

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO**

RICARDO LUPION GARCIA

DEVERES DE CONDUTA DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: CONTORNOS DOGMÁTICOS DOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Porto Alegre

2010

RICARDO LUPION GARCIA

DEVERES DE CONDUTA DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: CONTORNOS DOGMÁTICOS DOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Eugenio Facchini Neto

Porto Alegre
2010

RICARDO LUPION GARCIA

DEVERES DE CONDUTA DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: CONTORNOS DOGMÁTICOS DOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Aprovada em 10 de setembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Prof. Dr. Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto
Universidade de Coimbra

Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

Prof. Dr. Fabio Siebeneicher de Andrade

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G216d Garcia, Ricardo Lupion

Deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos à luz do Código Civil e da constituição federal / Ricardo Lupion Garcia. – Porto Alegre, 2010.
273 f.

Tese (Doutorado) – Faculdade Direito, Pós - Graduação da Faculdade de Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Eugenio Facchini Neto.

1. Direitos Fundamentais. 2. Contratos (Direito Comercial). 3. Responsabilidade Social - Empresas. 4. Empresas - Aspectos Sociais. I. Facchini Neto, Eugenio. II. Título.

CDD 342.2

Bibliotecária Responsável
Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

Recordemos Eduardo Galeano, que comparava as utopias ao horizonte: se eu avanço um passo, o horizonte recua um passo; se eu avanço dois passos, o horizonte recua dos passos; eu avanço cem metros, o horizonte recua cem metros; eu subo a colina e o horizonte se esconde atrás da colina seguinte. Mas então, perguntava ele, para que servem as utopias? Servem para isso, para nos fazer caminhar!

Eugênio Facchini Neto

RESUMO

A partir do reconhecimento dos aspectos dinâmicos da relação obrigacional com direitos e deveres para ambos os contratantes, a relação obrigacional passa a ser considerada como uma ordem de cooperação na qual as partes não deveriam ocupar posições antagônicas, surgindo, então, *deveres principais*, *deveres acessórios* e *deveres anexos ou deveres de conduta*, resultantes de uma das funções da boa-fé objetiva. Os chamados deveres laterais de conduta direcionam a relação contratual ao seu adequado adimplemento e a sua fonte não é o fato jurígeno obrigacional, mas outras fontes normativas, exemplificativamente, do princípio da boa-fé objetiva, incluindo a idéia de confiança. A intensidade dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais é influenciada pelas principais características da atividade da empresa – especialmente o *exercício profissional de atividade econômica organizada* – na medida em que o agir profissional, a capacidade de organizar os fatores de produção (capital e trabalho) e a assunção de riscos para a obtenção de lucros devem relativizar e atenuar a intensidade das exigências impostas pelos deveres de conduta. O *ônus* que compete à empresa para atender as exigências acima referidas do seu normal funcionamento é a exata medida para uma dimensão própria desses *deveres de conduta* nos contratos empresariais, não podendo ser exigido das empresas o mesmo nível de informação, cooperação, cuidado e atenção devidos nas relações consumeristas, por exemplo. Assim, nas relações contratuais entre as empresas, existem critérios e métodos que atenuam a intensidade dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. Esses critérios e métodos também sofrem a influência dos traços marcantes dos contratos empresariais: risco empresarial, profissionalismo, dever de diligência, organização, concorrência e rivalidade. Todavia, nem sempre esses deveres de conduta poderão ser mitigados, em especial quando houver desigualdade entre as partes, assimetria de informações ou dependência econômica, situações que impõem a retomada da função plena dos deveres de conduta, inclusive pela incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Palavras-chave: Boa-fé Objetiva. Direitos Fundamentais. Empresário. Empresa. Função Social da Empresa. Contratos Empresariais. Deveres de Conduta.

ABSTRACT

Through the recognition of the dynamic aspects of the obligatory relationship with rights and duties for both contracting parties, the obligatory relationship is then considered an order of cooperation in which both parties are expected not to take on antagonistic positions, thus giving rise to *principle duties*, *accessory duties* and *implicit duties or obligations of conduct*, resulting from one of the functions of objective good faith. The so-called lateral obligations of conduct steer the contractual relationship to its suitable performance and its source is not the law-creating obligatory fact, but other normative sources, for example, of the principle of objective good faith, by means of its confidence vector. The intensity of the obligations of conduct resulting from objective good faith in the corporate contracts is influenced by the leading characteristics of the company's activities – especially the *professional exercise of organized economic activity* – given that the professional act, the ability to organize the production factors (capital and work) and the assumption of risks to obtain profit should relativize and minimize the intensity of demands imposed by the obligations of conduct. The *burden* that falls to the company in order to comply with the aforementioned demands for its normal operation is the exact measure for its own understanding of these obligations of conduct in the corporate contracts, with it being impossible to demand the same level of information, cooperation, care and attention from companies normally due in consumer relations, for example. Thus, in contractual relationships between companies, there are criteria and methods that minimize the intensity of the obligations of conduct resulting from objective good faith. These criteria and methods also suffer the influence of important characteristics of corporate contracts: corporate risk, professionalism, duty of diligence, organization, competition and rivalry. However, these obligations of conduct cannot always be mitigated, especially when there is inequality between the parties, asymmetry of information or economic dependence, situations that impose the reimplementation of full effectiveness of obligations of conduct, even through the incidence of fundamental rights in private relations.

Key words: Objective Good Faith. Fundamental Rights. Businessperson. Company. Social Function of the Company. Corporate Contracts. Obligations of Conduct.

