

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Escola de Direito de Brasília – EDB

Curso de Graduação em Direito

ELIELSON ALMEIDA

**O NOVO CÓDIGO COMERCIAL COMO REALIZADOR DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA: A MITIGAÇÃO DO REVISIONISMO
NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**

BRASÍLIA

NOVEMBRO 2017

**O NOVO CÓDIGO COMERCIAL COMO REALIZADOR DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA: A MITIGAÇÃO DO REVISIONISMO
NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.**

**THE NEW COMMERCIAL CODE AS REALIZER OF THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE FREE INITIATIVE: THE MITIGATION OF
REVISIONISM IN BUSINESS CONTRACTS.**

Elielson Almeida

RESUMO: O presente trabalho inicia com uma abordagem do princípio da livre iniciativa, especificamente quanto à sua relação com a atividade empresarial, focando, mais especificamente, na questão da revisão dos contratos empresariais realizada com base na teoria da imprevisão e onerosidade excessiva, em que relativiza-se o princípio da livre iniciativa na busca de se promover a justiça. Observamos alguma impropriedade na aplicação revisão exatamente da forma como prevista no Código Civil, uma vez que as relações empresariais guardam certas particularidades que tornam aqueles parâmetros inadequados notadamente pelo fato de o risco ser algo inerente à atividade comercial e intervir no contrato a fim de minimizar os efeitos deste risco abalariam as bases das relações empresariais e violaria o princípio da livre iniciativa.

O presente artigo estuda, então, como algumas mudanças propostas no projeto de lei do novo Código Comercial poderiam contribuir para a realização do princípio constitucional da livre iniciativa, tanto do ponto principiológico, uma vez que o projeto apresenta o princípio da liberdade empresarial como princípio geral do direito comercial e elenca outros princípios, que seriam desdobramentos daquele, quanto ao trazer um tratamento especial à revisão de contratos empresariais. Em primeiro lugar porque traz princípios ao trazer princípios que devem ser observados em relação aos contratos empresariais e, em segundo lugar, ao adequar a aplicação revisão contratual no campo comercial, fazendo algumas ressalvas, das quais, para fins deste trabalho, destacaremos uma: o empresário não pode se opor à execução do contrato por superveniência de onerosidade excessiva quando tinha condições de se proteger, como é a prática do empresário diligente.

Palavras-Chave: Livre Iniciativa. Novo Código Comercial. Revisão Contratual. Contratos Empresariais.

ABSTRACT: The present work begins with an approach to the principle of free initiative, specifically regarding its relation with business activity, focusing, more specifically, on the issue of the review of business contracts carried out based on the

theory of excessive and excessive onerosity, when the principle of free initiative is put aside in the search for justice. We observe some impropriety in the application of the revision exactly as foreseen in the Civil Code, since the business relations keep certain peculiarities that make those parameters inadequate notably because risk is something inherent to the commercial activity and intervene in the contract in order to minimize the The effects of this risk would undermine the basis of business relations and violate the principle of free enterprise.

The present article examines how some of the changes proposed in the bill of the new Commercial Code could contribute to the realization of the constitutional principle of free initiative, both from the beginning, since the project presents the principle of business freedom as a general principle of commercial law and elenco other principles, which would be unfolding from that, as to bring special treatment to the review of business contracts. Firstly, because it brings principles to bring principles to be observed in relation to the contracts in the first place, and secondly, by adjusting the application of contractual revision in the commercial field, making some reservations, of which, for purposes of this work, we will highlight one: entrepreneur can not oppose the performance of the contract by reason of the excessively heavy costs when he was able to protect himself, as is the practice of the diligent businessman.

Keywords: Free Initiative. Brazilian New Commercial Code. Contractual Review. Business Contracts.

Introdução

O presente artigo tem o escopo de observar a contribuição que o projeto de lei Novo Código Comercial (PLNCC) traz à realização do princípio constitucional da Livre Iniciativa.

Embora tendo status de valor constitucional e mesmo de fundamento, este princípio tem sido deixado de lado no atividade judiciária quando confrontado com outros princípios constitucionais.

Analisaremos se o PLNCC funcionaria como uma ferramenta hábil para proporcionar condições para realização deste princípio, efetivando a sua força normativa, em especial no campo do direito comercial, com foco último na minimização da intervenção judicial nos contratos empresariais.

Para tanto, abordaremos a construção principiológica que o PLNCC faz em relação ao princípio da Livre Iniciativa e, posteriormente, focaremos nas mudanças que ele traz quanto à aplicação da teoria da imprevisibilidade nos contratos empresariais

O projeto não apenas declara-o como princípio geral do direito comercial, mas também assenta princípios derivados, como desdobramentos deste (e da liberdade de concorrência), com relação mais estreita com o direito comercial: o reconhecimento da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; do lucro obtido com a exploração regular de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada; da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país.

Após a análise da abordagem principiológica, focaremos em uma mudança específica que o projeto traz em relação à revisão de contratos empresariais com base na teoria da imprevisão, adequando as previsões existentes no Código Civil às peculiaridades da relação contratual no campo do direito comercial

O princípio da Livre iniciativa

Conforme a lição do Professor José Afonso da Silva, em seu curso de Direito Constitucional Positivo (SILVA, 2000) temos que:

“a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.”

No entender de Celso Ribeiro Bastos (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 16) a livre iniciativa:

“é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa”

Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 66) preleciona:

“Em uma ordem econômica baseada na livre iniciativa privada as diferentes modalidades de sociedades empresárias assumem fundamental papel. São elas que agrupam diferentes quantidades de capitais e pessoas com o objetivo de viabilizar e maximizar o exercício das atividades de produção ou distribuição de bens ou de serviços com intuito lucrativo.”

Conforme Eros Roberto Grau (2005, p. 2003): “Uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”.

Assim, lastreada no princípio da livre iniciativa que a Constituição adotou como fundamento da ordem econômica, a empresa dispõe de autonomia privada, indispensável à realização da atividade econômica.

Carlo José Napolitano (2004, pp. 191 e 192), adverte que a livre iniciativa “deve ser compreendida como a possibilidade, no campo econômico, de decidir o que fazer, como fazer e quando fazer, independentemente de autorização e determinação do Estado”, sendo caracterizada, nas palavras de Miguel Reale Júnior e David Teixeira de Azevedo (1995, p. 137 apud NAPOLITANO, 2004, p. 192), pela ‘livre eleição da atividade e dos meios de que se deve lançar mão na consecução da atividade econômica’.

Neste sentido, Milton Friedman (1984, p.23) defende que o mercado promove a eficiência econômica, uma vez que se garante a liberdade individual. Assim o estado teria o dever de manter essa liberdade, permitindo, dessa forma a existência da livre iniciativa e a livre concorrência, corrigindo distorções e assegurando a eficiência econômica, prevenindo ou resolvendo eventuais falhas de mercado, como um verdadeiro árbitro.

