

Atualidades

FUNDAMENTOS PARA A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO*

EDUARDO AGUSTINHO**

1. Contratos e o sistema do Código Civil brasileiro. 2. Empresa e contratos. 3. Liberdade contratual, autonomia da vontade e isonomia. 4. A interpretação dos contratos empresariais relacionados com a concessão de crédito: 4.1 A função social dos contratos bancários e o Sistema Financeiro Nacional – 4.2 Contratos bancários e o direito privado. 5. Notas conclusivas sobre a função dos contratos empresariais.

1. Contratos e o sistema do Código Civil brasileiro

Na disciplina das obrigações, a especialidade do direito empresarial impediu o enquadramento da empresa à condição de mera parcela do direito dos negócios, assim como afastou a pretensão de unificação de todas as matérias jurídicas relacionadas à atividade empresarial.¹

No campo do direito dos contratos, por sua vez, ao ser revogada a disciplina disposta no Código Comercial brasileiro de 1850, contratos que eram tratados pelo Código Comercial e pelo Código Civil de 1916 passaram a receber uma só disciplina, ainda que nem todos os contratos sejam

contemplados no atual Código Civil. Remanesce a disciplina extravagante em contratos como os de franquia, de representação, de concessão mercantil e outros. Há, portanto, uma unidade parcial em termos de codificação, mas não uma unidade perfeita, quando se consideram as possibilidades hermenêuticas em relação às diferentes modalidades contratuais.

O Código Comercial brasileiro, derrogado nesta parte, apresentava em seu Título V alguns dispositivos de teoria geral dos contratos, e depois os disciplinava em espécie, nas modalidades mercantis do mandato, comissão, compra e venda, troca, locação, mútuo, fiança, hipoteca, penhor e depósito. Tais dispositivos demonstram o propósito de estabelecimento de regramento jurídico não apenas para os contratos ditos mercantis, como também de ofertar o instrumental necessário à disciplina de contratos entre não-comerciantes. Este sistema responde à inexistência de disciplina atualizada específica em 1850, bem como

* (mcarlaribeiro@uol.com.br)

** (eduardo@mdf.adv.br)

1. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr., *Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, pp. 12-15.

à necessidade crescente de regramento em razão do desenvolvimento do comércio a partir da declaração da independência do País.

A carência de disciplina estatal voltada ao direito comum fez por permitir a extensão da disciplina especial às relações comuns. O Código Comercial brasileiro de 1850 ocupou, por um certo período, as lacunas do direito civil contratual.

O antigo Código Civil, a partir de sua vigência em 1917, apresentou uma teoria para os contratos em geral, no Livro III, Título IV, seguido do Título V, que apresentava as modalidades contratuais de compra e venda, troca, doação, locação, empreitada, depósito, mandato, gestão de negócios, edição e representação dramática, seguro, jogo e fiança.

Por sua vez, o Código Civil brasileiro de 2002 revogou a disciplina especial conferida aos contratos mercantis no Código Comercial, apresentando na Parte Especial, Livro I, Título V, uma proposta de disciplina geral dos contratos, seguida do regramento dos contratos de compra e venda, troca, estimatório, locação, empréstimo, prestação de serviços, empreitada, depósito, mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte, seguro, jogo e fiança.

Os contratos não contemplados, inteiros ou parcialmente, pelas normas do Código Civil brasileiro continuam sujeitos à disciplina específica anterior à vigência do Código, como, por exemplo, o contrato da já mencionada franquia e, ao menos em parte, o contrato de representação comercial.

Comparando-se a disciplina contratual do antigo e do vigente Código Civil, acompanhada da revogação daquela peculiar aos contratos empresariais, conclui-se que a legislação mais recente não inovou de forma significativa na escolha dos contratos disciplinados em espécie, com algumas exceções, como a inclusão da tipificação do contrato de representação, que, no entanto, mantém também sob disciplina de sua lei específica.

A sistemática do Código Civil evidencia especial atenção em relação aos princípios gerais, pressupostos em todas as relações contratuais, independentemente da qualidade do agente que delas participa. É o caso do princípio da boa-fé e do princípio da função social, por exemplo. Porém, como determinados contratos produzem efeitos de forma diferenciada em relação a outros, pode-se questionar a aplicabilidade das normas gerais previstas para os contratos às peculiaridades dos contratos de ordem negocial, especialmente àqueles de caráter duradouro e diretamente ligados ao exercício da atividade empresarial.

2. Empresa e contratos

A atividade empresarial desenvolve-se por meio da utilização de vários contratos, decorrentes das inúmeras obrigações e da constituição de negócios jurídicos, relacionados à prática econômica, por exemplo, na escolha e aquisição de matéria-prima, mão-de-obra e parceiros, no transpasse de produtos e serviços aos consumidores. Para o incremento destes e outros negócios são utilizados os contratos, inclusive no estabelecimento das relações jurídicas dos empresários entre si, diante da necessidade de transferência de uma tecnologia titulada por um deles, na compra de insumos, no estabelecimento de *joint ventures* e outros.

As características de tais atividades e dos contratos que as instrumentalizam, assim como sua indispensabilidade à prática empresarial, conduzem à percepção de sua especialidade. O contrato de sociedade, como instrumento de organização da empresa, é um exemplo da estreita ligação entre contratos e empresa, assim como da especialidade de que se reveste um contrato empresarial.

Para Salomão Filho o contrato empresarial pode assumir a característica de contrato organização.² O contrato de sociedade

2. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 43.

