



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Felipe Tavares Boechem

**O princípio da autonomia da vontade e a limitação de responsabilidade nos  
*joint operating agreements* na indústria de petróleo e gás natural**

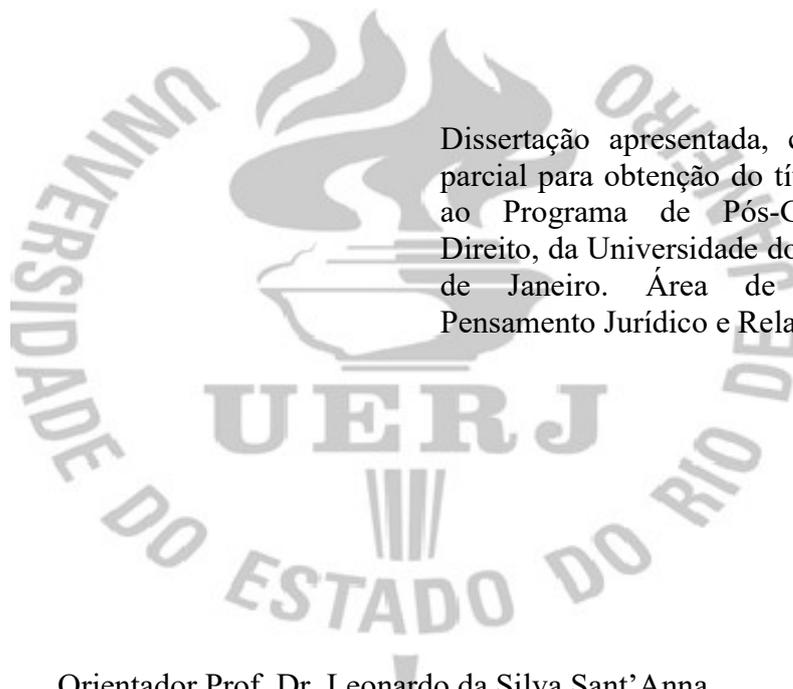
Rio de Janeiro

2019

Felipe Tavares Boechem

**O princípio da autonomia da vontade e a limitação de responsabilidade nos *joint operating agreements* na indústria de petróleo e gás natural**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.



Orientador Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B669 Boechem, Felipe Tavares.

O princípio da autonomia da vontade e a limitação de responsabilidade nos *joint operating agréments* na indústria de petróleo e gás natural / Felipe Tavares Boechem. - 2017.

97 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna.  
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Cláusulas (Direito) – Teses. 3. Indústria petrolífera – Teses. I. Sant'Anna, Leonardo da Silva. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Felipe Tavares Boechem

**O princípio da autonomia da vontade e a limitação de responsabilidade nos *joint operating agreements* na indústria de petróleo e gás natural**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 08 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant'Anna (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Enzo Baiocchi  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Márcia Bataglin Dalcastel  
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2019

## DEDICATÓRIA

À minha mãe e meu pai simplesmente por tudo

À minha esposa Jéssica pelo apoio incondicional

Aos meus filhos Julia e Rafael por terem dado um novo significado à minha vida

Ao meu irmão pela referência de integridade, excelência e determinação

À família Scremin por ter me recebido como um filho.

## AGRADECIMENTOS

Ninguém vence sozinho! Esta é uma das grandes lições que a vida insiste em me oferecer.

Em 2016, resolvi fazer a prova de seleção para o mestrado da UERJ movido pela paixão que tenho pela pesquisa, a vontade de um dia poder contribuir mais para a academia como professor e o amor que tenho pela UERJ onde me formei em 2006.

À época, passava por um dos momentos mais relevantes da minha vida, o nascimento de minha primeira filha e a ameaça real de ficar desempregado. Felizmente, a ameaça do desemprego acabou não se materializando e consegui um ótimo trabalho na Shell. Passei então a pensar como iria conseguir administrar e conciliar o trabalho, o mestrado e a vida pessoal que agora me demandava o melhor dos desafios que é ser pai. E ainda quando não tinha a resposta, engravidamos do Rafael. E agora José?

A verdade é que eu consegui. Certamente não foi fácil. Foi necessário muito planejamento, suor e foco para conseguir chegar até esse momento especial que é a finalização da dissertação. No entanto, acima de tudo, foi necessária muita colaboração (e por que não dizer sacrifícios?) de muitos anjos que me cercam.

Em minhas meditações e orações o principal tema é sempre o mesmo. Peço sempre para que pessoas boas cruzem o meu caminho. Olhando para os últimos dois anos, posso assegurar que essas meditações e orações funcionaram muito mais do que eu poderia imaginar ou merecer.

Muitas pessoas foram importantes para que eu conseguisse concluir o mestrado, mas gostaria de dedicar esse espaço para agradecer em especial o Professor Leonardo Sant'Anna que me acolheu desde o primeiro dia de aula. Não se trata de dizer apenas que a caminhada teria sido mais difícil sem ele. Honestamente, acho que não teria conseguido chegar até aqui sem as suas orientações que sempre tiveram como único objetivo me ajudar a fazer o melhor mestrado possível. Trata-se da generosidade e simplicidade característica dos grandes mestres que muitas vezes são suplantadas pelas armadilhas da vaidade e egoísmo dos tempos modernos. Que aqui fique registrado para sempre meus sinceros agradecimentos ao meu querido orientador Professor Leonardo Sant'Anna.

Serei também eternamente grato à Professora Márcia Dalcastel e ao Professor Enzo Baiocchi pela forma interessada e cordial com que analisaram meu projeto de dissertação e

apresentaram seus comentários, críticas e sugestões. Hoje, olho para trás e percebo que o projeto que submeti para qualificação não era viável (ao menos no tempo de mestrado) e a correção de curso proposta por eles foi um verdadeiro divisor de águas na preparação dessa obra.

Gostaria também de agradecer aos meus queridos amigos de Lefosse Advogados e Shell Brasil que me deram todo incentivo e condições para que conseguisse concluir ao mestrado, bem como aos companheiros de Pinheiro Neto Advogados que gentilmente disponibilizaram a incrível biblioteca do escritório sempre que precisei e se colocaram à minha disposição para debater diversos temas tratados nesta dissertação. Em especial, agradeço ao mestre Luiz Cláudio Furtado pelos brilhantes *insights* que me deu.

Por fim, agradeço ao Vitor Graçano por ter demonstrado bastante interesse por esse trabalho e se prontificado a debater alguns temas e dividir os resultados de alguns de seus estudos e pesquisas, principalmente na área de responsabilidade civil.

## RESUMO

BOECHEM. F. T. O princípio da autonomia da vontade e a limitação de responsabilidade nos *joint operating agreements* na indústria de petróleo e gás natural. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

O objetivo desta dissertação é contribuir para o desenvolvimento de uma disciplina teórica mais robusta dos contratos comerciais, ajudando os operadores do direito a (i) identificá-los no complexo e intrincado emaranhado de relações contratuais em que está baseado o mercado e a sociedade contemporânea como um todo e (ii) interpretá-los da forma mais adequada à sua natureza e funcionalidade. A motivação para escolha desse tema decorre de alguns fatores como (i) a constatação de que a disciplina dos contratos comerciais, apesar dos esforços recentes da doutrina, ainda não está no mesmo patamar de desenvolvimento de outras categorias de contrato; (ii) sua importância não apenas no campo do Direito mas também no âmbito da economia em geral; e (iii) a percepção difundida por grande parte da sociedade de que há no Brasil um significativo grau de insegurança jurídica no âmbito dos contratos comerciais gerado por uma suposta postura excessivamente intervencionista do poder judiciário. Como método de trabalho revisamos algumas das principais obras relacionadas ao tema, bem como pesquisamos a jurisprudência do STJ a fim de verificar (i) se os contratos comerciais são de fato tratados como uma categoria autônoma de contrato; (ii) quais os efeitos práticos dessa autonomia para a interpretação dos contratos comerciais; e (iii) a existência ou não de dados empíricos suficientes para suportar a hipótese de que há efetivamente um intervencionismo judicial excessivo no campo dos contratos comerciais. Como fruto das investigações conduzidas foi possível constatar que: (i) os contratos comerciais possuem características próprias em função do profissionalismo com que os empresários exercem suas atividades; (ii) os contratos comerciais gozam de uma presunção mais robusta de paridade como decorrência dessas características, o que serve de alicerce para que o princípio da autonomia da vontade exerça uma posição central no processo interpretativo, restringindo as possibilidades de intervenção judicial na economia dos contratos comerciais; e (iii) a jurisprudência do STJ tem consistentemente corroborado as duas constatações anteriores. Por fim buscou-se contribuir um pouco mais para o desenvolvimento dos contratos comerciais a partir da análise da cláusula de não indenizar e os limites de sua validade em caso de dolo e culpa grave a fim de verificar se tais limites poderiam ser interpretados de forma diferente no contexto de um contrato comercial. Sem embargo da posição dominante na doutrina de Direito Civil brasileira que considera inválida a cláusula de não indenizar que afasta o dever de indenização do agente no caso de atos eivados de dolo ou culpa grave, concluímos que a cláusula de não indenizar prevista nos JOAs - um dos contratos comerciais mais utilizados pela indústria de exploração e produção de petróleo e gás internacional e nacional - deve ser considerada razoável e válida perante o ordenamento jurídico brasileiro apesar de limitar o dever de indenizar em casos de atos praticados com dolo ou culpa grave por indivíduos que não ocupem uma posição na "alta gerência" (*senior supervisory personnel*) da sociedade. Para suportar essa conclusão argumentamos que (i) o JOA é um contrato comercial celebrado por partes plenamente capazes de identificar, avaliar, gerenciar e assumir os riscos envolvidos no negócio; (ii) o JOA é estruturado sobre o "princípio do sem perda e sem ganho" (*no gain no loss*), logo o operador não é remunerado pela condução das operações (sendo apenas ressarcido pelos custos incorridos) e, como

contrapartida, sua responsabilidade é limitada como regra geral à sua participação no empreendimento; e *(iii)* a limitação ao dever de indenizar proposto pela cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012 reflete os usos e costumes da indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural e não viola interesse público indisponível.

Palavras-chave: Interpretação dos Contratos Comerciais. Princípio da Autonomia da Vontade.

Cláusula de Não Indenizar. Joint Operating Agreements. Indústria de Petróleo e Gás Natural.

## ABSTRACT

BOECHEM. F. T. The principle of party's autonomy and limitation of liability in joint operating agreements in the oil and gas industry. 2019. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

The purpose of this thesis is to contribute to the development of a more robust theory on commercial contracts so as to support the law practitioners in *(i)* identifying such contracts in the complex and intricate net of contractual arrangements that form the market and the contemporaneous society in general; and *(ii)* construing the interpretation that is more consistent with the nature and functionality of such contracts. The motivation for such matter results from several reasons such as *(i)* the view that the theory around commercial contracts is not yet on the same level of development of other contract categories despite the recent efforts from Brazilian scholars; *(ii)* its relevance not only for Law science but also to whole economy in general; and *(iii)* the widespread perception among a relevant part of society that there is a significant level of legal uncertainty in Brazil arising from an excessive intervening position allegedly adopted by Brazilian courts in relation to commercial contracts. Regarding the methodology adopted, it was reviewed some of the most relevant texts related to the subject and researched precedents from the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) with the purpose of checking *(i)* whether the commercial contracts are actually treated as an independent category of contract; *(ii)* the practical consequences of such independence to the interpretation of commercial contracts; and *(iii)* the existence of enough empirical data to support the hypothesis that the Brazilian courts effectively adopt an excessive intervening position in relation to the commercial contracts. As a result of the research conducted for purposes of this thesis it was possible to note that *(i)* commercial contracts have specific traits due to the professionalism of the parties involved; *(ii)* commercial contracts enjoy a more robust presumption of parity/equality, which pave the way for the private autonomy principle to play central role in the interpretation process, restricting the possibilities of judicial intervention in the commercial contracts; *(iii)* the precedents from STJ have consistently supported the aforementioned conclusions. Finally, we sought to provide some contribution to the development of commercial contracts theory through the analysis of non-indemnification clauses which are generally deemed invalid in case of wilful misconduct and gross negligence. The purposes of such analysis was to assess whether such limitation on the validity of non-indemnification clauses could have a different interpretation in the context of a commercial contract. Notwithstanding the position supported by most Brazilian Civil Law scholars that the non-indemnification clauses shall be held invalid in case of wilful misconduct or gross negligence, we concluded that the non-indemnification clause set forth in the JOAs – one of the most traditional commercial contracts used by international and national industry of exploration and production of oil and gas – shall be held reasonable, legal and valid in Brazil, despite the fact that it usually does not hold operator severally liable for damages arising from acts of individual that do not qualify as senior supervisory personnel even if it qualifies as wilful misconduct or gross negligence. To support such conclusion, we argued that: *(i)* the JOA is a commercial contract executed by sophisticated parties fully capable of identifying, assessing, managing and assuming the risks involved in the project; *(ii)* the JOA is structured around the no gain no loss principle, so operator does not receive

any compensation to conduct the operations (being reimbursed for actual costs only) and, in consideration, its liability is limited to its participating interest in the project as a general rule; and (iii) the limitation to the indemnification obligation set forth by Clause 4.6.D of the 2012 AIPN JOA Model reflects the uses and customs practiced by the oil and gas industry and does not violate any non-waivable public interest.

Keywords: Interpretation of Commercial Contracts. Private Autonomy. Non-

indemnification Clause. Joint Operating Agreement. Oil and Gas Industry.

## ABREVIACOES

<b>AIPN</b>	<i>ASSOCIATION OF INTERNATIONAL PETROLEUM NEGOTIATORS</i>
<b>CC/1916</b>	CÓDIGO CIVIL DE 1916
<b>CC/2002</b>	CÓDIGO CIVIL DE 2002
<b>CCOM</b>	CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO
<b>CDC</b>	CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
<b>INCOTERMS</b>	TERMOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO
<b>JOA</b>	<i>JOINT OPERATING AGREEMENT</i>
<b>LINDB</b>	LEI DE INTRODUÇÃO S NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO
<b>RE</b>	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
<b>RESP</b>	RECURSO ESPECIAL
<b>STF</b>	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
<b>STJ</b>	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
<b>TJ</b>	TRIBUNAL DE JUSTIÇA
<b>TJDFT</b>	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIO
<b>TJGO</b>	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
<b>TJPR</b>	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
<b>TJRJ</b>	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
<b>TJRS</b>	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
<b>TJSP</b>	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
1	<b>O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COMERCIAIS</b> .....	17
1.1	<b>O processo de flexibilização do princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos</b> .....	17
1.2	<b>Autonomia dos contratos comerciais</b> .....	23
1.3	<b>Função dos contratos comerciais</b> .....	29
1.4	<b>Pressupostos dos contratos comerciais</b> .....	32
1.5	<b>Características dos contratos comerciais</b> .....	33
1.5.1	<u>Escopo de lucro bilateral</u> .....	33
1.5.2	<u>Risco inerente aos contratos comerciais</u> .....	35
1.5.3	<u>Influência relevante dos usos e costumes comerciais</u> .....	40
1.6	<b>A centralidade do princípio da autonomia da vontade na interpretação dos contratos comerciais</b> .....	45
2	<b>ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A CENTRALIDADE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COMERCIAIS</b> .....	48
2.1	<b>REsp 1.691.008</b> .....	50
2.2	<b>REsp 1.409.849</b> .....	52
2.3	<b>REsp 1.403.272</b> .....	53
2.4	<b>REsp 1.413.818</b> .....	55
2.5	<b>REsp 1.158.815</b> .....	56
2.6	<b>REsp 936.741 e REsp 803.481</b> .....	58
3	<b>VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR DOS OPERADORES PREVISTA NOS JOAS DA INDÚSTRIA DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL</b> .....	63
3.1	<b>Riscos dos projetos de exploração e produção de petróleo e gás natural</b> .....	64
3.2	<b>O desenvolvimento dos JOAs e o modelo AIPN</b> .....	65
3.3	<b>Experiência brasileira: JOAs na indústria de exploração e produção de</b>	

	<b>petróleo e gás natural.....</b>	<b>66</b>
3.4	<b>Regime de responsabilidade do operador no JOA.....</b>	<b>68</b>
3.5	<b>Breve síntese da cláusula de não indenizar no Brasil.....</b>	<b>72</b>
3.6	<b>Da possibilidade de extensão da cláusula de não indenizar para casos de dolo nos JOAs.....</b>	<b>76</b>
3.6.1	<u>Presunção de equilíbrio contratual nos JOAs .....</u>	<u>76</u>
3.6.2	<u>Razoabilidade da cláusula 4.6.D do modelo de JOA AIPN 2012.....</u>	<u>78</u>
3.6.3	<u>Inexistência de impacto a interesse público indisponível.....</u>	<u>85</u>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>88</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>92</b>
	<b>ANEXO.....</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, vimos (re)despertar na doutrina nacional um rico debate sobre a interpretação dos contratos comerciais<sup>1</sup>, assim compreendidos os contratos celebrados exclusivamente entre empresários.

Esse fenômeno está diretamente relacionado à evolução do Direito Comercial brasileiro nos últimos 20 anos<sup>2</sup>. Assim como outrora migramos no Brasil de um primeiro período do direito comercial baseado no ato de comércio para um segundo período em que a teoria da empresa tornou-se o seu centro de gravidade, iniciamos um terceiro período em que o foco passa a ser o mercado, ou seja, a dinâmica das relações da empresa com outras empresas que se materializa justamente por meio dos contratos comerciais<sup>3</sup>.

Para compreender esse novo momento do Direito Comercial é necessário, portanto, aprofundar o estudo dos conceitos de mercado e de contrato comercial. Contudo, esse não será um desafio fácil para os operadores do direito, pois nos deparamos com uma importante mudança de paradigma. Saímos de um período centrado no estudo isolado e estático da empresa enquanto organização da atividade produtiva, para um novo período em que o foco é a dinâmica e interação entre os empresários. Essa ruptura de paradigma implica em deixar no passado um “olhar para dentro” para adotar um “olhar para fora” da empresa, o que certamente suscita diversas questões ainda inexploradas e abre um campo vastíssimo para novos estudos, como já podemos constatar com a proliferação de trabalhos sobre questões antitruste, contratos de colaboração ou associativos e propriedade intelectual.

A doutrina brasileira sempre estudou os diferentes tipos de contratos comerciais, mas não dedicou um grande esforço no sentido de sistematizá-los como uma categoria autônoma com características próprias e distintas das demais categorias de contrato (civil, consumerista, administrativo e trabalho). Essa postura da doutrina não deve de maneira alguma ser encarada como desídia de nossos autores, mas sim o resultado natural da realidade que os cercava conforme exploramos em maiores detalhes na subseção 1.2.

---

<sup>1</sup> Ao longo desse trabalho, adotamos a nomenclatura “contratos comerciais” como padrão, embora a doutrina, jurisprudência e legislação também utilizem os termos “contratos empresariais” e “contratos mercantis”.

<sup>2</sup> Para uma visão mais completa e detalhada da evolução do direito comercial brasileiro, ver: (i) FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro - da Mercancia ao Mercado*, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; e (ii) VIEIRA, Icyar de Aguilera Vieira; VIEIRA, Gustavo Vieira da Costa. *L'influence du Code de commerce français au Brésil - (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807)*. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol 59 N1, 2007. págs. 27-77.

<sup>3</sup> Nessa mesma linha, a professora Paula Forgioni (2016, p. 82) destaca que “*Fomos “do ato à atividade”. Agora, passamos ao reconhecimento de que a atividade das empresas conforma e é conformada pelo mercado. Enfim: “ato, atividade, mercado”. Eis a linha de evolução do direito comercial*”

A falta de um estudo mais aprofundado dos princípios de Direito Comercial e dos contratos comerciais ao longo do tempo parece ter gerado nos profissionais do Direito uma falta de compreensão dos valores e princípios concretizados pelas normas de Direito Comercial e sua importância. Experimentamos um período preocupante em que as normas de Direito Civil são aplicadas a relações empresariais sem maiores reflexões sobre a necessidade de adequação ao contexto de um contrato comercial, abalando a segurança jurídica no ambiente econômico em profunda contradição com a funcionalidade do Direito Comercial. Esta insegurança motivou em parte as recentes iniciativas legislativas no sentido de se aprovar um novo código comercial.

O objetivo deste trabalho é contribuir para essa difícil e urgente jornada no desenvolvimento de uma disciplina teórica mais robusta dos contratos comerciais, ajudando os operadores do direito a identificá-los no emaranhado de relações contratuais em que está baseada a sociedade moderna e interpretá-los da forma mais adequada à sua natureza e funcionalidade. Não temos qualquer pretensão de sugerir uma abordagem inédita ou disruptiva. Data vênias posições em sentido contrário, acreditamos que a Teoria Geral dos Contratos existente fornece instrumentos suficientes para a consecução de uma interpretação dos contratos comerciais adequada à sua natureza e funcionalidade, não sendo essencial desenvolver uma Teoria Geral dos Contratos Comerciais.

Na seção 1, partimos da premissa de que o contrato não é um instituto único, mas sim um feixe de institutos jurídicos (os contratos) e tentamos estruturar uma proposta de aplicação dos princípios contratuais clássicos e modernos mais adequada aos contratos comerciais. Primeiro analisamos o processo histórico que culminou com a positivação dos princípios contratuais “modernos” e a consequente flexibilização da força, outrora quase absoluta, do princípio da autonomia dos contratos com o objetivo de identificar as razões que legitimaram esse processo.

Na sequência, partimos do conceito de mercado como uma complexa teia de relações contratuais tecidas pelos seus diversos agentes econômicos a fim de avaliar se os contratos comerciais compõem ou não uma categoria específica de contratos com características próprias diferentes das demais categorias. Pretende-se discutir tecnicamente, sem fobia ou idolatria, em que medida os elementos que justificam a intervenção judicial nos contratos em geral estão normalmente presentes nos contratos comerciais e identificar a posição do poder judiciário com relação a esse tema.

Na seção 2, pesquisamos na jurisprudência do STJ precedentes em que foi debatida a possibilidade de intervenção estatal em um contrato comercial com o objetivo de checar se o nosso tribunal superior para esta matéria reconhece a autonomia dos contratos comerciais e como o mesmo tem se posicionado com relação à flexibilização do princípio da autonomia da vontade no âmbito desses contratos.

Na seção 3, testamos o arcabouço teórico desenvolvido ao longo do trabalho com um caso concreto ainda não debatido a fundo na doutrina e jurisprudência nacional. Propomos analisar o uso da cláusula de não indenizar e os limites de sua validade em caso de dolo e culpa grave, a fim de verificar se tais limites poderiam ser interpretados de forma diferente no caso de um contrato civil e de um contrato comercial. Nesse contexto, estudaremos um contrato comercial bastante usual na indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural denominado *Joint Operating Agreement* (JOA).

Normalmente, os JOAs estabelecem que as partes envolvidas no empreendimento – sociedades empresárias com grande e incontestável capacidade técnica, econômica e jurídica – são, via de regra, responsáveis pelos danos decorrentes das atividades conjuntas proporcionalmente à sua participação no referido empreendimento. Há, no entanto, uma exceção para os casos em que o dano seja resultado de um ato cometido com dolo ou culpa grave por membros da “alta gerência” (*senior supervisory personnel*) da parte designada como líder ou operadora do consórcio, nos quais esta parte é responsável por indenizar a totalidade dos danos causados.

Nesse sentido, os danos decorrentes de atos cometidos com dolo ou culpa grave por qualquer agente do operador, que ocupe uma posição inferior à definição contratual de “alta gerência” (*senior supervisory personnel*), não atrairia responsabilidade adicional ao operador, que permaneceria responsável por indenizar apenas uma parcela dos danos causados proporcional à sua participação no empreendimento. Trata-se, portanto, de uma cláusula que limita o dever de indenizar do operador em determinados casos de dolo ou culpa grave. A validade desse tipo de cláusula é discutível no Brasil, já que a doutrina de Direito Civil pátria é praticamente uníssona no sentido de considerar inválida a cláusula de não indenizar que afaste o dever de indenização do agente nos casos de atos eivados de dolo ou culpa grave.

O foco da seção 3 será avaliar em que medida esse entendimento geral e abstrato da doutrina civilista deveria ser aplicado no contexto de um JOA, que é essencialmente um contrato comercial. Fazemos uma análise diligente e profunda das especificidades, estrutura e funcionalidade desse tipo de contrato a fim de avaliar se a cláusula de não indenizar do JOA

deve ou não ser considerada válida perante o ordenamento jurídico brasileiro. Se por um lado, buscamos avaliar a interpretação que melhor promove as premissas de segurança e certeza dos contratos, essenciais à sua função de promover a fluência das relações de mercado, por outro, não nos furtamos da tarefa de avaliar eventuais impactos dessa interpretação para os contratantes e terceiros eventualmente afetados pelas atividades objeto do JOA.

Esperamos assim prover nossa contribuição para assentar ainda mais os contratos comerciais como uma categoria autônoma de contrato em que via de regra não há desequilíbrios excessivos que justifiquem intervenção estatal.

## **1. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COMERCIAIS**

Nesta seção, partimos da premissa de que o contrato não é um instituto único, mas sim um feixe de institutos jurídicos (os contratos) e tentamos estruturar uma proposta de aplicação dos princípios contratuais clássicos e modernos mais adequada aos contratos comerciais, na qual o princípio da autonomia da vontade permanece exercendo uma posição central e a intervenção judicial deve ser limitada uma vez que tais contratos gozam, via de regra, de uma premissa de paridade ou equilíbrio contratual.

Primeiro analisamos o processo histórico que culminou com a positivação dos princípios contratuais “modernos” (boa-fé objetiva, função social e reequilíbrio econômico financeiro) e a consequente flexibilização da força, outrora quase absoluta, do princípio da autonomia dos contratos com o objetivo de identificar as razões que legitimaram esse processo. Na sequência, analisamos o conceito de mercado como uma complexa teia de relações contratuais tecidas pelos seus diversos agentes econômicos e assentamos a ideia de que os contratos comerciais compõem uma das diversas categorias de contratos que integram o mercado, possuindo características próprias diferentes das demais categorias (consumerista, trabalhista, administrativo e cível estrito senso).

Pretendemos discutir tecnicamente, sem fobia ou idolatria, em que medida os elementos que justificam a intervenção judicial nos contratos em geral estão normalmente presentes nos contratos comerciais e identificar a posição do poder judiciário com relação a esse tema.

