre o querido, os elementos categoriais e os usos correlatos; e, por fim, a “*classificação técnica*”, na qual intérprete reconduzirá o objeto interpretado a alguma categoria jurídica para identificação das normas incidentes à espécie.⁶¹⁹

Com essas considerações de abertura, passa-se ao estudos das peculiaridades inseridas no processo hermenêutico nos casos de contratação por adesão a cláusulas contratuais gerais.

5.5.1 A regra de interpretação mais favorável ao aderente

Como registra o art. 423 do CC, vigora no ordenamento jurídico a regra de que, se houver cláusulas *ambíguas* ou *contraditórias* no contrato formulado por adesão, o impasse deverá ser solucionado com a adoção da exegese que produzir uma configuração mais *favorável* à posição contratual ocupada pelo aderente.

É a regra da *interpretatio contra proferentem vel stipulatorem*.

Funda-se a norma no ônus de *clareza* do predisponente, porque, encarregando-se este da pré-formulação de suas cláusulas contratuais gerais que pretende utilizar de modo uniforme e rígido, impondo-as nos contratos singulares firmados no *iter* de sua atividade empresarial, é certo que qualquer ambiguidade ou contradição residente no “quadro negocial padronizado” será de sua *responsabilidade*. Seria, de fato, inviável punir o aderente, que sequer teve influência na determinação do conteúdo contratual, por falhas redacionais do predisponente.⁶²⁰

Integra, pois, a *tutela* jurídica do empresário aderente.

Essa regra está calcada no fato de que o predisponente, ao emitir um esquema-padrão com ambiguidades ou com contradições internas, não se desincumbiu do ônus de ser claro e, portanto, não pode se aproveitar dessa falha própria para impor solução exegética desfavorável ao aderente.⁶²¹ Sem que se negue o dever de *diligência* integrante da fase formativa do contrato empresarial de adesão, é certo que, sobrevivendo a essa fase qualquer *dubiedade* relevante, deverá ser solucionada contra quem a produziu – o predisponente.

⁶¹⁹ Cf.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 322-329.

⁶²⁰ Para Garcia-Amigo, a norma da *interpretatio contra stipulatorem*, “de certo modo, impõe uma pena privada ao redator das cláusulas contratuais” (GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 186, tradução nossa).

⁶²¹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 347-352).

Porém, não se pode negar que se trata de uma regra protetiva limitada. Só será invocada a *contra stipulatorem* em caso de cláusulas contratuais gerais ambíguas ou contraditórias; ou seja, será utilizada apenas como fator de *desempate* nas seguintes hipóteses: quando a cláusula utilizada pelo predisponente apresentar mais de um sentido *razoavelmente* apreensível por parte do intérprete, que seria o caso de *ambiguidade*; ou, quando a cláusula se revelar de teor *irreconciliável* com outra do mesmo “quadro negocial padronizado”, situação contraditória.⁶²²

Ou seja, havendo cláusula onerosa inserta do contrato empresarial de adesão, mas clara e não-contraditória, não há socorro para o aderente na regra da *interpretatio contra stipulatorem*. Decerto que, caso a cláusula em questão se revele abusiva, merecerá nulificação; mas isso não se dará por um juízo interpretativo, e sim por uma análise *ad validitatem*.

Por cautela, é de se destacar que, havendo contradição entre a cláusula contratual *geral* inserta num contrato singular e uma cláusula *particular* efetivamente negociada do mesmo contrato individual – e não entre cláusulas do mesmo esquema-padrão –, prevalecerá, por privilégio ao *autorregramento* das vontades, a cláusula particular *negociada*, entendendo-se que, por meio desta, as partes derrogaram aquela.⁶²³⁻⁶²⁴

Com efeito, deve ser registrado que a regra *contra stipulatorem* não é uma exclusividade dos contratos formados por adesão a cláusulas contratuais gerais.

Trata-se de regra aplicável aos contratos em geral, desde que seja possível identificar quem *redigiu* a cláusula ambígua ou contraditória e, talvez principalmente, qual dos contraentes teria maior interesse na *clareza* daquela disposição negocial.⁶²⁵ Volta-se, assim, ao *ônus* da clareza, que tem raízes bem fincadas do padrão da *boa-fé* objetiva, já que concorre para que uma redação *confusa* não se torne instrumento eficiente do ardil e de perturbação da alocação original de riscos por parte de uma das partes contratantes.⁶²⁶

⁶²² Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 138-142.

⁶²³ Cf.: UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. cit., p. 240-241.

⁶²⁴ Para Garcia-Amigo, como as cláusulas negociadas “se formulam no momento de concluir o contrato singular e em função deste”, melhor refletem a vontade contratual (GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. cit., p. 198, tradução nossa).