é voltado à tarefa de organização indispensável à prática empresarial, diferentemente dos contratos tradicionais, que visam especialmente ao estabelecimento de direitos e deveres entre as partes. Os contratos associativos existem para criação de uma organização denominada "empresa".³

Os contratos empresariais, portanto, têm para si reservada uma função distinta da dos contratos comuns, relacionada, dentre outros fatores, à natureza da atividade que instrumentalizam. Se a função de tais contratos é diferenciada, sua interpretação também pode ser distinta daquela usualmente atribuída a outros contratos que não sejam de natureza empresarial, na qual também interferirão aspectos como grau de conhecimento dos contratantes, habitualidade, concorrência e mercado. Podem existir, no universo de tais contratos, situações distintas, com possibilidades de interpretação também diferenciadas, como, por exemplo, um contrato de fornecimento de matéria-prima entre dois empresários e um contrato de sociedade firmado entre os mesmos. Na segunda hipótese, aspectos como a possibilidade de continuidade da atividade empresarial interferirão na interpretação das condições pactuadas no contrato de sociedade, enquanto no contrato de fornecimento esta circunstância não interferirá se o fornecimento for eventual.⁴

Voltando à disciplina codificada, o direito de empresa não pode ser aprisionado num sistema unitário juntamente ao direito civil. Temas relacionados à concorrência, ao consumidor, às empresas em dificuldade e aos Registros Públicos exemplificam a diversidade de fatores e circunstâncias relacionados à prática empresarial – vale dizer, respectivamente: o direito de concorrência, pela disciplina da liberdade e equilíbrio do mercado; o direito do consumidor, pelas relações contratuais com os

destinatários finais dos bens e serviços; o direito falimentar, pelo ajuste de interesses relacionados ao potencial afastamento do empresário da prática da atividade econômica, como resultado de um insucesso momentâneo ou definitivo; o direito registral, pela formalização e publicidade de atos relacionados à empresa. Seria infrutífera qualquer tentativa de codificação unitária do universo da empresa, aí incluindo-se aquela dos contratos, pelas dinamicidade e peculiaridades da prática empresarial.

3. *Liberdade contratual, autonomia da vontade e isonomia*

Contratos nominados são aqueles reconhecidos pela ordem jurídica a partir de suas características singulares. São disciplinados em seu conteúdo, forma, direitos e deveres que estabelecem. Podem ser encontrados no Código Civil e também em leis especiais. Já, os contratos típicos têm características previamente estabelecidas na sua previsão normativa ou uso.⁵

Contratos inominados são, portanto, aqueles cuja nomenclatura não foi incorporada pelas fontes do Direito. Os *atípicos*, por sua vez, expressam a busca de efeitos que não lhes são singulares, pois exigem a reunião de características de vários outros contratos.

O CC brasileiro, em seu art. 421, reconhece a autonomia de que se beneficia o agente na elaboração de seus contratos, ao mesmo tempo em que fixa seus limites a partir de alguns princípios contratuais, abrindo a oportunidade de criação de novos contratos bilaterais que atendam à necessidade das partes.

Além da análise dos contratos sob o aspecto de sua expressa previsão normativa (ou não), pode-se pensar os contratos por meio de uma outra proposta de classifi-

3. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr., *Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica*, cit., p. 14.

4. Idem, *ibidem*.

5. Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 20.

cação, que busque como elemento de aproximação os sujeitos que participam de sua elaboração. Contratos entre empresários, entre consumidor e fornecedor, entre empregado e empregador.

Só se pode pensar em categorizar os contratos a partir de seus sujeitos ao se aceitar que tais sujeitos personificam a conjunção de condições especiais que justificam disciplina normativa e interpretação especiais, seja em razão de uma disparidade informacional ou econômica. Esta disparidade, quando confrontada com o princípio da igualdade, pode sustentar a necessidade de interferência da lei, na tentativa de equilibrar os interesses envolvidos, buscando-se a maior proximidade possível com o princípio da isonomia. Tal interferência legislativa, porém, interfere em outro princípio bastante caro às relações interprivadas: a autonomia privada.

A intervenção legislativa assim como jurisprudencial, sem que se possa considerar também a interferência da produção doutrinária na elaboração da norma e na sua aplicação, conduzem a uma limitação ao princípio da autonomia privada e da liberdade contratual, em proveito do princípio da igualdade.

Este ambiente torna aceitável o tratamento desigual oferecido à modalidade contratual na qual o desequilíbrio entre os sujeitos represente uma forma de exclusão da liberdade negocial plena – premidos pela necessidade própria ou força do outro contratante –, com vistas à implementação da igualdade material na sociedade de consumo. É o que ocorre no sistema jurídico brasileiro relativamente aos contratos que tenham como partes o trabalhador e o consumidor, dentre outros exemplos.

Se os sujeitos do contrato podem justificar uma abordagem específica, quando estes são oriundos da classe empresarial, no exercício de sua atividade profissional, chega-se à categoria dos contratos empresariais.

