

**ROBERTO ALTHEIM**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL OBJETIVA POR RISCO  
EMPRESARIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização “Contratos Empresariais à Luz do Novo Código Civil”, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e Escola Superior de Advocacia da OAB/PR, como requisito a obtenção de grau de especialista.

Prof. Orientador: Sérgio Seleme

**CURITIBA  
2004**

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O RISCO EMPRESARIAL.....</b>	<b>5</b>
2.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO AO SEU FUNDAMENTO .....	6
2.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO AO SEU FATO GERADOR .....	15
<b>3. A EMPRESA, O CONTRATO E O RISCO .....</b>	<b>18</b>
3.1. EMPRESA.....	18
3.2. CONTRATO.....	25
3.2.1. O princípio da autonomia privada .....	34
3.2.2. O princípio da boa-fé objetiva .....	36
3.2.3. O princípio da justiça contratual.....	44
3.3. RISCO.....	46
3.4. A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OBJETIVA POR RISCO EMPRESARIAL.....	48
<b>4. FUNDAMENTO DOGMÁTICO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONTRATUAL POR RISCO EMPRESARIAL.....</b>	<b>54</b>
<b>5. A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OBJETIVA POR RISCO EMPRESARIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS .....</b>	<b>65</b>
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>76</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>80</b>

## 1. INTRODUÇÃO

É muito comum em decisões judiciais tratando de responsabilidade civil por quebra de acordos contratuais a atribuição do dever de ressarcir a um dos contratantes em razão deste ter assumido o “risco da atividade”, aplicando-se, assim, a chamada “teoria do risco-proveito”, também chamada de “teoria do risco empresarial”.

Nesta esteira, encontram-se diversas decisões condenando empresas<sup>1</sup>, em especial instituições financeiras, a ressarcir danos causados a pessoas com quem contrataram, mesmo sem terem praticado ato ilícito algum, mas apenas porque possuem “maior lucro com a atividade”<sup>2</sup> ou porque a atividade é “altamente lucrativa e com melhores condições de arcar com os prejuízos que vierem a causar”<sup>3</sup>.

Assim, nota-se que a aplicação da mencionada teoria do risco empresarial acarreta responsabilidade por eventuais danos ocorridos nas negociações celebradas independentemente da prática de um ato ilícito, ou seja, sem a ocorrência de conduta culposa. Em outras palavras, a teoria do risco empresarial implica em responsabilidade objetiva<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> No momento oportuno serão analisadas decisões de tribunais brasileiros tratando da teoria do risco empresarial.

<sup>2</sup> “AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – LEASING – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – VALOR RESIDUAL GARANTIDO – DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO – DÓLAR – INPC – (...) Descaracterizado o contrato de leasing, não há como permitir a correção monetária pela variação cambial do dólar, devendo ser adotada a variação pelo INPC, que, efetivamente, demonstra da melhor maneira a variação da nossa moeda. Ainda que assim não fosse, **pelas circunstâncias especiais que revestem o referido contrato, seria de se aplicar a teoria do risco profissional, pelo qual o prejuízo, se houver, deve ser sofrido por aquele que tem maior lucro com a atividade profissional, impedindo que a arrendadora transfira ao arrendatário os riscos assumidos com a captação de recursos no exterior.**” (TAMG – AC 0327665-1 – 4ª C.Civ. – Rel. Juiz Ferreira Esteves – j. 04.04.2001 – grifos nossos).

<sup>3</sup> “AÇÃO INDENIZATÓRIA – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO – LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E DA TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL. É parte legítima para figurar no pólo passivo de ação indenizatória a instituição financeira que levou, indevidamente, a protesto título já pago, uma vez que nas relações entre estabelecimento bancário e cliente prevalece a tese da responsabilidade contratual, **que impõe a teoria do risco profissional ao estabelecimento de crédito prestador de serviços, por seu uma entidade de fins altamente lucrativos e com melhores condições de arcar com os prejuízos que vier a causar.**” (TRF, 5ª R., 3ª T., Ap. 123.331-PB, j. 05.02.1998, rel. Juiz Ridalvo Costa, RT 755/443 – grifos nossos).

<sup>4</sup> Neste sentido, Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, p. 32: “*com efeito, na responsabilidade pelo risco não se pode declarar antijurídica a ação de alguém que no desempenho de um mister causa dano a outrem*”. Mais adiante, o mesmo autor afirma que “*tem-se, portanto, que a responsabilidade pelo risco não apresenta como fato gerador a ilicitude da conduta, vale dizer, não exige como pressuposto a existência de um ato (ou fato) ilícito*” (p. 47 – grifos nossos). No mesmo condão, Orlando

A situação aqui apontada traz, sem sombra de dúvidas, uma sensação de insegurança aos contratantes, pois mesmo aquele que age de acordo e dentro dos limites da lei e do acordado, pode acabar sendo condenado a indenizar o seu parceiro apenas por ter “assumido o risco da atividade” ou por ter tido “maior proveito com o negócio”.

Ocorre que justamente em decorrência do elevado coeficiente de segurança que atribui às transações, entre outros fatores, a figura “contrato” tornou-se tão útil e necessária à vida na Terra, a ponto de Caio Mario da Silva Pereira afirmar que “o mundo moderno é o mundo do contrato”<sup>5</sup>.

Esta segurança se dá no sentido de que os contraentes têm a sensação de saberem, em qualquer negociação, que naquele instrumento firmado estão previstos todos os seus deveres e obrigações, não existindo nenhuma possibilidade de prejuízos imprevistos, desde que cumpram seus deveres acordados.

Entretanto, conforme exposto, em decorrência da aplicação da teoria do risco empresarial aos contratos tal certeza aparentemente cai por terra.

Assim, é necessário estudar este fenômeno, para que se saiba se realmente é possível a aplicação da teoria do risco empresarial aos contratos e qual seu fundamento dogmático.

Isto é ainda mais importante em se tratando de atividades empresariais, que são desenvolvidas essencialmente através de contratos<sup>6</sup>, uma vez que ao empresário deve ser permitido equacionar todos os custos e riscos de sua atividade, para que possa bem calcular o preço de seus produtos ou serviços, de forma a conseguir custear todas as despesas e ainda obter lucro.

Neste condão, é necessário mensurar qual o “custo” da aplicação da teoria aqui analisada à atividade empresarial, para que se possibilite a elaboração do que

---

Gomes, *Obrigações*, p. 308: “nestes casos, o ato é lícito, estando expressamente autorizada sua prática na lei, mas, com fundamento na equidade, impõe-se ao agente a obrigação de indenizar os danos presumidos. Assim, é obrigado a repará-los sem culpa.”

<sup>5</sup> *Instituições de Direito Civil*, p. 9, apud Orlando Gomes, *Contratos*, p. 21. No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 36: “note-se que o contrato remedia a desconfiança básica entre os homens e funciona como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação dos riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes”.

<sup>6</sup> A noção de que a atividade empresarial é exercida mediante contratos será melhor analisada no momento oportuno.

Fábio Ulhoa Coelho chama de “cálculo empresarial”, uma vez que “*não se poderá negar ao lucro a importantíssima função de móvel fundamental da produção*”<sup>7</sup>.

E, no sentido de se permitir ao empresário calcular sua atividade de forma a obter o lucro desejado, e assim incrementar a produção e movimentar a economia, necessário é a delimitação mais exata possível da aplicação da teoria do risco empresarial, proporcionando àqueles a ela sujeitos uma relativa antecipação de suas conseqüências em sua atividade.

Por isso a grande importância de se estudar a teoria do risco empresarial aplicada aos contratos. Ainda mais porque, segundo opinião de Antonio Lindbergh C. Montenegro, “*apesar da evolução da teoria da responsabilidade pelo risco, muita discrepância ainda paira sobre qual seria o seu verdadeiro fundamento*”<sup>8</sup>.

Desta forma, este trabalho terá o objetivo principal de apresentar o fundamento dogmático da aplicação da teoria do risco empresarial aos contratos praticados na atividade empresarial, uma vez que a responsabilidade objetiva sempre derivaria de previsão expressa em lei<sup>9</sup>. Necessário, portanto, saber qual “lei” autoriza a aplicação da responsabilidade objetiva por risco empresarial aos contratos. Ademais, de acordo com o doutrina civilística clássica, a responsabilidade contratual sempre dependeria de culpa<sup>10</sup>, o que não existe nos casos em que for aplicada a teoria aqui analisada.

Neste intuito, este estudo navegará pelos mares do direito civil (contratos e responsabilidade civil), empresarial e constitucional, além de buscar algumas noções na ciência econômica, utilizando-se de doutrina nacional e da análise de algumas decisões proferidas em casos concretos ocorridos em diversos tribunais brasileiros.

---

<sup>7</sup>Op.cit., p. 37.