⁶²⁵ “A regra consagra uma máxima condizente com o senso comum de que, se uma cláusula contratual obscura for redigida por um dos contratantes, as consequências da falta de clareza deverão ser suportadas pelo próprio redator, e não pela contraparte” (KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Interpretações* – art. 113 do Código Civil. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 347-352).

⁶²⁶ “O enunciado do art. 423 do Código Civil, ao apanhar o cânone da *interpretatio contra stipulatorem* é impositivo de um ônus de falar claro (*clore loqui*) àquele que está na posição de predispor as cláusulas

Sem embargo desse caráter geral da *interpretatio contra stipulatorem*, é certo que, no ambiente da contratação por adesão a cláusulas contratuais gerais, a regra passa a integrar de modo específico o próprio *sistema* de normas atinentes, dado que *onera* o predisponente, exortando-o à *clareza* e à *coerência* no seu trabalho uniformizador, e, por ricochete, *tutela* a posição contratual do aderente.⁶²⁷

Integrante que é da tutela jurídica do empresário aderente, a regra da *interpretatio contra stipulatorem*, que é cogente, torna nulas as cláusulas contratuais gerais que, versando sobre a interpretação do contrato, atribuem ao predisponente o poder de, após o dissenso, resolver livremente sobre eventuais ambiguidades ou contrariedades de seu esquema-padrão.

5.5.2. A prevalência da interpretação típica

Destacado o caráter protetivo e limitado da regra *contra stipulatorem*, é de se indagar qual é a regra hermenêutica que deve *presidir* a exegese das cláusulas contratuais gerais.

Há um razoável consenso doutrinário em torno da prevalência da interpretação *típica* (ou *categorial*) das cláusulas contratuais gerais, calcado na percepção de que é inadequada a sindicância sobre as manifestações de *vontade* individuais confluentes para cada contrato firmado com base no mesmo esquema-padrão, dado que, em virtude do modo *uniforme* e *rígido* (*rectius*: inegociável) da integração dessas cláusulas aos contratos, o seu conteúdo é obra unilateral do predisponente, que pretendeu implementar a sua vontade, de caráter geral, a todos os contratos individuais. Por isso, a interpretação baseada na *intenção* manifesta das partes correria o risco de *reconduzir* o processo hermenêutico à indagação da vontade *exclusiva* do predisponente, o que não se sustém dentro do sistema.⁶²⁸

Enquanto a interpretação *individual* se dedica a identificar concretamente as vontades confluentes ao contrato singular, a interpretação *típica* atrela-se ao que *geralmente* acontece para identificar o que *normalmente* se compreende a partir daquela manifestação (ou declaração) de vontade, considerados o *contexto* de seu advento e, talvez principalmente, os

contratuais, esteja ou não caracterizada relação de consumo” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 527).

⁶²⁷ Sobre a *contra stipulatorem*, Genovese escreve que esta “codifica um critério interpretativo desfavorável ao autor das c.g. [condições gerais] que, tendo predisposto uma disciplina uniforme para toda uma série de contratos, dispunha da possibilidade de avaliar a escolha das palavras usadas e, eventualmente, selecionar as mais claras e precisas, em ordem a impedir qualquer ambiguidade. Se não o fez, sofrerá as consequências: quem solitariamente toma a iniciativa de formular o texto contratual, excluindo a contraparte, deve suportar o risco da sua atividade” (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 398-399, tradução nossa).

⁶²⁸ Cf.: LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. cit., p. 129.

usos e os *costumes* circundantes. Investiga-se, pois, o que aquele *tipo* de declaração significa dentro de um dado *cenário* social.⁶²⁹

Com efeito, a *adequação* da interpretação *típica* ao processo hermenêutico a ser executado sobre as cláusulas contratuais gerais é percebida pela própria *conformação* destas. Suprimindo-se a fase de tratativas prévias e restando unilateralmente composto o *conteúdo* do contrato singular, é de se ver que o aderente – inclusive o empresário aderente – foi conduzido a apreciar o esquema-padrão apresentado pelo predisponente considerando-o a partir do que *comumente* se interpreta das disposições que lhe foram postas à análise. O processo de contratação *padronizada*, com a pré-formulação de cláusulas para a sua *reprodução* imutável em sucessivos contratos singulares de mesmo tipo, recomenda, como regra, uma interpretação *constante e uniforme*.⁶³⁰

Enquanto tutela o aderente na medida em que este não restará vinculado a uma interpretação haurida apenas da intenção – ainda que manifesta – do predisponente, a interpretação típica (ou categorial) também tutela o predisponente, porque é coroado o seu intuito *uniformizador* – reitor de sua atividade padronizadora – com uma interpretação *uniforme* de suas cláusulas predispostas. É conduzido o intérprete, assim, a promover a exegese menos do contrato singular do que do esquema-padrão.⁶³¹

Nesse contexto, ganha relevo o conceito de tipicidade *social* dos contratos.