Contratos empresariais são os firmados por empresários ou sócios (investidores), no exercício de sua atividade profissional ou como forma de organização – contrato de sociedade. Contratos que podem se caracterizar como de execução continuada, quando indissociáveis da própria prática empresarial, e que reúnem elementos de distinção em relação aos demais contratos em razão de seus sujeitos, de sua história e função. Seus contratantes empresários são profissionais que, em princípio, gozam de condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam a negociação empresarial. Nesses contratos, além do profissionalismo, o risco é elemento essencial, não podendo ser confundido nem com a mera frustração, nem com a existência de fatores excepcionais capazes de afastar a força vinculante do contrato.⁶

Os contratos empresariais, historicamente falando – deixando-se de lado, agora, o contrato de sociedade, em razão das peculiaridades –, sempre foram sujeitos a interpretação a partir dos usos e costumes e necessidades da prática empresarial.⁷ Outro ponto de distinção relevante em relação aos contratos empresariais está em sua vocação para regular negócios que transcendem os limites territoriais de determinado Estado, com a possibilidade de submissão até mesmo a vários ordenamentos jurídicos – e, portanto, sujeitos também às normas de direito internacional público e privado.

Se o parâmetro de análise é a função que desempenham, os contratos empresariais instrumentalizam e viabilizam a circulação de riquezas, indispensável à prática empresarial.

6. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr., *Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica*, cit., pp. 16-17.

7. Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, 2ª ed., vol. 1, Villanova di Castenaso, Casa Editrice Dott. Antonio Milani/CEDAM, 1993, p. 64.

contrato, todavia, pode ser desfeita como consequência do mesmo fator que levou à necessidade de tratamento desigual dos contratantes de uma relação de consumo ou de trabalho: a diversidade informacio-

nal entre as partes.

A complexa intersecção entre o princípio da igualdade e o da liberdade, expresso na autonomia privada, com a possibilidade de prevalência daquele que titula o poder econômico ou de conhecimento, forçando-se uma situação de aparente igualdade e, por consequência, liberdade perfeita dos contratantes que não existe na realidade dos fatos, relativiza a certeza de se estar num ambiente favorável ao efetivo exercício das liberdades. Nestas condições abre-se espaço para a modificação das condições estabelecidas no contrato, podendo-se chegar ao desfazimento do mesmo.

Se, no campo da interpretação, a existência, ou não, de ambiente propício ao exercício das liberdades reais (calçadas na isonomia) será o elemento fundamental a definir o conteúdo dos princípios como os da função social e boa-fé, no que se refere à tipificação dos contratos, a sistemática da lei civil brasileira apresenta-os em suas categorias gerais, e não qualificados como empresariais ou civis. São exemplos os contratos de compra e venda, representação e mandato. São contratos recepcionados pela legislação em sua nomenclatura e conteúdo, portanto, nominados e típicos, tratados em sua qualificação geral, mas que ainda assim não poderão ser considerados como destituídos de especificidades que — estas, sim — exigirão sua posterior qualificação (na elaboração do contrato ou na sua interpretação).

O contrato de sociedade, nominado e típico, é tratado de forma específica a partir do art. 981 do CC. A tipicidade é reforçada pela natureza inderrogável dos direitos e obrigações característicos das diversas modalidades societárias e pela taxativa determinação legal de adoção pelo empre-

Portanto, a função direta dos contratos empresariais expressa-se no acerto dos interesses neles disciplinados, o que, por si só, colabora para o desenvolvimento eficaz da atividade empresarial. Refere-se aos interesses de natureza privada, inseridos na categoria dos direitos disponíveis, negociados numa pressuposta situação de igualdade entre os contratantes, desde que adstritos aos limites da lei, do mercado e da prática corrente.

São suas características próprias que fazem dos contratos empresariais campo fértil para a utilização das formas alternativas para solução de controvérsias, permitindo-se sempre a opção pela mediação e arbitragem para a solução de conflitos. Para além de seu conteúdo técnico, voltado à prática econômica disciplinada, a mediação e a arbitragem também colaboram na busca da eficiência em razão da especialização dos julgadores, assim como representação alternativa ao Poder Judiciário com ganhos também na desejável celeridade de na solução de conflitos. A técnica dos contratos empresariais harmoniza-se com o propósito de solução de conflitos entre empresários por seus próprios pares, não sendo muito diferente do contexto comercial (classista).

Diferentemente dos contratos de consumo e de trabalho, os contratos empresariais de relações externas da empresa são, em tese, firmados entre partes interessadas que dispõem de recursos e condições para conhecer da extensão de suas expectativas e potencialidades do negócio. Partes que negociam, num jogo de perdas e ganhos que sob seu juízo pode conduzir ao resultado pretendido e que motivou a contratação. Essa situação de equilíbrio entre as partes é que cria um ambiente de isonomia indispensável ao efetivo exercício das liberdades individuais, o que nas relações empresariais é mais evidente que em outras relações jurídicas. Essa presunção de equilíbrio entre as partes do

dividual da atividade, de uma das modalidades societárias previstas na lei.

Há também os contratos nominados consagrados pela prática empresarial independentemente de previsão legal ou de esta ser exaustiva. São exemplos os contratos de faturização, *shopping center* e *joint venture*.

A dinamicidade das relações empresariais e a facilidade de acesso aos meios de comunicação e locomoção facilitam a criação e utilização de novos contratos; por exemplo, a securitização de créditos.

Outros contratos empresariais são nominados e de conteúdo atípico em face da liberdade de fixação de seu conteúdo no interesse das partes. É o caso do contrato de faturização, que pode se resumir a uma negociação para antecipação de valores, até o estabelecimento de uma complexa relação de fomento empresarial.

