

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

GABRIEL KLEMZ KLOCK

**JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL E
COMPORTAMENTO OPORTUNISTA**

**CURITIBA
2019**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

GABRIEL KLEMZ KLOCK

**JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL E
COMPORTAMENTO OPORTUNISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, na Linha de Pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Martinho Martins Botelho

**CURITIBA
2019**

K66j

Klock, Gabriel Klemz

Judicialização de contratos de colaboração empresarial
e comportamento oportunista / Gabriel Klemz Klock. -
Curitiba, 2019.

114 f.

Orientador: Prof. Dr. Martinho Martins Botelho
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Direito Empresarial. 2. Contratos. 3. Direito e Economia.
4. Direito Civil. 5. Direito Comercial. 6. Representações
comerciais. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL KLEMZ KLOCK

JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Curitiba/PR, 13 de fevereiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Martinho Martins Botelho

Orientador

Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini

Avaliador, PPGD/Uninter

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter

Avaliador, PPGD/PUC PR

Prof. Dr. Eduardo Oliveira Agostinho

Avaliador, PUC PR

O commercio para medrar e desenvolver-se necessita, além do seu mechanismo especial, o transporte e intelligente distribuição das mercadorias, de segurança, estabilidade e confiança.
José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu

AGRADECIMENTOS

Dizem os mais sábios que quem deseja ir mais rápido vai sozinho. Mas quem deseja ir mais longe vai bem acompanhado. No meu caso, asseguro que não foi diferente. Somente com a ajuda e o apoio de muitas pessoas pude enfrentar o desafio do Mestrado.

Agradeço a Gabrielle Cristine Mendes Klock, minha esposa, por todo amor, apoio, carinho, incentivo, paciência e tolerância que me dedicou durante todos esses anos que estamos juntos. Foi com sua ajuda que pude superar todos os momentos difíceis que suportei durante esses últimos tempos.

Devo agradecer aos meus amigos que, com sorte, posso chamar de sócios, por todo apoio e companheirismo demonstrado nesses nossos anos de caminhada. Bruno Thiago Krieger, Eduardo Ramos, Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira e Raul Ribas: obrigado por tudo. Sei que poderei sempre contar com vocês.

Durante essa caminhada, pude conhecer pessoas especiais e que comigo caminharam e superaram diversos desafios. Aos amigos do Mestrado Uninter, agradeço por todo conhecimento compartilhado, por todas as viagens, todas as conversas. Vocês me fizeram ser alguém muito melhor.

Registro meus agradecimentos ao Grupo Uninter pela oportunidade rara de cursar o Mestrado em Direito. Em especial, agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação que não mediram esforços para transmitir seus conhecimentos e nos permitiram um crescimento não apenas acadêmico.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Dr. Martinho Martins Botelho, pela oportunidade que me foi dada de ingressar no curso de Mestrado. Seu vasto conhecimento e sua dedicação aos estudos são marcas invejáveis. Foi por sua razão que tive a oportunidade de enxergar o Direito por lentes que me ampliaram a visão do todo. Muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo pretende investigar se a judicialização de contratos de colaboração empresarial pode revelar a adoção de um comportamento oportunista por parte do agente distribuidor. Para realizar a investigação proposta, utilizou-se do método dedutivo, mediante o resgate de conceitos relacionados aos contratos de colaboração empresarial, com destaque para a distribuição e representação comercial. Através da Análise Econômica do Direito, em especial pela Teoria dos Custos de Transação, reconheceu-se a racionalidade limitada dos agentes econômicos e da incompletude dos contratos. Além disso, utilizando da definição de Williamson sobre oportunismo, verificou-se que um agente econômico poderá, para promoção do autointeresse, agir de maneira a enganar a contraparte. Neste trabalho, optou-se por analisar precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relacionando-se casos de contrato de distribuição em que o distribuidor pretendeu o reconhecimento de relação de representação comercial para pleitear as indenizações previstas pela Lei 4.886/65, notadamente quanto à concessão de avisoprévio e indenização de 1/12 avos de comissões auferidas durante a contratualidade. Como resultado das análises, pôde-se identificar que o contrato de distribuição encerra uma operação de compra para revenda, mas que apesar de certa proximidade com a representação comercial, não autoriza o pagamento das indenizações da lei de regência desta modalidade. Além disso, verificou-se que os contratos de colaboração empresarial são judicializados no momento posterior ao término da relação contratual, bem como que, para os casos analisados, pôde-se identificar uma manifestação de comportamento oportunista na medida em que uma das partes acaba por violar os deveres de lealdade, honradez e cooperação, decorrentes da boa-fé objetiva, ao tentar enriquecer indevidamente às custas da contraparte.

Palavras-chave: Judicialização de contratos. Contratos de colaboração empresarial. Distribuição. Representação comercial. Comportamento oportunista.

ABSTRACT

The present study intends to investigate whether the judicialization of business collaboration contracts may reveal the opportunistic behavior of the distributor agent. In order to carry out the proposed research, the deductive method was used, through the retrieval of concepts related to business collaboration agreements, with emphasis on distribution and commercial representation. Through the Economic Analysis of Law, in particular by the Theory of Transaction Costs, the limited rationality of the economic agents and the incompleteness of the contracts were recognized. Moreover, using Williamson's definition of opportunism, it was found that an economic agent could, in order to promote self-interest, act in a way that would deceive the counterpart. In this work, we opted to analyze precedents of the Court of Justice of the State of Paraná, relating cases of distribution agreement in which the distributor wanted the recognition of commercial representation relation to claim the indemnities provided for by Law 4.886 / 65, notably as to the granting of prior notice and compensation of 1/12 of the commissions earned during the contract. As a result of the analyzes, it was possible to identify that the distribution contract ends a purchase operation for resale, but that despite a certain proximity to the commercial representation, does not authorize the payment of the indemnities of the regency law of this modality. In addition, it was found that business collaboration contracts are judicialized at the time of termination of the contractual relationship, and that, in the cases analyzed, a manifestation of opportunistic behavior could be identified as one of the parties ends by violate the duties of loyalty, honesty and cooperation arising from objective good faith, by attempting to unduly enrich themselves at the expense of the counterpart.

Key-words: *Judicialization of contracts. Business collaboration agreements. Distribution. Commercial representation. Opportunistic behavior.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL	12
1.1 UMA NOÇÃO TEÓRICA SOBRE CONTRATOS	13
1.1.1 Conceito(s) de contrato	13
1.1.2 Princípios contratuais destacados	20
1.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS	23
1.2.1 Boa-fé objetiva como dever de conduta	23
1.2.2 Responsabilidade civil pós-contratual como decorrência da boa-fé objetiva	28
1.3 CONTRATOS EMPRESARIAIS	32
1.3.1 Características dos contratos empresariais.....	32
1.3.2 Modalidades de Colaboração Empresarial	37
1.4 UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO NA INTERMEDIÇÃO EMPRESARIAL	40
1.4.1 Contrato de Representação Comercial	41
1.4.2 Contrato de Distribuição	43
1.4.3 Contrato de Distribuição como contrato relacional	47
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA	52
2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	52
2.1.1 Postulados da Análise Econômica do Direito	55
2.1.2 Gerações da Análise Econômica do Direito	61
2.2 TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO: Finalidade do direito contratual e o contrato na Teoria de Custos de Transação	64
2.2.1 Finalidade do Direito Contratual	64
2.2.2 O contrato na Teoria dos Custos de Transação	66
2.3 COMPORTAMENTO OPORTUNISTA E BOA-FÉ OBJETIVA	71
2.3.1 Comportamento oportunista	71
2.3.2 Comportamento oportunista e boa-fé	78
3 JUDICIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA	81
3.1 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ	82
3.1.1 Caso 01 - Marilda Lima Perfumaria vs. Tecnicare Indústria e Comércio	82
3.1.2 Caso 02 – Campo e Lavoura Comércio e Representações vs. Mogiana Alimentos.....	84
3.1.3 Caso 03 – Gamajo Comércio e Transporte de Gás vs. SHV Gás Brasil	85
3.1.4 Caso 04 – Jonacyr Wiumar Weber vs. Taegutec do Brasil.....	86
3.1.5 Caso 05 – Alvaro Tibagi de Araújo Bittencourt vs. RH Cosméticos.....	87

3.1.6 Caso 06 – G Bergamasco Cosméticos vs. Ceramarte	88
3.1.7 Caso 07 – Agropietch Comércio de Insumos e Implementos Agrícolas vs. Sheepvem Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários	89
3.1.8 Caso 08 – DSG Comércio e Transporte vs. Frimesa Cooperativa Central	90
3.1.9 Caso 09 – José R. Marcon & Cia vs. Tim Celular S/A	92
3.1.10 Caso 10 – Berbety Comercial vs. Danone	93
3.2 JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

A pesquisa de mestrado é apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito ofertado pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Foi elaborada sob orientação do Professor Martinho Martins Botelho e está vinculada à linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, dentro da área de concentração Poder, Estado e Jurisdição.

O presente trabalho procura contribuir com uma nova forma de se interpretar as relações contratuais em juízo, com recorte para os contratos de colaboração empresarial. Pretende-se, neste estudo, analisar o fenômeno da judicialização de contratos de colaboração empresarial, especificamente no que diz respeito a ações judiciais em que uma das partes pretende indenização não prevista em seus pactos. Tal situação, em análise superficial, pode causar alguma espécie de estranhamento, uma vez que a tônica dessa modalidade contratual é justamente a cooperação entre seus participantes.

O estabelecimento de vínculos contratuais entre empresários está baseado em dois fundamentos que merecem atenção dos operadores do direito: o primeiro reside na certeza de que ambas as partes estarão em situação mais vantajosa àquela que se encontravam anteriormente à realização do pacto; o segundo fundamento representa a ideia de que a contratação é firmada com a esperança de que determinados objetivos sejam promovidos em conjunto.¹

Nesse sentido, para promover sua participação no mercado, fabricantes e prestadores de serviços aproveitam de determinados agentes econômicos para comercializar suas produções em diversas regiões, possibilitando o crescimento dos negócios. Tal forma de participação nos mercados mudou, de maneira muito especial, a partir da metade do século XX², quando o desenvolvimento da atividade empresarial se ligou, cada vez mais, à cooperação com outros agentes econômicos.

Esta relação de ajuda mútua entre empresários, é usualmente regida por alguma modalidade de “contrato de colaboração empresarial”, categoria definida por

¹ FORGIONI, Paula. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82-83.

² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 193.

Fábio Ulhoa Coelho³ como o emprego de esforços pelo colaborador na consolidação de mercado em favor do fornecedor.

Assim, a colaboração empresarial teria como grande característica o auxílio que o produtor ou fornecedor do produto ou serviço recebe de outrem sem nenhuma ligação direta com a produção. O colaborador, portanto, atua no âmbito da venda e expansão do mercado consumidor de dado produto ou serviço.

Nesse aspecto, as figuras mais frequentes de colaboração empresarial estão vinculadas aos institutos da *distribuição* e *representação comercial*, cada qual com características que lhes são muito próprias.

Ocorre que, pela natureza jurídica muito similar de referidos contratos, não raro é possível se deparar com a judicialização destas relações empresariais. Para Celso de Faria Monteiro⁴, “a aparente similaridade existente entre alguns desses contratos mercantis faz com que eles não raro sejam pactuados e até mesmo julgados de forma confusa e equivocada, distorcendo e prejudicando o pleno atingimento dos seus objetivos”.

Mas quais motivos levariam o colaborador a propor ação judicial em desfavor do fornecedor? Dentre as questões mais relevantes, reclamam atenção as demandas propostas para a finalidade de se reconhecer determinada relação contratual de “distribuição” como se “representação comercial” fosse.

Isso porque, de acordo com os artigos 27, alínea j, e 34, ambos da Lei nº 4.866/65, em determinadas situações, é possível se pleitear indenização correspondente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade, bem como o pagamento de 1/3 de comissões dos últimos 03 (três) meses da relação a título de aviso prévio – garantias que usualmente não estão estabelecidas em contratos de distribuição. Para utilizar de outras palavras, reconhecer-se determinada relação como representação comercial implica em maiores benefícios econômicos ao colaborador.

Tal situação, resumida pela ideia de o colaborador utilizar do Poder Judiciário com a pretensão de modificar a natureza jurídica de um contrato, poderia denunciar o que as teorias econômicas intitulam como “comportamento oportunista”.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

⁴ MONTEIRO, Celso de Faria. **As constantes divergências e pontos de comunhão entre os principais contratos de colaboração: distribuição, concessão mercantil e representação comercial**. In: *Contratos empresariais interpretados pelos tribunais*. NASCIMBENI, Asdrubal Franco. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 130.

Para a execução da investigação proposta, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, resgatam-se os conceitos relacionados aos contratos, seus princípios destacados, a questão da boa-fé objetiva, bem como a noção do que são contratos de colaboração empresarial, com destaque para a análise dos institutos da representação comercial e distribuição.

No segundo capítulo, introduz-se a Análise Econômica do Direito como ferramenta para compreensão dos fenômenos jurídicos a partir de construções teóricas e empíricas advindas das ciências econômicas. No que diz respeito ao tema central da pesquisa, o comportamento oportunista, o tema é compreendido por diversos autores e em diversos cenários. Para Richard Posner⁵, por exemplo, o oportunismo pode ser explicado como o comportamento de alguém que, despertando a confiança de outrem, promove sua exploração para obter lucro. Para Oliver Williamson⁶, o oportunismo é compreendido como “o agir malicioso visando o autointeresse⁷”, estando em manifesta contraposição à ideia de confiança. Em Timothy J. Muris⁸, o oportunismo pode ser reconhecido quando uma das partes age de maneira a propiciar uma transferência de riquezas à outra parte em prejuízo das previsões contidas em contrato.

No terceiro capítulo deste estudo, pretende-se demonstrar que a judicialização de contratos de colaboração empresarial, com recorte nos contratos de representação comercial e distribuição, pode denunciar uma tentativa de aproveitamento indevido por parte do colaborador, em manifesta violação aos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé objetiva. Para tanto, resgatam-se dez precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que evidenciam a tentativa de se pleitear uma indenização não prevista pelos instrumentos contratuais ou pela legislação de regência.

A proposta do presente trabalho, ao unir Direito e Economia, é demonstrar a importância de se estudar e compreender a forma de relação e interação dos

⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 2007, p. 93.

⁶ WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 6.

⁷ KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 144.

⁸ “A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party’s understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement’s explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer—a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior”. MURIS, Timothy J. *Opportunistic behavior and the law of contract*. In *Minnesota Law Review*, 1980, p. 521.

agentes econômicos, sobretudo nos contratos de colaboração empresarial. Assim, tomando por base algumas premissas das teorias econômicas, como a escassez de recursos e a tendência do agente econômico de maximizar suas utilidades (lucro, por exemplo), melhor poderão ser compreendidos alguns institutos jurídicos.

Somente a partir de uma compreensão mais aproximada da realidade, que pode ser dada através do instrumental da análise econômica do Direito, poderão ser compreendidos de maneira satisfatória os já mencionados deveres acessórios impostos pela boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Se a boa-fé serve à preservação da confiança nas relações contratuais, o estudo a respeito do *comportamento oportunista*, de que trata a Análise Econômica do Direito, servirá para compreender o fenômeno da judicialização de contratos de colaboração empresarial, cuja tônica é a já citada ajuda mútua entre os agentes contratantes.

Daí, portanto, a pertinência do estudo ora proposto.

1 CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL

No presente capítulo, resgata-se inicialmente uma noção teórica a respeito do contrato, regularmente associado à ideia de manifestação convergente de vontades tendente a criar, modificar ou extinguir direitos. Em sequência, destacam-se os princípios contratuais mais relevantes para a análise dos pactos, com especial atenção para o princípio da boa-fé objetiva.

Em seguida, trata-se a respeito das noções relacionadas aos contratos empresariais, notadamente no que diz respeito aos de colaboração empresarial. Por fim, destacam-se as modalidades de distribuição e representação comercial como as modalidades contratuais mais usuais na intermediação entre empresas para a promoção de negócios.

1.1 UMA NOÇÃO TEÓRICA SOBRE CONTRATOS

1.1.1 Conceito(s) de contrato

Há muito se adotou o conceito de que a empresa é, senão, o exercício organizado de atividades pelo empresário com o escopo de promover a produção e circulação de mercadorias e serviços. Vale dizer que, muitas das vezes, esta atividade não é realizada de forma individual, vez que conta com a ajuda de diversas figuras que dão suporte ao desenvolvimento das atividades empresariais. Para organizar as atividades com uma finalidade específica, os agentes econômicos se utilizam de um instrumento fundamental: o contrato.

Antes de se tratar especificamente dos contratos de colaboração empresarial, julga-se importante compreender o que vem a ser, de fato, um contrato. Para Andreza Baggio, o contrato é mais que “mero instrumento de circulação de riquezas”. Muito além disso, o contrato deve ser compreendido como um “legítimo instrumento para a satisfação das necessidades básicas do homem e, por que não dizer, é também um instrumento de inclusão ou de exclusão social”.⁹

Certo está que “tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade”.¹⁰ É impossível, pois, pensar a vida humana em

⁹ BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 29.

sociedade sem o contrato. O instrumento contratual está em nossa vida diária sem que o percebamos racionalmente.

Para o desenvolvimento de atividades rotineiras, o estabelecimento de determinados pactos é fundamental em todas as atividades empreendidas. Isso porque, “para nos dirigirmos ao trabalho, celebramos contrato de transporte; para nos alimentarmos, celebramos contrato de compra e venda; para garantir nossa moradia, celebramos contrato de locação, e assim por diante”.¹¹

É no Direito Romano que se pôde observar uma das primeiras iniciativas de sistematização jurídica do fenômeno social denominado contrato:

Naquele sistema, estruturou-se a ideia de convenção (*conventio*), gênero de acordo de vontade, das quais se identificavam duas espécies: contrato (*contractus*) e o pacto (*pactum*). O que diferenciava era a denominação, pois que somente os contratos tinham nomes, e, principalmente, a sanção pelo descumprimento, porquanto apenas os contratos eram acompanhados por uma ação (*actio*) que protegia judicialmente o direito do credor. Aos pactos era atribuída apenas uma exceção (*exceptio*), que é tão somente um meio de defesa para o réu. Primitivamente, os contratos eram todos formais, divididos em reais, verbais e literais. Os contratos reais – rei obligationes – somente se aperfeiçoavam pela tradição (entrega) da coisa; os verbais – verborum obligationes – dependiam de uma pergunta feita ao devedor pelo credor, e da resposta respectiva, sistema que os romanos chamavam de stipulatio; os literais – litteris – eram inscritos em um livro do credor. Posteriormente, concedeu-se ação a quatro pactos corriqueiramente celebrados: a compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade. Surgiu, então, a categoria dos contratos consensuais – consensu obligationes -, que se formavam pelo simples acordo de vontades, sem que se exigisse qualquer formalidade.¹²

No Direito contemporâneo, a relação jurídica não tem esse contorno. Vinculam-se os sujeitos não por meio de seus corpos, mas pelo seu patrimônio. E, ainda assim, com as limitações impostas, sobretudo, pelo princípio da dignidade humana

Para Paulo Lôbo

O contrato é o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. Esta sempre foi sua destinação, em todos os povos, a partir de quando abriram mão da força bruta para obtenção e circulação dos bens da vida, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas do consenso das próprias partes. O contrato gera nas partes a convicção da certeza e da segurança de que as obrigações assumidas

¹¹ GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 1.

¹² DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 444.

serão cumpridas e, se não forem, de que poderão requerer judicialmente a execução forçada e a reparação pelas perdas e danos.¹³

O contrato é, certamente, o mais importante dos negócios jurídicos e se baseia em dois elementos fundamentais: um acordo de vontades baseada no consenso, de um lado; e, de outra banda, os efeitos de direito produzidos – sendo o mais relevante deles, mas não necessariamente o único, a criação de obrigações entre as partes contratantes.¹⁴

Não se pode olvidar que o estabelecimento de um contrato não se dá à toa, para mera troca de manifestação de vontades. A primeira razão de contratar é que as partes sabem que o acordo de vontades os colocará em situação mais vantajosa àquela que se encontravam no momento que antecedeu a contratação. O segundo elemento é que um contrato é firmado na esperança de que determinados objetivos sejam atingidos.¹⁵ Deste modo, pode-se resumir que o contrato somente será formatado se (i) as partes acreditarem que do pacto resultará situação mais vantajosa que a anterior à contratação; (ii) as partes identificarem um propósito a ser atingido mediante o pacto.

O Código Civil brasileiro não traz um conceito a respeito do instituto jurídico do contrato. Sua disciplina, em geral, não diz quais são as suas características fundamentais. Coube, então, à doutrina apresentar um conceito de contrato.

Entre os clássicos, o pai do Código Civil brasileiro de 1916, Clóvis Beviláqua, afirma que o contrato é o “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.¹⁶

Para Orlando Gomes, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.¹⁷

Na mesma toada aponta Washington de Barros Monteiro, que apresenta o conceito de contrato como um acordo de vontades que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir um direito.¹⁸

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

¹⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 26.

¹⁵ FORGIONI, Paula. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82-83.

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 194.

¹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 12.

Em Maria Helena Diniz, verificamos que o contrato é também um acordo de duas ou mais vontades “na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.¹⁹

Paulo Nalim reconhece o contrato como “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.²⁰

Silvio de Salvo Venosa, aproximando o contrato como uma espécie de negócio jurídico afirma que o homem, quando usa de sua manifestação de vontade para gerar efeitos jurídicos, esta expressão se reveste em um verdadeiro negócio jurídico.²¹

Roberto Senise Lisboa afirma que o contrato “é espécie de negócio jurídico, uma vez que se realiza mediante o consenso das partes para a satisfação de seus interesses jurídicos (necessidades ou utilidades).” Como finalidades, destaca que o contrato pretende a *aquisição*, a *transmissão* e a *extinção* dos direitos.²²

Contrato é, senão, negócio jurídico bilateral, do qual se exige um elemento de alteridade em sua elaboração. Isso significa dizer ser imprescindível a presença de duas ou mais pessoas quando do momento da contratação.²³

Ou, também, diz-se que o contrato é o negócio jurídico do Direito Privado através do qual duas ou mais partes “se vinculam para regular interesses concernentes a objetos economicamente apreciáveis, buscando a satisfação de necessidades em que criam, resguardam, transferem, conservam, modificam ou extinguem direitos e deveres”.²⁴ Ou ainda, contrato é um “acordo lícito entre duas pessoas ou mais, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. Direito das obrigações**. 2ª parte. 34. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

²⁰ NALIM, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255.

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 357.

²² LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

²³ QUEIROZ, Mônica. **Direito civil: parte geral do direito civil e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

²⁴ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 444-445.

regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.²⁵

O contrato, de maneira ampla, deve ser entendido como negócio jurídico formado pelo concurso de vontades. Assim, “o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. Em sentido estrito, é o acordo de vontades que produz efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”.²⁶

Em igual perspectiva, Nelson Borges assegura que o contrato é o acordo de vontade que tem por objetivo a criação de um vínculo obrigacional.²⁷ Não dissona Cecília Veiga, para a qual o contrato é acordo de vontades para adquirir, resguardar, modificar ou extinguir um direito: Para a mesma autora, “é, ainda, considerado como fonte das obrigações, em primeiro lugar a lei, e em segundo lugar a vontade das partes. Portanto, contrato nada mais é que a manifestação de vontade em polos contrários”.²⁸

Em Flávio Tartuce temos que o contrato é um ato jurídico bilateral, que depende de, ao menos, duas manifestações de vontade, cujo objetivo é a criação, alteração ou mesmo extinção de direitos e deveres de cunho patrimonial. Desta maneira, os contratos são qualquer tipo de estipulação ou convecção que podem ser criadas por acordo de vontades ou fatores acessórios. Na qualidade de ato jurídico, em sentido amplo, que tem a vontade como elemento norteador, constitui-se como verdadeiro negócio jurídico. “Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social econômica e os bons costumes”.²⁹

Nas melhores palavras de César Fiuza, o contrato é um ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica que promove a criação, modificação ou extinção de relações convencionais dinâmicas, “de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades

²⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral dos contratos: tratado de direito bancário**. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 55.

²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 24.

²⁷ BORGES, Nelson. **Manual Didático das Obrigações: Contratos e Revisão Contratual**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 146.

²⁸ VEIGA, Cecília M. **Contratos**. São Paulo: Desafio Cultural Editora, 2001, p. 17.

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 30.

individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade da pessoa humana”.³⁰

Pode-se dizer que:

Contrato, portanto, é ato jurídico em que duas ou mais pessoas se obrigam ou convencionam por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial. É ato jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes. O acordo é a tônica dos contratos, cuja finalidade é adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.³¹

Inegavelmente, o Código Civil italiano de 1942 influenciou este movimento ao preceituar que o contrato é, senão, um acordo de duas ou mais partes para construir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial³². Para o mesmo sentido, por exemplo, aponta o Código Civil do Québec, no Canadá. De acordo com o artigo 1.378³³ do estatuto citado, contrato é um acordo de vontades pelo qual se obrigam as partes a uma determinada prestação. E, ainda, em seu artigo 1433³⁴, o contrato cria, modifica ou extingue obrigações.

Certo está que o contrato deve ser compreendido como a principal fonte das obrigações. A maioria das obrigações nasce, senão, a partir de um contrato. Na qualidade de negócio jurídico, deve apresentar os mesmos requisitos de validade exigidos para os atos jurídicos: *agente capaz; objeto lícito, possível e determinado; livre consentimento das partes*.

Para essa perspectiva, Flávio Tartuce³⁵ resgata os elementos constitutivos do contrato no que ficou conhecido como “escala ponteana”, visto que na visão do doutrinador Pontes de Miranda o negócio é dividido em três planos: (i) da existência, como pressuposto do negócio jurídico: agente, vontade, objeto e forma; (ii) da validade: agente capaz, vontade livre, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não proibida pela lei; (iii) da eficácia, que engloba

³⁰ FIUZA, César. **Por uma redefinição da contratualidade**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coord.). *Direito Civil: Da autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 261.

³¹ JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Contratos em Geral no Novo Código Civil**. São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2006, p. 26.

³² Art. 1.321 do Código Civil italiano.

³³ Tradução livre de “*A contract is an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation*”.

³⁴ Tradução livre de “*A contract creates obligations and, in certain cases, modifies or extinguishes them*”.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 41.

as consequências do negócio jurídico: condição, termo, encargo, consequências do inadimplemento, bem como outros elementos essenciais do contrato.

Pode-se dizer, também, que o contrato é fonte de obrigações, sem que seu objeto possa ser confundido com o objeto jurídico da relação jurídica obrigacional³⁶. Aqui, há de se pontuar a obrigação ³⁷ como o vínculo que compele um sujeito, normalmente denominado devedor, a promover a satisfação de um interesse patrimonial ou moral de outra figura, normalmente conhecido como credor.

Para a doutrina, o contrato pode ser compreendido como uma espécie de negócio jurídico. Não se pode dizer, no entanto, que contrato e negócio jurídico sejam sinônimos:

Negócio jurídico é o acordo de vontades que tem por fim a aquisição, a transmissão e a extinção de direitos. É a sucessão de atos jurídicos coordenados entre si, que pode decorrer do consensualismo das partes (é o caso do contrato) ou da aceitação posterior à extinção de sujeito do direito (pessoa física ou pessoa jurídica) de ato jurídico por ela praticado (como, por exemplo, a aceitação de herança outorgada por disposição testamentária).³⁸

Desta maneira, o contrato pode ser caracterizado como uma espécie de negócio jurídico, sobretudo porque se manifesta pelo consenso entre as partes com o propósito de satisfazer interesses.

O consenso é parte fundamental para a formação dos contratos. Com a manifestação clara de vontades acordadas “há a criação de uma norma, que, nascendo, já não mais pertence às partes, que passam a se obrigar sobre o que acordaram. Os criadores se curvam à criatura³⁹”. Isso se dá em razão do fato de que, no negócio jurídico, ao manifestarem sua vontade, as partes se vinculam às normas que regularão seus próprios interesses.

Desta maneira, os contratos serão reputados como realizados ao momento do acordo de vontade das partes, posterior à oferta e respectiva aceitação.

³⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

³⁷ Para Álvaro Villaça Azevedo, a obrigação é a “relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.” In: AZEVEDO, VILLAÇA, Álvaro. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19.

³⁸ Idem. p. 36

³⁹ MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código de 2002)**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

Necessário destacar que não basta o mero ajuste de duas ou mais vontades para que nasça o contrato. É preciso que dessa manifestação possa ser extraída repercussão jurídica⁴⁰. Isso porque existe uma gama de acordos, com repercussão jurídica, que não se situam no campo dos contratos. É o caso, por exemplo, do casamento, da adoção, da emancipação.

Dentre as principais teorias⁴¹ que se propõem explicar a natureza jurídica do contrato, podem ser mencionadas as teorias objetivas (normativa e perceptiva) e subjetivas (voluntária e declarativa). Dentro da primeira categoria, Hans Kelsen idealizou o contrato como um acordo de vontades que possuía a capacidade de criar direitos. De outra banda, a teoria perceptiva irá atestar que o contrato teria natureza jurídica de preceito jurídico, decorrente da declaração de vontade. Assim, para Oscar von Bulow, o contrato teria seu conteúdo definido por regras de conduta. Por outro lado, entre as teorias subjetivas, a voluntarista atesta que a vontade humana é o fundamento das obrigações. Para Savigny, o contrato não se confunde com a lei em virtude do fato de que a última é fonte de direito objetivo, ao passo que o acordo de vontade é a fonte de obrigações e de direitos subjetivos. Por fim, para a teoria declarativa, o ajuste de vontades somente pode ser assim entendido para exteriorização de um propósito que une as partes envolvidas, posto que a declaração república é o fundamento das obrigações contratuais.

Feitas as digressões preliminares a respeito das principais conceituações jurídicas a respeito do contrato, para o desenvolvimento deste estudo, importante destaque aos principais princípios relacionados aos contratos, conforme explorado em sequência.

1.1.2 Princípios contratuais destacados

O contrato pode ser definido como um acordo de vontades para propósitos específicos. Tal manifestação de interesse se baseia no *princípio da autonomia privada*, que confere às partes a liberdade para contratar de acordo com seus melhores desejos.

⁴⁰ CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: lições**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 27.

⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

Como produto da manifestação da vontade das partes, pode-se cogitar a possibilidade de conflito entre o desejo exteriorizado pela declaração e a vontade interior do indivíduo⁴².

Doutrinadores e filósofos que se dedicaram aos estudos do Código Civil francês da segunda metade do século XIX foram os responsáveis por introduzir a noção de autonomia da vontade. De acordo com estes estudiosos, a obrigação contratual tem por fonte única a vontade das partes. Em virtude disso, a liberdade do indivíduo deve ser considerada, sobretudo pelo fato de que qualquer pessoa é o “melhor defensor de si mesmo”, não se podendo conceber que uma pessoa razoável possa escolher alguma coisa que seja prejudicial aos seus próprios interesses.

Em virtude disso, “defendia-se que o contrato era o fenômeno jurídico fundamental e que a lei era a expressão da vontade geral, devendo, portanto, ceder diante da vontade individual manifestada na relação contratual⁴³”.

Nesse ponto, importante uma pequena diferenciação entre autonomia privada e autonomia da vontade. A primeira representaria a vontade declarada, enquanto que a última corresponde à vontade subjetiva (interna) do sujeito⁴⁴.

Em outras palavras:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela não se confunde, existindo entre ambas uma sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.⁴⁵

Umbilicalmente ligado à autonomia da vontade está o princípio da obrigatoriedade, representado pelo brocardo do *pacta sunt servanda*. De acordo com tal princípio, os negociantes se vinculam e se obrigam às próprias declarações. Noutras palavras, as avenças tidas entre as partes possuem força de lei e podem ser exigidas, inclusive judicialmente.

Interessante notar que o princípio da obrigatoriedade representa uma limitação à liberdade que é imposta pela própria pessoa. Isso porque, havendo

⁴² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 71.

⁴³ GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 25.

⁴⁴ BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 99.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

contratação válida, como regra geral, o contrato obrigará as partes seja quais forem as circunstâncias em que devam ser cumpridas.

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.⁴⁶

O princípio da força obrigatória não apenas se dirige às partes do contrato, mas pretende ser oponível ao próprio legislador. Nesse diapasão, investe de intangibilidade, de modo a que a lei nova, entrada em vigor após sua celebração, não possa alcançar seus elementos de existência e seus requisitos de validade, que porventura ela tenha modificado.

O contrato é espécie de negócio jurídico, que por sua vez é espécie de ato jurídico, o qual se diz perfeito quando foi concluído de acordo com as exigências da lei antiga, não podendo a lei nova ser a ele aplicada de modo retroativo. Todavia, em relação ao plano da eficácia, a lei nova, sem risco de retroatividade, alcança os efeitos do contrato, a partir do início da vigência daquela. Não alcança os efeitos já produzidos, ainda que não exercidos pelas partes do contrato, antes de sua vigência, salvo se contrariarem o princípio da função social do contrato. Portanto, a intangibilidade compreende integralmente os planos da existência e da validade e, parcialmente, o plano da eficácia. Essa correta solução, a nosso ver, foi adotada pelo art. 2.035 do CC, que assim regulou os efeitos de sua entrada em vigor.⁴⁷

Convém, para os propósitos do presente trabalho, fazer menção a outro fundamento importante à formatação dos contratos: o *princípio do consensualismo*. Segundo este, somente haverá contrato se verificada a declaração convergente de vontades a despeito de determinado objeto e o seu correspondente conteúdo.

Mais que isso, numa concepção clássica, o contrato é fruto de vontades consoantes, a partir do qual nascem efeitos próprios. Nesse sentido, é fundamental que cada uma das partes tenha pleno conhecimento a respeito da intenção da outra parte. Assim, portanto, não é suficiente que as manifestações de vontade coincidam: é fundamental que estejam de acordo. O “esquema clássico é, pois, o da oferta e da

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 36.

⁴⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

aceitação, que se confundem no consenso ou concordância, consideradas as manifestações de vontade livres e conscientes de pessoas capazes civilmente”⁴⁸.

De modo geral, os princípios acima destacados (autonomia da vontade; obrigatoriedade e consensualismo) são importantes balizadores para se interpretar os contratos de maneira em geral – aplicando-se, igualmente, aos contratos de colaboração empresarial. Aliado a estes, importante um estudo em destaque do princípio da boa-fé, sobretudo pelo fato de que em sua decorrência surgem deveres anexos ao contrato muito relacionados ao comportamento probo, honesto e transparente das partes – incompatível com a possibilidade de utilização do Poder Judiciário para maximização de lucros às expensas da contraparte.

1.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

1.2.1 Boa-fé objetiva como dever de conduta

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Comercial de 1850 deixou positivado o princípio da boa-fé. De acordo com seu art. 131, inciso I: “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I – a inteligência simples e adequada, que for mais *conforme à boa fé*, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Posteriormente, o Código Civil brasileiro de 1916 trouxe diversos dispositivos em que a boa-fé era citada. A título de exemplo, menciona-se o art. 1.321, que estabelecia: “são válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele, ou a extinção, por qualquer outra causa, do mandato (artigo 1.316)”. Ou, ainda, o também presente art. 1.443: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)⁴⁹ que se pôde observar uma maior aproximação e aplicação do conceito

⁴⁸ Idem, p. 16.

⁴⁹ “Porém, no direito brasileiro, a boa-fé como regra geral de comportamento (lealdade nos negócios, objetivamente considerada) aparece somente a partir do Código de Defesa do Consumidor, no qual é princípio básico e também dever de conduta de ambas as partes da relação de consumo (consumidor e fornecedor) (art. 4º, III, e 51, IV). Finalmente, com o advento do Código Civil de 2002, esse princípio

de boa-fé objetiva – conceito a ser explorado adiante. A título de exemplo, o art. 51, inciso IV, estabelece como possibilidade de reputar como nula a cláusula contratual que seja incompatível com a boa-fé ou a equidade.

Por fim, para a mesma direção aponta o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002). Isso porque, de acordo com o seu artigo 422, os contratantes “são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Ocorre, no entanto, que igualmente coube à doutrina uma definição a despeito do conceito de boa-fé.

Antes de maiores digressões, faz-se fundamental a diferenciação entre alguns conceitos. A *boa-fé subjetiva* deve ser compreendida como o estado de espírito⁵⁰ de uma das partes e que está vinculada à certeza e convicção de que seu comportamento está de acordo com a ordem jurídica posta, incapaz de causar qualquer prejuízo a outrem. É, na verdade, uma espécie de *estado de consciência* que a legislação pode dar valor em alguns temas. É o caso, por exemplo, do exercício da posse de boa-fé, que consiste na ideia de uma determinada pessoa se portar como efetivo proprietário de um bem.

É preciso ressaltar, ainda, que não se iguala ao sentido dado à boa-fé subjetiva, que implica um estado de conhecimento do sujeito, isto é, representa algo psicológico que presume a ignorância da real situação jurídica. Na boa-fé subjetiva, analisa-se o conhecimento ou a ignorância de determinada situação, levando em conta os deveres de diligência que se espera de um homem mediano. Relaciona-se com fatores do sujeito e com os cuidados que deve ter nas suas relações com terceiros.⁵¹

Por sua vez, a *boa-fé objetiva* vem sendo conceituada como *uma exigência de conduta leal dos contratantes*, em especial relacionada com os deveres anexos das partes, ínsitos ao negócio jurídico e que independem de expressa previsão no

é consagrado no art. 422, que determina que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, criando, assim, a cláusula geral de boa-fé”. LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

⁵⁰ GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 37.

⁵¹ WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235.

instrumento da negociação ⁵². Ao contrário da boa-fé subjetiva, a objetiva não importa em um estado psicológico, mas sim uma *regra de conduta*⁵³.

Afirma-se que a boa-fé objetiva atua como verdadeira cláusula geral do ordenamento jurídico, “gênero conceitual no qual o juiz tem liberdade para preencher os conceitos componentes da regra, ao mesmo tempo em que está autorizado a criar a norma como consequência para cada caso”⁵⁴.

Essas são as normas abertas ou vagas, ou, ainda, *enunciados elásticos, porosos ou dúcteis*, gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese legal, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo.⁵⁵

Como evidenciado, as cláusulas gerais no ordenamento jurídico se caracterizam por um grau de abertura de sentido, abrindo espaço para uma interpretação que melhor se adegue ao caso a ser efetivamente analisado. Não diferente ocorre com a boa-fé, dotada das mesmas características já citadas anteriormente.

No geral, e também de maneira específica no âmbito dos contratos empresariais, a boa-fé desempenha três principais funções:

[i] De início, como exposto acima, é pauta de comportamento para os agentes econômicos, apoiando a execução das cláusulas contratuais. A boa-fé impõe limites ao exercício dos direitos, da forma explicitada pelo art. 187 do Código Civil.

[ii] Em paralelo, é pauta de interpretação, colocando-se como ponto cardeal de orientação da atividade dos operadores do direito; a exegese do texto contratual jamais poderá ser contrária à boa-fé. Nesse sentido, é expresso o art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

[iii] Por fim, é pauta de integração dos negócios mercantis, pois se presta como instrumento à resolução do problema da incompletude contratual.⁵⁶

A influência do princípio da boa-fé no ordenamento jurídico pode ser observada a partir de um dever imposto às partes contratantes de manterem, entre

⁵² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 112.

⁵³ POMPEO FILHO, Roberto Nelson Brasil. **Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos**. In: Contrato & sociedade: princípios de direito contratual. NALIM, Paulo Roberto Ribeiro (org.). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 132.

⁵⁴ SÁ, Priscila Zeni de. **Poder judiciário e as cláusulas gerais: parâmetros para a concretização no direito civil-constitucional**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 239.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.119.

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

si, um espírito de lealdade e cooperação⁵⁷. Assim, pois, a boa-fé objetiva fundamenta uma série de comportamentos que devem ser adotados, também denominadas como obrigações acessórias⁵⁸ ou laterais da contratação. Entre os deveres correlatos, podem ser destacados os seguintes: lealdade; cooperação mútua; prestação da informação; assistência técnica; veracidade; transparência; segurança etc.

Com efeito, a boa-fé objetiva estabelece uma relação de colaboração intersubjetiva, rompendo com o dogma da vontade para tutelar a confiança. Tal como ocorre com a imposição de deveres de conduta acima suscitados, orienta-se a interpretação do contrato pela boa-fé: valoriza-se a confiança gerada no destinatário da declaração, delineando efeitos jurídicos à aparência.⁵⁹

Vale dizer que a melhor doutrina tem apontado que os deveres laterais devem ser observados não apenas durante a relação contratual, como também na fase preliminar de negociações como também na fase pós-contratual⁶⁰.

Para Venosa⁶¹, a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação. Assim, portanto, avalia-se tanto a responsabilidade pré-contratual como a responsabilidade contratual e pós-contratual⁶². Além disso, a boa-fé agrega uma exigência ética-social de respeito e colaboração com a outra parte⁶³.

Nesse sentido, convém menção ao Projeto de Lei 276/2007, subscrito pelo Deputado Federal Ricardo Fiuza, que pretende modificar o já citado artigo 422 do Código Civil brasileiro para fazer constar a seguinte redação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

⁵⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 62.

⁵⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 292.

⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 376.

⁶² No mesmo sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

⁶³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 68.

Boa-fé significa, no sentido atribuído pela Teoria Contratual pós-moderna, a atuação refletida das partes, pensando a respeito do outro parceiro contratual, respeitando suas expectativas, seus interesses legítimos, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁶⁴

Para os propósitos do presente trabalho, o resgate do princípio da boa-fé é assim justificado:

A boa-fé no direito comercial não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores outros que não a busca do melhor funcionamento do mercado. Ao contrário, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco. A boa-fé – agora, em todo o direito privado – é um catalisador da fluência das relações no mercado⁶⁵.

Desta maneira, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva está umbilicalmente relacionada com a confiança no contrato. Daí, portanto, ser fundamental a análise do contrato como instrumento de confiança entre as partes, que pode ser ameaçado por algumas atitudes – como o “comportamento oportunista”, que se pretende investigar neste trabalho.

A propósito, Oliver Williamson ⁶⁶ resgata algumas considerações de economistas a respeito da confiança: (i) para que ela exsurja, são necessários repetidos encontros e certa memória de experiência; (ii) o comportamento honesto implica um certo custo; e (iii) está relacionada à boa reputação e esta deve ser adquirida. Desta maneira, o “comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente (que atuará conforme as regras) quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e previsibilidade”⁶⁷.

Assim, portanto, a busca pelo comportamento honesto das partes deve ser preocupação do Direito e por ele garantida. Daí a importância de investigação a respeito de adoção de um possível comportamento que vai ao encontro da natureza do contrato: garantir a segurança jurídica das partes, promover a criação de valores e evitar o comportamento oportunista.

⁶⁴ BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 49.

⁶⁵ FORGIONI, Paula. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127-128.

⁶⁶ WILLIAMSON, Oliver *apud* idem, p. 132.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 133.

1.2.2 Responsabilidade civil pós-contratual como decorrência da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé, em uma relação obrigacional, pode ser compreendida como um dever geral de conduta impresso pelo ordenamento jurídico brasileiro, que compreende: i) dever de boa-fé objetiva nas obrigações; ii) dever de realização da função social das obrigações; iii) dever de equivalência material das prestações; iv) dever de equidade; v) dever de informar; vi) dever de cooperar⁶⁸.

Neste tópico, os esforços serão concentrados em investigar a questão da boa-fé nas obrigações, em especial no que se refere aos deveres anexos de conduta, decorrentes da boa-fé, que fundamentam a responsabilidade civil pós-contratual.

A responsabilidade pós-contratual despontou no cenário jurídico alemão no início do século passado, mais precisamente em 1910. Contudo, nos primeiros casos em que a culpa *post pactum finitum* foi invocada, as decisões judiciais repeliram a incidência dessa teoria. O marco de seu acolhimento foi em 1925, quando o *Reichsgericht* (RG) decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente deveria continuar a não impor obstáculos ao cessionário. No ano seguinte, nova decisão aplicou essa teoria ao determinar, findo um contrato de edição, que o titular dos direitos de publicação (no caso os herdeiros de Flaubert) estava impedido de fazer concorrência ao editor, por meio da publicação de novas edições, enquanto não esgotadas as anteriores.⁶⁹

Aqui, compreendem-se as relações jurídicas pós-contratuais como aquelas que resultam de um pacto e lhe sucedem de maneira autônoma no tempo e espaço. Desta maneira, para que se configure essa relação, impõe-se que seja produtológico do contrato encerrado⁷⁰.

Como visto, o princípio da boa-fé, reconhecida cláusula geral do ordenamento jurídico pátrio, atrai a projeção de diversos deveres correlacionados à obrigação principal assumida, notadamente as questões de lealdade, dever de informação, de proteção, sigilo etc. Tais obrigações são igualmente refletidas para o momento posterior à extinção do contrato.

⁶⁸ EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 98.

⁶⁹ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

⁷⁰ MOTA, Maurício. **A pós-eficácia das obrigações**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17.

Em caso de inobservância desses deveres após a extinção do pacto havido entre as partes acarretará na denominada *culpa post pactum finitum*, similar à *culpa in contrahendo* do período pré-contratual.

A teoria da *culpa post pactum finitum* foi reconhecida inicialmente na Alemanha a partir de casos concretos complexos que trataram situações de desequilíbrio na fase posterior ao encerramento do contrato. Isso quer dizer que, mesmo satisfeitas todas as obrigações de parte a parte, certas condutas posteriores poderiam trazer prejuízo ao antigo contratante, o que não poderia ficar sem proteção pelo ordenamento⁷¹.

Rogério Donnini resgata casos da jurisprudência alemã em que a responsabilidade pós-contratual fora invocada para tutelar direitos lesados.⁷² O primeiro remete ao caso de uma compra de imóvel em que o vendedor foi demandado por, em momento posterior à venda, ter edificado construção que retirou do comprador uma bela vista para um monte. Nesse caso, ainda que as prestações tenham sido cumpridas, transferência da propriedade e pagamento do preço ajustado, verificou-se que, apesar da omissão contratual, não se poderia franquear tal possibilidade ao vendedor.

Outro caso interessante remete a um caso em que uma empresa, dedicada à fabricação e comercialização de casacos femininos, contratou duas outras pessoas para a confecção de 120 casacos de pele mediante desenho encomendado. Após a concretização do negócio, com as prestações devidamente cumpridas pelas partes envolvidas, as pessoas contratadas ofertaram as peças a um concorrente com o mesmo modelo de casaco. Apesar de não constar do instrumento contratual qualquer previsão no sentido de proibir tal conduta, em juízo ficou reconhecido o dever de indenizar, por parte das pessoas que confeccionaram as peças inicialmente, por terem contribuído à concorrência indevida.

Por fim, o mesmo autor remete ao caso da venda de um tapete (alcatifa) a uma pessoa que passa a explorar atividade hoteleira. O comprador adquire o produto e o vendedor sugere terceiro para instalá-lo. Ocorre que, após alguns dias, algumas manchas começam a aparecer por falhas no processo de colagem, motivo pelo qual o comprador reteve o pagamento. Em juízo, o comprador teve reconhecido

⁷¹ NEVES, Karina Penna. **Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós contratual**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 110.

⁷² DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

o direito de retenção dos valores em virtude do fato de que não se poderia imputar ao prestador de serviço de instalação qualquer tipo de responsabilidade, já que o tapete fora confeccionado com novo material incompatível com os instrumentos de instalação.

Note-se que, nos casos ilustrativos mencionados acima, houve o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes. A efetiva transferência da propriedade no caso do imóvel; a entrega dos produtos confeccionados no caso dos casacos e a entrega do tapete no último caso. Ocorre, no entanto, que após cumpridas as obrigações ajustadas entre as partes, em momento posterior à adimplência dos compromissos assumidos, verificaram-se problemas que não puderam ser regulados no momento da contratação. Em virtude disso, as decisões mencionadas, apresentaram verdadeira inovação no mundo jurídico. Sobretudo porque certamente seria mais fácil decidir os casos como inexistência de fundamento jurídico a sustentar as pretensões deduzidas – já que não houve qualquer pactuação expressa a respeito das lesões invocadas pelas partes. No entanto, ao contrário disso, as decisões judiciais reconheceram a teoria da culpa *post pactum finitum*.

Ora, ainda que se reconheçam nesses casos que as obrigações iniciais foram devidamente cumpridas pelas partes, fato é que o Tribunal de Revista alemão reconheceu que após a execução do contrato remanesce um dever de comportamento que é centrado na lealdade contratual.

No Brasil, uma discussão judicial envolveu dois grandes juristas nacionais (Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça) em uma batalha que tangenciou a responsabilidade civil pós-contratual por violação da boa-fé objetiva. Isso porque, em 1907, o Conde Antônio Álvares Leite Penteado e esposa promoveram a fusão da fábrica Juta Sant'Ana, da Mooca, com as fábricas São João e Santa Luzia – criando, assim, a Companhia Nacional de Tecidos de Justa. Para tal desiderato, o Conde vendeu à Companhia a sua fábrica pelo preço de 10.500 contos de réis, sendo 7.500 contos de réis pelos bens da fábrica e mais 3.000 contos de réis pela posição alcançada e prestígio da participação do Conde.

Ocorre que, um ano após a negociação, o Conde requereu à Prefeitura de São Paulo alvará para instalar, no mesmo bairro da Fábrica Sant'Ana, uma fábrica de tecidos de juta, com o nome de Companhia Paulista de Aniagens, exercendo a mesma atividade comercial anterior. Entretanto, a Companhia Nacional de Tecidos

de Juta ingressou com a ação judicial para cobrar os 3.000 contos de réis pela participação e prestígio do Conde, bem como perdas e danos pela concorrência desleal.

Ao fim e ao cabo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu o argumento de que, sem cláusula expressa no contrato, não se pode cogitar a ideia de cessão de clientela, motivo pelo qual não haveria qualquer impedimento legal para o Conde se restabelecer no mesmo local para o exercício da mesma atividade industrial.

