



# Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 172-173, ago. 2016/jul. 2017

# RDM 172/173

## Doutrina e Atualidades:

- 1 – "Intuitu Commercium: Reflexões Sobre a Influência a Dinâmica Empresarial nos Contratos Personalíssimos" (autor: Rodrigo Rocha Feres Ragil)
- 2 – "A Falácia das Patentes na Visão Crítica de Boldrin e Levine" (autores: Leonardo Toledo da Silva e Rafael Dias Côrtes)
- 3 – "Beyond Legal Formalism in Brazil: The Law and Poverty Group Experience" (autores: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello e Raquel de Mattos Pimenta)
- 4 – "O Direito Registral Empresarial" (autor: José Engrácia Antunes)
- 5 – "El Desafío de la Normativa Concursal Italiana para Lograr la Eficacia de los Procedimientos" (autora: Stefania Pacchi)
- 6 – "Contratos Preliminares e Contratos Definitivos" (autor: Luciano Zordan Piva)
- 7 – "Os Poderes da Assembleia Geral dos Credores e o Abuso do Direito de Voto" (autor: Newton de Lucca)
- 8 – "Criação e Reforma do Novo Mercado da Bolsa de Valores: Os Limites da "Solução Alternativa"" (autora: Anna Binotto Massaro)
- 9 – "Liberdade e Intervenção em Contratos Empresariais: Reflexões à Luz de Precedente do Superior Tribunal de Justiça" (autora: Victória Baruselli Cabral de Melo)
- 10 – "Validade ou Não da Cláusula Resolutiva Expressa em Contratos Públicos pela Recuperação Judicial" (autor: Luiz Fernando Rocha Silva)
- 11 – "Investment fund voting in Brazilian public companies" (autor: Alexandre Edde Diniz de Oliveira)

ISBN 978-65-89904-76-2



9 786589 904762 >



**rdm**

revista de direito mercantil



**EXPERT**  
EDITORA DIGITAL

# **Revista de Direito Mercantil**

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE  
DIREITO  
MERCANTIL  
industrial, econômico  
e financeiro**

**172/173**

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVI (Nova Série)  
agosto 2016/julho 2017

**REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**  
**Industrial, econômico e financeiro**  
**Nova Série – Ano LVI – ns. 172/173 – ago. 2016/jul. 2017**  
**FUNDADORES**

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

**CONSELHO EDITORIAL**

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,  
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,  
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-  
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,  
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,  
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

**COMITÊ DE REDAÇÃO**

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS  
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,  
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,  
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,  
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,  
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS  
DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,  
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA,  
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,  
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÉA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,  
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA  
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,  
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO  
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,  
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,  
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

## **COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO**

JOÃO PAULO BRAUNE GUERRA.

## **ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE**

ALESSANDRO DA MATA VASCONCELOS, CAMILA

BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,

GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, GUSTAVO CANHISARES MAZUCA,

ISABELLA PETROF, JOÃO PEDRO SIMINI RAMOS PEREIRA,

JULIA BORGES ENDLER, KAREN MAYUMI CARVALHO

TAHYRA, KAWAN HERCULINO TOSTES,

LARA BEGNAME DE CASTRO, LUCA AKIRA MOUTINHO

FUJISAKA, MARIA CLARA CARVALHO DE SENA,

MATEUS BERNARDES DOS SANTOS, MATHEUS CHEBLI,

PEDRO HENRIQUE MANFRINI, RODOLFO PAVANELLI MENEZES,

RODRIGO FIALHO BORGES, SERGIO COELHO DE AZEVEDO

JUNIOR, SOFIA DALLA DÉA BARONE,

VICTÓRIA DIAZ DA SILVA, VIRGÍLIO MAFFINI GOMES.

## **REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

**Direção editorial:** Luciana de Castro Bastos  
**Diagramação e Capa:** Daniel Carvalho e Igor Carvalho  
**Revisão:** Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

**AUTORES:** Alexandre Edde Diniz de Oliveira, Anna Binotto Massaro, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, José Engrácia Antunes, Leonardo Toledo da Silva, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello, Luciano Zordan Piva, Luiz Fernando Rocha Silva, Newton de Lucca, Raquel de Mattos Pimenta, Rafael Dias Côrtes, Rodrigo Rocha Feres Ragil, Stefania Pacchi, Victória Baruselli Cabral de Melo

**ISBN:** 978-65-89904-76-2

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

**Pedidos dessa obra:**

[experteditora.com.br](http://experteditora.com.br)

[contato@editoraexpert.com.br](mailto:contato@editoraexpert.com.br)





## **COLABORADORES**

### **ALEXANDRE EDDE DINIZ DE OLIVEIRA**

Candidato a Graduação em Direito (*Doctor of Law*), Harvard Law School. Bacharel em Direito, Universidade de São Paulo.

### **ANNA BINOTTO MASSARO**

Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela USP. Foi intercambista do *Yale Latin American Linkages Program*, assistente de pesquisa do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito/SP, integrando, na mesma instituição, a equipe de pesquisa do Grupo de Estudos da Relação entre Estado e Empresa Privada (GRP).