Para Américo Luís Martins da Silva (1996, p. 35), a liberdade de iniciativa seria a faculdade de escolher seu trajeto profissional e as atividades econômicas as quais exercer, sem nenhum tipo de coação ou qualquer interferência da parte do Estado. Consistiria, portanto, na possibilidade de de iniciativa individual, sem uma intervenção do Estado no jogo do mercado, como forma de obter o máximo de eficiência na produção de justiça na repartição do produto.

A liberdade de iniciativa consiste no direito de escolha da atividade econômica à qual exercer, desde que seja lícita, assegurando-se que o Estado não venha a interferir nesta escolha, tendo por pressuposto a liberdade de contratar, a liberdade de associação, de trabalho e o direito de propriedade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 72)

Breve histórico do princípio da livre iniciativa

Segundo Eros Grau (2003, p. 183) o surgimento do princípio da livre iniciativa se deu com o Édito de Turgot, em 1776, constando posteriormente no Decreto d'Allarde, em 1791, que previa, em seu art. 7º que “a partir de 1º de abril daquele ano, que seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”. Posteriormente, ele foi reforçado pela Lei Le Chapeller, que banuiu todas as corporações.

No ordenamento brasileiro, ele tem origem na Constituição do Império, de 1824, que em seu art. 179, XXIV, garante que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”.

A Constituição da República manteve menção ao princípio em seu art. 7º, § 24, que tornava "garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial".

Já a Carta de 1934 previa, em seu art. 115, o seguinte: "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica"

A Constituição de 1937, enunciou de forma expressa a iniciativa individual, entendendo-a como o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, ainda que tenha sido a primeira constituição a fazer referência à intervenção do Estado no domínio econômico.

A Constituição Federal de 1946 trouxe o princípio da liberdade de iniciativa em seu art. 145, destacando que devia ser conciliado com a valorização do trabalho humano.

A Constituição de 1967, consignou o princípio da livre iniciativa como base da ordem econômica, como se lê no seu art. 157, I.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, elevou a livre iniciativa a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), além de mantê-lo como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput)

A Livre iniciativa na Constituição

A livre iniciativa foi escolhida pelo constituinte de 1988 tanto como valor da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV) quanto como fundamento da ordem econômica (CF, art. 170). Ela deve ser compreendida como "vetor interpretativo das demais normas sobre a Economia". A partir desta escolha do constituinte, nota-se que o modelo econômico adotado foi o capitalista de mercado. (MORO, 2007, P. 221).

Ao ser "erigida à condição de fundamento da ordem econômica e simultaneamente princípio constitucional fundamental (CF, art. 1, IV), a livre iniciativa constitui uma das mais importantes normas de nosso ordenamento jurídico constitucional". (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 374)

A presença da livre iniciativa com o status em que se encontra no texto constitucional tem o objetivo de demonstrar que é por meio da empresa privada que o país se desenvolverá, tendo a atividade estatal um papel secundário (Bastos, 2000, p. 116).

Tavares (2011, p. 235), defende que a livre-iniciativa na Constituição deve ser compreendida em seu sentido amplo, que abrange não somente a liberdade econômica ou liberdade de desenvolvimento da empresa, mas contempla todas outras forma de organização econômicas, individuais e coletivas e a liberdade contratual e comercial.

Embora o princípio da livre iniciativa tenha sido insculpido no texto constitucional a sua realização na sociedade ainda não se observa de forma plena, como bem notou André Luiz Santa Cruz Ramos:

”Infelizmente, porém, nos dias atuais, o princípio da livre-iniciativa vem sendo relativizado progressivamente, muito em função de uma mentalidade anticapitalista que incrivelmente se desenvolve em muitas pessoas, sobretudo entre os chamados “intelectuais” e entre aqueles que nos dominam e nos exploram: os burocratas do Estado. (RAMOS, 2014, p. 44)

”(...) aumenta exponencialmente a intervenção do Estado na economia, criando-se um paradoxo inexplicável e injustificável. Princípios básicos do regime capitalista, como livre iniciativa e liberdade contratual, são solenemente desrespeitados (...). O Poder Judiciário se sente cada vez mais à vontade para intervir nos contratos, e relações empresariais simétricas sofrem pesadas limitações de um dirigismo contratual descabido. (...) O livre mercado, no Brasil (e no mundo também, infelizmente), vem sofrendo duros golpes, na medida em que se desenvolve esse estranho capitalismo de Estado. (RAMOS, 2014, p. 54)

O ambiente de negócios em nosso país tem se mostrado pouco favorável à iniciativa privada. O índice “*Doing Business*” do Banco Mundial coloca o Brasil na posição 125, bem atrás de países como México e Chile, por exemplo. A segurança jurídica, em especial a força dos contratos é fator analisado pelo índice. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil>> Acesso em: 20 out. 2017.

Abaixo transcrevo matéria do jornal Estado de São Paulo que abordou o nível da mortalidade das empresas em nosso país:

Cerca de 1,8 milhão empresas fecharam as portas no País durante o ano passado. Esse número engloba companhias de todos os tamanhos e setores da economia, inclusive dados de microempreendedores individuais. O resultado é mais que o triplo do que foi registrado no ano anterior e mostra o tamanho da recessão no âmbito empresarial.

O total de empresas que encerrou atividades foi apurado pela Neoway, consultoria especializada em inteligência de mercado, a partir do cruzamento de dados reais de todas as juntas comerciais espalhadas pelo País e de informações obtidas no site da Receita Federal. As informações são monitoradas diariamente.

“O dado é preocupante: a mortalidade das empresas aumentou mais de 300% entre 2014 e 2015”, afirma Jaime de Paula, presidente da consultoria e responsável pelas estatísticas. Ele observa que a marca de 1,8 milhão de empresas desativadas em 2015 é a maior dos últimos cinco anos.

O executivo pondera que essa marca pode estar subestimada, já que existe um custo para encerrar a atividade na junta comercial e há empresários que, acuados pela crise, não têm recursos disponíveis para isso.

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,1-8-milhao-de-empresas-fecharam-em-2015,10000050202>

O revisionismo contratual no Direito Comercial

Passaremos a observar o fenômeno do revisionismo contratual que tem tomado corpo em nossa jurisprudência baseando-se majoritariamente na nas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva. Sobre esse assunto assinala Sílvio Rodrigues:

"Na jurisprudência, por igual, tal tendência (aplicação da teoria da imprevisão) tem prevalecido, De fato, após algumas hesitações onde predominam arestos em sentido contrário, parece ter firmado orientação no sentido de se permitir a rescisão dos contratos, em virtude da excessiva onerosidade das prestações, oriunda de acontecimentos extraordinários e supervenientes, imprevisíveis por ocasião do negócio" (RODRIGUES, 1997, p. 23).

Pontes de Miranda chamou a atenção para o subjetivismo que envolve a teoria da imprevisão, uma que ao se prever, faz-se subjetivamente. Segundo ele, os autores confundem esta teoria com a cláusula *rebus sic stantibus* e afirma que o próprio nome "teoria da imprevisão" revela que os autores "nada queriam de

preciso”. “Nos congressos internacionais, a mistura de conceitos e as tiradas de meia-ciência têm chegado às raias do ridículo.” (MIRANDA, 1959, p. 247).