Apesar de não constar das argumentações a questão envolvendo a responsabilidade *post pactum finitum*, já que somente foi desenvolvida a teoria na Alemanha alguns anos depois, inegável reconhecer que a atitude empreendida pelo Conde representa manifesta violação ao dever acessório de lealdade, representada pela injusta concorrência desenvolvida.

Em agosto de 1988, pouco tempo antes da promulgação da Constituição da República em outubro, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul prolatou acórdão em sede do qual se reconheceu a responsabilidade pós-contratual fundada no princípio da boa-fé. Na Apelação Cível nº 588.042.580, o relator do caso, então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior reconheceu o descumprimento de cláusula geral acessória, dando motivo à resolução de determinado contrato de compra e venda.

Esta foi uma decisão que possibilitou o reconhecimento da cláusula geral da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro como suficiente à aplicação da teoria da *culpa post pactum finitum*.

Outro caso interessante a destacar, ainda que não utilize do *nomen juris* invocado, diz respeito à possibilidade de reanálise de contrato anterior à novação de dívida. No acórdão proferido em sede de Recurso Especial nº 1997/0034802-4, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, em fevereiro de 2001, verificou-se que embora extinta relação obrigacional por intermédio de contrato de novação da dívida, seria possível averiguar aquilo que foi pactuado inicialmente para se aferir a legitimidade do procedimento bancário em momento posterior (novação). Dito em outras palavras, a revisão do contrato que fora extinto pela novação pactuada sinaliza que os efeitos do contrato persistiram mesmo após a sua conclusão.

O que se pretende demonstrar é que a cláusula geral da boa-fé permitiu a construção da ideia de responsabilização de um dos contratantes por atos posteriores ao adimplemento de suas obrigações.

Assim, portanto, pode-se afirmar que, no caso de violação positiva em razão de deveres acessórios ou laterais, não se avança na pretensão de realização de prestação, que já realizada no tempo, modo e forma exigidos. Tampouco se pode falar em reparação de danos pelo descumprimento de obrigação principal. Nestes casos, aborda-se a quebra de deveres laterais⁷³.

A boa-fé objetiva e a função, - como objetos que são de cláusula geral de múltipla finalidade e de variado alcance -, quando infringidas não se limitam a provocar um só e único efeito sobre o negócio jurídico. Ao contrário, permitem soluções cambiantes em função do caso concreto, tendo em conta o sistema geral do Código e a necessidade de encontrar remédios amoldados aos interesses legítimos em jogo no negócio jurídico. Se o caso, por exemplo, envolve abuso de direito, pode-se pensar ora em reparação de perdas e danos, ora em revisão contratual, ora em anulação, no todo ou em parte, do negócio jurídico contaminado. Se se trata de negócio desequilibrado economicamente, pode-se ora pretender sua rescisão, ora seu reequilíbrio. Se ocorre violação de deveres anexos ou acessórios, o prejudicado tanto pode exigir o respectivo cumprimento de tais deveres, como pode reclamar perdas e danos. E assim por diante.⁷⁴

Conforme destacado, a boa-fé objetiva obriga os contratantes tanto na fase pré-contratual quanto na sua execução ou mesmo após a sua resolução. É justamente em razão da boa-fé objetiva que obrigações anexas ou laterais surgem para preservar a boa relação entre as partes e garantir que o contrato atinja a sua finalidade e não prejudique qualquer das pessoas envolvidas.

Vale dizer que a atuação em desacordo com os imperativos de conduta gera uma obrigação de indenizar⁷⁵, mesmo quando a parte esteja agindo culposamente ou supostamente de maneira lícita, cabendo uma sanção com maior ou menor rigor a depender da gravidade do dano gerado.

1.3 CONTRATOS EMPRESARIAIS

1.3.1 Características dos contratos empresariais

⁷³ STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 232.

⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93.

⁷⁵ LUPION GARCIA, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 59.

Feitos os devidos registros a respeito da concepção do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque a alguns de seus princípios norteadores, finalizou-se o tópico anterior buscando analisar o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral do direito que impõe aos contratantes determinados deveres de conduta – que deverão ser observados em todos os momentos da contratualidade e, inclusive, após sua conclusão.

Para o presente estudo, pretende-se explorar questões relacionadas aos contratos de colaboração empresarial - modalidade de longa duração que, por sua natureza, e em decorrência da boa-fé objetiva, podem gerar expectativas de comportamentos para as partes contratantes.

De acordo com o Código Civil brasileiro, especificamente em seu artigo 966, empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. Ou seja, elemento essencial da caracterização do empresário é justamente a organização, que “parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente para determinar a existência da empresa”⁷⁶.

Certamente não se pode pensar a empresa de forma isolada, posto que o desenvolvimento da atividade empresarial não se executa de maneira individual, mas senão com o auxílio e na dependência de diversos outros agentes econômicos – de cuja colaboração de esforços poderá gerar efetivos resultados na produção ou circulação de bens e serviços.

Para a aquisição de insumos destinados à produção, para a distribuição de produtos no mercado, para a contratação de mão de obra, desenvolvimento de parcerias, enfim, todas necessidades típicas de empresa dependem da formatação de contratos. É justamente através deste mecanismo que a empresa poderá desenvolver suas atividades que visam a “esperança de lucro”⁷⁷.

Como já visto, o contrato pode ser resumido como um negócio jurídico não unilateral que sujeita os contraentes e que promove a criação, modificação ou extinção de obrigações. No Direito Comercial, o termo “negócio” assume a ideia de contrato, bem como outros sinônimos como transação ou negociação.

⁷⁶ SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 109.

⁷⁷ Expressão utilizada por CARVALHO MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1964, p. 426

Oliver Williamson afirma que o contrato é um arranjo entre dois ou mais agentes que se baseia em expectativas e comportamento recíprocos⁷⁸. Ou, para outros economistas, o contrato é também um acordo de ofertantes e demandantes no qual os termos da troca são definidos⁷⁹.

Fato é que para o desenvolvimento de suas atividades a empresa estabelece múltiplos vínculos com agentes diversos: consumidores, trabalhadores, Estado e, também, com outras empresas. É justamente nesta seara que o presente estudo avançará: os contratos interempresariais, que representam os vínculos estabelecidos entre empresas para o desenvolvimento natural de seus objetivos.

Neste trabalho, busca-se separar a noção de contratos civis e contratos empresariais. Isso porque, em relação ao último, tratam-se de pactos estabelecidos entre agentes econômicos em que ambos lados estão guiados pela finalidade do lucro. Ou seja, a vontade comum das partes envolvidas é justamente promover a produção, prestação ou comercialização de bens e serviços com o desiderato de aferição de resultados positivos.

Defendendo uma necessária distinção entre contratos civis e comerciais, Paula Forgioni⁸⁰ afirma que:

De qualquer forma, mesmo nessas hipóteses, o escopo econômico não marca o contrato de forma tão incisiva como nos casos comerciais, pois a parte não tem sua atividade, *toda ela*, voltada para o lucro, como ocorre com as empresas e sua atividade *profissional*. O moto da empresa é diverso daquele do proprietário de um imóvel que o aluga; enquanto toda a existência da primeira justifica-se pelo fim lucrativo, o proprietário, embora deseje obter vantagem econômica do negócio, não tem nisso sua *razão de ser*.

A respeito dos contratos empresariais, a mesma autora ⁸¹ propõe uma classificação útil a respeito dos mesmos. Dentre as categorias estão: i) grau de vinculação futura das partes; ii) grau de positivação; iii) abrangência do objeto; iv) grau de ligação de contratos celebrados entre as mesmas partes; v) grau de complexidade; vi) grau de completude do regramento contratual; vii) interesse

⁷⁸ Tradução livre de “*an arrangement between two or more actors supported by reciprocal expectations and behavior*”. In: WILLIAMSON, Oliver E. **The firm as a nexus of treatis**: an introduction. In: AOKI, Masahiko; GUSTAFSSON, Bo; WILLIAMSON, Oliver E. [Eds.] *The firm as a nexus of treatis*. London. Sage Publications, 1990.

⁷⁹ FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade, mercado, Estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

⁸⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

⁸¹ Idem.

principal das partes no contrato; viii) tipo de negociação que lhes dá origem; ix) grau de poder econômico das partes; x) existência de ligação a contratos celebrados entre terceiros.

Para os fins propostos no presente estudo, convém um breve destaque a algumas destas categorias.

No que diz respeito ao *grau de vinculação futura* entre as partes, os contratos empresariais podem ser caracterizados como *imediatos* [*spot*]; *híbridos* [normalmente identificados como de colaboração]; e *societários*.

De acordo com essa categoria, a liberdade dos agentes econômicos sofre restrição com maior ou menor grau de intensidade de acordo com a correspondente vinculação que cada modalidade imprime. Em outras palavras, os contratos *spot* possuem menor grau de vinculação futura e menor grau de controle da atividade pela outra parte. De outra banda, os contratos *societários* traduzem um maior grau de vinculação futura e maior grau de controle da atividade da outra parte. No meio destas duas categorias podemos extrair os contratos híbridos, que estão relacionados a contratos de colaboração, com grau intermediário de vinculação e controle de atividade do outro agente econômico.

Nos contratos de intercâmbio, os interesses das partes são praticamente contrapostos. Isso porque, a título de exemplo, em uma operação de compra e venda de insumos, quanto maior a vantagem para o vendedor, menor será a efetiva vantagem a ser auferida pelo comprador.

De outra banda, os contratos *societários* são reconhecidos como aqueles em que existe uma efetiva associação ou cooperação entre agentes econômicos. A doutrina reconhece como contrato de sociedade em geral aquele em que: i) há finalidade em comum; ii) efetiva contribuição dos sócios; e iv) *affectio societatis*, que representa a efetiva vontade de as partes se responsabilizarem por áleas comuns, arcando com todas as perdas e dividindo o lucro entre todos.

Ocorre que, sobretudo em meados do século XX, o modelo de negócios empresariais sofreu alterações significativas. Isso porque, cada vez mais, os agentes econômicos necessitaram de aproveitar a colaboração de outras figuras para bem desenvolver suas atividades empresariais. No entanto, os novos contratos se distanciam de ambas categorias já explicitadas. Não se tratam de contratos *societários*, mas tampouco podem ser explicados como contratos de intercâmbio. Surge, assim, uma modalidade intitulada de contrato híbrido.

Nesse aspecto, os empresários passam a promover certos tipos de contratos que pressupõem “esforços conjugados, mas em que as suas partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos”.⁸²

Essa modalidade de contrato híbrido, que traduz a ideia de colaboração interempresarial, possui como grande distinção a tendência de estenderem seus efeitos no tempo. Isso porque o seu aspecto de associação não pretende um esgotamento imediato, razão pela qual costumam ser celebrados sem prazo definido para término.

A disciplina desta modalidade contratual tende a ser genérica, visto que pretende estabelecer os parâmetros para um comportamento colaborativo entre os contratantes, ultrapassando meras obrigações específicas.

Outra importante categoria de contratos empresariais está vinculada ao *grau de interesse principal da parte no contrato*. Nessa categoria, os contratos de relação (ou relacionais) se contrapõem aos chamados contratos descontínuos (execução imediata) pelos motivos seguintes: i) possuem a tendência de se estender no tempo; busca-se maior disciplina da atividade das partes, lançando as bases de um comportamento colaborativo; iii) confere certa interdependência entre os agentes, vez que o sucesso de uma das partes reverterá em benefício da outra.

Dito em outras palavras, os contratos relacionais “podem encerrar rede de agentes econômicos, como nas redes de distribuição, aumentando o grau de complexidade da teia de deveres e direitos contratuais”⁸³.

Não parece desarrazoada a ideia que acompanha a categorização de um contrato na modalidade relacional. Isso porque o seu reconhecimento poderá permitir, quando de seu tratamento jurídico, ser orientado por alguns parâmetros, a saber: i) flexibilização do esquema oferta/procura para formatação do contrato; ii) diminuição da intolerância a regras contratuais indefinidas (cláusulas gerais); iii) aumento da possibilidade alteração contratual em casos de modificações de circunstâncias; iv) atribuição de maior eficácia a cláusulas que tratam da necessidade de empregar melhores esforços; v) encarar os contratos como

⁸² Idem, p. 193.

⁸³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

autênticas sociedades; vi) caráter unitário aos contratos relacionais; vii) impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé; viii) permitir aos Tribunais adaptar ou revisar cláusulas contratuais de acordo com os resultados das partes.

Nesse sentido, vale dizer que a elaboração da categoria dos contratos relacionais é particularmente útil porque revela dois aspectos fundamentais: a relação entre as partes e a força da boa-fé e da confiança. Sobre este último aspecto, a categoria é “essencial para dimensionar o ajuste e trazer à baila a importância da boa-fé objetiva, da confiança, da não frustração da legítima expectativa para garantir a estabilidade jurídica e o melhor desenvolvimento do contrato enquanto um processo”.⁸⁴

O estabelecimento de vínculos contratuais entre empresários está baseada em dois fundamentos que merecem atenção: o primeiro reside na certeza de que ambas as partes estarão em situação mais vantajosa àquela que se encontravam anteriormente à realização do pacto; o segundo fundamento representa a ideia de que a contratação é firmada com a esperança de que determinados objetivos sejam promovidos em conjunto.

No direito do consumidor, a máxima é a presunção da vulnerabilidade do consumidor. No direito comercial o pressuposto é exatamente o oposto. É em virtude disso que se reconhece que, nos contratos empresariais, cada um dos agentes econômicos agiu de forma sensata e prudente e, dentro da liberdade de contratar, avaliou os efetivos riscos de cada operação, concluindo na contratação por ser situação vantajosa, capaz de gerar lucros.

Em suma, pode-se afirmar que os contratos de colaboração empresarial podem ser classificados como contratos híbridos, vez que abrangem um certo grau de interdependência entre os agentes econômicos, permitindo um certo controle de uma parte sobre outra. Para melhor compreensão, a colaboração empresarial será desenvolvida no tópico que segue.

1.3.2 Modalidades de Colaboração Empresarial

No presente estudo, a preocupação será dirigida aos contratos “colaboração empresarial”, categoria definida por Fábio Ulhoa Coelho⁸⁵ como aquela em que há o

⁸⁴ Idem, p. 68.

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

emprego de esforços pelo colaborador na consolidação de mercado em favor do fornecedor.

Para mencionado autor, a colaboração empresarial teria como grande característica o auxílio que o produtor ou fornecedor do produto ou serviço recebe de outrem sem nenhuma ligação direta com a produção. O colaborador, portanto, atua no âmbito da venda e expansão do mercado consumidor de dado produto ou serviço.

A ideia de colaboração entre empresas se baseia na máxima de que nenhuma instituição produz lucro de maneira isolada: a sua atividade passa, necessariamente, pela colaboração com diversas outras figuras, num processo de cooperação com estas. Frente a dificuldade de uma empresa, individualmente, “produzir e colocar globalmente os seus produtos no mercado faz-se necessária a utilização intensa de auxiliares (intermediários) para que se possa alcançar os mercados de forma tempestiva e eficiente”⁸⁶.

Mas o agente econômico poderá, ainda, buscar a colaboração de outros empresários para a venda, aproveitando eventuais sinergias (venda indireta). Essa alternativa pode ser especialmente vantajosa em se tratando de empresas que não conhecem as particularidades do mercado em que atuarão, como ocorre nos casos de contratos internacionais de distribuição. Com a adoção do sistema de vendas indiretas, os investimentos a serem efetuados pelo empresário diminuem, na medida em que grande parte das despesas com a distribuição será assumida pelos integrantes da rede. A relação bipolar (fabricante/adquirente), típica das vendas diretas, torna-se triangular na venda indireta (fabricante/distribuidor-intermediário/adquirente).⁸⁷

Destaca-se que nos contratos de colaboração empresarial a tônica é, justamente, o aspecto associativo que as partes desenvolvem. Isso implica dizer que a relação dos contratantes tende a perdurar no tempo, sem prazo determinado, normalmente. E, na qualidade de contrato que são, o princípio da boa-fé objetiva deve ser igualmente respeitado: antes, durante e à conclusão da relação⁸⁸. Nesse sentido, se uma das funções da boa-fé objetiva é impor determinados deveres de

⁸⁶ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 8-13.

⁸⁷ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

⁸⁸ A boa-fé, prevista no art. 422 do Código Civil, consagra tanto este instituto como a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. “Quando determina esse dispositivo que os contraentes devem se ater aos princípios da boa-fé e probidade na conclusão e execução do contrato, reconhece que a proteção reúne as fases anterior e ulterior à celebração do pacto. DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

conduta aos contratantes, certo está que a atuação da empresa será diretamente influenciada⁸⁹.

As figuras mais frequentes de colaboração empresarial estão vinculadas aos institutos da agência, distribuição e representação comercial, cada qual com um regramento específico. Ocorre que, pela natureza jurídica muito similar de referidos contratos, não raro é possível se deparar com a judicialização destas relações empresariais. Para Celso de Faria Monteiro⁹⁰, “a aparente similaridade existente entre alguns desses contratos mercantis faz com que eles não raro sejam pactuados até mesmo julgados de forma confusa e equivocada, distorcendo e prejudicando o pleno atingimento dos seus objetivos”.

Justamente por esse motivo, e para maior recorte metodológico do trabalho, optou-se por investigar a natureza jurídica destes contratos, com especial atenção para os contratos de distribuição e representação contratual. A similaridade de seus conceitos pode servir de incentivo para que o colaborador pretenda o reconhecimento de determinada relação como se representação comercial fosse.

Mas quais motivos levariam o colaborador a propor ação judicial em desfavor do fornecedor? Dentre as questões mais relevantes, reclamam atenção as demandas propostas para a finalidade de se pleitear indenizações previstas para a representação contratual em relações de distribuição. Isso porque, de acordo com os artigos 27, alínea j, e 34, ambos da Lei nº 4.866/65, em determinadas situações, é possível se pleitear indenização correspondente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade, bem como o pagamento de 1/3 de comissões dos últimos 03 (três) meses da relação a título de aviso prévio – garantias que usualmente não estão estabelecidas em contratos de distribuição. Para utilizar de outras palavras, reconhecer-se determinada relação como representação comercial implica em maiores benefícios econômicos ao colaborador.

Nesse sentido, justifica-se o estudo e diferenciação entre os institutos:

A diferenciação entre contratos de distribuição e a representação comercial, longe de ser uma questão eminentemente teórica, é essencial na realidade dos agentes econômicos. Essa relevância decorre precipuamente do valor

⁸⁹ LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

⁹⁰ MONTEIRO, Celso de Faria. **As constantes divergências e pontos de comunhão entre os principais contratos de colaboração: distribuição, concessão mercantil e representação comercial**. In: *Contratos empresariais interpretados pelos tribunais*. NASCIMBENI, Asdrubal Franco. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 130.

da indenização devido no caso de denúncia contratual unilateral e imotivada do fabricante. Comprovado trata-se de representação comercial, ao representante caberá o montante calculado conforme o disposto no art. 27, j, da Lei 4.886, de 1965. No que se refere ao contrato de distribuição, o valor da indenização será deveras variável, além de acarretar a incidência do art. 473, parágrafo único, do Código Civil, com as dificuldades inerentes à determinação do prazo ali referido. Destarte, a insegurança jurídica será de certa forma evitada se estivermos diante de um contrato de representação comercial e não de distribuição, uma vez que teremos a incidência de uma “fórmula” a ser aplicada no cálculo da reparação.⁹¹

Para se analisar a pertinência do estudo proposto, convém resgatar o pensamento expresso pela doutrina a respeito das figuras contratuais de colaboração empresarial.

A respeito do tema, Rubens Requião⁹² adotou interessante categorização a respeito dos colaboradores da empresa. De acordo com o autor, tais figuras podem ser divididas entre auxiliares dependentes (empregados assalariados, gerentes, viajantes, praticistas) e auxiliares independentes (corretores, leiloeiros, representantes comerciais, agentes, distribuidores).

Os *auxiliares dependentes* são os que prestam serviços à empresa sob a condição de assalariados, subordinados hierarquicamente ao empresário, trabalhando internamente (*auxiliares dependentes internos*) ou externamente, percorrendo a clientela (*auxiliares dependentes externos*), ao passo que os *auxiliares independentes* não se subordinam hierarquicamente ao empresário, colaborando apenas em suas relações externas. Sua atividade é considerada autônoma em relação à empresa, não estando, por isso, sujeita à sua disciplina hierárquica.

Acompanhando o desenvolvimento tecnológico nas áreas da indústria e comércio, as atividades de intermediação de negócios se intensificaram, com especial destaque para a participação da figura do representante comercial nesse processo. Essa contribuição singular para o crescimento dos negócios encaminhou nações desenvolvidas, como Alemanha, Itália e Espanha, a promover a regulamentação da atividade de representação comercial. O Brasil, em consonância com este movimento, tratou de regular a questão através da edição da lei de representação comercial, a Lei nº 4.886/65.

1.4 UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO NA INTERMEDIÇÃO EMPRESARIAL

⁹¹ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

⁹² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 34. ed., vol. 1., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 263-264.

1.4.1 Contrato de Representação Comercial

Segundo define a lei dos representantes comerciais, exerce a representação comercial autônoma a pessoa física ou jurídica que, sem qualquer relação de emprego, desempenha em caráter não eventual a “mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

Importante destacar que a Lei n. 4.886/1965 trouxe diversas garantias aos representantes comerciais, como a exclusividade de área para atuação, recebimento de comissões de vendas realizadas em sua área e independentemente de participação, concessão de aviso prévio para denúncia do contrato e, especialmente, no caso de rescisão sem justo motivo pelo representado, direito ao recebimento de indenização equivalente a 1/12 avos de todas as comissões recebidas durante a vigência do contrato.

Além disso, estabeleceu a legislação em comento que, para o exercício da representação comercial autônoma, é obrigatória a inscrição perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais competente.

Outrossim, estabeleceu alguns elementos obrigatórios para fazer constar do contrato de representação comercial, como: indicação dos produtos objeto da representação; indicação de zona de atuação, com ou sem exclusividade; comissões e formas de pagamento; prazo de duração do contrato; exercício da atividade com exclusividade em favor do representado. Avançando na regulamentação da matéria, a legislação estabeleceu hipóteses de justo motivo para a rescisão do contrato de representação comercial, tanto pelo representante como pelo representado.

Com o advento do Código Civil de 2002, iniciou-se uma discussão a respeito de uma nova figura: o agente. Isso porque, em seu artigo 710, introduziu-se o instituto da agência para caracterizar a pessoa que assume, sem dependência e sem eventualidade, a obrigação de promover a realização de negócios, em zona determinada, mediante determinada contraprestação.

Segundo Washington de Barros Monteiro⁹³, o contrato de agência “nada mais é que o contrato de representação comercial regulado pela Lei n. 4.866, de 9 de

⁹³ BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil**. 34.ed., v. 5., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 309.

dezembro de 1965, com as alterações feitas pela Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992”.

Na obra atualizada de Rubens Requião, afirma-se que a representação comercial e a agência definida pelo novo Código Civil se confundem. Embora a alteração do nome após o advento da Lei n. 10.406/2002, no contrato de agência estão previstos todos os elementos do contrato de representação comercial, destacando-se: atividade permanente e profissional; autonomia; aproximação para realizar negócios; onerosidade; limitação da área de atuação.

Sintetizando a matéria, em importante artigo produzido por Leandro Santos de Aragão e Rodrigo Monteiro de Castro ⁹⁴, afirma-se que o contrato de representação comercial ou agência implica na prática habitual de atividade econômica, em espaço predeterminado, bem como consistente em realizar negócios em nome e por conta de outrem, mediante o recebimento de determinada contraprestação.

Fato é que o objeto da contratação dos institutos da agência e da representação comercial são semelhantes. ⁹⁵ A diferença, porém, está na possibilidade de o contrato de agência envolver negócios não mercantis, possibilitando desenvolvimento de negócios em outras áreas, tais como: esportiva; entretenimento; literária; financeira; de seguros; de viagens etc.

Em que pese o estranhamento inicial, parece superada a discussão a respeito da confusão entre os termos representação comercial e agência, vez que a primeira é, senão, uma espécie de instituto vinculado à última. No caso da representação comercial, tem-se que o Código Civil não revogou a Lei n. 4.886/1965, e tampouco com ela é incompatível. Ao contrário, o Código Civil e a lei dos representantes comerciais vigoram em conjunto, tendo a primeira ressalvado a aplicação de lei especial em seu art. 721.

Assim, pode-se afirmar que a nova redação trazida pelo Código Civil de 2002 a respeito do instituto da agência apenas consolidou as garantias já previstas pela legislação atinente aos representantes comerciais. Destaca-se, apenas, que a novel legislação, o contrato de representação comercial passou a vigor com presunção de

⁹⁴ ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. **O contrato de distribuição do art. 710, caput, parte final, do Código Civil de 2002**. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 259.

⁹⁵ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30-36.

exclusividade de zona e o prazo mínimo de aviso prévio passou a ser de 90 dias – sujeito à possibilidade de prorrogação em razão de investimentos efetuados pelo parceiro comercial.

1.4.2 Contrato de Distribuição

Outra confusão trazida quando da publicação do novo Código Civil brasileiro está relacionada com a adoção do termo “distribuição” em seu art. 710, que trata da já mencionada agência. Conforme consta da redação em comento, opera-se o contrato de distribuição “quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

Sobre esse novo termo adotado – distribuição, diversos estudiosos se debruçaram sobre a matéria para esmiuçar os significados e zonas de regulamentação trazidos pela nova redação do Código Civil, sendo necessário para o desdobramento do presente trabalho analisar o alcance do termo e a sua aplicabilidade. Isso porque, alguns autores vão dividir o tema para enquadrar a distribuição ora como contrato típico, ora como contrato atípico.

De acordo com os ensinamentos de Rubens Requião ⁹⁶, a distribuição regulada nos termos do Código Civil se opera como verdadeiro contrato de representação comercial ou agência, diferindo apenas na parte em que o agente possui à sua disposição a coisa a ser negociada.

Em outros termos, quando o agente tiver condições de executar o contrato intermediado, estando a coisa a ser negociada à sua disposição, teremos o contrato de distribuição. Nessa hipótese, o agente não executa atividades por conta própria, tampouco assume os riscos da atividade. Como não há a transferência da propriedade pelo distribuído das mercadorias a serem negociadas pelo distribuidor, que poderia ser traduzida na tradicional operação de compra e venda, o agente adquire apenas o poder de executar o contrato a ser celebrado, dispondo de poderes para, eventualmente, promover a pronta entrega das mercadorias em nome do proponente.

Nesse aspecto, ter o agente à sua disposição a coisa a ser negociada não importa afirmar ser este o proprietário da mercadoria, porém apenas possuidor

⁹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 34. ed., vol. 1., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 281.

indireto dela. Assim, portanto, quando verificado que a comercialização se dá segundo as diretrizes previstas pela parte final do art. 710 do Código Civil, estaremos diante de um contrato de distribuição típico, conforme explicaremos adiante.

Na I Jornada de Direito Comercial, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2012, aprovou-se o Enunciado de n. 31 que afirma que o contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência, visto que o agente atua como verdadeiro mediador ou mandatário. Por sua vez, no contrato de “distribuição autêntico”, há comercialização direta do produto recebido do produtor pelo distribuidor, sendo que o lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco. Este enunciado informa uma classificação doutrinária dividida entre o que podemos chamar de contrato de distribuição regrado pelo Código Civil, com a roupagem que lhe é dada pelo contrato de agência previsto no art. 710 do diploma legal, e um contrato de “distribuição autêntico”, ou atípico, que obedece uma lógica muito diferente daquela em que se estabelece ter o agente “à sua disposição” a coisa a ser negociada.

Sobre a ambiguidade do termo:

É bom ressaltar que a expressão “contrato de distribuição” é ambígua, posto que engloba os contratos de distribuição em sentido estrito (que são os contratos de franquia, de concessão comercial, de distribuição seletiva, de exclusividade de vendas) e os contratos de distribuição lato (que são os contratos de comissão, agência e eventualmente corretagem).⁹⁷

Rubens Edmundo Requião⁹⁸ procura estabelecer a distinção entre o contrato de distribuição previsto pelo Código Civil, em detrimento do contrato daquele instituto que denomina “concessão comercial”. Para o autor, a Lei n. 10.406/2002 adotou regulamentação genérica a respeito do tema, em que pese o contrato de distribuição de utilização mais frequente merecer regulação autônoma.

Nesse sentido, a “distribuição comercial” difere, em muito, da “agência-distribuição”, que contempla a já mencionada hipótese de o representante ter à sua disposição a coisa a ser negociada. Ao contrário desse caso, o contrato de distribuição deve ser entendido como nos casos em que existe operação de compra

⁹⁷ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

⁹⁸ REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art 710 do Código Civil**. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. *Representação Comercial e Distribuição*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179-217.

e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, com a transferência da propriedade de um para o outro, a fim de possibilitar a revenda pelo distribuidor em determinada zona e com vinculação econômica.

No contrato de distribuição, o distribuidor obriga-se a revender, em seu próprio nome e por sua conta, os produtos adquiridos junto ao fornecedor. Diferencia-se, porém, do comerciante comum, pois os revende conforme as orientações da concedente. Tais restrições na liberdade de atuação são aceitas pelo revendedor em virtude, sobretudo, da possibilidade de ganho derivada do comércio dos artigos detidos por sua contraparte.⁹⁹

Assim, portanto, seria diferente do contrato de distribuição regido pelo Código Civil, vez que a “distribuição comercial” encerra uma operação de compra e venda entre distribuidor e distribuído, devendo ser encarado como contrato atípico, notadamente em virtude de não haver regulamentação da matéria. Nesse ponto, Silvio de Salvo Venosa¹⁰⁰ entende que se a avença contratual “tiver por objeto regular relações negociais menos comuns, ou sui generis, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descritas ou especificadas na lei, estaremos perante um contrato atípico”.

Paula Forgioni¹⁰¹ chega a afirmar que “todos os autores brasileiros que escreveram sobre contratos de distribuição afirmaram, com razão, tratar-se de um negócio atípico, porque não encontraram definição em nosso sistema normativo”.

Endossando a tese de diferenciação entre essas situações, Fábio Ulhoa Coelho¹⁰² propõe a divisão do assunto em dois campos distintos, trazendo as ideias de *distribuição-aproximação* e *distribuição-intermediação*. Segundo o autor, nos contratos de distribuição-aproximação, a figura do distribuidor assume a obrigação de promover a realização de determinados negócios por conta do proponente, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, tendo em sua posse as mercadorias a serem vendidas. Nesse caso, estaríamos tratando de contrato típico regido pelo Código Civil de 2002 e sujeito às mesmas regras.

Em contrapartida, propõe uma nova modalidade de distribuição, intitulada de *distribuição-intermediação*, que seria verdadeiro contrato atípico por não haver legislação regulamentando a matéria. Nestes casos, a sua caracterização se dá,

⁹⁹ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21.

¹⁰⁰ VENOSA, Silvio de S. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 424.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 55.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 488.

independentemente da nomenclatura utilizada, pela obrigação do distribuidor em criar, consolidar ou ampliar o mercado de produtos do distribuído, comprando deste os produtos para posterior revenda. Nesses casos, não se aplicariam as normas sobre agência e distribuição previstas pelo Código Civil, posto que seus regramentos nem sempre são compatíveis com a estrutura e função econômica da operação ilustrada.

Convém destacar:

Na distribuição atípica (por intermediação), distribuidor e distribuído têm apenas os direitos e obrigações que negociaram. Como é contrato atípico, as relações entre os seus contratantes regem-se apenas pelo contido no respectivo instrumento de contrato. A exclusividade, territorialidade, hipóteses de resolução, direito à indenização, prazo e os demais elementos constitutivos da relação contratual podem ser livremente negociados entre distribuidor e distribuído. Não há balizamentos legais nem consequências legalmente previstas para o caso de resolução. Omissos o instrumento contratual, o conflito de interesses entre os empresários contratantes *pode* ser eventualmente resolvido por aplicação analógica das regras sobre o contrato de concessão comercial, que é, dentre os de colaboração, o mais próximo à distribuição-intermediação¹⁰³.

Para o mesmo caminho apontam os ensinamentos de Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁰⁴, segundo o qual a prática mercantil adotada no Brasil há muito utiliza o termo “contrato de distribuição” para identificar a modalidade especial de parceria comercial, entendida como a operação de revenda com exclusividade pelo distribuidor.

De acordo com o mesmo autor, trata-se de contrato atípico e muito utilizado na comercialização de medicamentos e bebidas, não guardando, porém, características do contrato de agência ou de representação comercial. Aliás, ao contrário do que acontece com o contrato de agência ou distribuição regidos pelo Código Civil, nessa modalidade o distribuidor age por sua conta própria, comprando do distribuído os bens para posterior revenda. Em razão dessa peculiaridade, sua remuneração não é comissionada, porém obtida pelo resultado do lucro gerado entre a operação de compra e venda.

Em resumo, pode-se definir como contrato de distribuição se verificar os seguintes elementos: i) operação de compra e venda destinada à revenda; ii) proveito econômico do distribuidor decorre da diferença entre preço de compra e

¹⁰³ Idem, p. 488-489.

¹⁰⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002**. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 200-217.

preço de venda; iii) transferência da propriedade do bem ao distribuidor para posterior transferência de propriedade ao adquirente; iv) comercialização de bens em determinada região; v) vinculação ou subordinação econômica do distribuidor ao fabricante.

Muito além da regulamentação da operação de compra para revenda, o contrato de distribuição é embutido, geralmente, de outras cominações. Isso porque, por se tratar, via de regra, de uma relação que se pretende prolongar no tempo, convenciona-se cláusulas acessórias que determinam o grau de integração entre as partes. Nesse sentido, procura-se estabelecer as bases para um comportamento colaborativo entre as partes.

1.4.3 Contrato de Distribuição como contrato relacional

Conforme já mencionado no presente trabalho, os contratos podem ser classificados quanto ao seu grau de interesse pela parte no contrato, dividindo-se entre contratos de prestação e contratos relacionais. A respeito da última categoria, esta se identifica por tenderem a se estender no tempo; por promoverem um comportamento colaborativo entre as partes e; por haver certo grau de interdependência entre os contratantes, notadamente porque o sucesso de uma parte poderá reverter em benefício da outra.

Diante disso, pelas características já evidenciadas neste trabalho, o contrato de distribuição é certamente um contrato relacional. Tal caracterização é sobremaneira importante porque evidencia suas principais características e pode servir a guiar a sua interpretação -sobretudo no que diz respeito ao império da boa-fé objetiva.

A continuidade e prolongamento da relação entre fornecedor e distribuidor que confere ao contrato uma nota de perenidade, já que é através deste sistema que a consecução do objetivo do contrato de distribuição será atingida – promovendo a circulação de riquezas.

A categorização do contrato de distribuição como relacional não parece sem propósito:

Qualificar o contrato de distribuição como relacional salienta o papel da lealdade e da confiança como base da relação contratual, posto que a preservação do vínculo por certo tempo depende intimamente do comportamento das partes. Para a correta compreensão dessa afirmação,

cumpra examinar brevemente a boa-fé. A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do Código Civil, assume, segunda a doutrina, três papéis. Trata-se de cânone interpretativo; representa limite ao exercício de direitos subjetivos; e atua na criação de deveres jurídicos, como o de informar.¹⁰⁵

No entanto, apesar da tônica colaborativa entre as partes, através de um contrato amparado numa cooperação estrutural baseada em interesses comuns, fato é que em determinados momentos podem-se verificar interesses contrapostos entre distribuidor e fornecedor. Isso porque, o contrato de distribuição é, ao mesmo tempo, comunhão de escopo e intercâmbio. Apesar de as partes coligarem esforços porque acreditam que tal pactuação irá promovê-las a uma situação melhor do que aquela em que encontram, quando da execução de suas atividades, as partes poderão encontrar objetivos diversos, considerando que a maximização do lucro poderá ser produto da diminuição da remuneração da contraparte.

Para alguns autores, o contrato de distribuição é encarado como uma sociedade harmoniosa. Outros, porém, afirmam se tratar de um campo de batalha. Para os primeiros, a coincidência de interesses sustenta o estabelecimento de uma estratégia em comum. Para os últimos, não se poderia cogitar em interesse comum nessa modalidade de contrato, porque haveria entre as partes uma espécie de concorrência natural.

Os possíveis desencontros nessa modalidade de contrato de colaboração empresarial estão ligados a diversos fatores. Dentre estes, os mais comuns de verificarem estão ligados aos seguintes pontos: i) variação do preço no varejo e diminuição do lucro; ii) concorrência intramarca; iii) imposição de preço na revenda; iv) quebra de territórios; v) temor de grandes distribuidores; vi) aquisição de estoque mínimo; vii) aquisição de outros bens ou serviços não relacionados com o objeto principal da distribuição; viii) proibição de abastecimento paralelo de peças de reposição; ix) cobiça pelo mercado distribuído; x) cobiça pelo mercado de prestação de serviços pós-venda; xi) interesse do fornecedor cimentar rede de distribuição para impedir utilização por concorrente.

Justamente por isso que

O contrato de distribuição não pode ser compreendido senão depois de analisado o emaranhado de interesses existente em seu seio. Nele, o conflito e a aliança convivem como em poucas avenças; desconfiança e confiança na outra parte são simultâneas porque bem se sabe que o

¹⁰⁵ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

comportamento oportunista está à espreita, escondido atrás de um objetivo comum. Sem destrinçarem essa teia, estarão destinados à parcialidade os estudos sobre abuso de poder e da dependência econômica, bem como será impossível sabermos a real função do contrato de distribuição. Ora, se a adoção de uma conduta oportunista implica a perseguição egoísta da convivência individual, é preciso identificar com exatidão os interesses de cada uma das partes que se amalgamam no negócio.¹⁰⁶

Em resumo, pôde-se observar que o empresário se socorre historicamente da atividade de auxiliares independentes para a expansão de seus negócios no mercado. Para tanto, estabelece relações com determinados sujeitos do mercado para impulsionar a sua atividade, o que se normalmente se dá pelo estabelecimento de contratos representação comercial, agência ou distribuição.

Como visto, a Lei n. 4.886/1965 estabeleceu a regulamentação da atividade do representante comercial, dispondo a respeito de diversos requisitos para atuação neste ramo, inclusive com o estabelecimento de garantias especiais para o representante no caso de rescisão imotivada do contrato, com indenização estabelecida no patamar mínimo de 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante o prazo de vigência do contrato.

Com o advento do Código Civil, especialmente por seu art. 710 e seguintes, foram inseridas novas regulamentações a respeito do tema com os institutos da agência e distribuição. Em que pese a polêmica inicial, o entendimento predominante, e defendido neste trabalho, é o de que o contrato de representação comercial se confunde com o de agência, visto que a nova lei não esgotou a matéria em comento.

Além da agência, a redação do Código Civil trouxe a figura da distribuição que, complementando as características da agência, difere-se exclusivamente no ponto em que coloca à disposição do distribuidor a coisa a ser negociada, operação tratada pela doutrina como contrato típico. Entretanto, quando se falar em contrato de distribuição que engloba operação de compra e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, teremos verdadeiro contrato atípico, visto que não houve regulamentação pela legislação brasileira a respeito da matéria.

Em contrapartida, propõe uma nova modalidade de distribuição, intitulada de *distribuição-intermediação*, que seria verdadeiro contrato *atípico* por não ter a legislação regulamentado a matéria. Nestes casos, a sua caracterização se dá, independentemente da nomenclatura utilizada, pela obrigação do distribuidor em

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

criar, consolidar ou ampliar o mercado de produtos do distribuído, comprando deste os produtos para posterior revenda. Nestes casos, não se aplicariam as normas sobre agência e distribuição previstas pelo Código Civil, posto que seus regramentos nem sempre são compatíveis com a estrutura e função econômica da operação ilustrada. A respeito do tema, vale destacar parte do texto:

Na distribuição atípica (por intermediação), distribuidor e distribuído têm apenas os direitos e obrigações que negociaram. Como é contrato atípico, as relações entre os seus contratantes regem-se apenas pelo contido no respectivo instrumento de contrato. A exclusividade, territorialidade, hipóteses de resolução, direito à indenização, prazo e os demais elementos constitutivos da relação contratual podem ser livremente negociados entre distribuidor e distribuído. Não há balizamentos legais nem consequências legalmente previstas para o caso de resolução. Omissos o instrumento contratual, o conflito de interesses entre os empresários contratantes *pode* ser eventualmente resolvido por aplicação analógica das regras sobre o contrato de concessão comercial, que é, dentre os de colaboração, o mais próximo à distribuição-intermediação¹⁰⁷.

Toda essa discussão a respeito das diversas categorias de intermediação comercial ressalta a importância da proposta de “Novo Código Comercial”, materializada pelo projeto de lei nº 1572/2011, que tramita perante a Câmara dos Deputados. O projeto representa uma tentativa de se aprofundar conceitos a respeito dos contratos de colaboração empresarial, sobretudo os traduzidos pelas figuras do mandato mercantil, gestão de negócios, comissão mercantil, agência, distribuição, concessão mercantil, franquia empresarial, dentre outros.

Para os propósitos deste trabalho, resta claro que a proximidade entre os conceitos de representação comercial e distribuição, por exemplo, pode servir de estímulo ao comportamento oportunista. Novamente, vale dizer que para Análise Econômica do Direito, a questão do comportamento oportunista em destaque é compreendida por diversos autores e em diversos cenários. Para Richard Posner¹⁰⁸, por exemplo, o oportunismo pode ser explicado como o comportamento de alguém que, despertando a confiança de outrem, promove sua exploração para obter lucro. Para Oliver Williamson¹⁰⁹, o oportunismo é compreendido como “o agir malicioso visando o autointeresse¹¹⁰”, estando em manifesta contraposição à ideia de

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 488-489.

¹⁰⁸ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 2007, p. 93.

¹⁰⁹ WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 6.

¹¹⁰ KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 144.

confiança. Temos, ainda, em Timothy J. Muris ¹¹¹ que o oportunismo pode ser reconhecido quando uma das partes age de maneira a propiciar uma transferência de riquezas à outra parte em prejuízo das previsões contidas em contrato.

Explorada, sucintamente, a ideia de comportamento oportunista para a teoria econômica, pretende-se, no presente estudo, demonstrar que a judicialização de contratos de colaboração empresarial, com recorte nos contratos de representação comercial e distribuição, pode denunciar uma tentativa de aproveitamento indevido por parte do colaborador, em manifesta violação aos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé objetiva¹¹².

¹¹¹ “A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party’s understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement’s explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer—a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior”. MURIS, Timothy J. **Opportunistic behavior and the law of contract**. In *Minnesota Law Review*, 1980, p. 521.

¹¹² “Good faith is the exact opposite of opportunism. In as much as the absence of opportunism is a presupposition underlying all of contract law, good faith may be said to “irrigate” all of it. In this sense it is a guiding principle underlying many specific crystallizations, but it is too general to be applied routinely given the need for certainty of the law. Yet where it is used, residually, to combat unusual or novel forms of opportunism for which no other “anchor” appears to be readily available, it could be seen as an open-ended rule allowing courts to engage in policy-making, filling gaps through which opportunism might otherwise creep in. MACKAAY, Ejan. **Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis**. CIRANO – Scientific Publications 2011s-74, 2011, p. 169.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

No presente capítulo, será introduzido o estudo da Análise Econômica do Direito para explicá-la não como uma matéria ou um objeto de estudo, mas como um método de análise do Direito através dos instrumentos e postulados da Economia.

Neste tópico, há um resgate de preceitos fundamentais, notadamente quanto às noções de escassez de recursos; custo de oportunidade; maximização dos benefícios; eficiência; equilíbrio.

Feitas essas digressões, resgata-se a evolução histórica das teorias da Análise Econômica do Direito, que tem em Ronald Coase, a partir de “The Nature of the Firm”, uma preocupação mais detida com relação ao objeto de estudo.

Após, resgata-se a finalidade do direito contratual em uma perspectiva econômica para introduzir a análise da Teoria dos Custos de Transação, fundamental para o desenvolvimento do trabalho.

Por fim, resgatam-se as construções teóricas a respeito do comportamento oportunista e a sua relação com a boa-fé objetiva.

2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No presente estudo, promove-se uma aproximação entre duas áreas do conhecimento: Direito e Economia. O Direito poderia ser definido, de maneira muito singela, como a arte de regular o comportamento humano. Por sua vez, a Economia compreende a ciência responsável por investigar como os agentes se comportam em um ambiente em que os recursos são escassos.¹¹³ Nesta pesquisa, investiga-se o comportamento de um dado agente econômico através da teoria dos custos de transação, que possibilitará uma nova compreensão de um fenômeno jurídico.

Interessante notar que o termo “economia” é rapidamente associado a algumas figuras: instituições financeiras, mercado de capitais, taxa de juros, índice

¹¹³ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. In: O que é análise econômica do direito: uma introdução. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-18.

de crescimento econômico, inflação, desemprego, produto interno bruto, dentre outros. Ocorre que quando se trata de “análise econômica” não se pretende designar um objeto de estudo, como as relacionadas aos termos anteriormente destacados. Ao contrário disso, a análise econômica importa em se apropriar de um método capaz de investigar problemas relacionados às escolhas dos agentes econômicos. Assim, toda manifestação de vontade pode ser analisada através do instrumental da economia.

O movimento batizado de “Análise Econômica do Direito”, ou *Law and Economics*, pode ser definido como a utilização do instrumental da teoria econômica para análise da formação, estrutura e impacto das normas e instituições jurídicas. Trata-se de uma área do conhecimento que empresta o arcabouço teórico e empírico da seara econômica para permitir uma maior compreensão das normas jurídicas, sobretudo no que diz respeito às suas consequências.

Nesse sentido, pode-se dizer que os estudiosos da AED acreditam ser importante e fundamental investigar as consequências no mundo real das normas a que se submete a sociedade.

A análise econômica do direito retoma a razão de ser das instituições jurídicas. Postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las. A análise econômica do direito não se limita aos “aspectos econômicos” em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, pretende explicitar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões. Nisso a análise econômica do direito concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina. A de desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas.¹¹⁴

Necessário advertir, no entanto, que o nome emprestado ao movimento não representa com fidedignidade as complexas e diferentes formas de raciocinar e aplicar as teorias econômicas. Apesar disso, as linhas de pensamento da Análise Econômica do Direito estão reunidas numa mesma classificação pelo fato de manterem relativa similitude e consenso em seus principais conceitos¹¹⁵.

¹¹⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7-8.

¹¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação?** Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo, n. 77, mai-jun. 2006.

De acordo com Pinheiro e Saddi ¹¹⁶, pode-se afirmar que existe certa similaridade entre os autores quanto à definição das bases da Análise Econômica do Direito.

A primeira premissa estabelecida por seus estudiosos é de que os agentes econômicos atuam de forma racional para maximizar os proveitos. Assim, pondera a respeito dos custos e benefícios de uma determinada ação.

A segunda premissa é de que o agente econômico efetua uma análise a respeito dos incentivos para a prática de uma determinada conduta.

A terceira premissa está relacionada à ideia de que as regras legais funcionam como uma forma de incentivar ou inibir condutas racionais dos indivíduos.

Os estudos da teoria econômica auxiliam na interpretação da ciência jurídica uma vez que àquela compete explorar as implicações da assunção de que o homem é um maximizador racional de seu próprio interesse. Daí deriva o “potencial de previsibilidade das condutas promovidas a partir de estímulos normativos, fator que é uma das bases da moderna AED”. ¹¹⁷

Dentro dessa seara do conhecimento, divide-se a compreensão da Análise Econômica do Direito em dois segmentos: uma análise descritiva dos fatos (positiva) e uma análise prescritiva (normativa).

À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.¹¹⁸

Para melhor compreensão dos instrumentos oferecidos pela análise econômica para a compreensão do mundo jurídico, necessário resgatar alguns postulados, que servem de ponto de partida para a compreensão do Direito através das lentes da Economia.

¹¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 88.

¹¹⁷ JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Steven Shavell e o Preço do Processo: notas para uma análise econômica do Direito Processual. In: **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Salvador: Jus Podivum, 2008, p. 193.

¹¹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51-52.

2.1.1 Postulados da Análise Econômica do Direito

Para melhor compreensão da Análise Econômica do Direito, importante destacar alguns postulados comumente utilizados por seus estudiosos que auxiliam na compreensão da dimensão dos seus escritos.

Em primeiro lugar, afirma-se que os *recursos são escassos*. Apesar de ser uma afirmação muito básica para qualquer economista, fato é que, para os operadores do Direito, essa compreensão é por vezes ignorada.

Um exemplo clássico disso está vinculado à crescente “judicialização da saúde”, expressão utilizada para designar o fenômeno em que o cidadão se utiliza do Poder Judiciário para compelir o Executivo ao fornecimento de medicamento não incluído nas listas oficiais de dispensação de fármacos. Nessa perspectiva, o sucesso da demanda judicial, que pode comportar o sequestro de valores de ente federado, causará uma diminuição nos recursos disponíveis para aplicação em outras atividades ou compra de medicamentos regularmente fornecidos pelo Poder Executivo.

Se os recursos não fossem limitados, não haveria que se pensar em qualquer problema na alocação dos mesmos, pois “todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas”.¹¹⁹

A compreensão da ideia de escassez dos recursos impõe o reconhecimento da necessidade de se fazer escolhas. Toda escolha, no entanto, pressupõe um certo custo (*trade-off*), uma vez que será necessária a alocação de recursos em dada ação para a consecução de algum objetivo.

O adágio “a cada escolha, uma renúncia” é percebido pelas teorias econômicas, mas substituído pela expressão *custo de oportunidade*, utilizada para designar a opção preterida pelo agente.

Em outras palavras, se a escolha para o período de férias de uma família for uma viagem, a opção de ficar no aconchego do lar será designada como o custo de oportunidade (aquilo que deixou de ter). Trata-se do preço, implícito ou explícito, que se paga em razão de uma das opções realizadas. Quando se menciona o termo

¹¹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

preço ou custo não se quer designar, todo o sempre, um valor monetário propriamente dito.