### **1.1 O Processo de Flexibilização do Princípio da Autonomia da Vontade e da Força Obrigatória dos Contratos**

Embora o princípio da autonomia da vontade seja bastante conhecido, entendemos ser oportuno investir algum esforço em delinear seu conteúdo, assentar suas raízes constitucionais e analisar o processo histórico que levou à sua flexibilização como princípio interpretativo outrora quase absoluto do Direito Contratual. Pretende-se, assim, identificar de forma mais imediata quais fatores motivaram esse processo de flexibilização, a fim de prover os operadores do direito das diretrizes gerais sobre hipóteses que legitimam a intervenção estatal

no sentido de restringir a autonomia da vontade especialmente na seara dos contratos comerciais.

O princípio da autonomia da vontade tem claras raízes constitucionais. De forma mais genérica, está amparado no artigo 5º, II da Constituição Federal que estabelece que as partes são livres para contratar desde que não haja restrição legal. No que se refere mais especificamente à atividade empresarial, o princípio da autonomia da vontade também decorre do princípio da livre iniciativa insculpido no artigo 170 da Constituição Federal.

No Direito Contratual, o princípio da autonomia da vontade se traduz na liberdade de contratar, ou seja, significa o poder das partes acordarem livremente os efeitos que pretendem produzir a partir do contrato. Segundo Orlando Gomes (2002, p. 22), o conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de (i) autoregência de interesses (liberdade de contratar propriamente dita), (ii) livre discussão das condições contratuais (liberdade de estipular o conteúdo do contrato) e (iii) escolha do tipo contratual mais conveniente à vontade das partes (liberdade de estipular o contrato).

Os contratantes têm, portanto, poder para determinar livremente o pacto que desejarem, sendo eventuais limitações ou intervenções legais admitidas em caráter excepcional apenas. Frise-se que, em matéria contratual, as disposições legais possuem, via de regra, caráter supletivo e subsidiário, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência das vontades particulares. Assim, abre-se campo para que as partes possam pactuar o ajuste mais conveniente a sua causa.

Neste contexto, destaca-se o princípio da força obrigatória dos contratos segundo o qual o contrato validamente celebrado faz lei entre as partes, ou seja, devem ser executados como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos, não sendo admitida retratação unilateral ou revisão judicial (intangibilidade do contrato). Trata-se da regra *pacta sunt servanda* consagrada pelo Direito Romano e explicada pelo professor Sílvio Rodrigues da seguinte forma:

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. Isto é, o contrato vai construir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. *Pacta sunt servanda!* (RODRIGUES, 2002, pp. 17-18)

Segundo Orlando Gomes (2002, p. 86), o princípio da força obrigatória dos contratos constitui a pedra angular da segurança do comércio jurídico e justifica-se não apenas como corolário da regra moral de que toda pessoa deve honrar a própria palavra, mas também como

decorrência do princípio da autonomia da vontade. A possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atinge o poder das partes se obrigarem, o que em última análise fere a sua liberdade de contratar. Por esta razão, nos referimos nesse trabalho apenas à centralidade do princípio da autonomia da vontade na interpretação dos contratos comerciais, o que deve ser lido de forma a incluir também o princípio da força obrigatória dos contratos.

A centralidade do princípio da autonomia da vontade em matéria contratual possui fundamentação lógica e robusta. Parte-se do ideal liberal de que partes iguais e livres negociam em posição de equilíbrio contratual e podem pactuar o ajuste mais conveniente ao fim que pretendem, não sendo necessária qualquer interferência externa (administrativa, legislativa ou judicial) para impedir a estipulação de obrigações abusivas. Dessa forma, maximiza-se a função do contrato de promover a fluência das relações de mercado, permitindo que um escopo mais amplo e inovador de negócios jurídicos possa ser pactuado.

A história mostra que quando a premissa de equilíbrio dos contratantes não é verificada ou que a liberdade de contratar é exercida de forma abusiva, desencadeia-se um processo de reação do Estado em intervir nas relações privadas, a fim de limitar a autonomia da vontade e restabelecer o equilíbrio entre as partes ou mais precisamente corrigir o desequilíbrio excessivo.

Sob uma perspectiva histórica, o processo de flexibilização do princípio da autonomia da vontade está intimamente ligado ao crescimento e desenvolvimento das sociedades empresárias que ocorreu como resultado da necessidade de atendimento das demandas cada vez maiores das sociedades de massa. Neste processo, algumas sociedades empresárias passaram a deter um poder de barganha tão grande a ponto de conseguir impor seus termos e condições às suas contrapartes mais frágeis (contratos de adesão), o que desencadeou uma paulatina quebra da presunção de que as partes são efetivamente livres para contratar, demandando assim uma reação em vários ramos do Direito no sentido de corrigir os desequilíbrios excessivos. Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor é um ótimo exemplo.

Também contribuiu para o processo de flexibilização do princípio da autonomia da vontade a progressiva interferência do Estado na economia, seja exercendo diretamente a função de empresário por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista ou regulando de forma bastante invasiva e detalhista determinadas atividades. É evidente que há restrição à liberdade de contratar em determinados setores nos quais existe um monopólio legal como no caso de alguns serviços públicos ou quando o estado impõe a contratação como

no caso de seguros obrigatórios. Nessas hipóteses, as pessoas não podem muitas vezes abster-se de contratar por se tratar de um bem ou serviço de primeira necessidade ou são obrigadas a contratar por força de lei.

Diante desses acontecimentos históricos, o pensamento jurídico foi se modificando e o princípio da autonomia da vontade, principal alicerce da teoria clássica do direito dos contratos, passou a ser relativizado conforme lição de Orlando Gomes (2002, pp. 30-31):

Na passagem do século XIX para o século XX, com efeito, pôs-se em cheque o principal ponto de sustentação da ampla autonomia da vontade nos domínios do contrato. Com efeito, enquanto dominaram absolutas as ideias do liberalismo puro, tinha-se como dogma a igualdade dos contratantes, ligado umbilicalmente à liberdade de contratar. Acontece que a experiência dos regimes liberais nascidos da Revolução Francesa acabou por impor o reconhecimento da irrealidade de semelhante dogma, pelas notórias e inegáveis diferenças, entre as pessoas, na ordem econômica, sócia e até mesmo jurídica.

Como fruto dessa transição, podemos destacar o CC/2002 que rompeu brutalmente com o paradigma patrimonialista do CC/1916. O código de Bevilacqua, como fruto da transição de um estado monárquico para uma república liberal, possuía diretrizes (i) individualistas, valorizando a propriedade privada e a autonomia da vontade, e (ii) positivistas, conferindo ao juiz pouca liberdade para aplicar critérios ético-jurídicos e interpretar a hipótese jurídica que lhe foi submetida.

O professor Miguel Reale Jr.<sup>4</sup>, coordenador geral do projeto de lei que resultou no CC/2002, explica essa quebra de paradigma de forma clara e objetiva a partir dos Princípios da Sociabilidade, Eticidade e Operacionalidade. Tais princípios possuem um alto grau de correlação. O Princípio da Sociabilidade imprimiu um sentido social ao código, fazendo prevalecer valores coletivos sobre individuais. Nessa linha, a autonomia da vontade passou a ser limitada ou modulada pela função social do contrato, um conceito ético-jurídico aberto. O Princípio da Eticidade atribuiu aos critérios ético-jurídicos (ex: boa-fé e função social) uma posição de destaque no ordenamento, em contraposição ao espírito dogmático e formalista do código anterior. Inspirado no Direito Alemão, o Princípio da Operacionalidade consagrou o uso de cláusulas abertas que refletem valores ético-jurídicos abertos e conferem aos operadores do direito a tarefa de preenchê-las no caso concreto.

O que se nota a partir do CC/2002 é um intervencionismo ainda maior do Estado, por meio do poder judiciário, na economia, especialmente nos contratos. Contudo, quando essa

---

<sup>4</sup> REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em 29 outubro 2018.

intervenção é feita de forma indiscriminada, sem investigar se há ou não restrição a algum aspecto da liberdade de contratar que a legitime, corre-se o risco equivalente ao de um médico que não diagnostica corretamente a doença de seu paciente e, conseqüentemente, prescreve um medicamento que será ineficaz ou mesmo acarretará outras complicações para o paciente. Infelizmente, parte do poder judiciário não tem sido diligente ao diagnosticar se no caso concreto sob sua análise existe algum fundamento a legitimar a intervenção estatal na seara contratual, o que em última análise não entrega a justiça no caso concreto e abala profundamente a segurança jurídica essencial à consecução da função dos contratos de promover a fluência das relações. Essa situação também foi constatada por Eros Roberto Grau (2001, p. 424).

Não posso deixar de notar que, infelizmente, nossa Jurisprudência, às vezes, se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados entre agentes econômicos que nada tem de hipossuficientes. A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador passar a ter do negócio. Passa o Judiciário, então a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições.

Adicionalmente, conforme constatado por Anderson Schreiber (2018, pp. 25-26), há pouca robustez técnica nas decisões do poder judiciário que interferem no contrato com o objetivo de alterar o pacto entre as partes com base nos "novos princípios contratuais". Os princípios da boa-fé, função social e equilíbrio contratual são tratados na maior parte das decisões judiciais como uma tríade inseparável e sem maiores explicações sobre o seu sentido e alcance. O mais usual nas decisões judiciais é uma simples menção a tais princípios para justificar a intervenção estatal, perdendo-se a oportunidade de oferecer orientações mais claras aos operadores do direito, o que vai minando a confiança dos agentes econômicos nos contratos.

Conforme lição do sempre atual Orlando Gomes (2002, p. 27) é necessário proceder a uma análise investigatória para definir se há ou não restrição a algum aspecto da liberdade de contratar para concluir se a doutrina clássica do direito contratual seria ou não capaz de fornecer as melhores respostas ao caso concreto. Para ilustrar a importância dessa investigação, nos socorreremos mais uma vez do CDC. No âmbito das relações de consumo, há em geral um desequilíbrio contratual entre os contratantes. O consumidor claramente ocupa uma posição de hipossuficiência em relação ao fornecedor. Na atual dinâmica de mercado, a maior parte dos contratos que formalizam as relações de consumo é classificada como de adesão, não tendo o consumidor qualquer ingerência ou poder de barganha. O CDC

foi aprovado justamente com objetivo de mitigar o desequilíbrio excessivo entre as partes de uma relação de consumo.

Não obstante, vale lembrar que durante os debates sobre qual seria a melhor interpretação para o conceito de consumidor utilizado pelo CDC, o STJ de forma bastante prudente e técnica buscou compreender as peculiaridades das relações que deveriam ser amparadas pelo CDC a fim de não estender sua aplicação a domínios nos quais não há na sua essência um desequilíbrio excessivo que justifique a intervenção estatal.

Duas correntes principais foram postas em debate pela doutrina e jurisprudência naquele momento. De um lado, a Teoria Finalista defendia que as pessoas que adquirem produtos ou serviços para uso em sua atividade profissional não devem ser consideradas consumidores, o que exclui de forma geral os contratos comerciais do âmbito de aplicação do CDC. Do outro lado, a Teoria Maximalista defendia que não seria relevante o fato da aquisição do produto ou serviço ser feito por uma pessoa no contexto de sua atuação profissional, bastando a retirada do bem da cadeia de consumo (utilizando-o ou exaurindo-o), o que poderia atrair os contratos comerciais para o âmbito de incidência do CDC.

Após intensos debates, o STJ consolidou jurisprudência dominante<sup>5</sup> no sentido de que, como regra geral<sup>6</sup>, a determinação do conceito de consumidor deve ser feita mediante aplicação da Teoria Finalista. Essa também foi a posição vencedora na I Jornada de Direito Comercial conforme se extrai da súmula n. 20 (*“Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”*) e também da súmula n. 28 (*“Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”*).

Dessa forma, verificamos que o princípio da autonomia da vontade ainda exerce ou deveria exercer um papel central na interpretação dos contratos em geral sempre que partes

---

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.195.642. Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – EMBRATEL. Recorrido: Juleca 2003 Veículos Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194152&num\\_registro=201000943916&data=20121121&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194152&num_registro=201000943916&data=20121121&formato=PDF) Acesso em 16 de julho de 2017.

<sup>6</sup> Conforme destacado por Ricardo Lupion (2014, p. 414): *“O próprio Superior Tribunal de Justiça relativizou a teoria finalista e passou a adotar a teoria finalista de forma mitigada para atender situações em que há vulnerabilidade no caso concreto, mesmo em se tratando de contratos empresariais, isto é, permanece o entendimento de que foram celebrados e firmados por empresários no desenvolvimento das suas atuações profissionais e apenas por exceção e, no caso de contrato, admite-se a mitigação dos rigores da teoria finalista diante de situação legitimadora da equiparação da empresa à condição de consumidora, mas apenas por exceção.”*

livres contratem em posição de equilíbrio ou mais precisamente que não se verifique excessivo desequilíbrio. Consequentemente, admite-se que este princípio seja limitado ou mitigado de forma legítima nas hipóteses em que tais premissas não estejam presentes. Eventuais limitações ao princípio da autonomia da vontade devem ser precedidas de justificativas robustas. Esse parece ser o melhor caminho para conciliar justiça e segurança, preservando a função dos contratos em garantir a fluidez das relações de mercado que será explorada em detalhes na subseção 1.3 abaixo.

## 1.2 Autonomia dos Contratos Comerciais

Os contratos ocupam atualmente uma posição central na economia moderna. É através dos contratos que as diversas relações de troca de bens e serviços, realizadas no âmbito do mercado e verdadeiras responsáveis pela geração de riqueza, são instrumentalizadas. Sob uma perspectiva econômica e jurídica, podemos afirmar que o mercado é formado por uma complexa teia de relações contratuais tecidas pelos seus diversos agentes econômicos.

Apesar de o termo “contrato” ser usado de forma genérica para expressar acordos de vontades para a criação de vínculo obrigacional, é de extrema importância reconhecer que o contrato não é um instituto único, mas sim um feixe de institutos jurídicos (os contratos) com suas respectivas particularidades<sup>7</sup>. É necessário, assim, diferenciar e categorizar essa miríade de relações contratuais, a fim de melhor compreender cada uma delas e evitar situações de flagrante injustiça decorrentes da aplicação indiscriminada de uma mesma norma ou interpretação a situações essencialmente diferentes.

Isso fica bastante evidente quando olhamos o mercado com uma lupa para focar na atuação dos empresários, que são apenas uma das diversas categorias de agentes econômicos que compõe o mercado. Diversas outras categorias de agentes econômicos relevantes integram o emaranhado de relações que dão vida ao mercado tais como o Estado, trabalhadores e consumidores. No curso normal dos seus negócios, os empresários podem se relacionar e, na prática, é comum que se relacionem com todas estas categorias de agentes econômicos, inclusive outros empresários

Quando contratam a mão de obra a ser empregada em suas atividades empresariais, os empresários dão origem a contratos de trabalho que são objeto de estudo do Direito do

---

<sup>7</sup> No mesmo sentido, é a posição de Eros Roberto Grau (2001, p. 425).

Trabalho. Em função da dependência econômica do empregado frente ao empregador, os contratos de trabalho estão sujeitos a determinados princípios e normas trabalhistas que visam mitigar essa hipossuficiência. É o caso do princípio do *in dubio pro operário* que determina que operador do direito opte pela interpretação mais benéfica ao trabalhador caso exista dúvida quanto à melhor interpretação de uma norma.

As relações contratuais entre empresários e Estado são mais evidentes em setores regulados da economia que envolvam concessão de serviços públicos como, por exemplo, o de transporte metroviário em que os empresários celebram com o Estado (poder concedente) contratos de concessão para exploração do serviço público de transporte metroviário, os quais são classificados como contratos administrativos e estão sujeitos a princípios e normas próprias de Direito Administrativo. Nos contratos administrativos, em função da supremacia do interesse público sobre o particular, a administração pública possui algumas prerrogativas não extensíveis ao contratado, os quais são instrumentalizados através de cláusulas exorbitantes como, por exemplo, a possibilidade de (i) modificação unilateral dos contratos para melhor adequá-los às finalidades de interesse público<sup>8</sup>; (ii) rescisão unilateral em determinados casos previstos em lei<sup>9</sup>; e (iii) aplicação de sanções em caso de inexecução total ou parcial do contrato pelo contratado<sup>10</sup>.

Outro importante fluxo de relações contratuais ocorre entre os empresários e os consumidores finais de seus produtos e serviços. Caso esta relação se qualifique como uma relação de consumo nos termos do CDC, estaremos diante de um contrato de consumo, que, em função da hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor e de sua natureza de contrato de adesão, está sujeito à disciplina especial do CDC que visa mitigar essa hipossuficiência. É o caso, por exemplo, do artigo 46 do CDC, que determina que as cláusulas contratuais que não forem de conhecimento do consumidor antes da contratação ou que sejam redigidas de modo a dificultar sua compreensão não vinculam o consumidor.

Há ainda os contratos civis estrito senso que se caracterizam como aqueles nos quais as duas partes não são empresários, mas sim particulares ou prestadores de serviços intelectuais que não são enquadrados como empresários (pois sua atividade não configura elemento de empresa nos termos do artigo 966 do CC/2002). É o caso, por exemplo, de um contrato de locação residencial celebrado entre duas pessoas físicas não empresárias, que é considerado um contrato cível estrito senso regido pelo Direito Civil.

---

<sup>8</sup> Artigo 58, I da Lei 8.666/93

<sup>9</sup> Artigo 58, II da Lei 8.666/93

<sup>10</sup> Artigo 58, IV da Lei 8.666/93

No que mais interessa aos objetivos desse trabalho, os empresários, no exercício de suas atividades empresariais, também se relacionam com outros empresários dando origem a contratos comerciais, que possuem características peculiares diferentes das demais categorias de contrato mencionadas anteriormente conforme exploraremos ao longo desse trabalho.

A disciplina dos contratos de trabalho, contratos administrativos, contratos de consumo e contratos civis já se desenvolveu bastante em termos doutrinários e está fora do escopo desse trabalho. Infelizmente, a disciplina dos contratos comerciais, apesar dos esforços recentes da doutrina, ainda não está no mesmo patamar de desenvolvimento dessas outras categorias de contrato, o que acaba levando muitos operadores do direito a não reconhecerem a autonomia dos contratos comerciais. Tal situação é preocupante, pois acabamos experimentando um período em que as normas de Direito Civil são aplicadas a relações empresariais sem maiores reflexões sobre a adequação ao contexto de um contrato comercial, abalando a segurança jurídica no ambiente econômico em profunda contradição com a funcionalidade do Direito Comercial.

A doutrina brasileira sempre estudou os diferentes tipos de contratos comerciais, mas não dedicou um grande esforço no sentido de sistematizá-los como uma categoria autônoma com características próprias e distintas das demais categorias de contrato (civil, consumerista, administrativo e trabalho). Essa postura da doutrina não deve de maneira alguma ser encarada como desídia de nossos autores, mas sim o resultado natural da realidade que os cercava conforme passamos a explicar de forma resumida<sup>11</sup>. Para tanto, vamos analisar duas diferentes fases do Direito Comercial no Brasil.

A primeira fase tem como marcos inicial e final relevantes a aprovação do CCom e do CC/2002, respectivamente. Durante esse período, o Direito Comercial no Brasil foi marcado pela existência de um sistema jurídico especial para reger os comerciantes e os atos de comércio apartados do Direito Civil. Essa dicotomia teve origem histórica na constatação de que o Direito Civil, o Processo Civil e a justiça comum à época eram insuficientes para atender às especificidades das atividades empresariais, em especial sua demanda por celeridade.

---

<sup>11</sup> Nesse mesmo sentido, Paula Forgioni (2010, p. 38) afirma que: *“Essa postura doutrinária pouco tem de desidiosa, refletindo a realidade que cercava nossos autores: as regras especiais dos contratos mercantis contidas nos arts. 121 a 139 foram sendo sombreadas não apenas pela supressão de institutos como o “arbitramento” ou pelo advento do Código Civil, mas também pela edição de regras que suplantaram a dicotomia de jurisdições e as diferenças específicas entre contratos civis e comerciais foram sendo limadas, restando poucas dissonâncias, de importância mitigada”*.

Em 1850, foram aprovados o Código Comercial, o Regulamento 737<sup>12</sup> e o Regulamento 738<sup>13</sup> que implementaram não apenas normas de direito material, mas também normas processuais e tribunais específicos para os comerciantes, o que reforçou a visão do Direito Comercial como um direito de classe que garantia aos comerciantes alguns privilégios não extensíveis aos não comerciantes.

No que se refere aos contratos comerciais, o CCom estabelecia em seu Título V um conjunto de normas gerais aplicáveis a todos os contratos e obrigações comerciais, reconhecendo expressamente a autonomia dos contratos comerciais. Interessante notar que grande parte dessas normas são essencialmente normas de Direito Civil (atualmente reguladas pelo CC/2002), mas que à época não estavam positivadas de forma adequada às necessidades empresariais. O artigo 130 do CCom, por exemplo, positivou a importância dos usos e costumes comerciais para fins de interpretação dos contratos comerciais.

Durante essa fase, não havia uma forte demanda pelo aprofundamento teórico da disciplina dos contratos comerciais. O foco era identificar se um determinado contrato seria comercial ou não por meio de um processo relativamente objetivo de subsunção dos fatos à norma. A partir dessa identificação, restava claro o sistema normativo a que o referido negócio jurídico estaria sujeito. Por exemplo, uma vez constatado que uma compra e venda seria mercantil por atender aos requisitos subjetivo (comprador ou vendedor empresário), objetivo (bens móveis ou semoventes) e finalístico (objetivo de inserir o bem na cadeia de circulação econômica) previstos no CCom, este negócio jurídico seria regido por um sistema de normas específicas diferente dos contratos de compra e venda não mercantis, incluindo uma jurisdição especial para dirimir eventuais disputas.

É importante frisar que a melhor doutrina brasileira nesta fase, a despeito da dicotomia normativa, não enxergava diferenças essenciais entre contratos comerciais e civis, o que não estimulou o desenvolvimento de estudos mais aprofundados sobre os contratos comerciais como uma categoria autônoma de contrato, mas sim um processo de superação de sua autonomia normativa. Essa visão se consolidou ainda mais à medida em que as normas sobre contratos comerciais e contratos civis foram sendo gradualmente unificadas ao longo do tempo. Nesse sentido, é bastante elucidativa a seguinte afirmação de Waldirio Bulgarelli

[...] a distinção, na prática, entre os contratos civis e mercantis perdeu muito da sua importância inicial, com a unificação da Justiça [...] a necessidade de distinção advinha das diferenças no tratamento de certos contratos por ambos os códigos, e não de questões materiais. (BULGARELLI, 1998, p. 38)

<sup>12</sup> Decreto n. 737, de 25 de Novembro de 1850 que regulamentava o processo das causas comerciais.

<sup>13</sup> Decreto n. 738, de 25 de Novembro de 1850 que regulamentava os Tribunais do Comércio e os processos de falência.

Esse processo de unificação, no entanto, não teve por objetivo central a supressão das regalias dos comerciantes, mas sim o aprimoramento das normas de Direito Civil de forma a absorver as virtudes da legislação comercial. Em 1890, por exemplo, o Decreto 763 unificou os processos civil e comercial determinando que ambos passassem a ser regidos pelo Regulamento 737 que originalmente era aplicado apenas ao processo comercial. Se o surgimento do CCom, do Regulamento 737 e Regulamento 738<sup>14</sup> pode ser atribuído em grande parte à pobreza das normas de Direito Civil daquele momento, o processo que culminou com a revogação desses diplomas legais está diretamente ligado à evolução das normais de Direito Civil e Processo Civil.

A segunda fase tem como marco inicial mais marcante a entrada em vigor do CC/2002<sup>15</sup> que positivou a unificação das obrigações civis e comerciais (já consagrada à época na prática jurisprudencial) e arrefeceu ainda mais o interesse dos autores pelo estudo e sistematização dos contratos comerciais como uma categoria autônoma. Sob a égide do CC/1916, os possíveis efeitos negativos do não desenvolvimento de uma sistematização mais robusta dos contratos comerciais foram bastante mitigados em função de seu caráter eminentemente patrimonialista que se adequava bem às características dos contratos comerciais, mas o CC/2002 rompeu brutalmente com o paradigma do código anterior conforme mencionado acima.

A unificação legislativa do direito das obrigações e das regras de interpretação dos contratos pode levar os mais açados à conclusão de que foi superada a dicotomia entre Direito Civil e Direito Comercial e, conseqüentemente, que os contratos comerciais foram absorvidos pelos contratos civis. Contudo, a unificação legislativa do Direito Privado não superou a separação entre o Direito Civil e o Direito Comercial. Como já advertia Rubens Requião (2010, p.48), a unificação das obrigações civis e comerciais promovida pelo CC/2002 é meramente formal, expressa pela elaboração de um código dentro do qual persiste a dicotomia na medida em que é necessário indagar quem é empresário e quem não é para definir a aplicação mais adequada ao caso concreto.

Dessa forma, embora seja tecnicamente viável construir uma única Teoria Geral dos Contratos que englobe os contratos comerciais e contratos civis - que foi a opção adotada pelo CC/2002 - é de suma importância que os operadores do direito durante o processo de

---

<sup>14</sup> Decreto n. 738, de 25 de Novembro de 1850 que regulamentava os Tribunais do Comércio e os processos de falência.

<sup>15</sup> É digno de nota que, ainda sob a vigência do CCom, observamos em nível nacional e internacional um processo gradual de unificação do direito privado.

interpretação contratual tenham consciência das características particulares de cada categoria de contrato sob pena de abalar a segurança e previsibilidade das relações negociais contratadas.<sup>16</sup>

Também corroborou para o não aprofundamento dos estudos sobre a sistematização dos contratos comerciais o fato de que, na primeira década após a entrada em vigor do CC/2002, a quase totalidade da doutrina de Direito Comercial dedicou seus esforços ao estudo da teoria da empresa, positivada no artigo 966 como a nova pedra angular do Direito Comercial (que passou a ser referido como Direito Empresarial). Como dissemos acima, o foco deste primeiro esforço recaiu sobre os sujeitos que exercem a atividade empresarial e, conseqüentemente, resultou em diversas obras que objetivaram revisar os conceitos de empresários e sociedades empresárias (Direito Societário) sob o prisma da teoria da empresa. Talvez a própria redação do artigo 966 tenha contribuído para esse processo na medida em que define o conceito de empresa como parte da definição de empresário.

Enquanto os comercialistas direcionaram seus esforços ao estudo da teoria da empresa sob uma perspectiva mais isolada e estática da empresa como organização da atividade produtiva, os civilistas tomaram naturalmente a dianteira, no que se refere aos estudos da teoria geral dos contratos e dos impactos dos princípios modernos do direito contratual (função social, boa-fé objetiva e reequilíbrio econômico financeiro) positivados pelo CC/2002. Tendo em vista o escopo mais abrangente do Direito Civil (também conhecido como direito comum), a abordagem adotada pelos civilistas naturalmente não focou em diferenciar os contratos comerciais para fim de aplicação de tais princípios.