<sup>8</sup>Op.cit., p. 46.

<sup>9</sup> Orlando Gomes, op.cit., p. 308: “(...) a responsabilidade objetiva há de estar firmada em texto expreso de lei (...)”; Antonio Lindbergh C. Montenegro, op.cit., p. 37: “(...) o dano só gera obrigação de ressarcir quando se liga a um ato ilícito ou a um risco sancionado pela lei.”

<sup>10</sup> Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 14: “Achamos por isso que a razão está com SAVATIER ao ponderar que a **responsabilidade contratual vem sempre amparada na culpa ao passo que a extracontratual ora se funda na culpa, ora no risco.**” (grifos nossos)

Desta forma, a exposição iniciará através de uma análise da teoria do risco no regime de responsabilidade civil brasileiro, de maneira a delimitar-se bem a figura do “risco empresarial”.

Após, serão apresentadas modernas noções de contrato, empresa e risco, para, com isso, demonstrar a migração da teoria do risco da responsabilidade civil extracontratual para a contratual nas atividades empresariais.

Então, após essas premissas básicas, apresentar-se-á o fundamento dogmático para a aplicação da teoria do risco empresarial à responsabilidade civil contratual, sob o manto dos ensinamentos do direito civil-constitucional.

Num passo seguinte, comentar-se-á decisões de tribunais brasileiros aplicando a teoria do risco empresarial, de forma a se verificar a maneira como os magistrados têm analisado o tema.

Por fim, será apresentada conclusão sintetizando as idéias expostas em todo o trabalho.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O RISCO EMPRESARIAL

Antes de se estudar o fundamento dogmático da aplicação da teoria do risco empresarial aos contratos é necessária a análise da forma como esta teoria é tratada pelos ensinamentos clássicos do direito civil a respeito da responsabilidade civil.

Desta forma, deve-se partir da noção básica de responsabilidade civil, que, segundo Antonio Lindbergh C. Montenegro, é “*o dever jurídico imposto ao autor de um fato danoso de responder pelas conseqüências desfavoráveis experimentadas pelo lesado*”<sup>11</sup>.

Em outras palavras, quando alguém sofre um prejuízo economicamente aferível e injusto, surgirá para aquele que o causou a obrigação de ressarcir-lo, no intuito de recuperar-se o *status quo ante*, reparando-se o dano sofrido.

Nota-se, então, que a responsabilidade civil pretende reprimir o dano privado, restabelecendo o equilíbrio individual perturbado, através da imposição de obrigação a alguém de repará-lo, quer em natura, quer em algo equivalente<sup>12</sup>.

A teoria da responsabilidade civil preocupa-se, pois, com o estudo das diversas situações em que há a obrigação de alguém reparar o prejuízo causado a outrem.

Por esta razão a importância do estudo da teoria da responsabilidade civil neste trabalho, pois a conseqüência da aplicação da teoria do risco empresarial aos contratos é o dever de um contratante suportar um prejuízo ou indenizar seu parceiro independentemente de culpa, apenas em decorrência da assunção de um risco ou da obtenção de uma vantagem com o negócio. Ou seja, a teoria do risco empresarial está contida na teoria da responsabilidade civil. Percebe-se, pois, que o estudo objeto deste trabalho depende de noções da teoria da responsabilidade civil.

---

<sup>11</sup>Responsabilidade civil, p. 16.

<sup>12</sup>Rui Stoco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*, p. 62/63. Neste mesmo sentido, Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 11 “*O verdadeiro fundamento da responsabilidade civil deve-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano*”.

Para que se saiba como a teoria do risco empresarial é vista pela teoria da responsabilidade civil devem-se analisar as classificações das hipóteses de responsabilidade elaboradas pela doutrina civilista, que as divide segundo seu fundamento (objetiva e subjetiva) e fato gerador (contratual e extracontratual)<sup>13</sup>.

Assim, neste ponto do trabalho, cabe esclarecer cada uma das formas de responsabilidade civil, para que se perceba onde a teoria do risco empresarial é enquadrada neste esquema.

## 2.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO AO SEU FUNDAMENTO

Como dito, os estudiosos do direito civil costumam dividir entre subjetiva e objetiva as hipóteses de responsabilidade civil quanto ao seu fundamento.

A responsabilidade civil subjetiva decorre de três elementos, sem os quais ela não existirá: culpa do agente, um dano e o nexo de causalidade entre o dano e a culpa<sup>14</sup>.

O fundamento dogmático da responsabilidade civil subjetiva, no âmbito extracontratual, se encontrava no artigo 159 do Código Civil de 1.916, que estabelece que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*, e no artigo 186 do Código Civil de 2.002 que determina que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Já no âmbito da responsabilidade civil subjetiva contratual, o artigo 1057 do Código Civil de 1.916 estabelece que *“nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa”*. O atual diploma material civil, em seu artigo 392, de forma semelhante, estabelece que *“nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”*.

---

<sup>13</sup> Paulo Sérgio Gomes Alonso, *ibidem*, p. 15/40.

<sup>14</sup> Neste sentido: Paulo Sérgio Gomes Afonso, *op.cit.*, p. 23; Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, p. 28; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, p. 35.

Ou seja, no âmbito contratual haverá responsabilidade civil se os danos forem causados por um ato culposo, ou seja, decorrente da manifestação da vontade de uma das partes, o que fica claro pela leitura dos artigos 1058 do Código Civil antigo e 393 do atual, que eximem de responsabilidade o caso fortuito e a força maior.

Assim, percebe-se que o principal pressuposto para o surgimento da responsabilidade civil subjetiva é a conduta culposa (culpa *strito sensu* – negligência, imprudência ou imperícia – ou dolo).

A culpa decorre sempre da não observância de alguma norma em razão de manifestação de vontade causadora de dano. Na responsabilidade extracontratual a norma violada está fixada em lei (dever geral de não prejudicar ninguém – artigo 186 do atual Código Civil). Já no regime contratual, ocorre infração a uma norma fixada pela vontade das partes através do exercício da autonomia da vontade, à qual é reconhecido pelo Ordenamento o poder de criar direitos e deveres<sup>15</sup>.

E, se a conduta é culposa ou dolosa, diz-se que o ato assim praticado é ilícito<sup>16</sup>, pois está violando norma do Ordenamento Jurídico (fixada contratualmente ou em lei).

Assim, percebe-se que haverá responsabilidade civil subjetiva sempre que uma conduta humana culposa (dolosa, negligente, imprudente ou imperita) causar dano a alguém. Esta forma de responsabilidade se manifesta tanto no âmbito extracontratual como contratual<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Neste sentido: Caio Mario da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 71, *apud* Paulo Sérgio Gomes Alonso, *op.cit.*, p. 25: “... não importa se a norma preexistente é a geral, contida na lei, ou é a particular, consignada no contrato. Legal ou contratual, é a norma de conduta, e sua violação importa no comportamento culposo. Os dois aspectos da responsabilidade (contratual e extracontratual) não implicam diversificação conceitual da culpa”. No mesmo condão, Clóvis Bevilacqua, *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*, p. 661, *apud* *Ibidem*, p. 21: “Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda em um contrato, a culpa é contratual; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoas e os bens alheios, a culpa é extra-contratual, ou aquiliana”. Ainda Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 39: “O ato ilícito se desenvolve atingindo direitos absolutos e relativos. No primeiro caso, a lesão exsurge das relações extracontratuais e, no segundo, das relações contratuais.”

<sup>16</sup> Clóvis Bevilacqua, *Código civil dos estados unidos do Brasil comentado*, p. 661, *apud* Paulo Sérgio Gomes Alonso, *op.cit.*, p. 21: “Tal como resulta dos termos do art. 159, ato ilícito é a violação do direito ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem.”

<sup>17</sup> Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, p. 55: “O ato ilícito constitui o elemento originador tanto da responsabilidade aquiliana quando da responsabilidade contratual”

A responsabilidade subjetiva é a regra para as relações privadas, sendo que apenas nos casos expressos em lei será possível cogitar-se de responsabilidade objetiva. Neste sentido, Gustavo Tepedino ensina que “o Código Civil Brasileiro, através do art. 159, consagrou a responsabilidade subjetiva como regra geral no sistema privado brasileiro, a reclamar reparação contra todos os atos culposos que causem dano injusto”.<sup>18</sup> O Código Civil de 2.002 deixou esta situação mais clara, ao determinar, em seu artigo 927, que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”, e em seu parágrafo único que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Em outras palavras, a vítima de um prejuízo deverá provar a culpa daquele que causou dano para obter a correspondente indenização, a menos que exista lei específica para o caso estabelecendo a desnecessidade de comprovação da culpa<sup>19</sup>.

Além das hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, quando ao seu fundamento, há também aquelas em que a indenização não decorre de conduta culposa, ocorrendo a chamada responsabilidade objetiva.