O método *sumário* de contratação adotado pelo predisponente remete o aderente a *interpretar* o esquema-padrão a partir do que comumente se entende. Nessa investigação do que é *comum*, é inevitável indagar a que *tipo* de negócio se refere. Por isso, a tipicidade contratual auxilia o intérprete-aderente – e, após, o intérprete-julgador – a identificar o qual é o significado comum (ou geral) das cláusulas predispostas. Porém, esse caráter ancilar não cessa na tipicidade legal. É de se considerar o fato de que há contratos – principalmente contratos empresariais – que são *socialmente* típicos, isto é, à minguada de uma ordenação de fonte legislativa, o próprio mercado reconhece algumas funções socioeconômicas reguladas contratualmente como unidades isoláveis. Nesse reconhecimento, o autorregramento da vontade é *orientado e limitado*, quer por usos, quer por costumes.⁶³²

⁶²⁹ Sobre a distinção entre interpretação particular e interpretação típica: BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmática)**. cit., p. 405-406.

⁶³⁰ (GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. cit., p. 387-396, tradução nossa).

⁶³¹ Sobre essa proteção também ao predisponente: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280-281.

⁶³² “Então, no lugar da rígida tipicidade legislativa apoiada num número fechado de denominações, ingressa outra tipicidade que, cumprindo sempre a finalidade de limitar e orientar a autonomia privada, é, entretanto, comparativamente, muito mais elástica na configuração dos tipos e, já que se opera mediante a

Cabe, pois, falar de *contratos* socialmente típicos e de *cláusulas* socialmente típicas. De fato, a prática do mercado pode chegar ao nível de tipificar *cláusulas* contratuais, geralmente vinculadas a contratos já típicos (legal ou socialmente).⁶³³ Nesse ensejo, a interpretação das cláusulas contratuais gerais inseridas no contrato singular não pode descurar da existência de significados típicos para algumas delas, sendo presumível que foi esse significado geral e corrente o considerado pelo aderente no ato de contratar.

Com efeito, o recurso aos *usos* e aos *costumes* para identificar o significado típico das cláusulas não está desvinculado da eficácia interpretativa da *boa-fé* objetiva. Como anotou Pontes de Miranda, a interpretação pelos usos comerciais tutela o contratante probo, porque este efetua a contratação necessariamente dentro de um contexto de mercado, no qual as disposições têm um significado próprio, e, mais, “pois que é uso proceder de boa fé”.⁶³⁴

Na mesma linha, a interpretação típica, em alguma medida, também colhe da eficácia interpretativa das *práticas* adotadas. Enquanto os *usos* e os *costumes* são fenômenos necessariamente sociais (ou coletivos), as *práticas* são condutas reiteradas *individuais* que demarcam a conduta do agente em relação àquele *tipo* de negócio.⁶³⁵ Assim, havendo *práticas* do predisponente para com todos os aderentes, estas não poderão ser ignoradas na exegese.

Por essas razões, é mais *adequada* à exegese das cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos empresariais a interpretação *típica* (ou *geral*), afinada à presença dos *usos* e dos *costumes* comerciais, dado que se dedica a tutelar o aderente, que analisou o esquema-padrão considerando seus significados *gerais* e *correntes*, sem descurar da tutela do predisponente, que produziu tais cláusulas com um claro intuito uniformizador – que seria *alquebrado* com a existência de processos hermenêuticos particulares sem intenção de uniformidade.

5.5.3 A interpretação segundo a *boa-fé* objetiva

Merece registro o fato de que a prevalência da interpretação *típica* não configura uma norma *absoluta* e *excludente* dos demais métodos interpretativos.⁶³⁶

remissão à consciência social, econômica ou ética, poder-se-ia chamar tipicidade social” (BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.], p. 153, tradução nossa e itálico original).

⁶³³ Cf.: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 52-53.

⁶³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 332.

⁶³⁵ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 340-347.

⁶³⁶ Cf.: DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 64-68.