Tomou algum tempo para que a comunidade jurídica atentasse para os impactos que os princípios contratuais modernos de função social, boa-fé objetiva e reequilíbrio econômico financeiro trazidos pelo CC/2002 teriam sobre a interpretação dos contratos comerciais. Como de praxe, a dinâmica sócioeconômica se encarregou de ensinar aos operadores do direito que os contratos comerciais seguem mantendo características próprias que os diferenciam dos demais contratos. Infelizmente, os custos dessa lição foram e continuam sendo relevantes. A falta de um estudo mais aprofundado dos princípios de Direito Comercial e dos contratos comerciais ao longo do tempo parece ter gerado nos profissionais do Direito uma falta de compreensão dos valores e princípios concretizados pelas normas de Direito Comercial e sua importância. Experimentamos um período preocupante em que as normas de

---

<sup>16</sup> Essa é a orientação aprovada no Enunciado n. 29 da I Jornada de Direito Comercial que estabelece que “*aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais*”

Direito Civil são aplicadas a relações empresariais sem maiores reflexões sobre a necessidade de adequação ao contexto de um contrato comercial, abalando a segurança jurídica no ambiente econômico em profunda contradição com a funcionalidade dos contratos e do Direito Comercial.

Felizmente, não há mal que dure para sempre nem desafio que não possa ser superado. Percebemos um interesse crescente da doutrina e jurisprudência pela disciplina dos contratos comerciais, embora ainda não sejam muitas as obras brasileiras que tratam especificamente sobre o tema<sup>17</sup>. Já é possível inclusive notar na jurisprudência e nos enunciados aprovados na I Jornada de Direito Comercial, o impacto desse esforço inicial da doutrina conforme se extrai da seguinte passagem do voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira no julgamento do REsp 936.741 que será explorado em maiores detalhes ao longo da seção 2.

É preciso deixar claro que o caso dos autos refere-se a contratos empresariais e não a contratos de consumo, nos quais se tem defendido, atualmente, um maior dirigismo contratual, com a conseqüente relativização dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. Nos contratos empresariais, dada a simetria natural que há entre as partes contratantes, a situação é diferente. Não se pode tratá-los da mesma forma que os demais contratos de direito privado, tais como os contratos de trabalho, os contratos de consumo ou mesmo os contratos entre particulares. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. Por isso, os estudiosos e operadores do Direito Empresarial têm defendido a necessidade de um novo Código Comercial, cujo projeto já está em trâmite no Congresso Nacional (PL n. 1.572/2001 da Câmara dos Deputados).

### 1.3 Função dos Contratos Comerciais

Seguindo a corrente de Eros Roberto Grau (2001), todo e qualquer contrato exerce primordialmente a função de promover a fluência das relações de mercado. Nesse sentido, toda e qualquer intervenção estatal legítima no campo dos contratos almeja (ou deveria almejar) viabilizar a fluência das relações de mercado.

No campo das relações de consumo, por exemplo, as intervenções promovidas pelo CDC tiveram por objetivo corrigir o excessivo desequilíbrio entre fornecedores e consumidores que estava afetando adversamente o mercado ao gerar desconfiança nos consumidores em geral. Desconfiança e insegurança são letais para o desenvolvimento de qualquer relação humana. Não é sem razão que as pesquisas de confiança do consumidor são

---

<sup>17</sup> Sobre essa temática, vale destacar as seguintes obras: (i) FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; (ii) RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009; (iii) COELHO, Fabio Ulhoa. Princípios do Direito Comercial. São Paulo. Editora Saraiva, 2012; (iv) VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito Comercial – Teoria Geral do Contrato – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

cada vez mais importantes como forma de antecipar futuros aumentos de consumo e, conseqüentemente, de atividade econômica em geral. No plano mais cotidiano, é bastante comum ouvir brasileiros dizerem que preferem fazer compras nos Estados Unidos ou Europa, pois lá usufruem de um melhor tratamento por parte dos fornecedores. Nesse sentido, pode-se afirmar que as intervenções promovidas pelo CDC, em última análise, promovem a fluência das relações de mercado por meio da correção de falhas de mercado que abalam a confiança e segurança dos agentes econômicos. Conforme lição de Eros Roberto Grau (2001, pp 432-433), o CDC não busca proteger os consumidores por solidariedade como defendido por alguns (ou ao menos esse não é o principal motivo), mas sim como estratégia para promover a fluência do mercado. Essa é a mesma posição defendida por Orlando Gomes para quem todo o contrato tem essencialmente uma função econômica:

Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária a sua causa. [...] Tamanha é a importância dos contratos como fato econômico, que sua disciplina jurídica constitui a esteriotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade. [...] Na afirmação de que o contrato exerce uma função social, o que se quer significar, em suma, é que deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela. (GOMES, 2002, pp. 19-20)

Com os contratos comerciais não é diferente. Na verdade, nesses contratos o escopo econômico fica ainda mais evidente na medida em que são pactuados por empresários com inerente escopo de lucro. Os princípios contratuais modernos da boa-fé e da função social do contrato não alteraram substancialmente a função econômica dos contratos comerciais. Muito pelo contrário, deveriam ser utilizados como ferramentas para a promoção das relações de mercado. Não há qualquer fragilidade ou demérito em atribuir aos contratos uma função social essencialmente econômica, na medida em que a certeza e a previsibilidade das relações são premissas essenciais em qualquer sociedade de cooperação e assumem um papel ainda mais destacado quando se trata do desenvolvimento de atividades empresariais. Em última análise, a promoção da segurança jurídica das relações empresariais gera bem-estar social. Nesse sentido, são bastante enfáticas as seguintes palavras de Haroldo Verçosa (2014, p. 147):

Outra gracinha, como diria alguém, é a tal história do diálogo no plano jurídico. Nestes termos, a autonomia privada deve conversar com a boa-fé, e com a função social do contrato para o fim de chegarem a um bom termo. Ora, em Direito não há diálogo, há hierarquia, sob pena de se criar um completo caos jurídico. Assim sendo, é obrigatório que no exercício de sua autonomia privada os agentes operem segundo a boa-fé, não sendo possível negociar com este princípio. Como também passou a ser obrigatório com a infeliz novidade do Código Civil que os agentes atendam a tal **função social do contrato** e esta, como vimos (contrariamente aos contratualistas funcionais) **reside precisamente na celebração de contratos lícitos pelos empresários (no caso dos contratos empresariais) dentro de um regime de vontade livremente manifestada. E pronto! O que passar disto é má ideologia e mau Direito. (Grifos nossos)**

É dentro desta perspectiva que o vencedor do prêmio Nobel de Economia George A. Akerlof justifica, por exemplo, a importância do dever de lealdade (*trust*) para o funcionamento eficiente dos mercados. Em seu celebrado artigo “The Market for “Lemons”: Quality and the Market Mechanism”<sup>18</sup>, este autor ilustra bem os efeitos deletérios da assimetria de informação para o mercado em geral usando como referência o mercado de compra e venda de carros usados dos EUA.

O renomado economista parte da premissa de que os compradores de carros usados não conseguem diferenciar totalmente os carros usados em boas condições (conhecidos nos EUA como “pêssegos”) dos que estão em má condições (conhecidos nos EUA como “limões”), na medida em que isso depende de diversas variáveis nem sempre passíveis de identificação tais como o estilo de direção dos motoristas, o histórico de acidentes, a qualidade e a frequência de manutenções. Consequentemente, os compradores de forma racional somente estariam dispostos a pagar um preço fixo correspondente à média entre um “pêssego” e um “limão”.

De outro lado, os vendedores de carros usados sabem as condições dos seus respectivos carros. Considerando o preço fixo que os compradores estão dispostos a pagar, apenas os proprietários de “limões” venderiam seus carros, enquanto que os proprietários de “pêssegos” deixariam de colocar seus carros no mercado. Na hipótese defendida por Akerlof, com o passar do tempo, haveria menos carros em boas condições no mercado, fazendo com que os compradores reduzam ainda mais o preço médio que estão dispostos a pagar pelos carros. Cria-se, portanto, um ciclo vicioso em que cada vez mais apenas os piores carros estariam disponíveis para venda, o que a longo prazo implicaria em redução do tamanho do mercado de carros usados ou mesmo sua extinção se estressarmos essa hipótese. O autor conclui, assim, que a existência de garantias informais e não escritas são condições para o funcionamento do mercado e alerta que o mercado em geral será adversamente afetado sempre que tais garantias não sejam verificadas.

A função dos contratos de promover as relações de mercado está intimamente ligada à ideia de que o princípio da autonomia da vontade deve exercer um papel de centralidade na interpretação dos contratos comerciais. É intuitivo que quanto maior o grau de liberdade de contratar, mais espaço se abre para que o gênio criativo do ser humano floresça, gerando prosperidade e inovação. Desde já, cabe ressaltar que não se defende aqui uma liberdade de

---

<sup>18</sup> AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1879431>> Acesso em 29 de outubro de 2018.

contratar irrestrita, mas que eventuais restrições sejam fundamentadas e tenham por objetivo sempre que possível a promoção da fluência das relações de mercado.

#### 1.4 Pressupostos dos Contratos Comerciais

Seguindo a mesma linha defendida por Paula Forgioni (2015) e Fábio Ulhoa Coelho (2015), adotamos para fins desse trabalho o entendimento de que para um contrato ser considerado comercial é necessário que (i) os dois polos da relação obrigacional sejam empresários (pressuposto subjetivo) e (ii) a obrigação contratada decorra do exercício da atividade empresarial das duas partes (pressuposto objetivo).

Quanto ao pressuposto subjetivo, não afastamos a possibilidade de que não empresários façam parte de um contrato comercial desde que seja em adição às partes empresárias. O Projeto de um novo Código Comercial (PL n. 1572/2011), arquivado em 31 de janeiro de 2019, seguia a mesma orientação ao prever em seu artigo 297 que “*é empresarial o contrato quando forem empresários os contratantes e a função econômica do negócio jurídico estiver relacionada à exploração de atividade empresarial*”.

Não obstante, é digno de nota o entendimento dissonante do professor Haroldo Verçosa que adverte, com o rigor técnico que lhe é peculiar, não ser necessário à caracterização de um contrato como comercial que os dois polos da relação jurídica sejam ocupados exclusivamente por empresários. Para Haroldo Verçosa (2014, p. 41) também é comercial o contrato em que um dos polos da relação é ocupado por um empresário e o outro é ocupado por pessoa natural que, ao contratar, não se qualifique como consumidor final nos termos do CDC, ou seja, que não enseje uma relação de consumo.

O pressuposto objetivo é essencial para a ideia que desenvolveremos em maiores detalhes na subseção 1.6 de que os contratos comerciais gozam de uma presunção de paridade, na medida em que os empresários no exercício da atividade empresarial a que se dedicam conhecem (ou deveriam conhecer) os riscos a que estão sujeitos, o que restringe as possibilidades de intervenção estatal com base em argumentos relacionados à hipossuficiência de um dos contratantes.

## 1.5 Características dos Contratos Comerciais

Uma vez assentada o conceito de que os contratos comerciais são celebrados entre empresários no exercício de sua atividade empresarial, nos dedicaremos nesta subseção identificar as características mais marcantes desse tipo de contrato: (i) o escopo de lucro bilateral; (ii) o risco empresarial como um fator inerente aos contratos comerciais; (iii) a forte influência dos usos e costumes comerciais na elaboração e interpretação dos contratos comerciais. Todas essas características decorrem diretamente dos pressupostos subjetivos e objetivos dos contratos comerciais que abordamos na seção anterior.

É digno de nota que as características dos contratos comerciais identificadas neste trabalho também podem estar presentes em outras categorias de contrato de forma constante ou eventual (ex: escopo de lucro bilateral). Contudo, este fato em nada prejudica o objetivo da análise proposta que é justamente elencar os traços mais marcantes dos contratos comerciais, ou seja, aquelas características que estão sempre presentes nessa categoria de contrato e são fundamentais para sua interpretação.

### 1.5.1 Escopo de Lucro Bilateral

A primeira característica marcante dos contratos comerciais é o escopo de lucro bilateral. Trata-se de uma decorrência lógica do pressuposto subjetivo dos contratos comerciais (i.e, contratos celebrados entre empresários), já que nos termos do artigo 966 do CC/2002 “*considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” e a palavra “profissionalmente” utilizada no referido dispositivo legal significa que a atividade econômica organizada deve ser exercida com habitualidade e escopo de lucro.

Os empresários ao celebrarem um contrato comercial estão atuando profissionalmente com o objetivo final de auferir lucros. Portanto, os contratos comerciais são sempre onerosos<sup>19</sup>. Frise-se que este traço marcante dos contratos comerciais não se repete necessariamente em outras categorias de contrato. Nos contratos de consumo, o escopo de lucro está presente em apenas um dos polos da relação (fornecedor). Nos contratos civis, o escopo de lucro pode aparecer de forma eventual ou até mesmo sequer existir como se

---

<sup>19</sup> Nessa mesma linha, Fran Martins (2001, p. 63) defende que: “*Os contratos comerciais são sempre onerosos, pois, tendo invariavelmente o comerciante o intuito de lucro nas operações que pratica, não se admite que possam existir contratos comerciais a título gratuito.*”

constata nos contratos classificados como gratuitos (ex: empréstimo entre amigos em que não haja cobrança de juros). Contudo, mesmo nas hipóteses em que o contrato civil apresenta um escopo econômico, como no caso de uma pessoa que resolve alugar sua casa de praia, o escopo econômico não marca o contrato civil de forma tão incisiva como o contrato comercial, visto que a razão de ser de um empresário se justifica pelo fim lucrativo, mas não podemos dizer o mesmo do proprietário da casa de praia.

É digna de nota a posição defendida por Antonio Junqueira de Azevedo (Gomes, 2008, pp. 231–232) de que há no século XXI uma nova dicotomia contratual baseada essencialmente no fato de ambos os polos do contrato terem ou não escopo de lucro. De um lado, estariam os “contratos empresariais” que são aqueles celebrados entre empresários ou entre um empresário e um não empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro como, por exemplo, os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários. De outro lado, estariam os “contratos existenciais” ou “não empresariais” que são aqueles celebrados entre não empresários ou entre um empresário e um não empresário, sempre que para este não haja objetivo de lucro como, por exemplo, todos contratos de consumo, contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana.

Classificar um contrato como oneroso (e não gratuito) possui relevantes repercussões no ordenamento jurídico<sup>20</sup>. Nos termos do artigo 392 do CC/2002, por exemplo, os contratantes de um contrato oneroso respondem, via de regra, por culpa, ao passo que nos contratos gratuitos o contratante a quem o contrato favoreça responde por culpa e o contratante a quem o contrato não favoreça responde apenas por dolo. Adicionalmente, nos contratos onerosos, o alienante responde pelos riscos da evicção segundo o disposto no artigo 447 do CC/2002.

A atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro própria dos empresários foi um fator fundamental para que o STJ acolhesse, como regra geral<sup>21</sup>, a Teoria Finalista para determinar o conceito de consumidor e, conseqüentemente, afastasse de forma geral os contratos comerciais do âmbito de incidência do CDC.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Ver artigos 114, 158, 159, 295, 392, 447 e outros do CC/2002.

<sup>21</sup> Nesse sentido, ver: (i) REsp 1.195.642/RJ; (ii) REsp 541.867/BA; (iii) REsp 660.026/RJ; (iv) Conflito de Competência n. 92519/SP.

<sup>22</sup> Essa também foi a posição vencedora na I Jornada de Direito Comercial conforme se extrai do Enunciado n. 20: “*Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços*”.

Dessa forma, a interpretação dos contratos comerciais não pode prescindir da constatação de que tais contratos estão a serviços de atividades empresariais que tem como objetivo final o lucro empresarial sob pena de gerar insegurança jurídica no ambiente econômico. Nas palavras de Paula Forgioni (2010, p. 46), o “*traço diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro bilateral, que condiciona o comportamento das partes, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar*”.

Embora a perseguição do lucro possa ser encarada em algumas doutrinas religiosas e concepções filosóficas como algo moralmente reprovável que afasta o homem de uma vida supostamente santa, resta claro que essa não foi a opção abraçada pela maior parte do mundo, especialmente pelo Direito Brasileiro que consagrou constitucionalmente o sistema capitalista baseado nos princípios da propriedade privada<sup>23</sup>, da livre iniciativa<sup>24</sup> e da livre concorrência<sup>25</sup>. Como todos estes princípios possuem raízes constitucionais, o simples fato de um empresário estar auferindo lucros, ainda que expressivos, não é suficiente para ensejar uma intervenção do Poder Judiciário no sentido de redistribuir parte deste lucro.

### **1.5.2 Risco Inerente aos Contratos Comerciais**

A segunda característica marcante dos contratos comerciais é a existência do risco empresarial. Não há dúvidas de que o risco é um fator inerente à atividade empresarial. Ao se lançar em uma determinada atividade empresarial, o empresário assume conscientemente os riscos de perdas relacionadas ao insucesso de suas atividades, o que de certa forma também o legitima a auferir os ganhos decorrentes do seu sucesso. A possibilidade de perdas ou ganhos formam os dois lados de uma mesma moeda com o que os empresários convivem de forma profissional. Àqueles que têm aversão a esse tipo risco, o que de nenhuma maneira deve ser encarado de forma negativa, é recomendável não se aventurar como empresários. Três questões relevantes diretamente ligadas à ideia de risco inerente aos contratos comerciais merecem ser melhor estudadas.

A primeira questão é que as tomadas de decisão dos empresários podem não raro mostrar-se equivocadas e é salutar que assim o seja. Nessa mesma linha, Paula Forgioni (2015, p. 82) afirma que o erro (jogada equivocada) é importante para o sistema do Direito

---

<sup>23</sup> Artigo 170, II da CF

<sup>24</sup> Artigos 1, IV e 170 da CF

<sup>25</sup> Artigo 170, IV da CF

Comercial, pois viabilizaria o diferencial competitivo. A autora conclui que nenhuma interpretação de um contrato comercial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos ou lucros que devem ser suportados pelos empresários em decorrência de sua atuação no mercado. Adicionalmente, ainda que o empresário seja competente e tome decisões gerenciais acertadas, é possível que seu negócio não prospere em função de outros fatores fora do seu controle como, por exemplo, alterações legislativas que onerem excessivamente seu negócio (ex: novos tributos e exigências regulatórias).

Via de regra, ao celebrar um contrato comercial, ambos empresários tomam decisões movidos pelo objetivo de maximização de seus lucros e é importante que assim o seja. Ao longo do tempo, caso as posições tomadas pelo empresário no referido contrato se mostrem acertadas o mesmo terá mais chances de prosperar. Caso suas decisões se mostrem equivocadas, suportará suas consequências adversas. Dentro dessa lógica, as decisões tomadas por ambos os empresários no âmbito de um contrato comercial não impõem custos a terceiros, logo o que for ótimo para os empresários seria também ótimo para a sociedade. Se os riscos se materializarem e as consequências adversas para uma das partes for tão grave que ameace a própria viabilidade de sua empresa, o empresário poderá socorrer-se dos institutos da recuperação judicial ou extrajudicial com o objetivo de preservar sua empresa, o que abre às partes interessadas uma nova oportunidade de renegociar os termos de seus contratos. No caso mais extremo, a sociedade empresária será liquidada, o que, se por um lado, causa impactos sociais imediatos em termos de produção de riquezas, postos de trabalho e tributos, também libera capital financeiro, tecnológico e humano que poderá ser empreendido em outras empresas mais eficientes com impactos sociais potencialmente ainda mais positivos.

Para ilustrar a importância do risco para os contratos comerciais com um exemplo prático, o TJRS possui jurisprudência bastante emblemática no sentido de reconhecer o risco como um fator inerente aos contratos comerciais de franquia e negar pedidos de resolução contratual cumulada com indenização por perdas e danos ajuizados por franqueadas contra franqueadoras em razão do insucesso do negócio. Confira-se, nesse sentido, o seguinte trecho do acórdão proferido pelo TJRS na Apelação Cível n 70024271926<sup>26</sup>:

Outrossim, de acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, tem-se que o contrato de franquia é caracterizado como um **contrato de risco**, uma vez que, como qualquer empreendimento, está condicionado a fatores como a boa ou má gestão da franqueada, a concorrência e as oscilações do mercado. Isso vale dizer que um empreendimento sob a modalidade de franquia empresarial, por si, não é garantia de

---

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70024271926. Apelante: Nilpax Drogaria Ltda. Apelado: Farmais Franchising SC Ltda. Relator Desembargador Leo Lima. Julgado em 13.05.2009.

rentabilidade ou de atividade próspera. Tudo porque, **mesmo que a franqueadora cumpra todos os deveres contratuais e que o franqueado desempenhe uma boa gestão, os resultados podem acabar frustrados simplesmente pelas circunstâncias de mercado ou econômicas (Grifos nossos).**

A segunda questão é que os contratos comerciais devem ser presumidos simétricos e paritários, ou seja, a premissa é que o empresário tem liberdade para contratar e exerce sua atividade profissionalmente, portanto, conhece ou deveria conhecer os riscos de seu ramo de atuação.<sup>27</sup> Esse também é o entendimento de Fabio Ulhoa Coelho e Kleber Luiz Zanchimara para quem:

O intérprete dos contratos [empresariais] presumirá a “hipersuficiência” dos envolvidos e não privilegiará um em detrimento do outro. A premissa é de que, em razão da familiaridade dos contratantes com os fatores de produção especial, não existe carência informacional na contratação. A consequência é a aplicação estrita das regras contratuais em caso de litígio. (COELHO, 2015, p. 85)

Trata-se por certo de uma presunção relativa que admite prova em contrário. É forçoso reconhecer que por vezes as partes de um contrato comercial podem estar em situação excessivamente desequilibrada. Contudo, diferentemente de contratos regidos por outros ramos do Direito, o desequilíbrio nos contratos comerciais assume outros contornos.

Nos contratos de trabalho, o desequilíbrio está associado à necessidade de o empregado conseguir um emprego para sustentar sua vida com dignidade, o que o coloca em uma posição de dependência econômica frente ao empregador. Sensível a esta situação, o Direito do Trabalho tenta mitigar os efeitos desse desequilíbrio aplicando na interpretação dos contratos de trabalho o “princípio de proteção ao trabalhador” e “o princípio do *in dubio pro operário*”. Nos contratos de consumo, o desequilíbrio está associado à assimetria informacional entre, de um lado, o fornecedor que possui total conhecimento do produto ou serviço ofertado no mercado e, de outro, o consumidor que geralmente possui apenas a informação disponibilizada pelo fornecedor.

O possível desequilíbrio nos contratos comerciais tem fundamentos completamente diferentes daqueles verificados nos contratos de trabalho e contratos de consumo. Conforme mencionado acima, é razoável presumir que um empresário conhece a atividade a que se dedica de forma profissional, não competindo ao Direito exercer a função de remédio para a

---

<sup>27</sup> Essa visão foi refletida no Enunciado n. 25 (“*A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada*”) e no Enunciado n. 28 (“*em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência*”) aprovados na I Jornada de Direito Comercial.

falta de informação ou competência de qualquer empresário sob pena de o remédio virar um veneno e desestimular os empresários competentes e, conseqüentemente, prejudicar a economia como um todo. Não raro, o empresário ao celebrar um contrato assimétrico não o faz movido pela mesma necessidade de subsistência de um empregado. É possível, por exemplo, que um empresário concorde com termos mais favoráveis ao outro contratante em determinado contrato, inclusive assumindo prejuízos pontuais e momentâneos, tendo em vista sua estratégia global e de longo prazo (ex: desenvolver relacionamento, diversificar parcerias comerciais, entrar, sair ou consolidar-se em determinado mercado).

O desequilíbrio nos contratos comerciais está geralmente associado à situação de dependência que um empresário possui em relação ao outro. É importante frisar desde já que a decisão de se submeter a uma relação empresarial de dependência não deve ser presumida como excessivamente desequilibrada a ponto de legitimar uma intervenção estatal. Para alguns autores, pelo contrário, essa dependência deve ser presumida como uma decisão informada do empresário, que consciente não apenas dos riscos envolvidos, mas também das possibilidades de retorno, resolve aceitar os termos do negócio jurídico em questão. Conseqüentemente, não seria coerente tratar esse empresário como uma parte frágil que requer proteção. Nesse sentido, é a posição de Fabio Ulhoa Coelho (2015, p. 16):

A dependência econômica, em suma, é uma decisão empresarial e, como tal, necessariamente arriscada. Quanto maior o grau de dependência, maior o risco. Se um empresário decide empresariar numa condição de elevado grau de dependência de outro, por esta exacerbada assimetria e por suas conseqüências responde apenas ele próprio. Se errou ao preferir tamanha concentração à diversificação, não pode ser poupado de erro pelo Poder Judiciário.

Neste ponto, é oportuno ressaltar que o Direito possui outros mecanismos para combater situações nas quais um empresário utiliza de forma abusiva o poder de que dispõe em um determinado mercado. No âmbito do Direito Concorrencial, por exemplo, o artigo 36 da Lei 12.529/11, em atendimento ao artigo 173, §4º da CF, proíbe o abuso de posição dominante, conferindo ao CADE poderes para fiscalizar situações em que determinado empresário esteja usando indevidamente sua posição dominante em determinado mercado para restringir a concorrência ou impor condições muito gravosas aos demais agentes do mercado em que atua (ex: prática de preços excessivos ou exigência de exclusividade). A título exemplificativo, no âmbito dos Processos Administrativos n. 08012.003824/2002-84 e n. 08012.005422/2003-03, o CADE condenou operadores portuários que, valendo-se de sua posição de monopolistas das operações de movimentação e manipulação de contêineres,

passaram a cobrar uma taxa adicional sobre contêineres que se destinavam a recintos alfandegados explorados por terceiros (que não os próprios operadores portuários).

Frise-se que não afastamos *a priori* a possibilidade de o grau de dependência entre as partes de um contrato comercial ser tão grande que o torne excessivamente desequilibrado a ponto de justificar uma intervenção judicial. Contudo, esta análise dependerá das circunstâncias do caso concreto e uma possível intervenção judicial deverá estar fundamentada a partir da comprovação do alto grau de dependência e do desequilíbrio excessivo entre as partes.

A terceira questão é que passa a ser fundamental para o sucesso da empresa que os empresários façam uma gestão eficiente dos riscos inerentes à sua atividade, o que usualmente resulta em ajustes contratuais que alteram a alocação de riscos prevista supletivamente pela legislação. Nesse sentido, o Enunciado 631<sup>28</sup> aprovado na VIII Jornada de Direito Civil realizada em 2018 e o Enunciado 25<sup>29</sup> da I Jornada de Direito Comercial realizada em 2013 consagram a ideia de que em contratos comerciais paritários é legítimo que as partes envolvidas façam uma gestão de risco ótima de forma a viabilizar o negócio ou alcançar um acordo mais eficiente para as partes envolvidas.