RESUMEN

A partir del reconocimiento de los aspectos dinámicos de la relación obligacional con derechos y deberes para ambos contratantes, la relación obligacional a ser considerada como una orden de cooperación en la cual las partes no deberían ocupar posiciones antagónicas, surgiendo, entonces, *deberes principales*, *deberes accesorios* y *deberes anexos o deberes de conducta*, resultantes de una de las funciones de la buena fe objetiva. Los llamados deberes laterales de conducta dirigen la relación contractual a su adecuado cumplimiento y su fuente no es el hecho jurídico obligacional, sino otras fuentes normativas, ejemplificativamente, del principio de la buena fe objetiva, por medio de su vector confianza. La intensidad de los deberes de conducta consecuentes de la buena fe objetiva en los contratos empresariales es influenciada por las principales características de la actividad de la empresa - especialmente el *ejercicio profesional de actividad económica organizada*- en la medida en que el actuar profesional, la capacidad de organizar los factores de producción (capital y trabajo) y la asunción de riesgos para la obtención de utilidades deben relativizar y atenuar la intensidad de las exigencias impuestas por los deberes de conducta. La carga que compete a la empresa para atender las exigencias arriba referidas de su normal funcionamiento es la exacta medida para una dimensión propia de estos *deberes de conducta* en los contratos empresariales, no pudiendo ser exigido de las empresas el mismo nivel de información, cooperación, cuidado y atención debidos en las relaciones consumistas, por ejemplo. Así, en las relaciones contractuales entre las empresas, existen criterios y métodos que atenúan la intensidad de los deberes de conducta consecuentes de la buena fe objetiva. Estos criterios y métodos también sufren la influencia de los trazos llamativos de los contratos empresariales: riesgo empresarial, profesionalismo, deber de diligencia, organización, competencia y rivalidad. Sin embargo, no siempre estos deberes de conducta podrán ser mitigados, en especial cuando haya desigualdad entre las partes, asimetría de informaciones o dependencia económica, situaciones que imponen la retoma de la función plena de los deberes de conducta, inclusive por la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Palabras clave: Buena fe Objetiva. Derechos Fundamentales. Empresario. Empresa. Función Social de la Empresa. Contratos Empresariales. Deberes de Conducta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
CAPITULO I - O CONTRATO E A BOA-FÉ OBJETIVA	
1.1 CONTRATO.....	
1.1.1 Origens	
1.1.2 Declínio da autonomia contratual	
1.1.3 Novas e atuais funções.....	
1.2 BOA-FÉ OBJETIVA	
1.2.1 Obrigação e dever jurídico: distinção.....	
1.2.2 Origens	
1.2.3 Marco legal da boa-fé objetiva no brasil.	
1.2.4 Boa-fé objetiva: deveres de conduta.....	
1.2.5 Violação positiva do contrato	
CAPITULO II - CONCEPÇÕES DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	
2.1 COMERCIANTE: CONCEPÇÃO CLÁSSICA.....	
2.2 DO COMERCIANTE AO EMPRESÁRIO: A CONTRIBUIÇÃO DO CDC	
2.2.1 Atuação profissional e organizada	
2.2.2 Atuação direcionada para a obtenção de lucros.....	
2.2.3 Posição do Superior Tribunal de Justiça.....	
2.3 EMPRESÁRIO: CONCEPÇÃO ATUAL	
2.4 EMPRESA-OBJETO OU EMPRESA-SUJEITO: instrumento da atividade exercida pelo empresário ou agente de inclusão social?.. ..	
2.4.1 Introdução ao tema	
2.4.2 Posição da doutrina	
2.4.3 Empresa-sujeito no código civil e nas leis esparsas.....	
2.4.4 Algumas referências do Superior Tribunal de Justiça.....	
2.4.5 Os perfis da empresa: conclusões.....	
2.5 UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DAS ATIVIDADES REALIZADAS PELA EMPRESA	
2.5.1 O estado e a empresa: políticas do <i>welfare state</i>	
2.5.2 <i>Welfarism</i> brasileiro	

2.5.3 Valores da livre iniciativa e fundamentos da liberdade de concorrência na concepção da constituição de 1988	
2.5.4 Empresa: função social, responsabilidade social e direitos fundamentais sociais	
2.5.4.1 Função social da empresa	
2.5.4.2 Responsabilidade social da empresa	
2.5.4.3 Direitos fundamentais sociais e empresa	

CAPITULO III - OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A MITIGAÇÃO DOS DEVERES DE CONDUTA DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA

3.1 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS EMPRESARIAS.....	
3.1.1 Risco empresarial	
3.1.2 Profissionalismo e dever de diligência	
3.1.3 Organização empresarial.....	
3.1.4 Concorrência e rivalidade	
3.2. MITIGAÇÃO DOS DEVERES DE CONDUTA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	
3.2.1 Dever de cooperação e rivalidade concorrencial	
3.2.2 Padrão de cuidado e diligência empresarial	
3.2.3 O procedimento de <i>due diligence</i> e os deveres de informação, cuidado e de proteção	
3.2.4 Desigualdade das partes, assimetria de informações ou dependência econômica: a retomada da função plena dos deveres de conduta.....	
3.2.5 O papel dos direitos fundamentais nos contratos empresariais	

4 CONCLUSÕES

5 ANEXOS.....

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A presente tese, sob o título “deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos à luz do Código Civil e da Constituição Federal”, identificará métodos e critérios que possam mitigar os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais.

De um lado, o artigo 422 do Código Civil – no seu sentido mais amplo – estabelece que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé e, de outro, duas das principais características dos contratos empresariais: uma delas se refere à circunstância de que há, entre as empresas, um ambiente de disputa e de rivalidade e outra que diz respeito ao fato de que os contratos empresariais são negociados e assinados por administradores sujeitos a deveres para com a sociedade empresarial que representam, entre eles e talvez o de maior importância para os fins deste trabalho, o dever de diligência

Desse dever do administrador em relação à empresa resultará um *onus* para a empresa representada que será capaz de influenciar os efeitos dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva da outra empresa.

Quanto à boa-fé objetiva no seu sentido mais amplo, Menezes Cordeiro, com apoio na posição do jurista alemão Heirich Siber, aborda a questão da complexidade intra-obrigacional no sentido de que “o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia”.¹

A influência da boa-fé - alertou Clóvis do Couto e Silva – “é algo que não se pode desconhecer ou desprezar [...] pois se trata de proposição jurídica, com significado

¹ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Livraria Almedina, 1983. pp. 586-591.

de regra de conduta.” O princípio da boa-fé – prossegue o saudoso jurista – “contribuiu para determinar ‘o quê’ e o ‘como’ da prestação.”²

A moderna teoria do contrato, além das clássicas e principais obrigações de dar, fazer ou não fazer que constituem “a alma da relação obrigacional”³, também impõe aos contratantes deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva como sendo o dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. A criação dos chamados deveres de conduta ocorre porque “o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas envolve também uma obrigação de conduta”.⁴

A boa-fé surge, portanto, para impor aos contratantes certos deveres de procedimento mesmo que não previstos ou escritos no contrato, não sendo necessária a existência de uma cláusula ou disposição contratual, já que as “partes estarão vinculadas a deveres objetivos independentemente de qualquer manifestação de ânimo ou consenso”.⁵

Esses “*deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela*” se reportam às “denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schultzpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina

² COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 27.

³ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 62.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 108.

⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. “O princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica jurídica”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / Leonel Severo Rocha, Lenio Luis Streck; José Luis Bolzan de Moraes (orgs.) [et al]* Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.82. No mesmo sentido, Fernando Noronha: “De acordo com a classificação que parece mais difundida, há que distinguir na obrigação em geral, e na relação contratual em especial, deveres de prestação e meros deveres de conduta. Os primeiros traduzem-se em prestações exigíveis e subdividem-se em deveres primários e secundários. Os outros, também chamados de deveres acessórios, ou laterais, não dizem respeito a prestações específicas, revelando-se apenas na medida em que sejam necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 160-165).

germânica a pioneira em seu tratamento.⁶ Esses deveres dizem respeito “à *exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa*”, e estão sistematizados pela doutrina em vários tipos, como “os *deveres de cuidado, previdência e segurança, os deveres de aviso e informação, os deveres de notificação, os deveres de cooperação, os deveres de protecção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte*”.⁷

Ao ser referir aos “deveres acessórios de conduta” do locatário – como, por exemplo, o dever de avisar imediatamente o locador, sempre que tenha conhecimento de vícios da coisa – Antunes Varela esclarece que “trata-se de um dever que não respeita directamente nem à preparação, nem à perfeita realização da prestação debitória (principal), para, em seguida concluir que de um modo geral nas relações obrigacionais bilaterais (onde os deveres acessórios de conduta mais avultam), “cada um dos contraentes tem o dever de tomar todas as providências necessárias (razoavelmente exigíveis) para que a obrigação a seu cargo satisfaça o interesse do credor da prestação”.⁸

Todavia, não se pode olvidar que, nos contratos empresariais – “*cada parte prossegue objectivos próprios e desconhece os da contraparte; cada parte sabe, o mais das vezes, que a sua mais-valia é a perda da contraparte*”, como anotou Menezes Cordeiro em outra passagem da sua obra.⁹

Isto não quer dizer, contudo, que os contratos empresariais estariam a salvo da incidência da boa-fé objetiva, pois a boa-fé transcende todas as relações jurídicas, civis e comerciais.¹⁰

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 438.

⁷ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Obra citada*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 64. No mesmo sentido, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p.179.

⁸ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 9. ed. Almedina: Coimbra, 1998. pp. 126-128.

⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Obra citada*. p. 1075.

¹⁰ CARSLEY, Fredric L. *Good faith and fair dealing in the commercial context*. O autor faz um relato da experiência canadense e norte-americana a respeito da incidência da boa-fé objetiva nos contratos empresariais, especialmente quando houver “*malicious and vexatious intent, unreasonable exercise of a right, breach of confidence*”. Disponível em <<http://degrandpre.com/documents/publications/Art-FC-Good%20Faith.pdf>>. Acesso em 15 JAN 2010.

Então, o principal desafio desta tese será o de conciliar a imposição desses deveres de conduta que, na expressão de Antunes Varela, corresponde ao “*dever de tomar todas as providências necessárias (razoavelmente exigíveis) para que a obrigação a seu cargo satisfaça o interesse do credor na prestação*”¹¹ em face das características marcantes da atividade realizada pela empresa - entre as quais se destaca, por exemplo, na compra e venda, a posição do comprador, que deseja comprar pelo menor preço e a do vendedor que deseja obter o maior, sendo que “não há como esperar que renunciem a tais interesses, que são da lógica do negócio”, como alerta Tepedino.¹²

Afinal, como será possível mitigar esses deveres de conduta nos contratos empresariais? Para tanto, o presente trabalho se propõe fazer uma leitura específica do dever de cooperação, porque – nos negócios empresariais – nem sempre será possível exigir que cada empresa concorde, implicitamente, em adotar as providências que estejam ao seu alcance para permitir que a outra empresa tenha vantagens no contrato. Trata-se de um dever de reconhecer e ter em devida conta os legítimos interesses de ambas as partes.¹³

¹¹ VARELA, Antunes. *Obra citada*. p. 128.

¹² “Justamente por não exigir a proteção aos interesses íntimos e privados da contraparte, mas somente a colaboração para aqueles interesses objetivamente extraídos da própria realização do negócio, a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições contratuais de vantagem. Em outras palavras, as partes, na prática, concorrem – e o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais.” (TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. “Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil”. *Revista da EMERJ*, v. 06, pp. 139-151).

¹³ No original: “*Viewed in this way, good faith obligations are not abstract and generalized but tied inextricably to the particular agreed purpose(s) of the contract. As Justice Finn observes, these obligations look to “fairness in the context of a relationship, not fairness as some abstract ideal”. This idea is probably best seen in the principle that all contracts carry with them a duty of cooperation. This duty has been described as not materially different from the duty of good faith performance in the United States. That is, where in a written contract it appears that both parties have agreed that something will be done, a court will imply a term that “each party agrees, by implication, to do all such things as are necessary on his part to enable the other party to have the benefit of the contract”.* (BARON, P. D. “Resistance: A consideration of the opposition to a duty of good faith in Australian commercial contracts”, *New Zealand Business Law Quarterly*, November, 2005. pp. 1-8). Ver também CAPUANO, Angelo. “Not keeping the faith: a critique of good faith in contract law in Australia and the United States”. *Bond Law Review*, Australia, vol. 17. p. 29.

Sendo a boa-fé uma cláusula geral, na tarefa concretizadora ou de preenchimento do “espaço vazio”, não se pode desconhecer “o conteúdo do princípio objetivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, assim como a estrutura da hipótese em apreço”, conforme anotou Almeida Costa.¹⁴ A boa-fé “dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia”,¹⁵ razão pela qual a invocação generalizada e romântica da boa-fé¹⁶ “tentação especialmente difundida em sistemas como o nosso, onde o princípio da boa-fé foi forjado a partir da idéia de proteção ao consumidor – é, no entanto, tão perigosa quanto o é a tentação oposta”, alerta Teresa Negreiros.¹⁷

Com a expressão “superutilização da boa-fé objetiva”, Anderson Schreiber alerta para o “processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais arbitrárias, que nada dizem tecnicamente com o seu conteúdo e suas funções”, apontando que, quando invocada “como receptáculo de todas as esperanças”, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter num conceito vazio e inútil.¹⁸

Mota Pinto indica que a vivência da objetiva da boa-fé, os usos do tráfico e o fundo cultural médio da sociedade são procedimentos a serem adotados para a incidência desses deveres, recomendando que o caso concreto seja comparado “com os casos

¹⁴ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Obra citada*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 100 e 262.

¹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obra citada*, p. 42.

¹⁶ A boa-fé não é um modelo acabado que “*el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico*” (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. de José Luis Carro. Madri: Editorial Civitas, 1986. p 37). José Carlos Moreira da Silva Filho fez uma importante pesquisa jurisprudencial no âmbito das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça. Das 223 decisões analisadas, 147, ou seja, mais de 50%, “apresentou o princípio da boa-fé objetiva sem a utilização de qualquer parâmetro para justificar o seu uso ou aplicação no caso concreto”, ou ainda, o princípio foi citado “sem qualquer tipo de fundamentação jurídica [...] contentando-se o julgador em referir algo como ‘violação do princípio da boa-fé objetiva’, nada mais” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Obra citada*. pp. 90-91).

¹⁷ “O argumento de que a boa-fé comporta níveis diversos de intensidade corre o sério risco de tornar o domínio das relações mercantis – cuja importância, também, simbólica, é central – num domínio imune, na prática, às inovações trazidas pelo conceito de que os contratantes (quaisquer contratantes) têm específicos deveres de lealdade um para com o outro. É justamente aí, no campo das relações mercantis, tão sensível aos imperativos da globalização e da uniformização das práticas contratuais, que a boa-fé terá uma função verdadeiramente inovadora. Ou não.” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.154).