### **CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA**

Professor Doutor de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do *PGLaw*. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D.). Doutor e bacharel pela USP. Foi professor visitante na *Yale Law School* e na *Wharton Business School* da *University of Pennsylvania*. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela *New York State Bar Association*. Membro Vice-Presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão *Fulbright* do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

### **JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES**

Professor de Direito Comercial, Mestre em Direito (Universidade Católica Portuguesa, 1989) e Doutor em Direito (*European University Institute*). Estagiário da Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 1987), investigador e assistente do EUI (Florença, 1988), bolseiro do INIC (Lisboa, 1986-1989). Professor convidado e/ou visitante em diversas universidades estrangeiras (Bona, Tóquio, Londres, Connecticut, Fontainebleau, Madrid, São Paulo, Caracas, Aarhus, Frankfurt, Luxemburgo, Viena, Brasília). Membro da Sociedade Científica da Universidade Católica. Membro do *European Company*

*Law Group*. Colaborador do Banco de Portugal (1997) e da Comissão Europeia (2011). Autor de monografias, artigos e estudos de reforma legislativa no domínio da Filosofia de Direito, Direito Comercial, Direito das Sociedades, Direito Bancário, Direito do Mercado de Capitais, Direito dos Contratos Comerciais, Direito da Concorrência, e Direito Cambiário, publicados em editoras portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, alemãs, italianas, argentinas, holandesas e norte-americanas.

### **LEONARDO TOLEDO DA SILVA**

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (2001), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2006), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2015). É professor, advogado e árbitro, autor de obras em matérias relacionadas a Direito da Construção e Direito Societário. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDIC.

### **LILIAN MANOELA MONTEIRO CINTRA DE MELLO**

Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em direito pela mesma instituição, com período de mobilidade internacional no *Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences-Po)*. Foi Pesquisadora Visitante do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito de Harvard, coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP, professora contratada das disciplinas de Direito Internacional Econômico e Aspectos Jurídicos das Relações Internacionais do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU e assistente da disciplina Comércio Internacional e Concorrência da Universidade de Brasília – UNB. Assessora de Ministro do STF.

### **LUCIANO ZORDAN PIVA**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pesquisador do NEF – Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências. Fez intercâmbio acadêmico na *Lund University*, na Suécia, onde estudou disciplinas de Direito e Economia. Foi *Visiting Scholar* na *University of Illinois College of Law at Urbana-Champaign*, onde desenvolveu pesquisa com o

Professor Aviram Amitai na área de Direito Societário e Fusões e Aquisições. Foi aluno da disciplina de *Bankruptcy* ministrada pelo Professor Charles J. Tabb.

### **LUIZ FERNANDO ROCHA SILVA**

Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos com Pós-graduação em andamento em Direito e Gestão Jurídica pelo Ibmec.

### **NEWTON DE LUCCA**

Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Professor Titular pela Faculdade de Direito da USP, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNINOVE. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região. Membro da Academia Paulista de Magistrados, da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do *Instituto Latino-Americano de Derecho Privado*.

### **RAQUEL DE MATTOS PIMENTA**

Professora e pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito/SP. Integrante do Núcleo Teorias e Fronteiras do Direito e Desenvolvimento na mesma instituição. Doutora e Mestre em Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP. Foi bolsista *Fulbright* e Pesquisadora Visitante na *Yale Law School* e Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown. Foi pesquisadora de Pós-Doutorado *Global Fellow* na FGV Direito/SP). Teve bolsa de pesquisa de Mestrado e Iniciação Científica concedida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Graduada pela FD-USP. Intercâmbio de Graduação no *Institut d'Études Politiques em Paris (Sciences Po)*.

### **RAFAEL DIAS CÔRTEZ**

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. MBA em Gestão Corporativa pela Estação Business School. Especialista em Direito Processual Civil, com ênfase na Administração Pública, pelo Instituto

de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - PR. Sócio de Hauer, Côrtes - Advogados.

### **RODRIGO ROCHA FERES RAGIL**

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com intercâmbio acadêmico na *Université de Versailles* (França). Gerente Jurídico da *Avenue Code* (avenecode.com).

### **STEFANIA PACCHI**

Professora Catedrática de Direito Comercial do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Curso de Formação Avançada em Direito da Falência da Universidade de Siena. Presidente do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro do Conselho Diretivo da Escola de Especialização para as Profissões Jurídicas da Universidade de Siena. Membro do Conselho Acadêmico do Doutorado em Instituições e Direito Econômico da Universidade de Siena. Membro fundadora e membro do comitê científico do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro Correspondente Estrangeiro do Instituto Empresarial da Academia de Direito e Ciências Sociais de Córdoba/Argentina. Fundadora e Presidente da *Association for Insolvency Studies of Tuscany* (ASCo. T.). Faz parte da redação das revistas: *Direito Comercial*, *Revista do Direito Comercial* e *Falência e Direito Comercial Societário*. Em 2008 foi selecionada pelo INDECOPI (Instituto Nacional de Processos de Falências e Propriedade Industrial do Peru) e pelo Banco Mundial para ministrar um curso de palestras em Lima sobre os aspectos críticos do direito falimentar peruano. Em 2010 foi chamada como docente no curso de especialização em direito da insolvência da Universidade Católica Javeriana de Cali (Colômbia). Docente do Mestrado em “La Insolvencia empresarial”, da Universidade *San Pablo* CEU de Madri. Inscrita no Registro Especial de Advogados do Tribunal de Florença. Palestrante em conferências na Itália e no exterior.