Portanto, é importante analisar os principais riscos e desafios econômicos e comerciais que permeiam os negócios empresariais e debater como os contratos comerciais são estruturados em resposta a tais riscos e desafios de forma a maximizar e preservar valor às partes envolvidas. Não se pretende afirmar que análise da situação das partes na fase pré-contratual é o único ou mais importante fator para alcançar a melhor interpretação dos contratos comerciais, mas certamente deve ser considerada com a devida importância dentro do processo interpretativo.

Considerando que o risco é inerente à atividade empresarial, o papel primordial do Direito Comercial deve continuar sendo garantir a estabilidade e previsibilidade das relações consubstanciadas nos contratos comerciais, a fim de promover a atividade econômica capaz de gerar inúmeros benefícios para a sociedade (postos de trabalho, tributos e desenvolvimento tecnológico). Apesar das inúmeras mudanças ocorridas desde o seu surgimento, percebe-se

---

<sup>28</sup> Enunciado 631 da VIII Jornada de Direito Civil: Como instrumento de gestão de riscos na prática negocial paritária, é lícita a estipulação de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula excludente do dever de indenizar) e de cláusula que fixa valor máximo de indenização (cláusula limitativa do dever de indenizar).

<sup>29</sup> Enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial: A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

que a função do Direito Comercial permanece de certa forma inalterada. Como diria o gênio da pintura Vincent van Gogh, muda-se o aspecto, mas não a essência.

### 1.5.3 Influência Relevante dos Usos e Costumes Comerciais

A terceira característica marcante dos contratos comerciais é a influência relevante dos usos e costumes comerciais em sua interpretação. Em nenhum outro ramo jurídico, as práticas adotadas pelos seus próprios agentes têm igual relevância, sendo a própria gênese do Direito Comercial atribuída ao desenvolvimento dos usos e costumes comerciais. Conforme bem assentado por Rubens Requião (2010, p. 54), o Direito Comercial é na sua origem um direito consuetudinário, fundado a partir das práticas dos comerciantes medievais.

A doutrina clássica conceitua<sup>30</sup> usos e costumes comerciais como normas ou regras que surgem espontaneamente a partir de determinadas práticas exercidas ao longo do tempo pelos comerciantes de forma uniforme, pública e constante e por estes consideradas como juridicamente obrigatórias para, na falta de lei, regularem determinados negócios. Trata-se, portanto, de fonte secundária ou indireta do Direito Comercial que não pode se contrapor à lei (fonte primária do Direito Comercial) caso esta seja imperativa. Normalmente começam de forma local, mas podem passar a ser regionais, nacionais ou mesmos internacionais, desde que observados os requisitos de prática uniforme, constante, conforme a boa-fé e por tempo certo.

Em sua concepção mais tradicional, portanto, os usos e costumes comerciais decorriam da prática espontânea dos comerciantes e se integravam aos contratos como cláusulas implícitas ou tácitas, sendo sua eficácia um resultado da vontade das partes, ao que a doutrina classifica como “usos de fato”, “usos interpretativos” ou “usos convencionais”. Posteriormente, com as iniciativas de codificação do século XIX, os usos e costumes já largamente reconhecidos foram sendo incorporados à legislação e sua aplicação se tornou imperativa, passando a doutrina a denominá-los de “usos de direito” ou “usos propriamente ditos”. Nesse cenário, a eficácia dos usos e costumes não resulta mais da vontade das partes, mas da própria lei. O CCom<sup>31</sup> reconheceu expressamente o conteúdo normativo dos usos e costumes comerciais, aplicando-os como normas secundárias em diversas situações e importante vetor de interpretação das leis e disposições contratuais, conforme se extrai dos

---

<sup>30</sup> Nesse sentido ver Rubens Requião (2010, p. 54) e Carvalho de Mendonça (2000, p. 205).

<sup>31</sup> Sobre a importância dos usos e costumes comerciais ver também artigos 154, 168, 179, 186, 201, 207, n. 2, 291 do Código Comercial.

artigos 130<sup>32</sup> e 131<sup>33</sup>. Adicionalmente, o artigo 291<sup>34</sup> do CCom outorgava aos usos e costumes uma posição hierárquica relevante dentre as fontes normativas de Direito Societário, já que previa que somente seria possível recorrer ao Direito Civil para resolver qualquer dúvida referente à “associação mercantil” caso a matéria fosse omissa na lei ou nos usos e costumes comerciais.

Não obstante os citados dispositivos do CCom tenham sido revogados, o ordenamento jurídico em vigor preservou expressamente os usos e costumes comerciais como fontes do Direito Comercial. Essa parece ser a mesma linha seguida pelo professor Haroldo Verçosa (2014, p. 49), embora para esse autor o CC/2002 tenha sido absolutamente omissivo sobre o tema, com o que não concordamos, em especial no que se refere aos contratos comerciais, conforme passamos a explicar. O artigo 113<sup>35</sup> do CC/2002 consagrou de forma genérica que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos do lugar de sua celebração. Ora, sendo o contrato uma espécie de negócio jurídico e o contrato comercial uma categoria de contrato, a conclusão lógica e natural é que os usos e costumes comerciais devem nortear a interpretação dessa categoria de contratos, não sendo necessária uma alusão específica a esta matéria. O artigo 4º da LINDB<sup>36</sup> também consagra de forma genérica os usos e costumes como fonte subsidiária do Direito, logo os usos e costumes comerciais também devem ser reconhecidos como fonte subsidiária do Direito Comercial.

Para melhor ilustrar a importância dos usos e costumes comerciais para o Direito Comercial vale resgatar dois momentos emblemáticos na história do Direito Comercial.

O primeiro momento ocorreu na Itália quando o prestigiado Vivante, que havia defendido inicialmente a unificação do Direito Privado sob o argumento de que a autonomia do Direito Comercial era mantida mais por tradição do que pelas boas razões, reconheceu posteriormente, com a humildade que é peculiar aos grandes mestres, que essa unificação não seria aconselhável destacando, dentre outros argumentos relevantes, que o Direito Comercial

---

<sup>32</sup> Art. 130 do CCom: As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

<sup>33</sup> Art. 131, n. 4 do CCom: Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: [...] 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras.

<sup>34</sup> Art. 291 do CCom: As leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial.

<sup>35</sup> Art. 113 do CC/2002: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

<sup>36</sup> Art. 4º da LINDB: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

vale-se essencialmente do método indutivo, ou seja, chega-se à norma a partir da análise dos usos e costumes correntes, ao passo que o Direito Civil utiliza primordialmente o método dedutivo, partindo da premissa geral para alcançar a conclusão (FORGIONI, 2015).

O segundo momento ocorreu no Brasil em resposta à opção adotada pelo artigo 121 do CCom e artigo 2 do Regulamento 737 no sentido de conferir como regra geral<sup>37</sup> prevalência à lei civil em caso de conflito com os usos e costumes comerciais, ao contrário do que indicava a tradição italiana e de vários outros países, nas quais os usos prevaleciam sobre o direito comum nas questões comerciais. À época, Carvalho de Mendonça qualificava de “indefensável” a opção legislativa brasileira afirmando que:

As leis comerciais são, em regra, compostas de normas justificadas pelos usos dos comerciantes. Diz-se, mesmo que o direito comercial é eminentemente consuetudinário. Ora, se a lei comercial silencia, nada mais lógico do que recorrer a esse viveiro, aos usos, a expressão mais direta e prática do comércio. [...] As leis civis não bastam para a tutela dos interesses comerciais; os usos suprem essa deficiência e evitam o conflito entre tais leis e as exigências da vida contratual. (MENDONÇA, 2000, p. 119)

Nesse cenário, a doutrina majoritária<sup>38</sup> passou a defender abertamente a mitigação do pressuposto de que os usos e costumes não podem se opor à norma legal a partir da diferenciação entre normas de ordem pública e normas simplesmente supletivas da vontade das partes. A conclusão era de que não sendo a regra legal imperativa, de ordem pública, poderia ser substituída por um uso a que as partes intencionalmente dessem preferência. Uma vez verificado que a intenção das partes, pela natureza do negócio e suas condições, foi a de adotar, embora implicitamente, determinado uso comercial, o julgador deve aplicá-lo, sobrepondo-o à norma legal não imperativa.

Neste ponto específico, acreditamos que o professor Carvalho de Mendonça ficaria feliz em saber que suas críticas foram ouvidas pelos autores do atual Projeto de Código Comercial que reconhece de forma inequívoca a importância dos usos e costumes aos contratos comerciais positivando-os como (i) um dos princípios do direito contratual empresarial (artigo 303, IV) e (ii) o principal critério para a interpretação das cláusulas contratuais, prevalecendo sobre qualquer outro (artigo 318, V).

Não obstante a iniciativa louvável do Projeto de Código Comercial, em especial diante de algumas decisões judiciais que ignoram a autonomia dos contratos comerciais, entendemos

---

<sup>37</sup> O Código Comercial de 1850 previa diversas exceções em que há prevalência dos usos e costumes (arts. 154, 176, 186, 199, 201, 207, n.2, 291).

<sup>38</sup> Nesse sentido ver Carvalho de Mendonça (2000, p. 205) e Rubens Requião (2010, p. 54).

que existe no Direito Comercial um princípio legal, especial e implícito de eficácia dos usos e costumes comerciais<sup>39</sup>, não sendo de vital importância positivá-lo.

Nessa linha, é essencial que os magistrados, diante de uma causa comercial, reflitam sobre os usos e costumes comerciais como parte do processo interpretativo. Isso lhes permitirá efetivar a funcionalidade dos contratos comerciais de promover as relações de mercado, garantindo a previsibilidade e certeza das mesmas, sem prejuízo da proteção ao dinamismo e à celeridade peculiares à atividade empresarial. Nas palavras de Paula Forgioni:

Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anônima e repetida a que fizemos referência. Isso faz que ambos os empresários planejem sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com esse padrão “de mercado”. Portanto, não é desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento adotado (usos e costumes). (FORGIONI, 2015, p. 86)

Interessante notar que os usos e costumes comerciais não precisam estar assentados em Junta Comercial nos termos dos artigos 87 e 88 da Lei n. 8.934/94 para que sejam reconhecidos como tais. Caso esse fosse o caso estaríamos relegando aos usos e costumes comerciais um papel praticamente nulo, já que em recente busca nas Juntas Comerciais dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, não conseguimos identificar qualquer assentamento. De acordo com o artigo 376<sup>40</sup> do CPC, o ônus de provar a existência de um determinado uso e costume comercial compete a quem o alega seguindo o regime geral de distribuição do ônus da prova. Esta prova pode ser feita no próprio processo, atendendo-se às regras próprias para tal finalidade (ex: prova testemunhal)<sup>41</sup>, ou mostrar-se pré-constituída no caso de já estar assentada pela Junta Comercial. Confira-se, nesse sentido, o seguinte trecho do voto da Ministra Nancy Andrichi no âmbito do REsp 877.074<sup>42</sup> de sua relatoria:

Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial - de prova plena - àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar

<sup>39</sup> Nessa mesma linha, é a posição de Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 54)

<sup>40</sup> Art. 376 do CPC: A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

<sup>41</sup> Nesse sentido, ver REsp 877.074 de relatoria da Ministra Nancy Andrichi: “*Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial - de prova plena - àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume. Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal*”.

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 877.074. Recorrente: SAB Trading Comercial Exportadora S.A. Recorrido: Transcocamar Transportes e Comércio Ltda. Relatora Nancy Andrichi. Julgado em 12.05.2009.

um costume. Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal.

É importante destacar que os usos e costumes comerciais, assim como o Direito Comercial<sup>43</sup>, possuem uma clara tendência cosmopolita<sup>44</sup>, ou seja, de uniformização e internacionalização, o que se acentuou ainda mais com o fenômeno da globalização e a intensificação do comércio internacional. Um exemplo claro nesse sentido são os Termos Internacionais de Comércio (INCOTERMS) desenvolvidos pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) e atualmente utilizados globalmente no transporte internacional de cargas, que ajudaram a promover o comércio internacional a partir da padronização das normas sobre o ponto de coleta da mercadoria e responsabilidade pelo frete e seguro, garantido segurança e previsibilidade às relações comerciais<sup>45</sup>.

Os usos e costumes comerciais podem ser tão fortes a ponto de se tornarem internacionais. Neste ponto, vale notar que o Direito Comercial, em especial o brasileiro, foram e continuam sendo bastante influenciados pelo Direito de outros países. Historicamente, o exemplo mais emblemático da influência estrangeira no Direito pátrio ocorreu durante o período colonial com a denominada Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769, que permitia o uso subsidiário da legislação de outros países cristãos mais avançados em questões econômicas, comerciais e marítimas com o objetivo de coibir o abuso dos tribunais na aplicação do direito romano. Mais recentemente, a teoria da empresa abraçada pelo CC/2002 e a Lei de Falências de 2005 são marcas claras da influência do Direito italiano.

Essa ideia da força normativa dos usos e costumes comerciais será mais aprofundada na seção II, quando trataremos do modelo padrão de JOA desenvolvido pela AIPN e amplamente adotado pela indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural em diversos países.

---

<sup>43</sup> Poucos ramos do Direito são mais cosmopolitas que o Direito Comercial. Os comerciantes constituem, apesar das fronteiras nacionais, um só povo que possui como meta universal a persecução do lucro. As necessidades da vida mercantil de todos os povos são mais ou menos idênticas em determinada época, por isso as legislações apresentam pontos de contato e relações entre si no que se refere ao Direito Comercial.

<sup>44</sup> Fran Martins prefere o uso da palavra “internacionalidade” para referir-se a mesma característica (Martins, 1999, p. 23).

<sup>45</sup> É possível verificar diversas convenções internacionais no sentido de uniformizar determinadas relações jurídicas como, por exemplo: (i) a Convenção para adoção de uma Lei uniforme em matéria de cheques, internalizada no Brasil por meio do Decreto 57.595/1995 e (ii) a Convenção para a adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias.

## **1.6 A centralidade do princípio da autonomia da vontade na interpretação dos contratos comerciais**

Na subseção 1.1, verificamos que o processo de flexibilização do princípio da autonomia da vontade se legitimou a partir de situações históricas em que foram verificados desequilíbrios excessivos entre os contratantes a ponto de ser posto em dúvida se uma das partes era materialmente livre para contratar. As diversas reações administrativas, legislativas e judiciais que se seguiram no sentido de corrigir tais excessos não significam, no entanto, que o princípio de autonomia da vontade deixou de ocupar uma posição central dentro da Teoria Geral dos Contratos, mas tão somente que o mesmo passa a ser modulado por outros princípios, em especial os novos princípios contratuais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do reequilíbrio econômico do contrato.

Dessa forma, o princípio da autonomia da vontade continua exercendo um papel central na interpretação de todas as categorias de contratos, sendo admitida sua flexibilização ou modulação em maior ou menor grau dependendo do desequilíbrio identificado em cada contrato e de eventuais interesses coletivos afetados pelo negócio jurídico celebrado entre as partes. Neste contexto, é que buscamos analisar as características dos contratos comerciais, a fim de compreender se os elementos que justificam a intervenção judicial nos contratos em geral estão normalmente presentes nessa categoria contratual.

A partir dos pressupostos e características dos contratos comerciais analisados nas subseções 1.4 e 1.5, é possível constatar que os contratos comerciais, como regra geral, traduzem negócios jurídicos que gozam naturalmente de uma presunção mais robusta de paridade ou equilíbrio. Conforme tivemos oportunidade de verificar, nesses contratos ambas as partes são empresários no exercício profissional de sua atividade empresarial, conhecem ou deveriam conhecer o seu ramo de atuação e aceitam conscientemente o risco e retorno de suas decisões empresariais. São, como regra geral, materialmente livres para contratar. Trata-se obviamente de presunção relativa que admite prova em contrário, mas que deve ser analisada com rigor diante das características desses contratos. Essa parece ser a mesma posição do professor Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 185) que defende uma possibilidade mais limitada de intervenção judicial na seara dos contratos comerciais:

A nosso ver, o direito brasileiro e, talvez, o direito universal, devesse, no séc XXI, fazer uma distinção essencial, admitindo expressamente uma nova dicotomia contratual. Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial; neles, por exemplo, não caberia revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, - possível, porém, sob a ideia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial. Uma entidade jurídica

empresarial ineficiente pode, ou até mesmo deve – ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção, por não ser descartável.

Sobre a presunção de paridade ou equilíbrio contratual dos contratos comerciais aqui proposta, entendemos ser necessário fazer quatro advertências importantes que já foram abordadas superficialmente ao longo desse trabalho.

A primeira advertência é que o conceito de paridade ou equilíbrio contratual não é sinônimo de “comutatividade”, “equilíbrio” ou “igualdade” das prestações”. Conforme bem anotado pelo professor Anderson Schreiber (2018, p. 58), tamanha exigência não apenas representaria uma limitação excessiva ao princípio constitucional da livre iniciativa em uma economia de mercado, caracterizada pela flutuação de preços segundo “leis” de oferta e procura, mas também comprometeria a própria utilidade do contrato, já que a qualquer mínimo desvio de uma equivalência rigorosa a relação contratual precisaria ser interrompida ou revista.

A segunda advertência é que este equilíbrio contratual não é rompido simplesmente porque uma parte está auferindo ganhos ou lucros excessivos. Nos socorremos mais uma vez dos ensinamentos do professor Anderson Schreiber (2018, pp. 58-59) que afirma não importar, a rigor, para fins de aferição do equilíbrio contratual a dimensão do benefício econômico por parte de qualquer dos contratantes, mas sim a dimensão do sacrifício econômico imposto ao outro contratante, pois nem sempre o aumento exorbitante do lucro de uma parte corresponde à imposição de um sacrifício desproporcional à contraparte.

A terceira advertência é que não se deve atentar apenas para as obrigações constantes do contrato isoladamente para avaliar o equilíbrio contratual das partes. Conforme mencionado na subseção 1.5.2 deste trabalho, é possível, que um empresário concorde com termos mais favoráveis ao outro contratante em determinado contrato, inclusive assumindo prejuízos, tendo em vista sua estratégia global e de longo prazo de desenvolver relacionamento, diversificar parcerias comerciais, entrar, sair ou consolidar-se em determinado mercado. Outro exemplo bastante interessante ocorre nos casos em que o negócio é estruturado a partir da conjugação de diversos contratos, formando o que se denomina “contratos coligados”. Nesses casos, é lógico e razoável que a análise do equilíbrio contratual seja realizada considerando todos os contratos em conjunto e não cada um

individualmente<sup>46</sup>. Confira-se, nessa linha, a seguinte passagem do voto do Ministro Jorge Mussi no âmbito do Agravo Regimental no REsp n. 1.206.723<sup>47</sup>:

A interdependência, a conexidade ou a coligação dos contratos firmados pelas partes resultam claras e evidentes, haja vista a unidade dos interesses representados, principalmente os de natureza econômica, constituindo esse plexo de avenças o que a doutrina denomina de contratos coligados; em caso assim, embora possível visualizar de forma autônoma cada uma das figuras contratuais entabuladas, exsurge cristalina a intervinculação dos acordos de vontade assentados, revelando a inviabilidade da revisão estanque e individualizada de apenas um dos pactos, quando unidos todos eles pela mesma função econômica comum.

A quarta advertência é que a alocação de riscos e reponsabilidades expressamente estabelecidas entre as partes de um contrato comercial deve ser preservada ainda que venha a gerar perdas significativas para uma das partes, especialmente quando esta alocação de risco (i) for o próprio objeto do contrato ou (ii) constituir um elemento essencial ou relevante para o contrato, sem o qual provavelmente pelo menos uma das partes não teria celebrado o contrato. Por exemplo, uma *trader* agrícola que compra safras futuras de agricultores de soja não pode exigir dos agricultores ressarcimento pelas perdas decorrentes de uma queda no preço da soja, visto que a assunção deste risco era o objeto central do contrato, o qual foi assumido pela *trader* conscientemente no exercício profissional de sua atividade. Conseqüentemente, a *trader* tinha ou deveria ter todo conhecimento necessário para atuar nesse seguimento. Da mesma forma, caso duas sociedades empresárias decidam formar um consórcio para atuar no segmento de exploração e produção de petróleo e gás natural e estabeleçam que qualquer uma delas deverá deixar o consórcio sem qualquer compensação caso seja condenada por atos de corrupção relacionados com o empreendimento conjunto, não pode a parte infratora posteriormente exigir qualquer compensação pela sua participação ainda que tenha um valor de mercado significativo. Definir se uma obrigação constitui elemento essencial ou relevante do contrato não é uma tarefa simples, no entanto, a análise dos usos e costumes comerciais deve ser usada como importantes balizadores nesse processo.

---

<sup>46</sup> Nessa mesma linha, é importante ressaltar o Enunciado n. 24 aprovado na I Jornada de Direito Comercial que também reconheceu que contratos coligados são usados para estruturar um único negócio e estabeleceu que “os contratos empresariais coligados, concretamente formados por unidade de interesses econômicos, permitem a arguição da exceção de contrato não cumprido, salvo quando a obrigação inadimplida for de escassa importância.”

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.206.723. Agravante: Companhia Brasileira de Distribuição. Agravado: Comardi Comercial Ltda. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em 18.12.2018.

## 2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A CENTRALIDADE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COMERCIAIS

É de certa forma disseminada nos ambientes empresarial e jurídico, nacional e internacional, a ideia de que o poder judiciário no Brasil não tem muito apreço aos contratos de forma geral. Não é raro ouvir críticas direcionadas ao ambiente de negócios no Brasil que ressaltam problemas com o nível de segurança jurídica e apontam riscos de juízes brasileiros intervirem drasticamente nos contratos e “reescrevê-los” de forma significativamente diferente do que foi pactuado pelas partes. Não se sabe ao certo as razões que fundamentam tais afirmações, mas o que se pode afirmar com razoável grau de segurança é que tais opiniões carecem de maior embasamento estatístico.

Em sua tese de titularidade para Professor Titular de Direito Civil da UERJ, Anderson Schreiber analisou diversos casos que demonstraram que a nossa jurisprudência é extremamente criteriosa no que se refere à intervenção judicial nos contratos. Segundo o professor, é bastante rara uma intervenção judicial “agressiva” no sentido de alterar profundamente o sentido do contrato. As intervenções judiciais estão mais focadas em (i) adaptar índices de reajustes, (ii) readequar prazos contratuais e (iii) alterar obrigações acessórias com o objetivo de limitar a modificação ao mínimo indispensável ao reequilíbrio do contrato e afastar o risco de uma excessiva onerosidade. Confira-se a este respeito a seguinte constatação do autor:

Desse modo, conquanto existam, como em qualquer matéria, casos tautológicos, o receio de uma intervenção judicial que “reescreva” o contrato, transformando-o em algo que se distancia do interesse comum das partes, revela-se infundado à luz da observação do que normalmente acontece em nossa jurisprudência. A realidade jurisprudencial brasileira parece caracterizada, nesse campo, por uma atuação criteriosa, para não dizer tímida. (SCHREIBER, 2018, p. 71)

Na mesma linha, como parte deste trabalho, pesquisamos na jurisprudência do STJ precedentes em que foi debatida a possibilidade de intervenção estatal em um contrato comercial com o objetivo de checar como nosso tribunal superior tem se posicionado com relação à flexibilização do princípio da autonomia da vontade no âmbito dessa categoria de contratos. Apesar das críticas geralmente feitas ao excessivo intervencionismo do poder judiciário nos contratos comerciais, também verificamos a partir dessa pesquisa uma atuação bastante diligente e criteriosa do STJ, consagrando a posição defendida neste trabalho de que a intervenção judicial na seara dos contratos comerciais deve ser feita com mais cautela do

que em outras categorias de contrato em funções das suas características. Da análise dos casos analisados, vale destacar alguns pontos importantes que ajudam a compreender a atual posição do STJ.

O primeiro aspecto relevante identificado, é que o STJ tem reconhecido de forma expressa que os contratos comerciais formam uma categoria independente de contrato com características próprias diferentes das demais. Dentre tais características marcantes são destacados (i) profissionalismo das partes, (ii) o escopo bilateral de lucro presente nos contratos comerciais e (iii) o fato de o risco ser algo inerente à atividade empresarial. O segundo ponto relevante é que o STJ, com base nessas características dos contratos comerciais, tem reconhecido a existência de uma paridade natural nos contratos comerciais (equilíbrio contratual).

O terceiro aspecto é uma decorrência lógica dos dois anteriores. Considerando que os contratos comerciais gozam de uma presunção de paridade, o STJ tem corroborado de forma repetida e consistente o entendimento de que o princípio da autonomia da vontade deve exercer um papel central na interpretação desses contratos. Nota-se claramente que o STJ tem sido bastante rigoroso e parcimonioso em reconhecer desigualdades que legitimem a intervenção judicial em contratos comerciais. Essa é a mesma orientação consagrada pelo Enunciado n. 21 aprovado na I Jornada de Direito Comercial que estabeleceu que "*nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais*".

O quarto aspecto está relacionado à importância atribuída pelo STJ aos usos e costumes comerciais no processo interpretativo dos contratos comerciais. Não raro, os usos e costumes são usados pelo STJ como parâmetro para contrapor o argumento de que determinadas cláusulas seriam abusivas.

O quinto aspecto está relacionado à falta de robustez nos pedidos de intervenção judicial formulados pelas partes com base em uma argumentação genérica e oportunista de desequilíbrio contratual e violação aos princípios da boa-fé e função social do contrato, em contraposição à diligência com que o STJ fundamenta suas respostas a tais pedidos. Essa constatação também foi feita por Anderson Schreiber:

[...] a pesquisa jurisprudencial realizada para esta obra revela ser frequente, entre nós, a invocação “oportunista” do desequilíbrio contratual, como argumento padrão de defesa em face do inadimplemento – inadimplemento que, por vezes, sequer é comunicado à contraparte antes da judicialização do conflito, artifício que se torna ainda mais corriqueiro em tempos de crise econômica, dando ensejo a pleitos que se baseiam mais em uma descrição pessimista do cenário nacional que propriamente em alguma desproporção sofrida concretamente no objeto do contrato. (SCHREIBER, 2018, pp. 329-330)

Passamos agora a analisar em mais detalhes os precedentes mais emblemáticos do STJ identificados ao longo de nossa pesquisa.