No processo de tomada de decisão, ao se deparar o agente com a necessidade de realização de uma escolha ante a escassez de recursos, reconhece-se que há um exercício de ponderação entre os custos e benefícios de cada opção. Diante de uma avaliação própria, o agente fará a opção pela situação que maximizará suas utilidades, compreendida como aquela que melhor irá lhe causar um bem-estar. Em razão disso, afirma-se que a *atitude do agente é racional maximizadora*.

Nessa perspectiva, entende-se que os indivíduos fazem escolhas que representam a ideia mais compatível com seus próprios interesses. Faz-se um juízo de valor através do qual se promove uma escolha em que os custos foram superados pelos benefícios esperados.

Além destas categorias, assim como no Direito, reconhece-se que os *agentes econômicos respondem a incentivos* para a adoção de um dado comportamento. Pode-se dizer que, a partir de normas jurídicas, ou mesmo de precedentes judiciais, criam-se incentivos para determinados comportamentos, sobretudo em virtude da estabilização das regras do jogo. Em outras palavras, tanto a legislação quanto a jurisprudência têm a capacidade de interferir em condutas futuras da coletividade.¹²⁰

As regras jurídicas a respeito da responsabilidade civil ilustram esta ideia. Isso porque, potenciais causadores de danos são induzidos a evitar lesão a algo ou alguém, sob pena de serem responsabilizados com seu próprio patrimônio. A mesma ideia pode ser observada no regime de proteção à propriedade industrial, já que, quanto mais mecanismos forem criados para privilegiar a defesa da inovação, menores serão os incentivos para a circulação ou criação de novos inventos a partir dos já existentes.

A regulamentação do trânsito acompanha o mesmo raciocínio: os condutores estão em constante exercício de ponderação a respeito dos limites de velocidade estabelecidos para as rodovias. Ultrapassar o limite imposto poderá resultar em imposição de penalidade de multa e, circunstancialmente, atrair a suspensão do direito de dirigir. A probabilidade de tais ocorrências induz a maior parte dos condutores a respeitar as condições impostas pela legislação.

¹²⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22. v. 5, n.2, mar. 2008, p. 127.

No entanto,

É importante notar também que incentivos legais podem gerar efeitos em direções opostas. Por exemplo: a eliminação do foro privilegiado para congressistas poderia causar alguma diminuição da corrupção (fruto de maior temor da sanção criminal), mas poderia também causar diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas (fruto do maior temor da perseguição política). Isso quer dizer que a aplicação da Teoria dos Preços serve muito mais para apontar os *tradeoffs* (isto é, os custos e benefícios das possíveis escolhas) do que para indicar verdades absolutas. A visualização de *tradeoffs* torna o processo decisório mais transparente e, portanto, mais democrático.¹²¹

A aproximação das teorias jurídicas e econômica permite aos operadores do Direito identificar formas de maximizar recursos disponíveis visando a otimização de sua utilização. Tal objetivo pode ser conquistado mediante o reconhecimento do instrumental jurídico como ferramenta apta a incentivar determinados comportamentos em sociedade.

Procurar meios para que a lei possa fazer justiça é uma das grandes missões do direito – em qualquer sistema. Essa é uma missão de honra, na qual o direito vem tendo bastante sucesso. Mas o direito também pode estar relacionado com o uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade; ele pode criar incentivos para que as pessoas se comportem de maneira mais produtiva, ou mesmo mais justa. O moderno estudante de direito precisa saber os dois aspectos da matéria – suas habilidades para a justiça e para a criação de incentivos para o comportamento eficiente. É comum que esses dois objetivos possam ser alcançados simultaneamente e não estejam em tensão um com o outro.¹²²

É possível afirmar, pois, que o estudo do Direito é refinado quando da utilização dos instrumentos desenvolvidos pela teoria econômica, sobretudo porque esta disponibiliza uma teoria a respeito do comportamento, que permite predizer qual será o comportamento das pessoas frente a um dado incentivo.¹²³

Tais situações poderão ser observadas a partir da modificação de uma dada lei ou através de uma decisão que provenha do Poder Judiciário, por exemplo. Se um precedente for favorável a um consumidor em uma dada relação, todos os demais consumidores na mesma situação poderão ser incentivados a demandar contra seus fornecedores para obtenção do mesmo direito.

Um mesmo objetivo, no entanto, pode ser perseguido com incentivos muito diferentes entre si. É o que ocorre com as regras relacionadas à aquisição de bens

¹²¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22. v. 5, n.2, mar. 2008, p. 21-22.

¹²² COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 08-09.

¹²³ Idem, p. 25.

furtados oriundos de alguns países europeus e com a regra estadunidense. Para ilustrar:

A regra norte-americana coloca todo o risco sobre o comprador, ao passo que a regra europeia coloca o risco sobre o proprietário original. A regra norte-americana dá aos compradores um incentivo extra para verificar se o vendedor é realmente o dono. A regra europeia dá aos proprietários um incentivo extra para proteger sua propriedade contra o furto.¹²⁴

Reconhecido o Direito como instrumento capaz modelar as relações entre as pessoas, é preciso de se ter em mente quais os impactos na distribuição ou alocação de recursos, bem como quais os eventuais incentivos que determinada norma ou decisão judicial poderá provocar no comportamento dos agentes econômicos.¹²⁵

Uma das preocupações das ciências econômicas se relaciona com o estudo dos incentivos, que revelam como certos fatores podem influenciar nas escolhas das pessoas. Para tal investigação, parte de seus estudiosos adota a premissa de que as pessoas realizam escolhas racionais, assim considerada aquela que é feita de uma maneira “deliberada e consistente por agentes que têm preferências transitivas e completas e procuram maximizar o retorno esperado que extraem dessas preferências dentro de suas restrições orçamentárias”.¹²⁶

Com o reconhecimento da premissa de que as pessoas (agentes) são seres racionais e respondem a incentivos de maneira lógica, é possível, então, analisar-se a teoria jurídica através de outra perspectiva.¹²⁷

Vale dizer que a

[...] literatura de Análise Econômica do Direito recomenda que a lei deve dar incentivos para que os agentes ajam da forma que resulte na mesma alocação de recursos que resultaria caso custos de transação fossem baixos. Nas palavras de Coase, “os tribunais devem compreender as consequências econômicas de suas decisões e devem, até o ponto que isto for possível e sem criar muitas incertezas a respeito da posição legal

¹²⁴ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 169.

¹²⁵ ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: Direito e Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 18.

¹²⁶ FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. **Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação**. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, nº 1, p. 109-121, jan./jun., 2012, p. 110.

¹²⁷ SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: Direito e Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 79.

propriamente dita, levar em consideração estas consequências ao tomar suas decisões”.¹²⁸

Por sua vez, as regras e precedentes judiciais resultam em certeza jurídica para os agentes econômicos, que poderão eleger as melhores condutas diante da previsibilidade do resultado de suas ações.

Tal situação ocorre em virtude da diminuição dos chamados “custos de transação”. Além disso, o *stare decisis* poderá implicar em um desincentivo para o litígio em algumas situações, uma vez que a previsibilidade do resultado induz o comportamento dos agentes econômicos¹²⁹.

Por outro lado, os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos. No exemplo anterior, um juseconomista se perguntaria (i) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico), que não incide sobre o patrimônio histórico-cultural e (ii) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose). Muito provavelmente, apenas após ser capaz de responder minimamente a estas duas perguntas um juseconomista se aventuraria em questões normativas. Essa é a distinção fundamental entre a abordagem juseconômica e as abordagens tradicionais do direito.¹³⁰

Além disso,

A proposta da teoria dos incentivos, como aponta MYERSON (2008) permite uma ampliação da aplicação da teoria econômica para analisar a eficiência dos incentivos de praticamente qualquer instituição social. Assim, ela permite um avanço da teoria econômica entendida como método para grande diversidade de instituições do mercado¹³¹.

¹²⁸ MULLER, Bernardo. **Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito & Economia**. In: Direito e Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 97.

¹²⁹ GORGA, Erica. Common law é mais eficiente do que a civil law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 158.

¹³⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010, p. 21-22.

¹³¹ KLEIN, Vinicius. **A Economia dos Contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: CRV, 2015, p. 149.

Em resumo, as regras jurídicas, nas quais incluídas as decisões judiciais, devem ser observadas pela “estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos”¹³². Dito de outra forma, apesar de não alterarem as preferências do agente econômico, certamente as regras jurídicas ou determinados incentivos modulam as efetivas escolhas.¹³³

Ora,

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.¹³⁴

Para além disso, importante notar em que espaço se dará a tomada de decisão do agente econômico: se em ambiente hierárquico ou mercadológico.

Em se tratando de uma estrutura hierárquica, as regras de comando poderão determinar as decisões a serem adotadas. Pode-se citar como exemplo as relações familiares, de trabalho, ou mesmo militares. No caso de se tratar de um ambiente de mercado, a conduta dos agentes é produto da livre interação entre estes. É nesse espaço, o mercado, que os agentes poderão barganhar com os demais por meio da cooperação. Em contraponto, em um esquema de hierarquia, as condutas são predeterminadas por certas regras de conduta.

No que diz respeito às interações no ambiente mercadológico, o comportamento racional maximizador fará com que os agentes econômicos realizem trocas para obtenção de benefícios. Essas trocas serão realizadas até o limite máximo, em um ponto que se designa por *equilíbrio*. O referido termo é utilizado para designar um provável resultado de certa modificação em incentivos dos agentes.

¹³² BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 28.

¹³³ PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência: problema agente-principal. In: **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 103.

¹³⁴ GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 25.

Nessa perspectiva, o equilíbrio é verificado quando os agentes envolvidos maximizam seus próprios interesses. Assim, por exemplo, uma lei “é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político”¹³⁵.

Num panorama geral, pode-se assim destacar como um postulado importante a *eficiência*, que encerra a ideia de minimização de custos e maximização de resultados. Assim, portanto, uma determinada ação será considerada eficiente se não puder aumentar seus benefícios sem a necessidade de aumentar os custos envolvidos.

2.1.2 Gerações da Análise Econômica do Direito

O diálogo entre Direito e Economia não é tema recente. Esta relação fora desenvolvida, inclusive, por economistas clássicos. Adam Smith (1723-1790), por exemplo, tido como pai da economia moderna, na obra “Riqueza das Nações”, defendia a liberdade de concorrência como modelo para melhor promover a alocação de recursos. O autor considerava que, sem a interferência do Estado, os preços seriam livremente pactuados no mercado, atingindo-se equilíbrio pela lei da oferta e da procura.

Jeremy Bentham (1748-1832), outro economista clássico, desenvolveu seus estudos numa perspectiva em que os conceitos de dor e prazer servem ao agente econômico como estímulos para a tomada de decisões. Assim, portanto, o homem empregaria atividades que fossem capazes de lhe proporcionar o prazer, evitando-se ações capazes de lhe imputar dor.¹³⁶

Os referidos autores são designados como integrantes da “Escola Institucionalista”, que teve nos Estados Unidos grande aprofundamento. Para os institucionalistas, os modelos tradicionais de análise não seriam suficientes para interpretar os fenômenos sociais. Para os adeptos desta corrente, seria necessária a compreensão de todo um contexto histórico, social e das instituições para explicar

¹³⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

¹³⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Barauna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

os fenômenos. Justamente por essas considerações que os economistas passaram a se preocupar com o Direito.¹³⁷

Foi apenas com um trabalho pioneiro de Ronald Coase, intitulado “*The Nature of the Firm*”, de 1937, que a Economia passou a reconhecer que não se regula exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos contratos.

O autor conseguiu evidenciar que todas as atividades abrigadas em uma empresa são efetuadas através de um conjunto de contratos devidamente desenhados.¹³⁸ Para ele, as empresas devem ser compreendidas como instituições integrantes do sistema econômico, sendo que a sua existência está diretamente relacionada com os “custos de transação”.

Dito em outros termos, as empresas têm reconhecida sua utilidade no momento em que agentes econômicos consideram que realizar o máximo de operações dentro de um mesmo ambiente rechaça a ocorrência de custos desnecessários.

O marco teórico da proposição do paradigma contemporâneo do estudo integrativo direito-economia reside nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase (Universidade de Chicago), *The Problem of Social Cost* (1960), de Guido Calabresi (Universidade de Yale), *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) e Gary Becker (Universidade de Chicago), *Crime and Punishment: An Economic Analysis of Law* (1973). Contudo, não devemos esquecer a influência marcante de Aaron Director na Universidade de Chicago desde a segunda metade dos anos 1940. Outro marco importante foi a criação, também na Universidade de Chicago, do *Journal of Law and Economics*, em 1958, que se tornou o principal meio de divulgação dos trabalhos e pesquisas na área.¹³⁹

A respeito do citado Aaron Director, do Departamento de Economia da Universidade de Chicago, coube a ele chamar a atenção dos operadores do Direito a respeito dos benefícios de uma análise do ordenamento jurídico através das lentes da economia.

Tal desiderato foi atingido pela elaboração de estudos a respeito dos benefícios ou malefícios da intervenção do Estado nos mercados – que ocorria justamente em razão da depressão econômica que atingiu os Estados Unidos nos

¹³⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

¹³⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 13.

¹³⁹ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 17.

anos 40 e 50 do século passado. Além disso, o autor promoveu estudos a respeito de leis trabalhistas, regulação de bens mobiliários, dentre outros temas relevantes para o Direito.

Apesar de grandes trabalhos desenvolvidos, foi somente a partir dos anos de 1960 que o movimento *Law and Economics* atingiu reconhecimento, sobretudo em razão da publicação do trabalho “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald Coase, que relacionava temas especificamente econômicos, como a questão do custo social dos efeitos externos.

Nesse segmento, igualmente relevante o trabalho publicado por Guido Calabresi, da Universidade de Yale, que fora intitulado “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”. Tal trabalho evidenciou a relevância de analisar os impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil (legal ou judicial).

De acordo com Mackaay, três acontecimentos, entre 1973 e 1980, fizeram com que a Análise Econômica do Direito passasse a ser aceita e estudada pelos juristas: a criação em 1972 do “*Journal of Legal Studies*” e a primeira publicação de R. Posner, “*Economic Analysis of Law*”, tratando de uma introdução ao *Law and Economics*, ambas da Universidade de Chicago; e a criação em 1971 por Henry Manne do *Economics Institutes for Law Professors*, que ministrava seminários de curta duração acerca de conceitos de economia e sua aplicação ao Direito, cujo público-alvo era composto por advogados, juízes e professores de Direito.¹⁴⁰

Richard Posner é considerado um dos fundadores do movimento da Análise Econômica do Direito. Apesar do reconhecimento de Ronald Coase como um novo institucionalista, afirma-se que este não desenvolveu essa corrente de pensamento. Por atuar como juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, Posner chamou a atenção de juristas para a AED, sobretudo porque procurou promover a aplicação da teoria econômica nos casos concretos.

A estes diversos autores se seguiram diversos outros, que em essência, ao adotarem postulados da Economia, contribuem para as reflexões a respeito eficiência do próprio Direito. Isso porque, a Análise Econômica do Direito, na

¹⁴⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

qualidade de uma interrelação entre áreas do conhecimento, promove um novo enfoque, ou melhor, parafraseando Guido Calabresi, uma *nova vista da catedral*.¹⁴¹

2.2 TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO: Finalidade do direito contratual e o contrato na Teoria de Custos de Transação

Registradas as considerações a respeito do que vem a ser a Análise Econômica do Direito, com destaque a seus postulados e a evolução histórica de seus principais autores, a presente seção pretende resgatar uma visão a respeito da finalidade do direito contratual para a economia.

Tais considerações serão fundamentais para construção dos tópicos que seguem, sobretudo no que diz respeito à teoria dos custos de transação e a introdução do conceito de comportamento oportunista.

2.2.1 Finalidade do Direito Contratual

Para a teoria econômica, o direito contratual é compreendido como um instrumento que envolve partes dispostas a cooperar entre si, coordenando livremente suas condutas, com o objetivo de promover a produção e circulação da riqueza.¹⁴²

Referidas trocas podem levar a melhorias de Pareto¹⁴³, visto que, em uma certa alocação de bens em um grupo de indivíduos, poderão se observar a existência de efetivas trocas entre as pessoas se ao menos um dos indivíduos puder ficar em situação melhor ao mesmo tempo em que ninguém piorar de situação. Em

¹⁴¹ Entre 1892 e 1893, Claude Monet pintou uma série de quadros que tinham um tema único: a catedral de Rouen, no noroeste da França. A igreja fora reproduzida em cerca de 30 telas, cada qual capturando a cena em algum momento, em alguma estação, sob algum feixe de luz, com cores e formas diferentes em cada versão. A Análise Econômica do Direito opera como tal, possibilitando uma série de novas interpretações a respeito de um mesmo fenômeno.

¹⁴² ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, 2007, p. 13.

¹⁴³ O “Ótimo de Pareto” ou “Pareto Eficiente” se refere à teoria desenvolvida pelo italiano Vilfredo Pareto que representa impossibilidade de alterar qualquer situação entre as partes sem que alguma delas seja prejudicada. Desta maneira, impede-se o incremento da situação de uma das partes às custas da contraparte. Assim, o Ótimo de Pareto “é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros. Neste exatomento está caracterizado o critério de eficiência de Pareto”. DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40-41.

razão disso, trocas compreendidas como vantajosas para as partes envolvidas são logicamente eficientes.

Quando referidas trocas acontecem em um mesmo momento, não existem grandes dificuldades aos agentes econômicos, visto que somente devem se preocupar com a fixação da quantidade e do preço. São transações, portanto, que ocorrem sem grande dependência do direito contratual.

Existem certas trocas, no entanto, que não se perfectibilizam em um mesmo momento, de maneira simultânea. Tais situações envolvem promessas.

Muitas trocas ocorrem instantânea e simultaneamente, como quando um comprador paga mercadorias em dinheiro numa mercearia. Numa troca simultânea, instantânea, há poucas razões para se prometer alguma coisa. Fazer promessas, entretanto, normalmente implica *trocas diferidas* – isto é, transações que implicam a passagem do tempo para que sejam concluídas. Por exemplo: uma parte paga agora e a outra promete entregar mercadorias mais tarde (pagamento em troca de uma promessa); uma parte entrega mercadorias agora e a outra promete pagar mais tarde (mercadorias em troca de uma promessa); ou uma parte promete entregar mercadorias mais tarde, e a outra promete pagar quando as mercadorias forem entregues (promessa em troca de promessa).¹⁴⁴

Estritamente ligado à ideia de promessa está a concepção de confiança numa relação contratual. Quando as partes contratam prestações que não se resolvem simultaneamente, é certo que tais operações somente serão pactuadas se ambos os agentes envolvidos depositarem a esperança de que a referida promessa será, de fato, executada.

Para Richard Posner¹⁴⁵, quando as trocas entre os agentes econômicos não se dão de maneira simultânea, notam-se duas preocupações: contingências imprevistas e o oportunismo, conceito que será adiante desenvolvido, mas que desde já deve ser compreendido como a ação de alguém que, despertando a confiança de outrem, age para explorar a outra parte com o desiderato de auferir determinado benefício (lucro).

O objetivo do direito contratual é justamente promover a confiança para que as pessoas possam cooperar entre si, promovendo a criação e circulação de riquezas. Sem uma organização jurídica que dê executoriedade aos contratos livremente pactuados entre as partes, certamente não se veriam maiores incentivos

¹⁴⁴ COOTER; Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 208.

¹⁴⁵ POSNER, Richard. A. **Economic analysis of law**, 2007, p. 93.

para que as partes pudessem confiar uma na outra, impedindo que as transações fossem celebradas e realizadas.

A inexistência de um arranjo jurídico apto a suportar a exequibilidade de um dado contrato reduziria o grau de eficiência das relações. Isso porque, fatalmente, certos bens, que dependem de prazos alongados para serem produzidos, não seriam executados em razão da falta de confiança e cooperação entre as partes envolvidas.

Pode-se afirmar que a razão de ser do direito contratual é promover a confiança e a colaboração entre as partes, evitando sobretudo um comportamento oportunista.

Para além disso, os contratos servem para reduzir os custos de transação, preencher de maneira eficiente certas lacunas de contratos incompletos, bem como para garantir um cumprimento eficiente dos pactos celebrados ¹⁴⁶

De acordo com Cooter e Ulen¹⁴⁷, são seis as finalidades do direito contratual:

1. Possibilitar que as pessoas cooperem convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas.
2. Incentivar a divulgação eficiente de informações dentro da relação contratual.
3. Assegurar o compromisso ótimo com o cumprimento do contrato.
4. Assegurar a confiança ótima.
5. Minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações padrão eficientes.
6. Promover relações duradouras, que resolvem o problema da cooperação recorrendo menos aos tribunais para fazer cumprir os contratos.

Como acima destacado, em uma perspectiva econômica, verificam-se diversas as pretensões do instrumento contratual. No geral, registra-se que a intenção do direito contratual é promover trocas eficientes entre agentes econômicos. Se o câmbio de ações pode deixar de ser levado a cabo, torna-se fundamental investigar o processo das trocas voluntárias e as principais situações que podem atingir a realização dos pactos.

2.2.2 O contrato na Teoria dos Custos de Transação

¹⁴⁶ TREBILCOCK, Michael J. *The limits of contract*, 1993, p. 16.

¹⁴⁷ COOTER; Robert. ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 237.

Destacou-se, anteriormente, que a Economia é a ciência das escolhas humanas. Para a teoria econômica tradicional (neoclássica), essas escolhas se dão de maneira racional, baseada na maximização das utilidades do agente econômico e na promoção do autointeresse. Essa é a base da linha de pensamento da Análise Econômica do Direito adotada pela Escola de Chicago.

Tanto para a escola da Economia Institucional quanto para a Nova Economia Institucional (NEI), o processo de escolha do agente econômico tem a sua racionalidade influenciada pelas instituições – que representam, de forma sucinta, as regras do jogo. Elas estabelecem “um complexo de ações possíveis, que devem ser consideradas como parte de um sistema, e que compõe o sistema formal de instituições, quando incorporadas pelo direito, e o informal, na hipótese de não incorporação”.¹⁴⁸

Reconhecendo-se a importância destas variáveis sobre o comportamento racional do agente econômico, os denominados institucionalistas acabam por promover uma reação ao pensamento abstrato que guia o estigma neoclássico. Em decorrência disso, acabam por ter uma visão mais próxima da realidade a respeito do comportamento das pessoas.

Da obra de John R. Commons, intitulada “*Legal Foundations of Capitalism*” (1924), é possível destacar algumas bases para a compreensão do pensamento institucionalista: i) as instituições influenciam o comportamento humano; ii) a interação entre agentes econômicos e instituições é um processo evolutivo; iii) reconhece-se a importância de intercâmbio de conhecimento com outras áreas, incluindo-se Direito, Psicologia, História, Antropologia, etc.

Por seu turno, a Nova Economia Institucional (NEI) se aproxima da Economia Institucional ao se debruçar nos estudos sobre as instituições. O termo “nova”, no entanto, separa as duas correntes de pensamento em razão de seus integrantes concordarem com algumas críticas lançadas com o pensamento anterior (sobretudo no que diz respeito à ausência de preocupação com o estabelecimento de uma base teórica, bem como tratar de metodologia muito indutiva e descritiva).

A principal crítica da Teoria dos Custos de Transação se dirige às premissas da Teoria Econômica Neoclássica e à presunção de perfeição do mercado. O mercado, para a teoria neoclássica, encontra o perfeito

¹⁴⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e a Nova Economia Institucional. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 122.

equilíbrio entre oferta e demanda, não se concedendo relevância para variáveis relacionadas ao custo de se negociar ou fazer cumprir acordo. Ocorre que, em relações reais de mercado, tais custos são sempre presentes e influem diretamente na interação entre os agentes econômicos, alterando as condições de negociação e, por conseguinte, do preço.¹⁴⁹

De acordo com Vinicius Klein ¹⁵⁰, foi Oliver Williamson o responsável por batizar a Nova Economia Institucional, em seu livro “*Markets and Hierarchies*” (1975). Atualmente, a expressão NEI serve mais em razão da preocupação com um determinado objeto que propriamente pelo uso de uma base metodológica ou teórica em comum.

Para a Nova Economia Institucional, alguns postulados são relevantes para a compreensão de seus estudos: i) as instituições são essenciais para uma análise econômica; ii) a teoria econômica pode explicar as instituições; iii) o desempenho econômico é dado, de maneira sistemática e preditivo, pelas instituições.¹⁵¹

É justamente a partir destas premissas que os denominados neoinstitucionalistas constroem algumas premissas fundamentais, ainda que relativizando certas concepções neoclássicas. Daí, portanto, assume-se que: i) os agentes econômicos possuem racionalidade limitada e promovem seu autointeresse; ii) as pessoas procuram pela maximização da riqueza.

Para a NEI, alguns conceitos são tidos como fundantes: a propriedade; o contrato; os custos de transação. Para além da forma de compreensão das premissas neoclássicas, a NEI se diferencia da Escola de Chicago quanto à ideia a respeito da melhor forma de solução de litígios. Enquanto que a última reconhece no Poder Judiciário a melhor forma de resolução dos conflitos, a primeira reconhece o contrato como instrumento necessário para tal desiderato. Tal situação, não afasta, porém, a valorização das relações entre o Mercado e o Estado.

Além disso, os estudos na linha da NEI são desenvolvidos em dois ambientes: ambiente institucional e arranjos institucionais (estruturas de governança). Quanto ao primeiro, os estudos procuram verificar o desenvolvimento das relações econômicas em espaços formais ou informais. Destacam-se nesta linha os trabalhos de Douglas North, sobretudo porque este autor visa compreender

¹⁴⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122-123.

¹⁵⁰ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 130.

¹⁵¹ Idem, p. 124.

a evolução das instituições para analisar os motivos pelos quais certos países possuem melhor desempenho econômico em detrimento de outros. Por seu turno, nos arranjos institucionais, busca-se analisar as estruturas de governança erguidas os pelos agentes. Nessa seara, destacam-se os escritos de Ronald Coase e Haroldo Demsetz, que exploram os temas de custos de transação e os custos de agência, respectivamente.

A respeito de teóricos de estruturas de governança, de grande relevância, inclusive para o presente trabalho, os escritos de Oliver Williamson. O autor busca compreender as estruturas contratuais a partir da teoria dos custos de transação.

A propósito, custos de transação é um importante conceito para a compreensão dos estudos da Nova Economia Institucional. Apesar de não haver uma definição única a respeito da expressão, pode-se dizer que foi a partir de Ronald Coase que se destacou a importância do estudo desta categoria. No já referido trabalho publicado em 1937, "*The Nature of the Firm*", o autor promoveu uma análise a respeito de como tais fatores influenciavam a divisão das transações que eram realizadas dentro da empresa e aquelas que ocorriam no mercado.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi¹⁵² assim definem:

Custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da *busca pela informação* sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade da *negociação*, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a *realização e a formalização dos contratos*, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o *monitoramento* dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a *correta aplicação do contrato*, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.

A teoria dos custos de transação (TCT) interpreta alguns postulados da teoria neoclássica de uma maneira a melhor se aproximar da realidade dos fatos. O

¹⁵² PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

primeiro destaque deve ser feito com relação ao pressuposto da racionalidade ilimitada dos agentes econômicos.

Na TCT, trabalha-se com o conceito de *racionalidade limitada*, que representa a ideia de que, apesar de estarem dispostas a maximizarem suas utilidades, as pessoas estão sujeitas a uma limitação cognitiva, que será refletida em suas ações. Dito em outras palavras, apesar da intenção de se escolher a melhor opção racional, certas limitações cognitivas, de capacidade de absorver e processar informações, poderá ser observada.

Para Vinicius Klein¹⁵³, na TCT, adota-se a premissa de que os indivíduos são intencionalmente racionais, porém são limitados em termos cognitivos, seja pela falta de informação completa, seja pela impossibilidade de processar todas as informações de maneira completa.

Pode-se dizer que, justamente em razão da racionalidade limitada, assume a ideia de *incompletude dos contratos*. Apesar de todas as atividades que os agentes econômicos possam empregar, qualquer contrato será irremediavelmente incompleto. Assim, “não importa a grandeza do esforço para fazer previsíveis todas as situações que podem interferir no adimplemento adequado das obrigações: ela será sempre insuficiente para prever solução a todas as contingências que podem prejudicar a execução do contrato”.¹⁵⁴

Outro postulado que é revisto diz respeito à ideia de que as pessoas sustentam suas ações no ideal de busca do interesse próprio. Para a TCT, o *oportunismo* é verificável nas ações dos agentes econômicos. Tal categoria associa a ideia de que as pessoas poderão, de maneira mais intensa, promover a busca dos próprios interesses, ainda que necessária alguma prática desonesta (mentiras, trapanças, ilusões). Em razão do oportunismo, o agente poderá distorcer ou esconder informações de outro para resultar em algum benefício próprio. Diante disso, o agente oportunista somente respeitará as regras do jogo se referida atitude importar em algum benefício próprio.

Por fim, pode-se registrar que, para a TCT, nem sempre o capital poderá ser alocado em outra atividade a custo zero. Isso porque é frequente que certo ativo produtivo de uma atividade seja menos produtivo em outras. Assim, portanto,

¹⁵³ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 143.

¹⁵⁴ BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e Análise Econômica do Direito: o caso dos contratos de leasing**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 61.

assume-se que *ativos específicos* são mais produtivos que os ativos considerados genéricos quando utilizados em transações para os quais inicialmente desenvolvidos.¹⁵⁵

Para a TCT, portanto, oportunismo e racionalidade limitada são características possivelmente presentes nas relações entre os agentes. A especificidade de ativos, no entanto, poderá ou não ser observada, a depender de cada caso.

2.3 COMPORTAMENTO OPORTUNISTA E BOA-FÉ OBJETIVA

2.3.1 Comportamento oportunista

No início do século XX, o nicho do salmão enlatado era novo e promissor nos Estados Unidos. Empresas montariam docas e fábricas em localidades do Alasca que, muitas das vezes, só poderiam ser alcançadas por navios. Apenas durante os meses de verão os peixes poderiam ser pescados, processados, enlatados e despachados para São Francisco ou Seattle. Para a produção, fábricas de enlatados alistavam equipes nestas cidades americanas para realizar a pesca e trabalhar na indústria por valor fixo para toda a temporada, cujos valores seriam pagos no retorno à cidade de origem.¹⁵⁶

Em certa ocasião, os trabalhadores foram contratados na cidade de São Francisco pelo valor de US\$ 50 (cinquenta dólares americanos) para trabalharem durante toda a temporada para uma indústria de enlatados. Chegando ao Alasca, os contratados se recusaram a trabalhar, exceto se houvesse uma modificação nas condições do contrato estabelecido anteriormente. Para a realização das atividades, os trabalhadores cobraram US\$ 100 (cem dólares americanos) pela temporada. Para não perder a sessão inteira, a empresa aceitou as novas condições impostas pelos pescadores e assinou novos contratos.

Ao retornarem para a cidade de São Francisco, a empresa se recusou a realizar o pagamento do novo contrato, limitando-se ao pagamento da quantia de US\$ 50 (cinquenta dólares americanos), conforme inicialmente acordado. Os

¹⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65.

¹⁵⁶ FRIED, Charles. **Contrato como promessa**: uma teoria da obrigação contratual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

trabalhadores, inconformados, resolveram processar a empresa, pleiteando o pagamento da diferença entre os valores pagos e os valores devidos de acordo com a renegociação havida.

O caso *Alaska Packers' Assn. vs. Domenico* foi apreciado pela Corte de Apelações dos Estados Unidos em 1902. O pedido dos trabalhadores foi rejeitado pelo Judiciário porque reconheceu que a modificação do contrato não era legalmente exigível. Não houve, no caso em concreto, qualquer modificação substantiva a ensejar a modificação do pacto havido entre as partes.¹⁵⁷

Richard Posner resgata outro caso interessante para o tema proposto. No caso *Goebel vs. Linn*, uma das partes se comprometeu ao fornecimento de gelo em favor da outra. Ocorre, porém, que em virtude de um clima excepcionalmente quente, a produção teve uma queda. Por essa razão, as partes firmaram novo pacto, em razão do qual o réu se comprometeu ao pagamento de quantia superior à inicialmente contratada. No momento do pagamento da quantia acordada, o réu se recusou a adimplir os valores pactuados no novo acordo. Neste caso, no entanto, o Judiciário reconheceu que houve razão de ser para a modificação do contrato, tendo em vista que houve aumento do custo para o desempenho das atividades por parte do produtor.¹⁵⁸

No ano de 2003, o canal de televisão HBO, dos Estados Unidos, comunicou os cerca de 300 funcionários envolvidos com a produção da série “Família Soprano” que não precisariam se apresentar na data de 24 de março, conforme planejado anteriormente. Àquele momento, o adiamento das filmagens se deu em razão de o ator James Gandolfini ter ameaçado abandonar seu personagem, o chefe da máfia Tony Soprano. O ator, que recebia o valor de US\$ 400mil (quatrocentos mil dólares americanos) por episódio, relatou que somente retornaria ao set de filmagens para a quinta temporada com um aumento substancial no valor de sua remuneração. Após várias negociações, as partes chegaram a um acordo, promovendo um aumento para o valor de US\$ 800mil (oitocentos mil dólares americanos) por episódio para o ator¹⁵⁹.

¹⁵⁷ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. p. 171.

¹⁵⁸ Idem, p. 172.

¹⁵⁹ CATEB, Alexandre Bueno. VELOSO, Sílvia Mechelany. **Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (eficiente breach)**. Revisa da Associação Mineira de Direito e Economia. 18-44.

Steven Shavell ¹⁶⁰ resgata outro curioso caso. Em uma noite de 31 de dezembro, certo restaurante, de uma pequena cidade, verificou que estava com problemas de energia em razão da fiação. Sem o fornecimento de energia elétrica, o restaurante não poderia operar àquela noite, tida como a mais lucrativa do ano. O único eletricitista da cidade cobrou o valor de US\$ 2mil (dois mil dólares americanos) para realizar o reparo em uma única hora. Ocorre que o preço normal do mesmo serviço seria de apenas US\$ 80 (oitenta dólares americanos).

Por fim, Timothy Murriss ¹⁶¹ destaca exemplo didático em que relata que construtora negocia com um arquiteto um contrato de dois anos para a prestação de serviços ao valor de US\$ 3mil (três mil dólares americanos) por mês. Depois de o arquiteto tornar-se familiarizado com os detalhes do projeto, este informa que o projeto somente seria finalizado mediante um aumento da remuneração para o patamar de US\$ 4 mil (quatro mil dólares americanos) mensais, sem qualquer modificação das condições iniciais do contrato.

Os casos acima citados servem para ilustrar como os agentes econômicos poderão se comportar em determinadas situações. O estudo proposto pretende analisar essas relações contratuais sob um novo aspecto. Com o resgate das teorias econômicas, pode-se promover uma nova percepção a respeito destas situações.

Antes de maiores considerações, a leitura dos exemplos citados anteriormente acaba por despertar uma percepção interessante nas relações havidas. Com exceção ao caso *Goebel vs. Linn*, todos os demais estimulam a percepção de um comportamento contraditório de um dos contratantes. Nota-se que nas situações descritas, houve uma tentativa de uma das partes se aproveitar de uma dada situação para tentar auferir benefícios não previstos inicialmente, tudo às custas da contraparte.

Nesse sentido, para uma interpretação estritamente jurídica, os casos mencionados podem tratar, além de uma violação contratual, de uma afronta à cláusula geral da boa-fé objetiva. Para uma análise econômica, conforme será demonstrado adiante, a tentativa de uma das partes se aproveitar da contraparte

¹⁶⁰ SHAVELL, Steven. *Contractual Hold Up and Legal Intervention*. Disponível em <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716901>. Acesso em 05 nov 2018.

¹⁶¹ MURRIS, Timothy. *Opportunistic behavior and the law of contract*. *Minnesota Law Review*, n. 521, jan. 1981, Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mnlr65&div=30&id=&page=>. Acesso em 05 nov 2018.

para auferir outros benefícios pode ser compreendida como a manifestação de um *comportamento oportunista*.

Como já destacado, os autores da linha da teoria dos custos de transação interpretam os postulados clássicos da economia tradicional de uma maneira a melhor se aproximar da realidade. Nessa perspectiva, tanto a racionalidade limitada quanto o oportunismo são marcas provavelmente presentes nas relações contratuais.

De acordo com Williamson¹⁶², o oportunismo pode ser definido como a busca pelo interesse próprio com malícia, que inclui esforços calculados com o propósito de enganar, ofuscar e confundir. Nesse sentido, o oportunismo não pode ser confundido com a mera busca do interesse próprio, já que, nesses casos, os agentes atuam de acordo com regras preestabelecidas que confiam e obedecem.

George Cohen definiu oportunismo como sendo aquele comportamento, em certa relação contratual, mediante o qual “uma das partes contratantes, que vai contra as expectativas razoáveis que a outra formou sobre sua fé no acordo, nas normas contratuais ou da moral convencional”.¹⁶³

Ejan Mackaay resgata a definição de Sylvie Lebreton a respeito do comportamento oportunista que, de modo geral, se materializa pela divulgação de “informações incompletas ou descaracterizadas por calculados esforços para esconder, desnaturar, disfarçar, desconcertar ou semear a confusão em transações comerciais; rescendem a uma evidente falta de franqueza, de honestidade, de lealdade”.¹⁶⁴

No conjunto é possível dizer que uma parte contratante age de maneira oportunista quando procura, por trapaça (meios diversionistas) ou mediante força, coerção, modificar em seu proveito e em detrimento da outra, a repartição dos ganhos conjuntos do contrato que a parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão. Tenta obter “mais do que sua parte”. O ato oportunista consiste em explorar de forma significativa uma assimetria na relação de pessoas em detrimento de outros participantes. A assimetria pode existir no momento da conclusão do contrato ou ser ele superveniente, aparecer no curso da sua execução,

¹⁶² “Self-interest seeking with guile, to include calculated efforts to mislead, deceive, obfuscate, and otherwise confuse. Opportunism should be distinguished from simple self-interest seeking, accordance to which individuals play a game with fixed rules that they reliably obey. WILLIAMSON, Oliver. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 378.

¹⁶³ “Any contractual conduct by one party contrary to the other party’s reasonable expectations based on the parties agreement, contractual norms, or conventional morality”. COHEN, George. **The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law**. Hofstra Law Review, Vol. 20, Iss. 4, 1992, p. 957.

¹⁶⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

como resultado de circunstâncias imprevistas em um contrato – imperfeito – que não admite precisão sobre o objeto. Frequentemente que as dificuldades de se informar de alguns, ou de fiscalizar de outros, facilitem, abram a porta, para comportamentos oportunistas. O oportunismo consiste em levar o contratante a concluir um acordo que não teria aceitado facilmente se estivesse perfeitamente informado (oportunismo *ex ante*), ou por modificar, no curso da execução, a repartição implicitamente acordada no momento da conclusão do contrato (oportunismo *ex post*).¹⁶⁵

Como destacado, a teoria dos custos de transação utiliza como um de seus postulados o oportunismo dos agentes. Nessa construção, Williamson categoriza três níveis de comportamento auto interessado¹⁶⁶.

O primeiro nível é o *oportunismo ou autointeresse forte*. De acordo com esta categoria, não existem limitações ao comportamento egoístico das pessoas. Assim, espera-se que mentiras, trapaças e enganações sejam aplicadas pelos agentes. Nessa perspectiva, distinguem-se dois tipos de oportunismo de acordo com o tempo de realização dos atos. Reputa-se como oportunismo *ex ante* quando uma das partes age de maneira reprovável antes da efetivação da contratação (seleção adversa). Por outra banda, configura-se o oportunismo *ex post* quando a conduta desprezada se verifica durante a relação contratual (risco moral).

O segundo nível é o *autointeresse simples ou sem oportunismo*. De acordo com esta categoria, existe a presunção que as obrigações assumidas pelas partes serão observadas durante a execução do contrato. Tal definição deriva da concepção de que, apesar de os indivíduos agirem de maneira egoísta, essas preservam o cumprimento dos pactos. De maneira implícita, assume-se que a intervenção judicial é precisa, instantânea e sem custos, bem como que os agentes se comportam de maneira ética durante a relação.

O terceiro e último nível é da *obediência ou ausência de autointeresse*. Para essa concepção, o indivíduo age de acordo com concepções que são externas à própria pessoa (como uma ideologia).

A definição de Williamson com relação ao conceito de o oportunismo se diferencia da descrição de Simon do autointeresse como fragilidade motivacional. Não se deseja negar que a maior parte dos agentes cumprirão com suas promessas – e alguns farão ainda mais. O que se pretende é destacar que, caso existam falhas

¹⁶⁵ Idem, p. 223.

¹⁶⁶ FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; SAES, Maria Sylvania Macchione; DE AZEVEDO, Paulo Furquim. **Competitividade: mercado, estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997, p. 40-41.

nas contratações, estas representam “fricções normais e frequentemente resultam de imprecisões perceptivas”.¹⁶⁷

Pode-se afirmar que a investigação a respeito do postulado do oportunismo dos agentes econômicos se justifica diante da sabida possibilidade de aparecimento de dificuldades de adaptações em razão da inafastável incompletude dos contratos.

Se a racionalidade dos agentes é limitada, certamente os contratos serão incompletos, dada a impossibilidade de previsão de todos os problemas que a consecução de atividades poderá resultar. Em consequência destas premissas, racionalidade limitada e contratos incompletos, inevitável a possibilidade de renegociações – momento em que o oportunismo poderá se manifestar na adoção de certos comportamentos de um dos agentes contratantes.

É justamente no momento de renegociação que o oportunismo poderá se manifestar. Nesses momentos, poderá o agente atuar de maneira contrária ao esperado pela outra parte, impondo estas perdas na transação.

Nesse sentido,

O conceito básico da ECT é que existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Os agentes podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos de ativos específicos. Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais para disciplinar o preenchimento das lacunas.¹⁶⁸

O oportunismo poderá se materializar na prática sob as mais diversas formas. A tarefa do direito contratual é, justamente, impedir que um dos contratantes se porte de maneira oportunista com relação ao outro.¹⁶⁹ Ocorre, porém, que a prevenção ao oportunismo é uma atividade dispendiosa, sobretudo em razão dos custos envolvidos para o estabelecimento de um contrato que preveja um sem

¹⁶⁷ WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações?. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 33-34.

¹⁶⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 22-23.

¹⁶⁹ BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e Análise Econômica do Direito: o caso dos contratos de leasing**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 68.

número de possibilidades de atitudes que possam prejudicar o regular desenvolvimento dos acordos.

O desafio do homem contratual é, justamente, identificar os atributos das transações a fim de se escolher uma estrutura de negócio capaz de promover economia de custos de transação. Se, de acordo com Williamson, os contratos são inevitavelmente incompletos, impõe-se às partes a necessidade de estarem preparadas para certas modificações diante dos imprevistos, que podem decorrer da racionalidade limitada, quanto do comportamento estratégico da parte contrária, motivada pelo oportunismo. Assim, as pessoas precisam de procurar uma organização privada que atue para estruturas medidas que diminuam a possibilidade de impasses e quebras de contratos.¹⁷⁰

Bem se sabe, no entanto, que nem todas as projeções inicialmente contratadas, tendentes à limitação do comportamento oportunista, terão efeitos práticos. Isso porque, apesar de todos os esforços, ainda resta margem para atitudes oportunistas: seja durante as negociações, diante da possível sonegação de informações; seja pela exploração de lacunas legais ou convencionais, derivadas da incompletude dos contratos.¹⁷¹

Nesse sentido, a teoria dos custos de transação reformula o ideal de egoísmo das teorias econômicas neoclássicas com a assunção do oportunismo, que seria um grau mais forte de autointeresse. Aqui, diante da ausência de informação completa e perfeita, os agentes possuem maiores possibilidades de atuação.¹⁷²

Para a teoria dos custos de transação, o homem vive em um contexto de contratos incompletos, que deriva da racionalidade limitada, posto que não é possível imaginar e regulamentar todas as situações e riscos de uma contratação *ex ante*. Assim, para Williamson, impõe-se aos contratantes a construção de uma estrutura para solucionar conflitos *ex post* – o que denomina de mecanismos de governança.¹⁷³

¹⁷⁰ BEGNIS, Heron Sergio Moreira. ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros. PEDROZO, Eugênio Avila. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeira produtiva do fumo no sul do Brasil**. Revista Gestão Produção, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, mai/ago, 2007, p. 312.

¹⁷¹ ARAÚJO, Fernando, **Teoria Económica do Contrato**. Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais, em Direito e Economia, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 118.

¹⁷² KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos**: uma análise microeconômica. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 144.

¹⁷³ Idem

Outrossim, vale registrar que oportunismo é termo de um vocabulário geral para economistas. Isso porque, referida categoria pode ser muito bem observada em diversas formas, tais como: *free riding* (carona, que é quando uma parte se beneficia de certa situação sem que contribua para que ela ocorra); o baluarte; *hold-out* (que representa a ideia de que um projeto coletivo somente poderá prosseguir com o consenso de todos, sendo que determinada pessoa suspende seu consentimento para conseguir um ganho maior); risco moral (*moral hazard*, quando uma das partes age com cuidado inferior ao exigido no momento da contratação); seleção adversa; problemas de agência.

Independentemente da forma que o oportunismo possa se manifestar, fato é que a o lesado por tal tipo de comportamento se arrepende ter celebrado determinada contratação. A possibilidade de ocorrência de tal desvio de conduta, a se considerar o cumprimento dos acordos como regra geral, faz com que os agentes reflitam sobre a conveniência de firmarem contratos.

Assim, considerando a possibilidade de ocorrência de oportunismo na relação contratual, cada uma das partes irá procurar mecanismos estruturais para evitar ser injustamente lesado. Diante do aumento de cuidados, que serão justificados na medida em que o custo da prevenção seja menor que a possibilidade de a parte ser injustamente explorada, o oportunista adotará comportamento ainda mais sutil, o que exige uma fiscalização mais aprimorada pela contraparte. Em resumo, aumentam-se os custos de transação e, por consequência, diminuem-se as trocas entre os agentes econômicos.

2.3.2 Comportamento oportunista e boa-fé

Como já destacado no transcurso do presente trabalho, a boa-fé objetiva, como cláusula geral do ordenamento jurídico, tem como função guiar a interpretação das relações contratuais.

A boa-fé tem, globalmente, papel complementar. Na fase pré-contratual é invocada para delimitar a liberdade interromper as negociações. Está subjacente na obrigação de informação sob dois de seus aspectos: o dever de informar a contraparte e o dever de se informar e, na fase pré-contratual, as obrigações de aconselhamento e confidencialidade. Na formação do contrato, a força obrigatória da oferta é analisada como resultante da boa-fé. Na execução do contrato a boa-fé é utilizada para complementar o

contrato, mas tem, também, função de modulação e papel de adaptação e interpretação.¹⁷⁴

Diversos termos são utilizados para a caracterizar a boa-fé objetiva, sendo as mais recorrentes: lealdade; honestidade; integridade; comportamento leal; cooperação; ausência de má vontade; ausência de má intenção. Em sentido diametralmente oposto, a ausência de boa-fé é normalmente retratada como um comportamento culpável; chocante; não razoável.

Com o emprego da boa-fé, pretende-se que nenhuma das partes leve vantagem indevida pela falta de experiência ou mesmo pela vulnerabilidade da contraparte para que se imponham condições desvantajosas e desproporcionais às prestações contratadas. “Quem adota tal comportamento agirá de má-fé e, emleitura econômica, de maneira oportunista. Age-se de boa-fé abstendo-se de tirar proveito das vulnerabilidades da outra parte”.¹⁷⁵

Registrou-se que a base de uma relação contratual é justamente a cooperação entre as partes, que sob um viés econômico, promoverá uma troca benéfica aos envolvidos (os contratos somente serão celebrados se as partes imaginarem que irão atingir situação mais vantajosa após a contratação). Diante disso, o direito dos contratos é instrumento para garantir que tais transações ocorram de fato – em benefício de toda a sociedade diante das trocas eficientes.

De forma geral, o contrato permite que cada uma das partes possa aumentar seus ganhos com a pactuação. Quando os benefícios forem superiores aos custos, o total excedente da relação será dividido entre as partes. Ocorre, porém, que normalmente, a parte não está preocupada com o excedente total do contrato celebrado. Tomando-se as premissas econômicas registradas neste trabalho, o contratante está interessado nos valores que lhe serão destinados com o contrato.

Diante desse quadro, em certas ocasiões, pode-se perceber uma tendência de se pretender aumento de ganhos individuais às custas da contraparte, motivo pelo qual há o risco de que uma das partes busque levar vantagem sobre a outra.

Se tal situação vier a de fato ocorrer, ainda que um dos agentes aufera um ganho, a outra parte sairá prejudicada. Em termos econômicos, não se trata da uma transação eficiente, posto que não houve um aumento total no bem-estar, já que

¹⁷⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426-427.

¹⁷⁵ Idem, p. 427.

uma das partes aumentou seus benefícios ao passo que a outra percebeu uma diminuição de seus benefícios.

Assim, o ordenamento jurídico opera como instrumento para promover, incentivar e garantir a confiança e a cooperação nas relações contratuais. Como resultado, há uma divisão eficiente e justa do excedente das transações. Assim, portanto, a boa-fé opera como fonte de dever de conduta para as partes contratantes, de modo a assegurar a cooperação entre as partes – fundamental para a produção e circulação da riqueza e aumento do bem-estar social.

Para a análise econômica, a boa-fé objetiva é reconhecida como uma situação de ausência de oportunismo¹⁷⁶, que é considerado equivalente à má-fé. Nesse sentido, o oportunismo é uma transferência ineficiente de riqueza entre os contratantes, ao passo que a presença da boa-fé implica em efetiva cooperação entre as partes envolvidas, promovendo uma troca eficiente.