Os contratos relacionados à empresa, pelo que foi até agora demonstrado, tendem a se amoldar ao que exige a própria prática empresarial. Tendem a se renovar e modificar de forma muito mais rápida que os contratos do direito comum.

Os contratos empresariais representam categoria especial de contratos, que também pode ser enquadrada nas categorizações gerais utilizadas na teoria geral dos contratos, a partir de conceitos como contratos típicos, atípicos, nominados ou inominados, como visto, assim como “de execução continuada” ou, ainda, “comutativos” e “aleatórios”.

Aspectos como seu caráter duradouro e relacional, a existência ou não de disciplina específica, interferirão na identificação de sua função.

4. A interpretação dos contratos empresariais relacionados com a concessão de crédito

Dentre os contratos empresariais, é importante destacar o papel daqueles cuja

causa é a concessão de crédito. Consoante destaca Ascarelli, o crédito caracteriza-se como elemento preponderante para o desenvolvimento da atividade econômica, sendo que os instrumentos jurídicos que lhe dão funcionalidade exercem importante papel na economia, facilitando a circulação de riqueza e a viabilização de recursos para a realização de novas empresas.⁸

Destaca, ainda, o autor a importância da segurança jurídica e da previsibilidade para o bom andamento do mercado – o que, inclusive, tem por consequência o surgimento de engenhosos mecanismos de proteção criados pelos comerciantes e que deram origem aos títulos de crédito.⁹

Em relação à atividade econômica envolvendo a concessão de crédito, observe-se que há a possibilidade do seu emprego pelos empresários em geral, de modo que a compra e venda, por exemplo, pode se realizar com pagamento à vista ou a crédito. Observe-se, contudo, que neste caso o empresário tem como objetivo principal a venda de seu produto, empregando a concessão do crédito como meio de facilitar a realização do negócio.

Por outro lado, há empresários que exercem sua empresa com a finalidade específica de captar recursos daqueles que o têm em excedente, para, então, oferecê-los àqueles que necessitam de crédito para a realização de determinado negócio. Essa prática vem a se caracterizar como uma espécie própria de atividade econômica, denominada *atividade financeira*, e que, diante de suas peculiaridades e reflexos sociais, tem caráter especial.

8. Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Saraiva, 1969.

9. “É a necessidade de certeza e segurança, de certeza no direito ou segurança na sua realização, que leva as partes a criar ou aperfeiçoar institutos que satisfaçam tal exigência. Direito incerto é direito ineficaz, elemento perturbador das relações jurídicas, e são, portanto, benéficos os esforços tendentes a torná-lo eficaz” (Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., pp. 3-13).

Pode-se dizer que, enquanto as atividades econômicas em geral se caracterizam por serem atividades-fim, a atividade financeira caracteriza-se como atividade-meio, pois esta fornece subsídios para o desenvolvimento daquelas.¹⁰

Nas atividades econômicas em geral, ao lado daqueles contratos onde se possibilita o acordo entre as partes para o pagamento do preço em data futura, tem-se ainda o mútuo como a forma mais comum de contrato cuja causa seja a concessão de crédito. Por seu intermédio se instrumentaliza o empréstimo de dinheiro, com ordenamento previsto pelos arts. 586 a 592 do CC brasileiro vigente, o qual, consoante anteriormente exposto, derroga os tratamentos jurídicos anteriormente existentes no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916.

Nesses contratos, de forma geral, seguindo a mesma orientação já adotada no ordenamento derogado, há a fixação de limites para os juros exigidos, tanto pela remuneração do crédito concedido quanto pela mora na hipótese de inadimplemento, de modo a se afastar práticas usurárias, os quais, na ausência de disposição contratual, serão de 1% ao mês, permitindo-se, por convenção entre as partes, fixá-los em, no máximo, 2% ao mês.¹¹ Em ambos os casos a forma de capitalização composta dos juros não pode ser empregada em periodicidade inferior à anual.

Note-se, ainda, que nesses contratos, tanto para os contratos empresariais quanto para os demais do direito privado, o regime jurídico relativo à concessão de crédito previsto pelo Código Civil não sofre qualquer distinção, aplicando-se em ambas as searas os mesmos princípios e os mesmos limites legais.

Têm tratamento distinto, no entanto, os contratos bancários, promovidos por empresários que exercem a atividade financeira como empresa, denominados de “banqueiros”¹² pelo Código Comercial de 1850 e de “instituições financeiras” pela legislação em vigor.¹³ A causa do tratamento jurídico diferenciado decorre da ligação intensa que tem o mercado financeiro com a atividade estatal, o que lhe atribui outras funções, atreladas à políticas públicas e que demandam regime jurídico especial, ao qual se denomina de *Sistema Financeiro Nacional*.

4.1 A função social dos contratos bancários e o Sistema Financeiro Nacional

A atividade financeira, diante de suas características, pode ser dividida em *pública* – na qual se enquadram o regime de emissão de moedas e o controle sobre a oferta de crédito – e *privada* – na qual aparecem a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros.

Sob o escopo da atividade financeira pública, observa-se que a quantidade de moeda e de crédito disponíveis na economia são fatores relevantes para o controle da inflação. Desse modo, o controle do Estado sobre essas variáveis é imprescindível para a implementação de políticas públicas direcionadas aos objetivos traçados pela ordem econômica constitucional.