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar. pp. 116-117.

típicos já julgados” e que o fundamento destas decisões deve ser confrontado com o caso concreto para “verificar se tem ou não a mesma legitimidade de aplicação”.¹⁹

A identificação das principais características dos contratos empresariais (especulação, assunção de riscos, realização de lucros, entre outros), também contribuirá para mitigar esses deveres de conduta, pois, no âmbito desses contratos, as empresas devem ser livres para atuar de acordo com seus múltiplos interesses e valores.

A especulação e o lucro são elementos marcantes e indissociáveis da atividade empresarial, razão pela qual, nos contratos empresariais, a álea contratual será diretamente proporcional aos lucros pretendidos pela empresa no contrato.

Quanto maior o lucro pretendido como resultado da contratação, maiores serão os riscos assumidos pela empresa no seu próprio interesse e conveniência empresarial (atividade especulativa) e, pelo resultado inverso, e obviamente não desejado pela empresa, mas possível de ocorrer, maiores serão os prejuízos se a sua avaliação do negócio não se confirmar.²⁰

Em resumo: a álea contratual deve ser suportada pelo contratante, cada qual auferindo os ganhos ou suportando as perdas de acordo com as suas previsões. Nessa atividade contratual, a empresa deve ser livre para atuar de acordo com os seus interesses e conveniências comerciais: *“obviamente, un comerciante no tiene por qué*

¹⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 254. No mesmo sentido, a posição de Menezes Cordeiro adverte que o recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões “não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manual da Rocha. *Obra citada*. p. 753).

²⁰ Nesse sentido, recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementada : “1. Art. 2º. da Lei nº. 8.955/94. É a franquia um pacto eminentemente empresarial, negócio de risco, cujo objeto é a cessão, pela franqueadora, do uso de marca ou patente associado ao direito de distribuição de produtos e serviços, que pode ser, ou não, exclusivo, e pode envolver, ou não, cessão de tecnologia. A contraprestação devida pela franqueada à franqueadora se dá por meio de remuneração direta ou indireta. [...] 5. Observe-se que cabe à franqueadora o cumprimento das exigências legais – Lei nº. 8.955/94 -, não lhe sendo imputável, todavia, qualquer responsabilidade pelo sucesso do negócio da franqueada. A franqueada, por sua vez, recebe, mediante a contraprestação que alcança à franqueadora, o direito de usar a marca e de transacionar as mercadorias e serviços e, em casos como o dos autos, de receber também instrução tecnológica – know how -, correndo por sua conta e risco o sucesso do empreendimento. E isso não significa irresponsabilidade de uma parte perante a outra. Trata-se simplesmente do risco do negócio.” TJRS. Ap. Cível 70020761300, 9ª. Câmara Cível, j. em 03/10/2010, rel. Desª. Iris Helena Medeiros Nogueira.

*tratar exactamente igual a sus proveedores, ni el acreedor está obligado a tratar a los deudores de la misma forma, ni creemos que pueda invocarse el principio de igualdad frente a una mejora testamentaria.*²¹

Essa também é a posição sustentada por J. C. Vieira de Andrade – citado por Canotilho – que aponta a dificuldade de argumentar com o princípio da igualdade ou proibição de não discriminação no caso “[...] de um pai que favorece um filho em relação ao outro através de concessão da quota disponível, ou de um senhorio que promove acção de despejo por falta de pagamento de renda, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, nas mesmas circunstâncias, pelo facto de este ter as mesmas convicções políticas”.²²

Na mesma direção a doutrina nacional, com Fábio Ulhoa Coelho, que relata a hipótese de um fabricante conceder tratamento diferenciado a seus revendedores com base no conceito comercial de cada revendedor, sendo um deles “tradicional e próspero comerciante, bom pagador, operando há décadas na atividade e com quem o industrial sempre manteve excelentes e frutíferas relações; o outro, recém-estabelecido no ramo, desconhecido e com fama de mau pagador” – concluindo que é absolutamente normal e lícito diferenciar esses dois revendedores, concedendo ao primeiro vantagens comerciais negadas ao segundo, pois, “em geral, essa diferenciação nas condições de negócio não produzirá efeitos senão nas próprias relações privadas entre os contratantes, inserindo-se a matéria exclusivamente no campo da autonomia da vontade”.²³

²¹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. “Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la practica”. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino (org.)*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 235. O autor esclarece que “Ciertamente el riesgo de ahogar la libertad negocial existe. Basta pensar en las consecuencias de una aplicación mimética del principio de igualdad en la esfera privada. Puede acarrear, en efecto, consecuencias absurdas e insopportables”.

²² Apud CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3ª. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1212.

²³ COELHO, Fabio Ulhoa. “Caracterização de infração contra a ordem econômica”. *Revista de Direito*, São Paulo, vol. 75. p. 88.

Então, um dos desafios do presente trabalho será o de encontrar o ponto de equilíbrio para a aplicação da boa-fé objetiva na sua função criadora de deveres de conduta, especificamente nos contratos empresariais, pois “em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.”²⁴

De outro lado, a empresa “vem sendo considerada como o centro da atividade social e econômica, em razão da produção de bens destinados ao consumo”, assumindo importância expressiva porque o seu destaque na ordem social não se resume apenas a seu potencial econômico, mas reflete no equilíbrio político do Estado onde desenvolve as suas atividades.²⁵

Embora o Código Civil de 2002 não tenha expressamente reconhecido a função social da empresa – poderia ter-se inspirado nas disposições contidas no artigo 154 da Lei 6404/76, no artigo 47 da Lei 11.101/05 e no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal²⁶ – o Enunciado nº 53 do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho

²⁴ E os autores prosseguem: “Mais: aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque, não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente moral da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses. Daí a importância de se buscar, com o advento do novo Código Civil, definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial as suas funções e os seus limites.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. / Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.37.

²⁵ “Na medida em que contribui para a geração de empregos e fortalecimento das atividades laborais, bem como permite ao Estado direcionar os recursos captados para as atividades sociais, tais como, segurança, saúde, educação, saneamento e outras, definidas no artigo 144 e seguintes da Constituição Federal de 1988. [...] Destarte, no âmbito desta realidade, a empresa realiza um dos mais exponenciais papéis à sociedade brasileira.” (REIS, Clayton. “A Responsabilidade civil do empresário em face dos novos comandos legislativos contidos no código civil de 2002”. *Direito empresarial & cidadania. Questões Contemporâneas* / Carlyle Popp [et al]; Jair Gevaerd e Marta Marília Tonin (org.). Curitiba: Juruá Editora, 2004. pp. 55 e 60.