## **VICTÓRIA BARUSELLI CABRAL DE MELO**

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial (*Master 2 Droit des Affaires*) pela *Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*. Bacharela em Direito pela USP. Formada em Direito (*Licence en Droit*) pela *Université de Lyon*, no âmbito do programa *Partenariats Internationaux Triangulaires d'Enseignement Supérieur* – PITES. Realizou curso de verão na *Shanghai Jiao Tong University*. Realizou intercâmbio acadêmico na *Université Paris 2 Panthéon Assas*. Foi bolsista de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC.



## SUMÁRIO

INTUITU COMMERCIIUM REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DA DINÂMICA EMPRESARIAL NOS CONTRATOS PERSONALÍSSIMOS.....	17
<i>Rodrigo Rocha Feres Ragil</i>	
A FALÁCIA DAS PATENTES NA VISÃO CRÍTICA DE BOLDRIN E LEVINE..	47
<i>Leonardo Toledo da Silva; Rafael Dias Côrtes</i>	
BEYOND LEGAL FORMALISM IN BRAZIL: THE LAW & POVERTY GROUP EXPERIENCE.....	77
<i>Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa; Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello; Raquel de Mattos Pimenta</i>	
O DIREITO REGISTRAL EMPRESARIAL .....	101
<i>José Engrácia Antunes</i>	
EL DESAFÍO DE LA NORMATIVA CONCURSAL ITALIANA PARA LOGRAR LA EFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS .....	165
<i>Stefania Pacchi</i>	
CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOS.....	187
<i>Luciano Zordan Piva</i>	
OS PODERES DA ASSEMBLEIA GERAL DOS CREDORES E O ABUSO DO DIREITO DE VOTO .....	233
<i>Newton De Lucca</i>	
CRIAÇÃO E REFORMA DO NOVO MERCADO DA BOLSA DE VALORES: OS LIMITES DA “SOLUÇÃO ALTERNATIVA” .....	257
<i>Anna Binotto Massaro</i>	

LIBERDADE E INTERVENÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS: REFLEXÕES  
À LUZ DE PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....293

*Victória Baruselli Cabral de Melo*

VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS  
PÚBLICOS PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....311

*Luíz Fernando Rocha Silva*

INVESTMENT FUND VOTING IN BRAZILIAN PUBLIC COMPANIES: AN  
EMPIRICAL ANALYSIS .....341

*Alexandre Edde Diniz de Oliveira*

**LIBERDADE E INTERVENÇÃO EM  
CONTRATOS EMPRESARIAIS:  
REFLEXÕES À LUZ DE PRECEDENTE DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*Victória Baruselli Cabral de Melo*

**RESUMO**

O presente artigo trata dos limites da autonomia privada e da liberdade contratual dos agentes econômicos, bem como da intervenção judicial nos contratos empresariais. Os agentes econômicos têm liberdade para contratar, desde que o façam dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, os contratos celebrados por meio do exercício dessa liberdade devem ser cumpridos: *pacta sunt servanda*. Contratos empresariais são celebrados entre agentes econômicos ativos e probos. Nesses contratos, os princípios da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda* incidem com maior intensidade, restringindo as hipóteses de intervenção judicial. As reflexões sobre esses temas são feitas à luz de um precedente do Superior Tribunal de Justiça: o Recurso Especial nº 1.409.849/PR.

**Palavras-Chave:** Contratos Empresariais; Autonomia Privada; Liberdade Contratual; *Pacta Sunt Servanda*; Intervenção Judicial; Precedente; Superior Tribunal de Justiça.

**FREEDOM AND JUDICIAL INTERVENTION IN  
BUSINESS-TO-BUSINESS CONTRACTS:  
DISCUSSIONS UNDER THE ANALYSIS OF A LEGAL  
PRECEDENT OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

**ABSTRACT**

This paper discusses the limits of the autonomy and freedom of contract of economic agents, as well as to the judicial intervention in business-to-business contracts. The economic agents have freedom

of contract, provided that such freedom is exercised within the limits imposed by the legal system. On the other hand, contracts entered into under the exercise of such freedom are binding on the parties: *pacta sunt servanda*. Business-to-business contracts are entered into between diligent economic agents. The principles of freedom of contract and of *pacta sunt servanda* are more acutely applicable to these contracts. Thus, judicial intervention in business-to-business contracts is limited. These discussions are developed under the analysis of a legal precedent of the Superior Court of Justice: the “Recurso Especial nº 1.409.849/PR”.

**Keywords:** Business Contracts; Autonomy; Freedom of Contract; *Pacta Sunt Servanda*; Judicial Intervention; Legal Precedent; Superior Court of Justice.

“BASSANIO: [...] *Wrest once the law to your authority;  
To do a great right do a little wrong [...]*  
PORTIA: *It must not be; there is no power in Venice  
Can alter a decree established.  
‘Twill be recorded for a precedent,  
And many an error, by the same example  
Will rush into the state: it cannot be.’*  
(SHAKESPEARE. *The Merchant of Venice*. Act IV, Scene I<sup>392</sup>)

O Direito, de forma geral, e o Direito Comercial, em especial, estão em constante transformação. Com o crescente aumento de complexidade da vida negocial, o Direito Comercial é continuamente desafiado<sup>393</sup>. Para fazer frente a esses desafios, o Direito Comercial não pode mais ser visto como o Direito da empresa ou do comerciante

---

392 SHAKESPEARE, William. *The Merchant of Venice* (ed. MAHOOD, M. M.). Cambridge: Cambridge University Press, 2003, Act IV, Scene I, p. 155.