Sob o escopo da atividade financeira privada, considerando que faz parte da sua atividade a captação dos recursos excedentes existentes na economia para aplicação futura, há necessidade de uma efeti-

10. Sidnei Turczyn, *O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária*, São Paulo, Ed. RT, 2005, pp. 29-34.

11. Sérgio Campinho, “Sobre os juros no Código Civil de 2002”, *Revista de Direito Empresarial* 3/195-210, Curitiba, Juruá, janeiro-junho/2005.

12. Nos termos do revogado art. 119 do CC Comercial de 1850: “São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de banco” – que se caracterizam, especificamente, pela intermediação entre poupadores e tomadores de recursos.

13. Lei 4.595/1964, art. 17.

va proteção à economia popular, de modo que o controle estatal sobre essa atividade deve ser efetivo e constante. Ademais, a própria oferta de crédito realizada pelas instituições financeiras precisa ser controlada, considerando-se as preocupações acima indicadas, como ocorre em relação à inflação.

Diante dessas características, instituiu-se o *Sistema Financeiro Nacional*, composto pelo Conselho Monetário Nacional – órgão de competência regulamentar,¹⁴ responsável pela organização do mercado financeiro – e pelo Banco Central do Brasil – órgão de competência executiva e fiscalizatória, responsável, dentre outras atribuições, pela autorização de empresários para o exercício da atividade financeira privada, além de ser o agente emissor de moeda e o depositário dos recursos da União.¹⁵

Registre-se que uma das preocupações do Estado na criação desse Sistema foi a de permitir a descentralização da ação normativa, eis que a sistemática geral de elaboração legislativa não atende à celeridade exigida para a adoção de normas conjunturais decorrentes de alterações no âmbito econômico. Como consequência, atribuiu-se ao Conselho Monetário Nacional a competência para a coordenação das políticas monetária e creditícia, dentre outras.

Diante disso, no âmbito da atividade financeira privada, visando à coordenação sobre a remuneração dos contratos de concessão de crédito envolvendo instituições financeiras, afastaram-se os limites de juros estabelecidos pelo Código Civil brasileiro, passando a prevalecer a liberdade para sua fixação.¹⁶

Sendo assim, em relação aos contratos envolvendo a concessão de crédito, no âmbito do direito privado, pode-se obser-

var a existência de dois regimes jurídicos distintos, sendo considerado como geral aquele estabelecido pelo Código Civil, ao qual estão sujeitas todas as atividades econômicas, de natureza empresarial ou não, e no qual existem limites legais para a autonomia privada na fixação dos juros. Como regime jurídico especial temos o Sistema Financeiro Nacional, onde o exercício da atividade econômica financeira depende de autorização estatal, prevalecendo em seus contratos a autonomia privada na fixação dos juros entre as partes.

A função social da atividade financeira privada e dos contratos bancários em geral, por sua vez, está ligada ao escopo traçado pela atividade financeira pública, inserindo-se como parte integrante da política econômica do Estado e como instrumento de materialização da ordem econômica constitucional.

O ponto que tem suscitado grande debate no âmbito dos contratos bancários é justamente decorrente das consequências econômicas observadas pela liberdade na fixação de juros estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional, onde se assevera, de forma veemente, a existência de abuso das instituições financeiras no uso dessa autonomia.

Aguiar Jr., corroborando esse pensamento, assevera que: “No Brasil de hoje, com as taxas praticadas, o pinga se torna maior que o balde após alguns meses de juros capitalizados”.¹⁷

4.2 Contratos bancários e o direito privado

Diante do eventual abuso na fixação dos juros, a título de remuneração ou mora dos contratos bancários, observam-se dois principais pontos que merecem esclarecimento, para a adequada abordagem do tema.

14. Lei 4.595/1964, art. 3º.

15. Art. 164 da Constituição da República Federativa do Brasil.

16. Resolução 1.064/1985 do Conselho Monetário Nacional.

17. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Os Contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, CJE, 2003, p. 78.

Inicialmente, não obstante as instituições financeiras terem regime jurídico especial em decorrência de suas peculiaridades – no qual se adota a liberdade de fixação dos juros¹⁸ –, estão sujeitas aos demais fundamentos pertinentes às obrigações e contratos estabelecidas pelo direito privado.

Diante disso, os aspectos destacados em relação à probidade e à boa-fé, como elementos essenciais na execução e conclusão dos contratos, devem ser observados pelos contratos bancários.

Ocorre que no âmbito do direito privado, a par do Código Civil brasileiro, tem-se o Código de Defesa do Consumidor como norma incidente nas relações de consumo. O principal objetivo desse ordenamento é propiciar o equilíbrio contratual entre as partes contratantes, partindo-se da presunção legal de que o empresário sempre está em condição material mais favorável. Esse ordenamento traz previsão expressa de sua incidência sobre as relações entre consumidores e instituições financeiras.

Por entenderem que sua sujeição legal deveria ser restrita às normas gerais de direito público e privado e, em regime especial, ao Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras suscitaram à apreciação do STF brasileiro a inconstitucionalidade da aplicação da legislação consumerista às suas relações jurídicas, por intermédio de ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento, ocorrido

no final de 2006, declarou a constitucionalidade do dispositivo legal, de modo que, efetivamente, estão as relações jurídicas bancárias sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

A questão que se levanta é sobre a qualificação do consumidor. Na relação jurídica do usuário final titular de conta corrente não há dúvida. Contudo, questiona-se a incidência do Código às relações jurídicas envolvendo empresários e instituições financeiras. Nesse caso a questão é pertinente, considerando-se as consequências jurídicas decorrentes do regime jurídico incidente. Como exemplo concreto dessa diferença, observa-se que, segundo o Código Civil brasileiro, a revisão do contrato em virtude de onerosidade excessiva depende da superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Por sua vez, dentro do regime consumerista, a existência da onerosidade excessiva superveniente, por si só, fundamenta a revisão contratual.