²⁶ O art. 154 da Lei 6404/76 dispõe que: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. O art. 47 da Lei 11.101/05 dispõe que: “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à ativi-

da Justiça Federal (CJF), aprovado nas Jornadas de Direito Civil, propõe que – a despeito da falta de referência expressa – o princípio da função social deve ser levado em consideração na interpretação das normas relativas à empresa.²⁷

Isto porque a empresa é capaz de representar os interesses dos seus acionistas, empregados e demais partes relacionadas às suas atividades “como agentes da realização da política econômica e social do Estado.”²⁸

Como referência teórica da boa-fé objetiva no seu sentido mais amplo, a presente tese se alinha ao posicionamento de Menezes Cordeiro, pela contribuição deste a respeito do tema e pela importância da obra na língua portuguesa. No âmbito da doutrina nacional, aos referenciais de Clóvis do Couto e Silva, Judith Martins Costa e Teresa Negreiros, porque todos comungam do entendimento de que a boa-fé objetiva cria deveres no interesse geral da contratação, com especial destaque para a célebre frase – já referida – do saudoso Couto e Silva: a boa-fé objetiva “contribui para determinar ‘o quê’ e o ‘como’ da prestação”.

No que se refere à identificação dos critérios e métodos para encontrar, nos contratos empresariais, os níveis dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, este estudo, de um lado, vai ao encontro da posição de Gustavo Tepedino, que postula a necessidade da existência de diversos níveis de exigência desses deveres anexos, diferenciando-os, por exemplo, nas relações consumeristas, paritárias e societárias, e, de outro, segue Fabio Konder Comparato e Paula A. Forgini no que se refere à tipicidade dos negócios empresariais, às atribuições e funções dos administradores

dade econômica”. O art. 170 da Constituição Federal reconhece a função social dos bens de produção ao estabelecer que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade”.

²⁷ Enunciado 53: deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa. Disponível em <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em 16 FEV 2009.

²⁸ “A inter-relação crescente de interesses públicos e privados, na atividade empresarial, já não precisa ser sublinhada, nos dias que correm. Mesmo em sistemas econômicos com o nosso, que consagram o princípio da apropriação privada dos meios de produção, as grandes empresas tendem a se inserir no plano nacional de desenvolvimento, como agentes da realização da política econômica e social do Estado.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 282).

de uma empresa e, finalmente, à função social dos bens de produção, na conhecida expressão cunhada por Comparato.

Finalmente, a inspiração para identificar a contribuição da empresa na realização dos direitos fundamentais sociais pela *práxis* empresarial de concessão de diversos benefícios sociais, surgiu a partir da conscientização da importância desse tema destacada por Ingo Wolfgang Sarlet.

O presente trabalho também procurou estabelecer um traçado da interdependência entre o Estado e a atividade realizada pela empresa em prol dos direitos fundamentais sociais, pela contribuição das atividades realizadas pelas empresas no fornecimento dos recursos financeiros (via arrecadação tributária) necessários para que o Estado possa executar as políticas públicas voltadas ao atendimento desses direitos fundamentais sociais.

A metodologia do trabalho foi baseada na pesquisa bibliográfica estrangeira (na língua inglesa e espanhola) e nacional. Também foram realizadas consultas a modelos de contratos e pesquisas sobre técnicas de realização de *due diligence* no Brasil e no exterior. Finalmente, precedentes judiciais também foram utilizados para apoiar as conclusões dos temas aqui abordados. Na elaboração da tese foi empregado o método dedutivo de abordagem, partindo-se da boa-fé objetiva no seu sentido mais amplo para se chegar aos critérios e métodos que possam mitigar os deveres de conduta dela decorrentes nos contratos empresariais.

A primeira parte deste estudo abordará as origens do contrato, o declínio da autonomia contratual e suas atuais funções para, em seguida, examinar os aspectos gerais da boa-fé objetiva e o surgimento dos deveres de conduta.

Em seguida, o trabalho tratará das diversas concepções da atividade empresarial: a evolução do perfil do praticante da atividade de trocas, de mediação, de circulação de bens e mercadorias, desde a sua concepção clássica sob o olhar da codificação comercial de 1850 (comerciante) até os dias atuais (empresário), e a concepção a-

tual da empresa como agente de inclusão social.

Pretende-se, ainda, no desenvolvimento do trabalho, examinar os princípios de livre iniciativa e da liberdade de concorrência que regem a atividade realizada pela empresa na concepção da Constituição Federal de 1988, bem como identificar os efeitos da interlocução entre as funções do Estado e a atividade da empresa no atendimento dos direitos fundamentais sociais.

Finalmente, serão identificadas algumas características dos contratos empresariais para, em seguida, apontar critérios e condições que irão mitigar os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais, com destaque para os efeitos do procedimento de “*due diligence*” – ônus imposto ao comprador – nos contratos de aquisição de empresas, como critério mitigador dos deveres de conduta da parte vendedora.

Para cada *empresa* cabe um *ônus* de proceder nos contratos que celebra. Esse *ônus* decorre dos deveres dos administradores em relação às empresas que representam. Assim, a identificação dos métodos e critérios para a mitigação dos deveres de conduta nos contratos empresariais é a contribuição mais relevante desenvolvida na presente tese.

Enquanto a doutrina sustenta que os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva devem ter diferentes níveis de exigência e interpretação, como, por exemplo, nos contratos civis, de consumo e empresariais, a presente tese vai além, e identifica quais são os critérios e métodos para encontrar os limites e os níveis desses deveres de conduta nos contratos empresariais, destacando, de modo especial, a atividade especulativa da empresa mediante a assunção de riscos e resultados dela decorrentes (lucros ou prejuízos), o profissionalismo dos praticantes dessa atividade e o procedimento de “*due diligence*”.

O tema desenvolvido na presente tese identifica-se com a linha de pesquisa “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e

no Direito Privado”, na área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na medida em que investiga a empresa como agente de inclusão social na concretização dos direitos fundamentais sociais e que aborda as fronteiras dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais à luz das disposições constitucionais que regem as atividades econômicas, insertas no artigo 170 da Constituição Federal.

CONCLUSÕES

A abordagem do contrato, da boa-fé objetiva, das concepções das atividades empresariais e dos contratos empresariais, formou os pilares de sustentação da presente tese na definição dos contornos dogmáticos referentes aos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais à luz do Código Civil e da Constituição Federal.

Não há dúvida de que a liberdade contratual exerceu importante papel para derrubar os entraves decorrentes do *Ancien Règime*, assegurando aos indivíduos a liberdade de contratar segundo o livre convencimento das partes e a de determinar o conteúdo do contrato, a partir de dois postulados básicos da Revolução Francesa: liberdade e igualdade.

Todavia, as mudanças impostas pela Revolução Industrial mostraram a diferença entre a igualdade formal de todos perante a lei e a desigualdade material que afastava os menos favorecidos. A liberdade baseada na ausência de intervenção e regulação do Estado foi exacerbada pelo aforismo econômico *laissez faire, laissez passer*. Aos poucos foi desaparecendo a liberdade como atributo, como resultado do direito de propriedade, antes essencial para combater o *Ancien Règime*.