As primeiras noções de responsabilidade objetiva surgiram no período da Primeira Revolução Industrial, em especial em relação aos acidentes de trabalho, pois a crescente utilização de máquinas nas indústrias fez com que se multiplicassem os danos oriundos de sua utilização, de forma que era praticamente impossível ao operário comprovar culpa do empregador por tais prejuízos<sup>20</sup>.

Vale aqui transcrever trecho de obra de J. R. Vieira Netto em que fica clara a insuficiência da responsabilidade civil subjetiva para atender a todos as demandas da sociedade que se modificara:

*“Ora, aquele capitalismo que, em ascensão, proclamara o contratualismo, a autonomia da vontade livre como pedras angulares do seu Código, quinze anos após a Revolução pelos Direitos do Homem, e em linhas de exata correspondência à estrutura social para que fora modelado assumia agora, cem anos depois, um ritmo febril de aceleração, modificando completamente o ambiente físico, social, político da sociedade.*

---

<sup>18</sup> *Temas de direito civil*, p. 175.

<sup>19</sup> Seja pela fixação de presunção de culpa, seja pela adoção da responsabilidade objetiva.

<sup>20</sup> Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, p. 43.

*A estrada de ferro tomou o lugar da diligência, do mala-posta; a carruagem ia-se recolhendo aos museus e cedia ao alargamento compulsório das ruas e avenidas. Onde o trânsito se congestionava, para a rapidez dos carris urbanos, o ônibus, o automóvel, ainda deitando fumaça, assustando com o descontrole pouco convidativo das suas explosões e pannes misteriosas. A eletricidade e o gás produziam um dia artificial para as diversões de multidão. A invenção do elevador, a estrutura de ferro e o concreto armado davam ao gabarito dos arranha-céus apenas o limite do arrojo e da disponibilidade de capitais. O transatlântico transformava em aprazível a excursão turística a circunavegação oceânica e já o aeroplano, ensaiando seus saltos iniciais sugeria outras conquistas no espaço e no tempo; finalmente a máquina a vapor, o aço, o petróleo e a hidráulica alteravam, de repente, a fisionomia social e os hábitos da vida, criavam utilidades, confortos e requintes. Tudo isso vinha da transformação da fábrica quase artesanal de dez e vinte operários dos fins do século XVIII para os imensuráveis plants industriais que se iriam logo mais cronometrar no ritmo das assembly lines da produção em série, com milhares e milhares de trabalhadores, reunindo na mesma empresa desde a pesquisa da matéria-prima até a organização de vendas e colocação de mercadorias, espalhando tentáculos além das fronteiras nacionais, pelo **trust**, o **cartel**, o controle de organizações combinadas.*

*Esse dinamismo criador e brutal jamais se importou com os desastres que produzia.*

*Na exploração intensiva das minas alastravam-se a silicose, o saturismo, outras doenças profissionais.*

*A indústria também fabricava, dia por dia, manetas e estropiados, inúteis resíduos humanos que o acidente no trabalho jogava na miséria das ruas e na fila dos pedintes. A estrada de ferro e o automóvel eram fatores de outros desastres e prejuízos.*

*A esses eventos freqüentes a teoria da culpa contrapunha que se provasse a negligência do ofensor. Se a lei, por ficção, responsabilizava o patrão pelo ato do empregado, cedia pelo outro lado ante a prova da "impossibilidade de impedir" exoneratória de reparação. Se a presunção *jûris et jure*, o vocábulo **culpa** não tinha mais lugar no quadro da responsabilidade."<sup>21</sup>*

O fato é que a partir desse momento iniciado com a Primeira Revolução Industrial paulatinamente percebeu-se que a responsabilidade civil fundamentada apenas e tão somente na culpa deixava uma gama cada vez maior de situações descobertas, por total impossibilidade de comprovação de conduta culposa para justificar indenização por danos ocorridos<sup>22</sup>.

Não apenas nos acidentes de trabalho, mas também nos danos causados pelos novos produtos e serviços oriundos dos extremos avanços tecnológicos que a sociedade assistiu. São exemplos os acidentes causados pelos trens e embarcações aos seus passageiros, e depois pelos automóveis e aviões.

<sup>21</sup> *O risco e a imprevisão*, p. 97/98.

<sup>22</sup> Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 36/38: "Foi dentro desse contexto histórico que a responsabilidade civil objetiva tomou corpo, quando o homem foi levado a uma situação permanente de perigo, fruto do enorme desenvolvimento tecnológico experimentado com o implemento da Revolução Industrial, sujeitando-o aos infortúnios decorrentes dos riscos, sem que pudesse obter a reparação merecida, por não serem adequados aos meios legais para obtê-la (...) A convivência do homem com o perigo, aproximando-o do risco, aumenta a probabilidade de vir ele a sofrer danos de ordem moral e ou material, cuja culpa, na maioria das vezes, torna-se muito difícil averiguar e identificar".

Além disso, há que se lembrar que foram colocados no mercado uma infinidade de novos produtos, com preços acessíveis a uma enorme quantidade de pessoas, mas que acabavam também causando prejuízo até mesmo pela falta de pleno conhecimento das conseqüências da utilização de tais bens. Aliado a isto, o incremento dos meios de comunicação fez aguçar o instinto consumista das pessoas.

Destarte, houve a massificação das relações econômicas, decorrente da produção em massa de bens e serviços, o que fez com que diminuísse a possibilidade de exercício de liberdade contratual<sup>23</sup>, o que acabou também por gerar danos.

Todas essas modificações ocorridas na sociedade trouxeram incontestáveis benefícios. Entretanto, indubitavelmente o homem passou também a conviver com situações de risco que não ocorriam antes de tais avanços tecnológicos<sup>24</sup>.

Percebendo esta situação, primeiramente os tribunais passaram a admitir com maior facilidade a prova da culpa. Posteriormente, passou-se a fixar hipóteses de presunção de culpa, o que significa inversão de ônus de prova em favor daquele que sofreu o dano. Então, numa próxima etapa, ampliou-se por trabalho da jurisprudência as hipóteses de responsabilidade contratual com obrigação de resultado<sup>25</sup>. Finalmente, textos legais passaram a excepcionar a regra geral do Código Civil que previa

---

<sup>23</sup> Sérgio Seleme, *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*, p. 266: “A massificação se fez sentir também na matéria contratual, através do surgimento dos chamados contratos de adesão (ou contratos-formulário ou contratos standart). Em tais mecanismos, ficam bastante diminuídas, senão completamente afastadas, as características básicas dos moldes clássicos do contrato, no que se refere à igualdade dos contratantes (uma vez que desde logo se admite que há partes em desigualdade de condições, com uma delas ditando o conteúdo do contrato) e de liberdade contratual (pois que se reconhece também de imediato a necessidade que uma das partes tem de adquirir determinados bens da vida, negociáveis pela parte mais forte.”

<sup>24</sup> Paulo Sérgio Gomes Alonso, *op.cit.*, p. 35: “Se, por um lado, ocorreram benefícios, obtidos através do desenvolvimento, por outro lado constatou-se que o homem ficou sujeito a um sistema sobre o qual ele não tinha nenhum controle. Com os meios de produção mais eficientes, obtiveram-se um alto grau de produtividade, até então não experimentado, e a conseqüente redução do custo de fabricação e de venda dos produtos, possibilitando as suas aquisições por uma parcela bem maior de pessoas havidas pelo consumo, conforto e qualidade de vida. Mas a utilização de máquinas mais sofisticadas e a superprodução eram fontes de desempregos e a convivência e sujeição ao perigo era cada vez mais iminente, em face do uso das novas tecnologias.”

<sup>25</sup> É exemplo a forma como os tribunais passaram a tratar os acidentes decorrentes de transportes, onde se entende que sempre existe uma cláusula fixando a obrigação de levar o passageiro incólume ao seu destino (obrigação de resultado), de forma que se isto não ocorrer haverá responsabilidade civil ao transportador por descumprimento contratual. Neste sentido, Rui Stoco, *op.cit.*, p. 143/144. Aplicação desse entendimento na jurisprudência: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar” (Súmula 161 do STF); “Ao transportador cabe responder pelos danos dos passageiros, porque lhe compete levá-los incólumes ao seu destino” (RT 425/84); “Pela incolumidade do passageiro responde o condutor. Em caso de acidente, é obrigado a reparar o dano sofrido pelo passageiro” (RT 486/57).

responsabilidade subjetiva, admitindo a obrigação de indenizar independentemente de culpa<sup>26</sup>.

Assim, coexistem no sistema jurídico brasileiro a responsabilidade subjetiva (regra geral) e a objetiva, sendo que esta decorre de lei<sup>27</sup>.

Dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro há diversas situações em que a lei impõe a responsabilidade objetiva pelos danos causados. Sérgio Cavalieri Filho enumera as seguintes situações em que o ordenamento prevê expressamente a responsabilidade sem culpa<sup>28</sup>:

- a) responsabilidade das estradas de ferro: Decreto 2.681/12<sup>29</sup>;
- b) responsabilidade do habitante do prédio por objetos que dele caírem: artigo 1.529 do Código Civil de 1.916 e artigo 938 do Código Civil de 2.002;
- c) responsabilidade do locatário por incêndio no imóvel: artigo 1208 do Código Civil de 1.916 sem correspondente no novo diploma legal;
- d) responsabilidade por acidentes de trabalho, custeada pelo INSS na qualidade de segurador: artigo 7º, XXVIII da Constituição da República e Lei 8213/91;
- e) responsabilidade por acidentes de veículos, num determinado valor, custeada pelas seguradoras de automóveis: Lei 8.441/92<sup>30</sup>;
- f) responsabilidade civil do Estado e de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos: artigo 37, §6º da Constituição da República;

---

<sup>26</sup> Gustavo Tepedino, op.cit., p. 175; Sérgio Cavalieri Filho, op.cit., p. 165/166.

<sup>27</sup> Gustavo Tepedino, op.cit., p. 177: “*Delineia-se, assim, um modelo dualista, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do art. 159, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa que, a cada dia, se torna mais volumosa.*”; Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, p. 19: “*A primeira ilação a tirar-se do dispositivo citado [art. 159 do Código Civil de 1.916] é que a responsabilidade objetiva ou sem culpa não encontra espaço no nosso Código, exceto nos casos expressamente estabelecidos no texto legal ou em leis especiais*”; Sérgio Cavalieri Filho, op.cit., p. 170: “*a teoria da culpa impera como direito comum ou a regra geral básica da responsabilidade civil e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados*”.

<sup>28</sup> Sérgio Cavalieri Filho, op.cit., p. 170/177.

<sup>29</sup> Na realidade esta é uma hipótese de presunção legal de culpa. Decreto-lei 2681/12, art. 17: “*As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: I – caso fortuito ou força maior; II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.*”

<sup>30</sup> Este é o chamado Seguro de Responsabilidade Civil para Proprietários de Veículos Automotores – DPVAT.

- g) responsabilidade pelos danos causados na lavra de minérios: artigo 47, VIII do Decreto-lei 227/67;
- h) responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente: artigo 14, §1º da Lei 6938/81;
- i) responsabilidade por danos causados pela aeronave a terceiros na superfície: artigos 268 e 269 da Lei 7.565/86
- j) responsabilidade da União por danos nucleares: artigo 21, XXIII, c da Constituição da República; e
- k) responsabilidade do fornecedor pelo fato ou vício do produto ou serviço em relações de consumo: artigos 12, 14, 18 e 19 da Lei 8.078/90.

Além dessas hipóteses colacionadas pelo mencionado autor, pode ser citada a responsabilidade objetiva decorrente de atividades de risco, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil ao estabelecer que *“haverá obrigação de parar o dano, independentemente de culpa, (...) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

Em todas essas hipóteses, a responsabilidade civil não decorre de uma conduta culposa, mas sim de uma fonte legislativa.

É por isso que Montenegro afirma que os pressupostos da obrigação de indenizar, subjetiva ou objetiva, são: a) o dano; b) o ato ilícito ou o risco, *“segundo a lei exija ou não a culpa do agente”*; e c) nexos causal entre os pressupostos anteriores<sup>31</sup>.

Assim, percebe-se que enquanto a responsabilidade subjetiva, que é a regra geral, se fundamenta na culpa, a objetiva tem sua base no risco reconhecido pela Lei<sup>32</sup>.

Na tentativa de se compreender tal “risco” que serve de fundamento à responsabilidade objetiva, a doutrina elaborou a chamada “teoria do risco”, através da qual se identificaram diversas modalidades de risco que podem fundamentar a obrigação de indenizar independentemente de culpa.

---

<sup>31</sup> *Responsabilidade civil*, p. 19.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 32: *“Com efeito, na responsabilidade pelo risco, via de regra, caracterizada pelo exercício de atividades perigosas, não se pode declarar antijurídica a ação de alguém que no desempenho de um mister causa dano a outrem. Isto porque a lei ao regulamentar tais atividades, já levou em linha de consideração o risco que lhes é peculiar.”* No mesmo sentido, Paulo Sergio Gomes Alonso, *op.cit.*, p. 11: *“A objetivação da responsabilidade civil, que tem como princípio a idéia de que todo risco deve ser garantido, desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da idéia de culpa, baseando-se no risco, ante a dificuldade de obtenção da sua prova, pelo lesado, para obter a reparação.”*

Assim, há a noção de “risco profissional”, que gera a obrigação de indenizar em decorrência da atividade ou profissão daquele que sofre o dano<sup>33</sup>. A teoria do risco profissional surgiu para justificar a responsabilidade objetiva dos acidentes de trabalho verificados na Revolução Industrial, independentemente de culpa do empregador. É esta teoria que justifica a obrigação dos empregadores custearem o INSS para que este indenize todo e qualquer acidente de trabalho, independentemente de culpa.

Há também a noção de “risco integral”, pelo qual uma pessoa é obrigada a arcar com os danos causados mesmo nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, força maior, caso fortuito ou fato de terceiro, tendo em vista a prática de atividades muito perigosas<sup>34</sup>. São exemplos a responsabilidade da União Federal por danos nucleares e a responsabilidade por danos ambientais.

Para a responsabilidade civil pela prestação de serviços públicos prevista no artigo 37, §6º da Constituição da República vale a teoria do “risco administrativo”<sup>35</sup>, pela qual apenas a culpa exclusiva da vítima, a força maior e a culpa de terceiros funcionam como excludentes de responsabilidade.

Há também as hipóteses de “risco criado”, em que a pessoa que cria perigo em razão de sua atividade ou profissão estará sujeita à reparação dos danos que causar. Ou seja, sempre que alguém exerce uma atividade perigosa, deve arcar com os danos que ela causar, independentemente de ter tido proveito com esta atividade<sup>36</sup>. São exemplos desta forma de responsabilidade objetiva o acidente de consumo decorrente de defeito do projeto do produto (artigo 12 da Lei 8078/90), e a hipótese mencionada na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2.002.

Por fim, há a teoria que mais interessa a este estudo, pela qual “*responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo*”<sup>37</sup>. É a teoria do “risco proveito”, que se baseia na idéia de que o dano deve ser suportado por aquele que teve algum proveito ou vantagem

<sup>33</sup> Sérgio Cavalieri Filho, op.cit., p. 167; Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 61/62.

<sup>34</sup> Sérgio Cavalieri Filho, op.cit., p. 168/169; Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 57.

<sup>35</sup> Apesar de existirem autores afirmarem que a responsabilidade do Estado segue a teoria do risco integral, conforme exposto por Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 57/61.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 168; Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 66: “*A teoria do risco criado é fixada no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma lícita atividade perigosa, responderá pelos danos causados a terceiros, em decorrência dessa atividade, independentemente da comprovação da sua culpa*”.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 167.

com o ato que o gerou. Este proveito residiria na eventualidade do ganho, ou seja, ocorreria a responsabilidade desde que a pessoa tivesse a intenção de ter ganhado com o ato, mesmo que obtivesse apenas prejuízos<sup>38</sup>. Necessário é apenas o intuito de se obter proveito com a atividade.

Quando se utiliza a noção de risco proveito para responsabilizar objetivamente um empresário, vez que sua atividade sempre visa lucro (vantagem econômica, ou seja, proveito), chama-se esta de “teoria do risco empresarial”<sup>39</sup>.

Antonio Lindbergh C. Montenegro justifica essa forma de responsabilidade objetiva afirmando que:

*“Quem colhe os frutos da utilização de coisas perigosas ou de uma empresa deve experimentar as conseqüências prejudiciais que dele decorrem. (...) Ainda que o risco não seja completamente controlável e a atividade seja permitida pelo Estado, dada a sua utilidade pública, os danos devem ser suportados não pela coletividade, mas por quem se beneficie dessa atividade, ou seja, o empresário.”*<sup>40</sup>

No mesmo sentido, Paulo Sérgio Gomes Alonso expõe que “os defensores da responsabilidade civil objetiva enfatizam o caráter de equidade que deve permear as atividades humanas; assim, aqueles que obtêm lucro em determinadas situações devem responder pelos riscos e desvantagens da atividade”<sup>41</sup>.