A teoria da imprevisão foi adotada no nosso código civil em combinação com a onerosidade excessiva:

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

No caso do direito comercial requer-se uma especial cautela para a incidência da teoria da imprevisão pois o risco é inerente à atividade empresarial.

É certo que, ao aplicar a teoria da imprevisão, busca-se a justiça, a minimização dos prejuízos excessivos de uma circunstância que não se contava. Todavia, a prática comercial adiantou-se à legislação em criar formas de minimizar riscos desta imprevisão. Hoje é natural que o empresário lance mão de instrumentos como o hedge, que tem o escopo de exatamente proteger o empresário dos riscos inerentes ao seu negócio.

Quanto à excessiva onerosidade, no campo do direito comercial é comum um empresário fechar um negócio com uma possibilidade ou mesmo uma certeza de onerosidade excessiva relacionada a esse contrato, mas mesmo assim o fazer por questões estratégicas para, por exemplo, ter uma empresa de grande prestígio no seu portfólio de clientes.

Sobre a revisão contratual no direito comercial é válido citar lúcida observação feita pelo professor Fábio Ulhoa Coelho:

As crescentes limitações à autonomia da vontade, que resumem a história do direito contratual, encontram certo paralelo nas sucessivas relativizações ao princípio da vinculação dos contratantes ao contrato. O brocardo “o contrato faz lei entre as partes” é uma derivação natural da plena autonomia da vontade. Se a pessoa teve a chance de contratar, ou não, de escolher o outro contratante e de discutir amplamente as cláusulas do contrato, ela não pode se furtar ao exato cumprimento do contratado. Como visto, o aumento da complexidade das relações econômicas e sociais acabou por tornar o princípio da autonomia da vontade insuficiente à disciplina do direito contratual; em paralelo, cada vez mais a jurisprudência e a lei foram aplacando a rigidez do princípio da vinculação ao contrato, no sentido de dispensar o contratante de cumprir a obrigação que havia assumido, no todo ou em parte (Guerreiro, 1978). Desenvolveram-se, então, teorias como a da imprevisão, com o objetivo de delimitarem as circunstâncias em que o juiz poderia se imiscuir no negócio jurídico com o objetivo de rever as cláusulas contratadas, em vista de um critério geral de justiça. Pela teoria da imprevisão, o contratante deve ser dispensado de cumprir a obrigação, sempre que fatos imprevisíveis a tornarem excessivamente onerosa, implicando vantagem excepcional para o outro contratante. Quando se trata de negócios civis ou de consumo, estas relativizações no princípio da vinculação dos contratantes ao contrato justificam-se. No entanto, sendo empresarial o contrato, somente em situações realmente excepcionais – e mesmo assim, desde que respeitadas as especificidades do direito comercial – pode o juiz rever as cláusulas contratadas. Em primeiro lugar, não basta, para autorizar a revisão judicial do contrato empresarial, a onerosidade excessiva de uma parte ou a vantagem extraordinária da outra. Nenhum contrato empresarial pode ser analisado isoladamente. É, aliás, muito comum, que o empresário realize negócios que, isolados, não lhe traz nenhum ganho pontual, mas que, no contexto de sua empresa, é extremamente vantajoso. Imagine que o empresário do ramo de segurança patrimonial celebre contrato com renomado banco, no qual o preço contratado pelos serviços é inferior aos custos para a prestação destes. Por que ele faria isto? Para ter no seu portfólio de clientes aquele banco. Mais que um contrato de prestação de serviços, trata-se de um investimento que aquele empresário está fazendo em sua empresa. Claro que não poderá, posteriormente, ir a júízo pretender a revisão do preço contratado, mesmo provando o prejuízo que este, pontualmente, lhe acarreta. Os empresários estão vinculados aos contratos que celebram entre eles em grau maior do que os trabalhadores e consumidores. A revisão judicial das cláusulas do contrato empresarial não deve neutralizar a regra básica da competição, que premia, com lucros. (COELHO, 2012, p. 69)

Um novo Código Comercial

Ives Gandra Martins e Fábio Coelho sobre a importância de se ter um novo Código Comercial argumentam:

”No campo do Direito, os códigos sistematizam as normas de determinados setores das relações sociais e econômicas, conferindo-lhes maior racionalidade. Para além do Direito, os códigos servem de poderoso instrumento de propagação de conceitos e valores.” (artigo publicado no Estadão)

Fábio Ulhoa Coelho alerta para o fato de que os valores do direito comercial têm sido deixados de lado pelos operadores do direito, precisando ser resgatados. Estes valores estariam esgarçados, havendo a necessidade de recosê-los, uma vez que compõem o tecido da disciplina. (RAMOS, 2014, p. 53)

No entender do professor, a edição de um novo Código Comercial atenderia a essa necessidade, especialmente se observar a nova realidade econômica, tendo assim o condão de fazer o direito comercial voltar ao centro dos debates, tanto no meio acadêmico quanto no Judiciário.

André Luiz Santa Cruz Ramos (2014) sinaliza que a proposta foi bem recebida nos meios jurídico, político e empresarial. Ele entende que um novo Código Comercial é necessário por, basicamente, dois motivos:

- (i) corrigir os tristes erros do Código Civil em relação ao direito empresarial e, sobretudo,
- (ii) defender o livre mercado.

O autor assevera, ainda, que a unificação legislativa realizada no Código Civil de 2002 acarretou sérios problemas para o direito comercial como, por exemplo

- Adotou-se uma mesma teoria geral para contratos cíveis e comerciais, desprezando-se a considerável diferença entre eles.
- Criaram-se normas gerais sobre títulos, a despeito da adoção, pelo Brasil, da Lei Uniforme de Genebra
- A sociedade limitada, outrora regida por normas mais flexíveis e enxutas passou a observar normas rígidas e burocráticas.

Ramos destaca que o simples fato de o projeto de novo código corrigir os erros advindos da unificação, que ressalte-se, foi copiada da codificação italiana ”fascista” de 1942 já evidencia a sua importância. (RAMOS, 2014, p. 53)

O novo Código Comercial como relaizador do princípio da livre iniciativa

O fato de um princípio estar previsto na Constituição por si só não garante que tal preceito será observado na prática social. São necessárias certas condições que favoreçam a realização do dispositivo, sejam de ordem moral, social, econômica, dentre outras. Hesse (1991, p. 19), embora defenda uma autonomia da pretensão de eficácia dos dispositivos constitucionais, reconhece a importância destas condições:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

O jurista alemão sustenta que a realização destas tarefas seriam condição para a previsão constitucional transformar-se em força ativa. Seria necessária uma disposição em orientar a conduta conforme os ditames previstos no texto constitucional, uma vontade de concretizar o mandamento constitucional. (HESSE, 1991, p. 19)

Desdobramentos do princípio da livre iniciativa previstos no novo Código Comercial

O Código enumera desdobramentos do princípio da livre iniciativa com forma de fomentar sua maior efetividade na sociedade, conforme se lê:

Seção I – Dos princípios comuns

Art. 4º. São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões:

I – Liberdade de iniciativa empresarial;

II – Liberdade de concorrência;

Parágrafo único. Decorre dos princípios da liberdade de iniciativa empresarial e da liberdade de concorrência o reconhecimento:

I - da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos;

II - do lucro obtido com a exploração regular de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada;

III - da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país.