As transformações ocorridas no alvorecer do século XX provocaram contestações a esse individualismo. Seguiram-se as Guerras Mundiais. A vontade das partes em um mundo ideal já não podia ser admitida em razão da desigualdade substancial das partes, sendo necessário refrear o uso absoluto que o indivíduo podia fazer da sua pessoa e dos seus bens.

Entra em declínio a força obrigatória do contrato que deixa de ser o resultado do livre acordo para se tornar instrumento de sujeição do mais fraco pelo mais forte. A aplicação da concepção formal e absoluta da igualdade gerou distorções, desvanecendo-se, aos poucos, as doces esperanças da econômica liberal.

A autonomia da vontade, a liberdade contratual e a obrigatoriedade dos contratos - princípios clássicos do contrato considerados na concepção meramente formal dos valores liberdade e igualdade – passam a conviver com outros princípios, dentre os quais se destaca, para os fins da presente tese, o da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) desenvolvida no direito germânico a partir do *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)* - §§ 157 e 242 – teve o seu sentido inicial apenas para obrigar ao que tivesse sido expressamente pactuado. A partir da Primeira Guerra Mundial, a jurisprudência alemã passou a atribuir-lhe a função de deveres anexos, cuja orientação foi disseminada para outros países.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 introduziu a boa-fé objetiva como cláusula geral de interpretação dos contratos firmados pelos então comerciantes, tendo como raiz comum a sistematização de Pothier – sem muita aceitação, é verdade; fenômeno que também ocorreu em outros países, inclusive na Alemanha, apesar da criação de um Corte Especializada (Tribunal Superior de Apelação Comercial (*Oberappellationsgericht zu Lübeck – OAG Lübeck*)).

A partir do reconhecimento dos aspectos dinâmicos da relação obrigacional com direitos e deveres para ambos os contratantes, essa relação obrigacional passa a ser considerada como uma ordem de cooperação na qual as partes não deveriam ocupar posições antagônicas, surgindo, então, *deveres principais*, *deveres acessórios* e *deveres anexos ou deveres de conduta*. Estes últimos constituem o alvo principal desta tese.

Reconhecida a distinção entre *obrigação* e *dever jurídico* no sentido de que a *obrigação* atribuiu a uma das partes a expectativa de obter da outra o adimplemento da prestação enquanto o *dever jurídico* representa uma necessidade imposta pelo Direito de observar determinado comportamento, impõe-se, também, a distinção *entre dever jurídico e ônus jurídico* pela proximidade dos conceitos, no sentido de que *ônus jurídico* é uma faculdade de agir, de obter uma vantagem ou de se evitar uma

desvantagem, como ocorre, por exemplo, com o ônus da prova em matéria processual.

Essa distinção entre *dever jurídico* e *ônus jurídico* é fundamental para os fins deste estudo, considerando que da interlocução desses importantes institutos jurídicos resultará uma medida concreta para a mitigação (ou não) dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais.

Da tríplice função da boa-fé objetiva – interpretação dos negócios jurídicos, restrição do exercício de direitos subjetivos e criação de deveres anexos à prestação principal – o presente trabalho dedica mais atenção para a última, como sendo os chamados deveres laterais de conduta que direcionam a relação contratual ao seu adequado adimplemento, cuja fonte não é o fato jurígeno obrigacional, mas de outras fontes normativas, exemplificativamente, do princípio da boa-fé objetiva, incluindo a idéia de confiança.

Diferentemente dos deveres relacionados à prestação principal do contrato que decorrem do fato jurígeno obrigacional e podem ser previamente definidos pelas partes, os deveres de conduta decorrem de uma das funções da boa-fé objetiva (função criadora de deveres) e são considerados genericamente, porque não podem ser antecipadamente identificados pelas partes.

Outro aspecto importante para a identificação dos critérios que possam (ou não) mitigar os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais, é a evolução do perfil do praticante da atividade de trocas, de mediação, de circulação de bens e mercadorias, desde a sua concepção clássica sob o olhar da codificação comercial de 1850 (comerciante) até os dias atuais (empresário), os princípios que regem a atividade empresarial à luz do artigo 170 da Constituição Federal; a função social da empresa, sua responsabilidade social e a importância do seu papel na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Da concepção clássica sob o olhar da codificação comercial de 1850 (comerciante) até os dias atuais (empresário), verifica-se que a atuação profissional e organizada voltada para a obtenção de lucros com a assunção dos riscos inerentes constitui o delineamento da atividade exercida pela empresa, com ênfase para a perspectiva do *exercício profissional de atividade econômica organizada* a partir do Código Civil de 2002.

Essas características – especialmente o *exercício profissional de atividade econômica organizada* – influenciam a intensidade dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais na medida em que o agir profissional, a capacidade de organizar os fatores de produção (capital e trabalho) e a assunção de riscos para a obtenção de lucros devem relativizar e atenuar a intensidade das exigências impostas pelos deveres de conduta.

O *ônus* que compete à empresa para atender as exigências acima referidas do seu normal funcionamento é a exata medida para uma dimensão própria desses *deveres de conduta* nos contratos empresariais, não podendo ser exigido das empresas o mesmo nível de informação, cooperação, cuidado e atenção devidos nas relações consumeristas, por exemplo.

O exercente da atividade empresarial é, ao mesmo tempo, protagonista e destinatário principal dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, também é necessário desafiar o tema em torno da concepção da *empresa-sujeito* e da *empresa-objeto*. Com o máximo respeito e consideração à posição majoritária da doutrina nacional que adota a empresa como *empresa-objeto*, isto é, como instrumento para o exercício da atividade do empresário, a presente tese se filia à expressão *empresa-sujeito*, seja porque há supedâneo legal para a adoção do desse significado, seja pelo importante papel que a empresa desempenha como agente de inclusão social em relação aos direitos fundamentais sociais.

O sentido da *empresa-objeto* como forma ou organização indispensável para que o empresário possa empreender a prática contínua dos atos empresariais é reconhe-

cido no artigo 1.142 do Código Civil que considera estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da *empresa* (com o sentido de atividade e, portanto, de *empresa-objeto*) e no artigo 1.155 que considera nome empresarial a firma ou a denominação adotada para o exercício de *empresa* (com o sentido de atividade e, portanto, de *empresa-objeto*).

O Código Civil também utiliza o vocábulo *empresa* como *empresa-sujeito* atribuindo-lhe significado de sujeito jurídico em diversos dispositivos, como por exemplo, no artigo 931 ao estabelecer que os empresários individuais e as *empresas* (com o significado de *empresa-sujeito*) respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. O mesmo ocorre com a Lei das Sociedades por Ações (Lei 6404, de 16/12/1976): o artigo 116, parágrafo único, atribui ao acionista controlador, no uso do poder de controle, deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da *empresa* (com o significado de *empresa-sujeito*). A Lei 8884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica também utiliza o vocábulo *empresa* com o significado de *empresa-sujeito* (nos artigos 20, inciso V, com a expressão “*empresa concorrente*” e no artigo 54 na referência a “*fusão ou incorporação de empresas*”, “*participação de empresa ou grupo de empresas*”). A Lei de Falência e de Recuperação Judicial e Extrajudicial (Lei 11.101, de 09/02/2005) igualmente adota o vocábulo *empresa* com a mesma acepção (no artigo 140, com “*alienação dos bens da empresa*” e nos artigos 141, 142 e 143 com “*ativos da empresa*”, isto é, com o significado de *empresa-sujeito*.)