Dito em outras palavras, considera-se que do comportamento oportunista resulta somente a melhoria de posição de um dos contratantes em prejuízo do outro. Assim, o desafio é investigar em quais condições a quebra da confiança é mais lucrativa e quais os mecanismos que podem ser adotados para evitar esse tipo de manifestação.

Como identificado, o oportunismo pode se manifestar sob diversas formas em uma relação contratual. Para combater tais práticas, o ordenamento jurídico adota a boa-fé como cláusula geral. Como resultado, confere-se a possibilidade de se garantir maior cooperação entre as partes, gerando resultados eficientes e bem-estar social.

Em termos práticos, a boa-fé objetiva, sendo cláusula geral, ainda que possivelmente indesejada pelos teóricos da Nova Economia Institucional, opera como instrumento para intervenção judicial nos contratos tendente ao reequilíbrio das prestações.

Por fim, o que se pretendeu registrar foi que a boa-fé opera como sinônimo de ausência de comportamento oportunista. Nessa perspectiva, a compreensão desses significados importa para que se possa identificar condutas oportunistas, manifestadas pelo desejo de se tirar proveito de lacunas de uma relação contratual para redistribuição de ganhos em prejuízo da contraparte. Somente a partir deste

¹⁷⁶ ARENHART, Fernando Santos. **A boa-fé na relação contratual**: uma abordagem de Direito e Economia. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

ponto poder-se-á efetivar uma completa promoção de trocas eficientes nos contratos, capazes de gerar bem-estar social e maximização das riquezas de maneira eficiente.

3 JUDICIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

O objetivo do presente trabalho é investigar se a judicialização de contratos empresariais poderá revelar uma manifestação de comportamento oportunista por uma das partes contratantes. Para a consecução deste objetivo, optou-se por um recorte nos contratos de representação comercial e distribuição. Isso porque, como já destacado no primeiro capítulo, a natureza jurídica de ambos institutos acaba causando uma certa confusão a respeito de seus conceitos e aplicações.

Justamente em razão disso que se verifica nos tribunais o ingresso de ações cujo objetivo é, em um pacto de distribuição, ver reconhecida a relação como se representação comercial fosse.

Tal desiderato se justifica em razão das garantias previstas pela Lei n. 4.886/1965, notadamente no que se refere à indenização de equivalente a 1/12 avos de todas as comissões recebidas durante a vigência do contrato no caso de rescisão imotivada, fundada no artigo 27, “j”, da Lei 4.886/65, bem como a necessidade de concessão de aviso prévio de no mínimo 30 dias, com base no artigo 34 da mesma lei.

No presente capítulo, relata-se o levantamento de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a respeito destas modalidades de contratos empresariais, a fim de se verificar se, de fato, existe uma utilização do Poder Judiciário como instrumento de realocação de ativos de uma relação de colaboração empresarial.

3.1 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Como registrado anteriormente, o recorte para a análise proposta se vincula aos pedidos de indenização com fundamento na Lei de Representação Comercial em contratos de distribuição.

Em consulta à base de precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pôde-se verificar um determinado número de casos em que a temática se evidenciou. A partir de uma pesquisa que tomou por base os termos-chave “distribuição”, “representação comercial” e “indenização”, chegou-se a um número de 70 acórdãos. No entanto, nem todos os resultados apontavam para um contrato de distribuição em que se pretendia indenização com base na Lei 4.886/65.

Em virtude disso, foram selecionados apenas os dez casos que demonstraram pertinência para a temática proposta, de modo a possibilitar, adiante, com o auxílio das teorias econômicas já abordadas neste trabalho, buscar compreender o fenômeno da judicialização dos contratos de colaboração empresarial.

3.1.1 Caso 01 - Marilda Lima Perfumaria vs. Tecnicare Indústria e Comércio

Em agosto de 2008, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná apreciou o Recurso de Apelação nº 461011-3¹⁷⁷ que pretendia a reforma de sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Curitiba. No caso em análise, a empresa Marilda Lima Perfumaria ingressou com ação judicial em desfavor de Tecnicare Indústria e Comércio para fins de ver declarada a rescisão de contrato de representação e distribuição em razão da quebra da exclusividade, bem como requereu uma compensação por lucros cessantes.

No caso em apreço, destaca-se o pedido formulado pela autora da demanda no que tange ao pedido de indenização. Isso porque a ação pretendeu a aplicação do artigo 27, “j”, da Lei nº 4.886/65, que diz respeito justamente à indenização devida ao representante comercial pela rescisão imotivada do contrato de representação comercial, que não pode ser inferior a 1/12 (um doze avos) da totalidade das remunerações auferidas durante toda a contratualidade.

Por seu turno, a parte demandada sustentou a inexistência de contrato de representação comercial e tampouco previsão de exclusividade. Em específico, a ré Tecnicare argumentou que a operação havida entre as partes era de mera revenda de seus produtos, não havendo que se aplicar as garantias previstas pela Lei de Representação Comercial.

Ao analisar o caso, o Desembargador Renato Braga Bettega, relator do caso, houve por primeiro efetuar a definição da natureza jurídica do contrato celebrado entre as partes. Nesse sentido, destacou que, independentemente do nome dado ao negócio jurídico, restou clara a operação de distribuição, mediante a qual a parte autora da demanda seria responsável por efetuar a revenda de produtos em determinadas áreas.

Feitas essas considerações, debruçou-se o julgamento a analisar a pretensão de indenização fundamentada pelo já citado artigo 27, j, da Lei nº 4.886/65.

Nesse tópico, o pedido da parte autora foi rejeitado. Isso porque o pedido estaria fundamentado em lei de representação comercial, que não era o caso da situação em apreço, posto se tratar de efetivo contrato de distribuição. Para o relator, a adoção da Lei de Representação Comercial seria absolutamente incompatível, “eis que os serviços desempenhados pelo representante e pelo distribuidor são distintos, tornando-se inadequada qualquer equiparação”.

¹⁷⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 461011-3. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Renato Braga Bettega. Publicado em 01/08/2008.

Assim, portanto, a pretensão da parte autora de ser indenizada pela quebra do contrato de distribuição, com fundamento na lei de representação comercial, foi rechaçada pelo Judiciário.

3.1.2 Caso 02 – Campo e Lavoura Comércio e Representações vs. Mogiana Alimentos

A Apelação nº 305663-3¹⁷⁸ trata de ação promovida por Campo e Lavoura Comércio e Representações de Produtos Agropecuários em desfavor de Mogiana Alimentos perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Maringá. A ação fora intentada sob o argumento de que as partes teriam firmado contrato tácito de distribuição de ração animal com exclusividade. Ocorre que, após anos de relação contratual, teria ocorrido invasão da área de exclusividade da parte autora, especificamente no norte e noroeste do Paraná, por outras distribuidoras que operavam com preços mais baixos. A referida situação teria causado prejuízos à autora da ação, que culminou na necessidade de renegociação de dívidas com a parte demandada.

De acordo com as pretensões inaugurais, a parte autora pretendeu ser indenizada com base na Lei nº n.º 4.886/1995, sob o argumento de que o Código Civil trata das figuras de agente, distribuidor e representante comercial como uma única categoria.

Em fevereiro de 2006, a 8ª Câmara Cível houve por promover o julgamento do caso narrado. Para o Desembargador Relator Guimarães da Costa, o contrato havido entre as partes era de efetiva distribuição. Mais do que isso, na própria petição inicial, a autora teria registrado que haviam documentos que comprovavam asua condição de distribuidor, sendo que no recurso de Apelação sustentou se tratar de distribuidor/representante.

Para o relator do caso, a parte autora pretendeu demonstrar condição de representante comercial que nunca ostentou. Isso porque a situação de distribuidor estaria suficientemente demonstrada nos autos.

A tentativa de se utilizar o Poder Judiciário para alterar a natureza jurídica do contrato de distribuição para um contrato de representação comercial foi rechaçada em primeira e segunda instância. Inobstante as menções aos dispositivos do Código

¹⁷⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 305663-3. 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Guimarães da Costa. Publicado em 23/02/2006.

Civil, o relator do caso registrou que o contrato de distribuição não pode ser confundido com o de representação comercial, motivo pelo qual não se pode deferir pedidos indenizatórios com fulcro na lei de regência da última figura contratual.

3.1.3 Caso 03 – Gamajo Comércio e Transporte de Gás vs. SHV Gás Brasil

Perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Cascavel a empresa Gamajo Comércio e Transporte de Gás propôs ação em desfavor de SHV Gás Brasil. Nobre da demanda, a parte autora pretendia indenização pela rescisão do contrato, com aplicação da Lei de Representação Comercial. A sentença proferida rejeitou o pedido inaugural da autora, o que motivou a interposição da Apelação, tombada sob o nº 754540-4.¹⁷⁹

Em junho de 2015, o relator do caso, Desembargador Jorge de Oliveira Vargas, levou o caso para julgamento pela 8ª Câmara Cível do TJPR. Em síntese, os argumentos trazidos aos autos pela autora caminhavam no sentido de se tentar demonstrar que havia ingerência da ré na comercialização de seus produtos; que não haveria prova de operação de revenda de produtos; que pouco importaria se a denominação contratual como representante comercial ou revendedor; que havia o recebimento de comissões; dentre outras argumentações.

Antes do efetivo julgamento, o relator do caso determinou a realização de perícia técnica para se determinar a natureza jurídica da relação jurídica havida entre as partes.

O *expert* designado para produção da prova técnica registrou, em seu laudo, que não havia prova suficiente a demonstrar que a parte autora adotava atividade de representação comercial, tanto por inexistir venda de produtos da parte ré mediante o pagamento de comissão, quanto pela ausência de registro da autora perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Estado do Paraná – CORE/PR.

Diante deste quadro, os pedidos indenizatórios formulados com base na Lei nº 4.886/65 foram julgados improcedentes, com a condenação da autora ao pagamento de honorários de sucumbência e custas processuais.

¹⁷⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 754540-4. 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. Publicado em 11/06/2015.

3.1.4 Caso 04 – Jonacyr Wiumar Weber vs. Taegutec do Brasil

Perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Curitiba tramitou a ação judicial interposta por Jonacyr Wiumar Weber ME em desfavor de Taegutec do Brasil Ltda em sede da qual a parte autora pretendia a) a condenação da ré ao pagamento de 1/12 do total das comissões auferidas durante o período de vigência dos contratos de representação comercial; b) do aviso prévio correspondente a 1/3 das comissões auferidas nos últimos 3 meses de intermediação; c) perdas e danos a título de rescisão indevida pela carteira de clientes formada pelo autor; d) a declaração de impossibilidade da cláusula *del credere* repassando a ré a responsabilidade do inadimplemento dos terceiros clientes; e) atualização monetária dos valores devidos e ocasionados pelo ato ilícito da ré; e) juros moratórios e compostos sobre os valores atualizados da indenização e f) diferenças das comissões e valores do aviso prévio.

Em sentença, o pedido inaugural foi julgado improcedente, condenando-se o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência.

No entanto, a parte autora apresentou recurso de Apelação nº 922076-6¹⁸⁰, distribuído ao Desembargador Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira da 7ª Câmara Cível do TJPR, vindo a ser apreciado em novembro de 2012.

De acordo com o julgamento, apesar de as partes terem firmado tanto contrato de representação comercial quanto distribuição, a prova analisada nos autos constatou que apenas a relação de distribuição foi levada a cabo.

Isso porque, de acordo com as provas levadas aos autos pela própria parte autora, esta adquiria os produtos da ré para posterior revenda. Além disso, não se verificou a inscrição da parte autora perante o respectivo Conselho Regional dos Representantes Comerciais.

Assim, concluiu-se que a autora não empreendidas atividades no sentido de aproximar clientes em favor da ré. De fato, a autora apenas comprava e revendia os produtos, o que descaracterizaria o contrato de representação comercial, sendo incompatível, portanto, os pedidos de indenização com fulcro na Lei nº 4.886/65. O apelo, portanto, foi conhecido e, no mérito, rejeitado.

¹⁸⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 922076-6. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira. Publicado em 06/11/2012.

3.1.5 Caso 05 – Alvaro Tibagi de Araújo Bittencourt vs. RH Cosméticos

Alvaro Tibagi de Araújo Bittencourt ingressou com ação ordinária com pedido de indenização por danos materiais e morais em desfavor de RH Cosméticos Ltda, que tramitou perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Curitiba. A sentença julgou procedente o pedido formulado pelos autores para determinar o expurgo da multa contratual sobre as parcelas inadimplidas da confissão de dívida, com restituição do valor cobrado a esse título corrigido monetariamente.

No entanto, a sentença julgou igualmente procedente a reconvenção apresentada pela ré, de modo que se condenou a parte autora da demanda a pagar determinadas parcelas inadimplidas de termo de confissão de dívida.

No caso em apreço, o magistrado de primeira instância reconheceu que não havia contrato de representação comercial, visto que a parte autora da demanda comprava os produtos da ré para, em nome próprio, efetuar a posterior revenda.

Inconformada com o resultado da sentença, a parte autora houve por interpor recurso de Apelação nº 1248802-3¹⁸¹, distribuído ao Desembargador Renato Lopes de Paiva, que levou o caso para julgamento em 25 de fevereiro de 2015 perante a 11ª Câmara Cível do TJPR.

De acordo com o julgamento, no caso concreto, o pedido de indenização formulado com base na Lei de Representação Comercial merecia ser rechaçado. Isso porque, de acordo com as provas trazidas aos autos, reconheceu-se que a relação contratual havida entre as partes litigantes era de efetiva distribuição e não de representação contratual.

Nesse sentido, o próprio termo de compromisso previa que a parte ré da demanda concederia à parte autora o direito de compra, promoção e revenda de sua linha de produtos.

Dito em outras palavras, a parte autora assumiu o papel de efetuar a compra, sem intermediários, para posterior revenda ao mercado de consumo em geral. O esquema do negócio havido entre as partes pode ser resumido pela operação de i) compra de produtos da parte ré feita pela parte autora; ii) revenda de produtos ao mercado de consumo; iii) adoção dos parâmetros definidos pela parte ré para a aquisição dos bens.

¹⁸¹ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1248802-3. 11ª Câmara Cível. Relator Desembargador Lopes de Paiva. Publicado em 25/02/2015.

Assim, portanto, no que diz respeito ao pedido de indenização formulado com base nas previsões contidas pela Lei nº 4.886/65, as pretensões inaugurais da parte autora foram julgadas improcedentes, prevalecendo o entendimento exposto na sentença combatida.

3.1.6 Caso 06 – G Bergamasco Cosméticos vs. Ceramarte

Em 14 de outubro de 2015, a 12ª Câmara Cível do TJPR analisou o Recurso de Apelação nº 1358886-4¹⁸² interposto pela autora G. Bergamasco Cosméticos Ltda em desfavor de Ceramarte Ltda. A ação de indenização por danos materiais e morais, que tramitou perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Maringá, foi julgada improcedente, com a condenação da autora ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência.

Em resumo, a parte autora pretendia ver reconhecida representação comercial a relação estabelecida com a parte ré. Em decorrência disso, pugnou pelas indenizações previstas na lei de regência, em especial a decorrente da rescisão imotivada, que prevê o pagamento de indenização correspondente a, no mínimo, 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade.

De acordo com a ação proposta, as partes possuíram contrato não escrito que durou entre os anos de 2000 e 2005, oportunidade em que a parte ré notificou a autora a respeito da resolução do contrato, sem concessão de qualquer espécie de aviso prévio.

Em virtude disso, a parte autora sustentou que houve uma redução drástica na lucratividade de suas operações, perda de clientela, perda de produtos, desmoralização de funcionários e rompimento de uma gama de contratos com outras empresas parceiras.

Assim, portanto, em sede de recurso, a parte autora da demanda pretendeu o reconhecimento da relação contratual como representação contratual e, em consequência, o pagamento de indenização por danos materiais, com fundamento na lei de regência, além do pagamento de indenização por danos morais.

Feitas essas digressões, o relator responsável pelo caso registrou, em um primeiro momento, a possibilidade de se reconhecer um contrato verbal de

¹⁸² Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1358886-4. 2ª Câmara Cível. Relator Desembargador Mário Helton Jorge. Publicado em 14/10/2015.

representação comercial, ainda que a lei específica não preveja tal situação. Ainda, o contrato de representação comercial estaria configurado uma vez que uma parte, sem relação de emprego e em caráter não eventual, assumisse a obrigação de promover a mediação de negócios mercantis em favor de outra parte.

Nesse segmento, porém, de acordo com o decidido, não restou caracterizada a relação de representação comercial. Isso porque a parte autora da demanda adquiria (comprava) os produtos da parte ré para efetuar uma posterior revenda, de modo que o lucro da operação era auferido pela diferença entre o preço de compra e o preço de venda das mercadorias.

Diante deste quadro, não restando configurada a relação de representação comercial, o pedido de indenização formulado pela parte autora com base na lei de regência foi julgado improcedente, mantendo-se o entendimento firmado na sentença recorrida.

3.1.7 Caso 07 – Agropietch Comércio de Insumos e Implementos Agrícolas vs. Sheepest Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários

A Apelação de nº 1366363-1¹⁸³, apreciada pela 7ª Câmara Cível do TJPR, teve origem na ação proposta por Agropietch Comércio de Insumos e Implementos Agrícolas em desfavor de Sheepest Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários que tramitou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Cascavel.

No bojo de referida ação, a parte autora pretendeu o reconhecimento de relação de contrato verbal de representação comercial com a consequente condenação da parte ré ao pagamento de indenização por vendas realizadas em sua zona de atuação, ainda que sem a sua intermediação; indenização pela rescisão imotivada, com o pagamento de 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade; pagamento de indenização correspondente à ausência de aviso prévio; reconhecimento de abuso de direito, com o ressarcimento do valor a mercadorias vencidas em poder da parte autora.

A sentença, que originou o recurso em análise, julgou improcedentes os pedidos delineados na ação. A rejeição dos pedidos se deu porque o magistrado singular entendeu que a natureza do negócio estabelecido entre as partes litigantes

¹⁸³ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1366363-1. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira. Publicado em 29/09/2015.

seria de colaboração empresarial, na modalidade distribuição-intermediação. Assim, portanto, não seriam aplicáveis as previsões contidas na Lei de Representação Comercial ou mesmo o contido no artigo 710 do Código Civil.

Por outras palavras, o entendimento da sentença recorrida foi no sentido de que por não haver disciplina normativa em torno do contrato de distribuição-intermediação, competia à parte autora promover a proteção de seus interesses no momento da negociação do contrato com a parte ré, já que ambas as partes estavam sujeitas ao risco iminente ao desenvolvimento de atividade econômica.

Descontente com o resultado da sentença, a parte autora ingressou com a apelação supracitada, distribuída ao relator Desembargador Luiz Sérgio Neiva De Lima Vieira.

Na sessão de 29 de setembro de 2015 o processo foi julgado à unanimidade para se conhecer do recurso e dar parcial provimento ao apelo formulado pela parte autora.

No ponto específico, reconheceu-se que a relação havida entre as partes não poderia se confundir como representação comercial, uma vez que, em verdade, tratava-se de verdadeiro contrato de distribuição.

Assim, no que diz respeito ao pedido de indenização equivalente a 1/12 (um doze avos) do total da remuneração auferida durante a relação negocial, tal pleito permaneceu indeferido. Isso porque, por se tratar de verdadeiro contrato de distribuição, inaplicável ao caso a indenização prevista pelo artigo 27, j, da Lei nº 4.886/65.

No entanto, com relação ao pedido de indenização por ausência de aviso prévio, consignou-se no julgado a necessidade de concessão de prévio aviso de 90 dias. Tal situação se deu não em razão de aplicação de qualquer dispositivo da lei de representação comercial, porém somente em virtude de se demonstrar razoável a concessão de um prazo maior em virtude dos longos dez anos de relação havida entre as partes.

3.1.8 Caso 08 – DSG Comércio e Transporte vs. Frimesa Cooperativa Central

No ano de 2007, a empresa DSG Comércio e Transporte Ltda ingressou com ação judicial em desfavor de Grimesa Cooperativa Central em sede da qual

pleiteava indenização a título de danos materiais baseada nas garantias previstas pela Lei de Representação Comercial.

A sentença proferida pelo magistrado singular da 6ª Vara Cível da Comarca de Londrina julgou procedente o pedido da parte autora, condenando a parte ré ao pagamento da importância equivalente a R\$ 115.604,78, cuja soma deveria ser atualizada com juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação, bem como correção monetária pelos índices oficiais, além da condenação ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, estes fixados no valor correspondente a 20% da condenação.

Inconformada com a sentença, a parte ré interpôs recurso de Apelação, tombado sob o nº 1279446-8¹⁸⁴, distribuído ao Desembargador D'Artagnan Serpa Sá da 7ª Câmara Cível do TJPR, em sede do qual registrou que o contrato havido entre as partes seria de distribuição e não de representação comercial. Por esse motivo, pugnou pela reforma da sentença condenatória. Por seu turno, a parte autora pugnou pela rejeição dos argumentos trazidos à Apelação, de modo a se manter incólume a sentença que lhe fora favorável.

Na sessão de 29 de novembro de 2016 o processo foi devidamente julgado pela câmara competente. Conforme registrado na decisão, a insurgência recursal se limitou à caracterização do contrato como se representação comercial fosse.

Analisando-se as figuras de representação comercial e distribuição, os julgadores do caso em destaque concluíram que a relação havida entre as partes litigantes deveria ser reconhecida como efetiva distribuição.

Isso porque a prova produzida nos autos demonstrou que não havia, por parte da autora da demanda, a realização de atividades de mera mediação para compra de produtos fabricados pela parte ré.

Nesse sentido, ainda que o contrato trazido aos autos demonstrasse a necessidade de a parte autora se submeter à política de preços e condições de pagamento estabelecidos pela ré, tal situação não importaria na configuração de contrato de representação comercial.

Ainda que a parte autora fosse transportadora que exercia a atividade de transporte de leite, bem como distribuição dos produtos da marca da empresa ré, o pacto entre ambas não teria caráter de representação comercial.

¹⁸⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1279446-8. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador D'Artagnan Serpa Sá. Publicado em 29/11/2016.

Em resumo, reconheceu-se que o contrato assinado pelas partes, bem como diante de todas as provas produzidas no processo, não se constatou qualquer evidência de que a parte autora teria atuado como representante comercial.

Ao contrário disso, verificaram-se indicativos no sentido de que a parte autora realizava as vendas na qualidade de distribuidora, uma vez que tinha à sua disposição os produtos negociados.

Por esse motivo, impôs-se o afastamento das disposições contidas na Lei 4.886/65, visto que incompatível com uma relação de distribuição. Em consequência, acolheu-se o recurso de Apelação interposto pela ré para fins de se reformar a sentença proferida, julgando-se improcedente o pedido indenizatório formulado com base na Lei de Representação Comercial.

3.1.9 Caso 09 – José R. Marcon & Cia vs. Tim Celular S/A

Em 2012, perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Francisco Beltrão, José R. Marcon & Cia Ltda ingressou com ação judicial em desfavor de Tim Celular S/A defendendo, em síntese, que as partes teriam estabelecido contrato de representação comercial por mais de 10 anos, pacto que foi rescindido unilateralmente pela ré, sem justo motivo, em maio de 2011.

Em razão disso, a parte autora pretendeu a condenação da ré ao pagamento de indenização prevista no artigo 27, “j”, da Lei nº 4.886/65, além do ressarcimento com valores gastos a título de publicidade e divulgação e restituição de recargas adquiridas e não utilizadas. Por fim, pretendeu o ressarcimento dos valores pagos por faturas ante o não atendimento do pedido de cancelamento de linhas.

Ao julgar o feito, o juízo de primeira instância julgou procedente apenas o pedido de ressarcimento de valores gastos com propaganda e divulgação, no valor equivalente a R\$ 24.431,00. Quanto aos demais pedidos, estes foram julgados improcedentes, condenando-se a autora a suportar as custas processuais e honorários de sucumbência na proporção de quarta parte da condenação imposta.

Inconformadas com o resultado da decisão, ambas as partes interpuseram recurso de Apelação. A parte autora no sentido de ver reconhecida como representação comercial a relação estabelecida com a ré, de modo a reforçar o pedido indenizatório equivalente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade. De outra banda, a parte ré, em seu apelo, pugnou pela

reforma da decisão no sentido de ver afastada a condenação a título de ressarcimento com valores de publicidade, bem como pretendeu a reforma dos honorários de sucumbência, em especial para se reformar o *quantum* devido, uma vez que o pedido delineado pela parte autora atingiria a importância de R\$ 811.491,80.

Em 09 de maio de 2018 a Apelação Cível nº 1672155-2¹⁸⁵ foi julgada pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob relatoria do Desembargador Antônio Domingos Ramina Junior.

De acordo com o decidido, o desate da lide desentenderia, na essência, em averiguar a natureza jurídica do contrato havido entre as partes litigantes. Por um lado, a parte autora defende que a relação trata de representação comercial, com as implicações decorrentes da Lei nº 4.886/65. Por outro lado, a parte ré sustentou que a contratação seria, de fato, um contrato atípico de distribuição.

Analisando os instrumentos contratuais, o relator do caso destacou que as cláusulas previam a obrigação de a parte autora adquirir da parte ré, com periodicidade, certa quantidade de recargas para celular pré-pago, mediante compra e venda mercantil, com descontos gradativos no preço de aquisição consoante o volume de vendas, para posterior revenda das mercadorias aos consumidores pelo preço de face.

Nessa operação, o lucro da parte autora seria resultado da diferença entre o valor de compra das recargas e o valor de revenda aos consumidores finais. Assim, portanto, restaria clara a configuração de um contrato de distribuição, inexistindo os traços característicos de uma relação de representação comercial na qual inexistente a disponibilidade dos bens por parte do agente colaborador.

Diante do reconhecimento de se tratar de uma relação de distribuição-intermediação, qualidade de contrato atípico no ordenamento jurídico, o pedido de indenização baseado no artigo 27, “j”, da Lei de Representação Comercial foi devidamente indeferido.

3.1.10 Caso 10 – Berbety Comercial vs. Danone

¹⁸⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1672155-2. 12ª Câmara Cível. Relator Desembargador Antônio Domingos Ramina Junior. Publicado em 09/05/2018.

No ano de 2007, perante a 21ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, a empresa Berbety Comercial Ltda ingressou com ação indenizatória em desfavor de Danone Ltda. Em síntese, a demanda fora interposta sob o argumento de que as partes haviam, inicialmente, celebrado contrato de representação comercial no ano de 1997, de modo que a autora prestava serviços de prospecção de vendas em favor da parte ré.

Ocorre, porém, que as partes deram por referido contrato de representação comercial em 19 de setembro de 2001, passando a ser regidos por um contrato de distribuição, assinado na data subsequente de 20 de setembro de 2001. O último contrato, no entanto, veio a ser rescindido em razão da inadimplência.

Em virtude disso, a ação fora proposta no sentido de efetuar a cobrança de valores da ré com fundamento na lei de representação comercial, ainda que sob regência de um contrato de distribuição.

A sentença julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização equivalente a R\$ 36.831,31, acrescidos de correção monetária, juros de mora e honorários de sucumbência.

No entanto, a parte ré apresentou o recurso de Apelação, distribuído sob o nº 456922-8¹⁸⁶ perante a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja relatoria restou ao Desembargador Guilherme Luiz Goes. O processo foi julgado na sessão do dia 27 de junho de 2008.

O argumento central da parte demandada sustentava que a modificação em sua estrutura de comercialização de mercadorias não revelava qualquer ilegalidade. Isso porque, a alteração da contratação de representantes comerciais para distribuidores se mostrou mais vantajosa para as operações da empresa, mas não do interesse da ré de se esquivar do pagamento de indenizações dos contratos de representação comercial. Nesse sentido, destacou que, se por um lado deixou de ser obrigatório o pagamento de indenizações previstas pela Lei 4.886/65, por outro lado passou a assumir o risco de inadimplência por parte dos distribuidores que compravam seus produtos a prazo para posterior revenda no mercado.

Assim, restou impugnado o pagamento de indenização decorrente da aplicação da lei de representação comercial no período após o início do contrato de distribuição entre as partes litigantes.

¹⁸⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 456922-8. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Guilherme Luiz Goes. Publicado em 27/06/2008.

Analisando o caso, os desembargadores reconheceram que, no momento da rescisão do contrato de representação comercial, nasceu para a autora o direito ao recebimento das indenizações previstas em lei. Ocorre, porém, que após a vigência do contrato de distribuição, não faria jus à parte autora ao recebimento de qualquer espécie de indenização.

Em resumo, o apelo da parte ré foi provido, de modo a se excluir da sentença o pagamento de indenização à autora, no valor de R\$ 11.416,79, tendo em vista tratar de condenação com base na lei de representação comercial aplicada erroneamente ao contrato de distribuição.

3.2 JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

Os precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná servem ao presente trabalho para a consideração de alguns pontos fundamentais para o reconhecimento de algumas características no processo de judicialização de contratos de colaboração empresarial, notadamente no que se refere aos pedidos de indenização fundamentados na Lei de Representação Comercial para serem aplicados em relação de distribuição.

A *primeira* delas está relacionada à definição jurídica de que a operação de compra de produtos para posterior revenda é o próprio conceito do contrato de distribuição. Assim, portanto, quando se puder identificar que o lucro de determinada atividade é resultado da diferença entre o preço de compra e o preço de venda se estará diante de uma verdadeira relação de distribuição.

Nesse sentido, recupera-se a ideia definida por Paula Forgioni da distribuição como um contrato bilateral, sinalagmático, por intermédio do qual o fabricante ou fornecedor se obriga ao fornecimento de bens ou serviços para outrem que os revenda, de modo que o proveito econômico é auferido pela diferença de preço entre a aquisição e revenda, podendo assumir determinadas obrigações nesta cadeia.¹⁸⁷

A partir da configuração do contrato de distribuição como operação que encerra uma compra para posterior revenda por parte do agente econômico, verifica-

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

se dos precedentes que, em nenhum dos casos analisados, o entendimento expressado na análise dos Recursos de Apelação interpostos autorizou a aplicação das indenizações previstas pela Lei de Representação Comercial (Lei 4.886/65).

Isso porque distribuição e representação comercial são figuras distintas entre si, cujos regramentos não podem se confundir. No caso 10, *Berbety Comercial vs. Danone*, interessante notar que a sentença proferida pela 21ª Vara Cível da Comarca de Curitiba reconheceu o direito à indenização da parte autora com base na Lei de Representação Comercial.

Ocorre, no entanto, que o apelo da parte demandada foi acolhido, em parte, para fins de se afastar qualquer espécie de indenização fundada na lei de representação comercial já que, a partir de dado momento, as partes litigantes se comprometeram com um contrato de distribuição.

Deste modo, pode-se afirmar que uma *segunda característica* do processo de judicialização dos contratos de colaboração empresarial analisados não encontra abrigo no Poder Judiciário para que se apliquem as garantias de representação comercial aos contratos de distribuição.

O *terceiro ponto* a ser destacado é que, da análise dos precedentes acima, em todos os casos se observou o ingresso de ação judicial no momento posterior ao término da relação contratual.

Ou seja, somente quando finalizada a relação contratual é que uma das partes se utilizou do Poder Judiciário para pretender uma revisão das cláusulas acordadas previamente, ainda que se tratasse de mero acordo verbal.

Nesse sentido, parece que há uma aproximação do fenômeno analisado – judicialização dos contratos de colaboração empresarial – com a teoria da culpa *post pactum finitum*.

Apesar de as partes contratantes terem assumido obrigações recíprocas, tendo se comprometido à fiel execução de seus pactos, após finalizada a relação entre ambas houve a utilização do Poder Judiciário como forma de se tentar reformular as cláusulas contratuais para obtenção de vantagem.

Vale lembrar que o princípio da boa-fé, do qual decorre a teoria da culpa *post pactum finitum*, permitiu a construção da ideia de responsabilização de um dos contratantes por atos posteriores ao adimplemento de suas obrigações.

Assim, se de acordo com a boa-fé objetiva as partes se comprometem aos ideais de lealdade, cooperação mútua, honestidade, transparência, segurança, o

fenômeno da judicialização dos contratos de colaboração empresarial, finda a relação comercial, pode ser compreendida como uma violação aos deveres anexos de conduta no momento posterior.

Uma *quarta* consideração para compreensão do fenômeno da judicialização dos contratos de colaboração empresarial diz respeito ao reconhecimento, pelas teorias econômicas, que o homem baseia suas escolhas com o propósito de maximizar suas utilidades na busca do autointeresse.

Como registrado, as premissas adotadas pelos denominados neoinstitucionalistas estão vinculadas à assunção que i) as pessoas procuram pela maximização da riqueza e; ii) os agentes econômicos possuem racionalidade limitada e promovem seu autointeresse.

Assim, portanto, pode-se reconhecer que o movimento de promover a tentativa de revisão das cláusulas contratuais perante o Poder Judiciário, especificamente no que diz respeito aos casos analisados, que comportam pedidos indenizatórios fundamentados na Lei de Representação Comercial para casos de contratos de distribuição, revela uma tentativa de um dos agentes econômicos de promover a maximização de suas utilidades para tentar auferir o maior proveito possível.

Com o auxílio da teoria dos custos de transação, os casos analisados materializam o conceito de racionalidade limitada dos agentes econômicos. Apesar de todos os esforços, as informações e a capacidade de processamento é limitada.

Em decorrência disso, reconhece-se uma *quinta* característica dos casos analisados no presente trabalho, vinculada à incompletude dos contratos. Apesar de todos os esforços das partes contratantes, não foi possível atingir uma pactuação que evitasse a possibilidade de utilização do Poder Judiciário para rever as cláusulas contratuais acordadas.

Nesse ponto, os casos analisados revelam que as partes editaram um contrato, ainda que de maneira informal, mediante o qual uma das partes assumiu o compromisso de comprar produtos ou serviços de outra para posterior revenda no mercado em geral.

Ocorre, porém, que não foi possível desenhar um instrumento contratual capaz de suportar todas as demandas das partes envolvidas.

Por fim, a *sexta característica* dos casos analisados comporta afirmar que a judicialização dos contratos de colaboração empresarial, quando relacionada a um

pedido indenizatório fundamentado na lei de representação comercial quando se tratar de uma pactuação de distribuição, revela um comportamento oportunista.

Isso porque, como já registrado, o comportamento oportunista pode ser definido como a busca pelo interesse próprio com malícia, que inclui esforços calculados com o propósito de enganar, ofuscar e confundir. Nesse sentido, o oportunismo não pode ser confundido com a mera busca do interesse próprio, já que, nesses casos, os agentes atuam de acordo com regras preestabelecidas que confiam e obedecem.

Adotando as categorias de Williamson, recorda-se o oportunismo forte como inexistência de limitação para o comportamento egoístico dos agentes econômicos. Em decorrência disso, pode-se esperar mentiras, trapaças e enganações.

Estas manifestações podem se dar em dois momentos distintos: reputa-se como oportunismo *ex ante* quando uma das partes age de maneira reprovável antes da efetivação da contratação (seleção adversa). Por outra banda, configura-se o oportunismo *ex post* quando a conduta desprezada se verifica durante a relação contratual (risco moral).

Nos casos analisados, pode-se considerar que, durante as relações contratuais, as partes se obrigaram e cumpriram com suas responsabilidades. Prometeram zelar pela cooperação a fim de que, da relação, ambos os envolvidos pudessem se beneficiar.

Ocorre, porém, que em um momento posterior ao fim do contrato, uma das partes empreendeu atitude para desvirtuar as intenções previstas no pacto assumido.

Em especial, pode-se dizer que os fornecedores das relações anteriormente analisadas tiveram que suportar uma gama de custos com as demandas judiciais por manifesta violação dos contratos entabulados.

A edição de contratos de distribuição pretendia, unicamente, que o fornecedor pudesse contar com a colaboração de um distribuidor para escoar suas produções no mercado, cabendo a este o direito de auferir seus dividendos a partir da operação de compra para posterior revenda.

Ocorre, no entanto, que a utilização do Poder Judiciário na tentativa de revisão das cláusulas contratuais, em especial para se pretender indenização fundada em lei de representação comercial, revelou uma manifesta violação à boa-fé

objetiva – pela qual as partes se obrigam a respeitar o contrato, agir com lealdade (sem enganações) e colaborar com a contraparte.

Em especial, a pretensão dos distribuidores, nos casos analisados, demonstra a tentativa de enriquecimento às custas do fornecedor sem qualquer espécie de justo motivo para tanto – revelando um descompromisso com a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Em resumo, pode-se dizer que a análise dos casos permite afirmar que:

i) o contrato de distribuição encerra uma operação de compra pra revenda, de modo que o proveito econômico do distribuidor é a diferença entre o preço de compra e o preço da venda;

ii) o Poder Judiciário não reconhece a aplicação das indenizações previstas pela Lei de Representação Comercial (4.886/65) quando se trata de um contrato de distribuição;

iii) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial ocorre no momento posterior ao fim da relação contratual;

iv) a judicialização de contratos distribuição, quando pretende indenização baseada nas disposições da representação comercial, pode ser entendida como manifestação da tentativa de maximização do autointeresse;

v) em virtude da racionalidade limitada dos agentes econômicos os contratos são incompletos, de modo que não impossibilitam o acesso ao Judiciário por um dos contratantes para se pretender a revisão contratual;

vi) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial pode revelar a manifestação de um comportamento oportunista.

O presente capítulo pretendeu, em síntese, aproximar a teoria e a prática. Através da consulta dos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi possível identificar que a judicialização de contratos de colaboração empresarial é um fenômeno que não pode passar despercebido pelos agentes econômicos.

Em especial, reconhece-se que a proximidade dos conceitos de representação comercial e distribuição não favorece uma compreensão automática do que vem a ser, de fato, cada figura. Tal situação, então, incentiva o ingresso de ações judiciais para que o Estado declare a natureza jurídica da operação.

Quanto ao objeto do trabalho, através dos conceitos discutidos nos capítulos anteriores, foi possível compreender o fenômeno analisado por um outro viés. Ao se reconhecer que os agentes econômicos tendem a promover a maximização de suas

utilidades para promover o autointeresse, bem como que, apesar de todos os esforços, a racionalidade dos agentes é limitada, reconhece-se a incompletude dos contratos.

Por fim, o comportamento oportunista, apesar de não ser a regra, sob pena de invalidação de todo o direito contratual e de toda a confiança, é um elemento importante a ser considerado pelas partes, de modo que empreendam esforços no sentido de minimizar custos de transação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi investigar se o observado fenômeno da judicialização de contratos de colaboração empresarial poderia revelar a adoção de um comportamento oportunista por parte de um dos contratantes.

Para responder ao questionamento proposto, no primeiro capítulo deste trabalho, resgatou-se a ideia de que o contrato é produto da manifestação de vontade das partes tendente a criar, modificar ou extinguir direitos.

Nesse aspecto, destacaram-se os princípios norteadores do direito contratual, com especial atenção para o princípio da autonomia privada, que confere às partes a plena liberdade de decidir as cláusulas do pacto; o princípio da obrigatoriedade dos contratos, representado pela máxima do *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes se obrigam a respeitar e executar o contrato na forma em que previsto; o princípio do consensualismo, que resgata o ideal de que haverá contrato executável quando se verificar uma declaração convergente de vontades.

Além destes princípios, destacou-se o princípio da boa-fé objetiva nos contratos, que opera como verdadeira cláusula geral do ordenamento jurídico que tende a guiar a interpretação das cláusulas contratuais, bem como gera para as partes contratantes certos deveres acessórios, como a obrigação de se agir com lealdade, honradez, colaboração, cooperação.

Vale registrar que, da boa-fé objetiva se extrai a teoria da culpa *post pactum finitum*, de acordo com a qual os mesmos deveres anexos de conduta dos períodos pré-contratual e da execução do contrato devem ser observados.

Com relação aos contratos empresariais, tratam de pactos estabelecidos entre agentes econômicos em que ambos os lados estão guiados pela finalidade do lucro. Em outras palavras, a vontade comum das partes envolvidas é justamente promover a produção, prestação ou comercialização de bens e serviços com o desiderato de aferição de resultados positivos.

Quanto às categorias de contratos empresariais, os contratos híbridos, normalmente identificados como de colaboração, diferenciam-se dos contratos da modalidade *spot* na medida em que o último trata de relações de trocas imediatas, sem qualquer vinculação futura.

O reconhecimento de uma categoria de contrato relacional permite quando de seu tratamento jurídico, ser orientado por alguns parâmetros, a saber: i) flexibilização do esquema oferta/procura para formatação do contrato; ii) diminuição da intolerância a regras contratuais indefinidas (cláusulas gerais); iii) aumento da possibilidade alteração contratual em casos de modificações de circunstâncias; iv) atribuição de maior eficácia a cláusulas que tratam da necessidade de empregar melhores esforços; v) encarar os contratos como autênticas sociedades; vi) caráter unitário aos contratos relacionais; vii) impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé; viii) permitir aos Tribunais adaptar ou revisar cláusulas contratuais de acordo com os resultados das partes.

Para a investigação proposta, optou-se por analisar contratos de colaboração empresarial, com destaque para as modalidades de distribuição e representação comercial.

Apesar de certa divergência teórica a respeito da efetiva denominação, reconhece-se o contrato de distribuição (distribuição-intermediação) como um contrato atípico mediante o qual o distribuidor efetua a compra de produtos ou

serviços do fornecedor para posterior revenda ao mercado consumidor. O lucro do distribuidor é resultado diferença entre o valor de compra e o valor de venda.

Por sua vez, o contrato de representação comercial abriga a responsabilidade imposta ao representante de mediar negócios mercantis em favor do representado. Sua disciplina é feita pela Lei 4.886/65, que dentre outras disposições, prevê a garantia de indenização correspondente a 1/12 avos, no mínimo, de todas as comissões auferidas durante a contratualidade em caso de rescisão sem justo motivo.

A natureza jurídica muito similar de ambas as modalidades de colaboração empresarial (distribuição e representação comercial) pode influenciar no fenômeno observado e que motivou a realização deste trabalho: a judicialização de contratos de colaboração empresarial, notadamente quanto aos pedidos de reconhecimento de relação de representação comercial em contratos de distribuição.

Para analisar esse fenômeno, no segundo capítulo do trabalho, recorreu-se aos instrumentos da Análise Econômica do Direito como ferramenta de análise do comportamento humano. De suas bases clássicas, resgatou-se a noção de escassez de recursos; custo de oportunidade; reconhecimento de que a atitude do agente econômico é racional maximizadora; os agentes respondem a incentivos.

Avançando no estudo, deu-se destaque para a Teoria dos Custos da Transação, pelo qual seus estudiosos desenvolvem algumas premissas clássicas para registrar algumas categorias importantes para análise das relações sociais. O resgate dos conceitos de custos de transação e de racionalidade limitada dos agentes econômicos foi fundamental para a compreensão do chamado “comportamento oportunista”.

Nessa perspectiva, o oportunismo pôde ser definido em Williamson como a busca pelo interesse próprio com malícia, que inclui esforços calculados com o propósito de enganar, ofuscar e confundir. Nesse sentido, o oportunismo não pode ser confundido com a mera busca do interesse próprio, já que, nesses casos, os agentes atuam de acordo com regras preestabelecidas que confiam e obedecem.

Com essa perspectiva, foi possível aproximar o conceito de comportamento oportunista, advindo das teorias econômicas, com o conceito de boa-fé objetiva, com origem no direito. O resultado foi reconhecer que, nas relações contratuais, o oportunismo equivale à ausência de respeito aos deveres anexos impostos pela

boa-fé objetiva, notadamente no que se refere à obrigação de colaboração, agir com honradez, retidão, dever de informação, dentre outras atitudes.

Por fim, no terceiro capítulo do trabalho, analisaram-se dez precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que tratavam justamente da judicialização de contratos de colaboração empresarial. Em específico, dedicou-se atenção aos casos em que, em uma relação de distribuição, pretendeu-se o reconhecimento de uma relação de representação comercial para se pretender o pagamento das indenizações previstas pela lei de regência, notadamente quanto à indenização de 1/12 avos das comissões e pagamento de aviso prévio.

Da análise dos julgados, foi possível reconhecer algumas situações, que podem ser assim resumidas: i) o contrato de distribuição encerra uma operação de compra pra revenda, de modo que o proveito econômico do distribuidor é a diferença entre o preço de compra e o preço da venda; ii) o Poder Judiciário não reconhece a aplicação das indenizações previstas pela Lei de Representação Comercial (4.886/65) quando se trata de um contrato de distribuição; iii) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial ocorre no momento posterior ao fim da relação contratual; iv) a judicialização de contratos de distribuição, quando pretende indenização baseada nas disposições da representação comercial, pode ser entendida como manifestação da tentativa de maximização do autointeresse; v) em virtude da racionalidade limitada dos agentes econômicos os contratos são incompletos, de modo que não impossibilitam o acesso ao Judiciário por um dos contratantes para se pretender a revisão contratual; vi) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial pode revelar a manifestação de um comportamento oportunista.

Em resumo, este trabalho pretendeu apresentar uma forma diferente de analisar o fenômeno da judicialização de contratos empresariais. Com auxílio das categorias desenvolvidas pelas ciências econômicas, foi possível demonstrar que a judicialização de contratos pode revelar a adoção de um comportamento oportunista, visto que, apesar de as partes terem se comprometido à fiel execução de seus pactos, no momento posterior ao fim da relação contratual, uma das partes tenta, de forma indevida e às custas da contraparte, enriquecer indevidamente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final, do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 243-285.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARENHART, Fernando Santos. **A boa-fé na relação contratual**: uma abordagem de Direito e Economia. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil**. 34.ed., v. 5., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna**: as redes contratuais na sociedade de consumo. Curitiba: Juruá, 2007.

BEGNIS, Heron Sergio Moreira. ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros. PEDROZO, Eugênio Avila. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeira produtiva do fumo no sul do Brasil**. Revista Gestão Produção, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, mai/ago, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Barauna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e Análise Econômica do Direito**: o caso dos contratos de *leasing*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In: O que é Análise Econômica do Direito*: uma introdução. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belho Horizonte: Fórum, 2016.

BORGES, Nelson. **Manual Didático das Obrigações: Contratos e Revisão Contratual**. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1964.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: lições**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CATEB, Alexandre Bueno. VELOSO, Sílvia Mechelany. **Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (eficiente breach)**. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*. v. 10, n. 2, p. 18-44, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COHEN, George. ***The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law***. *Hofstra Law Review*, Vol. 20, Iss. 4, 1992.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: mercado, Estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coord.). **Direito Civil: Da autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. **Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação**. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, nº 1, p. 109-121, jan./jun., 2012.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Interpretação dos negócios empresariais. In: **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação?** *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo, n. 77, mai-jun. 2006.

FRIED, Charles. **Contrato como promessa: uma teoria da obrigação contratual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito.** Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010, p. 21-22.

GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, SandroG.. **Representação Comercial e Distribuição.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 200- 217.

GORGA, Erica. Common law é mais eficiente do que a civil law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica. In: **Direito e Economia.** ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Steven Shavell e o Preço do Processo: notas para uma análise econômica do Direito Processual. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Salvador: Jus Podivum, 2008.

JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Contratos em Geral no Novo Código Civil.** São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2006.

KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica.** Curitiba: Editora CRV, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil.** 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

LUPION GARCIA, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

MACKAAY, Ejan. **Good faith in civil law systems: a legal economic analysis**. CIRANO – Scientific Publications, 2011.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015,

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MEDEIROS, Murilo Tadeu. **Direitos e obrigações do representante comercial: (segundo a Lei 4.886/65, com as modificações introduzidas pela Lei 8.420/92)**. Curitiba: Juruá, 2002.

MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código de 2002)**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Celso de Faria. As constantes divergências e pontos de comunhão entre os principais contratos de colaboração: distribuição, concessão mercantil e representação comercial. In: **Contratos empresariais interpretados pelos tribunais**. NASCIMBENI, Asdrubal Franco. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MOTA, Maurício. **A pós-eficácia das obrigações**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MULLER, Bernardo. Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito & Economia. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MURIS, Timoty J. **Opportunistic behavior and the law of contract**. In Minnesota Law Review, n. 521, jan. 1981. Disponível em <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mnlr65&div=30&id=&page=>>>. Acesso em 05 nov 2018.

NALIM, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

NEVES, Karina Penna. **Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós contratual**. São Paulo: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral dos contratos: tratado de direito bancário**. Campinas: LZN Editora, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência: problema agente-principal. In: **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belho Horizonte: Fórum, 2016.

POMPEO FILHO, Roberto Nelson Brasil. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. In: **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. NALIM, Paulo Roberto Ribeiro (org.). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

POSNER, Richard A. ***Economic analysis of law***. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

QUEIROZ, Mônica. **Direito civil**: parte geral do direito civil e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 34. ed., vol. 1., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. **O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial)**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 15, 1972.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179-217.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e a Nova Economia Institucional. In: **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SÁ, Priscila Zeni de. **Poder judiciário e as cláusulas gerais**: parâmetros para a concretização no direito civil-constitucional. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22. v. 5, n.2, mar. 2008.

SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição:** e o novo contexto do contrato de representação comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SHAVELL, Steven. **Contractual Hold Up and Legal Intervation.** Disponível em <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716901>. Acesso em 05 nov 2018..

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Law and Economics.* In: **Direito e Economia.** ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual:** boa-fé e violação positiva do contrato. São Pualo: Quartier Latin, 2014,

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TREBILCOCK, Michael J. **The limits of contract,** Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

VEIGA, Cecília M. **Contratos.** São Paulo: Desafio Cultural Editora, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. Sao Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo: Atlas, 2015.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanism of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **The firm as a nexus of treatis: an introduction**. In: AOKI, Masahiko; GUSTAFSSON, Bo; WILLIAMSON, Oliver E. [Eds.] *The firm as a nexus of treatis*. London. Sage Publications, 1990.

_____. Por que Direito, Economia e Organizações?. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

K66j

Klock, Gabriel Klemz

Judicialização de contratos de colaboração empresarial e comportamento oportunista / Gabriel Klemz Klock. - Curitiba, 2019.