Em alguma medida, cada contrato empresarial singular firmado por adesão a cláusulas contratuais gerais está numa *diegese*. Ou seja, cada contrato está, necessariamente, inserido numa *conjuntura* (ou num universo) espacial-temporal que o tornou *possível*; e essa conjuntura enquadra o contrato, valida-o e torna-o *inteligível*.⁶³⁷

Como decorrência disso, ainda que se compreenda o contexto socioeconômico do contrato singular para alcançar uma interpretação típica, não se pode negar a possibilidade que essa conjuntura seja (ou tenha sido) *substancialmente* alterada – e, assim, *individualizada* – por comportamentos anteriores e posteriores dos contratantes – predisponente e aderente.⁶³⁸

Trata-se de possibilidade oferecida pela eficácia *interpretativa* da *boa-fé* objetiva.

Se, por um lado, é reconhecido que a contração por adesão a cláusulas contratuais gerais enseja uma “redução do material interpretativo”, em razão de sua pré-formulação e de sua sumariedade,⁶³⁹ não se pode negar a possibilidade de que o *iter* contratual (da formação à execução) *enriqueça* esse material e entregue ao intérprete – seja contratante, seja julgador – outros *instrumentais* para a interpretação mais adequada ao caso.⁶⁴⁰

No que respeita à *individualização* da interpretação por comportamento *anterior* à conclusão do contrato singular, ganha relevo a postura do predisponente ao se desincumbir do ônus de *esclarecibilidade* por provocação do aderente. Se, nessa fase, o predisponente esclarece ao aderente o *significado* de certa cláusula contratual geral e, com base nisso, o aderente *prosegue* para a conclusão do contrato, é certo que se formou uma legítima *expectativa* em torno da *prevalência* daquela interpretação, ainda que esta não seja a que comumente se interpreta daquele tipo de cláusula ou naquele tipo de contrato.⁶⁴¹

Nesse caso, a interpretação *esclarecida* na fase pré-contratual deve ser *observada*, sob pena de configuração de comportamento *contraditório* e, como tal, violador da tutela da *confiança* legítima. Eventual insurgência posterior do predisponente para defender interpretação diversa daquela que havia esclarecido (e utilizado) para convencer o aderente a concluir o contrato singular configurará manifestação de *venire contra factum proprium*. Na

⁶³⁷ Toma-se aqui o termo “diegese” no sentido adotado na teoria da narrativa: REIS, Carlos; LOPES, Ana Cristina M. **Dicionário de teoria narrativa**. São Paulo: Editora Ática, 1988, p. 26-27.

⁶³⁸ Como adverte Pontes de Miranda, a propósito de sua interpretação, “o ato jurídico pode refractar-se, devido a haver diferentes contra-figurantes ou destinatários” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 324).

⁶³⁹ Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. cit., p. 366.

⁶⁴⁰ Sobre a atuação complexiva da boa-fé objetiva no âmbito hermenêutico com o fito de individualizar e singularizar condutas para analisá-las sob seus padrões: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 488-490.

⁶⁴¹ Cria-se, por esse esclarecimento do aderente, sob as luzes da boa-fé hermenêutica, uma interpretação na qual “cada uma das partes poderia e deveria ter razoavelmente confiado” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. cit., p. 185).

hipótese, estarão preenchidos todos os requisitos da figura: o *fato* próprio (o esclarecimento prestado pelo predisponente), o *confiante* (o aderente que, com base naquele esclarecimento, decidiu prosseguir com a contratação), o *investimento* de confiança (a conclusão do contrato principal) e, por fim, o *comportamento* contraditório (a negação da interpretação esclarecida ao aderente com a defesa de outra que se lhe pareça mais favorável).⁶⁴²

Essa *individualização* do contrato por comportamento anterior dá ao intérprete uma *aproximação* relevante para a identificação da *intenção* comum das partes e que não pode ser ignorada no processo hermenêutico, sob pena de cancelar-se uma *interpretação* contrária ao padrão de comportamento pautado pela boa-fé objetiva.

Também o comportamento *posterior* das partes tem o condão de *individuar* o contrato formado por adesão a cláusulas contratuais gerais.

O modo como as partes *executam* o contrato, de regra, consubstancia uma espécie de interpretação *autêntica* de suas disposições.⁶⁴³ Nesse sentido, a conduta das partes, quando indicar proceder diverso daquele que, aparentemente, havia sido assentado no contrato, poderá configurar um comportamento concludente (*ex quo voluntas concludi potest*).⁶⁴⁴

Sobrevém outra vez a pauta da *boa-fé* objetiva em seu viés interpretativo. O cumprimento do contrato pelas partes de um certo modo, ainda que não plenamente coincidente com a sua exegese literal, denuncia o que era *esperado* pelos contraentes no ato de contratar. Essa regra, porém, é aplicável apenas quando o comportamento tenha sido desacompanhado de qualquer *protesto*. Tutela-se a *confiança* do aderente que se comportou de determinada forma durante a execução contratual calcado na *reciprocidade* do predisponente ou na *prolongada* ausência de resistência deste; e, por conseguinte, veda-se a mudança *abrupta* de postura sobre a licitude ou a adequação desse comportamento em caso de dissenso ou litígio.⁶⁴⁵