## 2.1 REsp 1.691.008

No REsp 1.691.008<sup>48</sup>, o STJ analisou um contrato de prestação de serviços de corretagem e de administração de carteira imobiliária entre duas sociedades empresárias para avaliar se o pedido de rescisão imotivada feito pelo contratante do serviço geraria para o prestador do serviço o direito de exigir a multa contratual prevista em caso de infração contratual. O prestador de serviço alegou em sua demanda que *(i)* já havia feito investimentos vultosos para a prestação do serviço; *(ii)* a rescisão imotivada do contrato, neste caso, seria injusta e ilegal pois constituiria enriquecimento sem causa do contratante em detrimento do prestador de serviço; e *(iii)* apesar da ausência de multa contratual expressa para o caso de rescisão unilateral, o contrato deve ser interpretado à luz dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, que permitem a intervenção judicial no sentido de restaurar o equilíbrio entre as partes, e não única e exclusivamente com base na autonomia da vontade. Acolhendo essa linha de argumentação, a sentença e Acórdão n. 2017/0195520-2 do TJGO foram favoráveis ao prestador de serviço.

Em julgamento realizado em 8 de agosto de 2018, a Terceira Turma do STJ reformou o acórdão do TJGO pois entendeu por unanimidade que *(i)* o contrato havia sido celebrado por prazo indeterminado e havia previsão de rescisão imotivada a qualquer momento mediante notificação prévia com 60 dias de antecedência; *(ii)* a multa contratual prevista era específica para os casos de infração contratual e não se aplicava no caso de rescisão imotivada; e *(iii)* a falta de previsão de multa para o caso de rescisão imotivada foi uma escolha consciente e livre entre as partes da relação negocial, não havendo qualquer ilegalidade que ensejasse uma intervenção judicial.

Foi ressaltado ainda na decisão que *(i)* os princípios da boa-fé e da função social do contrato não podem ser utilizados como mantos para a excessiva intervenção judicial sobre o conteúdo do contrato firmado entre particulares, não tendo o condão de substituir a vontade livre das partes, impondo condições e cláusulas que os contratantes optaram por não incluir; e

---

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.691.008. Recorrente: Centauro Empreendimentos Imobiliários Ltda. Recorrido: Territorial – Participações e Investimentos Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 08.05.2018.

(ii) especialmente nos contratos empresariais devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos. Confira-se a esse respeito a ementa do julgamento do REsp 1.691.008:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CORRETAGEM E DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTEIRA IMOBILIÁRIA. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA. CLÁUSULA PENAL. PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA. MULTA INDEVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO. LEI APLICÁVEL. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.s 2 e 3/STJ). 2. Pretensão ao recebimento de multa contratual que a parte autora entende devida em virtude da rescisão unilateral de contratos de prestação de serviços de intermediação e de administração de carteira imobiliária. 3. A cláusula penal não resulta automaticamente da lei, tampouco da natureza do contrato, dependendo a sua exigência de prévia pactuação entre as partes. 4. Hipótese em que os contratos rescindidos previam a incidência de cláusula penal apenas para a hipótese de infração contratual, o que não se cogita na espécie, porquanto pactuada a possibilidade de rescisão das avenças por qualquer das partes e a qualquer tempo, desde que notificada a outra parte com 60 (sessenta) dias de antecedência. 5. Na ausência de cláusula penal compensatória para a hipótese de rescisão unilateral imotivada, **deve prevalecer o princípio da força obrigatória do contrato (pacta sunt servanda), notadamente nas relações empresariais, admitindo-se a ingerência judicial nas obrigações livremente pactuadas entre as partes somente em situações excepcionais.** 6. De acordo com a compreensão firmada pela Corte Especial, rege-se a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência pela lei vigente na data da prolação da sentença ou, no caso dos feitos de competência originária dos tribunais, do ato jurisdicional equivalente à sentença. 7. Recurso especial parcialmente provido. **(Grifos nossos)**

Essa foi a mesma linha adotada anteriormente no REsp 766.012<sup>49</sup> em que ficou assentado o entendimento de que é lícita a rescisão unilateral imotivada do contrato comercial, desde que respeitada cláusula contratual com tal previsão e observado prazo razoável entre a notificação de rescisão e o término do contrato<sup>50</sup>. Neste julgamento, o Ministro Humberto Gomes de Barros (i) ressaltou que o escopo de lucro é inerente às partes de um contrato comercial, logo a rescisão unilateral imotivada é legal ainda que amparada unicamente no interesse de uma parte em obter maior lucro, bem como (ii) alertou que, embora o primado dos interesses econômicos sobre aqueles da gratidão ofendam as consciências de pessoas avessas às atividade empresariais, isso não acontece nos contratos comerciais em que ambas as partes se orientam pela busca do lucro. Confira-se a esse respeito a ementa do julgamento do no REsp 766.012:

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS - NÃO-RENOVAÇÃO APÓS O TRANSCURSO INTEGRAL DO PRAZO PACTUADO - INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO - DEVER DE INDENIZAR

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 766.012. Recorrente: Pepsico e Companhia e Outro. Recorrido: J Cruz Indústria e Comércio Ltda. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 23.08.2005.

<sup>50</sup> Ver REsp 493.159; AfRG nos EDcl no REsp 1.114.091 e REsp 1.112.796.

NÃO CARACTERIZADO - CC/16, ART. 159. - Atingido o termo final do contrato, **a falta de interesse em renovar contrato de distribuição de bebida - ainda que amparada unicamente no interesse de obter maior lucro - não constitui ato ilícito, gerador do dever de indenizar.** - O direito civil brasileiro – ressalvadas as hipóteses legalmente previstas de responsabilidade objetiva ou contratual – consagra a responsabilidade aquiliana. - Viola o Art 159 do Código Beviláqua, a decisão que condena a prestar indenização quem – observando cláusula contratual – não prorroga contrato que atingiu seu termo final. **(Grifos nossos)**

Vale destacar que a posição do STJ nesse caso também está alinhada com o Enunciado n. 23 aprovado na I Jornada de Direito Comercial que estabeleceu que “*em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual*”.

## 2.2 REsp 1.409.849

No REsp 1.409.849<sup>51</sup>, o STJ analisou um contrato de locação de espaço em shopping center que previa o pagamento em dobro do valor do aluguel no mês de dezembro sob a ótica do artigo 54 da Lei de Locações que admite a livre pactuação das cláusulas contratuais entre lojistas e empreendedores observadas as disposições da referida lei. O referido recurso especial foi interposto pela administradora do shopping center contra o Acórdão n. 2013/0342057-0 do TJPR que havia afastado a cobrança de aluguel em dobro no mês de dezembro por entender que, embora prática corrente, tal cobrança não mais se justificaria tendo em vista a atual fase da economia brasileira (inflação controlada), devendo a mesma ser considerada abusiva e contrária ao princípio da função social do contrato.

Em julgamento realizado em 26 de abril de 2016, a Terceira Turma entendeu por unanimidade que não havia abusividade na cobrança em questão e reformou o referido acórdão do TJPR, ressaltando que *(i)* tratava-se de um contrato comercial, no qual o princípio da autonomia privada tem maior força do que em outras espécies de contratos e o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas deve ser mais restrito; e *(ii)* o costume comercial exerce um importante papel na interpretação dos contratos comerciais, sendo a duplicação da cobrança do aluguel em dezembro reconhecidamente uma prática costumeira no setor de shopping centers e derivada do fato de que o administrador de shopping center também tem um incremento de suas despesas nesse período. Confira-se nesse sentido a ementa do julgamento do REsp 1.409.849:

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.409.849. Recorrente: Crystal Administradora de Shopping Centers. Recorrido: F1 Comércio de Roupas e Artigos de Couro Ltda. e outros. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 26.04.2016.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro. **2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.** 3. **Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.** 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (Grifos nossos)

### 2.3 REsp 1.403.272

No REsp 1.403.272<sup>52</sup>, o STJ analisou um contrato verbal de distribuição de bebidas que foi extinto após quase duas décadas. Após o término do contrato, o distribuidor demandou judicialmente a título de indenização o pagamento pelo fabricante dos valores discriminados como frete nas notas fiscais de aquisição das mercadorias sob o argumento de que (i) essa discriminação entre valor da mercadoria e frete era uma exigência do fabricante com vistas a implementar um planejamento tributário; (ii) era o próprio distribuidor que realizava os referidos fretes, logo a cobrança era injustificada e (iii) em função da posição dominante do fabricante, o distribuidor não tinha outra alternativa senão pagar tais valores. A sentença e o Acórdão n. 2013/0304135-1 do TJRS acolheram o pleito do distribuidor e determinaram o pagamento da referida indenização pelo fabricante.

Em julgamento realizado em 10 de março de 2015, a Terceira Turma do STJ entendeu por unanimidade que a referida indenização não era devida e reformou o acórdão do TJRS, ressaltando que: (i) durante quase 20 anos o distribuidor adquiriu as mercadorias pelos valores constantes das notas fiscais, cujas discriminações entre produto e frete eram consideradas por ambas as partes como parte do preço pago pelas mercadorias em si, logo a pretensão do distribuidor revelaria um *venire contra factum proprium*, uma das vertentes do princípio da

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.403.272. Recorrente: Vonpar Refrescos S.A. e Mauro José Schick Recorrido: Os mesmos. Relator Ministro Marco Aurélio Bellize. Julgado em 10.03.2015.

boa-fé objetiva; e (ii) caso o questionável planejamento tributário tenha gerado algum prejuízo, certamente foi a Erário, já que o distribuidor tinha plena consciência dos termos contratados e repassou tais custos a seus clientes como é próprio da atividade de distribuição.

Não obstante, o ponto que mais merece elogios nesse julgamento é o trabalho feito pelo Ministro Marco Aurélio Bellize no sentido de analisar a funcionalidade dos contratos de distribuição e verificar que não deveria ser abraçada a premissa de que o distribuidor não tinha alternativa senão acatar o ajuste no valor da compra dos produtos da fabricante. Em síntese, o ministro explica em seu voto que: (i) admite-se nos contratos de distribuição a existência legítima de um certo poder de controle exercido pelo fabricante sobre as atividades do distribuidor tendo em vista a importância da atividade de distribuição para o êxito do negócio do fabricante, bem como a repercussão causada pelo distribuidor na clientela e marca dos produtos; (ii) trata-se de um contrato comercial celebrado entre dois empresários, no qual deve ser afastada a ideia de hipossuficiência ou dependência do distribuidor em relação ao fabricante; e (iii) o distribuidor, como empresário que exerce profissionalmente sua atividade, tem capacidade para analisar os riscos do negócio, bem como liberdade para contratar, não se tratando, portanto, de “contrato de adesão” (embora possa ser um “contrato por adesão”).

Vale destacar que o argumento de que a postura da distribuidora seria um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) não consistente com o princípio da boa-fé objetiva voltou a ser usado mais recentemente pelo STJ no julgamento do REsp 1.677.015<sup>53</sup>. Neste caso, a terceira turma do STJ decidiu por maioria ser válida a alienação fiduciária de imóvel residencial considerado bem de família como garantia de empréstimo celebrado entre instituição financeira e a sociedade empresária da qual os proprietários do imóvel eram sócios. Dentre os argumentos utilizados pelos ministros foi ressaltado que no caso em tela não poderia o devedor ter ofertado bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal e demandar sua exclusão da execução (vedação ao comportamento contraditório), devendo ser ponderada a proteção irrestrita ao bem de família diante da necessidade de se vedar as atitudes que atentem contra a boa-fé inerente às relações negociais. Confira-se a este respeito a seguinte passagem do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

---

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.677.015. Recorrente: Daniele Banco-Fomento Comercial e Participações Ltda. Recorrido: Massimo Fuccillo, Claudia Regina Riso e Hervaquímica Importação e Exportação Ltda. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relatora para Acórdão: Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 28.08.2018.

É que, acaso não contratada a garantia, muito provavelmente não viria o acordo original a ser celebrado, ou se bem o fosse, por questões óbvias de mercado, os juros/encargos, certamente, não seriam aqueles previamente estipulados, mas outros e maiores, em face do risco de não retorno do financiamento implementar-se, como de fato ocorrera. A hipótese, entendo, é de uma ineludível quebra da boa-fê objetiva, particularmente expressada no *venire contra factum proprium*.

## 2.4 REsp 1.413.818

No REsp 1.413.818<sup>54</sup>, o STJ analisou um contrato de locação de imóvel situado em shopping center para instalação de uma loja Tok&Stok no qual foi estabelecido que (i) o aluguel mensal deve ser igual ao valor mínimo fixado contratualmente ou ao valor variável determinado de acordo com o faturamento do locatário, o que for maior, e (ii) em caso de revisão judicial do valor do aluguel mínimo, este não poderia ser fixado em valor superior à média dos seis últimos aluguéis pagos com base no valor variável.

Neste caso, o locador (administrador do shopping center), após a renovação automática do contrato, constatou que o valor do aluguel mínimo reajustado pelo índice de inflação previsto contratualmente (R\$26.906,35) estava significativamente abaixo do valor de mercado (R\$57.245,00) e ajuizou ação judicial com a finalidade de declarar a nulidade da cláusula contratual que limitava a revisão judicial do aluguel mensal mínimo e, sucessivamente, pediu a revisão do valor do aluguel em linha com os preços praticados no mercado. Tanto a sentença como o Acórdão n. 2013/0357088-7 do TJDFT acolheram o pedido do locador para (i) declarar a nulidade da referida cláusula sob o argumento de que a mesma impõe um ônus excessivo à locadora e implica em evidente desequilíbrio entre as partes, fazendo com que a locadora suporte o valor do aluguel mínimo ou se sujeite à variação do faturamento da locatária, o que, em qualquer caso, resulta em valores abaixo do de mercado e (ii) fixar o valor do aluguel em linha com o valor de mercado apurado no curso do processo (R\$61.768,75).

Em julgamento realizado em 14 de outubro de 2014, a Terceira Turma do STJ entendeu por unanimidade que a cláusula em questão era válida e reformou o acórdão do TJDFT, ressaltando que: (i) ambas as partes estavam no exercício profissional de suas atividades e detinham a experiência necessária para avaliar os termos do acordo, sua razoabilidade e viabilidade, logo estavam, em princípio, em igualdade formal (sem hipossuficiência); (ii) a locatária era uma loja âncora que recebe naturalmente vantagens e um

---

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.413.818. Recorrente: Estok Comercial e Representações Ltda. Recorrido: Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14.10.2014.

tratamento diferenciado do shopping center em função de sua capacidade de atrair consumidores e valorizar o empreendimento; (iii) o princípio do *pacta sunt servanda*, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, deve prevalecer especialmente nas relações comerciais; (iv) a intervenção judicial nos contratos comerciais deve ser mínima, tendo em vista a centralidade do princípio da força obrigatória privilegiado nas disputas envolvendo esta categoria de contratos e (v) os parâmetros definidos na cláusula para a revisão judicial do aluguel mínimo busca preservar o equilíbrio econômico do contrato - mantendo a equivalência e a proximidade entre o valor do aluguel mínimo e o percentual sobre o faturamento - e deriva da forma organizacional dos shoppings centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. Confira-se a esse respeito a ementa do julgamento do REsp 1.413.818:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. CLÁUSULA CONTRATUAL LIMITADORA DO VALOR DA REVISÃO JUDICIAL DO ALUGUEL MENSAL MÍNIMO. RENÚNCIA PARCIAL. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. 1. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com pedido revisional do valor do aluguel mensal mínimo. 2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a validade de cláusula de contrato de locação de imóvel situado em shopping center que estabelece critérios para a revisão judicial do aluguel mensal mínimo. **3. O princípio do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer.** 4. A cláusula que institui parâmetros para a revisão judicial do aluguel mínimo visa a estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shoppings centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. 5. A renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, **os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center.** 6. Recurso especial provido. (Grifos nossos)

## 2.5 REsp 1.158.815

No REsp 1.158.815<sup>55</sup>, o STJ analisou um contrato de prestação de serviços de gerenciamento e comercialização das lojas oriundas da expansão de um shopping center celebrado entre a CEI Empreendimentos Ltda. (na qualidade de prestadora dos serviços) e IRB Brasil Resseguros S.A., FUNCEF e TELOS<sup>56</sup> (na qualidade de contratantes) que estabelecia um prêmio de produtividade a ser pago ao prestador de serviços 30 dias após a

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.158.815. Recorrente: CEI Empreendimentos Ltda. Recorrido: Fundação dos Economizadores Federais – FUNCEF e outros. Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 07.02.2012.

<sup>56</sup> Fundação Embratel de Seguridade Social.

inauguração da expansão do shopping, calculado com base nos valores fixados nos contratos celebrados com os lojistas (ex: venda ou aluguel das lojas) e paga.

Ocorre que os contratantes não pagaram o prêmio de produtividade sob a alegação de que os valores dos aluguéis foram fixados acima do padrão de mercado e, na prática, estavam experimentando uma alta taxa de inadimplência e pedidos de redução de aluguéis. O não pagamento do prêmio que levou o prestador de serviço a cobrar judicialmente tais valores. Os contratantes, por sua vez, apresentaram reconvenção para que as cláusulas contratuais que estipularam o prêmio de produtividade fossem revisadas e abrangessem em sua base de cálculo tais fatos ocorridos posteriormente ao prazo de pagamento previsto contratualmente (i.e redução dos aluguéis e alta taxa de inadimplência), na medida em que não obtiveram na prática os benefícios da produtividade do prestador de serviço.

A sentença e o Acórdão 2009/0195426-0 do TJRJ acolheram o pedido de revisão feito pelos contratantes sob o argumento de que o elevado valor dos aluguéis e a consequente inadimplência de inúmeros lojistas justificaria a mitigação do princípio da obrigatoriedade dos efeitos dos contratos em nome da boa-fé, da função social do contrato, da vedação à onerosidade excessiva e ao enriquecimento sem causa.

Em julgamento realizado em 7 de fevereiro de 2012, a Terceira Turma do STJ por maioria entendeu que não havia motivo suficiente para autorizar a revisão do acordo celebrado inicialmente pelas partes e reformou o referido acórdão do TJRJ, ressaltando que: *(i)* no Direito Comercial a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado; *(ii)* a prevalência do princípio da autonomia privada é ainda mais forte nos casos em que não há desigualdade entre as partes, em especial na hipótese dos autos em função da sofisticação das contratantes; *(iii)* não se tratava de uma situação superveniente e imprevisível; e *(iv)* não houve qualquer alegação de que os contratos de locação celebrados pelo prestador de serviço tenham sido eivados de erro, dolo, simulação ou fraude, restando os lojistas com quem os contratos foram celebrados obrigados ao pagamento dos aluguéis contratados. Segue abaixo a ementa do julgamento do REsp 1.158.815:

**RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXPANSÃO DE SHOPPING CENTER. REVISÃO DO CONTRATO. QUANTIFICAÇÃO DOS PRÊMIOS DE PRODUTIVIDADE CONSIDERANDO A SITUAÇÃO DOS FATORES DE CÁLCULO EM ÉPOCA DIVERSA DA PACTUADA. INADMISSIBILIDADE. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE**

**PACTUADAS.** I. Pedido de pagamento de prêmios de produtividade formulado por sociedade contratada para a prestação de serviços de gerenciamento e de comercialização relativos à expansão de Shopping Center. [...] V. Revisão, pelo Tribunal de origem, em sede de embargos infringentes, das cláusulas contratuais relativas aos prêmios de produtividade a fim de que a sua quantificação considerasse a situação dos fatores de cálculo, como o valor dos aluguéis dos lojistas, verificada após a data estipulada para o pagamento e a extinção do contrato. VI. Inaplicabilidade, neste aspecto, das Súmulas 5 e 7 deste STJ. **VII. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.** VIII. **Reconhecimento da contrariedade aos princípios da obrigatoriedade do contrato (art. 1056 do CC/16) e da relatividade dos efeitos dos pactos, especialmente relevantes no plano do Direito Empresarial,** com a determinação de que o cálculo dos prêmios considere a realidade existente na data em que deveriam ser pagos. Doutrina. VIII - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO, RESTABELECENDO-SE O ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. (Grifos nossos)

## 2.6 REsp 936.741 e REsp 803.481

No REsp 936.741<sup>57</sup>, o STJ analisou contratos de venda futura de safras de soja celebrados no ano de 2000 por produtores rurais com a Cargill Agrícola Ltda. (um importante *trader* global de produtos agrícolas) por meio dos quais os produtores venderam antecipadamente sua produção futura de soja para a Cargill por um preço fixado no contrato. Em 2002, houve uma valorização significativa do dólar frente ao real e uma alta nas cotações da soja no mercado internacional em função principalmente de eventos como a iminência da Guerra do Golfo e as eleições presidenciais no Brasil. Diante desse cenário, os produtores rurais ingressaram com pedido de resolução dos contratos celebrados por onerosidade excessiva sob a alegação de que a variação cambial era um acontecimento extraordinário e imprevisível que ensejaria lucros excessivos para Cargill em detrimento dos produtores rurais.

Na sentença, o juiz de primeira instância acolheu o pedido dos produtores rurais sob o fundamento de que os contratos estariam desprovidos do princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico financeiro, evidenciando de sobremaneira a onerosidade excessiva imposta ao vendedor. Este entendimento foi ratificado posteriormente pelo Acórdão 2007/0065852-6 do TJGO no qual os desembargadores entenderam que a parte lesada por um contrato pode ser exonerada de suas obrigações, quando fatos provenientes ou não de imprevisibilidade da alteração circunstancial embaraçam ou tornam dificultoso o adimplemento da obrigação de uma das partes, impondo manifesta desproporcionalidade entre

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 936.741. Recorrente: Cargill Agrícola S.A. Recorrido: Darci Luiz da Silva. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 03.11.2011.

a prestação e contraprestação, com dano significativo para um contratante e consequente vantagem excessiva para o outro.

Em julgamento realizado em 3 de setembro de 2011, a Quarta Turma do STJ, seguindo a jurisprudência já assentada sobre o tema<sup>58</sup>, entendeu por unanimidade que não seria aplicável a teoria da imprevisão definida no artigo 478 do Código Civil e reformou o referido acórdão do TJGO, ressaltando que *(i)* se tratava de um contrato comercial em que há naturalmente simetria entre as partes contratantes que atuam profissionalmente no setor agrícola; *(ii)* a variação cambial é um risco inerente ao negócio de venda de soja a preço fixo para entrega futura, não sendo portanto um acontecimento extraordinário e imprevisível para as partes em questão, mas sim circunstâncias previsíveis que podem ser levadas em consideração quando da celebração do contrato; *(iii)* o fato da Cargill obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato; e *(iv)* não se deve falar em onerosidade excessiva para os produtores de soja mas tão somente em percepção de um lucro aquém daquele que teriam, caso a venda se aperfeiçoasse em momento futuro, uma vez que a venda antecipada da soja garante a aferição de lucros razoáveis, previamente identificáveis, tornando o contrato infenso a quedas abruptas no preço do produto. Confira-se, nesse sentido, a ementa do julgamento do REsp 936.741:

DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. **2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios.** O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: *(i)* os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, *(ii)* a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e *(iii)* **a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.** 5. Recurso especial conhecido e provido. **(Grifos nossos)**

---

<sup>58</sup> Nesse sentido, ver REsp n. 803.481/GO; AgRg no REsp n. 1.016.988/GO; REsp n. 809.464/GO e REsp n. 866.414/GO.

A mesma situação também foi analisada no âmbito do REsp 803.481<sup>59</sup>, tendo a Terceira Turma do STJ se posicionado no mesmo sentido do REsp 936.741. Não obstante, entendemos que o REsp 803.481 merece uma análise mais detalhada na medida em que nesse julgamento o STJ também aceitou o desafio de operar o conceito de função social dos contratos comerciais e fornecer orientações mais claras sobre o seu conteúdo.

Na mesma linha defendida ao longo desse trabalho, o STJ reconheceu expressamente nesse caso que *(i)* o conceito de função social do contrato e sua aplicação no caso concreto não podem ignorar que a função primária do contrato é econômica, ou seja, promover a fluência das relações de mercado garantindo uma situação de certeza e segurança jurídica por meio da juridicização da relação negocial entre as partes que dele participam; e *(ii)* a função social não se apresenta como o objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.

Vale notar que a Ministra Nancy Andriighi examinou a fundo a funcionalidade dos contratos de compra e venda de safra futura, a fim de adotar a melhor interpretação para o caso concreto. Segundo a ministra o objetivo desses contratos é minimizar o risco de prejuízo do agricultor, tendo como contrapartida um estreitamento das margens de lucro. Os riscos assumidos pelas partes quanto à variação do preço da mercadoria decorrem da própria natureza do contrato de venda e compra de safra futura a preço certo. De um lado, o agricultor tem a expectativa de que haverá queda no preço do produto e age com o objetivo de mitigar este risco e garantir um retorno que cubra ao menos todos os seus custos, abrindo mão de capturar retornos maiores caso o preço futuro seja mais alto. Por outro lado, o comprador assume o risco de queda nos preços sobre o qual não tem controle, podendo o preço futuramente cair abruptamente em função de diversos fatores como (ex: uma supersafra em outros países que gere um excesso de oferta) o que faria com que o comprador amargasse grandes prejuízos. Dessa forma, não há como admitir que o agricultor ou o comprador que se arrependeu do preço acordado no ato da contratação pretenda, sob o manto da função social do contrato, pleitear a resolução do contrato.

Por fim, a Ministra Nancy Andriighi reforçou a ideia de que o lucro não deve ser demonizado como algo eticamente reprovável que necessita ser corrigido pela atuação do poder judiciário. Em seu voto, a ministra destaca que o simples fato de o comprador obter

---

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 803.481. Recorrente: Cargill Agrícola S.A. Recorrido: Adílio Evangelista Carneiro e Outro. Relator Ministro Ministra Relatora Nancy Andriighi. Julgado em 28.06.2007. Ver também REsp 803674-GO e REsp 722130-GO.

maior margem de lucro na revenda do produto adquirido do agricultor, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. O agricultor não alegou, no caso concreto, a existência de qualquer espécie de coação ou pressão do comprador para concluir o negócio, nem necessitava dos recursos para viabilizar sua lavoura, restando evidenciado que optou pela venda da safra apenas para garantir uma lucratividade mínima e não para obter os recursos financeiros necessários à produção. Confira-se a esse respeito a ementa do julgamento do REsp 803.481:

DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA.

- A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.

- Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.

- O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

**- A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.**

- A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquinar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva.

Recurso especial conhecido e provido. **(Grifos nossos)**

É digno de nota que o STJ nos julgamentos acima parecer ter restabelecido limites razoáveis e consistentes para a intervenção judicial em contratos que já haviam sido reconhecidos pelo STF há muito tempo. No julgamento do RE 59.960<sup>60</sup> realizado em 1964, o STF ao analisar um pleito de reequilíbrio econômico financeiro entendeu que *(i)* a cláusula *rebus sic stantibus* não visa eliminar riscos de negócio e riscos inerentes ao próprio sistema econômico vigente no país; *(ii)* no caso concreto a parte que pleiteava o reequilíbrio

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 59.960. Recorrente: Prefeitura Municipal de Santos. Recorrido: Passarelli & Neves Ltda. Relator Ministro Hermes Lima. Julgado em 08.12.1964.

econômico financeiro do contrato não havia sofrido prejuízos, mas tão somente havia deixado de auferir o lucro que pensava que obteria.