Reconhecimento da imprescindibilidade da empresa privada

Ao reconhecer a imprescindibilidade da empresa privada o Código atesta o seu papel de importância na sociedade.

Arnoldo Wald, apresenta a empresa como o "coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea" (mesma citação abaixo) e defendendo a sua importância expõe:

“uma vez ultrapassada a concepção de Estado-Providência, que desapareceu em todos os países, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, amplie-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado, e como criadora de empregos e formadora de mão-de-obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados sem os quais a sociedade não pode prosseguir, e interlocutora ágil e dinâmica que dialoga constantemente com os consumidores de seus produtos”. (WALD, 2000 p. 53)

A empresa privada, ao desempenhar suas atividades, vai além de atender apenas interesses individuais, mas vai ao encontro de interesses gerais da sociedade. (FERREIRA, 2005, pp. 67-85)

A empresa tem sua posição legitimada na sociedade exatamente pelo fato de contribuir para o bem comum. Tal contribuição advém, em primeiro lugar, da sua própria finalidade específica, como a utilidade dos bens e serviços que produz e vende à sociedade, que representam uma vantagem em termos de custo-benefício. Essa é a sua principal contribuição, na qual é insubstituível. Mas além dessa, podemos destacar outras notáveis contribuições à sociedade, como a geração de emprego e renda, o pagamento de tributos e o desenvolvimento tecnológico. (SULMONT, 2011).

Orlando Gomes (ano, p.66) preconiza que a empresa não deve ser vista somente na área do Direito Comercial pois, para ele, a empresa “se coloca no centro do sistema do direito privado, tomando corpo justamente quando mais aguda se

torna a crise do direito de propriedade e, por conseguinte, a da categoria do direito subjetivo”.

Waldírio Bulgarelli (2000, p. 291) nos chama a atenção para o fato de que a empresa privada domina o panorama da economia moderna, em especial, por ser ela a responsável pela produção e comercialização, destacando os grandes avanços tecnológicos que esta atividade nos legou. Ele ressalta a importância tanto da chamada *“macroempresa”*, que detêm um grandioso poder econômico e que transpõem as fronteiras nacionais, quanto da pequena e média empresas que, no seu entender, completam o ciclo da produção e distribuição dos produtos no mercado. Assim, ele defende que *“a economia moderna está estruturada em volta de empresas que constituem o seu centro, o pólo irradiador dos bens e serviços.”*

Isabel Vaz (1992, p. 17) observa que *“a empresa assume o papel de célula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade; de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade.*

“Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.” Aduz Fábio Konder Comparato (1983, p. 57) ressaltando que é da empresa que depende subsistência de grande parte do país, que é assalariada por empresas privadas, da empresa que se originam a quase totalidade dos bens e serviços consumidos pela sociedade, e é da sociedade que provém a maior parte das receitas com os tributos. Ele salienta, ainda, que, em torno da empresa *“gravitam”* outros agentes econômicos não assalariados como investidores, fornecedores e prestadores de serviço. Além disso, ele observa a importância da empresa no comportamento de outras instituições e grupos sociais, que, até pouco, estavam distantes da vida empresarial, como as escolas, universidades, hospitais, centros de pesquisa médica, associações artísticas, clubes esportivos, profissionais liberais e as forças armadas. Sublinha que esse universo outrora distanciado do mundo dos negócios tem sido abrangido pela atuação da empresa.

Hodiernamente, a empresa, especialmente a grande empresa vai além dos interesses privados, posto que ela se coloca como conciliadora de diversos interesses como de investidores, administradores, empregados, consumidores, do mercado e do Estado. (WALD, 2012, p. 35)

A empresa constitui-se em um importante elemento na economia, gerador de riqueza e estritamente relacionada ao funcionamento do mercado, detendo papel central na sociedade. (WALD, 2012, p. 35)

Vale a pena destacar o entendimento de Giuseppe Ferri (FERRI apud REQUIÃO, 1895. p. 47), segundo o qual "a produção de bens para o mercado não é consequência da atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos, que se concretizam da organização de fatores de produção e que se propõem a satisfação das necessidades alheias, e, mais precisamente, das exigências do mercado geral, tomam na terminologia econômica o nome de empresa"

Contemporaneamente não é mais possível se distinguir o econômico do social uma vez que estes dois interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, que segundo Wald é o "núcleo central da produção e criação de riquezas, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo" (WALD, 2005, p.2).

O reconhecimento do lucro como o principal motivador

Ives Gandra Martins e Fábio Ulhoa Coelho lembram que o lucro tem sido visto quase como um pecado, e não se leva em conta que ele é o principal motivador da atividade empresarial. Não se tem reconhecido a importância para a sociedade da decisão do empresário em assumir o risco da produção de bens e serviços, decisão esta que proporciona à sociedade o vestuário, a alimentação, remédios, transporte etc. Os autores destacam que o novo Código Comercial prestará contribuição para a afirmação destes valores, nos tribunais e fora deles. (<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-importancia-do-codigo-comercial,10000058530> Gandra e Coelho)

Sobre a importância do reconhecimento do lucro como principal motivador da atividade empresarial convém citar a fala de Ludwig von Mises

"Quando os que se autodenominam 'progressistas' usam a palavra lucro, o fazem enfurecidos e raivosos. Para eles o ideal

seria que não existisse o lucro. O empresário deveria servir o povo altruisticamente, em vez de tentar obter lucros. Deveria não ter lucro ou se contentar com uma pequena margem sobre os seus custos. Nenhuma objeção é feita se ele tiver que suportar prejuízos. Mas a motivação para o lucro da atividade empresarial é precisamente o que dá sentido e significado, orientação e direção à economia de mercado baseada na propriedade privada dos meios de produção. Eliminar a motivação pelo lucro equivale a transformar a economia de mercado numa completa desordem.” (RAMOS apud MISES, 2014 p. 58)

Ao definir o Direito Comercial, Rubens Requião (2007) o especifica como “o conjunto de normas jurídicas que regulam as transações econômicas privadas empresariais que visam à produção e à circulação de bens e serviços por meio de atos exercidos profissional e habitualmente, com o objetivo de lucro. Deixa, assim, bem claro que a motivação da atividade, o objetivo último é o lucro.