393 Orlando Gomes, ao tratar das transformações no Direito das Obrigações, já alertava sobre os “*princípios, conceitos e noções que se esvaziam, retraem ou desabam diante das novas necessidades econômicas e sociais e da mudança do modo de encarar a atividade social.*” (*Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 8).

individual, mas sim como o Direito do mercado<sup>394</sup>. A empresa precisa ser estudada no contexto de sua atuação em mercado e de suas interações com outros agentes econômicos. A partir dessas interações, surgem os contratos empresariais<sup>395</sup>.

No contexto do estudo dos contratos empresariais, o presente artigo traz algumas reflexões acerca dos limites da autonomia privada e da liberdade contratual dos agentes econômicos, bem como da intervenção judicial nos contratos empresariais, feitas à luz de um importante precedente do Superior Tribunal de Justiça.

## **1. O PRECEDENTE: RECURSO ESPECIAL Nº 1.409.849/PR**

O precedente sob análise é o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.409.849/PR<sup>396</sup>, em 26 de abril de 2016, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no qual figurava como recorrente Crystal Administradora de Shopping Centers Ltda. (Administradora de Shopping) e como recorrido F1 Comércio de Roupas e Artigos de Couro Ltda. e Outros (Comércio).

A Administradora de Shopping e o Comércio haviam celebrado contrato de locação de espaço em shopping center no qual foi pactuada cláusula prevendo a cobrança em dobro do aluguel no mês de dezembro de cada ano (conhecida como “13º aluguel”). No contexto da ação de despejo combinada com cobrança de aluguéis proposta pela Administradora de Shopping contra o Comércio, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), em sede de apelação, afastou a cobrança

---

394 FRAZÃO, Ana. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 15, n. 1, p. 105-122, jan./abr. 2018, p. 122; FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25-27.

395 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 23-25.

396 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.409.849/PR. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 26 de abril de 2016.

do 13º aluguel. A Administradora de Shopping, então, interpôs recurso especial em face do acórdão do TJPR<sup>397</sup>.

O ponto sob discussão situa-se em torno da validade da cláusula estabelecendo o 13º aluguel inserida em contrato de locação de espaço em shopping center. Conforme destacado tanto pelo TJPR como pelo STJ, tal contrato de locação deve ser analisado com base no disposto no artigo 54 da Lei nº 8.245/91<sup>398</sup>, o qual admite a livre pactuação de condições nos contratos de locação firmados entre lojistas e empreendedores de shopping center, observadas as disposições da referida lei.

O TJPR, no entanto, considerou que *“a liberdade de pactuar as cláusulas contratuais contida na previsão legal supra mencionada não afasta sua apreciação por parte da função jurisdicional do Poder, com efeito, de restabelecer o equilíbrio contratual”*. O tribunal *a quo* decidiu então por afastar a cláusula em questão, por entender que *“a cobrança de aluguel em dobro nos contratos de Shopping Center, embora prática corrente, na atual fase da economia (inflação controlada), não mais justificativa [sic] o pagamento do aluguel dobrado no mês de dezembro, devendo, desta sorte, ser afastada a cobrança manifestamente abusiva limitando a irrestrita liberdade contratual em busca do equilíbrio decorrente da necessária função social do contrato”*.

O STJ, por outro lado, entendeu a questão de forma diversa do tribunal *a quo*, dando provimento ao recurso especial interposto em face do acórdão do TJPR. Para chegar a essa conclusão, o STJ considerou, primeiramente, que o contrato em questão é um contrato empresarial – cujo controle judicial *“deve ser estabelecido a partir dos princípios reitores do sistema de Direito Empresarial”*. A cláusula de cobrança do 13º aluguel seria *“cláusula contratual própria desse tipo peculiar de contrato de locação”*, estipulada para que os empreendedores de shopping center façam *“frente ao aumento de suas despesas nessa*

---

397 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 756082-5. Rel. Des. Antonio Loyola Vieira. Julgado em 22 de junho de 2011.

398 *“Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.”*

*época do ano*". A discussão acerca da validade dessa cláusula, para o STJ, centra-se nos limites da autonomia privada. Passa-se então a analisar essa questão do ponto de vista do Direito Empresarial, no qual *"a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado"*, visto que seria *"regido por princípios peculiares, como a livre iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa"*.

No julgamento, o STJ considerou que a autonomia privada se concretiza, no Direito Contratual, através da liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos<sup>399</sup>. A liberdade contratual seria *"a ampla faixa de autonomia conferida pelo ordenamento jurídico à manifestação de vontade dos contratantes"*, sendo a força obrigatória dos contratos *"o contraponto da liberdade contratual"*. Para o tribunal, *"se o agente é livre para realizar qualquer negócio jurídico dentro da vida civil, deve ser responsável pelos atos praticados, pois os contratos são celebrados para serem cumpridos (pacta sunt servanda). A necessidade de efetiva segurança jurídica na circulação de bens impele a idéia de responsabilidade contratual, mas de forma restrita aos limites do contrato. O exercício da liberdade contratual exige responsabilidade quanto aos efeitos dos pactos celebrados"*.