### **3. VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR DOS OPERADORES PREVISTA NOS JOAS DA INDÚSTRIA DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL**

Nesta seção nos dedicamos a colocar em prática todo arcabouço teórico desenvolvido na seção anterior. Propomos analisar um tema bastante explorado pela doutrina nacional que é a cláusula de não indenizar e os limites de sua validade em caso de dolo e culpa grave, com objetivo de verificar se tais limites poderiam ser interpretados de forma diferente no caso de um contrato civil *stricto sensu* e de um contrato comercial.

Propomo-nos analisar um contrato comercial utilizado de forma bastante padronizada na exploração e produção de petróleo e gás natural em diversos países do mundo, denominado Acordo de Operações Conjuntas (*Joint Operating Agreements - JOA*) em que normalmente as partes envolvidas – sociedades empresárias com grande e incontestável capacidade técnica, econômica e jurídica – resolvem explorar conjuntamente um empreendimento e concordam contratualmente que sua responsabilidade pelos danos decorrentes das atividades conjuntas será sempre proporcional à sua participação no referido empreendimento, exceto nos casos em que o dano seja resultado de um ato cometido por membros da “alta gerência” (*senior supervisory personnel*) da sociedade designada como líder ou operadora com dolo ou culpa grave. Nesses casos excepcionais, a sociedade designada como líder ou operadora é responsável por indenizar a totalidade do dano causado.

Nesse sentido, os danos decorrentes de atos cometidos com dolo ou culpa grave por qualquer agente do operador que ocupe uma posição inferior à definição contratual de “alta gerência” (*senior supervisory personnel*) não atrairia responsabilidade adicional ao operador, que permaneceria responsável por indenizar apenas uma parcela dos danos causados proporcional à sua participação no empreendimento.

A validade desse tipo de cláusula é discutível no Brasil, já que a doutrina de Direito Civil pátria é praticamente uníssona no sentido de considerar inválida a cláusula de não indenizar que afaste o dever de indenização do agente nos casos de atos eivados de dolo ou culpa grave. Não obstante, entendemos que aplicar esse mesmo entendimento para os contratos comerciais, sem uma análise diligente e profunda das especificidades dessa categoria de contratos, poderá conduzir a decisões injustas e que abalam as premissas de segurança e certeza dos contratos essenciais à sua função de promover a fluência das relações de mercado. Nesse sentido, seguiremos o ensinamento de Carvalho de Mendonça de que não

é possível se dedicar ao Direito Comercial sem conhecer a fundo o Direito Civil, mas deve o comercialista ir além do próprio civilista. Esperamos assim prover nossa contribuição para assentar, ainda mais, os contratos comerciais como uma categoria autônoma de contrato em que via de regra não há desequilíbrios excessivos que justifiquem intervenção estatal.

### **3.1 Riscos dos projetos de exploração e produção de petróleo e gás natural**

Projetos de exploração e produção de petróleo e gás natural são raramente conduzidos por uma única sociedade empresária. Mesmo gigantes globais do setor de petróleo e gás natural como Shell, Exxon, Chevron, BP, Total, Equinor e Petrobras, que possuem comprovada capacidade técnica, financeira e jurídica, usualmente formam *joint ventures* ou adotam alguma forma de cooperação para explorar atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. Isso se deve ao fato de que os riscos e investimentos nesse segmento são usualmente tão imensos que as sociedades empresárias reputam imprudente assumir integralmente a responsabilidade pelos empreendimentos.

Vale notar que os riscos na indústria de petróleo e gás natural são tão grandes que, caso se materializem, podem vir a colocar em xeque até mesmo a existência de gigantes do setor, conforme constatamos em 2010 com a explosão de uma das plataformas da companhia petrolífera britânica BP no Golfo do México (EUA), que causou a morte de 11 pessoas e também um dos maiores desastres naturais da história da indústria. Esse incidente ganhou as telas do cinema com o filme *Deepwater Horizon* (mesmo nome da plataforma que explodiu). Não é possível quantificar todos os impactos desse incidente para a BP. Do ponto de vista financeiro, apenas o acordo firmado entre a petroleira e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, para resolver demandas cíveis com base em algumas leis ambientais norte-americanas, impôs à petrolífera britânica multas no valor total de 20,8 bilhões de dólares. Segundo declarações da própria companhia em 2018, aproximadamente 65 bilhões de dólares haviam sido gastos até então para cobrir custos de restauração ambiental e multas.

Dentre os principais riscos envolvidos no segmento *upstream*, que engloba as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, destacam-se: (i) os riscos exploratórios associados às relativamente baixas chances de descobrir uma jazida petrolífera e, caso haja uma descoberta, que a mesma seja comercialmente viável. Segundo a consultoria Wood Mackenzie, o ano de 2017 foi um dos melhores da história da indústria com uma taxa de sucesso média de 36% nos poços exploratórios perfurados, ou seja, apenas um em cada três

poços perfurados descobriu uma jazida petrolífera, sendo que o custo de perfuração de cada poço foi de aproximadamente 100 milhões de dólares e nem toda jazida descoberta é comercialmente viável; (iii) riscos geológicos relacionados à possibilidade de a extração de petróleo se mostrar mais difícil do que o planejado ou das reservas se mostrarem menores do que o esperado em função, por exemplo, da baixa porosidade ou permeabilidade das rochas formadoras do reservatório; (iii) riscos operacionais inerentes a ambientes desafiadores e insalubres como no caso de atividades em águas ultraprofundas (ex: pré-sal brasileiro); e (iv) os riscos ambientais relacionados ao vazamento de hidrocarbonetos e outras substâncias no meio ambiente;

### **3.2 O desenvolvimento dos JOAs e o modelo AIPN**

Conforme mencionado na seção anterior, tendo em vista a complexidade e os riscos inerentes a um projeto de exploração e produção de petróleo e gás natural, é bastante comum que as companhias petrolíferas busquem formas de cooperação para implementá-los, propiciando dessa forma um desenvolvimento mais eficiente dos projetos a partir da conjugação de esforços e recursos técnicos, financeiros e humanos.

Com vistas a regular os direitos e deveres das diferentes partes envolvidas na exploração conjunta de um projeto de petróleo e gás natural foi se desenvolvendo globalmente ao longo de várias décadas um contrato atípico conhecido pelos agentes do setor como “*Joint Operating Agreement*” ou simplesmente pelo seu acrônimo “JOA”.

Conforme ensinamento dos professores americanos Bruce Krammer e Gary Conine (2000, p. 561-562), dois dos maiores estudiosos sobre o tema, o JOA tem basicamente duas funções. A primeira é estabelecer a divisão dos direitos, obrigações e responsabilidades entre as partes, o que normalmente se faz com base na participação detida por cada parte no consórcio. A segunda é definir a forma pela qual as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural serão conduzidas pela parte designada como operadora sob a supervisão das demais partes, o que normalmente é feito por meio de um comitê operacional com um membro de cada parte. Para fins desse trabalho, focaremos na primeira função dos JOAs.

Dentro desse contexto, os JOAs podem ser classificados como contratos de cooperação na medida em que as partes reúnem esforços e compartilham riscos em busca de um objetivo comum. É digno de nota, no entanto, que os mesmos não se qualificam como contratos associativos sujeitos à notificação ao CADE, na medida em que estão diretamente

relacionados à participação das partes no processo de licitação de contratos de concessão ou partilha de produção. Além disso, a Lei 12.529/11 (art. 90, par. único) prevê expressamente que não são considerados atos de concentração aqueles destinados à participação em licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. Adicionalmente, os JOAs cobrem apenas as atividades de *upstream*, ou seja, exploração e produção do petróleo e gás natural que envolvem grandes riscos e necessitam de pesados investimentos. Todas as operações a partir daí estão fora do escopo do JOA, sendo cada parte individual e integralmente responsável por retirar sua parcela da produção, transportá-la e comercializá-la.

Tendo em vista tratar-se de uma indústria global com processos passíveis de standardização e um número de players relativamente restrito e conhecido, a indústria do petróleo e gás natural costumeiramente busca a padronização global de seus contratos a fim de replicar as práticas usualmente adotadas pelos seus agentes e garantir a segurança e certeza das relações firmadas entre as partes. Nesse contexto, destaca-se o esforço da Associação de Negociadores Internacionais de Petróleo (*Association of International Petroleum Negotiators* – “AIPN”), uma associação independente e sem fins lucrativos, que tem por missão suportar globalmente os profissionais da indústria de energia, sendo uma de suas atuações mais destacadas e reconhecidas mundialmente o desenvolvimento de modelos de contratos que sejam amplamente aceitos e usados pela indústria de energia.

Nesse sentido, a AIPN publicou em 2002 o seu primeiro modelo de JOA, que passou rapidamente a ser a principal referência para a indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural em todo o mundo, inclusive no Brasil. O referido modelo foi aprimorado ao longo do tempo, tendo a segunda e mais recente versão sido publicada em 2012. Frise-se que o referido modelo não é fechado, ou seja, fornece aos seus usuários algumas alternativas sobre como regular determinadas matérias, logo o conteúdo de um JOA, ainda que siga o modelo proposto pela AIPN, pode variar significativamente.

### **3.3 Experiência brasileira: JOAs na indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural**

No Brasil, a forma mais usual de cooperação adotada na indústria de petróleo e gás natural é a formação de consórcios de sociedades conforme a disciplina dos artigos 278 e 279

da Lei n. 6.404/76. Isto se deve principalmente ao fato de a Lei n. 9.478/97<sup>61</sup> (Lei do Petróleo) e a Lei 12.351/10<sup>62</sup> (Lei de Partilha da Produção) estabelecerem que os competidores somente podem participar dos processos de licitação de contratos para exploração e produção de petróleo e gás natural sob o regime de concessão ou partilha de produção individualmente ou através de consórcio.

Tratam-se, assim, de consórcios *(i)* obrigatórios, pois não há liberdade de escolha de outro tipo associativo por imposição do edital de licitação<sup>63</sup>; *(ii)* instrumentais, pois funcionam como instrumentos para que as consorciadas adquiram o direito de contratar com o poder concedente; *(iii)* operacionais, pois permanecem em vigor durante a vigência do contrato de concessão ou partilha de produção e *(iv)* internos pois somente uma consorciada (líder ou operador) se relaciona com terceiros, em especial com o órgão regulador (ANP).

Por serem contratos disponíveis ao público em geral por meio das Juntas Comerciais, os contratos de consórcio celebrados pelas sociedades petrolíferas no Brasil costumam ser bastante simples, preenchendo basicamente os requisitos legais para sua constituição. Dentre tais requisitos, destacam-se a indicação da sociedade que será designada como líder do consórcio e a previsão de responsabilidade solidária das consorciadas perante a União e a ANP.

Em complementação ao contrato de consórcio, as consorciadas usualmente também celebram um JOA para detalhar a relação entre elas, sendo tais contratos confidenciais e suas disposições oponíveis apenas entre as partes. É prática comum da indústria nacional que os JOAs sejam baseados no modelo AIPN. Dessa forma, utilizamos como base para o presente estudo o modelo de JOA AIPN 2012 e incluímos no Anexo I a transcrição da cláusula 4.6 que trata da limitação do dever de indenizar do operador, assumindo a opção pela alternativa 1 (complementada por parte da alternativa 3) do modelo para fins do item D da cláusula 4.6.D, que é, em nossa experiência prática, a opção mais adotada nos JOAs celebrados no Brasil.

---

<sup>61</sup> Artigo 38.

<sup>62</sup> Artigo 16.

<sup>63</sup> Apenas para fins de esclarecimento é viável que as sociedades decidam formalizar sua associação de esforços por meio da constituição de uma nova sociedade. Contudo, caso essa nova sociedade não tenha experiência comprovada no setor precisará recorrer à experiência e capacidade técnica de seus controladores para participar do certame licitatório e firmar um contrato de concessão ou de partilha da produção. Nesses casos, a ANP também exige que os controladores forneçam garantia de performance para cobrir os riscos de inadimplemento da controlada.

### 3.4 Regime de responsabilidade do operador no JOA

Preliminarmente, cumpre diferenciar o regime de responsabilidade das sociedades consorciadas (*i*) no âmbito dos Contratos de Concessão e Contratos de Partilha de Produção celebrados com a administração pública, daquele previsto (*ii*) nos JOAs ou arranjos contratuais similares celebrados apenas entre as sociedades consorciadas (operador e não operadores).

Nos primeiros, em consonância com a Lei do Petróleo<sup>64</sup> e a Lei de Partilha da Produção<sup>65</sup>, compete ao operador conduzir as operações objeto dos contratos, mas todos os concessionários ou contratados são solidariamente responsáveis pelo cumprimento integral desses contratos. Consequentemente, todos os concessionários e contratados respondem solidariamente pelos danos causados ao contratante. Tais contratos estabelecem ainda que esta responsabilidade é objetiva<sup>66</sup>. Confira-se, nesse sentido, as seguintes cláusulas contidas nas minutas mais recentes de Contrato de Concessão e Contrato de Partilha de Produção divulgadas pela ANP:

#### **Contrato de Partilha de Produção da 5º Rodada de Licitação**

2.4. Contratado é integral, solidária e objetivamente responsável pelas perdas e danos causados, direta ou indiretamente, ao meio ambiente, a terceiros, à Contratante, à ANP ou à Gestora em virtude da execução das Operações.

19.2.1 Em caso de mais de um Contratado, todos serão solidariamente responsáveis pelo integral cumprimento de todas as obrigações do Contrato.

#### **Contrato de Concessão da 15º Rodada de Concessão**

2.5 O Concessionário será o único responsável civilmente pelos seus próprios atos e os de seus prepostos e subcontratados, bem como pela reparação de quaisquer danos causados pelas Operações e sua execução, independentemente da existência de culpa.

14.3.1. Em caso de consórcio, todos os Concessionários serão solidariamente responsáveis pelo integral cumprimento de todas as obrigações do Contrato.

Esse regime de responsabilidade é reproduzido nos Contratos de Consórcio celebrados pela indústria. Dessa forma, os Contratos de Consórcio que têm por objeto explorar um Contrato de Concessão estabelecem que as consorciadas são solidariamente responsáveis perante a ANP e a União pelas obrigações decorrentes do Contrato de Concessão. Vale ressaltar que não há previsão de responsabilidade solidária das consorciadas perante terceiros,

<sup>64</sup> Artigo 38, II da Lei do Petróleo: “Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterà as seguintes exigências: [...] II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade **solidária** das demais consorciadas; [...]”

<sup>65</sup> Artigo 16, II da Lei de Partilha da Produção: “Quando permitida a participação conjunta de empresas na licitação, o edital conterà, entre outras, as seguintes exigências: [...] II - indicação da empresa responsável no processo licitatório, sem prejuízo da responsabilidade **solidária** das demais proponentes; [...]” (Grifos nossos)

<sup>66</sup> Há alguma discussão sobre a legalidade da previsão de responsabilidade objetiva nesses contratos. Sobre esse debate ver (Andrade, 2005, pp. 62 - 70).

logo nos casos de responsabilidade civil contratual não há solidariedade entre as consorciadas, exceto se o contrato entre o terceiro e o consórcio dispuser de outra forma, uma vez que a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes nos termos do artigo 265 do CC/2002 e do artigo 278, parágrafo 1º da Lei 6.404/76. Dessa forma, os fornecedores e financiadores do consórcio não podem invocar o Contrato Consórcio ou Contrato de Concessão para sustentar que as consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações previstas no contrato celebrado entre o consórcio e o referido fornecedor ou financiador. A responsabilidade civil extracontratual das consorciadas pelos danos decorrentes de suas atividades devem observar o previsto na legislação própria que poderá prever solidariedade como no caso da legislação ambiental.

O mesmo entendimento também se aplica aos Contratos de Consórcio celebrados para fins de exploração de um Contrato de Partilha de Produção. Contudo, cumpre destacar que a atual minuta de Contrato de Consórcio, anexada ao modelo de Contrato de Partilha de Produção objeto das licitações promovidas pela ANP, tem gerado alguma confusão ao prever que os consorciados são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do Contrato de Partilha de Produção perante a ANP, a União e também a terceiros. A inclusão de terceiros merece reparos e deve ser interpretada no sentido de incluir apenas a responsabilidade civil extracontratual perante terceiros, na medida em que *(i)* não há suporte legal para que o Contrato de Consórcio estabeleça obrigatoriamente um regime de responsabilidade contratual solidária nesses casos, *(ii)* não há qualquer interesse público a ser tutelado nessa hipótese, já que os contratos celebrados entre o consórcio e seus fornecedores e financiadores são negócios jurídicos totalmente privados, cabendo às partes estabelecerem a solidariedade se assim lhes convier e *(iii)* não há qualquer justificativa para existência de um regime de responsabilidade diferenciado entre Contratos de Consórcio utilizados para o regime de concessão e o regime de partilha de produção.

No âmbito dos Contratos de Consórcio e JOAs celebrados apenas entre os operadores e não operadores o regime de responsabilidade é significativamente diferente da responsabilidade solidária prevista no Contrato de Concessão e no Contrato de Partilha de Produção conforme passamos a explicar.

Primeiro, os Contratos de Consórcio e JOAs estabelecem como regra geral a responsabilidade com base na participação de cada consorciada nos direitos e obrigações decorrentes do consórcio. A responsabilidade solidária prevista nos Contratos de Concessão e Contratos de Partilha de Produção, embora justificável no sentido de prover mais garantias ao

poder concedente de que as obrigações contratuais serão cumpridas, não é consistente com a alocação eficiente dos riscos empresariais. Ora, se as sociedades empresárias decidiram unir esforços justamente para compartilhar os riscos inerentes às atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, não seria coerente que uma delas tivesse que arcar com uma parcela dos danos desproporcional à sua participação no consórcio. Nesse sentido, ainda que, em um caso concreto de inadimplemento do Contrato de Concessão, a União ou a ANP possa demandar a totalidade dos danos de uma única consorciada, esta terá o direito de recobrar das demais consorciadas suas respectivas parcelas desses danos, de forma que ao fim cada consorciada pague apenas uma parcela dos danos correspondente à participação no consórcio.

Segundo, nos termos do Contrato de Consórcio e do JOA, o operador possui um dever fiduciário em relação aos não operadores consistente em um dever de diligência na condução das operações. De acordo com o modelo de JOA AIPN 2012<sup>67</sup> usualmente adotado no Brasil, o operador deve conduzir as operações de *“maneira diligente, segura e eficiente de acordo com os bons e prudentes princípios de conservação de campo e as práticas da indústria de petróleo normalmente seguidas pela indústria internacional de petróleo sob circunstâncias similares”*<sup>68</sup>. Sendo as principais obrigações assumidas pelo operador claramente de meio e não de fim, e tendo o operador um dever de diligência na condução das atividades do consórcio, pode-se classificar a responsabilidade do operador perante os não-operadores no âmbito dos JOAs como sendo contratual e, via de regra, baseada na culpa comprovada. Esse esclarecimento é importante na medida em que a maior parte da doutrina entende que um dos traços marcantes da responsabilidade contratual (em contraposição à responsabilidade extracontratual) é que esse tipo de responsabilidade está fundada, como regra geral, na culpa presumida, o que faria recair sobre o operador o ônus da prova sobre o cumprimento do seu dever de diligência. Nesse sentido, é bastante esclarecedora a seguinte lição do professor Sergio Cavalieri Filho

Na responsabilidade contratual, a culpa, de regra, é presumida; inverte-se, então, o ônus da prova, cabendo ao credor demonstrar, apenas, que a obrigação não foi cumprida; o devedor terá que provar que não agiu com culpa, ou então, que ocorreu

---

<sup>67</sup> Tradução da cláusula 4.2.B.2 do Modelo AIPN 2012 de JOA cuja redação em inglês é *“In the conduct of Joint Operations Operator shall conduct Joint Operations in a diligent, safe, and efficient manner in accordance with good and prudent petroleum industry practices and field conservation principles generally followed by the international petroleum industry under similar circumstances”*.

<sup>68</sup> As regras do consórcio previstas no Anexo XII do Contrato de Partilha de Produção, que estabelecem um conjunto de regras de governança aplicáveis aos consórcios, reproduz o mesmo dever fiduciário no seu parágrafo 2.2.b: *“O Operador deverá conduzir as Operações de maneira diligente, segura e eficiente, em conformidade com as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, observando o Princípio do sem Perda nem Ganho em função de sua condição de Operador”*

alguma causa excludente do próprionexo causal. Na realidade, entretanto, essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado (obrigação de resultado) e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada. (CAVALIERI, 2007, pp. 267-268)

Consequentemente, no âmbito do JOA, o operador diligente não responde pelos danos causados aos não-operadores, mas responde apenas por uma parcela dos danos causados a terceiros correspondente à sua participação no consórcio. Apenas nos casos em que os não-operadores comprovem que o operador agiu com dolo ou culpa grave é que o operador seria então responsável pela totalidade dos danos causados<sup>69</sup>.

Terceiro, é importante destacar mais uma vez que os projetos de exploração e produção de petróleo e gás natural, especialmente em águas profundas como o pré-sal brasileiro, envolvem um nível de investimento e riscos extraordinariamente grandes em relação a outras atividades o que expõe os operadores desses projetos a enormes riscos sem que os mesmos tenham direito a receber qualquer retorno a mais que os não operadores em função do Princípio do “*no gain no loss*” inerente aos JOAs da indústria de *upstream* e que será melhor explorado na subseção 3.6.2 abaixo.

Imagine, por exemplo, que uma sociedade petrolífera “A” seja um operador diligente e tenha fornecido aos seus funcionários que trabalham em uma plataforma de produção de petróleo todo treinamento, equipamento e acompanhamento recomendável de acordo com as melhores práticas da indústria. Imagine também que esta plataforma esteja equipada com o que há de mais moderno em termos de prevenção, detecção e mitigação de acidentes. Agora imagine que ainda assim um funcionário decida dolosamente atear fogo na plataforma ou que conscientemente ignore toda essa teia de prevenção de acidentes e decida acender um cigarro ou deixar uma válvula fechada contra a recomendação dos manuais ocasionando um aumento de pressão e consequentemente uma explosão na plataforma. Seria justo neste caso que os não operadores “B” e “C” pudessem exigir que A fosse responsável pela totalidade dos danos decorrentes do incidente acima? E se a ordem para fechar a válvula tivesse sido dada pelo funcionário de A encarregado da gestão deste projeto específico? Ou ainda tivesse sido dada pelo diretor presidente de A?

---

<sup>69</sup> Vale esclarecer que a prática da indústria é limitar o dever do operador indenizar os não-operadores apenas pelos danos diretos incorridos pelos não operadores com exclusão de lucros cessantes, danos indiretos e danos ambientais.

Justamente para endereçar essas questões é usual que os JOA limitem de alguma forma a responsabilidade dos operadores ainda que em caso de dolo ou culpa grave. Uma forma bastante usual de limitação proposta pelo Modelo de JOA AIPN 2012 é a exclusão do dever de o operador indenizar a totalidade dos danos, nos casos em que os mesmos tenham sido causados por ações dolosas ou com culpa grave praticadas por indivíduos que não se enquadrem no conceito de “alta gerência” do operador (*senior supervisory personnel*).

### 3.5 Breve síntese da cláusula de não indenizar no Brasil

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 528), a cláusula de não indenizar é o ajuste que visa a afastar as consequências normais da inexecução de uma obrigação. Trata-se de estipulação através da qual o devedor se libera da reparação do dano, ou seja, da indenização propriamente dita. Em última instância, a cláusula de não indenizar é primordialmente um pacto sobre os riscos envolvidos no negócio jurídico em questão, no qual a parte a quem caberia assumir o risco contratual transfere-o à outra parte.

A cláusula de não indenizar, portanto, permite aos contratantes fazer uma gestão eficiente dos riscos envolvidos no negócio em questão, redistribuindo-os de forma a viabilizar projetos que não seriam levados adiante ou seriam implementados com ineficiências seguindo as regras legais de responsabilidade civil. Nesse sentido, a cláusula de não indenizar está diretamente ligada à função dos contratos de promover a fluência das relações no mercado. Fabio Henrique Peres, em excelente obra sobre cláusulas de não indenizar, parece chegar à mesma conclusão conforme se extrai da seguinte passagem:

[As cláusulas de não indenizar] Visam, assim, garantir uma maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os possíveis encargos decorrentes de eventuais danos. Permite, inclusive, a realização de cálculos matemáticos e projeções no sentido de quantificar os riscos financeiros envolvidos em determinada situação preestabelecida, cuja previsibilidade anterior muitas vezes pode ser determinante na decisão empresarial. Dessa forma, ao estabelecer regras de redistribuição, na forma pretendida pelas partes, dos eventuais prejuízos materiais decorrentes de determinada relação preestabelecida, as cláusulas de não indenizar podem servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando a atividade produtiva. (PERES, 2009, p. 210)

É comum também o uso das expressões “cláusula de exclusão de responsabilidade” ou “cláusula de irresponsabilidade” para se referir ao mesmo tipo de pacto, embora alguns autores como Sergio Cavalieri critiquem tais expressões sob o argumento de que apenas a lei poderia excluir a responsabilidade, restando às partes espaço para pactuar somente os efeitos

do inadimplemento contratual, ou seja, o dever de indenizar. Por outro lado, autores como Flavio Tartuce (2018, p. 1481) afirmam ser plenamente possível falar em exclusão de responsabilidade. Para fins desse trabalho, utilizaremos a expressão “cláusula de não indenizar” e recomendamos estruturar esse tipo de avença como excludente do dever de indenizar, a fim de evitar maiores discussões sobre sua validade, pois do ponto de vista mais pragmático o resultado final será substancialmente o mesmo.

A legislação em vigor não contém uma previsão genérica no sentido de vedar ou impor limites à cláusula de não indenizar. Consequentemente, consoante o princípio da legalidade positivado no artigo 5º, II da CF, os indivíduos no âmbito de suas relações privadas estão em princípio livres para pactuar a cláusula de não indenizar. Em situações específicas, no entanto, a legislação veda expressamente este tipo de estipulação como nos casos dos contratos de consumo (arts. 21, 25 e 51 do CDC) e transporte (art. 734 do CC/2002). Repare que em tais vedações, há uma justificativa legítima para limitar a liberdade de as partes pactuarem esse tipo de cláusula. Conforme já comentado anteriormente, nos contratos de consumo via de regra não há equilíbrio contratual entre as partes. Na maior parte das vezes, se está diante de um contrato de adesão (no qual o consumidor não possui qualquer poder de barganha) usado em larga escala para atender o moderno consumo de massa, o que desperta um interesse público legítimo em tutelar esse tipo de negócio, a fim de restaurar o equilíbrio contratual ou ao menos mitigar a excessiva disparidade entre as partes.