Deve ser anotado, ao revés, que, se o modo como o predisponente executa o contrato apresenta divergência com aquilo que comumente se interpreta de suas cláusulas contratuais gerais e isso é alvo de reclamações e protestos do contratante aderente, ainda que este não se

⁶⁴² Sobre a configuração do *venire contra factum proprium*: “a actuação de um facto gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica; a adesão do confiante a esse facto; o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua actividade posterior sobre a confiança gerada – um determinado investimento de confiança – de tal forma que a supressão do facto provoque uma iniquidade sem remédio” (CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 758).

⁶⁴³ Cf.: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 209.

⁶⁴⁴ “O fato dos contraentes, posterior ao contrato, que tenha relação com o objeto principal é a melhor explicação da vontade que tiveram no ato da celebração do contrato” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. cit., p. 344).

⁶⁴⁵ Cf.: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. cit., p. 252.

desvencilhe do contrato, esse comportamento não pode ser adotado como interpretação autêntica. Nesse caso, pode-se revelar, na verdade, uma tentativa linear de frustrar o bom adimplemento do contrato.⁶⁴⁶

Nesse ensejo, ganham *relevância* interpretativa o comportamento *anterior* e o comportamento *posterior* do predisponente em relação ao momento da *conclusão* do contrato singular, seja gerando uma *confiança* legítima sobre a interpretação de determinada cláusula esclarecida na fase formativa, seja criando uma *conduta* reiterada e retilínea acerca do modo de execução do contrato, respectivamente.

Por fim, a interface entre a hermenêutica devida aos contratos empresariais de adesão e a eficácia interpretativa da boa-fé objetiva merece ainda uma nota.

Como assenta o art. 114 do Código Civil, a *renúncia* deve ser interpretada *restritivamente* e, no caso dos contratos de adesão, essa regra merece *potencialização* para que não reste desprovida de meios a teoria do *abuso* do direito.

Não é incomum que o predisponente elabore *cláusulas* contratuais gerais que tenham por objetivo (ou por resultado) a *reserva* de direitos do predisponente sobre o aderente (ou sobre sua atividade econômica) que, num primeiro olhar, não deturpam nem deformam a feição natural da categorial negocial eleita. Porém, tais cláusulas guardam um *potencial* para o *abuso* do direito que estabelecem.⁶⁴⁷

Noutras palavras, há cláusulas que, embora não sejam abusivas por seu teor normativo, ostentam *redação* e atribuem *direitos* ao predisponente sobre o aderente que podem veicular *abusividades* – e isso fica mais claro nas cláusulas que estabelecem *renúncias* de independência ou de autonomia, ainda que isso seja posto em termos mais brandos e oblíquos.⁶⁴⁸

Pode-se exemplificar com as cláusulas contratuais gerais que, em contratos de distribuição, estabelecem que o fornecedor tem o direito de *requisitar* documentos e *realizar* vistorias. Ou, ainda, as cláusulas de “estoque mínimo”. Consideradas em si mesmas, essas cláusulas nada têm de *ilícito* ou *abusivo*. Porém, é certo que, geralmente redigidas sem

⁶⁴⁶ Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. cit., p. 93-94.

⁶⁴⁷ “As situações jurídicas são figuras funcionais: são criadas para o desempenho de objetivos ou funções. A destinação funcional representa mais uma categoria de limites aos direitos. Quando os titulares dela se afastam, haveria um exercício disfuncional, que a lei qualificaria como ilegítimo” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226).

⁶⁴⁸ Na construção assinada por Menezes Cordeiro, investigar a caracterização de determinado exercício de direito como abusivo é verificar a compatibilidade entre o uso efetivo do poder conferido pela norma jurídica e a sua funcionalidade sistemática. O abusivo é, em suma, o permitido, mas disfuncional (CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 898-901).

qualquer limite ou ressalva, podem dar azo a condutas danosas, vilipendiando a autonomia operacional e econômica do distribuidor, inclusive com prejuízos à livre concorrência.

Caberá ao intérprete-julgador *interpretar* a cláusula contratual geral que instala renúncia a parcelas da autonomia operacional, ainda que por via oblíqua, e, após, identificar a sua função para avaliar se a invocação desse tipo de cláusula de renúncia no caso concreto será *funcional* – isto é, se está sendo exercido dentro da função para a qual foi prevista, justificando-se – ou se se trata de *abuso* do direito – isto é, se o exercício do direito está desbordando as fronteiras da boa-fé, dos usos e da função da própria cláusula invocada como supedâneo da sua atuação.⁶⁴⁹

Com essas considerações, de se concluir que incide a norma do art. 114 do CC para *tutelar* o aderente acerca do exercício dos direitos que o predisponente reserva a si sobre o aderente ou sobre sua atividade econômica em cláusulas contratuais gerais, emprestando-lhes uma interpretação restritiva e atrelada somente à função operacional desses direitos.