O STJ reconheceu que o princípio da autonomia privada não seria um princípio absoluto, podendo ser relativizado em função de outros princípios – como o da função social, o da boa-fé objetiva e o da prevalência do interesse público. Nesse contexto, poderia ser admitida a intervenção judicial nos contratos – diante, inclusive, da alteração superveniente das circunstâncias que deram origem ao contrato, o que não teria ocorrido no presente caso. De outra parte, o tribunal destaca que *"[o] controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia"*.

---

399 E, também, através da relatividade dos contratos.

No caso sob análise, o STJ concluiu então por respeitar o originalmente pactuado entre as partes. O STJ não admitiu a revisão judicial da cláusula em questão, tendo sido considerada como não abusiva a mera previsão contratual que estabelece a duplicação do valor do aluguel no mês de dezembro em contrato de locação de espaço em shopping center.

## 2. REFLEXÕES À LUZ DO PRECEDENTE

Uma primeira reflexão suscitada pelo precedente em análise centra-se na importância e nos limites da autonomia privada, especialmente no campo do Direito Comercial. A autonomia privada pode ser compreendida como a “*autorregulação dos interesses particulares*”: por meio de atos de autorregulação – aos quais a lei confere eficácia jurídica – os particulares realizam e disciplinam concretamente seus interesses<sup>400</sup>. Na busca da satisfação de seus interesses, os agentes econômicos realizam trocas no sistema de mercado, as quais são instrumentalizadas pelos contratos. Os agentes, em regra, têm liberdade para decidir pelo conteúdo e pela forma do contrato, sendo a autonomia privada, como destaca FORGIONI, a “*viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento*”<sup>401</sup>.

Por outro lado, a autonomia privada não é irrestrita, mas deve ser exercida dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, a autonomia da vontade seria “*o espaço deixado às vontades*”, sendo tal espaço relevante para o direito: “*[é] interior, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam*”<sup>402</sup>.

---

400 GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 43-44.

401 FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 151-152.

402 MIRANDA, Pontes de. *Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova* (atualizado por MELLO, Marcos Bernardes de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos). In: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo III, p. 109-110.

As contratações entre os agentes econômicos, dessa forma, ocorrem dentro das limitações trazidas pelas regras estatais – exógenas ao mercado – que determinam a licitude ou ilicitude do objeto da contratação e do comportamento dos agentes<sup>403</sup>. A própria exigência de se exercer a liberdade contratual nos limites da função social do contrato<sup>404</sup>, trazida pelo artigo 421 do Código Civil, seria uma dessas limitações<sup>405</sup>.

Essas regras impostas pelo Estado formatam o mercado e o fluxo de relações econômicas. Lembra-se do caráter político do mercado tratado por IRTI: o mercado toma a forma de uma decisão política e de uma escolha normativa<sup>406</sup>. O Direito Comercial, nesse contexto, pode ser visto como um mecanismo essencial de implementação de políticas públicas<sup>407</sup>. Pelo fato de o agente econômico responder a incentivos e desincentivos<sup>408</sup>, políticas públicas podem ser implementadas através do incentivo a condutas socialmente desejáveis e do desincentivo a comportamentos indesejáveis<sup>409</sup>. A opção feita pelo Direito de deixar um menor ou maior espaço à liberdade de contratação e à autonomia privada é, portanto, uma decisão de política pública<sup>410</sup>. Ressalta-se que

---

403 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 114.

404 A respeito da função social do contrato, v. HADDAD, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

405 Para Paula A. Forgioni, “se a empresa gera riquezas, aumentando o grau de bem-estar, o contrato empresarial também cumpre essa função, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país.” (*Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 274-275).

406 IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1998, p. 11-14.

407 CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito societário e regulação econômica*. Barueri: Manole, 2018, p. 166-169.

408 Visto que o agente econômico é racional (ainda que sua racionalidade seja limitada), busca seu autointeresse e age visando o lucro, procurando tomar as estratégias que lhe trarão a maior vantagem econômica possível.

409 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 126-127.

410 Para uma visão crítica sobre o papel do Direito na “codificação do capital”, v. PISTOR, Katharina. *The code of capital: how the law creates wealth and inequality*. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2019 [e-book]: “*Capital, I argue in this book, is coded in law. [...] The law is a powerful tool for social ordering and, if used wisely, has*

a recente Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) parece alargar o espaço deixado à autonomia das partes nos contratos empresariais, ao dispor que “os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública” (artigo 3º, inciso VIII).

Essa liberdade de contratar concedida pelo ordenamento jurídico vem acompanhada do dever de cumprir o que foi acordado: trata-se do nexos “liberdade contratual – responsabilidade contratual” destacado por ROPPO<sup>411</sup>. Essa reponsabilidade seria uma das facetas da própria autonomia privada, visto que, se os particulares têm a liberdade de determinar as regras que regularão suas transações, também devem ser responsáveis pelo resultado do exercício dessa liberdade. Dessa forma, as jurisdições que respeitam a liberdade contratual baseiam-se no princípio de que os contratos vinculam as partes que o celebraram: *pacta sunt servanda*<sup>412</sup>.