A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, reconhecem a validade da cláusula de não indenizar em homenagem ao princípio da autonomia da vontade, mas de forma geral sujeitam sua validade às seguintes condições: (i) bilateralidade de consentimento, ou seja, ambas as partes devem consentir com a referida cláusula, não sendo admitidas declarações unilaterais com o objetivo de excluir o dever de indenizar; (ii) não colisão com preceito de ordem pública ou bons costumes; (iii) equilíbrio contratual entre as partes, o que afasta, por exemplo, a possibilidade desse tipo de cláusula em contratos de adesão; (iv) inexistência do escopo de eximir de responsabilidade os atos praticados com dolo ou a culpa grave do estipulante, sob o argumento de que o dever de reparar danos causados por atos dolosos ou com culpa grave são princípios de responsabilidade civil categorizados como de ordem pública; e (v) não pode ser ajustada com a intenção de afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante, pois desnaturaria aquilo que constitui a obrigação principal do contrato e sem a qual ele não existiria. No que tange mais especificamente ao objeto desse trabalho, focaremos na quarta condição mencionada acima.

O professor Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 674) afirma que a validade da cláusula de não indenizar depende da inexistência da tentativa de eximir atos cometidos com dolo ou culpa grave do contratante, pois se esse tipo de estipulação “*fosse admitida teríamos como consequência a impunidade em hipóteses de ações danosas de maior gravidade, contrariando a própria ideia de ordem pública*”. Na mesma linha, Sergio Cavaliere (2010, p. 532) afirma que a “*exoneração do dolo equivaleria à dispensa de prestar, à negação da própria obrigação, e não simplesmente, do dever de reparar*” de forma que o fato de o devedor se reservar o direito de não cumprir com sua obrigação intencionalmente corresponderia, na prática, à que esta obrigação sequer tenha sido contraída.

O argumento de que este tipo de avença tornaria a obrigação do devedor uma espécie de obrigação natural, facultando ao credor a opção de não a cumprir e deixando o credor sem meios de exigir o seu cumprimento, é refutado por parte da doutrina sob o argumento de que o pedido de perdas e danos, embora seja um instrumento bastante eficaz para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação assumida, não é o único. Há outros meios como, por exemplo, a possibilidade do credor demandar sua execução específica, cobrar multas previstas contratualmente, resolver o contrato em caso de cláusula resolutiva expressa ou tácita<sup>70</sup> e pleitear exceção de contrato não cumprido para não cumprir com suas próprias obrigações contratuais<sup>71</sup>. Nessa linha, é bastante clara a posição do professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Antônio Pinto Monteiro:

Ao acordarem na exclusão da responsabilidade [*sic*], afastam a indenização que seria devida ao credor por um eventual não cumprimento (ou cumprimento defeituoso), não significando tal cláusula, porém, uma negação daquele vínculo, nem implicando qualquer autorização para uma eventual falta de cumprimento. [...] a cláusula de exclusão não transforma a obrigação do devedor em obrigação natural. É que, sendo a obrigação ‘o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação’, aquela cláusula só teria o condão se, por força dela, o devedor não ficasse adstrito ao cumprimento, o qual deixaria de ser, por isso, judicialmente exigível. (PERES, 2009, p. 237)

O conceito de ordem pública, por sua vez, é essencialmente um conceito fluido. Infelizmente, a doutrina não fornece um conceito seguro e preciso do que seja ordem pública. Todavia, há duas ideias básicas que geralmente permeiam o estudo do tema.

A primeira ideia é a de que ordem pública envolve necessariamente interesse público indisponível. Nas palavras de Sergio Cavalieri:

<sup>70</sup> Artigo 475 CC/2002: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

<sup>71</sup> Artigo 476 CC/2002: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Questão de ordem pública é, pois, a que envolve interesse indisponível, um interesse geral, ligado a valores de maior relevância, vinculado aos fins sociais e às exigências do bem comum. É a que alcança valores mais relevantes e gerais da sociedade, não se circunscrevendo ao simples interesse dos contratantes. Enfim, haverá questão de ordem pública sempre que a aplicação do Direito objetivo não pode ficar circunscrita às questões levantadas pelas partes. (CAVALIERI, 2010, p. 532)

Dessa forma, a cláusula de não indenizar que exime o dever de indenizar em caso de dolo e culpa grave seria contrária à ordem pública na medida em que seria vista como um incentivo a que as partes não cumpram com suas obrigações ou adotem comportamentos negligentes na sua execução, o que pode acarretar impactos adversos não apenas às outras partes do contrato, mas também a terceiros (externalidades). Em última análise, poderia afetar a certeza e segurança dos contratos e, conseqüentemente, impactar adversamente sua função de promover a fluência das relações econômicas. Não obstante, é preciso reconhecer que generalizações são sempre perigosas. Seguindo a advertência de Flavio Tartuce (2018, p. 1489), as situações envolvendo as cláusulas de não indenizar devem ser analisadas caso a caso com atenção, não sendo possível colocar a questão dentro de um padrão único.

A segunda ideia é que, no contexto analisado, a ordem pública é uma exceção ao princípio da autonomia da vontade, logo deve ser interpretada restritivamente seguindo a recomendação hermenêutica de que as normas de exceção devem ser interpretadas restritivamente. É necessário demonstrar que a cláusula em questão seria claramente nociva para o bem público, já que é em nome do interesse público e não privado que se exercerá eventual intervenção estatal no sentido de invalidar a cláusula em questão. Ampliar o conceito de ordem pública em situações nas quais não haja um claro interesse público indisponível poderia resultar em decisões injustas limitadoras de direitos.

À luz dessa breve síntese sobre a cláusula de não indenizar, entendemos ser necessário superar dois testes básicos para avaliar a validade da cláusula do JOA que exclui o dever de o operador indenizar a totalidade dos danos nos casos em que os mesmos tenham sido causados por ações dolosas ou com culpa grave praticadas por indivíduos que não se enquadrem no conceito de “alta gerência” do operador (*senior supervisory personnel*).

O primeiro teste consiste em analisar se há equilíbrio contratual entre partes do JOA para verificar se a cláusula de não indenizar foi pactuada por partes livres, em posição de igualdade material e com consciência dos riscos envolvidos. Trata-se, portanto, de um teste interno que tem por objeto apenas as partes do contrato.

O segundo teste consiste em analisar se esta cláusula poderia aumentar os riscos de impactos externos adversos para a sociedade de forma a legitimar um interesse público no

sentido de vedar esse tipo de pacto. Trata-se, assim, de um teste que transborda os limites das partes do contrato.

### **3.6 Da Possibilidade de Extensão da Cláusula de Não Indenizar para Casos de Dolo nos JOAs**

Nesta seção, vamos nos debruçar sobre a tarefa de realizar os dois testes acima mencionados, a fim de demonstrar a validade da Cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012 dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro, demonstraremos que, como regra geral, os JOAs são firmados por partes em posição de equilíbrio contratual, não havendo desequilíbrios excessivos que justifiquem uma intervenção estatal. Na sequência, argumentaremos que se trata de um ajuste razoável, compatível com este tipo de negócio e que reflete os usos e costumes da indústria de petróleo e gás natural nacional e internacional, conseqüentemente, mesmo que não seja pactuada por partes em posição de equilíbrio contratual, a cláusula poderia ser considerada válida. Por fim, defenderemos que a cláusula em tela não gera riscos adicionais para a sociedade (externalidades), não havendo assim qualquer direito público indisponível que possa ser adversamente impactado pela mesma.

#### **3.6.1 Presunção de equilíbrio contratual nos JOAs**

Os JOAs na indústria de exploração e produção de petróleo e gás são um ótimo exemplo de contrato comercial debatido ao longo desse trabalho. Tais contratos são normalmente celebrados por grandes sociedades empresárias com atuação global e comprovada capacidade técnica, financeira e jurídica para atuar no setor de petróleo e gás natural.

Essa capacidade é verificada pela ANP como condição prévia à outorga de contratos de concessão e partilha de produção, bem como para a aprovação de eventual cessão (total ou parcial) desses contratos. Nesse sentido, cada sociedade empresária que pretenda deter qualquer tipo de participação em contratos de concessão<sup>72</sup> ou partilha de produção<sup>73</sup> no Brasil precisa apresentar extensa documentação à ANP para análise de sua capacidade técnica, econômico-financeira e jurídica, incluindo a comprovação de sua experiência técnica no

---

<sup>72</sup> Arts. 37, II e 38, III da Lei 9.478/97

<sup>73</sup> Art. 16, III da Lei 12.351/10

Brasil e no exterior, suas demonstrações financeiras dos últimos três exercícios sociais, exigência de patrimônio líquido mínimo<sup>74</sup> e certidões regularidade fiscal e trabalhista.

Não há dúvidas, portanto, que os JOAs são contratos comerciais nos quais há uma sólida premissa de que suas partes (i) estão em posição de equilíbrio contratual ou, ao menos, não estão excessivamente desequilibradas, e (ii) detêm (ou deveriam deter) toda capacidade técnica, operacional, econômica e jurídica para negociar este contrato. Conseqüentemente, conforme assentado no Capítulo 1.6 acima, o princípio da autonomia da vontade deve assumir uma posição de centralidade na interpretação dos JOAs.

Nesse contexto, imaginemos que duas grandes petroleiras tenham celebrado um JOA com o objetivo de explorar um contrato de concessão no Brasil e que este JOA contenha uma cláusula nos termos da cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012. Diante de um grave acidente em uma plataforma provocado por um ato doloso de um empregado do operador responsável por operar os dutos de escoamento de gás e que não se enquadra no conceito de “alta gerência” (*senior supervisory personnel*), cada uma das partes deveria arcar, no âmbito do JOA, com uma parcela dos danos causados a terceiros e ao meio ambiente proporcional à sua participação no projeto.

Deveria ser considerado um comportamento oportunista e contrário ao princípio da boa-fé objetiva uma eventual tentativa da parte não-operadora se eximir de seu dever de indenizar sob o argumento de que o dano é decorrente de um ato doloso praticado por um empregado do operador e que a cláusula que limita o dever de indenizar em casos de dolo é nula por ferir preceito de ordem pública. Conforme será explicado em maiores detalhes na subseção 3.6.2 abaixo, é importante frisar que a cláusula de não indenizar prevista no JOA beneficia significativamente os não operadores na medida em que a mesma está intimamente relacionada ao “princípio do sem perda sem ganho” (*no gain no loss*) que traduz a ideia de que o operador não recebe dos não-operadores qualquer tipo de vantagem para exercer essa função. Se por um lado o dever de indenizar do operador é limitado, por outro lado, o operador também não cobra dos não operadores qualquer tipo de remuneração para conduzir as operações, logo há um equilíbrio natural entre as diversas obrigações previstas no JOA. Fábio Henrique Peres resume bem esse entendimento da seguinte forma:

Em um contrato negociado, a anuência de uma cláusula de não indenizar não representa uma imposição do polo mais forte da relação, mas sim o resultado de uma decisão fundamentada, sendo a sua inclusão compensada, direta ou indiretamente,

---

<sup>74</sup> Atualmente, é exigido patrimônio líquido de mínimo: (i) R\$250 milhões para Operadores de nível A que operem em águas ultraprofundas, profundas, rasas e áreas terrestres; (ii) R\$70 milhões para Operadores de nível B que operem em águas rasas e áreas terrestres; e (iii) R\$62.5 milhões para não operadores em qualquer ambiente.

por alguma vantagem correlata – como, por exemplo, uma reciprocidade na convenção exoneratória, condições financeiras ou negociais mais benéficas aceitas pela contraparte ou, ainda, uma redução no preço do bem adquirido ou do serviço a ser prestado. Reflete, portanto, o expresse consentimento das partes. Valorizando o sinalagma, mantem-se, assim, o equilíbrio econômico da relação contratual, exigência da principiologia contratual contemporânea. (PERES, 2009, p. 137)

A alocação de riscos em um projeto de exploração de petróleo e gás natural é um dos elementos centrais de sua estruturação, sendo a decisão de investimento de cada sociedade tomada sob a premissa de que a alocação de riscos prevista contratualmente será preservada pelas partes envolvidas ao longo da vida do contrato. A cláusula de limitação do dever de indenizar do operador ocupa, portanto, uma posição destacada dentro do JOA, não sendo coerente que um não-operador alegue posteriormente que a desconhecia ou a considera inválida, especialmente em função das contrapartidas relevantes pactuadas (ex: “princípio do sem ganho sem perda”).

Reforça ainda mais a incoerência dessa postura, o fato de ser comum que os JOAs contenham uma previsão estabelecendo que, caso alguma cláusula seja considerada inválida, as partes deverão negociar no caso concreto algum arranjo no sentido de atingir a mesma finalidade, o que seria impraticável nessa hipótese. A fim de mitigar esse risco, recomenda-se ao operador incluir no JOA declarações de que as partes (i) reconhecem expressamente a importância, validade e eficácia dessa cláusula; e (ii) participaram de forma equilibrada na preparação do contrato em linha com a cláusula 20.7 do Modelo de JOA AIPN 2012<sup>75</sup>.

### 3.6.2 Razoabilidade da Cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012

Antes de passarmos ao segundo teste, entendemos ser oportuno assentar a ideia de que a cláusula em análise é razoável, não impõe um ônus excessivo aos não operadores e reflete o espírito dos JOAs de que o operador não é remunerado para exercer essa função e as partes devem como regra geral compartilhar os lucros e perdas proporcionalmente à sua participação no consórcio. Consequentemente, ainda que não houvesse equilíbrio contratual, a cláusula em análise poderia ser considerada razoável, compatível com o tipo de projeto objeto do contrato e, portanto, válida.

---

<sup>75</sup> “20.7 Each provision of this Agreement shall be construed as though all Parties participated equally in the drafting of the same. Consequently, the Parties acknowledge and agree that any rule of construction that a document is to be construed against the drafting party shall not be applicable to this Agreement”.

Primeiramente, é preciso ter em mente que um dos princípios estruturantes do JOA é o "princípio do sem perda e sem ganho" (*no gain no loss*) por meio do qual as partes reconhecem que o operador não é um prestador de serviços do consórcio nem tão pouco é remunerado pela condução das operações, sendo apenas ressarcido pelos custos incorridos por ele na realização das atividades conjuntas. Em contrapartida, a responsabilidade do operador é limitada como regra geral à sua participação no consórcio.

Refletindo esse conceito, o Modelo de JOA AIPN 2012 prevê na cláusula 4.2.B.5 que o operador, na condução das operações, não deve auferir lucros nem sofrer perdas pelo fato de ser operador.

4.2.B.5. In the conduct of Joint Operations Operator shall, subject to Article 4.6 and the Accounting Procedure, neither gain a profit nor suffer a loss as a result of being the Operator, provided that Operator may rely upon Operating Committee approval of specific accounting practices not in conflict with the Accounting Procedure.<sup>76</sup>

Os procedimentos contábeis (*accounting procedures*) anexos ao JOA, que definem como será feita a contabilização dos gastos incorridos nas operações realizadas pelo consórcio e os aportes de capital devidos por cada consorciado, também ratificam o princípio do sem perda e sem ganho como o principal alicerce da relação entre os consorciados. A AIPN possui um modelo de procedimentos contábeis (*accounting procedures*) que estabelece logo em sua primeira cláusula que “*the purpose of this Accounting Procedure is to establish equitable methods for determining charges and credits applicable to Joint Operations under the Agreement to the end that no Party shall gain or lose in relation to other Parties*”.<sup>77</sup>

Na mesma linha, os Contratos de Partilha de Produção<sup>78</sup> estabelecem que operador deve observar o princípio do sem perda e sem ganho na condução das operações e o definem como “*o princípio a ser observado pelos Consorciados de que o Operador não auferirá lucro ou sofrerá prejuízo em relação aos demais Consorciados, quando conduzir e executar Operações em nome do Consórcio*”<sup>79</sup>.

Nesse sentido, como o operador não é remunerado pelos não-operadores para conduzir as operações, é razoável que o mesmo deseje sempre que possível limitar sua exposição aos

<sup>76</sup> Na condução das Operações Conjuntas, o Operador não deverá, sujeito ao disposto no Artigo 4.6 e nos Procedimentos Contábeis, auferir ganhos ou incorrer em perdas em função do exercício da função de Operador, observado que o Operador poderá se basear em determinadas práticas contábeis aprovadas pelo Comitê Operacional que não conflitem com os Procedimentos Contábeis. (Tradução do autor)

<sup>77</sup> O objetivo dos Procedimentos Contábeis é estabelecer métodos equitativos para a determinação de créditos e débitos aplicáveis às Operações Conjuntas com base no Acordo de forma que nenhuma Parte ganhe ou perca em relação às outras Partes. (Tradução do autor)

<sup>78</sup> Parágrafo 2.2.b do Anexo XI da minuta de Contrato de Partilha de Produção utilizada para fins da 4 Rodada de Licitações.

<sup>79</sup> Parágrafo 1.3.39 da minuta de Contrato de Partilha de Produção utilizada para fins da 4 Rodada de Licitações.

riscos do empreendimento somente à sua parcela de participação no consórcio. Para os não-operadores este acordo também é vantajoso na medida em que seria natural que os operadores exigissem algum tipo de remuneração adicional para assumir riscos maiores como, por exemplo, arcar com a totalidade dos danos causados pelas operações em caso de dolo ou culpa grave de qualquer empregado ou prestador de serviço.

Esse mesmo racional embasou as discussões que culminaram com a aprovação do Enunciado 631<sup>80</sup> aprovado na VIII Jornada de Direito Civil realizada em 2018, consagrando a ideia de que em contratos comerciais paritários é legítimo que as partes envolvidas façam uma gestão de risco ótima de forma a viabilizar o negócio ou alcançar um acordo mais eficiente para as partes envolvidas.

O segundo argumento para demonstrar a razoabilidade da cláusula em debate está associada ao fato de que a limitação proposta pela cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012 não é irrestrita, ou seja, não se exclui o dever de indenizar do operador em qualquer caso de dolo ou culpa grave, mas tão somente nos casos em que o ato em questão é praticado por um indivíduo que não ocupe uma posição de “alta gerência” (*senior supervisory personnel*).

Neste ponto, é fundamental compreender que é necessário o envolvimento de uma grande quantidade de pessoas (empregados, fornecedores e prestadores de serviços) para endereçar todas as complexidades associadas a um projeto de exploração e produção de petróleo e gás natural. Adicionalmente, tais projetos envolvem na sua essência ambientes de significativo grau de periculosidade em decorrência de diversos fatores, em especial o fato de envolverem a exploração de substâncias inflamáveis em ambientes adversos. Assim, a conduta de cada indivíduo que atua em uma plataforma de produção de petróleo e gás natural, por exemplo, é fundamental para a segurança das operações.

O objetivo da cláusula em análise é restringir o dever de indenizar do operador em função do nível hierárquico ocupado pelas pessoas que estão atuando no projeto para que essencialmente apenas aquelas que tenham poder de formar ou expressar a vontade da pessoa jurídica sejam passíveis de atrair para o operador no âmbito do JOA responsabilidade integral pelos danos causados.

Pretende-se assim reconhecer que (i) o operador será considerado responsável pela totalidade dos danos causados somente nos casos em que o dano seja decorrente de atos praticados com dolo ou culpa grave por um indivíduo que ocupe uma posição de “alta

---

<sup>80</sup> Enunciado 631 da VIII Jornada de Direito Civil: Como instrumento de gestão de riscos na prática negocial paritária, é lícita a estipulação de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula excludente do dever de indenizar) e de cláusula que fixa valor máximo de indenização (cláusula limitativa do dever de indenizar).

gerência” (*senior supervisory personnel*) ou hierarquicamente superior e (ii) o operador permanecerá obrigado apenas por uma parcela proporcional à sua participação no consórcio pelos danos causados em decorrência de atos praticados com dolo ou culpa grave por indivíduos que ocupem uma posição hierárquica na estrutura corporativa inferior ao conceito de “alta gerência” (*senior supervisory personnel*).

O Modelo de JOA AIPN 2012 sugere cinco alternativas para a definição de “alta gerência” (*senior supervisory personnel*). Todas compartilham a premissa de que os administradores estatutários (membros do conselho de administração e diretores) do operador integram o conceito de “alta gerência”, o que é consistente com a essência da cláusula de não excluir as pessoas responsáveis pela formação da vontade da pessoa jurídica da limitação ao dever de indenizar. A lei atribui aos administradores a responsabilidade pela gestão dos negócios sociais e poderes de representação da sociedade. É por meio dos atos praticados pelos seus administradores que a sociedade assume direitos e obrigações. Interessante notar que a doutrina, em geral, defende que os administradores “presentam” (e não representam a sociedade) já que não são simples mandatários da sociedade, embora o CC/2002 determine a aplicação das disposições referentes ao mandato às atividades dos administradores no que for aplicável.

Cada alternativa, por sua vez, complementa o conceito de “alta gerência”, a fim de incluir mais indivíduos que, embora não sejam administradores estatutários, exerçam materialmente funções de supervisão consideradas relevantes. A primeira (*field supervisor tier*)<sup>81</sup> inclui no conceito de “alta gerência” o supervisor de campo responsável pelo gerenciamento do projeto *in loco*. A segunda (*facility manager tier*)<sup>82</sup> adota como parâmetro o supervisor de campo responsável pelas atividades de uma instalação (e.g. uma plataforma) utilizada nas operações de exploração e produção de petróleo e gás natural. A terceira (*functional manager tier*)<sup>83</sup> inclui o gerente sênior do operador que tenha poderes suficientes para dirigir a forma como determinadas atividades (ex: exploração, perfuração ou produção)

---

<sup>81</sup> [...] such Party’s senior onsite manager or supervisor(s) who is responsible for or in charge of the conduct of seismic acquisition, drilling, construction or production and related operations, or any other field operations, but excluding all individuals functioning at a level below such field manager or supervisor.

<sup>82</sup> [...] such Party’s senior onsite manager or supervisor(s) who is responsible for or in charge of an onshore or offshore installation or facility used for operations and activities of such Party, but excluding all individuals functioning at a level below such installation or facility manager or supervisor.

<sup>83</sup> [...] such Party’s senior onsite manager or supervisor(s) who is responsible for or in charge of an onshore or offshore installation or facility used for operations and activities of such Party, but excluding all individuals functioning at a level below such installation or facility manager or supervisor.

são conduzidas. A quarta (*direct report tier*)<sup>84</sup> inclui o gerente geral do operador no país em que o projeto está localizado e qualquer indivíduo que reporte diretamente para o gerente geral e seja responsável pela direção das atividades de aquisição sísmica, perfuração, construção ou produção e outras atividades relacionadas no mesmo país. A quinta (*resident manager tier*)<sup>85</sup> inclui o gerente geral do operador no país em que o projeto está localizado e que é responsável por dirigir todas as atividades do operador no mesmo país.

Nota-se que as alternativas do Modelo de JOA AIPN 2012 apresentam um grau crescente de restrição. Tanto a primeira como a segunda alternativa adotam como parâmetro funções de supervisão exercidas por indivíduos nas operações de campo propriamente ditas. As demais alternativas adotam como parâmetro funções exercidas por indivíduos que não estão localizados no local em que as operações efetivamente ocorrem, mas que possuem poderes para determinar como as mesmas serão conduzidas. Por exemplo, é comum que o gerente de uma petroleira responsável pelas suas atividades de exploração exerça suas funções a partir de um escritório central e não no navio sonda designado para perfurar um poço exploratório.

Dentro desse contexto, não há uma exclusão total do dever de indenizar do operador em caso de dolo ou culpa grave, mas tão somente um pacto para delimitar essa obrigação a profissionais que tenham poderes efetivos para determinar a vontade da sociedade. Conseqüentemente, a cláusula em questão não deveria ser interpretada como uma tentativa do operador se eximir (ao menos totalmente) do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave, que é uma das condições normalmente mencionadas pela doutrina para reconhecer a validade da cláusula de indenizar.

Neste ponto, é importante ainda mencionar que este entendimento não contraria (i) o artigo 932, III do CC/2002 que estabelece que o empregador é responsável pela reparação civil devida em função de atos praticados “por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele” e (ii) o artigo 933 do CC/2002 que estabelece que a responsabilidade do empregador mencionada acima é objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa de sua parte. Embora se reconheça que o racional que

---

<sup>84</sup> [...] such Party’s senior manager(s) reporting directly to the country general manager, (or a manager who is resident outside [insert country of operations] and reporting to a senior manager of a level at least equivalent to the country general manager) and who is responsible for directing the performance of seismic acquisition, drilling, construction or production and related operations and activities of such Party in [insert country of operations], but excluding all individuals functioning at a level below such direct report manager.

<sup>85</sup> [...] such Party’s country general manager, who is resident in [insert country of operations] and who is responsible for directing the performance of all operations and activities of such Party in [insert country of operations], but excluding all individuals functioning at a level below such country general manager.

embasa tais dispositivos seja razoável e deva funcionar como regra geral de responsabilidade civil, entendemos que sua aplicação também pode ser afastada pelas partes em um contrato paritário no qual seja mais conveniente às partes uma alocação de riscos diferente. No mesmo sentido, é a posição de Fabio Henrique Peres:

No âmbito das relações paritárias, entendemos que é admissível, entretanto, excepcionar contratualmente tal previsão legal, observados certos requisitos de validade. Limitando ou excluindo o dever de reparar oriundo de atos de terceiros auxiliares ou representantes, tal estipulação contratual representaria uma variante da modalidade de cláusula de não indenizar [...] uma vez que estaríamos diante de verdadeira limitação dos fundamentos da responsabilidade. (PERES, 2009, p. 203)

O terceiro argumento corrobora a conclusão acima de que a cláusula em tela não exime (ao menos totalmente) o operador do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave. Isto porque, mesmo nesses casos, o operador continuará responsável por indenizar uma parcela dos danos proporcional à sua participação no consórcio. Dessa forma, o operador não busca com a cláusula em questão afastar totalmente seu dever de indenizar, mas tão somente mantê-lo proporcional à decisão de risco e retorno tomada quando optou por participar do empreendimento.

O operador continua tendo todos os incentivos necessários para manter uma operação diligente. Vale lembrar que os riscos envolvidos na indústria de petróleo e gás natural são altíssimos a ponto de ameaçar a própria solvência das companhias. No Brasil, o operador de qualquer projeto neste segmento precisa obrigatoriamente deter uma participação mínima de 30% no consórcio, o que já é uma exposição suficiente para deter qualquer comportamento negligente dos operadores. Adicionalmente, por se tratar de uma indústria global com poucos *players*, eventuais condutas negligentes ou dolosas praticadas por uma petroleira na operação de um projeto podem comprometer seriamente sua reputação e dificultar ou mesmo inviabilizar futuras associações com os mesmos ou outros agentes dessa indústria.