114 f.

Orientador: Prof. Dr. Martinho Martins Botelho
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Direito Empresarial. 2. Contratos. 3. Direito e Economia.
4. Direito Civil. 5. Direito Comercial. 6. Representações
comerciais. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

GABRIEL KLEMZ KLOCK

**JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL E
COMPORTAMENTO OPORTUNISTA**

**CURITIBA
2019**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

GABRIEL KLEMZ KLOCK

**JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL E
COMPORTAMENTO OPORTUNISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, na Linha de Pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Martinho Martins Botelho

**CURITIBA
2019**

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL KLEMZ KLOCK

JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Curitiba/PR, 13 de fevereiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Martinho Martins Botelho

Orientador

Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini

Avaliador, PPGD/Uninter

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter

Avaliador, PPGD/PUC PR

Prof. Dr. Eduardo Oliveira Agostinho

Avaliador, PUC PR

O commercio para medrar e desenvolver-se necessita, além do seu mechanismo especial, o transporte e intelligente distribuição das mercadorias, de segurança, estabilidade e confiança.
José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu

AGRADECIMENTOS

Dizem os mais sábios que quem deseja ir mais rápido vai sozinho. Mas quem deseja ir mais longe vai bem acompanhado. No meu caso, asseguro que não foi diferente. Somente com a ajuda e o apoio de muitas pessoas pude enfrentar o desafio do Mestrado.

Agradeço a Gabrielle Cristine Mendes Klock, minha esposa, por todo amor, apoio, carinho, incentivo, paciência e tolerância que me dedicou durante todos esses anos que estamos juntos. Foi com sua ajuda que pude superar todos os momentos difíceis que suportei durante esses últimos tempos.

Devo agradecer aos meus amigos que, com sorte, posso chamar de sócios, por todo apoio e companheirismo demonstrado nesses nossos anos de caminhada. Bruno Thiago Krieger, Eduardo Ramos, Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira e Raul Ribas: obrigado por tudo. Sei que poderei sempre contar com vocês.

Durante essa caminhada, pude conhecer pessoas especiais e que comigo caminharam e superaram diversos desafios. Aos amigos do Mestrado Uninter, agradeço por todo conhecimento compartilhado, por todas as viagens, todas as conversas. Vocês me fizeram ser alguém muito melhor.

Registro meus agradecimentos ao Grupo Uninter pela oportunidade rara de cursar o Mestrado em Direito. Em especial, agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação que não mediram esforços para transmitir seus conhecimentos e nos permitiram um crescimento não apenas acadêmico.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Dr. Martinho Martins Botelho, pela oportunidade que me foi dada de ingressar no curso de Mestrado. Seu vasto conhecimento e sua dedicação aos estudos são marcas invejáveis. Foi por sua razão que tive a oportunidade de enxergar o Direito por lentes que me ampliaram a visão do todo. Muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo pretende investigar se a judicialização de contratos de colaboração empresarial pode revelar a adoção de um comportamento oportunista por parte do agente distribuidor. Para realizar a investigação proposta, utilizou-se do método dedutivo, mediante o resgate de conceitos relacionados aos contratos de colaboração empresarial, com destaque para a distribuição e representação comercial. Através da Análise Econômica do Direito, em especial pela Teoria dos Custos de Transação, reconheceu-se a racionalidade limitada dos agentes econômicos e da incompletude dos contratos. Além disso, utilizando da definição de Williamson sobre oportunismo, verificou-se que um agente econômico poderá, para promoção do autointeresse, agir de maneira a enganar a contraparte. Neste trabalho, optou-se por analisar precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relacionando-se casos de contrato de distribuição em que o distribuidor pretendeu o reconhecimento de relação de representação comercial para pleitear as indenizações previstas pela Lei 4.886/65, notadamente quanto à concessão de avisoprévio e indenização de 1/12 avos de comissões auferidas durante a contratualidade. Como resultado das análises, pôde-se identificar que o contrato de distribuição encerra uma operação de compra para revenda, mas que apesar de certa proximidade com a representação comercial, não autoriza o pagamento das indenizações da lei de regência desta modalidade. Além disso, verificou-se que os contratos de colaboração empresarial são judicializados no momento posterior ao término da relação contratual, bem como que, para os casos analisados, pôde-se identificar uma manifestação de comportamento oportunista na medida em que uma das partes acaba por violar os deveres de lealdade, honradez e cooperação, decorrentes da boa-fé objetiva, ao tentar enriquecer indevidamente às custas da contraparte.

Palavras-chave: Judicialização de contratos. Contratos de colaboração empresarial. Distribuição. Representação comercial. Comportamento oportunista.

ABSTRACT

The present study intends to investigate whether the judicialization of business collaboration contracts may reveal the opportunistic behavior of the distributor agent. In order to carry out the proposed research, the deductive method was used, through the retrieval of concepts related to business collaboration agreements, with emphasis on distribution and commercial representation. Through the Economic Analysis of Law, in particular by the Theory of Transaction Costs, the limited rationality of the economic agents and the incompleteness of the contracts were recognized. Moreover, using Williamson's definition of opportunism, it was found that an economic agent could, in order to promote self-interest, act in a way that would deceive the counterpart. In this work, we opted to analyze precedents of the Court of Justice of the State of Paraná, relating cases of distribution agreement in which the distributor wanted the recognition of commercial representation relation to claim the indemnities provided for by Law 4.886 / 65, notably as to the granting of prior notice and compensation of 1/12 of the commissions earned during the contract. As a result of the analyzes, it was possible to identify that the distribution contract ends a purchase operation for resale, but that despite a certain proximity to the commercial representation, does not authorize the payment of the indemnities of the regency law of this modality. In addition, it was found that business collaboration contracts are judicialized at the time of termination of the contractual relationship, and that, in the cases analyzed, a manifestation of opportunistic behavior could be identified as one of the parties ends by violate the duties of loyalty, honesty and cooperation arising from objective good faith, by attempting to unduly enrich themselves at the expense of the counterpart.

Key-words: *Judicialization of contracts. Business collaboration agreements. Distribution. Commercial representation. Opportunistic behavior.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL	12
1.1 UMA NOÇÃO TEÓRICA SOBRE CONTRATOS	13
1.1.1 Conceito(s) de contrato	13
1.1.2 Princípios contratuais destacados	20
1.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS	23
1.2.1 Boa-fé objetiva como dever de conduta	23
1.2.2 Responsabilidade civil pós-contratual como decorrência da boa-fé objetiva	28
1.3 CONTRATOS EMPRESARIAIS	32
1.3.1 Características dos contratos empresariais.....	32
1.3.2 Modalidades de Colaboração Empresarial	37
1.4 UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO NA INTERMEDIÇÃO EMPRESARIAL	40
1.4.1 Contrato de Representação Comercial	41
1.4.2 Contrato de Distribuição	43
1.4.3 Contrato de Distribuição como contrato relacional	47
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA	52
2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	52
2.1.1 Postulados da Análise Econômica do Direito	55
2.1.2 Gerações da Análise Econômica do Direito	61
2.2 TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO: Finalidade do direito contratual e o contrato na Teoria de Custos de Transação	64
2.2.1 Finalidade do Direito Contratual	64
2.2.2 O contrato na Teoria dos Custos de Transação	66
2.3 COMPORTAMENTO OPORTUNISTA E BOA-FÉ OBJETIVA	71
2.3.1 Comportamento oportunista	71
2.3.2 Comportamento oportunista e boa-fé	78
3 JUDICIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA	81
3.1 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ	82
3.1.1 Caso 01 - Marilda Lima Perfumaria vs. Tecnicare Indústria e Comércio	82
3.1.2 Caso 02 – Campo e Lavoura Comércio e Representações vs. Mogiana Alimentos.....	84
3.1.3 Caso 03 – Gamajo Comércio e Transporte de Gás vs. SHV Gás Brasil	85
3.1.4 Caso 04 – Jonacyr Wiumar Weber vs. Taegutec do Brasil.....	86
3.1.5 Caso 05 – Alvaro Tibagi de Araújo Bittencourt vs. RH Cosméticos.....	87

3.1.6 Caso 06 – G Bergamasco Cosméticos vs. Ceramarte	88
3.1.7 Caso 07 – Agropietch Comércio de Insumos e Implementos Agrícolas vs. Sheepvem Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários	89
3.1.8 Caso 08 – DSG Comércio e Transporte vs. Frimesa Cooperativa Central	90
3.1.9 Caso 09 – José R. Marcon & Cia vs. Tim Celular S/A	92
3.1.10 Caso 10 – Berbety Comercial vs. Danone	93
3.2 JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

A pesquisa de mestrado é apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito ofertado pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Foi elaborada sob orientação do Professor Martinho Martins Botelho e está vinculada à linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, dentro da área de concentração Poder, Estado e Jurisdição.

O presente trabalho procura contribuir com uma nova forma de se interpretar as relações contratuais em juízo, com recorte para os contratos de colaboração empresarial. Pretende-se, neste estudo, analisar o fenômeno da judicialização de contratos de colaboração empresarial, especificamente no que diz respeito a ações judiciais em que uma das partes pretende indenização não prevista em seus pactos. Tal situação, em análise superficial, pode causar alguma espécie de estranhamento, uma vez que a tônica dessa modalidade contratual é justamente a cooperação entre seus participantes.

O estabelecimento de vínculos contratuais entre empresários está baseado em dois fundamentos que merecem atenção dos operadores do direito: o primeiro reside na certeza de que ambas as partes estarão em situação mais vantajosa àquela que se encontravam anteriormente à realização do pacto; o segundo fundamento representa a ideia de que a contratação é firmada com a esperança de que determinados objetivos sejam promovidos em conjunto.¹

Nesse sentido, para promover sua participação no mercado, fabricantes e prestadores de serviços aproveitam de determinados agentes econômicos para comercializar suas produções em diversas regiões, possibilitando o crescimento dos negócios. Tal forma de participação nos mercados mudou, de maneira muito especial, a partir da metade do século XX², quando o desenvolvimento da atividade empresarial se ligou, cada vez mais, à cooperação com outros agentes econômicos.

Esta relação de ajuda mútua entre empresários, é usualmente regida por alguma modalidade de “contrato de colaboração empresarial”, categoria definida por

¹ FORGIONI, Paula. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82-83.

² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 193.

Fábio Ulhoa Coelho³ como o emprego de esforços pelo colaborador na consolidação de mercado em favor do fornecedor.

Assim, a colaboração empresarial teria como grande característica o auxílio que o produtor ou fornecedor do produto ou serviço recebe de outrem sem nenhuma ligação direta com a produção. O colaborador, portanto, atua no âmbito da venda e expansão do mercado consumidor de dado produto ou serviço.

Nesse aspecto, as figuras mais frequentes de colaboração empresarial estão vinculadas aos institutos da *distribuição* e *representação comercial*, cada qual com características que lhes são muito próprias.

Ocorre que, pela natureza jurídica muito similar de referidos contratos, não raro é possível se deparar com a judicialização destas relações empresariais. Para Celso de Faria Monteiro⁴, “a aparente similaridade existente entre alguns desses contratos mercantis faz com que eles não raro sejam pactuados e até mesmo julgados de forma confusa e equivocada, distorcendo e prejudicando o pleno atingimento dos seus objetivos”.

Mas quais motivos levariam o colaborador a propor ação judicial em desfavor do fornecedor? Dentre as questões mais relevantes, reclamam atenção as demandas propostas para a finalidade de se reconhecer determinada relação contratual de “distribuição” como se “representação comercial” fosse.

Isso porque, de acordo com os artigos 27, alínea j, e 34, ambos da Lei nº 4.866/65, em determinadas situações, é possível se pleitear indenização correspondente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade, bem como o pagamento de 1/3 de comissões dos últimos 03 (três) meses da relação a título de aviso prévio – garantias que usualmente não estão estabelecidas em contratos de distribuição. Para utilizar de outras palavras, reconhecer-se determinada relação como representação comercial implica em maiores benefícios econômicos ao colaborador.

Tal situação, resumida pela ideia de o colaborador utilizar do Poder Judiciário com a pretensão de modificar a natureza jurídica de um contrato, poderia denunciar o que as teorias econômicas intitulam como “comportamento oportunista”.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

⁴ MONTEIRO, Celso de Faria. **As constantes divergências e pontos de comunhão entre os principais contratos de colaboração: distribuição, concessão mercantil e representação comercial**. In: *Contratos empresariais interpretados pelos tribunais*. NASCIMBENI, Asdrubal Franco. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 130.

Para a execução da investigação proposta, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, resgatam-se os conceitos relacionados aos contratos, seus princípios destacados, a questão da boa-fé objetiva, bem como a noção do que são contratos de colaboração empresarial, com destaque para a análise dos institutos da representação comercial e distribuição.

No segundo capítulo, introduz-se a Análise Econômica do Direito como ferramenta para compreensão dos fenômenos jurídicos a partir de construções teóricas e empíricas advindas das ciências econômicas. No que diz respeito ao tema central da pesquisa, o comportamento oportunista, o tema é compreendido por diversos autores e em diversos cenários. Para Richard Posner⁵, por exemplo, o oportunismo pode ser explicado como o comportamento de alguém que, despertando a confiança de outrem, promove sua exploração para obter lucro. Para Oliver Williamson⁶, o oportunismo é compreendido como “o agir malicioso visando o autointeresse⁷”, estando em manifesta contraposição à ideia de confiança. Em Timothy J. Muris⁸, o oportunismo pode ser reconhecido quando uma das partes age de maneira a propiciar uma transferência de riquezas à outra parte em prejuízo das previsões contidas em contrato.

No terceiro capítulo deste estudo, pretende-se demonstrar que a judicialização de contratos de colaboração empresarial, com recorte nos contratos de representação comercial e distribuição, pode denunciar uma tentativa de aproveitamento indevido por parte do colaborador, em manifesta violação aos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé objetiva. Para tanto, resgatam-se dez precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que evidenciam a tentativa de se pleitear uma indenização não prevista pelos instrumentos contratuais ou pela legislação de regência.

A proposta do presente trabalho, ao unir Direito e Economia, é demonstrar a importância de se estudar e compreender a forma de relação e interação dos

⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 2007, p. 93.

⁶ WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 6.

⁷ KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 144.

⁸ “A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party’s understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement’s explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer—a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior”. MURIS, Timothy J. *Opportunistic behavior and the law of contract*. In *Minnesota Law Review*, 1980, p. 521.

agentes econômicos, sobretudo nos contratos de colaboração empresarial. Assim, tomando por base algumas premissas das teorias econômicas, como a escassez de recursos e a tendência do agente econômico de maximizar suas utilidades (lucro, por exemplo), melhor poderão ser compreendidos alguns institutos jurídicos.

Somente a partir de uma compreensão mais aproximada da realidade, que pode ser dada através do instrumental da análise econômica do Direito, poderão ser compreendidos de maneira satisfatória os já mencionados deveres acessórios impostos pela boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Se a boa-fé serve à preservação da confiança nas relações contratuais, o estudo a respeito do *comportamento oportunista*, de que trata a Análise Econômica do Direito, servirá para compreender o fenômeno da judicialização de contratos de colaboração empresarial, cuja tônica é a já citada ajuda mútua entre os agentes contratantes.

Daí, portanto, a pertinência do estudo ora proposto.

1 CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL

No presente capítulo, resgata-se inicialmente uma noção teórica a respeito do contrato, regularmente associado à ideia de manifestação convergente de vontades tendente a criar, modificar ou extinguir direitos. Em sequência, destacam-se os princípios contratuais mais relevantes para a análise dos pactos, com especial atenção para o princípio da boa-fé objetiva.

Em seguida, trata-se a respeito das noções relacionadas aos contratos empresariais, notadamente no que diz respeito aos de colaboração empresarial. Por fim, destacam-se as modalidades de distribuição e representação comercial como as modalidades contratuais mais usuais na intermediação entre empresas para a promoção de negócios.

1.1 UMA NOÇÃO TEÓRICA SOBRE CONTRATOS

1.1.1 Conceito(s) de contrato

Há muito se adotou o conceito de que a empresa é, senão, o exercício organizado de atividades pelo empresário com o escopo de promover a produção e circulação de mercadorias e serviços. Vale dizer que, muitas das vezes, esta atividade não é realizada de forma individual, vez que conta com a ajuda de diversas figuras que dão suporte ao desenvolvimento das atividades empresariais. Para organizar as atividades com uma finalidade específica, os agentes econômicos se utilizam de um instrumento fundamental: o contrato.

Antes de se tratar especificamente dos contratos de colaboração empresarial, julga-se importante compreender o que vem a ser, de fato, um contrato. Para Andreza Baggio, o contrato é mais que “mero instrumento de circulação de riquezas”. Muito além disso, o contrato deve ser compreendido como um “legítimo instrumento para a satisfação das necessidades básicas do homem e, por que não dizer, é também um instrumento de inclusão ou de exclusão social”.⁹

Certo está que “tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade”.¹⁰ É impossível, pois, pensar a vida humana em

⁹ BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 29.

sociedade sem o contrato. O instrumento contratual está em nossa vida diária sem que o percebamos racionalmente.

Para o desenvolvimento de atividades rotineiras, o estabelecimento de determinados pactos é fundamental em todas as atividades empreendidas. Isso porque, “para nos dirigirmos ao trabalho, celebramos contrato de transporte; para nos alimentarmos, celebramos contrato de compra e venda; para garantir nossa moradia, celebramos contrato de locação, e assim por diante”.¹¹

É no Direito Romano que se pôde observar uma das primeiras iniciativas de sistematização jurídica do fenômeno social denominado contrato:

Naquele sistema, estruturou-se a ideia de convenção (*conventio*), gênero de acordo de vontade, das quais se identificavam duas espécies: contrato (*contractus*) e o pacto (*pactum*). O que diferenciava era a denominação, pois que somente os contratos tinham nomes, e, principalmente, a sanção pelo descumprimento, porquanto apenas os contratos eram acompanhados por uma ação (*actio*) que protegia judicialmente o direito do credor. Aos pactos era atribuída apenas uma exceção (*exceptio*), que é tão somente um meio de defesa para o réu. Primitivamente, os contratos eram todos formais, divididos em reais, verbais e literais. Os contratos reais – rei obligationes – somente se aperfeiçoavam pela tradição (entrega) da coisa; os verbais – verborum obligationes – dependiam de uma pergunta feita ao devedor pelo credor, e da resposta respectiva, sistema que os romanos chamavam de stipulatio; os literais – litteris – eram inscritos em um livro do credor. Posteriormente, concedeu-se ação a quatro pactos corriqueiramente celebrados: a compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade. Surgiu, então, a categoria dos contratos consensuais – consensu obligationes –, que se formavam pelo simples acordo de vontades, sem que se exigisse qualquer formalidade.¹²

No Direito contemporâneo, a relação jurídica não tem esse contorno. Vinculam-se os sujeitos não por meio de seus corpos, mas pelo seu patrimônio. E, ainda assim, com as limitações impostas, sobretudo, pelo princípio da dignidade humana

Para Paulo Lôbo

O contrato é o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. Esta sempre foi sua destinação, em todos os povos, a partir de quando abriram mão da força bruta para obtenção e circulação dos bens da vida, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas do consenso das próprias partes. O contrato gera nas partes a convicção da certeza e da segurança de que as obrigações assumidas

¹¹ GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 1.

¹² DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 444.

serão cumpridas e, se não forem, de que poderão requerer judicialmente a execução forçada e a reparação pelas perdas e danos.¹³

O contrato é, certamente, o mais importante dos negócios jurídicos e se baseia em dois elementos fundamentais: um acordo de vontades baseada no consenso, de um lado; e, de outra banda, os efeitos de direito produzidos – sendo o mais relevante deles, mas não necessariamente o único, a criação de obrigações entre as partes contratantes.¹⁴

Não se pode olvidar que o estabelecimento de um contrato não se dá à toa, para mera troca de manifestação de vontades. A primeira razão de contratar é que as partes sabem que o acordo de vontades os colocará em situação mais vantajosa àquela que se encontravam no momento que antecedeu a contratação. O segundo elemento é que um contrato é firmado na esperança de que determinados objetivos sejam atingidos.¹⁵ Deste modo, pode-se resumir que o contrato somente será formatado se (i) as partes acreditarem que do pacto resultará situação mais vantajosa que a anterior à contratação; (ii) as partes identificarem um propósito a ser atingido mediante o pacto.

O Código Civil brasileiro não traz um conceito a respeito do instituto jurídico do contrato. Sua disciplina, em geral, não diz quais são as suas características fundamentais. Coube, então, à doutrina apresentar um conceito de contrato.

Entre os clássicos, o pai do Código Civil brasileiro de 1916, Clóvis Beviláqua, afirma que o contrato é o “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.¹⁶

Para Orlando Gomes, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.¹⁷

Na mesma toada aponta Washington de Barros Monteiro, que apresenta o conceito de contrato como um acordo de vontades que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir um direito.¹⁸

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

¹⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 26.

¹⁵ FORGIONI, Paula. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82-83.

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 194.

¹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 12.

Em Maria Helena Diniz, verificamos que o contrato é também um acordo de duas ou mais vontades “na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.¹⁹

Paulo Nalim reconhece o contrato como “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.²⁰

Silvio de Salvo Venosa, aproximando o contrato como uma espécie de negócio jurídico afirma que o homem, quando usa de sua manifestação de vontade para gerar efeitos jurídicos, esta expressão se reveste em um verdadeiro negócio jurídico.²¹

Roberto Senise Lisboa afirma que o contrato “é espécie de negócio jurídico, uma vez que se realiza mediante o consenso das partes para a satisfação de seus interesses jurídicos (necessidades ou utilidades).” Como finalidades, destaca que o contrato pretende a *aquisição*, a *transmissão* e a *extinção* dos direitos.²²

Contrato é, senão, negócio jurídico bilateral, do qual se exige um elemento de alteridade em sua elaboração. Isso significa dizer ser imprescindível a presença de duas ou mais pessoas quando do momento da contratação.²³

Ou, também, diz-se que o contrato é o negócio jurídico do Direito Privado através do qual duas ou mais partes “se vinculam para regular interesses concernentes a objetos economicamente apreciáveis, buscando a satisfação de necessidades em que criam, resguardam, transferem, conservam, modificam ou extinguem direitos e deveres”.²⁴ Ou ainda, contrato é um “acordo lícito entre duas pessoas ou mais, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. Direito das obrigações**. 2ª parte. 34. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

²⁰ NALIM, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255.

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 357.

²² LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

²³ QUEIROZ, Mônica. **Direito civil: parte geral do direito civil e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

²⁴ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 444-445.

regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.²⁵

O contrato, de maneira ampla, deve ser entendido como negócio jurídico formado pelo concurso de vontades. Assim, “o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. Em sentido estrito, é o acordo de vontades que produz efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”.²⁶

Em igual perspectiva, Nelson Borges assegura que o contrato é o acordo de vontade que tem por objetivo a criação de um vínculo obrigacional.²⁷ Não dissona Cecília Veiga, para a qual o contrato é acordo de vontades para adquirir, resguardar, modificar ou extinguir um direito: Para a mesma autora, “é, ainda, considerado como fonte das obrigações, em primeiro lugar a lei, e em segundo lugar a vontade das partes. Portanto, contrato nada mais é que a manifestação de vontade em polos contrários”.²⁸

Em Flávio Tartuce temos que o contrato é um ato jurídico bilateral, que depende de, ao menos, duas manifestações de vontade, cujo objetivo é a criação, alteração ou mesmo extinção de direitos e deveres de cunho patrimonial. Desta maneira, os contratos são qualquer tipo de estipulação ou convecção que podem ser criadas por acordo de vontades ou fatores acessórios. Na qualidade de ato jurídico, em sentido amplo, que tem a vontade como elemento norteador, constitui-se como verdadeiro negócio jurídico. “Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social econômica e os bons costumes”.²⁹

Nas melhores palavras de César Fiuza, o contrato é um ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica que promove a criação, modificação ou extinção de relações convencionais dinâmicas, “de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades

²⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral dos contratos: tratado de direito bancário**. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 55.

²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 24.

²⁷ BORGES, Nelson. **Manual Didático das Obrigações: Contratos e Revisão Contratual**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 146.

²⁸ VEIGA, Cecília M. **Contratos**. São Paulo: Desafio Cultural Editora, 2001, p. 17.

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 30.

individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade da pessoa humana”.³⁰

Pode-se dizer que:

Contrato, portanto, é ato jurídico em que duas ou mais pessoas se obrigam ou convencionam por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial. É ato jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes. O acordo é a tônica dos contratos, cuja finalidade é adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.³¹

Inegavelmente, o Código Civil italiano de 1942 influenciou este movimento ao preceituar que o contrato é, senão, um acordo de duas ou mais partes para construir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial³². Para o mesmo sentido, por exemplo, aponta o Código Civil do Québec, no Canadá. De acordo com o artigo 1.378³³ do estatuto citado, contrato é um acordo de vontades pelo qual se obrigam as partes a uma determinada prestação. E, ainda, em seu artigo 1433³⁴, o contrato cria, modifica ou extingue obrigações.

Certo está que o contrato deve ser compreendido como a principal fonte das obrigações. A maioria das obrigações nasce, senão, a partir de um contrato. Na qualidade de negócio jurídico, deve apresentar os mesmos requisitos de validade exigidos para os atos jurídicos: *agente capaz; objeto lícito, possível e determinado; livre consentimento das partes*.

Para essa perspectiva, Flávio Tartuce³⁵ resgata os elementos constitutivos do contrato no que ficou conhecido como “escala ponteana”, visto que na visão do doutrinador Pontes de Miranda o negócio é dividido em três planos: (i) da existência, como pressuposto do negócio jurídico: agente, vontade, objeto e forma; (ii) da validade: agente capaz, vontade livre, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não proibida pela lei; (iii) da eficácia, que engloba

³⁰ FIUZA, César. **Por uma redefinição da contratualidade**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coord.). *Direito Civil: Da autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 261.

³¹ JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Contratos em Geral no Novo Código Civil**. São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2006, p. 26.

³² Art. 1.321 do Código Civil italiano.

³³ Tradução livre de “*A contract is an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation*”.

³⁴ Tradução livre de “*A contract creates obligations and, in certain cases, modifies or extinguishes them*”.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 41.

as consequências do negócio jurídico: condição, termo, encargo, consequências do inadimplemento, bem como outros elementos essenciais do contrato.

Pode-se dizer, também, que o contrato é fonte de obrigações, sem que seu objeto possa ser confundido com o objeto jurídico da relação jurídica obrigacional³⁶. Aqui, há de se pontuar a obrigação ³⁷ como o vínculo que compele um sujeito, normalmente denominado devedor, a promover a satisfação de um interesse patrimonial ou moral de outra figura, normalmente conhecido como credor.

Para a doutrina, o contrato pode ser compreendido como uma espécie de negócio jurídico. Não se pode dizer, no entanto, que contrato e negócio jurídico sejam sinônimos:

Negócio jurídico é o acordo de vontades que tem por fim a aquisição, a transmissão e a extinção de direitos. É a sucessão de atos jurídicos coordenados entre si, que pode decorrer do consensualismo das partes (é o caso do contrato) ou da aceitação posterior à extinção de sujeito do direito (pessoa física ou pessoa jurídica) de ato jurídico por ela praticado (como, por exemplo, a aceitação de herança outorgada por disposição testamentária).³⁸

Desta maneira, o contrato pode ser caracterizado como uma espécie de negócio jurídico, sobretudo porque se manifesta pelo consenso entre as partes com o propósito de satisfazer interesses.

O consenso é parte fundamental para a formação dos contratos. Com a manifestação clara de vontades acordadas “há a criação de uma norma, que, nascendo, já não mais pertence às partes, que passam a se obrigar sobre o que acordaram. Os criadores se curvam à criatura³⁹”. Isso se dá em razão do fato de que, no negócio jurídico, ao manifestarem sua vontade, as partes se vinculam às normas que regularão seus próprios interesses.

Desta maneira, os contratos serão reputados como realizados ao momento do acordo de vontade das partes, posterior à oferta e respectiva aceitação.

³⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

³⁷ Para Álvaro Villaça Azevedo, a obrigação é a “relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.” In: AZEVEDO, VILLAÇA, Álvaro. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19.

³⁸ Idem. p. 36

³⁹ MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código de 2002)**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

Necessário destacar que não basta o mero ajuste de duas ou mais vontades para que nasça o contrato. É preciso que dessa manifestação possa ser extraída repercussão jurídica⁴⁰. Isso porque existe uma gama de acordos, com repercussão jurídica, que não se situam no campo dos contratos. É o caso, por exemplo, do casamento, da adoção, da emancipação.

Dentre as principais teorias⁴¹ que se propõem explicar a natureza jurídica do contrato, podem ser mencionadas as teorias objetivas (normativa e perceptiva) e subjetivas (voluntária e declarativa). Dentro da primeira categoria, Hans Kelsen idealizou o contrato como um acordo de vontades que possuía a capacidade de criar direitos. De outra banda, a teoria perceptiva irá atestar que o contrato teria natureza jurídica de preceito jurídico, decorrente da declaração de vontade. Assim, para Oscar von Bulow, o contrato teria seu conteúdo definido por regras de conduta. Por outro lado, entre as teorias subjetivas, a voluntarista atesta que a vontade humana é o fundamento das obrigações. Para Savigny, o contrato não se confunde com a lei em virtude do fato de que a última é fonte de direito objetivo, ao passo que o acordo de vontade é a fonte de obrigações e de direitos subjetivos. Por fim, para a teoria declarativa, o ajuste de vontades somente pode ser assim entendido para exteriorização de um propósito que une as partes envolvidas, posto que a declaração república é o fundamento das obrigações contratuais.

Feitas as digressões preliminares a respeito das principais conceituações jurídicas a respeito do contrato, para o desenvolvimento deste estudo, importante destaque aos principais princípios relacionados aos contratos, conforme explorado em sequência.

1.1.2 Princípios contratuais destacados

O contrato pode ser definido como um acordo de vontades para propósitos específicos. Tal manifestação de interesse se baseia no *princípio da autonomia privada*, que confere às partes a liberdade para contratar de acordo com seus melhores desejos.

⁴⁰ CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: lições**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 27.

⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

Como produto da manifestação da vontade das partes, pode-se cogitar a possibilidade de conflito entre o desejo exteriorizado pela declaração e a vontade interior do indivíduo⁴².

Doutrinadores e filósofos que se dedicaram aos estudos do Código Civil francês da segunda metade do século XIX foram os responsáveis por introduzir a noção de autonomia da vontade. De acordo com estes estudiosos, a obrigação contratual tem por fonte única a vontade das partes. Em virtude disso, a liberdade do indivíduo deve ser considerada, sobretudo pelo fato de que qualquer pessoa é o “melhor defensor de si mesmo”, não se podendo conceber que uma pessoa razoável possa escolher alguma coisa que seja prejudicial aos seus próprios interesses.

Em virtude disso, “defendia-se que o contrato era o fenômeno jurídico fundamental e que a lei era a expressão da vontade geral, devendo, portanto, ceder diante da vontade individual manifestada na relação contratual⁴³”.

Nesse ponto, importante uma pequena diferenciação entre autonomia privada e autonomia da vontade. A primeira representaria a vontade de declarada, enquanto que a última corresponde à vontade subjetiva (interna) do sujeito⁴⁴.

Em outras palavras:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autônoma da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela não se confunde, existindo entre ambas uma sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.⁴⁵

Umbilicalmente ligado à autonomia da vontade está o princípio da obrigatoriedade, representado pelo brocardo do *pacta sunt servanda*. De acordo com tal princípio, os negociantes se vinculam e se obrigam às próprias declarações. Noutras palavras, as avenças tidas entre as partes possuem força de lei e podem ser exigidas, inclusive judicialmente.

Interessante notar que o princípio da obrigatoriedade representa uma limitação à liberdade que é imposta pela própria pessoa. Isso porque, havendo

⁴² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 71.

⁴³ GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 25.

⁴⁴ BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 99.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

contratação válida, como regra geral, o contrato obrigará as partes seja quais forem as circunstâncias em que devam ser cumpridas.

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.⁴⁶

O princípio da força obrigatória não apenas se dirige às partes do contrato, mas pretende ser oponível ao próprio legislador. Nesse diapasão, investe de intangibilidade, de modo a que a lei nova, entrada em vigor após sua celebração, não possa alcançar seus elementos de existência e seus requisitos de validade, que porventura ela tenha modificado.

O contrato é espécie de negócio jurídico, que por sua vez é espécie de ato jurídico, o qual se diz perfeito quando foi concluído de acordo com as exigências da lei antiga, não podendo a lei nova ser a ele aplicada de modo retroativo. Todavia, em relação ao plano da eficácia, a lei nova, sem risco de retroatividade, alcança os efeitos do contrato, a partir do início da vigência daquela. Não alcança os efeitos já produzidos, ainda que não exercidos pelas partes do contrato, antes de sua vigência, salvo se contrariarem o princípio da função social do contrato. Portanto, a intangibilidade compreende integralmente os planos da existência e da validade e, parcialmente, o plano da eficácia. Essa correta solução, a nosso ver, foi adotada pelo art. 2.035 do CC, que assim regulou os efeitos de sua entrada em vigor.⁴⁷

Convém, para os propósitos do presente trabalho, fazer menção a outro fundamento importante à formatação dos contratos: o *princípio do consensualismo*. Segundo este, somente haverá contrato se verificada a declaração convergente de vontades a despeito de determinado objeto e o seu correspondente conteúdo.

Mais que isso, numa concepção clássica, o contrato é fruto de vontades consoantes, a partir do qual nascem efeitos próprios. Nesse sentido, é fundamental que cada uma das partes tenha pleno conhecimento a respeito da intenção da outra parte. Assim, portanto, não é suficiente que as manifestações de vontade coincidam: é fundamental que estejam de acordo. O “esquema clássico é, pois, o da oferta e da

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 36.

⁴⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

aceitação, que se confundem no consenso ou concordância, consideradas as manifestações de vontade livres e conscientes de pessoas capazes civilmente”⁴⁸.

De modo geral, os princípios acima destacados (autonomia da vontade; obrigatoriedade e consensualismo) são importantes balizadores para se interpretar os contratos de maneira em geral – aplicando-se, igualmente, aos contratos de colaboração empresarial. Aliado a estes, importante um estudo em destaque do princípio da boa-fé, sobretudo pelo fato de que em sua decorrência surgem deveres anexos ao contrato muito relacionados ao comportamento probo, honesto e transparente das partes – incompatível com a possibilidade de utilização do Poder Judiciário para maximização de lucros às expensas da contraparte.

1.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

1.2.1 Boa-fé objetiva como dever de conduta

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Comercial de 1850 deixou positivado o princípio da boa-fé. De acordo com seu art. 131, inciso I: “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I – a inteligência simples e adequada, que for mais *conforme à boa fé*, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Posteriormente, o Código Civil brasileiro de 1916 trouxe diversos dispositivos em que a boa-fé era citada. A título de exemplo, menciona-se o art. 1.321, que estabelecia: “são válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele, ou a extinção, por qualquer outra causa, do mandato (artigo 1.316)”. Ou, ainda, o também presente art. 1.443: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)⁴⁹ que se pôde observar uma maior aproximação e aplicação do conceito

⁴⁸ Idem, p. 16.

⁴⁹ “Porém, no direito brasileiro, a boa-fé como regra geral de comportamento (lealdade nos negócios, objetivamente considerada) aparece somente a partir do Código de Defesa do Consumidor, no qual é princípio básico e também dever de conduta de ambas as partes da relação de consumo (consumidor e fornecedor) (art. 4º, III, e 51, IV). Finalmente, com o advento do Código Civil de 2002, esse princípio

de boa-fé objetiva – conceito a ser explorado adiante. A título de exemplo, o art. 51, inciso IV, estabelece como possibilidade de reputar como nula a cláusula contratual que seja incompatível com a boa-fé ou a equidade.

Por fim, para a mesma direção aponta o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002). Isso porque, de acordo com o seu artigo 422, os contratantes “são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Ocorre, no entanto, que igualmente coube à doutrina uma definição a despeito do conceito de boa-fé.

Antes de maiores digressões, faz-se fundamental a diferenciação entre alguns conceitos. A *boa-fé subjetiva* deve ser compreendida como o estado de espírito⁵⁰ de uma das partes e que está vinculada à certeza e convicção de que seu comportamento está de acordo com a ordem jurídica posta, incapaz de causar qualquer prejuízo a outrem. É, na verdade, uma espécie de *estado de consciência* que a legislação pode dar valor em alguns temas. É o caso, por exemplo, do exercício da posse de boa-fé, que consiste na ideia de uma determinada pessoa se portar como efetivo proprietário de um bem.

É preciso ressaltar, ainda, que não se iguala ao sentido dado à boa-fé subjetiva, que implica um estado de conhecimento do sujeito, isto é, representa algo psicológico que presume a ignorância da real situação jurídica. Na boa-fé subjetiva, analisa-se o conhecimento ou a ignorância de determinada situação, levando em conta os deveres de diligência que se espera de um homem mediano. Relaciona-se com fatores do sujeito e com os cuidados que deve ter nas suas relações com terceiros.⁵¹

Por sua vez, a *boa-fé objetiva* vem sendo conceituada como *uma exigência de conduta leal dos contratantes*, em especial relacionada com os deveres anexos das partes, ínsitos ao negócio jurídico e que independem de expressa previsão no

é consagrado no art. 422, que determina que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, criando, assim, a cláusula geral de boa-fé”. LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

⁵⁰ GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 37.

⁵¹ WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235.

instrumento da negociação ⁵². Ao contrário da boa-fé subjetiva, a objetiva não importa em um estado psicológico, mas sim uma *regra de conduta*⁵³.

Afirma-se que a boa-fé objetiva atua como verdadeira cláusula geral do ordenamento jurídico, “gênero conceitual no qual o juiz tem liberdade para preencher os conceitos componentes da regra, ao mesmo tempo em que está autorizado a criar a norma como consequência para cada caso”⁵⁴.

Essas são as normas abertas ou vagas, ou, ainda, *enunciados elásticos, porosos ou dúcteis*, gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese legal, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo.⁵⁵

Como evidenciado, as cláusulas gerais no ordenamento jurídico se caracterizam por um grau de abertura de sentido, abrindo espaço para uma interpretação que melhor se adegue ao caso a ser efetivamente analisado. Não diferente ocorre com a boa-fé, dotada das mesmas características já citadas anteriormente.

No geral, e também de maneira específica no âmbito dos contratos empresariais, a boa-fé desempenha três principais funções:

[i] De início, como exposto acima, é pauta de comportamento para os agentes econômicos, apoiando a execução das cláusulas contratuais. A boa-fé impõe limites ao exercício dos direitos, da forma explicitada pelo art. 187 do Código Civil.

[ii] Em paralelo, é pauta de interpretação, colocando-se como ponto cardeal de orientação da atividade dos operadores do direito; a exegese do texto contratual jamais poderá ser contrária à boa-fé. Nesse sentido, é expresso o art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

[iii] Por fim, é pauta de integração dos negócios mercantis, pois se presta como instrumento à resolução do problema da incompletude contratual.⁵⁶

A influência do princípio da boa-fé no ordenamento jurídico pode ser observada a partir de um dever imposto às partes contratantes de manterem, entre

⁵² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009, p. 112.

⁵³ POMPEO FILHO, Roberto Nelson Brasil. **Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos**. In: Contrato & sociedade: princípios de direito contratual. NALIM, Paulo Roberto Ribeiro (org.). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 132.

⁵⁴ SÁ, Priscila Zeni de. **Poder judiciário e as cláusulas gerais: parâmetros para a concretização no direito civil-constitucional**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 239.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.119.

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

si, um espírito de lealdade e cooperação⁵⁷. Assim, pois, a boa-fé objetiva fundamenta uma série de comportamentos que devem ser adotados, também denominadas como obrigações acessórias⁵⁸ ou laterais da contratação. Entre os deveres correlatos, podem ser destacados os seguintes: lealdade; cooperação mútua; prestação da informação; assistência técnica; veracidade; transparência; segurança etc.

Com efeito, a boa-fé objetiva estabelece uma relação de colaboração intersubjetiva, rompendo com o dogma da vontade para tutelar a confiança. Tal como ocorre com a imposição de deveres de conduta acima suscitados, orienta-se a interpretação do contrato pela boa-fé: valoriza-se a confiança gerada no destinatário da declaração, delineando efeitos jurídicos à aparência.⁵⁹

Vale dizer que a melhor doutrina tem apontado que os deveres laterais devem ser observados não apenas durante a relação contratual, como também na fase preliminar de negociações como também na fase pós-contratual⁶⁰.

Para Venosa⁶¹, a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação. Assim, portanto, avalia-se tanto a responsabilidade pré-contratual como a responsabilidade contratual e pós-contratual⁶². Além disso, a boa-fé agrega uma exigência ética-social de respeito e colaboração com a outra parte⁶³.

Nesse sentido, convém menção ao Projeto de Lei 276/2007, subscrito pelo Deputado Federal Ricardo Fiuza, que pretende modificar o já citado artigo 422 do Código Civil brasileiro para fazer constar a seguinte redação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

⁵⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 62.

⁵⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 292.

⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 376.

⁶² No mesmo sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

⁶³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 68.

Boa-fé significa, no sentido atribuído pela Teoria Contratual pós-moderna, a atuação refletida das partes, pensando a respeito do outro parceiro contratual, respeitando suas expectativas, seus interesses legítimos, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁶⁴

Para os propósitos do presente trabalho, o resgate do princípio da boa-fé é assim justificado:

A boa-fé no direito comercial não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores outros que não a busca do melhor funcionamento do mercado. Ao contrário, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco. A boa-fé – agora, em todo o direito privado – é um catalisador da fluência das relações no mercado⁶⁵.

Desta maneira, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva está umbilicalmente relacionada com a confiança no contrato. Daí, portanto, ser fundamental a análise do contrato como instrumento de confiança entre as partes, que pode ser ameaçado por algumas atitudes – como o “comportamento oportunista”, que se pretende investigar neste trabalho.

A propósito, Oliver Williamson ⁶⁶ resgata algumas considerações de economistas a respeito da confiança: (i) para que ela exsurja, são necessários repetidos encontros e certa memória de experiência; (ii) o comportamento honesto implica um certo custo; e (iii) está relacionada à boa reputação e esta deve ser adquirida. Desta maneira, o “comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente (que atuará conforme as regras) quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e previsibilidade”⁶⁷.

Assim, portanto, a busca pelo comportamento honesto das partes deve ser preocupação do Direito e por ele garantida. Daí a importância de investigação a respeito de adoção de um possível comportamento que vai ao encontro da natureza do contrato: garantir a segurança jurídica das partes, promover a criação de valores e evitar o comportamento oportunista.

⁶⁴ BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 49.

⁶⁵ FORGIONI, Paula. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127-128.

⁶⁶ WILLIAMSON, Oliver *apud* idem, p. 132.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 133.

1.2.2 Responsabilidade civil pós-contratual como decorrência da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé, em uma relação obrigacional, pode ser compreendida como um dever geral de conduta impresso pelo ordenamento jurídico brasileiro, que compreende: i) dever de boa-fé objetiva nas obrigações; ii) dever de realização da função social das obrigações; iii) dever de equivalência material das prestações; iv) dever de equidade; v) dever de informar; vi) dever de cooperar⁶⁸.

Neste tópico, os esforços serão concentrados em investigar a questão da boa-fé nas obrigações, em especial no que se refere aos deveres anexos de conduta, decorrentes da boa-fé, que fundamentam a responsabilidade civil pós-contratual.

A responsabilidade pós-contratual despontou no cenário jurídico alemão no início do século passado, mais precisamente em 1910. Contudo, nos primeiros casos em que a culpa *post pactum finitum* foi invocada, as decisões judiciais repeliram a incidência dessa teoria. O marco de seu acolhimento foi em 1925, quando o *Reichsgericht* (RG) decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente deveria continuar a não impor obstáculos ao cessionário. No ano seguinte, nova decisão aplicou essa teoria ao determinar, findo um contrato de edição, que o titular dos direitos de publicação (no caso os herdeiros de Flaubert) estava impedido de fazer concorrência ao editor, por meio da publicação de novas edições, enquanto não esgotadas as anteriores.⁶⁹

Aqui, compreendem-se as relações jurídicas pós-contratuais como aquelas que resultam de um pacto e lhe sucedem de maneira autônoma no tempo e espaço. Desta maneira, para que se configure essa relação, impõe-se que seja produtológico do contrato encerrado⁷⁰.

Como visto, o princípio da boa-fé, reconhecida cláusula geral do ordenamento jurídico pátrio, atrai a projeção de diversos deveres correlacionados à obrigação principal assumida, notadamente as questões de lealdade, dever de informação, de proteção, sigilo etc. Tais obrigações são igualmente refletidas para o momento posterior à extinção do contrato.

⁶⁸ EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 98.

⁶⁹ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

⁷⁰ MOTA, Maurício. **A pós-eficácia das obrigações**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17.

Em caso de inobservância desses deveres após a extinção do pacto havido entre as partes acarretará na denominada *culpa post pactum finitum*, similar à *culpa in contrahendo* do período pré-contratual.

A teoria da *culpa post pactum finitum* foi reconhecida inicialmente na Alemanha a partir de casos concretos complexos que trataram situações de desequilíbrio na fase posterior ao encerramento do contrato. Isso quer dizer que, mesmo satisfeitas todas as obrigações de parte a parte, certas condutas posteriores poderiam trazer prejuízo ao antigo contratante, o que não poderia ficar sem proteção pelo ordenamento⁷¹.

Rogério Donnini resgata casos da jurisprudência alemã em que a responsabilidade pós-contratual fora invocada para tutelar direitos lesados.⁷² O primeiro remete ao caso de uma compra de imóvel em que o vendedor foi demandado por, em momento posterior à venda, ter edificado construção que retirou do comprador uma bela vista para um monte. Nesse caso, ainda que as prestações tenham sido cumpridas, transferência da propriedade e pagamento do preço ajustado, verificou-se que, apesar da omissão contratual, não se poderia franquear tal possibilidade ao vendedor.

Outro caso interessante remete a um caso em que uma empresa, dedicada à fabricação e comercialização de casacos femininos, contratou duas outras pessoas para a confecção de 120 casacos de pele mediante desenho encomendado. Após a concretização do negócio, com as prestações devidamente cumpridas pelas partes envolvidas, as pessoas contratadas ofertaram as peças a um concorrente com o mesmo modelo de casaco. Apesar de não constar do instrumento contratual qualquer previsão no sentido de proibir tal conduta, em juízo ficou reconhecido o dever de indenizar, por parte das pessoas que confeccionaram as peças inicialmente, por terem contribuído à concorrência indevida.

Por fim, o mesmo autor remete ao caso da venda de um tapete (alcatifa) a uma pessoa que passa a explorar atividade hoteleira. O comprador adquire o produto e o vendedor sugere terceiro para instalá-lo. Ocorre que, após alguns dias, algumas manchas começam a aparecer por falhas no processo de colagem, motivo pelo qual o comprador reteve o pagamento. Em juízo, o comprador teve reconhecido

⁷¹ NEVES, Karina Penna. **Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós contratual**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 110.

⁷² DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

o direito de retenção dos valores em virtude do fato de que não se poderia imputar ao prestador de serviço de instalação qualquer tipo de responsabilidade, já que o tapete fora confeccionado com novo material incompatível com os instrumentos de instalação.

Note-se que, nos casos ilustrativos mencionados acima, houve o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes. A efetiva transferência da propriedade no caso do imóvel; a entrega dos produtos confeccionados no caso dos casacos e a entrega do tapete no último caso. Ocorre, no entanto, que após cumpridas as obrigações ajustadas entre as partes, em momento posterior à adimplência dos compromissos assumidos, verificaram-se problemas que não puderam ser regulados no momento da contratação. Em virtude disso, as decisões mencionadas, apresentaram verdadeira inovação no mundo jurídico. Sobretudo porque certamente seria mais fácil decidir os casos como inexistência de fundamento jurídico a sustentar as pretensões deduzidas – já que não houve qualquer pactuação expressa a respeito das lesões invocadas pelas partes. No entanto, ao contrário disso, as decisões judiciais reconheceram a teoria da culpa *post pactum finitum*.

Ora, ainda que se reconheçam nesses casos que as obrigações iniciais foram devidamente cumpridas pelas partes, fato é que o Tribunal de Revista alemão reconheceu que após a execução do contrato remanesce um dever de comportamento que é centrado na lealdade contratual.

No Brasil, uma discussão judicial envolveu dois grandes juristas nacionais (Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça) em uma batalha que tangenciou a responsabilidade civil pós-contratual por violação da boa-fé objetiva. Isso porque, em 1907, o Conde Antônio Álvares Leite Penteado e esposa promoveram a fusão da fábrica Juta Sant'Ana, da Mooca, com as fábricas São João e Santa Luzia – criando, assim, a Companhia Nacional de Tecidos de Justa. Para tal desiderato, o Conde vendeu à Companhia a sua fábrica pelo preço de 10.500 contos de réis, sendo 7.500 contos de réis pelos bens da fábrica e mais 3.000 contos de réis pela posição alcançada e prestígio da participação do Conde.

Ocorre que, um ano após a negociação, o Conde requereu à Prefeitura de São Paulo alvará para instalar, no mesmo bairro da Fábrica Sant'Ana, uma fábrica de tecidos de juta, com o nome de Companhia Paulista de Aniagens, exercendo a mesma atividade comercial anterior. Entretanto, a Companhia Nacional de Tecidos

de Juta ingressou com a ação judicial para cobrar os 3.000 contos de réis pela participação e prestígio do Conde, bem como perdas e danos pela concorrência desleal.

Ao fim e ao cabo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu o argumento de que, sem cláusula expressa no contrato, não se pode cogitar a ideia de cessão de clientela, motivo pelo qual não haveria qualquer impedimento legal para o Conde se restabelecer no mesmo local para o exercício da mesma atividade industrial.