No que respeita à tutela jurídica do empresário aderente, acerca da formação, da validade e da interpretação, é o que basta consignar para que este escrito finde.

⁶⁴⁹ Não se pode perder de vista que, “sendo o direito subjetivo substancialmente funcional, os poderes que carrega são instrumentais”, e o uso do direito dessas funções caracteriza o abuso (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 670).

6 CONCLUSÃO

“Nenhum movimento é mais complexo que o de finalizar”

(RONALDO CORREIA DE BRITO)

Há uma *tutela* ministrada pelo ordenamento jurídico positivo ao empresário aderente.

Superado o mito da *paridade* nos contratos empresariais e bem delineados os riscos *típicos* que o aderente corre ao participar de um processo *sumário* de contratação – chegando *atrasado* numa negociação em que o conteúdo do contrato vindouro já foi pré-formulado de modo uniforme e inegociável –, a sua tutela surge como uma necessidade para que o sistema confira soluções adequadas.

Embora o *profissionalismo* do empresário inspire certa *condescendência* com o conteúdo e a alocação de riscos dos contratos firmados na ambiência de sua atividade econômica, o sistema jurídico reconhece a possibilidade de tais contratos apresentarem *assimetrias* e *disparidades* relevantes.

E esse reconhecimento não pode desaguar num vazio de sentido.

Identificada a *assimetria* ou a *disparidade* de forças contratuais, notadamente no que diz com a determinação do *conteúdo* contratual, a *proteção* jurídica do empresário aderente nada tem a ver com torná-lo consumidor ou chancelar a imperícia no mercado. Trata-se de um controle *menor*, restrito ao *essencial* para que o contrato seja *funcional*.

Com efeito, uma vez bem compreendida em seus limites, a *tutela* do empresário aderente concorre, na verdade, para um desenvolvimento saudável do *mercado*.

No que diz com a *formação* dos contratos empresariais de adesão, a atribuição dos *ônus* de cognoscibilidade e de esclarecibilidade ao predisponente e, do outro lado, a cobrança de *diligência* ordinária com a instalação do dever saber formal em relação ao aderente são procedimentos que se revelam completamente *adequados* ao padrão de conduta esperado de agentes econômicos racionais, probos e leais, de modo que essa tutela *convive* pacificamente com o dado da empresarialidade desses contratos.

Quanto à *validade* das cláusulas contratuais gerais, a divisão entre cláusulas *onerosas* e cláusulas *abusivas* delinea bem o modo como o controle de *conteúdo* nos contratos empresariais de adesão é estreito. Sob a norma do art. 424 do CC, a nulidade de uma cláusula padronizada depende de seu caráter *irreconciliável* com os elementos essenciais e naturais do negócio, quando foi configurada uma renúncia antecipada do aderente. Fora dessa hipótese, o

método sumário da adesão em *nada* interferirá quanto à validade das disposições pré-formuladas e inseridas de modo uniforme e rígido pelo predisponente em seus contratos.

No juízo de *validade*, o limite imposto pelo ordenamento ao predisponente não é grave: proíbe-se apenas a deformação da configuração *natural* da categoria contratual eleita. Em síntese, a própria tutela do *mercado* e a higidez da compleição *legal* dos contratos, evitando renúncias disfuncionais, justifica a pecha de *nulidade* das cláusulas abusivas – que são nulas, e não anuláveis, exatamente em razão da dimensão *coletiva* (ou *social*) do fenômeno da padronização contratual.

Excepcionalmente, o sistema normativo brasileiro impõe o controle *formal* de validade das cláusulas contratuais gerais, exigindo que seja inseridas ou dispostas com algum destaque no esquema-padrão. Descumprida a forma prevista em lei, há nulidade. Todavia, essa análise formal não impede o juízo *ad validitatem* acerca do conteúdo da cláusula.

Por fim, quanto à *interpretação* das cláusulas contratuais gerais insertas em contratos empresariais, a tutela do empresário aderente atua para fazer prevalecer a sua hermenêutica *típica* – privilegiando o sentido corrente ou costumeiro das palavras em detrimento da intenção individual do predisponente – e para tornar *favorável* ao aderente (o não-redator) a solução exegética para qualquer ambiguidade ou contradição surgida do descumprimento por parte do predisponente do seu *ônus* de ser claro.