Se uma das funções da boa-fé objetiva é a de impor certos deveres de conduta aos contratantes, a atuação da *empresa* é diretamente influenciada pela atuação do Estado que ora adota modelo passivo (de nenhuma intervenção no exercício e funcionamento das atividades produtivas, deixando-as para a livre atuação da iniciativa privada), ora modelo mais atuante (com a participação de diversos entes estatais nessas atividades produtivas e com a adoção de políticas intervencionistas).

A relação dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais com o modelo de atuação ou intervenção estatal na economia (de acordo

com os valores que informam a livre iniciativa e os fundamentos da liberdade de concorrência na concepção da Constituição de 1988) se justifica pelo maior ou menor grau de liberdade de atuação concedida às empresas, de modo que a relativização desses deveres possui relação direta com essa autonomia.

A técnica da inserção de direitos fundamentais no texto constitucional não foi inaugurada pela Constituição de 1988, pois, como visto, as Constituições brasileiras anteriores também consagraram em seus textos os principais ideais da Constituição em vigor, mas, ao que parece, foram meras barreiras de papel (*perchment barriers*), vazias e sem significado no mundo real.

A Carta Constitucional de 1988 declara que o Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus fundamentos, os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada, mas isto não quer dizer que esteja afastado o regime capitalista de produção, sendo, portanto, reconhecida a livre iniciativa e a liberdade de concorrência.

A regra geral da Constituição Federal é o modo privado de produção. O artigo 170 da CF assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. O artigo 173 da Constituição Federal estabelece que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Assim, a regra geral da Constituição Federal é o modo privado de produção (art. 170), sendo a exploração estatal da atividade econômica uma exceção à regra constitucional e somente ocorrerá quando presente as exigências estampadas no art. 173.

Nessa perspectiva, os contratos empresariais podem desempenhar importante papel no funcionamento da empresa porque representam uma das formas do livre exercício das relações interempresariais e, assim sendo, é preciso reconhecer certa liberdade na autonomia negocial em se tratando de relações patrimoniais. Daí, então, a importância da boa-fé objetiva na sua função criadora dos deveres de conduta que deverá interagir com essa liberdade de iniciativa, com a autonomia da vontade para, no caso

concreto, exercer o que se poderia denominar de dupla função nos contratos empresariais: ora para mitigar os efeitos e o alcance desses deveres com a prevalência da autonomia da vontade, ora para relativizar essa autonomia em função desses mesmos deveres.

Assim como o contrato passou por uma profunda crise, sofrendo forte influência do movimento de repersonalização do direito civil, com o deslocamento da patrimonialidade para a pessoa, a atividade realizada pela empresa também perdeu a sua concepção privatista identificada pela maximização dos lucros, assumindo grande relevância social dado o seu papel fundamental como instrumento de transformação e realização dos interesses comunitários.

A geração e a circulação de riquezas produzidas pela empresa financiam as políticas públicas do Estado de proteção à vida (segurança pública) e de assistência à saúde (gratuidade do tratamento médico, com a construção de hospitais públicos e o fornecimento gratuito de medicamentos) estabelecendo-se uma interdependência entre o Estado e as atividades realizadas pela empresa em prol dos direitos fundamentais sociais a partir da contribuição das atividades destas no fornecimento dos recursos financeiros (via arrecadação tributária) necessários para que o Estado possa executar as políticas públicas.

Além dessa importante contribuição, a empresa também desenvolve relevante papel na realização dos direitos fundamentais sociais por uma *práxis* solidária da empresa na concessão de diversos benefícios sociais, contribuindo para propiciar uma vida saudável – isenta de discriminações, com igual oportunidade de trabalho e emprego, direito à moradia e à saúde, direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Essa *práxis* empresarial produz efeitos no campo social quando a empresa executa, em caráter complementar, programas de inclusão social e promove o bem estar dos seus empregados, colaboradores e da comunidade onde se situa contribuindo para criar os conceitos de ação social, lucro social e investidor social – porque a empresa tem função social em face dos interesses dos empregados, dos fornecedores, da

comunidade e do próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais conforme já mencionado.

Dessa interdependência entre as funções do Estado (na criação de um ambiente propício ao desenvolvimento das instituições capazes de gerar e fazer circular riqueza) e as atividades da empresa (como protagonista de destaque no financiamento das políticas públicas e como coadjuvante na execução de programas sociais), resultará a reconstrução do perfil social da empresa em consonância com os ideais constitucionais e da nova codificação de 2002, libertando-a da visão privatista e individualista da codificação comercial de 1850, como fonte exclusiva de geração de riqueza para os titulares da empresa.

A empresa, ao ser libertada dessa visão privatista e individualista, revela a sua verdadeira importância na vida econômica (como fonte geradora de tributos) e na vida social (como executora de programas de inclusão social), tendo em vista que essa atividade exerce relevante papel na sociedade, o qual contribui na redução das desigualdades e na concretização dos direitos fundamentais sociais, pois a função social da empresa não se limita apenas à geração dos recursos arrecadados arrecadados pelo Estado, mas estende-se aos serviços que presta à sociedade, fornecendo bens de consumo, gerando empregos diretos aos seus empregados e trabalho aos profissionais contratados, disponibilizando recursos para o incremento de suas atividades sociais obrigatórias – creches, escolas, treinamentos, recursos para lazer e outras tantas atividades realizadas pela empresa.

Finalmente, nas relações contratuais entre as empresas, existem critérios e métodos que atenuam a intensidade dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. Esses critérios e métodos sofrem a influência dos traços marcantes dos contratos empresariais: risco empresarial, profissionalismo, dever de diligência, organização, concorrência e rivalidade.

Quanto ao risco empresarial, a obtenção de lucros mediante a assunção dos riscos a ela inerentes constitui o objeto dos contratos empresariais e, assim sendo, os riscos

do negócio não devem ser atenuados pela incidência dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

Além do risco próprio das atividades da empresa, outra característica dos contratos empresariais é o fato de serem celebrados por empresas dirigidas por administradores e gestores sujeitos ao dever de diligência para com a empresa que representam. Isto quer dizer que os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva devem ser avaliados e aferidos vis-a-vis a esses deveres de cuidado, atenção e zelo que o administrador das empresas possui em decorrência do dever de diligência.