Apesar de não constar das argumentações a questão envolvendo a responsabilidade *post pactum finitum*, já que somente foi desenvolvida a teoria na Alemanha alguns anos depois, inegável reconhecer que a atitude empreendida pelo Conde representa manifesta violação ao dever acessório de lealdade, representada pela injusta concorrência desenvolvida.

Em agosto de 1988, pouco tempo antes da promulgação da Constituição da República em outubro, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul prolatou acórdão em sede do qual se reconheceu a responsabilidade pós-contratual fundada no princípio da boa-fé. Na Apelação Cível nº 588.042.580, o relator do caso, então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior reconheceu o descumprimento de cláusula geral acessória, dando motivo à resolução de determinado contrato de compra e venda.

Esta foi uma decisão que possibilitou o reconhecimento da cláusula geral da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro como suficiente à aplicação da teoria da *culpa post pactum finitum*.

Outro caso interessante a destacar, ainda que não utilize do *nomen juris* invocado, diz respeito à possibilidade de reanálise de contrato anterior à novação de dívida. No acórdão proferido em sede de Recurso Especial nº 1997/0034802-4, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, em fevereiro de 2001, verificou-se que embora extinta relação obrigacional por intermédio de contrato de novação da dívida, seria possível averiguar aquilo que foi pactuado inicialmente para se aferir a legitimidade do procedimento bancário em momento posterior (novação). Dito em outras palavras, a revisão do contrato que fora extinto pela novação pactuada sinaliza que os efeitos do contrato persistiram mesmo após a sua conclusão.

O que se pretende demonstrar é que a cláusula geral da boa-fé permitiu a construção da ideia de responsabilização de um dos contratantes por atos posteriores ao adimplemento de suas obrigações.

Assim, portanto, pode-se afirmar que, no caso de violação positiva em razão de deveres acessórios ou laterais, não se avança na pretensão de realização de prestação, que já realizada no tempo, modo e forma exigidos. Tampouco se pode falar em reparação de danos pelo descumprimento de obrigação principal. Nestes casos, aborda-se a quebra de deveres laterais⁷³.

A boa-fé objetiva e a função, - como objetos que são de cláusula geral de múltipla finalidade e de variado alcance -, quando infringidas não se limitam a provocar um só e único efeito sobre o negócio jurídico. Ao contrário, permitem soluções cambiantes em função do caso concreto, tendo em conta o sistema geral do Código e a necessidade de encontrar remédios amoldados aos interesses legítimos em jogo no negócio jurídico. Se o caso, por exemplo, envolve abuso de direito, pode-se pensar ora em reparação de perdas e danos, ora em revisão contratual, ora em anulação, no todo ou em parte, do negócio jurídico contaminado. Se se trata de negócio desequilibrado economicamente, pode-se ora pretender sua rescisão, ora seu reequilíbrio. Se ocorre violação de deveres anexos ou acessórios, o prejudicado tanto pode exigir o respectivo cumprimento de tais deveres, como pode reclamar perdas e danos. E assim por diante.⁷⁴

Conforme destacado, a boa-fé objetiva obriga os contratantes tanto na fase pré-contratual quanto na sua execução ou mesmo após a sua resolução. É justamente em razão da boa-fé objetiva que obrigações anexas ou laterais surgem para preservar a boa relação entre as partes e garantir que o contrato atinja a sua finalidade e não prejudique qualquer das pessoas envolvidas.

Vale dizer que a atuação em desacordo com os imperativos de conduta gera uma obrigação de indenizar⁷⁵, mesmo quando a parte esteja agindo culposamente ou supostamente de maneira lícita, cabendo uma sanção com maior ou menor rigor a depender da gravidade do dano gerado.

1.3 CONTRATOS EMPRESARIAIS

1.3.1 Características dos contratos empresariais

⁷³ STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 232.

⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93.

⁷⁵ LUPION GARCIA, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 59.

Feitos os devidos registros a respeito da concepção do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque a alguns de seus princípios norteadores, finalizou-se o tópico anterior buscando analisar o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral do direito que impõe aos contratantes determinados deveres de conduta – que deverão ser observados em todos os momentos da contratualidade e, inclusive, após sua conclusão.

Para o presente estudo, pretende-se explorar questões relacionadas aos contratos de colaboração empresarial - modalidade de longa duração que, por sua natureza, e em decorrência da boa-fé objetiva, podem gerar expectativas de comportamentos para as partes contratantes.

De acordo com o Código Civil brasileiro, especificamente em seu artigo 966, empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. Ou seja, elemento essencial da caracterização do empresário é justamente a organização, que “parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente para determinar a existência da empresa”⁷⁶.

Certamente não se pode pensar a empresa de forma isolada, posto que o desenvolvimento da atividade empresarial não se executa de maneira individual, mas senão com o auxílio e na dependência de diversos outros agentes econômicos – de cuja colaboração de esforços poderá gerar efetivos resultados na produção ou circulação de bens e serviços.

Para a aquisição de insumos destinados à produção, para a distribuição de produtos no mercado, para a contratação de mão de obra, desenvolvimento de parcerias, enfim, todas necessidades típicas de empresa dependem da formatação de contratos. É justamente através deste mecanismo que a empresa poderá desenvolver suas atividades que visam a “esperança de lucro”⁷⁷.

Como já visto, o contrato pode ser resumido como um negócio jurídico não unilateral que sujeita os contraentes e que promove a criação, modificação ou extinção de obrigações. No Direito Comercial, o termo “negócio” assume a ideia de contrato, bem como outros sinônimos como transação ou negociação.

⁷⁶ SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 109.

⁷⁷ Expressão utilizada por CARVALHO MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1964, p. 426

Oliver Williamson afirma que o contrato é um arranjo entre dois ou mais agentes que se baseia em expectativas e comportamento recíprocos⁷⁸. Ou, para outros economistas, o contrato é também um acordo de ofertantes e demandantes no qual os termos da troca são definidos⁷⁹.

Fato é que para o desenvolvimento de suas atividades a empresa estabelece múltiplos vínculos com agentes diversos: consumidores, trabalhadores, Estado e, também, com outras empresas. É justamente nesta seara que o presente estudo avançará: os contratos interempresariais, que representam os vínculos estabelecidos entre empresas para o desenvolvimento natural de seus objetivos.

Neste trabalho, busca-se separar a noção de contratos civis e contratos empresariais. Isso porque, em relação ao último, tratam-se de pactos estabelecidos entre agentes econômicos em que ambos lados estão guiados pela finalidade do lucro. Ou seja, a vontade comum das partes envolvidas é justamente promover a produção, prestação ou comercialização de bens e serviços com o desiderato de aferição de resultados positivos.

Defendendo uma necessária distinção entre contratos civis e comerciais, Paula Forgioni⁸⁰ afirma que:

De qualquer forma, mesmo nessas hipóteses, o escopo econômico não marca o contrato de forma tão incisiva como nos casos comerciais, pois a parte não tem sua atividade, *toda ela*, voltada para o lucro, como ocorre com as empresas e sua atividade *profissional*. O moto da empresa é diverso daquele do proprietário de um imóvel que o aluga; enquanto toda a existência da primeira justifica-se pelo fim lucrativo, o proprietário, embora deseje obter vantagem econômica do negócio, não tem nisso sua *razão de ser*.

A respeito dos contratos empresariais, a mesma autora⁸¹ propõe uma classificação útil a respeito dos mesmos. Dentre as categorias estão: i) grau de vinculação futura das partes; ii) grau de positivação; iii) abrangência do objeto; iv) grau de ligação de contratos celebrados entre as mesmas partes; v) grau de complexidade; vi) grau de completude do regramento contratual; vii) interesse

⁷⁸ Tradução livre de “*an arrangement between two or more actors supported by reciprocal expectations and behavior*”. In: WILLIAMSON, Oliver E. **The firm as a nexus of treatis**: an introduction. In: AOKI, Masahiko; GUSTAFSSON, Bo; WILLIAMSON, Oliver E. [Eds.] *The firm as a nexus of treatis*. London. Sage Publications, 1990.

⁷⁹ FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvania Macchione. **Competitividade, mercado, Estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

⁸⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

⁸¹ Idem.

principal das partes no contrato; viii) tipo de negociação que lhes dá origem; ix) grau de poder econômico das partes; x) existência de ligação a contratos celebrados entre terceiros.

Para os fins propostos no presente estudo, convém um breve destaque a algumas destas categorias.

No que diz respeito ao *grau de vinculação futura* entre as partes, os contratos empresariais podem ser caracterizados como *imediatos* [*spot*]; *híbridos* [normalmente identificados como de colaboração]; e *societários*.

De acordo com essa categoria, a liberdade dos agentes econômicos sofre restrição com maior ou menor grau de intensidade de acordo com a correspondente vinculação que cada modalidade imprime. Em outras palavras, os contratos *spot* possuem menor grau de vinculação futura e menor grau de controle da atividade pela outra parte. De outra banda, os contratos *societários* traduzem um maior grau de vinculação futura e maior grau de controle da atividade da outra parte. No meio destas duas categorias podemos extrair os contratos híbridos, que estão relacionados a contratos de colaboração, com grau intermediário de vinculação e controle de atividade do outro agente econômico.

Nos contratos de intercâmbio, os interesses das partes são praticamente contrapostos. Isso porque, a título de exemplo, em uma operação de compra e venda de insumos, quanto maior a vantagem para o vendedor, menor será a efetiva vantagem a ser auferida pelo comprador.

De outra banda, os contratos *societários* são reconhecidos como aqueles em que existe uma efetiva associação ou cooperação entre agentes econômicos. A doutrina reconhece como contrato de sociedade em geral aquele em que: i) há finalidade em comum; ii) efetiva contribuição dos sócios; e iv) *affectio societatis*, que representa a efetiva vontade de as partes se responsabilizarem por áleas comuns, arcando com todas as perdas e dividindo o lucro entre todos.

Ocorre que, sobretudo em meados do século XX, o modelo de negócios empresariais sofreu alterações significativas. Isso porque, cada vez mais, os agentes econômicos necessitaram de aproveitar a colaboração de outras figuras para bem desenvolver suas atividades empresariais. No entanto, os novos contratos se distanciam de ambas categorias já explicitadas. Não se tratam de contratos *societários*, mas tampouco podem ser explicados como contratos de intercâmbio. Surge, assim, uma modalidade intitulada de contrato híbrido.

Nesse aspecto, os empresários passam a promover certos tipos de contratos que pressupõem “esforços conjugados, mas em que as suas partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos”.⁸²

Essa modalidade de contrato híbrido, que traduz a ideia de colaboração interempresarial, possui como grande distinção a tendência de estenderem seus efeitos no tempo. Isso porque o seu aspecto de associação não pretende um esgotamento imediato, razão pela qual costumam ser celebrados sem prazo definido para término.

A disciplina desta modalidade contratual tende a ser genérica, visto que pretende estabelecer os parâmetros para um comportamento colaborativo entre os contratantes, ultrapassando meras obrigações específicas.

Outra importante categoria de contratos empresariais está vinculada ao *grau de interesse principal da parte no contrato*. Nessa categoria, os contratos de relação (ou relacionais) se contrapõem aos chamados contratos descontínuos (execução imediata) pelos motivos seguintes: i) possuem a tendência de se estender no tempo; busca-se maior disciplina da atividade das partes, lançando as bases de um comportamento colaborativo; iii) confere certa interdependência entre os agentes, vez que o sucesso de uma das partes reverterá em benefício da outra.

Dito em outras palavras, os contratos relacionais “podem encerrar rede de agentes econômicos, como nas redes de distribuição, aumentando o grau de complexidade da teia de deveres e direitos contratuais”⁸³.

Não parece desarrazoada a ideia que acompanha a categorização de um contrato na modalidade relacional. Isso porque o seu reconhecimento poderá permitir, quando de seu tratamento jurídico, ser orientado por alguns parâmetros, a saber: i) flexibilização do esquema oferta/procura para formatação do contrato; ii) diminuição da intolerância a regras contratuais indefinidas (cláusulas gerais); iii) aumento da possibilidade alteração contratual em casos de modificações de circunstâncias; iv) atribuição de maior eficácia a cláusulas que tratam da necessidade de empregar melhores esforços; v) encarar os contratos como

⁸² Idem, p. 193.

⁸³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

autênticas sociedades; vi) caráter unitário aos contratos relacionais; vii) impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé; viii) permitir aos Tribunais adaptar ou revisar cláusulas contratuais de acordo com os resultados das partes.

Nesse sentido, vale dizer que a elaboração da categoria dos contratos relacionais é particularmente útil porque revela dois aspectos fundamentais: a relação entre as partes e a força da boa-fé e da confiança. Sobre este último aspecto, a categoria é “essencial para dimensionar o ajuste e trazer à baila a importância da boa-fé objetiva, da confiança, da não frustração da legítima expectativa para garantir a estabilidade jurídica e o melhor desenvolvimento do contrato enquanto um processo”.⁸⁴

O estabelecimento de vínculos contratuais entre empresários está baseada em dois fundamentos que merecem atenção: o primeiro reside na certeza de que ambas as partes estarão em situação mais vantajosa àquela que se encontravam anteriormente à realização do pacto; o segundo fundamento representa a ideia de que a contratação é firmada com a esperança de que determinados objetivos sejam promovidos em conjunto.

No direito do consumidor, a máxima é a presunção da vulnerabilidade do consumidor. No direito comercial o pressuposto é exatamente o oposto. É em virtude disso que se reconhece que, nos contratos empresariais, cada um dos agentes econômicos agiu de forma sensata e prudente e, dentro da liberdade de contratar, avaliou os efetivos riscos de cada operação, concluindo na contratação por ser situação vantajosa, capaz de gerar lucros.

Em suma, pode-se afirmar que os contratos de colaboração empresarial podem ser classificados como contratos híbridos, vez que abrangem um certo grau de interdependência entre os agentes econômicos, permitindo um certo controle de uma parte sobre outra. Para melhor compreensão, a colaboração empresarial será desenvolvida no tópico que segue.

1.3.2 Modalidades de Colaboração Empresarial

No presente estudo, a preocupação será dirigida aos contratos “colaboração empresarial”, categoria definida por Fábio Ulhoa Coelho⁸⁵ como aquela em que há o

⁸⁴ Idem, p. 68.

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

emprego de esforços pelo colaborador na consolidação de mercado em favor do fornecedor.

Para mencionado autor, a colaboração empresarial teria como grande característica o auxílio que o produtor ou fornecedor do produto ou serviço recebe de outrem sem nenhuma ligação direta com a produção. O colaborador, portanto, atua no âmbito da venda e expansão do mercado consumidor de dado produto ou serviço.

A ideia de colaboração entre empresas se baseia na máxima de que nenhuma instituição produz lucro de maneira isolada: a sua atividade passa, necessariamente, pela colaboração com diversas outras figuras, num processo de cooperação com estas. Frente a dificuldade de uma empresa, individualmente, “produzir e colocar globalmente os seus produtos no mercado faz-se necessária a utilização intensa de auxiliares (intermediários) para que se possa alcançar os mercados de forma tempestiva e eficiente”⁸⁶.

Mas o agente econômico poderá, ainda, buscar a colaboração de outros empresários para a venda, aproveitando eventuais sinergias (venda indireta). Essa alternativa pode ser especialmente vantajosa em se tratando de empresas que não conhecem as particularidades do mercado em que atuarão, como ocorre nos casos de contratos internacionais de distribuição. Com a adoção do sistema de vendas indiretas, os investimentos a serem efetuados pelo empresário diminuem, na medida em que grande parte das despesas com a distribuição será assumida pelos integrantes da rede. A relação bipolar (fabricante/adquirente), típica das vendas diretas, torna-se triangular na venda indireta (fabricante/distribuidor-intermediário/adquirente).⁸⁷

Destaca-se que nos contratos de colaboração empresarial a tônica é, justamente, o aspecto associativo que as partes desenvolvem. Isso implica dizer que a relação dos contratantes tende a perdurar no tempo, sem prazo determinado, normalmente. E, na qualidade de contrato que são, o princípio da boa-fé objetiva deve ser igualmente respeitado: antes, durante e à conclusão da relação⁸⁸. Nesse sentido, se uma das funções da boa-fé objetiva é impor determinados deveres de

⁸⁶ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 8-13.

⁸⁷ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

⁸⁸ A boa-fé, prevista no art. 422 do Código Civil, consagra tanto este instituto como a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. “Quando determina esse dispositivo que os contraentes devem se ater aos princípios da boa-fé e probidade na conclusão e execução do contrato, reconhece que a proteção reúne as fases anterior e ulterior à celebração do pacto. DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

conduta aos contratantes, certo está que a atuação da empresa será diretamente influenciada⁸⁹.

As figuras mais frequentes de colaboração empresarial estão vinculadas aos institutos da agência, distribuição e representação comercial, cada qual com um regramento específico. Ocorre que, pela natureza jurídica muito similar de referidos contratos, não raro é possível se deparar com a judicialização destas relações empresariais. Para Celso de Faria Monteiro⁹⁰, “a aparente similaridade existente entre alguns desses contratos mercantis faz com que eles não raro sejam pactuados até mesmo julgados de forma confusa e equivocada, distorcendo e prejudicando o pleno atingimento dos seus objetivos”.

Justamente por esse motivo, e para maior recorte metodológico do trabalho, optou-se por investigar a natureza jurídica destes contratos, com especial atenção para os contratos de distribuição e representação contratual. A similaridade de seus conceitos pode servir de incentivo para que o colaborador pretenda o reconhecimento de determinada relação como se representação comercial fosse.

Mas quais motivos levariam o colaborador a propor ação judicial em desfavor do fornecedor? Dentre as questões mais relevantes, reclamam atenção as demandas propostas para a finalidade de se pleitear indenizações previstas para a representação contratual em relações de distribuição. Isso porque, de acordo com os artigos 27, alínea j, e 34, ambos da Lei nº 4.866/65, em determinadas situações, é possível se pleitear indenização correspondente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade, bem como o pagamento de 1/3 de comissões dos últimos 03 (três) meses da relação a título de aviso prévio – garantias que usualmente não estão estabelecidas em contratos de distribuição. Para utilizar de outras palavras, reconhecer-se determinada relação como representação comercial implica em maiores benefícios econômicos ao colaborador.

Nesse sentido, justifica-se o estudo e diferenciação entre os institutos:

A diferenciação entre contratos de distribuição e a representação comercial, longe de ser uma questão eminentemente teórica, é essencial na realidade dos agentes econômicos. Essa relevância decorre precipuamente do valor

⁸⁹ LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

⁹⁰ MONTEIRO, Celso de Faria. **As constantes divergências e pontos de comunhão entre os principais contratos de colaboração: distribuição, concessão mercantil e representação comercial**. In: *Contratos empresariais interpretados pelos tribunais*. NASCIMBENI, Asdrubal Franco. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 130.

da indenização devido no caso de denúncia contratual unilateral e imotivada do fabricante. Comprovado trata-se de representação comercial, ao representante caberá o montante calculado conforme o disposto no art. 27, j, da Lei 4.886, de 1965. No que se refere ao contrato de distribuição, o valor da indenização será deveras variável, além de acarretar a incidência do art. 473, parágrafo único, do Código Civil, com as dificuldades inerentes à determinação do prazo ali referido. Destarte, a insegurança jurídica será de certa forma evitada se estivermos diante de um contrato de representação comercial e não de distribuição, uma vez que teremos a incidência de uma “fórmula” a ser aplicada no cálculo da reparação.⁹¹

Para se analisar a pertinência do estudo proposto, convém resgatar o pensamento expresso pela doutrina a respeito das figuras contratuais de colaboração empresarial.

A respeito do tema, Rubens Requião⁹² adotou interessante categorização a respeito dos colaboradores da empresa. De acordo com o autor, tais figuras podem ser divididas entre auxiliares dependentes (empregados assalariados, gerentes, viajantes, praticistas) e auxiliares independentes (corretores, leiloeiros, representantes comerciais, agentes, distribuidores).

Os *auxiliares dependentes* são os que prestam serviços à empresa sob a condição de assalariados, subordinados hierarquicamente ao empresário, trabalhando internamente (*auxiliares dependentes internos*) ou externamente, percorrendo a clientela (*auxiliares dependentes externos*), ao passo que os *auxiliares independentes* não se subordinam hierarquicamente ao empresário, colaborando apenas em suas relações externas. Sua atividade é considerada autônoma em relação à empresa, não estando, por isso, sujeita à sua disciplina hierárquica.

Acompanhando o desenvolvimento tecnológico nas áreas da indústria e comércio, as atividades de intermediação de negócios se intensificaram, com especial destaque para a participação da figura do representante comercial nesse processo. Essa contribuição singular para o crescimento dos negócios encaminhou nações desenvolvidas, como Alemanha, Itália e Espanha, a promover a regulamentação da atividade de representação comercial. O Brasil, em consonância com este movimento, tratou de regular a questão através da edição da lei de representação comercial, a Lei nº 4.886/65.

1.4 UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO NA INTERMEDIÇÃO EMPRESARIAL

⁹¹ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

⁹² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 34. ed., vol. 1., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 263-264.

1.4.1 Contrato de Representação Comercial

Segundo define a lei dos representantes comerciais, exerce a representação comercial autônoma a pessoa física ou jurídica que, sem qualquer relação de emprego, desempenha em caráter não eventual a “mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

Importante destacar que a Lei n. 4.886/1965 trouxe diversas garantias aos representantes comerciais, como a exclusividade de área para atuação, recebimento de comissões de vendas realizadas em sua área e independentemente de participação, concessão de aviso prévio para denúncia do contrato e, especialmente, no caso de rescisão sem justo motivo pelo representado, direito ao recebimento de indenização equivalente a 1/12 avos de todas as comissões recebidas durante a vigência do contrato.

Além disso, estabeleceu a legislação em comento que, para o exercício da representação comercial autônoma, é obrigatória a inscrição perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais competente.

Outrossim, estabeleceu alguns elementos obrigatórios para fazer constar do contrato de representação comercial, como: indicação dos produtos objeto da representação; indicação de zona de atuação, com ou sem exclusividade; comissões e formas de pagamento; prazo de duração do contrato; exercício da atividade com exclusividade em favor do representado. Avançando na regulamentação da matéria, a legislação estabeleceu hipóteses de justo motivo para a rescisão do contrato de representação comercial, tanto pelo representante como pelo representado.

Com o advento do Código Civil de 2002, iniciou-se uma discussão a respeito de uma nova figura: o agente. Isso porque, em seu artigo 710, introduziu-se o instituto da agência para caracterizar a pessoa que assume, sem dependência e sem eventualidade, a obrigação de promover a realização de negócios, em zona determinada, mediante determinada contraprestação.

Segundo Washington de Barros Monteiro⁹³, o contrato de agência “nada mais é que o contrato de representação comercial regulado pela Lei n. 4.866, de 9 de

⁹³ BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil**. 34.ed., v. 5., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 309.

dezembro de 1965, com as alterações feitas pela Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992”.

Na obra atualizada de Rubens Requião, afirma-se que a representação comercial e a agência definida pelo novo Código Civil se confundem. Embora a alteração do nome após o advento da Lei n. 10.406/2002, no contrato de agência estão previstos todos os elementos do contrato de representação comercial, destacando-se: atividade permanente e profissional; autonomia; aproximação para realizar negócios; onerosidade; limitação da área de atuação.

Sintetizando a matéria, em importante artigo produzido por Leandro Santos de Aragão e Rodrigo Monteiro de Castro ⁹⁴, afirma-se que o contrato de representação comercial ou agência implica na prática habitual de atividade econômica, em espaço predeterminado, bem como consistente em realizar negócios em nome e por conta de outrem, mediante o recebimento de determinada contraprestação.

Fato é que o objeto da contratação dos institutos da agência e da representação comercial são semelhantes. ⁹⁵ A diferença, porém, está na possibilidade de o contrato de agência envolver negócios não mercantis, possibilitando desenvolvimento de negócios em outras áreas, tais como: esportiva; entretenimento; literária; financeira; de seguros; de viagens etc.

Em que pese o estranhamento inicial, parece superada a discussão a respeito da confusão entre os termos representação comercial e agência, vez que a primeira é, senão, uma espécie de instituto vinculado à última. No caso da representação comercial, tem-se que o Código Civil não revogou a Lei n. 4.886/1965, e tampouco com ela é incompatível. Ao contrário, o Código Civil e a lei dos representantes comerciais vigoram em conjunto, tendo a primeira ressalvado a aplicação de lei especial em seu art. 721.

Assim, pode-se afirmar que a nova redação trazida pelo Código Civil de 2002 a respeito do instituto da agência apenas consolidou as garantias já previstas pela legislação atinente aos representantes comerciais. Destaca-se, apenas, que a novel legislação, o contrato de representação comercial passou a vigorar com presunção de

⁹⁴ ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. **O contrato de distribuição do art. 710, caput, parte final, do Código Civil de 2002**. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 259.

⁹⁵ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30-36.

exclusividade de zona e o prazo mínimo de aviso prévio passou a ser de 90 dias – sujeito à possibilidade de prorrogação em razão de investimentos efetuados pelo parceiro comercial.

1.4.2 Contrato de Distribuição

Outra confusão trazida quando da publicação do novo Código Civil brasileiro está relacionada com a adoção do termo “distribuição” em seu art. 710, que trata da já mencionada agência. Conforme consta da redação em comento, opera-se o contrato de distribuição “quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

Sobre esse novo termo adotado – distribuição, diversos estudiosos se debruçaram sobre a matéria para esmiuçar os significados e zonas de regulamentação trazidos pela nova redação do Código Civil, sendo necessário para o desdobramento do presente trabalho analisar o alcance do termo e a sua aplicabilidade. Isso porque, alguns autores vão dividir o tema para enquadrar a distribuição ora como contrato típico, ora como contrato atípico.

De acordo com os ensinamentos de Rubens Requião ⁹⁶, a distribuição regulada nos termos do Código Civil se opera como verdadeiro contrato de representação comercial ou agência, diferindo apenas na parte em que o agente possui à sua disposição a coisa a ser negociada.

Em outros termos, quando o agente tiver condições de executar o contrato intermediado, estando a coisa a ser negociada à sua disposição, teremos o contrato de distribuição. Nessa hipótese, o agente não executa atividades por conta própria, tampouco assume os riscos da atividade. Como não há a transferência da propriedade pelo distribuído das mercadorias a serem negociadas pelo distribuidor, que poderia ser traduzida na tradicional operação de compra e venda, o agente adquire apenas o poder de executar o contrato a ser celebrado, dispondo de poderes para, eventualmente, promover a pronta entrega das mercadorias em nome do proponente.

Nesse aspecto, ter o agente à sua disposição a coisa a ser negociada não importa afirmar ser este o proprietário da mercadoria, porém apenas possuidor

⁹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 34. ed., vol. 1., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 281.

indireto dela. Assim, portanto, quando verificado que a comercialização se dá segundo as diretrizes previstas pela parte final do art. 710 do Código Civil, estaremos diante de um contrato de distribuição típico, conforme explicaremos adiante.

Na I Jornada de Direito Comercial, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2012, aprovou-se o Enunciado de n. 31 que afirma que o contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência, visto que o agente atua como verdadeiro mediador ou mandatário. Por sua vez, no contrato de “distribuição autêntico”, há comercialização direta do produto recebido do produtor pelo distribuidor, sendo que o lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco. Este enunciado informa uma classificação doutrinária dividida entre o que podemos chamar de contrato de distribuição regrado pelo Código Civil, com a roupagem que lhe é dada pelo contrato de agência previsto no art. 710 do diploma legal, e um contrato de “distribuição autêntico”, ou atípico, que obedece uma lógica muito diferente daquela em que se estabelece ter o agente “à sua disposição” a coisa a ser negociada.

Sobre a ambiguidade do termo:

É bom ressaltar que a expressão “contrato de distribuição” é ambígua, posto que engloba os contratos de distribuição em sentido estrito (que são os contratos de franquia, de concessão comercial, de distribuição seletiva, de exclusividade de vendas) e os contratos de distribuição lato (que são os contratos de comissão, agência e eventualmente corretagem).⁹⁷

Rubens Edmundo Requião⁹⁸ procura estabelecer a distinção entre o contrato de distribuição previsto pelo Código Civil, em detrimento do contrato daquele instituto que denomina “concessão comercial”. Para o autor, a Lei n. 10.406/2002 adotou regulamentação genérica a respeito do tema, em que pese o contrato de distribuição de utilização mais frequente merecer regulação autônoma.

Nesse sentido, a “distribuição comercial” difere, em muito, da “agência-distribuição”, que contempla a já mencionada hipótese de o representante ter à sua disposição a coisa a ser negociada. Ao contrário desse caso, o contrato de distribuição deve ser entendido como nos casos em que existe operação de compra

⁹⁷ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

⁹⁸ REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art 710 do Código Civil**. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. *Representação Comercial e Distribuição*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179-217.

e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, com a transferência da propriedade de um para o outro, a fim de possibilitar a revenda pelo distribuidor em determinada zona e com vinculação econômica.

No contrato de distribuição, o distribuidor obriga-se a revender, em seu próprio nome e por sua conta, os produtos adquiridos junto ao fornecedor. Diferencia-se, porém, do comerciante comum, pois os revende conforme as orientações da concedente. Tais restrições na liberdade de atuação são aceitas pelo revendedor em virtude, sobretudo, da possibilidade de ganho derivada do comércio dos artigos detidos por sua contraparte.⁹⁹

Assim, portanto, seria diferente do contrato de distribuição regido pelo Código Civil, vez que a “distribuição comercial” encerra uma operação de compra e venda entre distribuidor e distribuído, devendo ser encarado como contrato atípico, notadamente em virtude de não haver regulamentação da matéria. Nesse ponto, Silvio de Salvo Venosa¹⁰⁰ entende que se a avença contratual “tiver por objeto regular relações negociais menos comuns, ou sui generis, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descritas ou especificadas na lei, estaremos perante um contrato atípico”.

Paula Forgioni¹⁰¹ chega a afirmar que “todos os autores brasileiros que escreveram sobre contratos de distribuição afirmaram, com razão, tratar-se de um negócio atípico, porque não encontraram definição em nosso sistema normativo”.

Endossando a tese de diferenciação entre essas situações, Fábio Ulhoa Coelho¹⁰² propõe a divisão do assunto em dois campos distintos, trazendo as ideias de *distribuição-aproximação* e *distribuição-intermediação*. Segundo o autor, nos contratos de distribuição-aproximação, a figura do distribuidor assume a obrigação de promover a realização de determinados negócios por conta do proponente, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, tendo em sua posse as mercadorias a serem vendidas. Nesse caso, estaríamos tratando de contrato típico regido pelo Código Civil de 2002 e sujeito às mesmas regras.

Em contrapartida, propõe uma nova modalidade de distribuição, intitulada de *distribuição-intermediação*, que seria verdadeiro contrato atípico por não haver legislação regulamentando a matéria. Nestes casos, a sua caracterização se dá,

⁹⁹ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21.

¹⁰⁰ VENOSA, Silvio de S. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 424.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 55.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 488.

independentemente da nomenclatura utilizada, pela obrigação do distribuidor em criar, consolidar ou ampliar o mercado de produtos do distribuído, comprando deste os produtos para posterior revenda. Nesses casos, não se aplicariam as normas sobre agência e distribuição previstas pelo Código Civil, posto que seus regramentos nem sempre são compatíveis com a estrutura e função econômica da operação ilustrada.

Convém destacar:

Na distribuição atípica (por intermediação), distribuidor e distribuído têm apenas os direitos e obrigações que negociaram. Como é contrato atípico, as relações entre os seus contratantes regem-se apenas pelo contido no respectivo instrumento de contrato. A exclusividade, territorialidade, hipóteses de resolução, direito à indenização, prazo e os demais elementos constitutivos da relação contratual podem ser livremente negociados entre distribuidor e distribuído. Não há balizamentos legais nem consequências legalmente previstas para o caso de resolução. Omissos o instrumento contratual, o conflito de interesses entre os empresários contratantes *pode* ser eventualmente resolvido por aplicação analógica das regras sobre o contrato de concessão comercial, que é, dentre os de colaboração, o mais próximo à distribuição-intermediação¹⁰³.

Para o mesmo caminho apontam os ensinamentos de Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁰⁴, segundo o qual a prática mercantil adotada no Brasil há muito utiliza o termo “contrato de distribuição” para identificar a modalidade especial de parceria comercial, entendida como a operação de revenda com exclusividade pelo distribuidor.

De acordo com o mesmo autor, trata-se de contrato atípico e muito utilizado na comercialização de medicamentos e bebidas, não guardando, porém, características do contrato de agência ou de representação comercial. Aliás, ao contrário do que acontece com o contrato de agência ou distribuição regidos pelo Código Civil, nessa modalidade o distribuidor age por sua conta própria, comprando do distribuído os bens para posterior revenda. Em razão dessa peculiaridade, sua remuneração não é comissionada, porém obtida pelo resultado do lucro gerado entre a operação de compra e venda.

Em resumo, pode-se definir como contrato de distribuição se verificar os seguintes elementos: i) operação de compra e venda destinada à revenda; ii) proveito econômico do distribuidor decorre da diferença entre preço de compra e

¹⁰³ Idem, p. 488-489.

¹⁰⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002**. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 200-217.

preço de venda; iii) transferência da propriedade do bem ao distribuidor para posterior transferência de propriedade ao adquirente; iv) comercialização de bens em determinada região; v) vinculação ou subordinação econômica do distribuidor ao fabricante.

Muito além da regulamentação da operação de compra para revenda, o contrato de distribuição é embutido, geralmente, de outras cominações. Isso porque, por se tratar, via de regra, de uma relação que se pretende prolongar no tempo, convencionam-se cláusulas acessórias que determinam o grau de integração entre as partes. Nesse sentido, procura-se estabelecer as bases para um comportamento colaborativo entre as partes.

1.4.3 Contrato de Distribuição como contrato relacional

Conforme já mencionado no presente trabalho, os contratos podem ser classificados quanto ao seu grau de interesse pela parte no contrato, dividindo-se entre contratos de prestação e contratos relacionais. A respeito da última categoria, esta se identifica por tenderem a se estender no tempo; por promoverem um comportamento colaborativo entre as partes e; por haver certo grau de interdependência entre os contratantes, notadamente porque o sucesso de uma parte poderá reverter em benefício da outra.

Diante disso, pelas características já evidenciadas neste trabalho, o contrato de distribuição é certamente um contrato relacional. Tal caracterização é sobremaneira importante porque evidencia suas principais características e pode servir a guiar a sua interpretação -sobretudo no que diz respeito ao império da boa-fé objetiva.

A continuidade e prolongamento da relação entre fornecedor e distribuidor que confere ao contrato uma nota de perenidade, já que é através deste sistema que a consecução do objetivo do contrato de distribuição será atingida – promovendo a circulação de riquezas.

A categorização do contrato de distribuição como relacional não parece sem propósito:

Qualificar o contrato de distribuição como relacional salienta o papel da lealdade e da confiança como base da relação contratual, posto que a preservação do vínculo por certo tempo depende intimamente do comportamento das partes. Para a correta compreensão dessa afirmação,

cumpra examinar brevemente a boa-fé. A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do Código Civil, assume, segunda a doutrina, três papéis. Trata-se de cânone interpretativo; representa limite ao exercício de direitos subjetivos; e atua na criação de deveres jurídicos, como o de informar.¹⁰⁵

No entanto, apesar da tônica colaborativa entre as partes, através de um contrato amparado numa cooperação estrutural baseada em interesses comuns, fato é que em determinados momentos podem-se verificar interesses contrapostos entre distribuidor e fornecedor. Isso porque, o contrato de distribuição é, ao mesmo tempo, comunhão de escopo e intercâmbio. Apesar de as partes coligarem esforços porque acreditam que tal pactuação irá promovê-las a uma situação melhor do que aquela em que encontram, quando da execução de suas atividades, as partes poderão encontrar objetivos diversos, considerando que a maximização do lucro poderá ser produto da diminuição da remuneração da contraparte.

Para alguns autores, o contrato de distribuição é encarado como uma sociedade harmoniosa. Outros, porém, afirmam se tratar de um campo de batalha. Para os primeiros, a coincidência de interesses sustenta o estabelecimento de uma estratégia em comum. Para os últimos, não se poderia cogitar em interesse comum nessa modalidade de contrato, porque haveria entre as partes uma espécie de concorrência natural.

Os possíveis desencontros nessa modalidade de contrato de colaboração empresarial estão ligados a diversos fatores. Dentre estes, os mais comuns de verificarem estão ligados aos seguintes pontos: i) variação do preço no varejo e diminuição do lucro; ii) concorrência intramarca; iii) imposição de preço na revenda; iv) quebra de territórios; v) temor de grandes distribuidores; vi) aquisição de estoque mínimo; vii) aquisição de outros bens ou serviços não relacionados com o objeto principal da distribuição; viii) proibição de abastecimento paralelo de peças de reposição; ix) cobiça pelo mercado distribuído; x) cobiça pelo mercado de prestação de serviços pós-venda; xi) interesse do fornecedor cimentar rede de distribuição para impedir utilização por concorrente.

Justamente por isso que

O contrato de distribuição não pode ser compreendido senão depois de analisado o emaranhado de interesses existente em seu seio. Nele, o conflito e a aliança convivem como em poucas avenças; desconfiança e confiança na outra parte são simultâneas porque bem se sabe que o

¹⁰⁵ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

comportamento oportunista está à espreita, escondido atrás de um objetivo comum. Sem destrinçarem essa teia, estarão destinados à parcialidade os estudos sobre abuso de poder e da dependência econômica, bem como será impossível sabermos a real função do contrato de distribuição. Ora, se a adoção de uma conduta oportunista implica a perseguição egoísta da convivência individual, é preciso identificar com exatidão os interesses de cada uma das partes que se amalgamam no negócio.¹⁰⁶

Em resumo, pôde-se observar que o empresário se socorre historicamente da atividade de auxiliares independentes para a expansão de seus negócios no mercado. Para tanto, estabelece relações com determinados sujeitos do mercado para impulsionar a sua atividade, o que se normalmente se dá pelo estabelecimento de contratos representação comercial, agência ou distribuição.

Como visto, a Lei n. 4.886/1965 estabeleceu a regulamentação da atividade do representante comercial, dispondo a respeito de diversos requisitos para atuação neste ramo, inclusive com o estabelecimento de garantias especiais para o representante no caso de rescisão imotivada do contrato, com indenização estabelecida no patamar mínimo de 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante o prazo de vigência do contrato.

Com o advento do Código Civil, especialmente por seu art. 710 e seguintes, foram inseridas novas regulamentações a respeito do tema com os institutos da agência e distribuição. Em que pese a polêmica inicial, o entendimento predominante, e defendido neste trabalho, é o de que o contrato de representação comercial se confunde com o de agência, visto que a nova lei não esgotou a matéria em comento.

Além da agência, a redação do Código Civil trouxe a figura da distribuição que, complementando as características da agência, difere-se exclusivamente no ponto em que coloca à disposição do distribuidor a coisa a ser negociada, operação tratada pela doutrina como contrato típico. Entretanto, quando se falar em contrato de distribuição que engloba operação de compra e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, teremos verdadeiro contrato atípico, visto que não houve regulamentação pela legislação brasileira a respeito da matéria.

Em contrapartida, propõe uma nova modalidade de distribuição, intitulada de *distribuição-intermediação*, que seria verdadeiro contrato *atípico* por não ter a legislação regulamentado a matéria. Nestes casos, a sua caracterização se dá, independentemente da nomenclatura utilizada, pela obrigação do distribuidor em

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

criar, consolidar ou ampliar o mercado de produtos do distribuído, comprando deste os produtos para posterior revenda. Nestes casos, não se aplicariam as normas sobre agência e distribuição previstas pelo Código Civil, posto que seus regramentos nem sempre são compatíveis com a estrutura e função econômica da operação ilustrada. A respeito do tema, vale destacar parte do texto:

Na distribuição atípica (por intermediação), distribuidor e distribuído têm apenas os direitos e obrigações que negociaram. Como é contrato atípico, as relações entre os seus contratantes regem-se apenas pelo contido no respectivo instrumento de contrato. A exclusividade, territorialidade, hipóteses de resolução, direito à indenização, prazo e os demais elementos constitutivos da relação contratual podem ser livremente negociados entre distribuidor e distribuído. Não há balizamentos legais nem consequências legalmente previstas para o caso de resolução. Omissos o instrumento contratual, o conflito de interesses entre os empresários contratantes *pode* ser eventualmente resolvido por aplicação analógica das regras sobre o contrato de concessão comercial, que é, dentre os de colaboração, o mais próximo à distribuição-intermediação¹⁰⁷.

Toda essa discussão a respeito das diversas categorias de intermediação comercial ressalta a importância da proposta de “Novo Código Comercial”, materializada pelo projeto de lei nº 1572/2011, que tramita perante a Câmara dos Deputados. O projeto representa uma tentativa de se aprofundar conceitos a respeito dos contratos de colaboração empresarial, sobretudo os traduzidos pelas figuras do mandato mercantil, gestão de negócios, comissão mercantil, agência, distribuição, concessão mercantil, franquia empresarial, dentre outros.

Para os propósitos deste trabalho, resta claro que a proximidade entre os conceitos de representação comercial e distribuição, por exemplo, pode servir de estímulo ao comportamento oportunista. Novamente, vale dizer que para Análise Econômica do Direito, a questão do comportamento oportunista em destaque é compreendida por diversos autores e em diversos cenários. Para Richard Posner¹⁰⁸, por exemplo, o oportunismo pode ser explicado como o comportamento de alguém que, despertando a confiança de outrem, promove sua exploração para obter lucro. Para Oliver Williamson¹⁰⁹, o oportunismo é compreendido como “o agir malicioso visando o autointeresse¹¹⁰”, estando em manifesta contraposição à ideia de

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 488-489.

¹⁰⁸ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 2007, p. 93.

¹⁰⁹ WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 6.

¹¹⁰ KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 144.

confiança. Temos, ainda, em Timothy J. Muris ¹¹¹ que o oportunismo pode ser reconhecido quando uma das partes age de maneira a propiciar uma transferência de riquezas à outra parte em prejuízo das previsões contidas em contrato.

Explorada, sucintamente, a ideia de comportamento oportunista para a teoria econômica, pretende-se, no presente estudo, demonstrar que a judicialização de contratos de colaboração empresarial, com recorte nos contratos de representação comercial e distribuição, pode denunciar uma tentativa de aproveitamento indevido por parte do colaborador, em manifesta violação aos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé objetiva¹¹².

¹¹¹ “A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party’s understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement’s explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer—a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior”. MURIS, Timothy J. **Opportunistic behavior and the law of contract**. In *Minnesota Law Review*, 1980, p. 521.

¹¹² “Good faith is the exact opposite of opportunism. In as much as the absence of opportunism is a presupposition underlying all of contract law, good faith may be said to “irrigate” all of it. In this sense it is a guiding principle underlying many specific crystallizations, but it is too general to be applied routinely given the need for certainty of the law. Yet where it is used, residually, to combat unusual or novel forms of opportunism for which no other “anchor” appears to be readily available, it could be seen as an open-ended rule allowing courts to engage in policy-making, filling gaps through which opportunism might otherwise creep in. MACKAAY, Ejan. **Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis**. CIRANO – Scientific Publications 2011s-74, 2011, p. 169.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

No presente capítulo, será introduzido o estudo da Análise Econômica do Direito para explicá-la não como uma matéria ou um objeto de estudo, mas como um método de análise do Direito através dos instrumentos e postulados da Economia.

Neste tópico, há um resgate de preceitos fundamentais, notadamente quanto às noções de escassez de recursos; custo de oportunidade; maximização dos benefícios; eficiência; equilíbrio.

Feitas essas digressões, resgata-se a evolução histórica das teorias da Análise Econômica do Direito, que tem em Ronald Coase, a partir de “The Nature of the Firm”, uma preocupação mais detida com relação ao objeto de estudo.

Após, resgata-se a finalidade do direito contratual em uma perspectiva econômica para introduzir a análise da Teoria dos Custos de Transação, fundamental para o desenvolvimento do trabalho.

Por fim, resgatam-se as construções teóricas a respeito do comportamento oportunista e a sua relação com a boa-fé objetiva.

2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No presente estudo, promove-se uma aproximação entre duas áreas do conhecimento: Direito e Economia. O Direito poderia ser definido, de maneira muito singela, como a arte de regular o comportamento humano. Por sua vez, a Economia compreende a ciência responsável por investigar como os agentes se comportam em um ambiente em que os recursos são escassos.¹¹³ Nesta pesquisa, investiga-se o comportamento de um dado agente econômico através da teoria dos custos de transação, que possibilitará uma nova compreensão de um fenômeno jurídico.

Interessante notar que o termo “economia” é rapidamente associado a algumas figuras: instituições financeiras, mercado de capitais, taxa de juros, índice

¹¹³ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. In: O que é análise econômica do direito: uma introdução. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-18.

de crescimento econômico, inflação, desemprego, produto interno bruto, dentre outros. Ocorre que quando se trata de “análise econômica” não se pretende designar um objeto de estudo, como as relacionadas aos termos anteriormente destacados. Ao contrário disso, a análise econômica importa em se apropriar de um método capaz de investigar problemas relacionados às escolhas dos agentes econômicos. Assim, toda manifestação de vontade pode ser analisada através do instrumental da economia.

O movimento batizado de “Análise Econômica do Direito”, ou *Law and Economics*, pode ser definido como a utilização do instrumental da teoria econômica para análise da formação, estrutura e impacto das normas e instituições jurídicas. Trata-se de uma área do conhecimento que empresta o arcabouço teórico e empírico da seara econômica para permitir uma maior compreensão das normas jurídicas, sobretudo no que diz respeito às suas consequências.

Nesse sentido, pode-se dizer que os estudiosos da AED acreditam ser importante e fundamental investigar as consequências no mundo real das normas a que se submete a sociedade.

A análise econômica do direito retoma a razão de ser das instituições jurídicas. Postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las. A análise econômica do direito não se limita aos “aspectos econômicos” em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, pretende explicitar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões. Nisso a análise econômica do direito concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina. A de desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas.¹¹⁴

Necessário advertir, no entanto, que o nome emprestado ao movimento não representa com fidedignidade as complexas e diferentes formas de raciocinar e aplicar as teorias econômicas. Apesar disso, as linhas de pensamento da Análise Econômica do Direito estão reunidas numa mesma classificação pelo fato de manterem relativa similitude e consenso em seus principais conceitos¹¹⁵.

¹¹⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7-8.

¹¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação?** Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo, n. 77, mai-jun. 2006.

De acordo com Pinheiro e Saddi ¹¹⁶ , pode-se afirmar que existe certa similaridade entre os autores quanto à definição das bases da Análise Econômica do Direito.

A primeira premissa estabelecida por seus estudiosos é de que os agentes econômicos atuam de forma racional para maximizar os proveitos. Assim, pondera a respeito dos custos e benefícios de uma determinada ação.

A segunda premissa é de que o agente econômico efetua uma análise a respeito dos incentivos para a prática de uma determinada conduta.

A terceira premissa está relacionada à ideia de que as regras legais funcionam como uma forma de incentivar ou inibir condutas racionais dos indivíduos.

Os estudos da teoria econômica auxiliam na interpretação da ciência jurídica uma vez que àquela compete explorar as implicações da assunção de que o homem é um maximizador racional de seu próprio interesse. Daí deriva o “potencial de previsibilidade das condutas promovidas a partir de estímulos normativos, fator que é uma das bases da moderna AED”. ¹¹⁷

Dentro dessa seara do conhecimento, divide-se a compreensão da Análise Econômica do Direito em dois segmentos: uma análise descritiva dos fatos (positiva) e uma análise prescritiva (normativa).

À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.¹¹⁸

Para melhor compreensão dos instrumentos oferecidos pela análise econômica para a compreensão do mundo jurídico, necessário resgatar alguns postulados, que servem de ponto de partida para a compreensão do Direito através das lentes da Economia.

¹¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 88.

¹¹⁷ JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Steven Shavell e o Preço do Processo: notas para uma análise econômica do Direito Processual. In: **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Salvador: Jus Podivum, 2008, p. 193.

¹¹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51-52.

2.1.1 Postulados da Análise Econômica do Direito

Para melhor compreensão da Análise Econômica do Direito, importante destacar alguns postulados comumente utilizados por seus estudiosos que auxiliam na compreensão da dimensão dos seus escritos.

Em primeiro lugar, afirma-se que os *recursos são escassos*. Apesar de ser uma afirmação muito básica para qualquer economista, fato é que, para os operadores do Direito, essa compreensão é por vezes ignorada.

Um exemplo clássico disso está vinculado à crescente “judicialização da saúde”, expressão utilizada para designar o fenômeno em que o cidadão se utiliza do Poder Judiciário para compelir o Executivo ao fornecimento de medicamento não incluído nas listas oficiais de dispensação de fármacos. Nessa perspectiva, o sucesso da demanda judicial, que pode comportar o sequestro de valores de ente federado, causará uma diminuição nos recursos disponíveis para aplicação em outras atividades ou compra de medicamentos regularmente fornecidos pelo Poder Executivo.

Se os recursos não fossem limitados, não haveria que se pensar em qualquer problema na alocação dos mesmos, pois “todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas”.¹¹⁹

A compreensão da ideia de escassez dos recursos impõe o reconhecimento da necessidade de se fazer escolhas. Toda escolha, no entanto, pressupõe um certo custo (*trade-off*), uma vez que será necessária a alocação de recursos em dada ação para a consecução de algum objetivo.

O adágio “a cada escolha, uma renúncia” é percebido pelas teorias econômicas, mas substituído pela expressão *custo de oportunidade*, utilizada para designar a opção preterida pelo agente.

Em outras palavras, se a escolha para o período de férias de uma família for uma viagem, a opção de ficar no aconchego do lar será designada como o custo de oportunidade (aquilo que deixou de ter). Trata-se do preço, implícito ou explícito, que se paga em razão de uma das opções realizadas. Quando se menciona o termo

¹¹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

preço ou custo não se quer designar, todo o sempre, um valor monetário propriamente dito.