Quanto à *boa-fé* interpretativa, esta sobrevém para *individualizar* os contratos quando as partes – predisponente e aderente – já o individualizaram por seus *comportamentos* e *declarações*, tutelando a *confiança* legítima e proibindo o aproveitamento de condutas *contraditórias* e *desleais*. Deveras, para viabilizar a análise do *abuso* do direito, estende-se a tutela do aderente para interpretar *restritivamente* as cláusulas pelas quais o aderente renuncie a liberdades e autonomias operacionais, já que essas *renúncias* só podem ser efetivadas quando estritamente *vinculadas* ao bom adimplemento do contrato e não ensejem dano ao aderente nem disfunções ao mercado.

Desse modo, com apoio nas normas do Código Civil de 2002, é de se concluir pela existência de uma *tutela* jurídica garantida pelo ordenamento jurídico ao *empresário* aderente, sendo certo que esta não se divorcia das premissas da empresarialidade, antes confirma-as, promovendo a *proteção* do aderente contra os riscos *típicos* da contratação por adesão a cláusulas contratuais gerais para garantir a *contratualidade* e coibir os *abusos*.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- ALBUQUERQUE, Raul César de. Do ato-fato jurídico (e da vontade posta entre parênteses). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 92, n. 1, p. 67-83, out. 2020. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248400/36934>>. Acesso em: 3 nov. 2020.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. 2. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALPA, Guido. Le “autonomie contrattuali” tra mercato e persona. In.: ALPA, Guido; ROPPO, Vincenzo (Org.). **La vocazione civile del giurista**: saggi dedicati a Stefano Rodotà. Roma: Laterza, 2013.
- ALPA, Guido. **Le stagioni del contratto**. Bolonha: il Mulino, 2012.
- ALVES, Jônes Figueiredo. Art. 424. In.: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ARROSI, Letícia Soster. A influência do comportamento das partes na formação e interpretação dos contratos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 21, out-dez/2019, p. 117-142.
- ASCARELLI, Tullio. O empresário (l'imprenditore). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, nº 92, 1997, p. 269-278.
- ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1947.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 104, out-dez/1996, p. 109-126.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARRETO FILHO, Oscar. O projeto de código civil e as normas sobre atividade negocial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, nº 13, jul-set/2001, p. 259-263.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1973.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmática)**. Milão: Giuffrè Editore, 1971.

BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio juridico**. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.].

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1975.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do código civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 872, jun/2008, p. 11-42.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica**. Campinas: Interlex, 2000.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARNEIRO FILHO, Humberto João; ALBUQUERQUE, Raul César de. Do abuso do direito de denúncia contratual e a interpretação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil (Comentário de Jurisprudência). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 21, out-dez/2019, p. 390-406.

CARNEIRO FILHO, Humberto João; VIANA, Raphael Fraemam Braga. Breve ensaio sobre a autonomia dos contratos interempresariais, **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 63, jun-set/2015, p. 103-124.

CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratti**. Milão: Casa Francesco Vallardi, 1915.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo VI. Parte I. São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Tomo I. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

CASTRO, Torquato da Silva. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente (reflexões sobre metáforas e paradoxos na dogmática privatista)**. São Paulo: Noeses, 2009,

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial: obrigações e contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. Lisboa: Almedina, 2016.

CORRÊA, Alexandre. **Prelecções de direito romano**. São Paulo: Linotechnica, 1937.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1991.

CORREIA, Ticiane Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Pode falar-se em um direito civil pós-moderno? Crítica ao romantismo renovado no direito civil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, nº 3, 2019, p. 1823-1836.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Um Código “social” e “impopular”**: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916). 2013. 246f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

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

DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 14, jan-mar/2018, p. 207-236.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 32, out-dez/2007, p. 171-200.

DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 59, jul-set/2014, p. 91-120.

- DUARTE, Rui Pinto. **A interpretação dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2017.
- DUFLOTH, Rodrigo; PERIM, Paula Abi-Chahine Yunes. Contratos de distribuição: questões controversas e tentativa de sistematização. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, nº 5, jul-set/2017.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2015.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1960.
- FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de; RIZZARDO FILHO, Arnaldo. Função, elementos e vícios da circular de oferta de franquia: uma análise crítica do art. 2º, § 2º, da lei 13.966/19. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1.026, abril/2021, p. 197-209.
- FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 347-352.
- FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 45, abr-jun/2015, p. 229-244.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- GABAN, Eduardo Molan. Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 11, jan/2004, p. 83-106.
- GARCIA-AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio

Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 340-347.