André Santa Cruz Ramos (2014, P. 50) ressalta a falta de compreensão que se tem quanto ao fato de que a contribuição que a empresa dá à sociedade, tanto no campo econômico quanto social, advém, exatamente da sua busca pelo lucro: “Para muitos, é difícil entender que a função primordial de uma empresa é gerar lucros e que a geração de lucros, em última análise, é que permite o funcionamento sadio do mercado e o verdadeiro desenvolvimento econômico e “social”.

Reconhecimento da proteção jurídica ao investimento

Fábio Ulhoa Coelho (2013, P. 55) ressalta que uma vez que se garante a proteção jurídica do investimento não se está a atender, apenas, aos anseios do empresário mas se contempla os interesses de toda a sociedade.

Ele enfatiza que, em caso de conflito entre os interesses individuais do investidor, consubstanciados, basicamente na obtenção de lucro, com o aqueles concernentes a toda a sociedade, prevalece a proteção do interesse da sociedade.

Lembra que, quando a Constituição fundamenta o modo de produção na livre iniciativa, está buscando amparar os interesses da sociedade e não só do empresário, haja vista a associação que faz do princípio com outros valores da ordem econômica.

É fundamental que o investimento esteja protegido pelo sistema jurídico, dado que contribui de forma direta para a prosperidade coletiva, manifestando-se tanto em incentivos fiscais, diminuição da burocracia e no tratamento digno à atividade empresarial, sendo reconhecida como instrumento de realização da cidadania, seja de seus integrantes, empregados, parceiros e, em última análise, de toda a sociedade. (DALLEGREVE NETO, 2007)

Gilmar Ferreira Mendes (2011, P. 771) leciona que, dada a imprevisibilidade inerente ao ato de investir, com maior ou menor grau de risco, a segurança das “regras do jogo” é fator indispensável para os investidores que se aventuram nos mais diversos empreendimentos. A segurança jurídica, no seu entender, é subprincípio do Estado de Direito e “assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça.”

No mundo globalizado, as economias disputam por investidores internacionais e faz diferença para a atração ou não do capital externo o nível de aperfeiçoamento do direito comercial local no tocante à proteção jurídica ao investimento privado. Caso contrário, outros países com ordenamentos jurídicos mais favoráveis atrairão tal investimento, em especial quando se trata de investidores mais conservadores. Portanto, é fundamental para a atração de investimentos em nosso país que se aumente a segurança jurídica do direito comercial. (2017, Revista de Direito Brasileira | São Paulo, v. 16, n. 7, p. 292)

Princípios aplicáveis aos contratos empresariais no Novo Código Comercial

O projeto do novo Código Comercial define princípios aplicáveis aos contratos comerciais:

Seção III – Dos princípios aplicáveis aos contratos empresariais

Art. 6º. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais:

I – autonomia da vontade;

II – plena vinculação dos contratantes ao contrato; e

III – reconhecimento dos usos e costumes do comércio.

A autonomia da vontade

A autonomia da vontade é conceituada por Maria Helena Diniz (2011, p. 40) como "o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica."

No entender de Francisco Amaral (2008, p. 328), o princípio da autonomia da vontade é o poder que o indivíduo dispõe de definir, a partir da sua vontade, as regras das relações em que tomam parte, estipulando os termos e a disciplina jurídica correspondente.

Para ele, ela manifesta "um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado, da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é negócio jurídico." (AMARAL, 2008, p. 338)

Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 17) entende a autonomia da vontade como a possibilidade, dentro de certos limites, que os indivíduos têm de solucionar seus conflitos, associar-se, trocar bens e dinamizar a vida em sociedade. Para atingir tal finalidade os particulares vinculam-se juridicamente por intermédio da vontade

Conforme a lição de Luigi Ferri (1969, pp. 3-6), concluímos que a autonomia da vontade tem um sentido subjetivo ou psicológico, uma vez que a vontade que se cuida aí é a verdadeira vontade de um sujeito de direito, não necessariamente o que foi externado (que pode conter um vício de consentimento, não correspondendo ao real querer).

Nessa linha, Natália Berti (2014, p. 83) de igual forma, indica que "a autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contratantes". Ela seria o poder do particular determinar e gerir os termos jurídicos referentes à sua contratação, livre de intervenções. O contrato se dá em uma "esfera de livre ação dos particulares".

A opção do PLNCC em positivar a autonomia da vontade como um princípio aplicável aos contratos é fundamental ao preservar esse importante componente do contrato, como indica Lacruz Bardejo (1987, p. 27), o contrato é "o

resultado de uma interação entre a vontade privada supostamente egoísta e a lei que cuida dos interesses comuns.

No mesmo sentido temos o entendimento de Diez-Picazo (ANO? Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, cit., p. 126), para quem o princípio da autonomia privada é o fundamento mais profundo dos contratos. Importa mencionar os principais reflexos da autonomia da vontade no direito privado apontados por Cláudia Lima Marques (2011)

“(a) o reconhecimento da ampla liberdade contratual (liberdade de forma das convenções, livre estipulação de cláusulas, possibilidade de criação de novas figuras contratuais); (b) a consagração da força obrigatória dos contratos; (c) a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes.”

O próprio negócio jurídico é, na verdade, uma manifestação do princípio da autonomia da vontade. Esta, por sua vez, é o poder que se reconhece aos indivíduos para se auto-regulamentar e definir a ordenação das relações jurídicas que detêm uns como os outros. Este autogoverno é manifesto “na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.” (PINTO, 2005, p. 102)

A autonomia da vontade pode ser então entendida como liberdade negocial e para Ana Prata ela “traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (...) realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.” (PRATA, 1982, pp. 7-11)

Mises e Hayek (1998, p. 544) defendem que é inerente ao contrato a função de ordenamento social, em especial, quando se trata de uma economia liberal. É, portanto, necessário que as partes possam agir livremente, pois elas sabem exatamente o que lhes interessa. A partir dessa aparente desordem e caos é que surge “uma ordem social mais eficiente”.

Plena vinculação dos contratantes ao contrato

Quando as partes, a partir de sua livre vontade, contratam entre si, este contrato, conforme leciona Maria Helena Diniz (1994), passa a fazer parte do

ordenamento jurídico como uma verdadeira norma de direito, justificando o princípio do *pacta sunt servanda*.

De igual modo, Orlando Gomes (1979, p. 40) sentenciou que o "O princípio da força obrigatória dos contratos consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes." *Ele orienta que que uma vez que fora celebrado seguindo todos os requisitos e prsupostos, os contratantes se vinculam aos seus termos como a "preceitos imperativos."*

Sílvio Rodrigues (2003, p. 17) constrói raciocínio semelhante quando afirma que: "O princípio da força vinculante das convenções consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido." Ele defende que o contrato passa a funcionar como uma "lei privada entre as partes". E os contratantes passam a estar vinculados ao contrato de com uma "força vinculante igual à do preceito legislativo ...".