Outro ponto que merece acurado cuidado é relativo à função social dos contratos bancários, considerando-se o escopo da atividade financeira privada, mas principalmente da atividade financeira pública.

Nesse campo o questionamento volta-se para a consideração sobre o já aludido princípio da relatividade das convenções, segundo o qual o contrato, tendo relevância como fato social, repercute também nos interesses alheios, e não só em relação aos contratantes. Desse modo, os contratantes não podem, com seu negócio privado, prejudicar o bem comum.¹⁹

Em relação ao primeiro ponto, relativo à incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas entre empresário e instituição financeira, já foi observado anteriormente que mesmo

18. Observe-se, ademais, que existe coerência na liberdade de fixação de juros para as instituições financeiras, eis que, não obstante se trate de “atividade-meio”, no sentido de propiciar fomento ao mercado, para aqueles que a realizam, ou seja, para os “banqueiros”, trata-se de “atividade-fim”, pois é da diferença entre o custo de captação e o resultado da aplicação que decorre seu lucro (*spread*). Diante disso, a fixação de um teto geraria ambiente com ausência de concorrência e sem estímulo para a atração de empresários interessados em investir no mercado financeiro. Sobre o tema, consultar Armando Castelar Pinheiro, *A Regulação dos Mercados Financeiros. Direito, Economia e Mercados*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, pp. 431-476.

19. Teresa Ancona Lopez, “Princípios contratuais”, in Wanderley Fernandes (coord.), *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, Série GV Law, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 20-25.

na relação jurídica entre empresários há a possibilidade da existência de desequilíbrio no exercício da autonomia privada, diante da diferença de poder econômico e da relação de dependência existente entre os contratantes.

Especificamente em relação aos contratos bancários, Casado entende que a vulnerabilidade de um empresário em relação à instituição financeira é de possível pesquisa e constatação pelo Poder Judiciário, de modo a se determinar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou do regime jurídico das obrigações do direito privado à relação contratual sob julgamento.²⁰

Em relação à função social dos contratos bancários, considerando-se que seus efeitos atingem não somente os contratantes, mas, outrossim, refletem sobre a coletividade, não se pode deixar de destacar, dentre os diversos objetivos que os permeiam, o fomento à facilitação da circulação de riqueza e viabilização de novas empresas, propiciando que estas, do mesmo modo, cumpram com sua função social.

Destarte, seja qual for a norma de direito privado adotada para a interpretação dos contratos bancários, deve-se ressaltar, no âmbito interno, a presença de probidade e boa-fé na sua conclusão e execução, bem como, no âmbito externo, sua função social, caracterizada pela facilitação da circulação de riqueza, observados os limites estabelecidos pela atividade financeira pública.

Diante dos pontos acima expostos, observa-se que um versa sobre os pressupostos para a interpretação dos contratos bancários no âmbito do direito privado e sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil como ordenamento aplicável quando se tratar de contrato envolvendo a instituição financeira e um empresário.

Note-se, destarte, que um dos critérios possíveis de serem adotados pelo julgador para a definição do regime jurídico seria a vulnerabilidade, relacionada à idéia de possível relação de dependência entre empresários. Nesse mesmo sentido, Coelho entende que: “O mais adequado, a rigor, seria a atualização do direito positivo brasileiro, de modo que os contratos entre empresários ficassem sujeitos a regras próprias, conforme fossem iguais ou desiguais os contratantes. Enquanto a atualização não se realiza, justifica-se a aplicação *analógica* da legislação consumerista em favor do empresário vulnerável”.²¹

5. Notas conclusivas sobre a função dos contratos empresariais

Não há como se chegar a um sistema unitário de disciplina dos negócios e contratos empresariais e não-empresariais.

Mesmo a existência de subsistemas, como o de disciplina dos contratos de consumo e suas especificidades, não exclui a possibilidade de incidência de suas normas às relações exclusivamente de natureza empresarial.

Como já observado, a unificação formal do direito das obrigações pelo Código Civil de 2002 não significou sua unificação material, de modo que os contratos empresariais devem atender a interpretação distinta daquela conferida aos demais contratos. Por conseguinte, há a possibilidade de os contratos bancários se submeterem a uma interpretação que leve em consideração a vulnerabilidade do empresário em relação à instituição financeira, preenchendo-se, nesse caso, as cláusulas gerais do contrato, sujeitas a interpretação, com elementos preponderantemente consumeristas. Se inexistente a vulnerabilidade, deve preponderar a solução hermenêutica

20. Márcio Mello Casado, *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*, São Paulo, Ed. RT, 2006, pp. 35-40.

21. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, 6ª ed., vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 21.

que se harmonize com as características da relação jurídica em concreto.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva, este se aplica tanto aos contratos paritários do Código Civil quanto aos contratos de adesão e às relações de massa que estão reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.²²

Já, a incidência e o conteúdo do princípio da função social dos contratos empresariais, em geral, e dos contratos bancários, em especial, mostram-se de tormentosa definição, assim como abrir-se a oportunidade de revisão judicial de suas cláusulas contratuais.