O quarto argumento também está associado ao fato da indústria de petróleo e gás natural ser em sua essência global, ou seja, *(i)* atua em todos ou na maioria dos mercados do mundo; *(ii)* oferece produtos e serviços mais ou menos equivalentes em todos os mercados, sendo o próprio petróleo uma das principais commodities globais; e *(iii)* a posição competitiva dos agentes desse setor depende do desempenho de todos os mercados. Nas industriais globais a influência dos usos e costumes comerciais assume um papel ainda mais destacado na formação da legislação e especialmente na sua interpretação, bem como há uma tendência natural à internacionalização e uniformização. Este é um dos motivos que justificam a adoção pelo modelo de JOA AIPN 2012 da arbitragem como método de solução

de conflitos, visto que em procedimentos arbitrais abre-se a oportunidade de escolha de árbitros com experiência na indústria de petróleo e gás natural.

Conforme tivemos oportunidade de analisar na subseção 1.5.3, os usos e costumes comerciais são fontes secundárias do Direito Comercial e devem ser aplicados pelo operador do direito sempre que for verificado que a intenção das partes foi a de adotar determinado uso comercial, desde que não contrarie norma legal imperativa. Pode-se afirmar que a cláusula 4.6.D do modelo de JOA AIPN 2012 constitui uma prática uniforme e constante dos agentes da indústria de petróleo e gás natural no Brasil desde a quebra do monopólio da Petrobrás em 1998. Os modelos de JOA da AIPN sempre foram e continuam a ser a principal referência nacional para esse tipo de contrato.

No plano internacional, a AIPN, formada na década de 1980, também é a principal instituição de referência da indústria de petróleo e gás natural no que diz respeito ao desenvolvimento de modelos de contratos como os JOAs. Há ainda outras associações de agentes da indústria com escopo mais regional como a Oil & Gas UK (OGUK) constituída em 2007 e cujo foco é a indústria de petróleo e gás natural do Reino Unido.

Em janeiro de 2009, a OGUK lançou um modelo de JOA que, na mesma linha do Modelo de JOA AIPN 2012, estabelece que os danos decorrentes de atos cometidos com dolo ou culpa grave por qualquer agente do operador que ocupe uma posição inferior à definição contratual de “alta gerência” (*senior managerial personnel*) não atrai responsabilidade adicional ao operador, que permanecerá responsável por indenizar apenas uma parcela dos danos causados proporcional à sua participação no empreendimento. Confira-se a esse respeito a definição de dolo (*wilful misconduct*) do modelo de JOA da OGUK que restringe o conceito de dolo a atos praticados por indivíduos que integrem o conceito de “*senior managerial personnel*”:

“Wilful Misconduct” means an intentional or reckless disregard by Senior Managerial Personnel of Good Oilfield Practice or any of the terms of this Agreement in utter disregard of avoidable and harmful consequences but shall not include any act, omission, error of judgement or mistake made in the exercise in good faith of any function, authority or discretion vested in or exercisable by such Senior Managerial Personnel and which in the exercise of such good faith is justifiable by special circumstances, including safeguarding of life, property or the environment and other emergencies.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> “Dolo” significa o não cumprimento intencional ou negligente das Boas Práticas da Indústria do Petróleo ou do Acordo por parte da Alta Gerência em total descaso com as consequências danosas e evitáveis, excluindo qualquer ato, omissão, erro de julgamento ou erro cometido no exercício regular e de boa fé de qualquer função, autoridade ou poder discricionário da Alta Gerência e cujo exercício dessa boa-fé seja justificável por circunstâncias especiais, incluindo a preservação da vida, da propriedade ou do meio ambiente e outras emergências. (Tradução do nossa)

Por todo acima exposto, conclui-se que o ajuste contratual estabelecido na cláusula 4.6.D do modelo de JOA AIPN 2012 constitui um uso e costume comercial da indústria de petróleo e gás natural reconhecido nacional e internacionalmente.

### **3.6.3 Inexistência de impacto a interesse público indisponível**

Conforme exposto na subseção 3.5, o conceito de ordem pública é essencialmente fluido e está associado à intenção de tutelar e preservar interesse público indisponível. No que diz respeito mais especificamente ao objeto desse trabalho, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural produzem externalidades relevantes e expõe a sociedade e o meio ambiente a riscos de danos significativos, o que faz surgir um interesse público legítimo em intervir nessa indústria.

Por esse e outros motivos, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural são altamente reguladas. Neste contexto, destacam-se a ANP que é o órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis<sup>87</sup> no Brasil, e o IBAMA, responsável pelo licenciamento ambiental das atividades necessárias à exploração e produção de petróleo e gás natural.

No que toca à discussão sobre a invalidade da cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012 por violação de preceito de ordem pública, seria necessário, portanto, demonstrar que a referida cláusula viola um interesse público indisponível. A título argumentativo apenas, entendemos que os principais fundamentos para sustentar que a cláusula em tela violaria preceito de ordem pública seriam: *(i)* o argumento genérico de que a tentativa de eximir o dever de indenizar de uma parte em caso de dolo ou culpa seria contrário à ordem pública, pois equivaleria a um direito do devedor não cumprir com sua obrigação intencionalmente e *(ii)* esse tipo de pacto incrementaria os riscos a que a sociedade e o meio ambiente estão expostos em função das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, na medida em que funcionaria como um incentivo para que o operador adote comportamentos negligentes na execução de suas atividades, o que poderia acarretar impactos adversos não apenas às outras partes do contrato mas também a terceiros (externalidades).

Com relação ao primeiro fundamento, tivemos oportunidade de analisar que a cláusula 4.6.D do Modelo de JOA não se enquadraria nessa restrição, pois *(i)* não há uma exclusão total do dever de indenizar do operador em caso de dolo ou culpa grave, na medida em que o

---

<sup>87</sup> Artigo 7 da Lei 9.478/97.

operador permanece responsável por indenizar uma parcela dos danos correspondente à sua participação no consórcio, *(ii)* o que se pretende com essa estipulação é tão somente delimitar a obrigação do operador indenizar a totalidade dos danos nos casos de atos cometidos com dolo ou culpa grave por profissionais que tenham poderes efetivos para determinar a vontade da sociedade e *(iii)* trata-se de um pacto razoável e consistente com os usos e costumes dessa indústria específica.

O segundo fundamento também não merece prosperar, na medida em que esta cláusula não traz qualquer incremento aos riscos a que a sociedade e o meio ambiente já estão expostos. A exposição do operador à sua quota parte de eventuais danos decorrentes das operações conjuntas do consórcio, que por imposição legal deve ser de no mínimo 30%, já é mais do que suficiente para deter qualquer comportamento negligente dos operadores.

Frise-se que os interesses da sociedade e do meio ambiente continuam sendo preservados de forma intacta no âmbito do *(i)* Contrato de Concessão, do Contrato de Partilha da Produção e na legislação ambiental que estabelecem um regime de responsabilidade objetiva e solidária para todos os membros do consórcio, bem como *(ii)* pelo princípio da relatividade dos contratos e pelas regras de responsabilidade civil extracontratual, na medida em que os direitos e obrigações assumidos pelas partes no JOA não tem eficácia perante terceiros. Dessa forma a referida cláusula produz efeitos apenas entre as partes do JOA, as quais conscientemente e propositalmente acordaram que a mesma refletia uma alocação de risco ótima entre elas.

O próprio contrato de partilha de produção objeto das licitações promovidas pela ANP prevê no seu Anexo XI denominado “Regras do Consórcio” uma disposição bastante parecida com a cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012. Confira-se a esse respeito o teor do parágrafo 2.7 das Regras do Consórcio conforme redação da minuta de Contrato de Partilha de Produção utilizada para fins da 5ª Rodada de Licitação de Contratos de Partilha realizada em 29 de setembro de 2018<sup>88</sup>.

Limite das Responsabilidades do Operador

2.7. Os Contratados respondem solidariamente por eventuais perdas e danos ocasionados na execução das Operações e, entre si, de acordo com suas respectivas participações, salvo quando o Operador, em alto nível gerencial (Gerente-Geral de

<sup>88</sup> O uso das expressões “Gerente-Geral de Unidade Operacional, Gerente Executivo ou equivalente, no mínimo” no parágrafo 2.7 das Regras do Consórcio tem sido objeto de críticas dos agentes da indústria, na medida em que tais cargos foram definidos com base na estrutura corporativa da Petrobras que era operadora obrigatória das áreas de pré-sal. Contudo, com a edição da Lei 13.336/2016, a Petrobras não é mais a operadora obrigatória dos contratos de partilha, abrindo espaço para outras sociedades empresárias que não possuem a mesma estrutura organizacional possam ser operadores, o que gera incerteza sobre o que seria “alto nível gerencial”. Adicionalmente, a própria Petrobras já não possui mais alguns desses cargos em função de reorganizações internas.

Unidade Operacional, Gerente Executivo ou equivalente, no mínimo) proceder com comprovado dolo, direto ou eventual, ou culpa grave, hipóteses em que deverá arcar sozinho com todas as perdas, danos, custos, despesas e passivos e ônus em geral resultantes.

Nesse sentido, o próprio estado brasileiro reconhece expressamente que essa cláusula é adequada ao contexto dos consórcios formados para atuar na exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. A forma como esse parágrafo é estruturado já antecipa o racional para que essa cláusula não seja vista como contrária a um interesse público indisponível, mas simplesmente uma questão de alocação de riscos entre os contratados. Na primeira parte do parágrafo, há uma clara preocupação em ratificar que a responsabilidade dos contratados perante terceiros é sempre solidária, ou seja, independentemente de qualquer acerto entre as partes, terceiros podem sempre demandar a totalidade dos danos de qualquer consorciado. Somente após esse esclarecimento, é que o referido parágrafo passa a tratar da alocação interna desse risco entre os contratados.

À luz do acima exposto, conclui-se que a cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012 não viola qualquer interesse público indisponível e, portanto, não deveria ser interpretada como violadora da ordem pública ou de sua função social<sup>89</sup>. Está-se claramente no campo de direitos patrimoniais disponíveis, no qual deve ser permitido às partes pactuar o ajuste mais conveniente à natureza do negócio em homenagem ao princípio da autonomia da vontade. Esta é a interpretação que melhor denota a função dos contratos comerciais de promover a fluidez das relações comerciais no âmbito do mercado.

---

<sup>89</sup> Na mesma linha ver Enunciado n. 26 aprovado na I Jornada de Direito Comercial: “o contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os temas tratados ao longo desse trabalho são bastante atuais, relevantes e despertam debates acalorados, já que estão, de certa forma, relacionados às distintas concepções acerca do instituto dos contratos e à sua função na sociedade. Buscamos nos afastar de posições pré-concebidas sobre a interpretação dos contratos comerciais e da percepção geral de que há um intervencionismo judicial excessivo nesses contratos para olhar o tema de forma científica, sem qualquer fobia ou idolatria. O resultado desse trabalho levou o autor a um ponto de chegada que certamente não vislumbrava quando iniciou sua pesquisa.

A primeira consideração relevante não é propriamente uma surpresa e diz respeito aos elementos que legitimam a intervenção judicial nos contratos em geral, inclusive nos contratos comerciais. Ao analisar o processo histórico de flexibilização da força outrora quase absoluta do princípio da autonomia dos contratos, constatamos que a existência de desequilíbrios excessivos entre os contratantes foi um fator central nesse processo. Nas situações em que se constata um grave desequilíbrio contratual, o princípio da liberdade de contratar é colocado em xeque. Embora se possa falar que há nesses casos uma liberdade formal, pode não haver liberdade material suficiente para legitimar a aplicação simples e direta do princípio da autonomia da vontade como forma de resolver uma disputa contratual. Adicionalmente, a constatação de que atividades privadas podem causar impactos sociais relevantes (externalidades) também motivou o Estado a regular determinadas atividades empresariais, o que naturalmente resultou na imposição de alguns limites à liberdade de contratar. Esse processo, no entanto, não alterou (ou não deveria alterar) o papel central que o princípio da autonomia da vontade exerce na teoria geral dos contratos, mas manter sua aplicação consistente com a lógica que o fundamenta. Dessa forma, como regra geral, o princípio da autonomia da vontade segue exercendo (ou deveria exercer) papel central na interpretação de todos os contratos paritários.

A segunda consideração importante é que os contratos comerciais por suas características próprias gozam naturalmente de uma presunção mais robusta de paridade ou equilíbrio do que outras categorias de contratos. O eventual desequilíbrio nos contratos comerciais tem fundamentos completamente diferentes daqueles verificados nos contratos de trabalho e contratos de consumo por exemplo. Tratam-se de contratos celebrados por empresários no exercício profissional de sua atividade com finalidade de lucro. Os empresários conhecem (ou deveriam conhecer) os riscos de suas atividades e assumem

conscientemente tais riscos no curso normal de seus negócios, sendo natural que suportem os ônus e ônus de suas decisões. O desequilíbrio nos contratos comerciais está geralmente associado à situação de dependência que um empresário possui em relação ao outro. É importante frisar, no entanto, que a decisão de se submeter a uma relação empresarial de dependência não deve ser presumida como excessivamente desequilibrada a ponto de legitimar uma intervenção estatal. Para alguns autores, pelo contrário, essa dependência deve ser presumida como uma decisão informada do empresário, que sendo consciente não apenas dos riscos envolvidos, mas também das possibilidades de retorno, resolve aceitar os termos do negócio jurídico em questão.

A terceira consideração é que constatamos a partir da pesquisa de jurisprudência do STJ uma atuação bastante diligente e criteriosa do tribunal no que se refere à possibilidade de intervenção judicial nos contratos comerciais. É possível afirmar que a atual jurisprudência do STJ consagra a posição de que a intervenção judicial na seara dos contratos comerciais deve ser feita com mais cautela do que em outras categorias de contrato em função das características próprias desses contratos (onerosidade, escopo bilateral de lucro e profissionalismos das partes). Não constatamos, portanto, motivos que legitimem as duras críticas de que o poder judiciário no Brasil não teria muito apreço aos contratos de forma geral e que há um risco acentuado de os juízes brasileiros intervirem drasticamente nos contratos e “reescrevê-los” de forma significativamente diferente do que foi pactuado pelas partes. Embora ainda se constatem em algumas instâncias inferiores decisões não tão robustas tecnicamente, no âmbito do STJ o que se nota é o reconhecimento da centralidade do princípio da autonomia da vontade na interpretação dos contratos comerciais e, conseqüentemente, uma posição bastante diligente e rigorosa sobre a possibilidade de intervenção judicial nessa seara.

A quarta consideração está relacionada ao estudo de caso proposto nessa obra. Sem embargo da posição dominante na doutrina de Direito Civil brasileira, que considera inválida a cláusula de não indenizar que afasta o dever de indenização do agente nos casos de atos evitados de dolo ou culpa grave, concluímos que a cláusula de não indenizar prevista na cláusula 4.6.D do Modelo de JOA AIPN 2012 deve ser considerada válida com base na seguinte linha de argumentação:

- (i) Os JOAs são contratos tipicamente comerciais, nos quais as partes possuem toda experiência e capacidade técnica, operacional, econômica e jurídica

necessária para compreender e assumir os riscos envolvidos, não havendo via de regra desequilíbrios excessivos que legitimem uma intervenção judicial.

- (ii) A limitação em questão é razoável e consistente com o "princípio do sem perda e sem ganho" (*no gain no loss*) e a necessidade de gestão eficiente dos imensos riscos envolvidos nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. O operador não é um prestador de serviços do consórcio nem tão pouco é remunerado pela condução das operações, sendo apenas ressarcido pelos custos incorridos por ele na realização das atividades conjuntas. Em contrapartida, o operador também não assume como regra geral riscos desproporcionais à sua participação no consórcio.
- (iii) A referida cláusula não viola interesse público indisponível. Não há uma exclusão total do dever de indenizar do operador em caso de dolo ou culpa grave, permanecendo o operador como regra geral responsável por indenizar uma parcela dos danos proporcional a sua participação no consórcio e a totalidade dos danos causados em caso de ato praticado com dolo ou culpa grave por membros de sua "alta gerência" (*senior supervisory personnel*). Adicionalmente, a cláusula não traz qualquer incremento aos riscos a que a sociedade e o meio ambiente já estão expostos (externalidades), permanecendo o operador e não-operadores solidariamente responsáveis por danos causados a terceiros nos termos do contrato de concessão, contrato de partilha e legislação aplicável.
- (iv) Trata-se de cláusula que reflete os usos e costumes da indústria de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil e globalmente, conforme se extrai dos modelos de JOA desenvolvidos pelas mais tradicionais e prestigiadas associações dessa indústria (ex: AIPN e OGUK) o que reforça sua razoabilidade. É importante frisar que os usos e costumes comerciais são fontes secundárias do Direito Comercial e devem ser aplicados pelo operador do direito sempre que for verificado que a intenção das partes foi a de adotar determinado uso comercial, desde que não contrarie norma legal imperativa.

A quinta consideração é que há um campo vasto de questões jurídicas controversas às quais a abordagem proposta nessa obra poderia ser aplicada. É o caso, por exemplo, do debate sobre a validade da cláusula resolutiva expressa em caso de recuperação e falência que permite a qualquer das partes resolver unilateralmente o contrato em caso de decretação de

falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial da outra parte. Apesar de parte da doutrina e jurisprudência suportarem a invalidade da referida cláusula, vemos com bons olhos a decisão do TJSP no âmbito do Agravo de Instrumento n. 0121739-23.2012.8.26.0000 em que (i) reconheceu a validade da referida cláusula nos contratos entre uma distribuidora de gás natural de comprimido (GNC) e seus clientes em homenagem ao princípio da liberdade de contratar, já que os clientes poderiam contratar com outras distribuidoras e pactuar livremente os termos do contrato e (ii) determinou a invalidade da mesma cláusula no contrato entre a distribuidora de GNC e sua fornecedora de gás, na medida em que tal fornecedora explorava a atividade de gás natural canalizado sob o regime de monopólio e, conseqüentemente, não haveria posição de equilíbrio entre as partes.

No futuro, vemos espaço para que outras limitações à liberdade de contratar (ex: restrições ao uso de moeda estrangeira) também sejam interpretados no âmbito de um contrato comercial de forma adequada às suas especificidades. Se por um lado não devemos adotar uma posição jurídica de idolatria aos contratos comerciais, tão pouco devemos temê-los e fechar os olhos para suas características próprias.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de Andrade. A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas. In: ROSADO, M. *Estudos e Pareceres - Direito do Petróleo e Gás* (p. 61 - 84). São Paulo: Renovar, 2005.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 – 198.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm (1937). Disponível em: [\[http://people.bu.edu.vaguirre/course/bi332/naturefirm.pdf\]](http://people.bu.edu.vaguirre/course/bi332/naturefirm.pdf).
- COELHO, Fabio Ulhoa. As Obrigações Empresariais. In: COELHO, Fabio Ulho, (Org.) *Tratado de Direito Comercial – Obrigações e Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-20.
- \_\_\_\_\_. *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 2 v.
- DA SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro - da Mercancia ao Mercado*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- \_\_\_\_\_. A Interpretação dos Negócios Empresariais. In: COELHO, Fabio Ulho (Org.) *Tratado de Direito Comercial – Obrigações e Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2015, p, 71-118.
- \_\_\_\_\_. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil* n. 130. São Paulo: Editora Malheiros, abril-junho 2003, p. 7-38.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, (Responsabilidade Civil) v. 3.

GILSON, Ronald J. and SCHWARTZ, Alan, Understanding MACs: Moral Hazard in Acquisitions (February 2004). Columbia Law and Economics Working Paper n. 245; Stanford Law and Economics Olin Working Paper n. 278; Yale Law & Economics Research Paper n. 292. Disponível em SSRN: Acessado em 08/07/2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Contratos*, 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 4 v.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 96, p. 423-433, 1 jan. 2001.

LUPION, Ricardo. Interpretação dos Contratos Empresariais – Sem Fobia e Sem Idolatria. *Revista da AJURIS* — n. 135 – Setembro 2014, v. 41.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*. 23. ed. Atualizada por Jorge Lobo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 1. ed. Atualizada por Ricardo Negrão. Campinas: Ed. Bookseller, v. 1, 2000.

OLIVEIRA, Lorelei Mori de. Inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 em relação ao princípio da força obrigatória dos contratos e seus reflexos na responsabilidade civil contratual. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. (Org.) *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88 – 103.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v 2.

REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO FILHO, José Carlos. *Manual on Petroleum Law in Brazil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo. Fundamentos para a interpretação dos contratos empresariais: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v.48, n. 151/152. p. 65-78. jan./dez. 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SMITH, Ernest E.; DZIENKOWSKI, John S.; ANDERSON, Owen L.; CONINE, Gary B.; KRAMER, Bruce M. *International Petroleum Transactions*, 2nd Edition [S.l.: s.n.] (Rock Mountain Mineral Law Foundation 2000).

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial – Teoria Geral do Contrato – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A Função Social dos Contratos Empresariais. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI145625,61044-A+funcao+social+dos+contratos+empresariais+e+o+Judiciario>

VIEIRA, Yacir de Aguiar; CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. A Influência do Código de Comércio Francês no Brasil: Algumas Observações a Propósito do Bicentenário do Código Francês de 1807 In: VIEIRA, Yacir de Aguiar (Org.) *Estudos de Direito Comparado e Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institution of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos Empresariais*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

**ANEXO – Cláusula de Limitação do Dever de Indenizar do Operador no Modelo de JOA AIPN 2012 com a adoção da cláusula opcional 4.D conforme alternativa #2**

<b>Versão oficial em inglês</b>	<b>Tradução livre feita pela AIPN</b>
<b>4.6 Limitation on Liability of Operator</b>	<b>4.6 Limitação da Responsabilidade da Operadora</b>
<b>4.6.A</b> <i>[Except as set out in Article 4.6.D, if applicable, and Article 20.1.C], neither Operator nor any other Operator Indemnitee shall bear (except as a Party to the extent of its Participating Interest share) any damage, loss, cost, or liability resulting from performing (or failing to perform) the duties and functions of Operator, and the Operator Indemnitees are hereby released from liability to Non-Operators for any and all damages, losses, costs, and liabilities arising out of, incident to, or resulting from such performance or failure to perform, even though caused in whole or in part by a pre-existing defect, or the negligence (whether sole, joint or concurrent), gross negligence, willful misconduct, strict liability or other legal fault of Operator (or any other Operator Indemnitee).</i>	<b>4.6.A</b> <i>[Exceto conforme disposto no Artigo 4.6.D e, se aplicável, Artigo 20.1.C], nem a Operadora nem qualquer outro Indenizado da Operadora arcará (exceto como uma Parte na medida de sua Participação) com qualquer dano, perda, custo ou passivo resultante do cumprimento (ou não cumprimento) dos deveres e das funções da Operadora, e os Indenizados da Operadora por meio deste instrumento estão liberados de responsabilidade para com Não Operadoras por quaisquer e todos os danos, perdas, custos e passivos decorrentes de, incidentais a ou resultantes de tal execução ou não execução, mesmo se causado no todo ou em parte por um defeito pré-existente, ou negligência (individual, conjunta ou concomitante), negligência grave, dolo intencional, estrita responsabilidade ou outra culpa legal da Operadora (ou qualquer outro Indenizado da Operadora).</i>
<b>4.6.B</b> <i>[Except as set out in Article 4.6.D, if applicable, and Article 20.1.C], the Parties shall (in proportion to their Participating Interests) defend and indemnify Operator Indemnitees from any damages, losses, costs (including reasonable legal costs and attorneys' fees), and liabilities incident to claims, demands, or causes of action brought by or for any person or entity, which claims, demands or causes of action arise out of, are incident to or result from Joint</i>	<b>4.6.B</b> <i>[Exceto conforme disposto no Artigo 4.6.D e, se aplicável, Artigo 20.1.C], as Partes (na proporção de suas Participações) defenderão e indenizarão os Indenizados da Operadora de quaisquer danos, perdas, custos (inclusive custas legais razoáveis e honorários advocatícios) e passivos incidentes a reclamações, demandas ou causas de pedir interpostas por ou em nome de qualquer pessoa ou entidade, sendo tais reclamações, demandas ou causas de</i>

<p><i>Operations, even though caused in whole or in part by a pre-existing defect, or the negligence (whether sole, joint or concurrent), gross negligence, willful misconduct, strict liability or other legal fault of Operator (or any other Operator Indemnatee).</i></p>	<p><i>pedir resultantes de, incidentes a ou oriundas das Operações Conjuntas, mesmo se causadas no todo ou em parte por um defeito pré-existente, ou negligência (individual, conjunta ou concomitante), negligência grave, dolo intencional, estrita responsabilidade ou outra culpa legal da Operadora (ou qualquer outro Indenizado da Operadora).</i></p>
<p><b>4.6.C</b> <i>Nothing in this Article 4.6 shall be deemed to relieve Operator from its obligation to perform its duties and functions under this Agreement, or from its Participating Interest share of any damage, loss, cost, or liability arising out of, incident to, or resulting from Joint Operations.</i></p>	<p><b>4.6.C</b> <i>Nada neste Artigo 4.6 será considerado como isenção, para a Operadora, do cumprimento de seus deveres e funções nos termos deste Acordo ou de sua parcela, na proporção de sua Participação, de quaisquer danos, perdas, custos ou passivos decorrentes de, incidentais a ou resultantes das Operações Conjuntas</i></p>
<p><b>4.6.D</b> <i>Despite Article 4.6.A or 4.6.B, if any Senior Supervisory Personnel of Operator or its Affiliates engage in Gross Negligence / Willful Misconduct that proximately causes the Parties to incur damage, loss, cost, or liability for claims, demands or causes of action referred to in Article 4.6.A or 4.6.B, then, in addition to its Participating Interest share, Operator shall bear all such damages, losses, costs, and liabilities. Despite the foregoing, under no circumstances shall Operator (except as a Party to the extent of its Participating Interest) or any other Operator Indemnatee bear any Consequential Loss or Environmental Loss.</i></p>	<p><b>4.6.D</b> <i>Não obstante os Artigos 4.6.A ou 4.6.B, se qualquer Supervisor Sênior da Operadora ou de suas Afiliadas agir com Negligência Grave / Dolo Intencional que provavelmente faça com que as Partes incorram em dano, perda, custo ou passivo por reclamações, demandas ou causas de pedir mencionadas nos Artigos 4.6.A ou 4.6.B, então, além de sua quota de Participação, a Operadora arcará com todos os danos, perdas, custos e passivos. Não obstante o exposto acima, sob nenhuma circunstância a Operadora (exceto como uma Parte na medida de sua Participação) ou qualquer outro Indenizado da Operadora arcará com qualquer Dano Imprevisto ou Perda Ambiental.</i></p>