No processo de tomada de decisão, ao se deparar o agente com a necessidade de realização de uma escolha ante a escassez de recursos, reconhece-se que há um exercício de ponderação entre os custos e benefícios de cada opção. Diante de uma avaliação própria, o agente fará a opção pela situação que maximizará suas utilidades, compreendida como aquela que melhor irá lhe causar um bem-estar. Em razão disso, afirma-se que a *atitude do agente é racional maximizadora*.

Nessa perspectiva, entende-se que os indivíduos fazem escolhas que representam a ideia mais compatível com seus próprios interesses. Faz-se um juízo de valor através do qual se promove uma escolha em que os custos foram superados pelos benefícios esperados.

Além destas categorias, assim como no Direito, reconhece-se que os *agentes econômicos respondem a incentivos* para a adoção de um dado comportamento. Pode-se dizer que, a partir de normas jurídicas, ou mesmo de precedentes judiciais, criam-se incentivos para determinados comportamentos, sobretudo em virtude da estabilização das regras do jogo. Em outras palavras, tanto a legislação quanto a jurisprudência têm a capacidade de interferir em condutas futuras da coletividade.¹²⁰

As regras jurídicas a respeito da responsabilidade civil ilustram esta ideia. Isso porque, potenciais causadores de danos são induzidos a evitar lesão a algo ou alguém, sob pena de serem responsabilizados com seu próprio patrimônio. A mesma ideia pode ser observada no regime de proteção à propriedade industrial, já que, quanto mais mecanismos forem criados para privilegiar a defesa da inovação, menores serão os incentivos para a circulação ou criação de novos inventos a partir dos já existentes.

A regulamentação do trânsito acompanha o mesmo raciocínio: os condutores estão em constante exercício de ponderação a respeito dos limites de velocidade estabelecidos para as rodovias. Ultrapassar o limite imposto poderá resultar em imposição de penalidade de multa e, circunstancialmente, atrair a suspensão do direito de dirigir. A probabilidade de tais ocorrências induz a maior parte dos condutores a respeitar as condições impostas pela legislação.

¹²⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22. v. 5, n.2, mar. 2008, p. 127.

No entanto,

É importante notar também que incentivos legais podem gerar efeitos em direções opostas. Por exemplo: a eliminação do foro privilegiado para congressistas poderia causar alguma diminuição da corrupção (fruto de maior temor da sanção criminal), mas poderia também causar diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas (fruto do maior temor da perseguição política). Isso quer dizer que a aplicação da Teoria dos Preços serve muito mais para apontar os *tradeoffs* (isto é, os custos e benefícios das possíveis escolhas) do que para indicar verdades absolutas. A visualização de *tradeoffs* torna o processo decisório mais transparente e, portanto, mais democrático.¹²¹

A aproximação das teorias jurídicas e econômica permite aos operadores do Direito identificar formas de maximizar recursos disponíveis visando a otimização de sua utilização. Tal objetivo pode ser conquistado mediante o reconhecimento do instrumental jurídico como ferramenta apta a incentivar determinados comportamentos em sociedade.

Procurar meios para que a lei possa fazer justiça é uma das grandes missões do direito – em qualquer sistema. Essa é uma missão de honra, na qual o direito vem tendo bastante sucesso. Mas o direito também pode estar relacionado com o uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade; ele pode criar incentivos para que as pessoas se comportem de maneira mais produtiva, ou mesmo mais justa. O moderno estudante de direito precisa saber os dois aspectos da matéria – suas habilidades para a justiça e para a criação de incentivos para o comportamento eficiente. É comum que esses dois objetivos possam ser alcançados simultaneamente e não estejam em tensão um com o outro.¹²²

É possível afirmar, pois, que o estudo do Direito é refinado quando da utilização dos instrumentos desenvolvidos pela teoria econômica, sobretudo porque esta disponibiliza uma teoria a respeito do comportamento, que permite predizer qual será o comportamento das pessoas frente a um dado incentivo.¹²³

Tais situações poderão ser observadas a partir da modificação de uma dada lei ou através de uma decisão que provenha do Poder Judiciário, por exemplo. Se um precedente for favorável a um consumidor em uma dada relação, todos os demais consumidores na mesma situação poderão ser incentivados a demandar contra seus fornecedores para obtenção do mesmo direito.

Um mesmo objetivo, no entanto, pode ser perseguido com incentivos muito diferentes entre si. É o que ocorre com as regras relacionadas à aquisição de bens

¹²¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22. v. 5, n.2, mar. 2008, p. 21-22.

¹²² COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 08-09.

¹²³ Idem, p. 25.

furtados oriundos de alguns países europeus e com a regra estadunidense. Para ilustrar:

A regra norte-americana coloca todo o risco sobre o comprador, ao passo que a regra europeia coloca o risco sobre o proprietário original. A regra norte-americana dá aos compradores um incentivo extra para verificar se o vendedor é realmente o dono. A regra europeia dá aos proprietários um incentivo extra para proteger sua propriedade contra o furto.¹²⁴

Reconhecido o Direito como instrumento capaz modelar as relações entre as pessoas, é preciso de se ter em mente quais os impactos na distribuição ou alocação de recursos, bem como quais os eventuais incentivos que determinada norma ou decisão judicial poderá provocar no comportamento dos agentes econômicos.¹²⁵

Uma das preocupações das ciências econômicas se relaciona com o estudo dos incentivos, que revelam como certos fatores podem influenciar nas escolhas das pessoas. Para tal investigação, parte de seus estudiosos adota a premissa de que as pessoas realizam escolhas racionais, assim considerada aquela que é feita de uma maneira “deliberada e consistente por agentes que têm preferências transitivas e completas e procuram maximizar o retorno esperado que extraem dessas preferências dentro de suas restrições orçamentárias”.¹²⁶

Com o reconhecimento da premissa de que as pessoas (agentes) são seres racionais e respondem a incentivos de maneira lógica, é possível, então, analisar-se a teoria jurídica através de outra perspectiva.¹²⁷

Vale dizer que a

[...] literatura de Análise Econômica do Direito recomenda que a lei deve dar incentivos para que os agentes ajam da forma que resulte na mesma alocação de recursos que resultaria caso custos de transação fossem baixos. Nas palavras de Coase, “os tribunais devem compreender as consequências econômicas de suas decisões e devem, até o ponto que isto for possível e sem criar muitas incertezas a respeito da posição legal

¹²⁴ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 169.

¹²⁵ ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: Direito e Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 18.

¹²⁶ FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. **Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação**. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, nº 1, p. 109-121, jan./jun., 2012, p. 110.

¹²⁷ SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: Direito e Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 79.

propriamente dita, levar em consideração estas consequências ao tomar suas decisões”.¹²⁸

Por sua vez, as regras e precedentes judiciais resultam em certeza jurídica para os agentes econômicos, que poderão eleger as melhores condutas diante da previsibilidade do resultado de suas ações.

Tal situação ocorre em virtude da diminuição dos chamados “custos de transação”. Além disso, o *stare decisis* poderá implicar em um desincentivo para o litígio em algumas situações, uma vez que a previsibilidade do resultado induz o comportamento dos agentes econômicos¹²⁹.

Por outro lado, os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos. No exemplo anterior, um juseconomista se perguntaria (i) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico), que não incide sobre o patrimônio histórico-cultural e (ii) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose). Muito provavelmente, apenas após ser capaz de responder minimamente a estas duas perguntas um juseconomista se aventuraria em questões normativas. Essa é a distinção fundamental entre a abordagem juseconômica e as abordagens tradicionais do direito.¹³⁰

Além disso,

A proposta da teoria dos incentivos, como aponta MYERSON (2008) permite uma ampliação da aplicação da teoria econômica para analisar a eficiência dos incentivos de praticamente qualquer instituição social. Assim, ela permite um avanço da teoria econômica entendida como método para grande diversidade de instituições do mercado¹³¹.

¹²⁸ MULLER, Bernardo. **Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito & Economia**. In: Direito e Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 97.

¹²⁹ GORGA, Erica. Common law é mais eficiente do que a civil law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 158.

¹³⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010, p. 21-22.

¹³¹ KLEIN, Vinicius. **A Economia dos Contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: CRV, 2015, p. 149.

Em resumo, as regras jurídicas, nas quais incluídas as decisões judiciais, devem ser observadas pela “estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos”¹³². Dito de outra forma, apesar de não alterarem as preferências do agente econômico, certamente as regras jurídicas ou determinados incentivos modulam as efetivas escolhas.¹³³

Ora,

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.¹³⁴

Para além disso, importante notar em que espaço se dará a tomada de decisão do agente econômico: se em ambiente hierárquico ou mercadológico.

Em se tratando de uma estrutura hierárquica, as regras de comando poderão determinar as decisões a serem adotadas. Pode-se citar como exemplo as relações familiares, de trabalho, ou mesmo militares. No caso de se tratar de um ambiente de mercado, a conduta dos agentes é produto da livre interação entre estes. É nesse espaço, o mercado, que os agentes poderão barganhar com os demais por meio da cooperação. Em contraponto, em um esquema de hierarquia, as condutas são predeterminadas por certas regras de conduta.

No que diz respeito às interações no ambiente mercadológico, o comportamento racional maximizador fará com que os agentes econômicos realizem trocas para obtenção de benefícios. Essas trocas serão realizadas até o limite máximo, em um ponto que se designa por *equilíbrio*. O referido termo é utilizado para designar um provável resultado de certa modificação em incentivos dos agentes.

¹³² BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 28.

¹³³ PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência: problema agente-principal. In: **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 103.

¹³⁴ GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 25.

Nessa perspectiva, o equilíbrio é verificado quando os agentes envolvidos maximizam seus próprios interesses. Assim, por exemplo, uma lei “é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político”¹³⁵.

Num panorama geral, pode-se assim destacar como um postulado importante a *eficiência*, que encerra a ideia de minimização de custos e maximização de resultados. Assim, portanto, uma determinada ação será considerada eficiente se não puder aumentar seus benefícios sem a necessidade de aumentar os custos envolvidos.

2.1.2 Gerações da Análise Econômica do Direito

O diálogo entre Direito e Economia não é tema recente. Esta relação fora desenvolvida, inclusive, por economistas clássicos. Adam Smith (1723-1790), por exemplo, tido como pai da economia moderna, na obra “Riqueza das Nações”, defendia a liberdade de concorrência como modelo para melhor promover a alocação de recursos. O autor considerava que, sem a interferência do Estado, os preços seriam livremente pactuados no mercado, atingindo-se equilíbrio pela lei da oferta e da procura.

Jeremy Bentham (1748-1832), outro economista clássico, desenvolveu seus estudos numa perspectiva em que os conceitos de dor e prazer servem ao agente econômico como estímulos para a tomada de decisões. Assim, portanto, o homem empregaria atividades que fossem capazes de lhe proporcionar o prazer, evitando-se ações capazes de lhe imputar dor.¹³⁶

Os referidos autores são designados como integrantes da “Escola Institucionalista”, que teve nos Estados Unidos grande aprofundamento. Para os institucionalistas, os modelos tradicionais de análise não seriam suficientes para interpretar os fenômenos sociais. Para os adeptos desta corrente, seria necessária a compreensão de todo um contexto histórico, social e das instituições para explicar

¹³⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

¹³⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Barauna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

os fenômenos. Justamente por essas considerações que os economistas passaram a se preocupar com o Direito.¹³⁷

Foi apenas com um trabalho pioneiro de Ronald Coase, intitulado “*The Nature of the Firm*”, de 1937, que a Economia passou a reconhecer que não se regula exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos contratos.

O autor conseguiu evidenciar que todas as atividades abrigadas em uma empresa são efetuadas através de um conjunto de contratos devidamente desenhados.¹³⁸ Para ele, as empresas devem ser compreendidas como instituições integrantes do sistema econômico, sendo que a sua existência está diretamente relacionada com os “custos de transação”.

Dito em outros termos, as empresas têm reconhecida sua utilidade no momento em que agentes econômicos consideram que realizar o máximo de operações dentro de um mesmo ambiente rechaça a ocorrência de custos desnecessários.

O marco teórico da proposição do paradigma contemporâneo do estudo integrativo direito-economia reside nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase (Universidade de Chicago), *The Problem of Social Cost* (1960), de Guido Calabresi (Universidade de Yale), *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) e Gary Becker (Universidade de Chicago), *Crime and Punishment: An Economic Analysis of Law* (1973). Contudo, não devemos esquecer a influência marcante de Aaron Director na Universidade de Chicago desde a segunda metade dos anos 1940. Outro marco importante foi a criação, também na Universidade de Chicago, do *Journal of Law and Economics*, em 1958, que se tornou o principal meio de divulgação dos trabalhos e pesquisas na área.¹³⁹

A respeito do citado Aaron Director, do Departamento de Economia da Universidade de Chicago, coube a ele chamar a atenção dos operadores do Direito a respeito dos benefícios de uma análise do ordenamento jurídico através das lentes da economia.

Tal desiderato foi atingido pela elaboração de estudos a respeito dos benefícios ou malefícios da intervenção do Estado nos mercados – que ocorria justamente em razão da depressão econômica que atingiu os Estados Unidos nos

¹³⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

¹³⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 13.

¹³⁹ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 17.

anos 40 e 50 do século passado. Além disso, o autor promoveu estudos a respeito de leis trabalhistas, regulação de bens mobiliários, dentre outros temas relevantes para o Direito.

Apesar de grandes trabalhos desenvolvidos, foi somente a partir dos anos de 1960 que o movimento *Law and Economics* atingiu reconhecimento, sobretudo em razão da publicação do trabalho “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald Coase, que relacionava temas especificamente econômicos, como a questão do custo social dos efeitos externos.

Nesse segmento, igualmente relevante o trabalho publicado por Guido Calabresi, da Universidade de Yale, que fora intitulado “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”. Tal trabalho evidenciou a relevância de analisar os impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil (legal ou judicial).

De acordo com Mackaay, três acontecimentos, entre 1973 e 1980, fizeram com que a Análise Econômica do Direito passasse a ser aceita e estudada pelos juristas: a criação em 1972 do “*Journal of Legal Studies*” e a primeira publicação de R. Posner, “*Economic Analysis of Law*”, tratando de uma introdução ao *Law and Economics*, ambas da Universidade de Chicago; e a criação em 1971 por Henry Manne do *Economics Institutes for Law Professors*, que ministrava seminários de curta duração acerca de conceitos de economia e sua aplicação ao Direito, cujo público-alvo era composto por advogados, juízes e professores de Direito.¹⁴⁰

Richard Posner é considerado um dos fundadores do movimento da Análise Econômica do Direito. Apesar do reconhecimento de Ronald Coase como um novo institucionalista, afirma-se que este não desenvolveu essa corrente de pensamento. Por atuar como juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, Posner chamou a atenção de juristas para a AED, sobretudo porque procurou promover a aplicação da teoria econômica nos casos concretos.

A estes diversos autores se seguiram diversos outros, que em essência, ao adotarem postulados da Economia, contribuem para as reflexões a respeito eficiência do próprio Direito. Isso porque, a Análise Econômica do Direito, na

¹⁴⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

qualidade de uma interrelação entre áreas do conhecimento, promove um novo enfoque, ou melhor, parafraseando Guido Calabresi, uma *nova vista da catedral*.¹⁴¹

2.2 TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO: Finalidade do direito contratual e o contrato na Teoria de Custos de Transação

Registradas as considerações a respeito do que vem a ser a Análise Econômica do Direito, com destaque a seus postulados e a evolução histórica de seus principais autores, a presente seção pretende resgatar uma visão a respeito da finalidade do direito contratual para a economia.

Tais considerações serão fundamentais para construção dos tópicos que seguem, sobretudo no que diz respeito à teoria dos custos de transação e a introdução do conceito de comportamento oportunista.

2.2.1 Finalidade do Direito Contratual

Para a teoria econômica, o direito contratual é compreendido como um instrumento que envolve partes dispostas a cooperar entre si, coordenando livremente suas condutas, com o objetivo de promover a produção e circulação da riqueza.¹⁴²

Referidas trocas podem levar a melhorias de Pareto¹⁴³, visto que, em uma certa alocação de bens em um grupo de indivíduos, poderão se observar a existência de efetivas trocas entre as pessoas se ao menos um dos indivíduos puder ficar em situação melhor ao mesmo tempo em que ninguém piorar de situação. Em

¹⁴¹ Entre 1892 e 1893, Claude Monet pintou uma série de quadros que tinham um tema único: a catedral de Rouen, no noroeste da França. A igreja fora reproduzida em cerca de 30 telas, cada qual capturando a cena em algum momento, em alguma estação, sob algum feixe de luz, com cores e formas diferentes em cada versão. A Análise Econômica do Direito opera como tal, possibilitando uma série de novas interpretações a respeito de um mesmo fenômeno.

¹⁴² ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, 2007, p. 13.

¹⁴³ O “Ótimo de Pareto” ou “Pareto Eficiente” se refere à teoria desenvolvida pelo italiano Vilfredo Pareto que representa impossibilidade de alterar qualquer situação entre as partes sem que alguma delas seja prejudicada. Desta maneira, impede-se o incremento da situação de uma das partes às custas da contraparte. Assim, o Ótimo de Pareto “é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros. Neste exatomento está caracterizado o critério de eficiência de Pareto”. DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40-41.

razão disso, trocas compreendidas como vantajosas para as partes envolvidas são logicamente eficientes.

Quando referidas trocas acontecem em um mesmo momento, não existem grandes dificuldades aos agentes econômicos, visto que somente devem se preocupar com a fixação da quantidade e do preço. São transações, portanto, que ocorrem sem grande dependência do direito contratual.

Existem certas trocas, no entanto, que não se perfectibilizam em um mesmo momento, de maneira simultânea. Tais situações envolvem promessas.

Muitas trocas ocorrem instantânea e simultaneamente, como quando um comprador paga mercadorias em dinheiro numa mercearia. Numa troca simultânea, instantânea, há poucas razões para se prometer alguma coisa. Fazer promessas, entretanto, normalmente implica *trocas diferidas* – isto é, transações que implicam a passagem do tempo para que sejam concluídas. Por exemplo: uma parte paga agora e a outra promete entregar mercadorias mais tarde (pagamento em troca de uma promessa); uma parte entrega mercadorias agora e a outra promete pagar mais tarde (mercadorias em troca de uma promessa); ou uma parte promete entregar mercadorias mais tarde, e a outra promete pagar quando as mercadorias forem entregues (promessa em troca de promessa).¹⁴⁴

Estritamente ligado à ideia de promessa está a concepção de confiança numa relação contratual. Quando as partes contratam prestações que não se resolvem simultaneamente, é certo que tais operações somente serão pactuadas se ambos os agentes envolvidos depositarem a esperança de que a referida promessa será, de fato, executada.

Para Richard Posner¹⁴⁵, quando as trocas entre os agentes econômicos não se dão de maneira simultânea, notam-se duas preocupações: contingências imprevistas e o oportunismo, conceito que será adiante desenvolvido, mas que desde já deve ser compreendido como a ação de alguém que, despertando a confiança de outrem, age para explorar a outra parte com o desiderato de auferir determinado benefício (lucro).

O objetivo do direito contratual é justamente promover a confiança para que as pessoas possam cooperar entre si, promovendo a criação e circulação de riquezas. Sem uma organização jurídica que dê executoriedade aos contratos livremente pactuados entre as partes, certamente não se veriam maiores incentivos

¹⁴⁴ COOTER; Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 208.

¹⁴⁵ POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law*, 2007, p. 93.

para que as partes pudessem confiar uma na outra, impedindo que as transações fossem celebradas e realizadas.

A inexistência de um arranjo jurídico apto a suportar a exequibilidade de um dado contrato reduziria o grau de eficiência das relações. Isso porque, fatalmente, certos bens, que dependem de prazos alongados para serem produzidos, não seriam executados em razão da falta de confiança e cooperação entre as partes envolvidas.

Pode-se afirmar que a razão de ser do direito contratual é promover a confiança e a colaboração entre as partes, evitando sobretudo um comportamento oportunista.

Para além disso, os contratos servem para reduzir os custos de transação, preencher de maneira eficiente certas lacunas de contratos incompletos, bem como para garantir um cumprimento eficiente dos pactos celebrados ¹⁴⁶

De acordo com Cooter e Ulen¹⁴⁷, são seis as finalidades do direito contratual:

1. Possibilitar que as pessoas cooperem convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas.
2. Incentivar a divulgação eficiente de informações dentro da relação contratual.
3. Assegurar o compromisso ótimo com o cumprimento do contrato.
4. Assegurar a confiança ótima.
5. Minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações padrão eficientes.
6. Promover relações duradouras, que resolvem o problema da cooperação recorrendo menos aos tribunais para fazer cumprir os contratos.

Como acima destacado, em uma perspectiva econômica, verificam-se diversas as pretensões do instrumento contratual. No geral, registra-se que a intenção do direito contratual é promover trocas eficientes entre agentes econômicos. Se o câmbio de ações pode deixar de ser levado a cabo, torna-se fundamental investigar o processo das trocas voluntárias e as principais situações que podem atingir a realização dos pactos.

2.2.2 O contrato na Teoria dos Custos de Transação

¹⁴⁶ TREBILCOCK, Michael J. *The limits of contract*, 1993, p. 16.

¹⁴⁷ COOTER; Robert. ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 237.

Destacou-se, anteriormente, que a Economia é a ciência das escolhas humanas. Para a teoria econômica tradicional (neoclássica), essas escolhas se dão de maneira racional, baseada na maximização das utilidades do agente econômico e na promoção do autointeresse. Essa é a base da linha de pensamento da Análise Econômica do Direito adotada pela Escola de Chicago.

Tanto para a escola da Economia Institucional quanto para a Nova Economia Institucional (NEI), o processo de escolha do agente econômico tem a sua racionalidade influenciada pelas instituições – que representam, de forma sucinta, as regras do jogo. Elas estabelecem “um complexo de ações possíveis, que devem ser consideradas como parte de um sistema, e que compõe o sistema formal de instituições, quando incorporadas pelo direito, e o informal, na hipótese de não incorporação”.¹⁴⁸

Reconhecendo-se a importância destas variáveis sobre o comportamento racional do agente econômico, os denominados institucionalistas acabam por promover uma reação ao pensamento abstrato que guia o estigma neoclássico. Em decorrência disso, acabam por ter uma visão mais próxima da realidade a respeito do comportamento das pessoas.

Da obra de John R. Commons, intitulada “*Legal Foundations of Capitalism*” (1924), é possível destacar algumas bases para a compreensão do pensamento institucionalista: i) as instituições influenciam o comportamento humano; ii) a interação entre agentes econômicos e instituições é um processo evolutivo; iii) reconhece-se a importância de intercâmbio de conhecimento com outras áreas, incluindo-se Direito, Psicologia, História, Antropologia, etc.

Por seu turno, a Nova Economia Institucional (NEI) se aproxima da Economia Institucional ao se debruçar nos estudos sobre as instituições. O termo “nova”, no entanto, separa as duas correntes de pensamento em razão de seus integrantes concordarem com algumas críticas lançadas com o pensamento anterior (sobretudo no que diz respeito à ausência de preocupação com o estabelecimento de uma base teórica, bem como tratar de metodologia muito indutiva e descritiva).

A principal crítica da Teoria dos Custos de Transação se dirige às premissas da Teoria Econômica Neoclássica e à presunção de perfeição do mercado. O mercado, para a teoria neoclássica, encontra o perfeito

¹⁴⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e a Nova Economia Institucional. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 122.

equilíbrio entre oferta e demanda, não se concedendo relevância para variáveis relacionadas ao custo de se negociar ou fazer cumprir acordo. Ocorre que, em relações reais de mercado, tais custos são sempre presentes e influem diretamente na interação entre os agentes econômicos, alterando as condições de negociação e, por conseguinte, do preço.¹⁴⁹

De acordo com Vinicius Klein¹⁵⁰, foi Oliver Williamson o responsável por batizar a Nova Economia Institucional, em seu livro “*Markets and Hierarchies*” (1975). Atualmente, a expressão NEI serve mais em razão da preocupação com um determinado objeto que propriamente pelo uso de uma base metodológica ou teórica em comum.

Para a Nova Economia Institucional, alguns postulados são relevantes para a compreensão de seus estudos: i) as instituições são essenciais para uma análise econômica; ii) a teoria econômica pode explicar as instituições; iii) o desempenho econômico é dado, de maneira sistemática e preditivo, pelas instituições.¹⁵¹

É justamente a partir destas premissas que os denominados neoinstitucionalistas constroem algumas premissas fundamentais, ainda que relativizando certas concepções neoclássicas. Daí, portanto, assume-se que: i) os agentes econômicos possuem racionalidade limitada e promovem seu autointeresse; ii) as pessoas procuram pela maximização da riqueza.

Para a NEI, alguns conceitos são tidos como fundantes: a propriedade; o contrato; os custos de transação. Para além da forma de compreensão das premissas neoclássicas, a NEI se diferencia da Escola de Chicago quanto à ideia a respeito da melhor forma de solução de litígios. Enquanto que a última reconhece no Poder Judiciário a melhor forma de resolução dos conflitos, a primeira reconhece o contrato como instrumento necessário para tal desiderato. Tal situação, não afasta, porém, a valorização das relações entre o Mercado e o Estado.

Além disso, os estudos na linha da NEI são desenvolvidos em dois ambientes: ambiente institucional e arranjos institucionais (estruturas de governança). Quanto ao primeiro, os estudos procuram verificar o desenvolvimento das relações econômicas em espaços formais ou informais. Destacam-se nesta linha os trabalhos de Douglas North, sobretudo porque este autor visa compreender

¹⁴⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122-123.

¹⁵⁰ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 130.

¹⁵¹ Idem, p. 124.

a evolução das instituições para analisar os motivos pelos quais certos países possuem melhor desempenho econômico em detrimento de outros. Por seu turno, nos arranjos institucionais, busca-se analisar as estruturas de governança erguidas os pelos agentes. Nessa seara, destacam-se os escritos de Ronald Coase e Haroldo Demsetz, que exploram os temas de custos de transação e os custos de agência, respectivamente.

A respeito de teóricos de estruturas de governança, de grande relevância, inclusive para o presente trabalho, os escritos de Oliver Williamson. O autor busca compreender as estruturas contratuais a partir da teoria dos custos de transação.

A propósito, custos de transação é um importante conceito para a compreensão dos estudos da Nova Economia Institucional. Apesar de não haver uma definição única a respeito da expressão, pode-se dizer que foi a partir de Ronald Coase que se destacou a importância do estudo desta categoria. No já referido trabalho publicado em 1937, "*The Nature of the Firm*", o autor promoveu uma análise a respeito de como tais fatores influenciavam a divisão das transações que eram realizadas dentro da empresa e aquelas que ocorriam no mercado.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi¹⁵² assim definem:

Custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da *busca pela informação* sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade da *negociação*, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a *realização e a formalização dos contratos*, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o *monitoramento* dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a *correta aplicação do contrato*, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.

A teoria dos custos de transação (TCT) interpreta alguns postulados da teoria neoclássica de uma maneira a melhor se aproximar da realidade dos fatos. O

¹⁵² PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

primeiro destaque deve ser feito com relação ao pressuposto da racionalidade ilimitada dos agentes econômicos.

Na TCT, trabalha-se com o conceito de *racionalidade limitada*, que representa a ideia de que, apesar de estarem dispostas a maximizarem suas utilidades, as pessoas estão sujeitas a uma limitação cognitiva, que será refletida em suas ações. Dito em outras palavras, apesar da intenção de se escolher a melhor opção racional, certas limitações cognitivas, de capacidade de absorver e processar informações, poderá ser observada.

Para Vinicius Klein¹⁵³, na TCT, adota-se a premissa de que os indivíduos são intencionalmente racionais, porém são limitados em termos cognitivos, seja pela falta de informação completa, seja pela impossibilidade de processar todas as informações de maneira completa.

Pode-se dizer que, justamente em razão da racionalidade limitada, assume a ideia de *incompletude dos contratos*. Apesar de todas as atividades que os agentes econômicos possam empregar, qualquer contrato será irremediavelmente incompleto. Assim, “não importa a grandeza do esforço para fazer previsíveis todas as situações que podem interferir no adimplemento adequado das obrigações: ela será sempre insuficiente para prever solução a todas as contingências que podem prejudicar a execução do contrato”.¹⁵⁴

Outro postulado que é revisto diz respeito à ideia de que as pessoas sustentam suas ações no ideal de busca do interesse próprio. Para a TCT, o *oportunismo* é verificável nas ações dos agentes econômicos. Tal categoria associa a ideia de que as pessoas poderão, de maneira mais intensa, promover a busca dos próprios interesses, ainda que necessária alguma prática desonesta (mentiras, trapanças, ilusões). Em razão do oportunismo, o agente poderá distorcer ou esconder informações de outro para resultar em algum benefício próprio. Diante disso, o agente oportunista somente respeitará as regras do jogo se referida atitude importar em algum benefício próprio.

Por fim, pode-se registrar que, para a TCT, nem sempre o capital poderá ser alocado em outra atividade a custo zero. Isso porque é frequente que certo ativo produtivo de uma atividade seja menos produtivo em outras. Assim, portanto,

¹⁵³ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 143.

¹⁵⁴ BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e Análise Econômica do Direito: o caso dos contratos de leasing**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 61.

assume-se que *ativos específicos* são mais produtivos que os ativos considerados genéricos quando utilizados em transações para os quais inicialmente desenvolvidos.¹⁵⁵

Para a TCT, portanto, oportunismo e racionalidade limitada são características possivelmente presentes nas relações entre os agentes. A especificidade de ativos, no entanto, poderá ou não ser observada, a depender de cada caso.

2.3 COMPORTAMENTO OPORTUNISTA E BOA-FÉ OBJETIVA

2.3.1 Comportamento oportunista

No início do século XX, o nicho do salmão enlatado era novo e promissor nos Estados Unidos. Empresas montariam docas e fábricas em localidades do Alasca que, muitas das vezes, só poderiam ser alcançadas por navios. Apenas durante os meses de verão os peixes poderiam ser pescados, processados, enlatados e despachados para São Francisco ou Seattle. Para a produção, fábricas de enlatados alistavam equipes nestas cidades americanas para realizar a pesca e trabalhar na indústria por valor fixo para toda a temporada, cujos valores seriam pagos no retorno à cidade de origem.¹⁵⁶

Em certa ocasião, os trabalhadores foram contratados na cidade de São Francisco pelo valor de US\$ 50 (cinquenta dólares americanos) para trabalharem durante toda a temporada para uma indústria de enlatados. Chegando ao Alasca, os contratados se recusaram a trabalhar, exceto se houvesse uma modificação nas condições do contrato estabelecido anteriormente. Para a realização das atividades, os trabalhadores cobraram US\$ 100 (cem dólares americanos) pela temporada. Para não perder a sessão inteira, a empresa aceitou as novas condições impostas pelos pescadores e assinou novos contratos.

Ao retornarem para a cidade de São Francisco, a empresa se recusou a realizar o pagamento do novo contrato, limitando-se ao pagamento da quantia de US\$ 50 (cinquenta dólares americanos), conforme inicialmente acordado. Os

¹⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65.

¹⁵⁶ FRIED, Charles. **Contrato como promessa**: uma teoria da obrigação contratual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

trabalhadores, inconformados, resolveram processar a empresa, pleiteando o pagamento da diferença entre os valores pagos e os valores devidos de acordo com a renegociação havida.

O caso *Alaska Packers' Assn. vs. Domenico* foi apreciado pela Corte de Apelações dos Estados Unidos em 1902. O pedido dos trabalhadores foi rejeitado pelo Judiciário porque reconheceu que a modificação do contrato não era legalmente exigível. Não houve, no caso em concreto, qualquer modificação substantiva a ensejar a modificação do pacto havido entre as partes.¹⁵⁷

Richard Posner resgata outro caso interessante para o tema proposto. No caso *Goebel vs. Linn*, uma das partes se comprometeu ao fornecimento de gelo em favor da outra. Ocorre, porém, que em virtude de um clima excepcionalmente quente, a produção teve uma queda. Por essa razão, as partes firmaram novo pacto, em razão do qual o réu se comprometeu ao pagamento de quantia superior à inicialmente contratada. No momento do pagamento da quantia acordada, o réu se recusou a adimplir os valores pactuados no novo acordo. Neste caso, no entanto, o Judiciário reconheceu que houve razão de ser para a modificação do contrato, tendo em vista que houve aumento do custo para o desempenho das atividades por parte do produtor.¹⁵⁸

No ano de 2003, o canal de televisão HBO, dos Estados Unidos, comunicou os cerca de 300 funcionários envolvidos com a produção da série “Família Soprano” que não precisariam se apresentar na data de 24 de março, conforme planejado anteriormente. Àquele momento, o adiamento das filmagens se deu em razão de o ator James Gandolfini ter ameaçado abandonar seu personagem, o chefe da máfia Tony Soprano. O ator, que recebia o valor de US\$ 400mil (quatrocentos mil dólares americanos) por episódio, relatou que somente retornaria ao set de filmagens para a quinta temporada com um aumento substancial no valor de sua remuneração. Após várias negociações, as partes chegaram a um acordo, promovendo um aumento para o valor de US\$ 800mil (oitocentos mil dólares americanos) por episódio para o ator¹⁵⁹.

¹⁵⁷ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. p. 171.

¹⁵⁸ Idem, p. 172.

¹⁵⁹ CATEB, Alexandre Bueno. VELOSO, Sílvia Mechelany. **Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (eficiente breach)**. Revisa da Associação Mineira de Direito e Economia. 18-44.

Steven Shavell ¹⁶⁰ resgata outro curioso caso. Em uma noite de 31 de dezembro, certo restaurante, de uma pequena cidade, verificou que estava com problemas de energia em razão da fiação. Sem o fornecimento de energia elétrica, o restaurante não poderia operar àquela noite, tida como a mais lucrativa do ano. O único eletricitista da cidade cobrou o valor de US\$ 2mil (dois mil dólares americanos) para realizar o reparo em uma única hora. Ocorre que o preço normal do mesmo serviço seria de apenas US\$ 80 (oitenta dólares americanos).

Por fim, Timothy Murriss ¹⁶¹ destaca exemplo didático em que relata que construtora negocia com um arquiteto um contrato de dois anos para a prestação de serviços ao valor de US\$ 3mil (três mil dólares americanos) por mês. Depois de o arquiteto tornar-se familiarizado com os detalhes do projeto, este informa que o projeto somente seria finalizado mediante um aumento da remuneração para o patamar de US\$ 4 mil (quatro mil dólares americanos) mensais, sem qualquer modificação das condições iniciais do contrato.

Os casos acima citados servem para ilustrar como os agentes econômicos poderão se comportar em determinadas situações. O estudo proposto pretende analisar essas relações contratuais sob um novo aspecto. Com o resgate das teorias econômicas, pode-se promover uma nova percepção a respeito destas situações.

Antes de maiores considerações, a leitura dos exemplos citados anteriormente acaba por despertar uma percepção interessante nas relações havidas. Com exceção ao caso *Goebel vs. Linn*, todos os demais estimulam a percepção de um comportamento contraditório de um dos contratantes. Nota-se que nas situações descritas, houve uma tentativa de uma das partes se aproveitar de uma dada situação para tentar auferir benefícios não previstos inicialmente, tudo às custas da contraparte.

Nesse sentido, para uma interpretação estritamente jurídica, os casos mencionados podem tratar, além de uma violação contratual, de uma afronta à cláusula geral da boa-fé objetiva. Para uma análise econômica, conforme será demonstrado adiante, a tentativa de uma das partes se aproveitar da contraparte

¹⁶⁰ SHAVELL, Steven. *Contractual Hold Up and Legal Intervention*. Disponível em <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716901>. Acesso em 05 nov 2018.

¹⁶¹ MURRIS, Timothy. *Opportunistic behavior and the law of contract*. *Minnesota Law Review*, n. 521, jan. 1981, Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mnlr65&div=30&id=&page=>. Acesso em 05 nov 2018.

para auferir outros benefícios pode ser compreendida como a manifestação de um *comportamento oportunista*.

Como já destacado, os autores da linha da teoria dos custos de transação interpretam os postulados clássicos da economia tradicional de uma maneira a melhor se aproximar da realidade. Nessa perspectiva, tanto a racionalidade limitada quanto o oportunismo são marcas provavelmente presentes nas relações contratuais.

De acordo com Williamson¹⁶², o oportunismo pode ser definido como a busca pelo interesse próprio com malícia, que inclui esforços calculados com o propósito de enganar, ofuscar e confundir. Nesse sentido, o oportunismo não pode ser confundido com a mera busca do interesse próprio, já que, nesses casos, os agentes atuam de acordo com regras preestabelecidas que confiam e obedecem.

George Cohen definiu oportunismo como sendo aquele comportamento, em certa relação contratual, mediante o qual “uma das partes contratantes, que vai contra as expectativas razoáveis que a outra formou sobre sua fé no acordo, nas normas contratuais ou da moral convencional”.¹⁶³

Ejan Mackaay resgata a definição de Sylvie Lebreton a respeito do comportamento oportunista que, de modo geral, se materializa pela divulgação de “informações incompletas ou descaracterizadas por calculados esforços para esconder, desnaturar, disfarçar, desconcertar ou semear a confusão em transações comerciais; rescendem a uma evidente falta de franqueza, de honestidade, de lealdade”.¹⁶⁴

No conjunto é possível dizer que uma parte contratante age de maneira oportunista quando procura, por trapaça (meios diversionistas) ou mediante força, coerção, modificar em seu proveito e em detrimento da outra, a repartição dos ganhos conjuntos do contrato que a parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão. Tenta obter “mais do que sua parte”. O ato oportunista consiste em explorar de forma significativa uma assimetria na relação de pessoas em detrimento de outros participantes. A assimetria pode existir no momento da conclusão do contrato ou ser ele superveniente, aparecer no curso da sua execução,

¹⁶² “Self-interest seeking with guile, to include calculated efforts to mislead, deceive, obfuscate, and otherwise confuse. Opportunism should be distinguished from simple self-interest seeking, accordance to which individuals play a game with fixed rules that they reliably obey. WILLIAMSON, Oliver. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 378.

¹⁶³ “Any contractual conduct by one party contrary to the other party’s reasonable expectations based on the parties agreement, contractual norms, or conventional morality”. COHEN, George. **The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law**. Hofstra Law Review, Vol. 20, Iss. 4, 1992, p. 957.

¹⁶⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

como resultado de circunstâncias imprevistas em um contrato – imperfeito – que não admite precisão sobre o objeto. Frequentemente que as dificuldades de se informar de alguns, ou de fiscalizar de outros, facilitem, abram a porta, para comportamentos oportunistas. O oportunismo consiste em levar o contratante a concluir um acordo que não teria aceitado facilmente se estivesse perfeitamente informado (oportunismo *ex ante*), ou por modificar, no curso da execução, a repartição implicitamente acordada no momento da conclusão do contrato (oportunismo *ex post*).¹⁶⁵

Como destacado, a teoria dos custos de transação utiliza como um de seus postulados o oportunismo dos agentes. Nessa construção, Williamson categoriza três níveis de comportamento auto interessado¹⁶⁶.

O primeiro nível é o *oportunismo ou autointeresse forte*. De acordo com esta categoria, não existem limitações ao comportamento egoístico das pessoas. Assim, espera-se que mentiras, trapanças e enganações sejam aplicadas pelos agentes. Nessa perspectiva, distinguem-se dois tipos de oportunismo de acordo com o tempo de realização dos atos. Reputa-se como oportunismo *ex ante* quando uma das partes age de maneira reprovável antes da efetivação da contratação (seleção adversa). Por outra banda, configura-se o oportunismo *ex post* quando a conduta desprezada se verifica durante a relação contratual (risco moral).

O segundo nível é o *autointeresse simples ou sem oportunismo*. De acordo com esta categoria, existe a presunção que as obrigações assumidas pelas partes serão observadas durante a execução do contrato. Tal definição deriva da concepção de que, apesar de os indivíduos agirem de maneira egoísta, essas preservam o cumprimento dos pactos. De maneira implícita, assume-se que a intervenção judicial é precisa, instantânea e sem custos, bem como que os agentes se comportam de maneira ética durante a relação.

O terceiro e último nível é da *obediência ou ausência de autointeresse*. Para essa concepção, o indivíduo age de acordo com concepções que são externas à própria pessoa (como uma ideologia).

A definição de Williamson com relação ao conceito de o oportunismo se diferencia da descrição de Simon do autointeresse como fragilidade motivacional. Não se deseja negar que a maior parte dos agentes cumprirão com suas promessas – e alguns farão ainda mais. O que se pretende é destacar que, caso existam falhas

¹⁶⁵ Idem, p. 223.

¹⁶⁶ FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; SAES, Maria Sylvania Macchione; DE AZEVEDO, Paulo Furquim. **Competitividade: mercado, estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997, p. 40-41.

nas contratações, estas representam “fricções normais e frequentemente resultam de imprecisões perceptivas”.¹⁶⁷

Pode-se afirmar que a investigação a respeito do postulado do oportunismo dos agentes econômicos se justifica diante da sabida possibilidade de aparecimento de dificuldades de adaptações em razão da inafastável incompletude dos contratos.

Se a racionalidade dos agentes é limitada, certamente os contratos serão incompletos, dada a impossibilidade de previsão de todos os problemas que a consecução de atividades poderá resultar. Em consequência destas premissas, racionalidade limitada e contratos incompletos, inevitável a possibilidade de renegociações – momento em que o oportunismo poderá se manifestar na adoção de certos comportamentos de um dos agentes contratantes.

É justamente no momento de renegociação que o oportunismo poderá se manifestar. Nesses momentos, poderá o agente atuar de maneira contrária ao esperado pela outra parte, impondo estas perdas na transação.

Nesse sentido,

O conceito básico da ECT é que existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Os agentes podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos de ativos específicos. Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais para disciplinar o preenchimento das lacunas.¹⁶⁸

O oportunismo poderá se materializar na prática sob as mais diversas formas. A tarefa do direito contratual é, justamente, impedir que um dos contratantes se porte de maneira oportunista com relação ao outro.¹⁶⁹ Ocorre, porém, que a prevenção ao oportunismo é uma atividade dispendiosa, sobretudo em razão dos custos envolvidos para o estabelecimento de um contrato que preveja um sem

¹⁶⁷ WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações?. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 33-34.

¹⁶⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 22-23.

¹⁶⁹ BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e Análise Econômica do Direito: o caso dos contratos de leasing**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 68.

número de possibilidades de atitudes que possam prejudicar o regular desenvolvimento dos acordos.

O desafio do homem contratual é, justamente, identificar os atributos das transações a fim de se escolher uma estrutura de negócio capaz de promover economia de custos de transação. Se, de acordo com Williamson, os contratos são inevitavelmente incompletos, impõe-se às partes a necessidade de estarem preparadas para certas modificações diante dos imprevistos, que podem decorrer da racionalidade limitada, quanto do comportamento estratégico da parte contrária, motivada pelo oportunismo. Assim, as pessoas precisam de procurar uma organização privada que atue para estruturas medidas que diminuam a possibilidade de impasses e quebras de contratos.¹⁷⁰

Bem se sabe, no entanto, que nem todas as projeções inicialmente contratadas, tendentes à limitação do comportamento oportunista, terão efeitos práticos. Isso porque, apesar de todos os esforços, ainda resta margem para atitudes oportunistas: seja durante as negociações, diante da possível sonegação de informações; seja pela exploração de lacunas legais ou convencionais, derivadas da incompletude dos contratos.¹⁷¹

Nesse sentido, a teoria dos custos de transação reformula o ideal de egoísmo das teorias econômicas neoclássicas com a assunção do oportunismo, que seria um grau mais forte de autointeresse. Aqui, diante da ausência de informação completa e perfeita, os agentes possuem maiores possibilidades de atuação.¹⁷²

Para a teoria dos custos de transação, o homem vive em um contexto de contratos incompletos, que deriva da racionalidade limitada, posto que não é possível imaginar e regulamentar todas as situações e riscos de uma contratação *ex ante*. Assim, para Williamson, impõe-se aos contratantes a construção de uma estrutura para solucionar conflitos *ex post* – o que denomina de mecanismos de governança.¹⁷³

¹⁷⁰ BEGNIS, Heron Sergio Moreira. ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros. PEDROZO, Eugênio Avila. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeira produtiva do fumo no sul do Brasil**. Revista Gestão Produção, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, mai/ago, 2007, p. 312.

¹⁷¹ ARAÚJO, Fernando, **Teoria Económica do Contrato**. Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais, em Direito e Economia, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 118.

¹⁷² KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos**: uma análise microeconômica. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 144.

¹⁷³ Idem

Outrossim, vale registrar que oportunismo é termo de um vocabulário geral para economistas. Isso porque, referida categoria pode ser muito bem observada em diversas formas, tais como: *free riding* (carona, que é quando uma parte se beneficia de certa situação sem que contribua para que ela ocorra); o baluarte; *hold-out* (que representa a ideia de que um projeto coletivo somente poderá prosseguir com o consenso de todos, sendo que determinada pessoa suspende seu consentimento para conseguir um ganho maior); risco moral (*moral hazard*, quando uma das partes age com cuidado inferior ao exigido no momento da contratação); seleção adversa; problemas de agência.

Independentemente da forma que o oportunismo possa se manifestar, fato é que a o lesado por tal tipo de comportamento se arrepende ter celebrado determinada contratação. A possibilidade de ocorrência de tal desvio de conduta, a se considerar o cumprimento dos acordos como regra geral, faz com que os agentes reflitam sobre a conveniência de firmarem contratos.

Assim, considerando a possibilidade de ocorrência de oportunismo na relação contratual, cada uma das partes irá procurar mecanismos estruturais para evitar ser injustamente lesado. Diante do aumento de cuidados, que serão justificados na medida em que o custo da prevenção seja menor que a possibilidade de a parte ser injustamente explorada, o oportunista adotará comportamento ainda mais sutil, o que exige uma fiscalização mais aprimorada pela contraparte. Em resumo, aumentam-se os custos de transação e, por consequência, diminuem-se as trocas entre os agentes econômicos.

2.3.2 Comportamento oportunista e boa-fé

Como já destacado no transcurso do presente trabalho, a boa-fé objetiva, como cláusula geral do ordenamento jurídico, tem como função guiar a interpretação das relações contratuais.

A boa-fé tem, globalmente, papel complementar. Na fase pré-contratual é invocada para delimitar a liberdade interromper as negociações. Está subjacente na obrigação de informação sob dois de seus aspectos: o dever de informar a contraparte e o dever de se informar e, na fase pré-contratual, as obrigações de aconselhamento e confidencialidade. Na formação do contrato, a força obrigatória da oferta é analisada como resultante da boa-fé. Na execução do contrato a boa-fé é utilizada para complementar o

contrato, mas tem, também, função de modulação e papel de adaptação e interpretação.¹⁷⁴

Diversos termos são utilizados para a caracterizar a boa-fé objetiva, sendo as mais recorrentes: lealdade; honestidade; integridade; comportamento leal; cooperação; ausência de má vontade; ausência de má intenção. Em sentido diametralmente oposto, a ausência de boa-fé é normalmente retratada como um comportamento culpável; chocante; não razoável.

Com o emprego da boa-fé, pretende-se que nenhuma das partes leve vantagem indevida pela falta de experiência ou mesmo pela vulnerabilidade da contraparte para que se imponham condições desvantajosas e desproporcionais às prestações contratadas. “Quem adota tal comportamento agirá de má-fé e, emleitura econômica, de maneira oportunista. Age-se de boa-fé abstendo-se de tirar proveito das vulnerabilidades da outra parte”.¹⁷⁵

Registrou-se que a base de uma relação contratual é justamente a cooperação entre as partes, que sob um viés econômico, promoverá uma troca benéfica aos envolvidos (os contratos somente serão celebrados se as partes imaginarem que irão atingir situação mais vantajosa após a contratação). Diante disso, o direito dos contratos é instrumento para garantir que tais transações ocorram de fato – em benefício de toda a sociedade diante das trocas eficientes.

De forma geral, o contrato permite que cada uma das partes possa aumentar seus ganhos com a pactuação. Quando os benefícios forem superiores aos custos, o total excedente da relação será dividido entre as partes. Ocorre, porém, que normalmente, a parte não está preocupada com o excedente total do contrato celebrado. Tomando-se as premissas econômicas registradas neste trabalho, o contratante está interessado nos valores que lhe serão destinados com o contrato.

Diante desse quadro, em certas ocasiões, pode-se perceber uma tendência de se pretender aumento de ganhos individuais às custas da contraparte, motivo pelo qual há o risco de que uma das partes busque levar vantagem sobre a outra.

Se tal situação vier a de fato ocorrer, ainda que um dos agentes aufera um ganho, a outra parte sairá prejudicada. Em termos econômicos, não se trata da uma transação eficiente, posto que não houve um aumento total no bem-estar, já que

¹⁷⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426-427.

¹⁷⁵ Idem, p. 427.

uma das partes aumentou seus benefícios ao passo que a outra percebeu uma diminuição de seus benefícios.

Assim, o ordenamento jurídico opera como instrumento para promover, incentivar e garantir a confiança e a cooperação nas relações contratuais. Como resultado, há uma divisão eficiente e justa do excedente das transações. Assim, portanto, a boa-fé opera como fonte de dever de conduta para as partes contratantes, de modo a assegurar a cooperação entre as partes – fundamental para a produção e circulação da riqueza e aumento do bem-estar social.

Para a análise econômica, a boa-fé objetiva é reconhecida como uma situação de ausência de oportunismo¹⁷⁶, que é considerado equivalente à má-fé. Nesse sentido, o oportunismo é uma transferência ineficiente de riqueza entre os contratantes, ao passo que a presença da boa-fé implica em efetiva cooperação entre as partes envolvidas, promovendo uma troca eficiente.

Dito em outras palavras, considera-se que do comportamento oportunista resulta somente a melhoria de posição de um dos contratantes em prejuízo do outro. Assim, o desafio é investigar em quais condições a quebra da confiança é mais lucrativa e quais os mecanismos que podem ser adotados para evitar esse tipo de manifestação.