A interpretação a ser atribuída aos contratos empresariais externos (não de sociedade) não se iguala àquela atribuída aos contratos comuns, ao menos quando se tem por pressuposto a realização de contratos vinculados ao exercício da empresa, sujeitos a elementos como risco e lucro, partícipes da configuração da atividade empresarial e firmados entre profissionais. A estabilidade dos contratos e do mercado é importante elemento a ser cotejado com a própria idéia de função social do contrato. A interferência do Estado na fixação de seu conteúdo deve ser vista com cautela, e a atuação do Poder Judiciário orientada pelos elementos característicos deste tipo de contrato e da função por ele desempenhada, independentemente da parcial unidade legislativa inaugurada pela disciplina dos contratos no Código Civil brasileiro.

Porém, princípios como os da boa-fé objetiva e equidade, além do princípio da função social do contrato, podem ser invocados no trabalho de interpretação de qualquer modalidade contratual.

Quanto aos contratos bancários, os juros exigidos pelas instituições financeiras por vezes exigem uma reflexão quanto ao

conceito de abusividade e ao critério para que se infira essa condição (de abusividade) na situação concreta.

O assunto vem sendo debatido pela doutrina e pelo Judiciário. No final de 2006, com o julgamento da aludida ADI 2.591/2006, firmou-se um posicionamento por parte do STF, de modo que se vislumbra, nessa seara, a consolidação da segurança jurídica e da previsibilidade, tão caras ao mercado de crédito.²³

Segundo Marques, “o egrégio STF considerou que os valores do art. 5º, XX-XII, são dominantes nas relações privadas, daí concluir pela necessária aplicação harmônica do art. 170, V, e art. 192, recusando que existisse um privilégio de não-aplicação do art. 170, V, da CF/1988 ao Sistema Financeiro Nacional e concluindo que apenas as normas de organização deste sistema devem ser por lei complementar fixadas”.²⁴

Por sua vez, Wald entende que o julgamento do principal Tribunal brasileiro confirma que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações bancárias, salvo às matérias de competência do Sistema Financeiro Nacional, dentre as quais a fixação dos juros.²⁵ Ou seja, não se permite ao Judiciário intervir nas políticas públicas do Estado. Diante disso, afasta-se a possibilidade de revisão pelo Judiciário dos juros exigidos nos contratos bancários, adotando-se uma conotação para a expressão “função social” associada a políticas públicas.

23. Conforme ata da sessão de julgamento, pendente de publicação. V. *Informativo STF* 452, 11-15.12.2006.

24. Cláudia Lima Marques, “O novo direito privado brasileiro após a decisão da ação direta de inconstitucionalidade dos bancos (n. 2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *drittwirkung* no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor* 61/70, São Paulo, Ed. RT, janeiro/2007.

25. Arnoldo Wald, “O direito monetário na recente jurisprudência do STF”, *RT* 861/11-23, Ano 96, São Paulo, Ed. RT, julho/2007.

22. Teresa Ancona Lopez, “Princípios contratuais”, cit., in Wanderley Fernandes (coord.), *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, p. 59.

Ambas as posições, não obstante pareçam conflitantes, seguem no mesmo sentido. Segundo o posicionamento do STF, os contratos bancários estão sujeitos à legislação de defesa do consumidor, mas sua incidência deve observar as peculiaridades pertinentes às atividades financeiras, cuja regulação é realizada pelo Sistema Financeiro Nacional.

Como consequência, sobre a possibilidade de revisão dos contratos bancários, Efig, considerando o aspecto relativo à função social, constata que a estrutura oligopolista do mercado financeiro afasta a possibilidade de materialização do escopo objetivado pelo Conselho Monetário Nacional, no qual a fixação dos juros nos contratos bancários deve ser livre, de modo que a concorrência entre as instituições financeiras impeça a prática abusiva por parte do agente concedente de crédito. Nesse caso, diante da concentração do mercado, ocorre uma tendência ao comportamento paralelo das instituições financeiras – conduta oportunista –, em que se preservam as taxas de juros em patamares elevados, carecendo o tomador do crédito, empresário ou não-empresário, de opções de escolha. Esse quadro faz com que a taxa média de juros praticada pelo mercado financeiro se torne um critério viciado para a aferição da eventual abusividade nos contratos, visando à caracterização da onerosidade excessiva que legitime sua revisão judicial.²⁶

Conclui o autor, então, pela possibilidade de revisão judicial dos juros fixados contratualmente, para patamares inferiores aos praticados no mercado, a serem definidos pelo juízo.

Oportuno desatacar que Forgioni, ao abordar outro contrato tipicamente empresarial – o de distribuição –, manifesta-se no sentido de que a não-observância dos li-

mites concorrenciais nos contratos permite ao Judiciário a declaração da nulidade das cláusulas fundadas em abuso do poder econômico, ou seja, em proveito indevido de uma relação de dependência.²⁷

A possibilidade de se empregar a mesma interpretação nos contratos bancários permitiria a caracterização da onerosidade em consequência da sua natureza de contrato de adesão e da abusividade dos agentes financeiros em decorrência da estrutura oligopolista do setor bancário.

Os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, contudo, no tocante especificamente à política de fixação de juros no mercado financeiro, não podem dissociar-se dos parâmetros estabelecidos pela atividade financeira pública, cujos objetivos são definidos pelo contexto macroeconômico.