O princípio do *pacta sunt servanda* não serve apenas aos interesses das partes, mas do próprio sistema: o funcionamento do mercado depende da força vinculante dos contratos<sup>413</sup>. Esse princípio desestimula os comportamentos oportunistas dos agentes econômicos que sejam indesejáveis sob o ponto de vista sistêmico (os agentes, se não estivessem vinculados, quebrariam o contrato inicialmente

---

*the potential to serve a broad range of social objectives; yet, for reasons and with implications that I attempt to explain, the law has been placed firmly in the service of capital.” (Preface).*

411 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 127-129.

412 HONDIUS, Ewoud H; GRIGOLEIT, Hans Christoph. Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2011, p. 3-14 (3-4).

413 Como ressalta Enzo Roppo, “para o bom funcionamento do mercado e das relações econômicas que aí se entrelaçam, é necessário que as trocas combinadas aconteçam efetivamente, que as promessas feitas sejam executadas, e que os operadores possam contar com as mesmas.” (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 233).

firmado caso lhes surgissem oportunidades mais vantajosas)<sup>414-415</sup>. Com a força do *pacta sunt servanda*, os agentes econômicos podem confiar que a palavra empenhada será cumprida. Trata-se, assim, não só de impor autorresponsabilidade aos agentes econômicos, mas de tutelar a confiança dos demais agentes<sup>416</sup>, sendo a confiança essencial para a própria existência do mercado<sup>417</sup>.

Ao ingressarem em um mercado, os agentes sabem que tanto a sua própria ação quanto a ação dos demais participantes são governadas por regras, e, portanto, são previsíveis. O mercado, como consagrou IRTI, é uma ordem – no sentido de regularidade e previsibilidade<sup>418</sup>. WEBER já alertava para a imprescindibilidade de um direito racional, que assegurasse previsibilidade e segurança à atividade econômica, sendo a “calculabilidade” do direito essencial para o desenvolvimento capitalista<sup>419</sup>. Quanto mais segurança e previsibilidade jurídica houver, menores serão os custos de transação<sup>420</sup> e maior será “a fluência

---

414 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 111-112; 158.

415 Discute-se, por outro lado, a teoria do “inadimplemento eficiente” dos contratos. A esse respeito, v. PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento eficiente” (*efficient breach*) nos contratos empresariais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 1, 2016, p. 1091-1103.

416 Nas palavras de Orlando Gomes, “[s]obe em primeiro plano os princípios da auto-responsabilidade do sujeito e da confiança dos outros sujeitos.” (*Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 47-48).

417 Mesmo de uma perspectiva antropológica, “[o] comércio não pode existir sem confiança.” (HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM, 2015 [e-book], Parte 1: A Revolução Cognitiva, Item 2: A Árvore do Conhecimento, Subitem: Superando o Genoma).

418 IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1998, p. 5-6.

419 “[T]he rationalization and systematization of the law in general and [...] the increasing calculability of the functioning of the legal process in particular, constituted one of the most important conditions for the existence of economic enterprise intended to function with stability and, especially, of capitalistic enterprise, which cannot do without legal security.” (WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology* (ed. ROTH, Guenther; WITTICH, Claus). Berkeley: University of California Press, 1978, p. 883).

420 Para uma definição de custos de transação, v. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 54-58. Sobre a teoria dos custos de transação, v. ainda: COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937; COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960; WILLIAMSON,

das relações econômicas e o desenvolvimento”<sup>421</sup>. Reforça-se, assim, a relevância do respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* para o funcionamento do mercado como um todo.

Além dos limites impostos à liberdade contratual, o princípio do *pacta sunt servanda* também comporta certas limitações. As restrições a esse princípio e à liberdade de contratar, por outro lado, ocorrem com menor intensidade no campo do Direito Comercial<sup>422</sup>, visto ser essa a área na qual se dá maior espaço à liberdade econômica<sup>423</sup>. Em contratos empresariais, o *pacta sunt servanda* é especialmente desafiado em casos de alteração superveniente – além da expectativa razoável das partes – das circunstâncias que deram origem ao contrato<sup>424</sup>, incluindo-se as discussões sobre a resolução por onerosidade excessiva<sup>425-426</sup>. Ressalta-se que, como mencionado no acórdão do STJ sob análise, não seria esse o caso discutido no precedente em questão.

Destaca-se que a presente discussão envolve contratos empresariais, ou seja, contratos em que todas as partes são empresárias, agindo com escopo de lucro, o que confere a esses contratos “*uma dinâmica diversa e peculiar*”. Como esclarece FORGIONI, nos contratos empresariais os agentes econômicos podem ser presumidos

---

Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 233–261, out. 1979.

421 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 121-122; 147-150.

422 Especialmente quando comparado aos campos do Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho.

423 FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 148-154.

424 A esse respeito, v. HONDIUS, Ewoud H; GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

425 “*Sob o prisma da política pública a ser implementada, há duas questões a sopesar: a obrigatoriedade dos contratos [pacta sunt servanda] e a ineficiência de se manter um agente vinculado a um negócio desequilibrado, porque algo imprevisto e imprevisível aconteceu.*” (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 279).