Útil também transcrever idéia de Gustavo Tepedino a respeito da responsabilidade pela idéia de risco-proveito:

*“Em um primeiro momento, a técnica da responsabilidade objetiva cinge-se aos acidentes de trabalho, expandindo-se posteriormente para diversos campos da produção econômica, sempre no sentido de imputar o dever de reparar àqueles que, por granjearem lucro em certas atividades empresariais, devem assumir os riscos do infortúnio.”*<sup>42</sup>

Assim, percebe-se que os Autores, invocando noções de equidade e de solidariedade, afirmam que o empresário, por obter lucro com sua atividade, deve responder pelos danos causados, mesmo que essa atividade seja lícita.

Desta forma, diante do aqui exposto, percebe-se que, quanto ao fundamento, a responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva. Aquela é embasada em ato ilícito, ou

---

<sup>38</sup> Paulo Cuche, *La nature juridique des indemnités d'accidentés du travail*; E. Van de Broeck, *Lê risque social*, apud, Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 64/65.

<sup>39</sup> É muito difícil se encontrar na doutrina civilista estudos que mencionem expressamente o termo “teoria do risco empresarial”.

<sup>40</sup> Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, p. 44/47.

<sup>41</sup> Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 12.

<sup>42</sup> Gustavo Tepedino, op.cit., p. 183 – grifos nossos.

seja, na culpa. Esta é sedimentada no risco da atividade, independentemente de culpa, e decorre de lei.

A teoria do risco empresarial, que é objeto de estudo deste trabalho, é uma das formas da responsabilidade civil objetiva, ocorrendo quando um ato lícito praticado por um empresário gera obrigação de indenizar eventuais danos, em razão deste ter pretendido obter lucro com o ato.

## 2.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO AO SEU FATO GERADOR

É também necessária a este estudo a análise da classificação da responsabilidade civil quanto ao seu fato gerador, que pode ser extracontratual ou contratual, pois o objeto deste trabalho é o estudo da responsabilidade objetiva por risco empresarial em relações contratuais.

Os estudiosos do direito civil afirmam que não há diferença ontológica entre responsabilidade subjetiva contratual e extracontratual, sendo que ambas, segundo a doutrina clássica do direito civil, fundamentam-se em ato ilícito (culpa), decorrente da violação de um dever jurídico (dever geral de não causar dano a outrem ou dever estabelecido pela vontade das partes)<sup>43</sup>.

Entretanto, o Código Civil Brasileiro separa os dois regimes de responsabilidade civil, cuidando da extracontratual no Título II do Livro III da Parte

---

<sup>43</sup> Sérgio Cavalieri Filho, op.cit., p. 224: “Na realidade, ilícito civil é a transgressão de um dever jurídico. Quer na responsabilidade aquiliana, quer na contratual, não há definição mais satisfatória para o ilícito civil do que esta: é a transgressão de um dever jurídico. A culpa, por seu turno, conforme já ficou assentado, importa sempre a violação desse dever jurídico por falta de cautela. É erro de comportamento, a conduta mal-dirigida a um fim ilícito. E em nada altera a essência da culpa se o dever jurídico violado tem por fonte um contrato, uma lei ou aquele dever genérico de não causar dano a ninguém.”; Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 16: “Nessa linha de raciocínio, Mazeaud e Mazeaud justificam não existir diferença fundamental entre ambas as responsabilidades.”; Rui Stoco, op.cit., p. 67: “Distinguiu o Código Civil entre responsabilidade contratual e extracontratual, regulando-as em seções diversas do seu texto. (...) Tenha-se em mente, porém, que a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade, como já enfatizado, é uma.”

Geral (“Dos Atos Ilícitos”)<sup>44</sup> e da contratual no Título IV do Livro I da Parte Especial (“Do Inadimplemento das Obrigações”)<sup>45</sup>.

Tendo em vista este tratamento legislativo distinto para as duas formas de responsabilidade civil quanto ao seu fato gerador, acabam por surgir diferenças entre elas<sup>46</sup>.

Como primeira diferença, que é óbvia, pode-se afirmar que a responsabilidade contratual decorre da inexecução de uma obrigação fixada pela vontade das partes, e a extracontratual não exige nenhum vínculo anterior entre as partes, decorrendo da violação a uma norma legal que gera danos. Esta distinção, como já dito, não acarreta nenhuma real diversidade nos regimes de responsabilidade civil.

Há também outras diferenças mais sutis. Na responsabilidade extracontratual o ônus da prova da culpa do causador do dano, em regra, é da vítima, enquanto que na responsabilidade contratual ela não precisa provar a conduta culposa, bastando demonstrar o inadimplemento do agente causador do dano.

Além disto, no momento da quantificação dos danos, na responsabilidade extracontratual o magistrado fixará o valor que considerar suficiente para a mais completa reparação do dano, enquanto que na contratual o instrumento costuma fixar os critérios de fixação do valor da indenização.

Há ainda diferença quanto à configuração da mora, que na responsabilidade extracontratual ocorre com a prática do ato ilícito, e na contratual decorre de constituição se não houver data de vencimento da obrigação.

Como já dito na parte introdutória deste trabalho, de acordo com a doutrina clássica do direito civil, a responsabilidade contratual é sempre subjetiva quanto ao seu fundamento, enquanto que a extracontratual pode ser objetiva ou subjetiva<sup>47</sup>. Ou seja, a responsabilidade civil contratual seria possível apenas nos casos de culpa, ou seja,

---

<sup>44</sup> Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>45</sup> Art. 389. “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

<sup>46</sup> Paulo Sérgio Gomes Alonso, op.cit., p. 17/20; Sérgio Cavalieri Filho, op.cit., p. 224/227.

<sup>47</sup> Rui Stoco, op.cit., p. 67: “Esmein, considerando o problema, diz que tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual se fundam na culpa, conceito unitário.”; Antonio Lindbergh C. Montenegro, *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 14: “Achamos por isso que a razão está com SAVATIER ao ponderar que **a responsabilidade contratual vem sempre amparada na culpa ao passo que a extracontratual ora se funda na culpa, ora no risco.**” (grifos nossos)

decorrente de descumprimento de algum dever acordado pelas partes de forma culposa ou dolosa. O dever de indenizar independentemente de culpa seria possível apenas e tão somente nas hipóteses de responsabilidade extracontratual. Em outras palavras, não existiria responsabilidade civil contratual objetiva<sup>48</sup>.

Assim sendo, percebe-se que a teoria do risco empresarial não teria espaço no âmbito da responsabilidade civil contratual, de acordo com a teoria clássica. Entretanto, analisando-se algumas decisões dos tribunais pátrios<sup>49</sup>, percebe-se que em muitos casos de responsabilidade civil contratual se reconhece a responsabilidade objetiva de uma das partes quanto aos danos provocados, em razão da aplicação da teoria do risco empresarial.

Então, como seria possível a aplicação da teoria do risco empresarial, que implica em responsabilidade objetiva, às hipóteses de responsabilidade civil contratual?

A próxima fase deste estudo analisará as modernas noções de contrato, empresa e risco, para, na tentativa de apresentar solução ao questionamento formulado, demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria do risco empresarial ao regime da responsabilidade civil contratual.

---

<sup>48</sup> Este posicionamento não parece mais sustentável. Conforme demonstrar-se-á no decorrer deste estudo, o regime contratual não pode ficar sujeito apenas e tão somente à responsabilidade subjetiva. Outrossim, o artigo 392 do Código Civil de 2.002 estabelece que “nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, **salvo as exceções previstas em lei**” (grifos nossos). Assim, percebe-se que a legislação atual abriu caminho para a responsabilidade objetiva nas relações contratuais, cujas hipóteses devem ser previstas em lei.

<sup>49</sup> O que será feito na fase apropriada deste trabalho.

### 3. A EMPRESA, O CONTRATO E O RISCO

As noções jurídicas de empresa e contrato têm sofrido profundas mudanças, decorrentes das transformações ocorridas na sociedade em que vivemos.

Essas transformações acabaram por permitir a aplicação da teoria do risco empresarial (que gera responsabilidade objetiva) ao regime contratual.

Assim, passa-se a analisar as modernas noções de empresa e contrato, bem como a idéia de risco, para que então se perceba a possibilidade de aplicação do regime de responsabilidade objetiva à atividade contratual, em razão do risco empresarial assumido.

#### 3.1. EMPRESA

Não se encontra na legislação brasileira, nem na alienígena, um conceito de “empresa”.

Ocorre que a empresa é um fenômeno econômico, que apresenta diversos perfis. Em outras palavras, conceituar-se juridicamente a figura “empresa” representaria a transposição para o mundo do Direito de um fenômeno que é sócio-econômico. Muito se tentou fazer esta operação, sem sucesso.

Assim, como muito bem diz Luiz Antonio Soares Hentz, esta ausência de definição legal de tal importantíssima figura da sociedade se dá em razão da “inexistência de um conceito unitário de empresa”<sup>50</sup>.

Na realidade, empresa é um fenômeno puramente econômico, que só pode ser encarado pelo Direito através de suas facetas ou perfis<sup>51</sup>. Ou seja, não existe a

---

<sup>50</sup> Luiz Antonio Soares Hentz, *Direito de empresa no código civil de 2.002*, p. 07.