O paradigma do *bonus pater familias* é impróprio para o *standard* de comportamento do administrador de uma empresa diante da especificidade do mundo dos negócios que exige sagacidade para as decisões empresariais. No Brasil, a insuficiência desse paradigma está no artigo 153 da Lei 6404/76 da Lei das Sociedades Anônimas que impõe aos administradores deveres e responsabilidade, dentre os quais, se destacam o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. O Código Civil de 2002 contém idêntico dispositivo legal (artigo 1011).

Desse dever de diligência dos seus administradores, resulta um *ônus* para a empresa na celebração e execução dos contratos da qual participa o qual atenua os deveres de conduta nos contratos empresariais. Do contrário, seria possível admitir que o insucesso de uma das empresas contratantes na correta e adequada avaliação das condições contratuais poderia ser compensado pela incidência dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva com a intensidade e alcance que ocorre, por exemplo, nas relações consumeristas.

Se é possível afirmar que à empresa cabe o *ônus* de agir com o necessário e indispensável dever de diligência dos homens de negócios, com a observância do zelo apropriado aos negócios empresariais, disso resulta que, para alcançar os seus objetivos, a empresa também necessita de uma mínima preparação ou organização, máxime diante da circunstância de que os contratos empresariais geralmente cos-

tumam ser precedidos de um período em que as partes discutem, trocam idéias, projetam, examinam cláusulas, cada uma delas procurando obter da outra, condições mais favoráveis.

Então, somente se organizar e planejar os seus negócios e, sobretudo, se souber aproveitar as oportunidades negociais que surgirem à sua frente, a empresa poderá manter-se em funcionamento. O administrador, como homem de negócios e cuja profissão está na contratação, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações. Cada empresa de alguma importância conta com setores especializados, com o domínio de técnicas de atuação, tais como das compras seletivas por tomadas de preços, das planilhas de custos, do ponto de equilíbrio, da análise dos balanços, da racionalização do trabalho, do gerenciamento setorizado, da segurança do trabalho, da prevenção de acidentes, do *marketing*, da política de preços, da capitalização, das projeções preventivas, dos planejamentos dos investimentos propriamente econômicos.

A última característica marcante dos contratos empresariais se refere ao ambiente de concorrência e rivalidade que envolve as empresas que estão em permanente estado de disputa. Tanto isso é exato que o direito brasileiro reconhece que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito da prática de dominação de mercado relevante de bens ou serviços, conforme previsto no artigo 20, § 1º, da Lei 8884, de 11 de junho de 1994. Então, se entre as empresas há disputa, rivalidade e competição, nesse ambiente, o conteúdo e o alcance das atitudes solidárias e de cooperação nos contratos empresariais precisa ser reavaliado e repensado sobretudo diante do dever de colaboração e de cooperação que colocaria a empresa na inusitada condição de fazer tudo para colaborar com a outra parte.

O dever de cooperação deve ser relativizado pelo ambiente concorrencial intrínseco aos negócios empresariais, pois, admitir que nos contratos empresariais a empresa deve agir, não apenas com os outros, *mas para os outros* e que o contrato deve impor uma conduta que privilegie a solidariedade não se coaduna com o ambiente de

rivalidade, de disputa, de concorrência que rege as relações entre as empresas. São diferentes os *standards* de comportamento nas relações de consumo e nas relações empresariais. No contrato empresarial vale a máxima de que o vendedor quer vender a mercadoria pelo maior preço e o comprador pretende comprá-la pelo menor. Cada *empresa* contrata na expectativa de que o cenário e as projeções lhe favoreçam, de modo que, *impor a uma empresa o dever de agir para a outra*, significa negar as características da atividade empresarial, marcada pelo profissionalismo e pela organização dos fatores de produção,

O dever de informação também deve ser relativizado pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que cabe a cada empresa. Isto quer dizer que os padrões de cuidado e diligência dos administradores da empresa no momento da celebração do contrato representa um *ônus* para a empresa, considerando os elevados níveis de informações que possuem (ou deveriam possuir) para a adequada avaliação das condições do contrato. Se o administrador da empresa contratante ignorou ou calculou mal as variáveis do contrato ou, pior, se estiver arrependido das condições acordadas no ato da contratação, a empresa não pode invocar a proteção dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. Para a empresa cabe o *ônus* de agir para a satisfação de um interesse do próprio ou para evitar certa consequência danosa, tal como ocorrer no campo processual com o *ônus* de alegar, o *ônus* de contestar, o *ônus* de excepcionar e o *ônus* de demandar.

Já os deveres de informação, cuidado e proteção deverão ter uma aplicação específica nos contratos de aquisição de empresas em razão do procedimento de *due diligence*, pois, no início das tratativas as empresas envolvidas - compradora e vendedora - firmam uma carta de intenções ou memorando de entendimentos para manifestar interesse na realização do negócio. Neste documento são estabelecidos os procedimentos da *due diligence* (prazos, cronograma, objeto, informações, documentos, relatórios, confidencialidade, etc). Essa *práxis* empresarial da *due diligence*, além de atenuar o dever de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte na medida em que impõe ao comprador o *ônus* de investigar os dados relevantes da operação, também mitiga o dever de cooperação da empresa vendedora que apenas

fornece as informações do negócio e, durante a realização do procedimento de *due diligence*, presta as informações, dados, documentos solicitados pela empresa compradora. Todavia, aqui o dever de informação impõe à empresa vendedora fornecer as informações na maior amplitude possível adotando padrão de conduta leal, correto e honesto na revelação das informações preliminares ao procedimento de *due diligence*.

Nem sempre esses deveres de conduta poderão ser mitigados, em especial quando houver desigualdade entre as partes, assimetria de informações ou dependência econômica, situações que impõem a retomada da função plena dos deveres de conduta, inclusive pela incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Da desigualdade das partes, da assimetria de informações ou da dependência econômica poderá resultar a vulnerabilidade de uma das partes e, nestas hipóteses, os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais deverão prevalecer diante da necessidade da proteção do equilíbrio e das forças contratuais, a despeito da existência de partes contratantes profissionais voltadas para a obtenção de lucros já que os traços marcantes da atividade da empresa – profissionalismo, organização, risco e lucros – deverão ser relativizados diante da vulnerabilidade, bem maior a ser protegido, sem contudo permitir a indevida *consumerização* do ambiente jurídico empresarial.

Enfim, é possível admitir (i) a mitigação dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais entre iguais como já demonstrado e (ii) a função plena desses deveres nos contratos entre desiguais, em razão da vulnerabilidade de uma das partes em decorrência da desigualdade das partes, da assimetria de informações e, finalmente, do elevado grau de dependência econômica. Sempre com a reiterada ressalva de que esses deveres de conduta não deverão ser *chamados a depor* para corrigir a frustração de lucros que uma empresa depositava no contrato porque, com como visto, o administrador da empresa não é considerado pelo Direito como um tolo ou irresponsável e os deveres de conduta não podem ter a função de corrigir os erros e desacertos eventualmente praticados.