Nesse sentido, a revisão judicial desses critérios, de forma individualista e assimétrica, pode colidir com o escopo coletivo.²⁸ Observa-se, ademais, que comportamento paralelo em uma estrutura de mercado oligopolista não se confunde com a prática de cartel. Este último contém efetivamente elementos de abusividade que fundamentam a revisão contratual em razão da conduta ilícita do empresário. Aquele, por sua vez, demanda a adoção de políticas públicas, por intermédio de normas de caráter indutivo, que possibilitem maior competitividade e a conseqüente redução das taxas de juros praticadas pelo mercado.

27. “A constatação de nulidade dos negócios jurídicos violadores da Lei Antitruste inova o tratamento dado aos contratos de distribuição no Brasil; abre-se um leque – antes desconhecido pelo direito contratual tradicional – de possíveis ilícitos (isto é, nulos) praticados no seio do contrato de distribuição. Repise-se: são eivadas de nulidade todas as cláusulas que implicam infração à ordem econômica” (Paula Forgioni, *Contratos de Distribuição*, São Paulo, Ed. RT, 2005).

28. Sobre os limites para a revisão dos contratos fundada em sua função social, v. Calixto Salomão Filho, “Função social do contrato: primeiras anotações”, *RDM* 132/7-24, São Paulo, Malheiros Editores, outubro-dezembro/2003.

26. Antônio Carlos Efig e Fernanda Mara Gibran, “A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira”, *Revista de Direito do Consumidor* 63/27-51, São Paulo, Ed. RT, janeiro/2007.

As revisões contratuais sem o atendimento a esses parâmetros, fundadas no emprego desmedido das cláusulas gerais do direito privado, pelo que se verifica, tendem a gerar insegurança jurídica para as partes – acarretando, no caso dos contratos bancários, a manutenção das altas taxas de juros, o que traz prejuízos para o sistema de crédito como um todo.²⁹

Os juros praticados pelo mercado podem sujeitar-se ao crivo jurisdicional, uma vez caracterizada sua abusividade. Os parâmetros para sua caracterização, bem como dos critérios adotados para a reforma do contrato, todavia, devem passar pela ampla análise estrutural no mercado em que se insere aquele instrumento, considerando-se a relatividade dos efeitos desta decisão para terceiros.

Logo, nos contratos empresariais em geral, assim como nos bancários, a possibilidade de afastamento de cláusulas não pode ser arbitrariamente adotada em relações individuais. Elementos como risco, capacidade informacional das partes, mercado e concorrência devem somar-se aos princípios da boa-fé objetiva, equidade e boa-fé na busca da melhor solução para o caso concreto.

Referências Bibliográficas

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Os Contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, CJF, 2003.
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. São Paulo, Saraiva, 1969.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.
29. Para Jairo Saddi (*Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 244-248) o risco jurisdicional, que é um dos riscos dentre os tantos que envolvem a atividade econômica empresarial, no caso da atividade financeira, torna-se de maior vulto, diante de uma postura do Judiciário baseada em um “viés anticredor”.
- BRASIL. “Resolução 1.064 do Conselho Monetário Nacional, de 4.12.1985”. Disponível em <http://www.bacen.gov.br/legislação/enormas/normasdocmnedobc> (acesso em 27.10.2006).
- CAMPINHO, Sérgio. “Sobre os juros no Código Civil de 2002”. *Revista de Direito Empresarial* 3/195-210. Curitiba, Juruá, janeiro-junho/2005.
- CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3ª ed., vol. 3. São Paulo, Saraiva, 2007.
- DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*. Coimbra, Livraria Almedina, 2000.
- EFING, Antônio Carlos, e GIBRAN, Fernanda Mara. “A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira”. *Revista de Direito do Consumidor* 63/27-51. São Paulo, Ed. RT, janeiro/2007.
- FORGIONI, Paula. *Contratos de Distribuição*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- GALESKI JR., Irineu, e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e Análise Econômica*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*. 2ª ed., vol. 1. Villanova di Castenaso, Casa Editrice Dott. Antonio Milani/CEDAM, 1993.
- GIBRAN, Fernanda Mara, e EFING, Antônio Carlos. “A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira”. *Revista de Direito do Consumidor* 63/27-51. São Paulo, Ed. RT, janeiro/2007.
- LOPEZ, Teresa Ancona. “Princípios contratuais”. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Série GV Law. São Paulo, Saraiva, 2007.

- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo, Max Limonad, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. "O novo direito privado brasileiro após a decisão da ação direta de inconstitucionalidade dos bancos (n. 2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *drittwirkung* no Brasil". *Revista de Direito do Consumidor* 61. São Paulo, Ed. RT, janeiro/2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. "Crise e modificação da idéia de contrato no Direito Brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor* 3. São Paulo, Ed. RT, 1992.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *A Regulação dos Mercados Financeiros. Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro, e GALESKI JR., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e Análise Econômica*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra, Livraria Almedina, 1988.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma Análise de Direito & Economia*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. "Função social do contrato: primeiras anotações". *RDM* 132/7-24. São Paulo, Malheiros Editores, outubro-dezembro/2003.
- _____. *O Novo Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo* 452. 11-15.12.2006 (disponível em <http://www.stf.gov.br>, acesso em 5.6. 2008).
- TURCZYN, Sidnei. *O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- WALD, Arnaldo. "O direito monetário na recente jurisprudência do STF". *RT* 861/11-23. Ano 96. São Paulo, Ed. RT, julho/2007.