O contrato, todavia, tem sido alvo de um movimento de relativização haja vista as mais diversas investidas que tem experimentado desde o dirigismo contratual até as teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva. Continuou mantendo-se como importante instrumento da manifestação das vontades individuais. No dizer de Gagliano e Pamplona Filho:

Trata-se, em verdade, da espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens sócio-econômicas do mundo. Desde os primórdios da civilização [...] o contrato passou a servir, enquanto instrumento por excelência de circulação de riquezas, como a justa medida dos interesses contrapostos. [...] poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. [...] nenhum instituto jurídico é socialmente tão adaptável. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006)

No direito comercial, em especial, é decisivo o reconhecimento da vinculação dos contratantes ao contrato, frente às teorias que relativizam o contrato, notadamente pelo fato de o risco ser inerente à atividade comercial, diferente do que ocorre nas relações entre particulares ou no caso do consumidor. O empresário, ao firmar o contrato está ciente de que assume certos riscos e vai contra a própria

essência do negócio, uma vez ocorrido o evento que se suspeitava pouco provável, levar esse contrato ao judiciário a fim de uma revisão.

No campo comercial, regra geral, os ganhos são diretamente proporcionais aos riscos. Fere o princípio da boa-fé o empresário que contrata em alto risco na expectativa de um ganho excessivo alegar, frustrada suas ambições, onerosidade excessiva no contrato. Uma intervenção sistemática do judiciário nesse sentido tende a corroer as bases da própria atividade comercial repercutindo e incentivo negativo para se contratar e mesmo no repasse dos "risco de contratar" por meio do aumento dos valores dos produtos ofertados à sociedade.

Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 166) reconhece, no âmbito do Direito Comercial, o princípio da Plena vinculação dos contratantes ao contrato, que consiste em uma "especial força obrigatória dos efeitos do contrato", que apenas poderia ser afastada em casos excepcionais.

Para o autor, os empresários vinculam-se aos contratos que pactuam entre si em grau maior que os trabalhadores e consumidores. A revisão contratual no direito comercial deve observar essa especificidade dos contratos desse campo do direito, nas palavras do autor:

"Os empresários estão vinculados aos contratos que celebram entre eles em grau maior do que os trabalhadores e consumidores. A revisão judicial das cláusulas do contrato empresarial não deve neutralizar a regra básica da competição, que premia, com lucros, o empresário que adotou a decisão empresarialmente "acertada", e pune, com prejuízos ou mesmo a falência, o que adotou a decisão "equivocada." (COELHO, 2013, p. 70)

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 377) discorre sobre a intangibilidade do contrato, expondo a regra geral de que não se pode alterar de forma unilateral os termos de um contrato nem mesmo o judiciário poderia fazê-lo. Tal concepção advém de que os contratantes firmaram o contrato de forma "livre e espontânea", vinculando-se à obrigatoriedade do seu cumprimento, conforme seu querer.

Venosa (ANO?, p. 25) entende que a intervenção judicial no contrato deve limitar-se ao aparecimento de um "elemento surpresa", uma "circunstância nova", no decorrer do contrato, que exponha uma das partes a "extrema dificuldade", acarretando onerosidade excessiva no cumprimento do contrato. Tal situação não

necessariamente significaria um benefício da outra parte. Todavia, ele aponta, seria necessário, nesse caso, a resolução do contrato ou alguma modificação a fim de promover condições para o seu cumprimento. Venosa, Silvio de Salvo. Teoria Geral dos Contratos, 2º volume, p. 25

O autor (VENOSA, 2007, pp. 432 e 433) chama ainda a atenção para o fato que a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva não pode servir de panacéia para proteger o mau devedor”. Ele adverte que o juiz deve “usar de extrema cautela para admitir a intervenção”.

Venosa (2003, p. 462) assevera que “O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre a uma situação futura, um porvir.” Ele ressalta que os contratantes, ao firmarem o negócio estão vislumbrando exatamente repercussões futuras que têm algum nível de previsibilidade mas, sobre as quais não se tem total controle sobre a sua realização. (Destaco que esse componente é inerente à própria atividade empreendedora).

Para que o judiciário venha a interferir na relação contratual, Venosa (2003) assinala que a situação deve estar fora de todas as possibilidades de previsibilidade e adverte ainda que tal intervenção apenas faz sentido nos contratos que se protraem no tempo, não tendo qualquer cabimento em contratos com execução imediata.

É importante trazer o pensamento de Humberto Theodoro Júnior sobre a vinculação dos contratantes ao contrato, a despeito dos movimentos relativizadores desta força vinculante:

”Mesmo vestido com as modernas indumentárias principiológicas, o contrato não pode deixar de ser o fruto da força criativa e livre da vontade, nem tampouco pode ser privado de sua natural e necessária força obrigatória entre os contratantes, e muito menos pode transformar-se em fonte de obrigações para quem da convenção não participou. É claro que a área dos preceitos e princípios de ordem pública muito se alargou e que os princípios clássicos do contrato tiveram suas dimensões reduzidas. Não foram, porém, anulados. Assim é que, não obstante ter de submeter-se aos imperativos da boa-fé, da função social e do equilíbrio econômico, o contrato continua a existir “para vincular as pessoas” e “fundamentalmente ser cumprido”. E a vontade que sempre haverá de prevalecer, dentro da licitude dos contornos da nova principilogia do contrato, será declarada pelos contratantes e

não a do juiz ou de qualquer outra autoridade que se credencie a fiscalizar a vida negocial. (THEODORO JÚNIOR, 2004)

Vale lembrar o que adverte Fábio Ulhoa Coelho (2009, p.16) quanto à movimentação do investimento na economia globalizada que ocorre em direção aos países com a melhor “direito-custo”. Grandes empreendimentos tendem a preferir instalar-se onde a legislação local assegura maior estabilidade nas relações contratuais. A preservação dos contratos, com o mínimo de ingerência externa tende a ser uma vantagem competitiva: “Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos.”

Reconhecimento dos usos e costumes do comércio

Dada sua dinâmica própria, o direito comercial tem nos usos e costumes do comércio uma importante fonte. Na Lei das Juntas Comerciais, Lei 8.934 de 1994, temos que é incumbência das juntas realizar o assentamento das práticas comerciais.

Nas relações comerciais no âmbito internacional tem grande preponderância a Lex Mercatoria, que consiste no sistema baseado nas práticas consagradas na atividade comercial.

André Luiz Santa Cruz Ramos lembra que os usos costumes tem a ver com a própria origem do direito comercial:

Não foi à toa que o direito comercial nasceu como um direito consuetudinário, a partir da compilação dos usos, costumes e práticas mercantis dos mercadores burgueses medievais. O genuíno direito comercial é a Lex Mercatoria, isto é, a regra que nasce da interação livre e voluntária dos que se dedicam ao exercício de atividade econômica. (RAMOS, 2014, p. 54)

Carvalho de Mendonça (1937, p. 180) ensina que “usos comerciais são as normas ou regras observadas uniforme, pública e constantemente pelos comerciantes de uma praça e por estes consideradas como juridicamente obrigatórias para, na falta da lei, regularem determinados negócios.”