GENOVESE, Anteo. **Le condizioni generale di contratto**. Padova: CEDAM, 1954.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOMES, Tadeu Alves Sena. O contrato de adesão entre sociedades empresárias. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 76, abril/2017, p. 115-145.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o direito formativo extintivo de denúncia no contrato de agência. In.: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 294-331.

HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência**: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 1998.

JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 17, out-dez/2018, p. 337-351.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 358-361.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, nº 21, jul-set/2003, p. 48-63.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Rompimento da boa-fé e conflito de interesses. In.: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004, p. 1.475-1.490.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo, **Revista de Processo**, São Paulo, nº 239, jan/2015, p. 263-275.

LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCONDES, Sylvio. **Anteprojeto de Código de Obrigações** (sociedades e exercício da atividade mercantil). [s.l.]: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o acto ilícito**. Rio de Janeiro: Editora Renato Americano, 1935.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de construção. “Contratos-aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 1, out-dez/2014, p. 315-351.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002**. Saraiva: São Paulo, 2008.

- MERLEAU-PONTY, Maurice. **A prosa do mundo**. São Paulo: Cosac Naify, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial**: contratos de distribuição comercial: relatório. Coimbra: Almedina, 2018.
- MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Parte geral**: código civil: gênese difusão e conveniência de uma ideia. São Paulo: IK, 2018.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório – suas raízes romanas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 93, p. 3-24, 1998.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- NABOKOV, Vladimir. **Lições de literatura**. São Paulo: Três Estrelas, 2015.
- NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 20, out-nov/1996, p. 88-111.
- ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Campinas: Vide Editorial, 2016.
- PARDOLESI, Roberto. Clause abusive e “terzo contratto”. **Il Foro Italiano**, Roma, vol. CXLV, mai/2020, p. 197-211.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 11, jul-set/2002, p. 138-153.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos bilaterais**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- PETIT, Eugène. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Editorial Araújo, [s.d.].
- PINTO, Fernando A. Ferreira. **Contrato de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à sociologia geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1980.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O problema fundamental do conhecimento**. Porto Alegre: Livraria do Globo, [s.d.].
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II. São Paulo: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III. São Paulo: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. São Paulo: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo V. São Paulo: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXII. São Paulo: Borsoi, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. São Paulo: Borsoi, 1962.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Tomo I. Rio de Janeiro: Garnier Editor, 1906.

PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, nº 7, jan-mar/2018.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

REIS, Carlos; LOPES, Ana Cristina M. **Dicionário de teoria narrativa**. São Paulo: Editora Ática, 1988.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985.

RIBEIRO, Jair Lúcio Prados. **Experimentos em óptica**: uma proposta de reconceitualização das atividades experimentais demonstrativas. 2010. 162f. Dissertação (Mestrado em Ensino de Ciências) – Universidade de Brasília, Brasília.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato**. Coimbra: Almedina, 1990.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria geral dos contratos comerciais. In.: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial**: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1947.

RODOVALHO, Thiago. **Cláusula arbitral nos contratos de adesão**. São Paulo: Almedina, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. São Paulo: Saraiva, 1979.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **O Direito**, Lisboa, 2015, vol. I, p. 45-110.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In.: MARQUES NETO; Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 309-325.

RAKOFF, Todd. D. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. In.: CRASWELL, Richard; SCHWARTZ, Alan. **Foundations of Contract Law**. São Francisco: LexisNexis, 2006, p. 324-329.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. Ancora su contratto asimetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito com qualche elemento di novità. In.: ALPA, Guido; ROPPO, Vincenzo (Org.). **La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà**. Roma: Laterza, 2013, p. 178-203.

SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Marcus Seixas. **Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática**. Salvador: Juspodivm, 2019.

SOUZA NETO, José Soriano de. **Da novação**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937.

STEINBERG, Daniel Fideles; SOUZA NETO, Tarcísio de. Dimensões da confiança nos contratos empresariais: o papel do direito na tutela das relações contratuais. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 91, n. 2, p. 187-203, set. 2020.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 99, p. 283-302, 2004.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, nº 25, jan-mar/2006, p. 233-249.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. São Paulo: Almedina, 2017.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar**. São Paulo: Almedina, 2018.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

TORTORI, Alfredo. **Sociologia e diritto commerciale**. Vol. 1. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1895.

UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.

VALÉRY, Paul. **Lições de poética**. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di diritto commerciale**. Milão: Ulrico Hoepli, 1920.

WILLIAMS, Raymond. **Palavras-chave: um vocabulário de cultura e sociedade**. São Paulo: Boitempo, 2007,

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandecte**. Vol. II. Torino: UnioneTipografico-EditriceTorinese, 1925.