426 Sobre a teoria da resolução por onerosidade excessiva em contratos empresariais, v. PELA, Juliana Krueger. Risco e contratos empresariais. A aplicação da resolução por onerosidade excessiva In: SALLES, Marcos Paulo de Almeida; SZTAJN, Rachel; TEIXEIRA, Tarcísio (Coord.). *Direito Empresarial: estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: IASP, 2015, v. 1, p. 487-498.

como “*ativos e probos*”, ou seja, presume-se que o agente “*de forma prudente e sensata, avaliou os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vinculou-se*”, o que leva à diminuição dos custos de transação<sup>427</sup>. É necessária a ressalva de que essa presunção não afasta a repressão ao abuso de dependência econômica nos contratos empresariais<sup>428</sup>. No precedente sob análise, porém, não foi alegada ou caracterizada a existência de dependência econômica entre as partes.

A partir desse pressuposto, considera-se o agente econômico como “*o melhor senhor de suas próprias razões*”, o que leva à proibição geral de o juiz negociar pelas partes. O agente econômico, inclusive, pode errar em sua jogada, não podendo o julgador neutralizar o prejuízo assumido (dentro da álea normal de seu negócio) em função desse erro, sob pena de criar uma disfuncionalidade sistêmica<sup>429</sup>. Deve-se, como regra, respeitar a alocação de riscos definida pelas partes no contrato<sup>430</sup>, desde que tal alocação não viole as regras cogentes impostas pelo ordenamento jurídico.

Não se afasta com isso a apreciação dos contratos empresariais por parte do Poder Judiciário, nem se presume que não haja situações que mereçam intervenção do juiz. Afinal, a liberdade contratual dos agentes econômicos só pode ser exercida dentro dos limites do Direito. Porém, como pontuado pelo STJ no acórdão em estudo, a intervenção judicial em contratos empresariais deve ser mais restrita

---

427 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 27-28; 39; 122-124.

428 A respeito do tema da dependência econômica em contratos empresariais e da necessária intersecção entre Direito Contratual e Direito Concorrencial, v. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 242 e ss.

429 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 127; 153-155.

430 A nova Lei da Liberdade Econômica, inclusive, incluiu no artigo 421-A, inciso II, do Código Civil, que nos contratos civis e empresariais paritários “*a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada*”. Ressalta-se que já seria esse o entendimento da jurisprudência do STJ em matéria empresarial, visto que o tribunal tentaria “*permitir que as partes alcancem os objetivos próprios de cada tipo contratual, sem realocar os riscos assumidos por cada uma*.” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira; FORGIONI, Paula A. O Superior Tribunal de Justiça e o direito comercial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 39, n. 141, p. 188-197, abr. 2019, p. 194).

do que em outros contratos (e.g., consumeristas), visto que os contratos empresariais são celebrados entre profissionais, ou seja, entre agentes econômicos ativos e probos. Desse modo, especialmente no campo do Direito Comercial, a regra deve ser o cumprimento do acordado entre as partes – o *pacta sunt servanda* –, sendo a intervenção judicial nos contratos a exceção. Se a exceção se tornar a regra, corre-se o risco de diminuir a segurança e a previsibilidade do sistema e comprometer, com isso, o bom fluxo de relações econômicas<sup>431, 432</sup>.

Diante dessas reflexões, volta-se à análise do caso discutido no Recurso Especial nº 1.409.849/PR. Ao estipularem a cláusula no contrato de locação de espaço em shopping center estabelecendo a cobrança em dobro do aluguel no mês de dezembro, as partes teriam exercido sua liberdade de contratar dentro dos limites do Direito, ou teriam elas extrapolado esses limites de forma a justificar a intervenção judicial no contrato?

As partes em questão são ambas empresárias, sendo o contrato, portanto, empresarial. O contrato de locação de espaço em shopping center, conforme reconhecido pelo STJ em seu acórdão, é um tipo peculiar de contrato de locação. Esse contrato tem uma causa econômica própria, lembrando que a função econômica deve ser o norte de interpretação dos contratos empresariais<sup>433</sup>. Nesse tipo de contrato de locação, há uma relação de parceria entre o empreendedor do shopping center e o lojista para o sucesso do empreendimento, assumindo o empreendedor a função de tornar o espaço mais atraente ao público e participando dos resultados obtidos pelo lojista<sup>434</sup>. Nos

---

431 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 275-276; 277-279.

432 Buscando reforçar o princípio do *pacta sunt servanda* e diminuir o excessivo intervencionismo nos contratos, a Lei da Liberdade Econômica introduziu no Código Civil o artigo 421, parágrafo único (“*Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*”), e o artigo 421-A, inciso III (nos contratos civis e empresariais paritários, “*a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada*”).

433 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 119-121.

434 No caso em questão, conforme relatado pelo STJ no acórdão do Recurso Especial nº 1.409.849/PR, “[a] remuneração compreende o aluguel, a contribuição para o fundo de

demais contratos de locação empresarial, o locador, apesar de também visar o lucro, não participa diretamente do empreendimento para conquistar esse objetivo<sup>435</sup>.