Usos e costumes são por vezes tomados como sinônimos mas há doutrinadores que distinguem os termos. Requião em relação a este tema faz a seguinte observação:

“Os comercialistas, em consequência do reconhecimento dos usos e costumes como fontes do direito comercial, formularam teoria para estabelecer os princípios que asseguram legitimidade à sua aplicação. Na linguagem corrente, como observa o Prof. Lagarde, não se faz distinção, inclusive na jurisprudência francesa, entre as expressões usos e costumes. Alguns autores, todavia, procuram distinguí-las, vendo nos costumes uma regra mais imperativa do que os usos, os quais seriam simplesmente convencionais.” (REQUIÃO, 2003, p. 29)

Ao trazer o reconhecimento dos usos e costumes do comércio como princípio aplicável aos contratos empresariais, o PLNCC confere status jurídico a uma série de preceitos que já são observados na prática da atividade empresarial.

Ressalvas à aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva

O PLNCC trata especificamente para tratar da revisão do contrato empresarial estabelecendo limitações ao revisionismo:

1 Seção VI – Da revisão do contrato empresarial

Art. 288. As obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, quando cumulativamente:

- I – classificarem-se como de execução continuada ou diferida;
- II – verificar-se a superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários;
- III – seu cumprimento implica onerosidade excessiva para uma parte com vantagem excepcional da outra.

§ 1º. A revisão judicial de obrigação empresarial não pode privá-la totalmente de eficácia, nem importar sua completa extinção.

§ 2º. A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários.

§ 3º. Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia

ter sido feita em razão de segredo de empresa e for falsa a informação prestada.

§ 4º. O empresário que contraiu obrigação de entregar produto ou mercadoria não tem direito à substituição da prestação por pagamento em pecúnia, alegando variação na cotação do preço.

Nos incisos temos, praticamente, reprodução do que está previsto no Código Civil (art. 478). A inovação vem nos parágrafos, que adequam a teoria da onerosidade excessiva e imprevisibilidade à realidade das relações empresariais os quais serão analisados a seguir:

§ 2º. A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários.

Ao longo da história do contrato, este experimentou as progressivas limitações que foram impostas autonomia da vontade, ao lado de um processo de relativização do princípio da vinculação dos contratantes ao contrato. A partir da autonomia da vontade se chega à idéia de que o contrato faz lei entre as partes. Uma vez que a escolha de contratar foi tomada de forma livre pelo indivíduo, que ele optou por contratar com a outra parte por decisão própria e pode negociar exaustivamente os termos contratuais, não há espaço para esquivar-se executar estritamente os termos contratados. (COELHO, 2013, p. 69)

Deve-se observar que a autonomia da vontade nos contratos empresariais é muito mais evidente que em contratos de consumo ou de trabalho, por exemplo, uma vez que o empresário tem maiores condições de realizar de realizar suas escolhas sobre contratar ou não, com quem contratar e sobre os termos do contrato.

O professor Fábio Ulhoa Coelho aborda a autonomia da vontade nos contratos empresariais, destacando as diferenças existentes neste campo do direito:

O princípio da autonomia da vontade, quando pertinente a contrato empresarial, articula-se com os da livre-iniciativa e livre concorrência. Empresários devem ser livres para contratar segundo suas vontades porque a liberdade de iniciativa estrutura o modo de produção capitalista. Ademais, a liberdade de contratar dos empresários não pode ser restringida, para que, assim, a competição empresarial possa gerar, à coletividade, os benefícios esperados de redução dos preços e aumento da qualidade dos produtos e serviços. No contrato entre empresários (contratos empresariais), ao contrário do que se verifica no contrato de trabalho e no de consumo,

a autonomia da vontade ainda é bastante ampla, porque, em geral, as partes podem escolher entre contratar ou não, com quem contratar e negociam livremente as cláusulas do contrato. (COELHO, 2013, p. 68)

No campo dos contratos empresariais há peculiaridades que desaconselham uma revisão contratual fundada na imprevisibilidade sem levar em conta as características da relação. Como foi dito, é da essência da atividade empresarial a existência de risco, em maior ou menor grau. O risco está intimamente ligado à ideia de lucro, guardando com este uma relação de proporcionalidade direta, regra geral.

A própria prática comercial, antecipando-se à legislação e ao judiciário, criou mecanismos de aplacamento desta imprevisibilidade da ocorrência de uma onerosidade excessiva, tendo o empresário, hoje em dia, condições de se proteger, contratualmente, deste risco, como é o caso dos contratos de hedge, por meio do qual o empresário pode se proteger da variação dos preços de um insumo, por exemplo.

Desconsiderar tais especificidades na revisão de contratos e aplicar a teoria da imprevisão exatamente como está no Código Civil, sem se ater às características próprias da atividade empresarial gera profunda insegurança jurídica em nossa ambiente de negócios. Sobre este tema convém expor, novamente, o ensino de Fábio Ulhoa Coelho (2013):

Ademais, também é insuficiente, para a revisão judicial dos contratos empresariais, a mera imprevisibilidade do fato superveniente que frustrou a expectativa de um dos contratantes. É necessário compatibilizar-se, no campo do direito contratual empresarial, a teoria da imprevisão com a regra básica da competição (que premia as decisões acertadas e penaliza as equivocadas). A revisão judicial de contrato empresarial não pode nunca servir à neutralização dos efeitos de qualquer decisão empresarial equivocada do contratante. Imagine que certo industrial brasileiro tenha contratado a exportação de suas mercadorias, por preço fixado em dólar, e, junto a um banco nacional, financiou esta operação, recebendo antecipação em reais do valor da exportação. Se, em seguida à celebração do contrato, o governo norte-americano promove acentuada desvalorização do dólar, quando o exportador brasileiro receber o pagamento das mercadorias, terá em mãos um valor em reais inferior ao que lhe foi antecipado pelo banco, ficando, perante este, devedor da diferença. Ora, mesmo no caso de a forte desvalorização da moeda norte-americana ser considerada “fato imprevisível”, não haverá fundamento para a revisão do contrato firmado entre exportador e banco. Isto porque a decisão empresarialmente correta, ao assumir qualquer crédito ou compromisso sujeito à variação cambial, consiste na utilização

de instrumentos financeiros que neutralizam os efeitos desta (hedge). Se o industrial do exemplo não se protegeu devidamente, com um destes instrumentos.

Conclusão

Embora o constituinte tenha dado atenção especial ao princípio da livre iniciativa vimos que a prática está longe de alcançar o destaque conferido pelo texto constitucional, havendo um profundo descompasso entre a previsão constitucional e a realidade.

O PLNCC cria condições para aplicação da livre iniciativa no âmbito do direito comercial, uma vez que o adota a liberdade de iniciativa empresarial como princípio geral do direito comercial.

Para tanto, O PLNCC elabora toda uma construção principiológica a partir do princípio da liberdade de iniciativa, cristaliza seus importantes desdobramentos para atividade empresarial.