<sup>51</sup> Conforme palavras de Fábio Leandro Tokars, *Função social da empresa*, p. 80/81: “a empresa, à evidência, não é uma criação do legislador. Configura-se como realidade econômica que se desenvolveu largamente antes de atrair a atenção do jurista. (...) A empresa mostra-se, atualmente, como realidade de ordem econômica motivadora de algumas reconduções em leis específicas. Por isso, pode-se afirmar com segurança

*categoria jurídica* “empresa”<sup>52</sup>, pois esta não passa de um fato do mundo da economia. Assim, os operadores jurídicos depreendem deste fato os aspectos que podem ser enquadrados nos conceitos jurídicos, para, desta maneira, entender como é tratada aquela figura pelo mundo do Direito.

Foi o autor italiano Asquini quem primeiro sistematizou tais perfis/aspectos da “empresa” reconhecidos pelo Direito. Neste condão, tal autor, verificando os significados da expressão “empresa” dados pela lei italiana, percebeu que ao mundo jurídico eram reconhecidas algumas facetas de tal figura, quais sejam: perfil subjetivo (o empresário), perfil funcional (atividade), perfil objetivo (estabelecimento) e perfil corporativo (instituição)<sup>53</sup>.

Vale aqui transcrever trecho da obra de Luiz Antonio Soares Hentz que deixa clara a citada idéia de Alberto Asquini a respeito dos quatro perfis da empresa:

*“Asquini, no texto publicado originalmente na Rivista Del Diritto Commerciale (1943, v.41, I), apontou na empresa a figura do empresário, denotando o uso da expressão como sinônimo de empresário, e, por outro lado, também a identificava pelo perfil funcional ou dinâmico. A empresa seria a própria atividade empresarial, ou seja, a força de movimento rotacional que implica na atividade empresarial dirigida para determinada finalidade produtiva. Quanto aos seus perfis patrimonial e funcional, dizia estarem revelados pelo estabelecimento ou azienda e pelo mesmo fenômeno econômico, mas projetado sobre o terreno patrimonial, dando lugar a patrimônio especial, distinto, pela sua finalidade, do resto do patrimônio do empresário. Por fim, afloraria, para o corajoso autor italiano, o perfil corporativo: a empresa como instituição, considerada uma organização de pessoas, formada pelo empresário e seus colaboradores (dirigentes, empregados, operários), todos movidos por interesses individuais, mas formando um núcleo social organizado em função do fim econômico comum, qual seja, a consecução do melhor resultado econômico na produção.”<sup>54</sup>*

É também muito esclarecedora a explanação de Waldírio Bulgarelli a respeito das lições de Asquini, onde ele critica a existência de um perfil corporativo:

*“Vê-se, pois, como a doutrina mais esclarecida concluiu que era impossível traduzir a noção econômica de empresa em termos jurídicos. (...) Passou-se pois a identificá-la pela ótica das categorias jurídicas fundamentais, o sujeito, o objeto e os atos ou fatos, na primeira compreendendo o empresário, na segunda o estabelecimento e nestes últimos, a atividade, e deixando a organização dos colaboradores da empresa para o âmbito das*

---

*que são efetivamente relevantes para o universo jurídico não a empresa em si, mas sim, os reflexos de sua existência e, principalmente, da relevância de seu poder socioeconômico.”*

<sup>52</sup> Waldírio Bulgarelli denomina este fato da sociedade que não se enquadra em nenhuma categoria jurídica de “empresarialidade”, e não de “empresa”, pois esta seria um dos perfis daquela. Neste estudo utilizar-se-á a expressão “empresa”, e não “empresarialidade”.

<sup>53</sup> Waldírio Bulgarelli, *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*, p. 121.

<sup>54</sup> Op.cit., p. 16.

*relações trabalhistas, onde à falta de uma categoria jurídica própria, recorreu-se à instituição, embora sem maior relevo técnico-jurídico.*<sup>55</sup>

Na doutrina brasileira, encontra-se na obra de Waldírio Bulgarelli a mesma idéia de que a empresa deve ser vista pelo Direito através de seus perfis. Entretanto, o mencionado estudioso chama o fato econômico “empresa” de “empresarialidade”, e descarta a existência de um perfil corporativo. Assim, a “empresarialidade” seria vista pelo Direito através de três perfis: o empresário (sujeito de direito), o estabelecimento (objeto de direito) e a empresa (atividade, que seria um fato jurídico *sui generis*).

Necessário é aqui transcrever o trecho da obra de tal autor onde tais idéias são sintetizadas:

*“Da empresarialidade, pois, como a concebemos, pode-se deduzir:*

*1) o empresário, como agente responsável e titular do exercício profissional da atividade econômica organizada, qualificado como sujeito para torná-lo o centro da imputabilidade, sujeitando-se as normas sobre registro, publicidade, escrituração, falência, abuso do poder econômico, concorrência desleal, concordata e da locação mercantil.*

*2) o estabelecimento, como objeto, para o fim de reconhecer o complexo de bens organizados pelo empresário na sua unidade e ditar um regime de circulação e de negócios jurídicos, e ainda de proteção (concorrência, locação mercantil, etc.) servindo também para determinar o tipo de atividade.*

*3) a empresa, concebida como atividade econômica organizada, ou exercício profissional da atividade econômica organizada, e qualificada como fato jurídico (ou comportamento) servindo como elemento qualificador do sujeito e do objeto. Daí ter também uma normatividade própria, pois não é simples atividade, mas, qualificada, ou seja: organizada com reflexos nos bens (estabelecimento) e nas pessoas (comunidade de trabalho, quando haja e assim seja reconhecida); profissional (em caráter continuado) e econômica (produzindo para o mercado).”<sup>56</sup>*

Seja pela visão de Asquini, seja pela de Bulgarelli, percebe-se que o fato econômico “empresa” ou “empresarialidade” não se enquadra, de forma simples e direta, em nenhum dos conceitos jurídicos de que os operadores do Direito dispõem. Tal figura é compreendida através de suas facetas, que são o empresário (sujeito de direito que dirige a empresa), a atividade empresarial (organização contínua e de forma profissional dos meios de produção com a finalidade de produzir bens ou serviços ao mercado) e o estabelecimento empresarial (complexo de bens organizados pelo empresário na atividade empresarial e que se tornam, por isso, uma universalidade). Asquini ainda cita o aspecto corporativo/institucional (relação havida

<sup>55</sup> Op. cit., p. 140/141.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 170.

entre o empresário e os seus diversos colaboradores no desenvolvimento da atividade empresarial), não mencionado por Bulgarelli.

Até a entrada em vigor no Brasil do Código Civil de 2.002, não havia no Ordenamento Jurídico Brasileiro nenhuma conceituação legal de qualquer desses perfis da “empresa” ou “empresarialidade”. Quando a lei mencionava a palavra “empresa” queria se referir a qualquer dos seus perfis, de forma indiscriminada.

A partir de 11 de janeiro de 2003 passou a valer o artigo 966 do novo Código Civil, conceituando a figura do empresário como “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. O artigo 1142 do mesmo diploma legal estabeleceu que “*considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”<sup>57</sup>.

Assim, nota-se que o Ordenamento Jurídico passou a contar com conceitos legais de empresário (perfil subjetivo da empresa) e estabelecimento empresarial (perfil objetivo da empresa). Mas continua não existindo definição legal do seu perfil funcional, ou seja, da atividade que caracteriza a “empresa” ou “empresarialidade”.

Contudo, tendo em vista todos os perfis mediante os quais a “empresa” se apresenta ao mundo jurídico, pode-se ter uma boa noção do que é tal figura. De forma simplista, e tendo em vista os seus aspectos acima mencionados, pode-se afirmar que “empresa” é “*a atividade de produção de bens e serviços para o mercado, de forma especializada e profissional, por meio de organismos econômicos predispostos a esta finalidade*”<sup>58</sup> ou, em outras palavras, “*organização dos fatores de produção pelo empresário, com vistas ao desenvolvimento de uma atividade profissional tendente à consecução de um resultado lucrativo*”<sup>59</sup>.

Quem dirige esta atividade é o empresário, que pode ser pessoa física ou jurídica (sociedade empresarial). Este empresário, que é o perfil subjetivo da “empresa”, se enquadra na categoria jurídica de “sujeito de direito”. Assim, ele

---

<sup>57</sup> Nota-se aqui uma confusão cometida pelo legislador, vez que se entende por empresário tanto o empresário individual como a sociedade empresária. Ou seja, é empresária aquela pessoa, física ou jurídica, que pratica atividade empresarial. Assim, é inócuo o trecho do dispositivo legal a seguir transcrito: “ou por sociedade empresária”.