A cláusula do 13º aluguel, conforme reconhecido pelo TJPR e pelo STJ, é uma cláusula recorrente na prática desse ramo de atuação. Sua finalidade econômica, como destacado pelo STJ em seu acórdão, seria fazer frente ao aumento de despesas de fim de ano no empreendimento. Essa cláusula foi livremente pactuada entre duas partes empresárias, lembrando-se que, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.245/91, o espaço de liberdade deixado pelo ordenamento jurídico a esse tipo de contrato é especialmente abrangente. Apesar disso, seria essa cláusula abusiva – e, portanto, contrária ao Direito –, como entendido pelo TJPR? Não parece ser o caso de abuso de direito<sup>436</sup>, por não haver contrariedade ao fim econômico ou à boa-fé<sup>437</sup>. A introdução dessa cláusula estaria alinhada com a finalidade econômica do negócio de shopping center, tratando de despesas relacionadas ao sucesso do empreendimento comum estabelecido entre a Administradora de Shopping e o Comércio. Ainda, a cláusula estaria inserida dentro dos usos e costumes desse mercado, não contrariando a boa-fé objetiva (*i.e.*, o comportamento normalmente esperado) de seus participantes.

---

*promoções coletivas, a “res sperata” e as despesas de administração. O aluguel em si é composto de uma parte fixa e de uma parte variável. A parcela fixa é estabelecida em um valor preciso no contrato com possibilidade de reajuste pela variação da inflação, correspondendo a um aluguel mínimo mensal. A parcela variável consiste em um percentual sobre o montante de vendas (faturamento do estabelecimento comercial), variando em torno de sete (7%) a oito por cento (8%) sobre o volume de vendas.”*

435 MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 116, p. 110-118, jul. 2012, p. 111-112; GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (Coord.). *Shopping Centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 94.

436 Nos termos do artigo 187 do Código Civil, “[t]ambém comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

437 A respeito da caracterização do abuso de direito em contratos empresariais (especialmente de distribuição), v. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 267-283.

Em vista disso, não se justifica a intervenção feita nesse contrato pelo TJPR para “reestabelecer o equilíbrio contratual” entre as partes. A intervenção na alocação de riscos estabelecida nos contratos empresariais deve ser excepcional e motivada. Não tendo as partes agido fora das “linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes” (na imagem de PONTES DE MIRANDA), deve-se respeitar o que foi acordado por esses agentes econômicos ativos e probos no exercício de sua autonomia privada. O STJ, ao não admitir a intervenção judicial nesse caso, contribui para o fortalecimento do *pacta sunt servanda* no sistema como um todo.

Além disso, ao afirmar não ser abusiva a cláusula do 13º aluguel, surgida da prática dos comerciantes, o STJ sinaliza para o mercado a licitude dessa prática. Destaca-se a importância dos usos e costumes como uma fonte viva do Direito Comercial<sup>438</sup>, especialmente na criação de tipos contratuais e cláusulas típicas. Os tribunais participam desse processo, consolidando e reconhecendo as práticas dos agentes econômicos que estariam dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o exercício da liberdade contratual pelos agentes econômicos e a reação dos tribunais a esse exercício contribuem para a “formatação da ordem jurídica do mercado”<sup>439</sup>.

---

438 Para uma visão crítica sobre os usos e costumes em Direito Comercial, v. BERNSTEIN, Lisa. The myth of trade usage: a talk. *Barry Law Review*, Miami, v. 23, n. 2, article 5, p. 119-127, jun. 2018; KADENS, Emily. The myth of the customary law merchant. *Texas Law Review*, Austin, v. 90, p. 1153-1206, abr. 2012.

439 FORGIONI, Paula A. Prefácio. In: BARRIONUEVO FILHO, Arthur; COSTA, José Augusto Fontoura; FORGIONI, Paula A.; MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva (Coord.). *Fundamentos Econômicos do Direito de Empresa*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 12-13.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRIONUEVO FILHO, Arthur; COSTA, José Augusto Fontoura; FORGIONI, Paula A.; MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva (Coord.). *Fundamentos Econômicos do Direito de Empresa*. Curitiba: Juruá, 2019.

BERNSTEIN, Lisa. The myth of trade usage: a talk. *Barry Law Review*, Miami, v. 23, n. 2, article 5, p. 119-127, jun. 2018.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito societário e regulação econômica*. Barueri: Manole, 2018.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira; FORGIONI, Paula A. O Superior Tribunal de Justiça e o direito comercial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 39, n. 141, p. 188-197, abr. 2019.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

\_\_\_\_\_. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

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

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Contrato de distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FRAZÃO, Ana. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 15, n. 1, p. 105-122, jan./abr. 2018.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (Coord.). *Shopping Centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

HADDAD, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM, 2015 [e-book].

HONDIUS, Ewoud H; GRIGOLEIT, Hans Christoph (Coord.). *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1998.

KADENS, Emily. The myth of the customary law merchant. *Texas Law Review*, Austin, v. 90, p. 1153-1206, abr. 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 116, p. 110-118, jul. 2012.

MIRANDA, Pontes de. Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova (atualizado por MELLO, Marcos Bernardes de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos). In: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo III.

PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento eficiente” (*efficient breach*) nos contratos empresariais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 1, 2016, p. 1091–1103.

----- Risco e contratos empresariais. A aplicação da resolução por onerosidade excessiva In: SALLES, Marcos Paulo de Almeida; SZTAJN, Rachel; TEIXEIRA, Tarcísio (Coord.). *Direito Empresarial: estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: IASP, 2015, v. 1, p. 487-498.

PISTOR, Katharina. *The code of capital: how the law creates wealth and inequality*. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2019 [*e-book*].

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology* (ed. ROTH, Guenther; WITTICH, Claus). Berkeley: University of California Press, 1978.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 233–261, out. 1979.