É reconhecida a imprescindibilidade da empresa privada. Ao fazê-lo o Código atesta o seu papel de importância na sociedade. A empresa tem sua posição legitimada exatamente pelo fato de contribuir para o bem comum. Tal contribuição advém, em primeiro lugar, da sua própria finalidade específica, como a utilidade dos bens e serviços que produz e vende à sociedade, que representam uma vantagem em termos de custo-benefício. Essa é a sua principal contribuição, na qual é insubstituível.

Reconhece o Lucro como o principal motivador da atividade empresarial e, assim, superam-se visões negativas que se contruíram sobre a busca pela lucratividade e se reconhece que grande parte da contribuição que a atividade empresarial traz à sociedade advém, exatamente da busca pelo lucro.

O reconhecimento da proteção jurídica ao investimento é importante para que haja um ambiente estável para o negócios e atrativo para os investimentos. Tal reconhecimento tem repercussão não apenas para os empresários mas para toda a sociedade.

O Código define princípios aplicáveis aos contratos empresariais, particularizando a utilização deste importante instrumento jurídico no campo do direito comercial.

O primeiro princípio destacado é o da autonomia da vontade. Tal iniciativa é assaz valiosa uma vez que nos contratos empresariais temos uma autonomia da vontade mais plena que, por exemplo, em contratos de consumo ou de trabalho. O Empresário tem total liberdade para escolher se vai contratar, com quem contratar e o que contratar.

Em seguida elenca o princípio da plena vinculação ao contrato e, particularmente, este venha a ser o princípio que mais se aproxima à questão posta: a mitigação do revisionismo contratual empresarial. Este princípio tem sido sistematicamente relativizado desde o dirigismo contratual até a teoria da imprevisão acrescentando-se ao valor das transações comerciais hoje em dia o risco judiciário, pois não se tem ao certo o que o contrato firmado pode vir a se tornar amanhã.

Por último, apresenta-se o princípio do reconhecimento dos usos e costumes do comércio. Tal princípio alinha-se perfeitamente à realidade da atividade comercial em que os usos e costumes cumprem papel preponderante. A própria legislação comercial tem sua origem nos usos e costumes. No comércio internacional é indiscutível o papel da Lex Mercatória no norteamento da prática empresarial e resolução de conflitos.

Por fim, analisamos as ressalvas apresentadas pelo PLNCC quanto à aplicação da resolução de contratos com base na onerosidade excessiva, em especial o dispositivo que prevê que não assiste direito a tal instituto o empresário que, ao contratar, tinha plena condições de se proteger quanto a riscos de onerosidade excessiva supervenientes. Tal ressalva é importante pois se afina com a própria essência da atividade empresarial à qual risco é inerente. Não faz sentido o judiciário intervir a fim de minimizar prejuízos excessivos no âmbito do contrato quando já existem mecanismos à disposição dos empresários próprios a esse fim.

A boa prática empresarial adverte quanto a serem tomados certos cuidados a fim de que o empresário se proteja no decurso da relação contratual, como os contratos de hedge, por meio dos quais o empresário pode se proteger da variação dos preços de um insumo, por exemplo.

Concluimos que uma eventual aprovação do PLNCC pode contribuir para a criação de condições para um maior efetivação do princípio da livre iniciativa, em especial no âmbito empresarial. Ao desmembrar repercussões deste princípio específicas ao direito comercial e, em especial ao conferir maior estabilidade aos contratos empresariais, mitigando o revisionismo contratual nos casos em que não se adequa à própria essência da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. Malheiros, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2001, p. 374) ARAÚJO, Luis Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Barros Editor, 2000.

BERTI, Natália. **Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque Sob o Paradigma da Pós-Modernidade**.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas, empresas e estabelecimento comercial: estudos das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagens às sociedades civis e cooperativas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CELSO RIBEIRO BASTOS, IVES GANDRA MARTINS, “**Comentários à Constituição do Brasil**”, vol. 7, São Paulo, Saraiva, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3, 10ª Edição, 2009, Ed. Saraiva

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 1: direito de empresa, 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. a. XXII, n. 50, 1983.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DALLEGREVE NETO, **José Affonso**. **Compromisso Social da Empresa e Sustentabilidade – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Revista LTr. Vol. 71, n. 03, Março de 2007..

Diez-Picazo, **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**, I.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Jussara S. Assis B. Nasser. **Função Social e Função Ética da Empresa**. Revista Jurídica da Unifil, Londrina, a.2, n.2, 2005.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privata**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2. ed. rev., atual., e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 72) GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol.4. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013

GOMES, Orlando. **Comercialização do Direito Civil, Direito Econômico**. p. 66 São Paulo : Saraiva, s.d.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 7ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979,

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

WALD, Arnaldo. **O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional**. In : Revista de Direito Mercantil. [s.l. : s.n.] v. 98, s./d. 1 WALD, Arnaldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional, p. 53. 2

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,1-8-milhao-de-empresas-fecharam-em-2015,10000050202>

<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-importancia-do-codigo-comercial,10000058530> Gandra e Coelho

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado de Direito Comercial**, Vol. VI, 3a Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937.

Lacruz Berdejo, J. L., **Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato**, Bosch, Barcelona, 1987.

Lorenzetti, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar. **A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil**: Elemento Fundamental para Garantir Segurança Jurídica ao Investimento Estrangeiro. In: Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial. Volume VIII. Arnaldo Wald (org). São Paulo. RT, 2011.p.771

MIRANDA, Pontes de 1959. **Tratado de Direito Privado**. 2a edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo XJY, 1959, p 247

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. Coordenador Geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

NAPOLITANO, Carlo José. **Do princípio da livre iniciativa na Constituição Federal de 1988**. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos. Divisão Jurídica. Faculdade de Direito de Bauru. p. 191-196, mai./ago. 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Atualidades. Análise econômica do direito e a regulamentação das sociedades empresariais brasileiras**: entre a autonomia da

vontade e a estrita legalidade. Revista de direito mercantil: industrial econômico e financeiro. v. 45, n. 142, p. 66-79, abr/jun. 2006.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 2005, p. 102)

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 7-11.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4a Ed. São Paulo, Método, 2014. P 54

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2 vols.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade**, 29ª ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p.17).

SILVA, Américo Luis Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris 1996

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17ª Edição, São Paulo. Melhoramentos, 2000

SULMONT, 2011). SULMONT, Denis. **La empresa: una mirada sociológica**. Disponível em: <<http://departamento.pucp.edu.pe/cienciassociales/images/documentos/EmpresaUnamiradaDenisSulmont.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2011.

TAVARES, 2011, p.235). TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense,1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil**, Vol. 2, 7ª Edição, 2007, Ed. Atlas.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Venosa, Silvio de Salvo. **Teoria Geral dos Contratos**, 2º volume, 2011

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: responsabilidade civil, vol. 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WALD, Arnaldo. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XIV, livro II.