Como identificado, o oportunismo pode se manifestar sob diversas formas em uma relação contratual. Para combater tais práticas, o ordenamento jurídico adota a boa-fé como cláusula geral. Como resultado, confere-se a possibilidade de se garantir maior cooperação entre as partes, gerando resultados eficientes e bem-estar social.

Em termos práticos, a boa-fé objetiva, sendo cláusula geral, ainda que possivelmente indesejada pelos teóricos da Nova Economia Institucional, opera como instrumento para intervenção judicial nos contratos tendente ao reequilíbrio das prestações.

Por fim, o que se pretendeu registrar foi que a boa-fé opera como sinônimo de ausência de comportamento oportunista. Nessa perspectiva, a compreensão desses significados importa para que se possa identificar condutas oportunistas, manifestadas pelo desejo de se tirar proveito de lacunas de uma relação contratual para redistribuição de ganhos em prejuízo da contraparte. Somente a partir deste

¹⁷⁶ ARENHART, Fernando Santos. **A boa-fé na relação contratual**: uma abordagem de Direito e Economia. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

ponto poder-se-á efetivar uma completa promoção de trocas eficientes nos contratos, capazes de gerar bem-estar social e maximização das riquezas de maneira eficiente.

3 JUDICIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

O objetivo do presente trabalho é investigar se a judicialização de contratos empresariais poderá revelar uma manifestação de comportamento oportunista por uma das partes contratantes. Para a consecução deste objetivo, optou-se por um recorte nos contratos de representação comercial e distribuição. Isso porque, como já destacado no primeiro capítulo, a natureza jurídica de ambos institutos acaba causando uma certa confusão a respeito de seus conceitos e aplicações.

Justamente em razão disso que se verifica nos tribunais o ingresso de ações cujo objetivo é, em um pacto de distribuição, ver reconhecida a relação como se representação comercial fosse.

Tal desiderato se justifica em razão das garantias previstas pela Lei n. 4.886/1965, notadamente no que se refere à indenização de equivalente a 1/12 avos de todas as comissões recebidas durante a vigência do contrato no caso de rescisão imotivada, fundada no artigo 27, “j”, da Lei 4.886/65, bem como a necessidade de concessão de aviso prévio de no mínimo 30 dias, com base no artigo 34 da mesma lei.

No presente capítulo, relata-se o levantamento de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a respeito destas modalidades de contratos empresariais, a fim de se verificar se, de fato, existe uma utilização do Poder Judiciário como instrumento de realocação de ativos de uma relação de colaboração empresarial.

3.1 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Como registrado anteriormente, o recorte para a análise proposta se vincula aos pedidos de indenização com fundamento na Lei de Representação Comercial em contratos de distribuição.

Em consulta à base de precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pôde-se verificar um determinado número de casos em que a temática se evidenciou. A partir de uma pesquisa que tomou por base os termos-chave “distribuição”, “representação comercial” e “indenização”, chegou-se a um número de 70 acórdãos. No entanto, nem todos os resultados apontavam para um contrato de distribuição em que se pretendia indenização com base na Lei 4.886/65.

Em virtude disso, foram selecionados apenas os dez casos que demonstraram pertinência para a temática proposta, de modo a possibilitar, adiante, com o auxílio das teorias econômicas já abordadas neste trabalho, buscar compreender o fenômeno da judicialização dos contratos de colaboração empresarial.

3.1.1 Caso 01 - Marilda Lima Perfumaria vs. Tecnicare Indústria e Comércio

Em agosto de 2008, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná apreciou o Recurso de Apelação nº 461011-3¹⁷⁷ que pretendia a reforma de sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Curitiba. No caso em análise, a empresa Marilda Lima Perfumaria ingressou com ação judicial em desfavor de Tecnicare Indústria e Comércio para fins de ver declarada a rescisão de contrato de representação e distribuição em razão da quebra da exclusividade, bem como requereu uma compensação por lucros cessantes.

No caso em apreço, destaca-se o pedido formulado pela autora da demanda no que tange ao pedido de indenização. Isso porque a ação pretendeu a aplicação do artigo 27, “j”, da Lei nº 4.886/65, que diz respeito justamente à indenização devida ao representante comercial pela rescisão imotivada do contrato de representação comercial, que não pode ser inferior a 1/12 (um doze avos) da totalidade das remunerações auferidas durante toda a contratualidade.

Por seu turno, a parte demandada sustentou a inexistência de contrato de representação comercial e tampouco previsão de exclusividade. Em específico, a ré Tecnicare argumentou que a operação havida entre as partes era de mera revenda de seus produtos, não havendo que se aplicar as garantias previstas pela Lei de Representação Comercial.

Ao analisar o caso, o Desembargador Renato Braga Bettega, relator do caso, houve por primeiro efetuar a definição da natureza jurídica do contrato celebrado entre as partes. Nesse sentido, destacou que, independentemente do nome dado ao negócio jurídico, restou clara a operação de distribuição, mediante a qual a parte autora da demanda seria responsável por efetuar a revenda de produtos em determinadas áreas.

Feitas essas considerações, debruçou-se o julgamento a analisar a pretensão de indenização fundamentada pelo já citado artigo 27, j, da Lei nº 4.886/65.

Nesse tópico, o pedido da parte autora foi rejeitado. Isso porque o pedido estaria fundamentado em lei de representação comercial, que não era o caso da situação em apreço, posto se tratar de efetivo contrato de distribuição. Para o relator, a adoção da Lei de Representação Comercial seria absolutamente incompatível, “eis que os serviços desempenhados pelo representante e pelo distribuidor são distintos, tornando-se inadequada qualquer equiparação”.

¹⁷⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 461011-3. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Renato Braga Bettega. Publicado em 01/08/2008.

Assim, portanto, a pretensão da parte autora de ser indenizada pela quebra do contrato de distribuição, com fundamento na lei de representação comercial, foi rechaçada pelo Judiciário.

3.1.2 Caso 02 – Campo e Lavoura Comércio e Representações vs. Mogiana Alimentos

A Apelação nº 305663-3¹⁷⁸ trata de ação promovida por Campo e Lavoura Comércio e Representações de Produtos Agropecuários em desfavor de Mogiana Alimentos perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Maringá. A ação fora intentada sob o argumento de que as partes teriam firmado contrato tácito de distribuição de ração animal com exclusividade. Ocorre que, após anos de relação contratual, teria ocorrido invasão da área de exclusividade da parte autora, especificamente no norte e noroeste do Paraná, por outras distribuidoras que operavam com preços mais baixos. A referida situação teria causado prejuízos à autora da ação, que culminou na necessidade de renegociação de dívidas com a parte demandada.

De acordo com as pretensões inaugurais, a parte autora pretendeu ser indenizada com base na Lei nº n.º 4.886/1995, sob o argumento de que o Código Civil trata das figuras de agente, distribuidor e representante comercial como uma única categoria.

Em fevereiro de 2006, a 8ª Câmara Cível houve por promover o julgamento do caso narrado. Para o Desembargador Relator Guimarães da Costa, o contrato havido entre as partes era de efetiva distribuição. Mais do que isso, na própria petição inicial, a autora teria registrado que haviam documentos que comprovavam asua condição de distribuidor, sendo que no recurso de Apelação sustentou se tratar de distribuidor/representante.

Para o relator do caso, a parte autora pretendeu demonstrar condição de representante comercial que nunca ostentou. Isso porque a situação de distribuidor estaria suficientemente demonstrada nos autos.

A tentativa de se utilizar o Poder Judiciário para alterar a natureza jurídica do contrato de distribuição para um contrato de representação comercial foi rechaçada em primeira e segunda instância. Inobstante as menções aos dispositivos do Código

¹⁷⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 305663-3. 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Guimarães da Costa. Publicado em 23/02/2006.

Civil, o relator do caso registrou que o contrato de distribuição não pode ser confundido com o de representação comercial, motivo pelo qual não se pode deferir pedidos indenizatórios com fulcro na lei de regência da última figura contratual.

3.1.3 Caso 03 – Gamajo Comércio e Transporte de Gás vs. SHV Gás Brasil

Perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Cascavel a empresa Gamajo Comércio e Transporte de Gás propôs ação em desfavor de SHV Gás Brasil. Nobre da demanda, a parte autora pretendia indenização pela rescisão do contrato, com aplicação da Lei de Representação Comercial. A sentença proferida rejeitou o pedido inaugural da autora, o que motivou a interposição da Apelação, tombada sob o nº 754540-4.¹⁷⁹

Em junho de 2015, o relator do caso, Desembargador Jorge de Oliveira Vargas, levou o caso para julgamento pela 8ª Câmara Cível do TJPR. Em síntese, os argumentos trazidos aos autos pela autora caminhavam no sentido de se tentar demonstrar que havia ingerência da ré na comercialização de seus produtos; que não haveria prova de operação de revenda de produtos; que pouco importaria se a denominação contratual como representante comercial ou revendedor; que havia o recebimento de comissões; dentre outras argumentações.

Antes do efetivo julgamento, o relator do caso determinou a realização de perícia técnica para se determinar a natureza jurídica da relação jurídica havida entre as partes.

O *expert* designado para produção da prova técnica registrou, em seu laudo, que não havia prova suficiente a demonstrar que a parte autora adotava atividade de representação comercial, tanto por inexistir venda de produtos da parte ré mediante o pagamento de comissão, quanto pela ausência de registro da autora perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Estado do Paraná – CORE/PR.

Diante deste quadro, os pedidos indenizatórios formulados com base na Lei nº 4.886/65 foram julgados improcedentes, com a condenação da autora ao pagamento de honorários de sucumbência e custas processuais.

¹⁷⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 754540-4. 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. Publicado em 11/06/2015.

3.1.4 Caso 04 – Jonacyr Wiumar Weber vs. Taegutec do Brasil

Perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Curitiba tramitou a ação judicial interposta por Jonacyr Wiumar Weber ME em desfavor de Taegutec do Brasil Ltda em sede da qual a parte autora pretendia a) a condenação da ré ao pagamento de 1/12 do total das comissões auferidas durante o período de vigência dos contratos de representação comercial; b) do aviso prévio correspondente a 1/3 das comissões auferidas nos últimos 3 meses de intermediação; c) perdas e danos a título de rescisão indevida pela carteira de clientes formada pelo autor; d) a declaração de impossibilidade da cláusula *del credere* repassando a ré a responsabilidade do inadimplemento dos terceiros clientes; e) atualização monetária dos valores devidos e ocasionados pelo ato ilícito da ré; e) juros moratórios e compostos sobre os valores atualizados da indenização e f) diferenças das comissões e valores do aviso prévio.

Em sentença, o pedido inaugural foi julgado improcedente, condenando-se o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência.

No entanto, a parte autora apresentou recurso de Apelação nº 922076-6¹⁸⁰, distribuído ao Desembargador Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira da 7ª Câmara Cível do TJPR, vindo a ser apreciado em novembro de 2012.

De acordo com o julgamento, apesar de as partes terem firmado tanto contrato de representação comercial quanto distribuição, a prova analisada nos autos constatou que apenas a relação de distribuição foi levada a cabo.

Isso porque, de acordo com as provas levadas aos autos pela própria parte autora, esta adquiria os produtos da ré para posterior revenda. Além disso, não se verificou a inscrição da parte autora perante o respectivo Conselho Regional dos Representantes Comerciais.

Assim, concluiu-se que a autora não empreendidas atividades no sentido de aproximar clientes em favor da ré. De fato, a autora apenas comprava e revendia os produtos, o que descaracterizaria o contrato de representação comercial, sendo incompatível, portanto, os pedidos de indenização com fulcro na Lei nº 4.886/65. O apelo, portanto, foi conhecido e, no mérito, rejeitado.

¹⁸⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 922076-6. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira. Publicado em 06/11/2012.

3.1.5 Caso 05 – Alvaro Tibagi de Araújo Bittencourt vs. RH Cosméticos

Alvaro Tibagi de Araújo Bittencourt ingressou com ação ordinária com pedido de indenização por danos materiais e morais em desfavor de RH Cosméticos Ltda, que tramitou perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Curitiba. A sentença julgou procedente o pedido formulado pelos autores para determinar o expurgo da multa contratual sobre as parcelas inadimplidas da confissão de dívida, com restituição do valor cobrado a esse título corrigido monetariamente.

No entanto, a sentença julgou igualmente procedente a reconvenção apresentada pela ré, de modo que se condenou a parte autora da demanda a pagar determinadas parcelas inadimplidas de termo de confissão de dívida.

No caso em apreço, o magistrado de primeira instância reconheceu que não havia contrato de representação comercial, visto que a parte autora da demanda comprava os produtos da ré para, em nome próprio, efetuar a posterior revenda.

Inconformada com o resultado da sentença, a parte autora houve por interpor recurso de Apelação nº 1248802-3¹⁸¹, distribuído ao Desembargador Renato Lopes de Paiva, que levou o caso para julgamento em 25 de fevereiro de 2015 perante a 11ª Câmara Cível do TJPR.

De acordo com o julgamento, no caso concreto, o pedido de indenização formulado com base na Lei de Representação Comercial merecia ser rechaçado. Isso porque, de acordo com as provas trazidas aos autos, reconheceu-se que a relação contratual havida entre as partes litigantes era de efetiva distribuição e não de representação contratual.

Nesse sentido, o próprio termo de compromisso previa que a parte ré da demanda concederia à parte autora o direito de compra, promoção e revenda de sua linha de produtos.

Dito em outras palavras, a parte autora assumiu o papel de efetuar a compra, sem intermediários, para posterior revenda ao mercado de consumo em geral. O esquema do negócio havido entre as partes pode ser resumido pela operação de i) compra de produtos da parte ré feita pela parte autora; ii) revenda de produtos ao mercado de consumo; iii) adoção dos parâmetros definidos pela parte ré para a aquisição dos bens.

¹⁸¹ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1248802-3. 11ª Câmara Cível. Relator Desembargador Lopes de Paiva. Publicado em 25/02/2015.

Assim, portanto, no que diz respeito ao pedido de indenização formulado com base nas previsões contidas pela Lei nº 4.886/65, as pretensões inaugurais da parte autora foram julgadas improcedentes, prevalecendo o entendimento exposto na sentença combatida.

3.1.6 Caso 06 – G Bergamasco Cosméticos vs. Ceramarte

Em 14 de outubro de 2015, a 12ª Câmara Cível do TJPR analisou o Recurso de Apelação nº 1358886-4¹⁸² interposto pela autora G. Bergamasco Cosméticos Ltda em desfavor de Ceramarte Ltda. A ação de indenização por danos materiais e morais, que tramitou perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Maringá, foi julgada improcedente, com a condenação da autora ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência.

Em resumo, a parte autora pretendia ver reconhecida representação comercial a relação estabelecida com a parte ré. Em decorrência disso, pugnou pelas indenizações previstas na lei de regência, em especial a decorrente da rescisão imotivada, que prevê o pagamento de indenização correspondente a, no mínimo, 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade.

De acordo com a ação proposta, as partes possuíram contrato não escrito que durou entre os anos de 2000 e 2005, oportunidade em que a parte ré notificou a autora a respeito da resolução do contrato, sem concessão de qualquer espécie de aviso prévio.

Em virtude disso, a parte autora sustentou que houve uma redução drástica na lucratividade de suas operações, perda de clientela, perda de produtos, desmoralização de funcionários e rompimento de uma gama de contratos com outras empresas parceiras.

Assim, portanto, em sede de recurso, a parte autora da demanda pretendeu o reconhecimento da relação contratual como representação contratual e, em consequência, o pagamento de indenização por danos materiais, com fundamento na lei de regência, além do pagamento de indenização por danos morais.

Feitas essas digressões, o relator responsável pelo caso registrou, em um primeiro momento, a possibilidade de se reconhecer um contrato verbal de

¹⁸² Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1358886-4. 2ª Câmara Cível. Relator Desembargador Mário Helton Jorge. Publicado em 14/10/2015.

representação comercial, ainda que a lei específica não preveja tal situação. Ainda, o contrato de representação comercial estaria configurado uma vez que uma parte, sem relação de emprego e em caráter não eventual, assumisse a obrigação de promover a mediação de negócios mercantis em favor de outra parte.

Nesse segmento, porém, de acordo com o decidido, não restou caracterizada a relação de representação comercial. Isso porque a parte autora da demanda adquiria (comprava) os produtos da parte ré para efetuar uma posterior revenda, de modo que o lucro da operação era auferido pela diferença entre o preço de compra e o preço de venda das mercadorias.

Diante deste quadro, não restando configurada a relação de representação comercial, o pedido de indenização formulado pela parte autora com base na lei de regência foi julgado improcedente, mantendo-se o entendimento firmado na sentença recorrida.

3.1.7 Caso 07 – Agropietch Comércio de Insumos e Implementos Agrícolas vs. Sheepest Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários

A Apelação de nº 1366363-1¹⁸³, apreciada pela 7ª Câmara Cível do TJPR, teve origem na ação proposta por Agropietch Comércio de Insumos e Implementos Agrícolas em desfavor de Sheepest Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários que tramitou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Cascavel.

No bojo de referida ação, a parte autora pretendeu o reconhecimento de relação de contrato verbal de representação comercial com a consequente condenação da parte ré ao pagamento de indenização por vendas realizadas em sua zona de atuação, ainda que sem a sua intermediação; indenização pela rescisão imotivada, com o pagamento de 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade; pagamento de indenização correspondente à ausência de aviso prévio; reconhecimento de abuso de direito, com o ressarcimento do valor a mercadorias vencidas em poder da parte autora.

A sentença, que originou o recurso em análise, julgou improcedentes os pedidos delineados na ação. A rejeição dos pedidos se deu porque o magistrado singular entendeu que a natureza do negócio estabelecido entre as partes litigantes

¹⁸³ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1366363-1. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira. Publicado em 29/09/2015.

seria de colaboração empresarial, na modalidade distribuição-intermediação. Assim, portanto, não seriam aplicáveis as previsões contidas na Lei de Representação Comercial ou mesmo o contido no artigo 710 do Código Civil.

Por outras palavras, o entendimento da sentença recorrida foi no sentido de que por não haver disciplina normativa em torno do contrato de distribuição-intermediação, competia à parte autora promover a proteção de seus interesses no momento da negociação do contrato com a parte ré, já que ambas as partes estavam sujeitas ao risco iminente ao desenvolvimento de atividade econômica.

Descontente com o resultado da sentença, a parte autora ingressou com a apelação supracitada, distribuída ao relator Desembargador Luiz Sérgio Neiva De Lima Vieira.

Na sessão de 29 de setembro de 2015 o processo foi julgado à unanimidade para se conhecer do recurso e dar parcial provimento ao apelo formulado pela parte autora.

No ponto específico, reconheceu-se que a relação havida entre as partes não poderia se confundir como representação comercial, uma vez que, em verdade, tratava-se de verdadeiro contrato de distribuição.

Assim, no que diz respeito ao pedido de indenização equivalente a 1/12 (um doze avos) do total da remuneração auferida durante a relação negocial, tal pleito permaneceu indeferido. Isso porque, por se tratar de verdadeiro contrato de distribuição, inaplicável ao caso a indenização prevista pelo artigo 27, j, da Lei nº 4.886/65.

No entanto, com relação ao pedido de indenização por ausência de aviso prévio, consignou-se no julgado a necessidade de concessão de prévio aviso de 90 dias. Tal situação se deu não em razão de aplicação de qualquer dispositivo da lei de representação comercial, porém somente em virtude de se demonstrar razoável a concessão de um prazo maior em virtude dos longos dez anos de relação havida entre as partes.

3.1.8 Caso 08 – DSG Comércio e Transporte vs. Frimesa Cooperativa Central

No ano de 2007, a empresa DSG Comércio e Transporte Ltda ingressou com ação judicial em desfavor de Grimesa Cooperativa Central em sede da qual

pleiteava indenização a título de danos materiais baseada nas garantias previstas pela Lei de Representação Comercial.

A sentença proferida pelo magistrado singular da 6ª Vara Cível da Comarca de Londrina julgou procedente o pedido da parte autora, condenando a parte ré ao pagamento da importância equivalente a R\$ 115.604,78, cuja soma deveria ser atualizada com juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação, bem como correção monetária pelos índices oficiais, além da condenação ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, estes fixados no valor correspondente a 20% da condenação.

Inconformada com a sentença, a parte ré interpôs recurso de Apelação, tombado sob o nº 1279446-8¹⁸⁴, distribuído ao Desembargador D'Artagnan Serpa Sá da 7ª Câmara Cível do TJPR, em sede do qual registrou que o contrato havido entre as partes seria de distribuição e não de representação comercial. Por esse motivo, pugnou pela reforma da sentença condenatória. Por seu turno, a parte autora pugnou pela rejeição dos argumentos trazidos à Apelação, de modo a se manter incólume a sentença que lhe fora favorável.

Na sessão de 29 de novembro de 2016 o processo foi devidamente julgado pela câmara competente. Conforme registrado na decisão, a insurgência recursal se limitou à caracterização do contrato como se representação comercial fosse.

Analisando-se as figuras de representação comercial e distribuição, os julgadores do caso em destaque concluíram que a relação havida entre as partes litigantes deveria ser reconhecida como efetiva distribuição.

Isso porque a prova produzida nos autos demonstrou que não havia, por parte da autora da demanda, a realização de atividades de mera mediação para compra de produtos fabricados pela parte ré.

Nesse sentido, ainda que o contrato trazido aos autos demonstrasse a necessidade de a parte autora se submeter à política de preços e condições de pagamento estabelecidos pela ré, tal situação não importaria na configuração de contrato de representação comercial.

Ainda que a parte autora fosse transportadora que exercia a atividade de transporte de leite, bem como distribuição dos produtos da marca da empresa ré, o pacto entre ambas não teria caráter de representação comercial.

¹⁸⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1279446-8. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador D'Artagnan Serpa Sá. Publicado em 29/11/2016.

Em resumo, reconheceu-se que o contrato assinado pelas partes, bem como diante de todas as provas produzidas no processo, não se constatou qualquer evidência de que a parte autora teria atuado como representante comercial.

Ao contrário disso, verificaram-se indicativos no sentido de que a parte autora realizava as vendas na qualidade de distribuidora, uma vez que tinha à sua disposição os produtos negociados.

Por esse motivo, impôs-se o afastamento das disposições contidas na Lei 4.886/65, visto que incompatível com uma relação de distribuição. Em consequência, acolheu-se o recurso de Apelação interposto pela ré para fins de se reformar a sentença proferida, julgando-se improcedente o pedido indenizatório formulado com base na Lei de Representação Comercial.

3.1.9 Caso 09 – José R. Marcon & Cia vs. Tim Celular S/A

Em 2012, perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Francisco Beltrão, José R. Marcon & Cia Ltda ingressou com ação judicial em desfavor de Tim Celular S/A defendendo, em síntese, que as partes teriam estabelecido contrato de representação comercial por mais de 10 anos, pacto que foi rescindido unilateralmente pela ré, sem justo motivo, em maio de 2011.

Em razão disso, a parte autora pretendeu a condenação da ré ao pagamento de indenização prevista no artigo 27, “j”, da Lei nº 4.886/65, além do ressarcimento com valores gastos a título de publicidade e divulgação e restituição de recargas adquiridas e não utilizadas. Por fim, pretendeu o ressarcimento dos valores pagos por faturas ante o não atendimento do pedido de cancelamento de linhas.

Ao julgar o feito, o juízo de primeira instância julgou procedente apenas o pedido de ressarcimento de valores gastos com propaganda e divulgação, no valor equivalente a R\$ 24.431,00. Quanto aos demais pedidos, estes foram julgados improcedentes, condenando-se a autora a suportar as custas processuais e honorários de sucumbência na proporção de quarta parte da condenação imposta.

Inconformadas com o resultado da decisão, ambas as partes interpuseram recurso de Apelação. A parte autora no sentido de ver reconhecida como representação comercial a relação estabelecida com a ré, de modo a reforçar o pedido indenizatório equivalente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade. De outra banda, a parte ré, em seu apelo, pugnou pela

reforma da decisão no sentido de ver afastada a condenação a título de ressarcimento com valores de publicidade, bem como pretendeu a reforma dos honorários de sucumbência, em especial para se reformar o *quantum* devido, uma vez que o pedido delineado pela parte autora atingiria a importância de R\$ 811.491,80.

Em 09 de maio de 2018 a Apelação Cível nº 1672155-2¹⁸⁵ foi julgada pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob relatoria do Desembargador Antônio Domingos Ramina Junior.

De acordo com o decidido, o desate da lide desentenderia, na essência, em averiguar a natureza jurídica do contrato havido entre as partes litigantes. Por um lado, a parte autora defende que a relação trata de representação comercial, com as implicações decorrentes da Lei nº 4.886/65. Por outro lado, a parte ré sustentou que a contratação seria, de fato, um contrato atípico de distribuição.

Analisando os instrumentos contratuais, o relator do caso destacou que as cláusulas previam a obrigação de a parte autora adquirir da parte ré, com periodicidade, certa quantidade de recargas para celular pré-pago, mediante compra e venda mercantil, com descontos gradativos no preço de aquisição consoante o volume de vendas, para posterior revenda das mercadorias aos consumidores pelo preço de face.

Nessa operação, o lucro da parte autora seria resultado da diferença entre o valor de compra das recargas e o valor de revenda aos consumidores finais. Assim, portanto, restaria clara a configuração de um contrato de distribuição, inexistindo os traços característicos de uma relação de representação comercial na qual inexistente a disponibilidade dos bens por parte do agente colaborador.

Diante do reconhecimento de se tratar de uma relação de distribuição-intermediação, qualidade de contrato atípico no ordenamento jurídico, o pedido de indenização baseado no artigo 27, “j”, da Lei de Representação Comercial foi devidamente indeferido.

3.1.10 Caso 10 – Berbety Comercial vs. Danone

¹⁸⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1672155-2. 12ª Câmara Cível. Relator Desembargador Antônio Domingos Ramina Junior. Publicado em 09/05/2018.

No ano de 2007, perante a 21ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, a empresa Berbety Comercial Ltda ingressou com ação indenizatória em desfavor de Danone Ltda. Em síntese, a demanda fora interposta sob o argumento de que as partes haviam, inicialmente, celebrado contrato de representação comercial no ano de 1997, de modo que a autora prestava serviços de prospecção de vendas em favor da parte ré.

Ocorre, porém, que as partes deram por referido contrato de representação comercial em 19 de setembro de 2001, passando a ser regidos por um contrato de distribuição, assinado na data subsequente de 20 de setembro de 2001. O último contrato, no entanto, veio a ser rescindido em razão da inadimplência.

Em virtude disso, a ação fora proposta no sentido de efetuar a cobrança de valores da ré com fundamento na lei de representação comercial, ainda que sob regência de um contrato de distribuição.

A sentença julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização equivalente a R\$ 36.831,31, acrescidos de correção monetária, juros de mora e honorários de sucumbência.

No entanto, a parte ré apresentou o recurso de Apelação, distribuído sob o nº 456922-8¹⁸⁶ perante a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja relatoria restou ao Desembargador Guilherme Luiz Goes. O processo foi julgado na sessão do dia 27 de junho de 2008.

O argumento central da parte demandada sustentava que a modificação em sua estrutura de comercialização de mercadorias não revelava qualquer ilegalidade. Isso porque, a alteração da contratação de representantes comerciais para distribuidores se mostrou mais vantajosa para as operações da empresa, mas não do interesse da ré de se esquivar do pagamento de indenizações dos contratos de representação comercial. Nesse sentido, destacou que, se por um lado deixou de ser obrigatório o pagamento de indenizações previstas pela Lei 4.886/65, por outro lado passou a assumir o risco de inadimplência por parte dos distribuidores que compravam seus produtos a prazo para posterior revenda no mercado.

Assim, restou impugnado o pagamento de indenização decorrente da aplicação da lei de representação comercial no período após o início do contrato de distribuição entre as partes litigantes.

¹⁸⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 456922-8. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Guilherme Luiz Goes. Publicado em 27/06/2008.

Analisando o caso, os desembargadores reconheceram que, no momento da rescisão do contrato de representação comercial, nasceu para a autora o direito ao recebimento das indenizações previstas em lei. Ocorre, porém, que após a vigência do contrato de distribuição, não faria jus à parte autora ao recebimento de qualquer espécie de indenização.

Em resumo, o apelo da parte ré foi provido, de modo a se excluir da sentença o pagamento de indenização à autora, no valor de R\$ 11.416,79, tendo em vista tratar de condenação com base na lei de representação comercial aplicada erroneamente ao contrato de distribuição.

3.2 JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

Os precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná servem ao presente trabalho para a consideração de alguns pontos fundamentais para o reconhecimento de algumas características no processo de judicialização de contratos de colaboração empresarial, notadamente no que se refere aos pedidos de indenização fundamentados na Lei de Representação Comercial para serem aplicados em relação de distribuição.

A *primeira* delas está relacionada à definição jurídica de que a operação de compra de produtos para posterior revenda é o próprio conceito do contrato de distribuição. Assim, portanto, quando se puder identificar que o lucro de determinada atividade é resultado da diferença entre o preço de compra e o preço de venda se estará diante de uma verdadeira relação de distribuição.

Nesse sentido, recupera-se a ideia definida por Paula Forgioni da distribuição como um contrato bilateral, sinalagmático, por intermédio do qual o fabricante ou fornecedor se obriga ao fornecimento de bens ou serviços para outrem que os revenda, de modo que o proveito econômico é auferido pela diferença de preço entre a aquisição e revenda, podendo assumir determinadas obrigações nesta cadeia.¹⁸⁷

A partir da configuração do contrato de distribuição como operação que encerra uma compra para posterior revenda por parte do agente econômico, verifica-

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

se dos precedentes que, em nenhum dos casos analisados, o entendimento expressado na análise dos Recursos de Apelação interpostos autorizou a aplicação das indenizações previstas pela Lei de Representação Comercial (Lei 4.886/65).

Isso porque distribuição e representação comercial são figuras distintas entre si, cujos regramentos não podem se confundir. No caso 10, *Berbety Comercial vs. Danone*, interessante notar que a sentença proferida pela 21ª Vara Cível da Comarca de Curitiba reconheceu o direito à indenização da parte autora com base na Lei de Representação Comercial.

Ocorre, no entanto, que o apelo da parte demandada foi acolhido, em parte, para fins de se afastar qualquer espécie de indenização fundada na lei de representação comercial já que, a partir de dado momento, as partes litigantes se comprometeram com um contrato de distribuição.

Deste modo, pode-se afirmar que uma *segunda característica* do processo de judicialização dos contratos de colaboração empresarial analisados não encontra abrigo no Poder Judiciário para que se apliquem as garantias de representação comercial aos contratos de distribuição.

O *terceiro ponto* a ser destacado é que, da análise dos precedentes acima, em todos os casos se observou o ingresso de ação judicial no momento posterior ao término da relação contratual.

Ou seja, somente quando finalizada a relação contratual é que uma das partes se utilizou do Poder Judiciário para pretender uma revisão das cláusulas acordadas previamente, ainda que se tratasse de mero acordo verbal.

Nesse sentido, parece que há uma aproximação do fenômeno analisado – judicialização dos contratos de colaboração empresarial – com a teoria da culpa *post pactum finitum*.

Apesar de as partes contratantes terem assumido obrigações recíprocas, tendo se comprometido à fiel execução de seus pactos, após finalizada a relação entre ambas houve a utilização do Poder Judiciário como forma de se tentar reformular as cláusulas contratuais para obtenção de vantagem.

Vale lembrar que o princípio da boa-fé, do qual decorre a teoria da culpa *post pactum finitum*, permitiu a construção da ideia de responsabilização de um dos contratantes por atos posteriores ao adimplemento de suas obrigações.

Assim, se de acordo com a boa-fé objetiva as partes se comprometem aos ideais de lealdade, cooperação mútua, honestidade, transparência, segurança, o

fenômeno da judicialização dos contratos de colaboração empresarial, finda a relação comercial, pode ser compreendida como uma violação aos deveres anexos de conduta no momento posterior.

Uma *quarta* consideração para compreensão do fenômeno da judicialização dos contratos de colaboração empresarial diz respeito ao reconhecimento, pelas teorias econômicas, que o homem baseia suas escolhas com o propósito de maximizar suas utilidades na busca do autointeresse.

Como registrado, as premissas adotadas pelos denominados neoinstitucionalistas estão vinculadas à assunção que i) as pessoas procuram pela maximização da riqueza e; ii) os agentes econômicos possuem racionalidade limitada e promovem seu autointeresse.

Assim, portanto, pode-se reconhecer que o movimento de promover a tentativa de revisão das cláusulas contratuais perante o Poder Judiciário, especificamente no que diz respeito aos casos analisados, que comportam pedidos indenizatórios fundamentados na Lei de Representação Comercial para casos de contratos de distribuição, revela uma tentativa de um dos agentes econômicos de promover a maximização de suas utilidades para tentar auferir o maior proveito possível.

Com o auxílio da teoria dos custos de transação, os casos analisados materializam o conceito de racionalidade limitada dos agentes econômicos. Apesar de todos os esforços, as informações e a capacidade de processamento é limitada.

Em decorrência disso, reconhece-se uma *quinta* característica dos casos analisados no presente trabalho, vinculada à incompletude dos contratos. Apesar de todos os esforços das partes contratantes, não foi possível atingir uma pactuação que evitasse a possibilidade de utilização do Poder Judiciário para rever as cláusulas contratuais acordadas.

Nesse ponto, os casos analisados revelam que as partes editaram um contrato, ainda que de maneira informal, mediante o qual uma das partes assumiu o compromisso de comprar produtos ou serviços de outra para posterior revenda no mercado em geral.

Ocorre, porém, que não foi possível desenhar um instrumento contratual capaz de suportar todas as demandas das partes envolvidas.

Por fim, a *sexta característica* dos casos analisados comporta afirmar que a judicialização dos contratos de colaboração empresarial, quando relacionada a um

pedido indenizatório fundamentado na lei de representação comercial quando se tratar de uma pactuação de distribuição, revela um comportamento oportunista.

Isso porque, como já registrado, o comportamento oportunista pode ser definido como a busca pelo interesse próprio com malícia, que inclui esforços calculados com o propósito de enganar, ofuscar e confundir. Nesse sentido, o oportunismo não pode ser confundido com a mera busca do interesse próprio, já que, nesses casos, os agentes atuam de acordo com regras preestabelecidas que confiam e obedecem.

Adotando as categorias de Williamson, recorda-se o oportunismo forte como inexistência de limitação para o comportamento egoístico dos agentes econômicos. Em decorrência disso, pode-se esperar mentiras, trapaças e enganações.

Estas manifestações podem se dar em dois momentos distintos: reputa-se como oportunismo *ex ante* quando uma das partes age de maneira reprovável antes da efetivação da contratação (seleção adversa). Por outra banda, configura-se o oportunismo *ex post* quando a conduta desprezada se verifica durante a relação contratual (risco moral).

Nos casos analisados, pode-se considerar que, durante as relações contratuais, as partes se obrigaram e cumpriram com suas responsabilidades. Prometeram zelar pela cooperação a fim de que, da relação, ambos os envolvidos pudessem se beneficiar.

Ocorre, porém, que em um momento posterior ao fim do contrato, uma das partes empreendeu atitude para desvirtuar as intenções previstas no pacto assumido.

Em especial, pode-se dizer que os fornecedores das relações anteriormente analisadas tiveram que suportar uma gama de custos com as demandas judiciais por manifesta violação dos contratos entabulados.

A edição de contratos de distribuição pretendia, unicamente, que o fornecedor pudesse contar com a colaboração de um distribuidor para escoar suas produções no mercado, cabendo a este o direito de auferir seus dividendos a partir da operação de compra para posterior revenda.

Ocorre, no entanto, que a utilização do Poder Judiciário na tentativa de revisão das cláusulas contratuais, em especial para se pretender indenização fundada em lei de representação comercial, revelou uma manifesta violação à boa-fé

objetiva – pela qual as partes se obrigam a respeitar o contrato, agir com lealdade (sem enganações) e colaborar com a contraparte.

Em especial, a pretensão dos distribuidores, nos casos analisados, demonstra a tentativa de enriquecimento às custas do fornecedor sem qualquer espécie de justo motivo para tanto – revelando um descompromisso com a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Em resumo, pode-se dizer que a análise dos casos permite afirmar que:

i) o contrato de distribuição encerra uma operação de compra pra revenda, de modo que o proveito econômico do distribuidor é a diferença entre o preço de compra e o preço da venda;

ii) o Poder Judiciário não reconhece a aplicação das indenizações previstas pela Lei de Representação Comercial (4.886/65) quando se trata de um contrato de distribuição;

iii) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial ocorre no momento posterior ao fim da relação contratual;

iv) a judicialização de contratos distribuição, quando pretende indenização baseada nas disposições da representação comercial, pode ser entendida como manifestação da tentativa de maximização do autointeresse;

v) em virtude da racionalidade limitada dos agentes econômicos os contratos são incompletos, de modo que não impossibilitam o acesso ao Judiciário por um dos contratantes para se pretender a revisão contratual;

vi) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial pode revelar a manifestação de um comportamento oportunista.

O presente capítulo pretendeu, em síntese, aproximar a teoria e a prática. Através da consulta dos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi possível identificar que a judicialização de contratos de colaboração empresarial é um fenômeno que não pode passar despercebido pelos agentes econômicos.

Em especial, reconhece-se que a proximidade dos conceitos de representação comercial e distribuição não favorece uma compreensão automática do que vem a ser, de fato, cada figura. Tal situação, então, incentiva o ingresso de ações judiciais para que o Estado declare a natureza jurídica da operação.

Quanto ao objeto do trabalho, através dos conceitos discutidos nos capítulos anteriores, foi possível compreender o fenômeno analisado por um outro viés. Ao se reconhecer que os agentes econômicos tendem a promover a maximização de suas

utilidades para promover o autointeresse, bem como que, apesar de todos os esforços, a racionalidade dos agentes é limitada, reconhece-se a incompletude dos contratos.

Por fim, o comportamento oportunista, apesar de não ser a regra, sob pena de invalidação de todo o direito contratual e de toda a confiança, é um elemento importante a ser considerado pelas partes, de modo que empreendam esforços no sentido de minimizar custos de transação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi investigar se o observado fenômeno da judicialização de contratos de colaboração empresarial poderia revelar a adoção de um comportamento oportunista por parte de um dos contratantes.

Para responder ao questionamento proposto, no primeiro capítulo deste trabalho, resgatou-se a ideia de que o contrato é produto da manifestação de vontade das partes tendente a criar, modificar ou extinguir direitos.

Nesse aspecto, destacaram-se os princípios norteadores do direito contratual, com especial atenção para o princípio da autonomia privada, que confere às partes a plena liberdade de decidir as cláusulas do pacto; o princípio da obrigatoriedade dos contratos, representado pela máxima do *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes se obrigam a respeitar e executar o contrato na forma em que previsto; o princípio do consensualismo, que resgata o ideal de que haverá contrato executável quando se verificar uma declaração convergente de vontades.

Além destes princípios, destacou-se o princípio da boa-fé objetiva nos contratos, que opera como verdadeira cláusula geral do ordenamento jurídico que tende a guiar a interpretação das cláusulas contratuais, bem como gera para as partes contratantes certos deveres acessórios, como a obrigação de se agir com lealdade, honradez, colaboração, cooperação.

Vale registrar que, da boa-fé objetiva se extrai a teoria da culpa *post pactum finitum*, de acordo com a qual os mesmos deveres anexos de conduta dos períodos pré-contratual e da execução do contrato devem ser observados.

Com relação aos contratos empresariais, tratam de pactos estabelecidos entre agentes econômicos em que ambos os lados estão guiados pela finalidade do lucro. Em outras palavras, a vontade comum das partes envolvidas é justamente promover a produção, prestação ou comercialização de bens e serviços com o desiderato de aferição de resultados positivos.

Quanto às categorias de contratos empresariais, os contratos híbridos, normalmente identificados como de colaboração, diferenciam-se dos contratos da modalidade *spot* na medida em que o último trata de relações de trocas imediatas, sem qualquer vinculação futura.

O reconhecimento de uma categoria de contrato relacional permite quando de seu tratamento jurídico, ser orientado por alguns parâmetros, a saber: i) flexibilização do esquema oferta/procura para formatação do contrato; ii) diminuição da intolerância a regras contratuais indefinidas (cláusulas gerais); iii) aumento da possibilidade alteração contratual em casos de modificações de circunstâncias; iv) atribuição de maior eficácia a cláusulas que tratam da necessidade de empregar melhores esforços; v) encarar os contratos como autênticas sociedades; vi) caráter unitário aos contratos relacionais; vii) impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé; viii) permitir aos Tribunais adaptar ou revisar cláusulas contratuais de acordo com os resultados das partes.

Para a investigação proposta, optou-se por analisar contratos de colaboração empresarial, com destaque para as modalidades de distribuição e representação comercial.

Apesar de certa divergência teórica a respeito da efetiva denominação, reconhece-se o contrato de distribuição (distribuição-intermediação) como um contrato atípico mediante o qual o distribuidor efetua a compra de produtos ou

serviços do fornecedor para posterior revenda ao mercado consumidor. O lucro do distribuidor é resultado diferença entre o valor de compra e o valor de venda.

Por sua vez, o contrato de representação comercial abriga a responsabilidade imposta ao representante de mediar negócios mercantis em favor do representado. Sua disciplina é feita pela Lei 4.886/65, que dentre outras disposições, prevê a garantia de indenização correspondente a 1/12 avos, no mínimo, de todas as comissões auferidas durante a contratualidade em caso de rescisão sem justo motivo.

A natureza jurídica muito similar de ambas as modalidades de colaboração empresarial (distribuição e representação comercial) pode influenciar no fenômeno observado e que motivou a realização deste trabalho: a judicialização de contratos de colaboração empresarial, notadamente quanto aos pedidos de reconhecimento de relação de representação comercial em contratos de distribuição.

Para analisar esse fenômeno, no segundo capítulo do trabalho, recorreu-se aos instrumentos da Análise Econômica do Direito como ferramenta de análise do comportamento humano. De suas bases clássicas, resgatou-se a noção de escassez de recursos; custo de oportunidade; reconhecimento de que a atitude do agente econômico é racional maximizadora; os agentes respondem a incentivos.

Avançando no estudo, deu-se destaque para a Teoria dos Custos da Transação, pelo qual seus estudiosos desenvolvem algumas premissas clássicas para registrar algumas categorias importantes para análise das relações sociais. O resgate dos conceitos de custos de transação e de racionalidade limitada dos agentes econômicos foi fundamental para a compreensão do chamado “comportamento oportunista”.

Nessa perspectiva, o oportunismo pôde ser definido em Williamson como a busca pelo interesse próprio com malícia, que inclui esforços calculados com o propósito de enganar, ofuscar e confundir. Nesse sentido, o oportunismo não pode ser confundido com a mera busca do interesse próprio, já que, nesses casos, os agentes atuam de acordo com regras preestabelecidas que confiam e obedecem.

Com essa perspectiva, foi possível aproximar o conceito de comportamento oportunista, advindo das teorias econômicas, com o conceito de boa-fé objetiva, com origem no direito. O resultado foi reconhecer que, nas relações contratuais, o oportunismo equivale à ausência de respeito aos deveres anexos impostos pela

boa-fé objetiva, notadamente no que se refere à obrigação de colaboração, agir com honradez, retidão, dever de informação, dentre outras atitudes.

Por fim, no terceiro capítulo do trabalho, analisaram-se dez precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que tratavam justamente da judicialização de contratos de colaboração empresarial. Em específico, dedicou-se atenção aos casos em que, em uma relação de distribuição, pretendeu-se o reconhecimento de uma relação de representação comercial para se pretender o pagamento das indenizações previstas pela lei de regência, notadamente quanto à indenização de 1/12 avos das comissões e pagamento de aviso prévio.

Da análise dos julgados, foi possível reconhecer algumas situações, que podem ser assim resumidas: i) o contrato de distribuição encerra uma operação de compra para revenda, de modo que o proveito econômico do distribuidor é a diferença entre o preço de compra e o preço da venda; ii) o Poder Judiciário não reconhece a aplicação das indenizações previstas pela Lei de Representação Comercial (4.886/65) quando se trata de um contrato de distribuição; iii) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial ocorre no momento posterior ao fim da relação contratual; iv) a judicialização de contratos de distribuição, quando pretende indenização baseada nas disposições da representação comercial, pode ser entendida como manifestação da tentativa de maximização do autointeresse; v) em virtude da racionalidade limitada dos agentes econômicos os contratos são incompletos, de modo que não impossibilitam o acesso ao Judiciário por um dos contratantes para se pretender a revisão contratual; vi) a judicialização dos contratos de colaboração empresarial pode revelar a manifestação de um comportamento oportunista.

Em resumo, este trabalho pretendeu apresentar uma forma diferente de analisar o fenômeno da judicialização de contratos empresariais. Com auxílio das categorias desenvolvidas pelas ciências econômicas, foi possível demonstrar que a judicialização de contratos pode revelar a adoção de um comportamento oportunista, visto que, apesar de as partes terem se comprometido à fiel execução de seus pactos, no momento posterior ao fim da relação contratual, uma das partes tenta, de forma indevida e às custas da contraparte, enriquecer indevidamente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final, do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 243-285.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARENHART, Fernando Santos. **A boa-fé na relação contratual**: uma abordagem de Direito e Economia. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil**. 34.ed., v. 5., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAGGIO, Andreza Cristina. **Teoria contratual pós-moderna**: as redes contratuais na sociedade de consumo. Curitiba: Juruá, 2007.

BEGNIS, Heron Sergio Moreira. ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros. PEDROZO, Eugênio Avila. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeira produtiva do fumo no sul do Brasil**. Revista Gestão Produção, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, mai/ago, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Barauna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e Análise Econômica do Direito**: o caso dos contratos de *leasing*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In: O que é Análise Econômica do Direito*: uma introdução. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belho Horizonte: Fórum, 2016.

BORGES, Nelson. **Manual Didático das Obrigações: Contratos e Revisão Contratual**. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1964.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: lições**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CATEB, Alexandre Bueno. VELOSO, Sílvia Mechelany. **Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (eficiente breach)**. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*. v. 10, n. 2, p. 18-44, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COHEN, George. ***The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law***. *Hofstra Law Review*, Vol. 20, Iss. 4, 1992.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: mercado, Estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coord.). **Direito Civil: Da autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. **Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação**. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, nº 1, p. 109-121, jan./jun., 2012.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Interpretação dos negócios empresariais. In: **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação?** *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo, n. 77, mai-jun. 2006.

FRIED, Charles. **Contrato como promessa: uma teoria da obrigação contratual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito.** Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010, p. 21-22.

GIORDANI, José Acir Lessa. **Direito Civil: Contratos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, SandroG.. **Representação Comercial e Distribuição.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 200- 217.

GORGA, Erica. Common law é mais eficiente do que a civil law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica. In: **Direito e Economia.** ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Steven Shavell e o Preço do Processo: notas para uma análise econômica do Direito Processual. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Salvador: Jus Podivum, 2008.

JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Contratos em Geral no Novo Código Civil.** São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2006.

KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica.** Curitiba: Editora CRV, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil.** 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. FERNANDES, Wanderley (org). São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

LUPION GARCIA, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

MACKAAY, Ejan. **Good faith in civil law systems: a legal economic analysis**. CIRANO – Scientific Publications, 2011.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015,

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MEDEIROS, Murilo Tadeu. **Direitos e obrigações do representante comercial: (segundo a Lei 4.886/65, com as modificações introduzidas pela Lei 8.420/92)**. Curitiba: Juruá, 2002.

MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código de 2002)**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Celso de Faria. As constantes divergências e pontos de comunhão entre os principais contratos de colaboração: distribuição, concessão mercantil e representação comercial. In: **Contratos empresariais interpretados pelos tribunais**. NASCIMBENI, Asdrubal Franco. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MOTA, Maurício. **A pós-eficácia das obrigações**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MULLER, Bernardo. Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito & Economia. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MURIS, Timoty J. ***Opportunistic behavior and the law of contract***. In Minnesota Law Review, n. 521, jan. 1981. Disponível em <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mnlr65&div=30&id=&page=>>>. Acesso em 05 nov 2018.

NALIM, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

NEVES, Karina Penna. **Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós contratual**. São Paulo: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral dos contratos: tratado de direito bancário**. Campinas: LZN Editora, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência: problema agente-principal. In: **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). 2. ed. Belho Horizonte: Fórum, 2016.

POMPEO FILHO, Roberto Nelson Brasil. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. In: **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. NALIM, Paulo Roberto Ribeiro (org.). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

QUEIROZ, Mônica. **Direito civil**: parte geral do direito civil e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 34. ed., vol. 1., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. **O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial)**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 15, 1972.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179-217.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e a Nova Economia Institucional. In: **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SÁ, Priscila Zeni de. **Poder judiciário e as cláusulas gerais**: parâmetros para a concretização no direito civil-constitucional. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org). 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22. v. 5, n.2, mar. 2008.

SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Contratos de distribuição:** e o novo contexto do contrato de representação comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SHAVELL, Steven. **Contractual Hold Up and Legal Intervation.** Disponível em <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716901>. Acesso em 05 nov 2018..

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Law and Economics.* In: **Direito e Economia.** ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual:** boa-fé e violação positiva do contrato. São Pualo: Quartier Latin, 2014,

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TREBILCOCK, Michael J. **The limits of contract,** Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

VEIGA, Cecília M. **Contratos.** São Paulo: Desafio Cultural Editora, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. Sao Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo: Atlas, 2015.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanism of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **The firm as a nexus of treatis: an introduction**. In: AOKI, Masahiko; GUSTAFSSON, Bo; WILLIAMSON, Oliver E. [Eds.] *The firm as a nexus of treatis*. London. Sage Publications, 1990.

_____. Por que Direito, Economia e Organizações?. In: **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.