<sup>58</sup> Luiz Antonio Soares Hentz, op. cit., p. 31.

<sup>59</sup> Fábio Leandro Tokars, op. cit., p. 80.

(pessoa física ou jurídica) é o sujeito ativo e passivo das suas relações jurídicas praticadas na atividade empresarial.

Outrossim, é o empresário que receberá o lucro<sup>60</sup> ou arcará com os prejuízos da atividade. E a pessoa física empresária ou os sócios de uma sociedade empresarial são levados a praticar a atividade empresarial, nela investindo trabalho e recursos, pela perspectiva de receber este lucro<sup>61</sup>. O recebimento deste lucro é tido como a contraprestação pelos riscos de arcar com os prejuízos da atividade assumidos pelo empresário<sup>62</sup>.

Ocorre que a “empresa”, em especial aquelas de grande porte, tem demonstrado ser poderoso agente social. Isto porque delas dependem muitas famílias, que vivem exclusivamente dos salários por ela pagos. Além disto, é comum que grandes empresas possuam uma infinidade de consumidores que chegam a ser delas totalmente dependentes, como por exemplos as empresas de telefonia e de energia elétrica. Não fosse só isto, até mesmo o Estado delas depende, pois são elas que proporcionam a maior parte do recolhimento de tributos. Portanto, tendo em vista este enorme poder das empresas, não podem ser dirigidas de forma egoística, visando apenas o lucro do empresário.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> O artigo 7º, XI da Constituição da República prevê a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. Entretanto, tal norma não é auto-aplicável, pois depende de lei que a regulamente. Apenas no ano de 2.000 foi promulgada a Lei 10.101/00, que regulamentou a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. Contudo, tal diploma estabeleceu em seu artigo 2º que “a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados”. Assim, tal determinação não tem eficácia, pois é muito raro existir interesse das empresas em estabelecer negociação neste sentido com seus empregados. Portanto, no Ordenamento Jurídico Brasileiro ainda não existe, de forma eficaz, a distribuição de lucros com os trabalhadores, ficando aqueles apenas com os empresários.

<sup>61</sup> Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho, *O empresário e os direitos do consumidor*, p. 36: “No capitalismo, o lucro é essencial para o empreendedor privado lançar-se a exploração da atividade econômica. Se não vislumbrar atraente lucratividade na exploração de uma empresa, o particular simplesmente dará às suas energias e aos seus recursos monetários outra destinação”.

<sup>62</sup> Esta idéia será melhor analisada ainda neste capítulo.

<sup>63</sup> Fábio Leandro Tokars, op. cit., p. 78, demonstra com clareza o poder exercido pelas empresas na sociedade: “... é inafastável a visão da empresa como mais poderoso agente social no contexto dos países inseridos na economia globalizada. De fato, não se mostra necessário grande esforço investigativo para percebermos que nossa vida pessoal está diretamente orientada pelo contexto empresarial em que estamos inseridos. Afinal, praticamente todos dependemos de uma estrutura empresarial que necessite de nosso trabalho e nos garanta o sustento em contrapartida; nas empresas passamos um período de tempo muito superior àquele dedicado à família; nosso comportamento individual tem sido cada vez mais pautado pelas premissas de empregabilidade; e o resultado de nosso trabalho e quase em sua totalidade reorientado ao consumo, base de sustento e existência das empresas. Para além destes aspectos de ordem individual, não se pode abstrair os reflexos da atuação das empresas na própria estabilidade de um país. Afinal, a estabilidade está atrelada ao setor econômico, dependente diretamente do setor empresarial, que gera empregos, recolhe tributos e movimenta a economia”. No mesmo condão: Fábio Konder Comparato, *A reforma da empresa*, p. 03.

Assim, passou-se a perceber a necessidade de o empresário dirigir sua atividade não apenas visando o lucro, mas também com o intuito de atender à função social da empresa<sup>64</sup>.

Fábio Konder Comparato chega a afirmar que a busca do atendimento à função social deve sempre preponderar em relação à busca pelo lucro:

*“Ora, ninguém sustentará, nem mesmo os últimos partidários da ‘mão invisível’ regulando o mercado, que não possa jamais haver conflito ou incompatibilidade entre o objetivo societário de lucro e o dever de a companhia exercer uma função social. Verificando-se essa colidência de fins em concreto, qual a solução jurídica? Parece óbvio que ela se encontra na prevalência dos fins sociais, tal como expressos nos princípios do art. 160 da Constituição. De resto, é exatamente nesse sentido que a Lei de Introdução ao Código Civil orienta a ação do Judiciário (art. 5°): o atendimento aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”*<sup>65</sup>

Ou seja, como a atividade empresarial acaba sendo necessária para a realização de interesses que ultrapassam aqueles egoísticos do empresário, reconhece-se que este tem um poder-dever de atender à função social de sua atividade.

Nas palavras de Bulgarelli, *“parece, pois, ter ficado claro que está em jogo uma série de interesses em relação à atividade empresarial, a que é preciso atender, justificando-se certas restrições, limites, obrigações, ônus e responsabilidades impostos ao empresário, como agente dessa atividade e, portanto, centro de imputabilidade”*<sup>66</sup>.

Neste sentido, os artigos 116, parágrafo único e 154 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6404/64), aplicável às sociedades limitadas (artigo 18 do Decreto 3078/19), estabelecem 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”* e que *“o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que na trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”*.

---

<sup>64</sup> Fábio Leandro Tokars, op. cit., p. 78/79: *“Se as empresas se mostram como poderosíssimos agentes sociais, sua atuação não pode ser caracterizada pela mais absoluta liberdade para a tomada das decisões, devendo ser pautada não só pela busca desenfreada pelo lucro, mas também por princípios de ética social. Surge, materialmente, a noção de função social da empresa”*.

<sup>65</sup> Op. cit., p. 12 (grifos nossos).

<sup>66</sup> Op. cit. P. 112.

A ciência econômica tem percebido que as próprias empresas – principalmente aquelas de grande porte -, independentemente de algum intervencionismo estatal, têm se preocupado menos com o aumento dos lucros e mais com o cumprimento à sua “função social”. A este fenômeno tem-se chamado de “governança empresarial”<sup>67</sup>. O lucro passa a ser visto pelas empresas apenas com uma das variáveis a ser por ela equacionadas, sendo que devem ser igualmente considerados os interesses dos consumidores, fornecedores, concorrentes, comunidade em que se localizam (meio ambiente), autoridades governamentais, acionistas, empregados, financiadores, supridores de tecnologia, etc.. Perante todos esses grupos a empresa deve se comportar de forma a manter sua imagem, o que faz com que seja admissível um lucro mínimo em prol dessas outras variáveis. E as empresas assim agem para que a médio ou longo prazo exista maximização dos seus ganhos, o que justifica a diminuição nos lucros inicial.

A atividade empresarial é, pois, desenvolvida visando o lucro e se submetendo a obrigações decorrentes da função social. Esta atividade se dá através de contratos. Em outras palavras, o empresário organiza os meios de produção a ele subordinados de forma contratual, por intermédio de negociações com fornecedores, trabalhadores e consumidores/clientes.

Nas palavras de Sérgio Seleme, *“pode-se afirmar que o contrato é não mais o instrumento a serviço da propriedade, mas sim a serviço da empresa, para atendimento de suas finalidades”*<sup>68</sup>.

No mesmo sentido, vale aqui transcrever lição de Paulo Luiz Neto Lobo:

*“Com tendências monopolistas, a grande empresa se utiliza do contrato como instrumento de sua atuação. Esse autêntico dirigismo contratual de caráter privado, em virtude de sua inquestionável supremacia, apresenta-se principalmente sob três formas: a) em contratos de transferência de tecnologia, uma vez que a tecnologia se converteu na mais importante fonte de poder econômico; b) em contratos realizados com suas empresas-satélites: fornecedores, sub-empregados, agentes de representação, fábricas de peças,*

---

<sup>67</sup> Fabio Nusdeo, *Curso de economia*, p. 256/258.

<sup>68</sup> Sérgio Seleme, *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*, p. 268. No mesmo sentido, Frederico Eduardo Zenedin Glitz, *A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico*, p. 215: *“A massificação das relações negociais experimentada com o incremento do comércio internacional e, internamente, com o desenvolvimento da economia nacional, exigiu a modernização de diversos institutos jurídicos bem como velocidade na solução das novas exigências sociais. O contrato, sob o ponto de vista econômico, por exemplo, passou de instrumento da propriedade para instrumento da empresa”*.

*concessionários de marcas, etc., normalmente pequenas e médias empresas; c) em contratos realizados com a massa de consumidores. As condições desses contratos são predeterminadas, padronizadas, e, no caso c, com ampla utilização de formulários impressos, não se admite ao outro contratante alteração substancial: é pegar ou largar.*<sup>69</sup>

Assim, tendo em vista que a atividade empresarial se desenvolve através de contrato, e que essa atividade deve atender à sua função social, conclui-se que o contrato não pode mais ser encarado de forma individualista, assim como o era no período em que foi idealizado (Revoluções Burguesas, Iluminismo, Estado Liberal)<sup>70</sup>, onde valia de forma absoluta a *pacta sunt servanda* e o princípio da relatividade dos seus efeitos<sup>71</sup>. O contrato, por ser o instrumento de realização da “empresa”, deve atender a valores maiores do que apenas a busca do lucro para o contratante. Por isso, surgem novos princípios contratuais, conforme será explicitado no próximo tópico.

### 3.2. CONTRATO

A categoria jurídica “contrato”, surgida no século XIX, decorre de um período em que a humanidade encontrava-se empolgada com as idéias iluministas<sup>72</sup>, mediante as quais os pensadores, inclusive juristas, tentaram descrever *a priori* através de

---

<sup>69</sup> *O contrato – exigências e concepções atuais*, p. 24.

<sup>70</sup> Sérgio Seleme, op. cit., p. 271: “*contrato e empresa devem, hoje, atender a finalidades distintas daquelas perseguidas pelo Estado liberal que engendrou os Códigos modernos. No nosso sistema jurídico, em especial, atender a valores e finalidades traçados como orientadores de todo o ordenamento jurídico constitucional*”.

<sup>71</sup> As características dos contratos na Idade Moderna aqui mencionadas serão mais bem analisadas, assim como os princípios que atualmente governam tal figura.

<sup>72</sup> O Iluminismo foi um movimento intelectual que surgiu no final do século XVII, tendo grande expressão nos séculos XVIII e XIX. “*As idéias defendidas pelos filósofos iluministas iam de encontro às aspirações da burguesia em ascensão, pois criticavam as instituições do Antigo Regime e refletiam as transformações de todas as ordens por que passava a sociedade europeia, preparando, assim, o caminho ao movimento revolucionário burguês. (...) A valorização da razão como guia infalível da verdade e a existência de leis naturais que explicassem os fenômenos universais destacavam-se como pontos fundamentais do conhecimento científico.*” (Ricardo de Moura Faria, *História*, p. 131) Foi neste contexto que surgiu a idéia de enciclopédia, que visava descrever todos os fatos possíveis. Foi também nesta época, e com o mesmo intuito, que, no ramo do Direito, surgiu a jurisprudência dos conceitos (Escola Pandectista), que pretendia criar “categorias jurídicas” capazes de abarcar todos os fatos que pudessem ocorrer na sociedade, de forma que ao julgador bastasse subsumir o fato à “categoria jurídica” para encontrar a solução adequada. São decorrentes disso as “grandes codificações” existentes pelo mundo. Todas essas idéias eram muito oportunas à época, pois representavam a antítese ao Estado Absolutista, em que vigoravam de forma extrema os privilégios de classe, e possibilitavam à burguesia, exercendo a liberdade formal então pregada, expandir seus negócios, com a menor influência estatal possível.

formas abstratas todos os fatos da sociedade e da natureza. O contrato foi uma dessas “formas abstratas” criadas.

Esta concepção clássica de contrato, tendo em vista os ideais do liberalismo econômico então vigentes<sup>73</sup>, tem sua base no princípio da autonomia da vontade, que significava que “*o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido*”<sup>74</sup>.

Como à época do liberalismo econômico não se admitia limitações ao exercício do direito de propriedade, também não se admitiam limitações ao exercício da autonomia da vontade nas relações contratuais, pois os contratos se destinavam ao comércio da propriedade<sup>75</sup>.

O princípio da autonomia da vontade se manifestava, principalmente, por intermédio de outros dois princípios: liberdade contratual e obrigatoriedade (sinônimo de vinculatividade ou intangibilidade).

A liberdade de contratar significa que cabe apenas e exclusivamente ao contratante escolher com quem contratar, quando contratar, de que forma contratar e quais cláusulas contratar.

Já a obrigatoriedade significa que aquilo que é contratado deve ser cumprido pelas partes, sendo que as cláusulas contratuais, uma vez firmadas, nunca mais poderão ser modificadas sem o consentimento de todos os envolvidos, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Daí surgiu a velha expressão “o contrato é lei entre as partes”, ou, em latim, “*pacta sunt servanda*”.

---

<sup>73</sup> Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 64: “a teoria jurídica construída pela ideologia liberal assentava em alguns dogmas, que hoje estão em crise: a irreduzível oposição entre o indivíduo e a sociedade (o Estado seria um mal necessário, cujas atividades era necessário restringir ao mínimo); o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações, etc.); o princípio da liberdade econômica (laissez faire, laissez passer), e, finalmente, a concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política (afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, sem se curar de saber se a todos eles seriam proporcionadas as condições concretas necessárias para exercitarem tais liberdades”.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 42/43.

<sup>75</sup> Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*, p. 19: “Tem-se, pois, no que tange os contratos, que essa categoria jurídica está vinculada à propriedade, sendo o instrumento do seu trânsito jurídico. Sendo a propriedade o espaço de liberdade absoluta do indivíduo, no qual está o espaço intangível frente ao Estado para o exercício da vontade individual, apresenta-se o princípio fundamental da disciplina jurídica dos contratos tal como forjada a partir do liberalismo: a autonomia da vontade.”

Decorre também da autonomia da vontade o princípio da relatividade dos efeitos, pelo qual os negócios produzem efeitos apenas perante as partes que manifestaram sua vontade, sem atingir terceiros (pois estes não emitiram declaração de vontade), e o princípio do consensualismo, em razão do que as partes são livres para contrair obrigações da forma que bem entenderem, sem a necessidade de se subordinarem a formas especiais.

Assim, conclui-se que o contrato surgiu como expressão da autonomia da vontade, valendo de forma absoluta os princípios da liberdade contratual, vinculatidade ao acordado, relatividade e consensualismo.

Contudo, logo<sup>76</sup> se percebeu a necessidade de restringirem-se os efeitos absolutos desses princípios, pois, notou-se que a pretensa igualdade entre os sujeitos acabava por gerar grandes injustiças, o que ficou ainda mais claro com as guerras mundiais<sup>77</sup>.

Ademais, iniciou-se neste período, como conseqüência da expansão do capitalismo (surgimento das grandes cidades, das grandes indústrias, da produção em série, do incremento dos meios de comunicação e, conseqüentemente, do consumismo, etc.), um fenômeno chamado “massificação dos contratos”, que deixou a parte mais

---

<sup>76</sup> Já com os efeitos da Primeira Revolução Industrial, a partir do século XIX. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, op.cit., p. 22: “*Já no século XIX o mito da igualdade entre os indivíduos proprietários é posto em xeque, especialmente no que tange aos contratos de trabalho, diante da flagrante hipossuficiência do trabalhador (que era tomado como proprietário de sua força de trabalho)*”.

<sup>77</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, p. 07: “*A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração da desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera da autonomia da privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual*”. Nelson Nery Junior, *Dirigismo contratual e decadência do voluntarismo: morte do contrato?*, p. 434, in Ada Pellegrini Grinover, *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*: “*E é nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do dirigismo contratual, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar. O dirigismo surgiu no final do século passado, como reflexo da revolução industrial, mas se acentuou entre as duas guerras mundiais*”. No mesmo sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, op.cit., p. 22: “*Foi, todavia, no século XX, com a grande crise do liberalismo no período entre as guerras, que as circunstâncias acabaram por impor intervenção do Estado na economia – e, por conseguinte, na propriedade – com a política intervencionista keynesiana, visando a minimizar os efeitos nefastos do crack da Bolsa de Nova York em 1929, e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, com a edificação daquilo que passou a se chamar de Estado do Bem-Estar Social*”.

fraca nas negociações ainda mais vulnerável a injustiças<sup>78</sup>. Hodiernamente, após evolução desses fatos, não se pode negar que vivemos numa sociedade extremamente consumista, em que o comércio jurídico se despersonalizou, e a maior parte dos contratos se dá de forma massificada, através de contratos de adesão, em que o aderente não tem chance de discutir praticamente nenhum de seus aspectos<sup>79</sup>.

Em decorrência dessas modificações sócio-econômicas, cada vez mais se assistiu a um dirigismo contratual, pelo qual normas de ordem pública passavam a tolher os campos de aplicação dos mencionados princípios contratuais clássicos<sup>80</sup>.

Este dirigismo, que se iniciou com a regulação do conteúdo dos contratos de trabalho, passou a influenciar as outras espécies de negociações, bem como sujeitou a formação de alguns contratos a autorização do Poder Público e até mesmo determinou de forma cogente a celebração de outros<sup>81</sup>, sempre visando “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades”, o que, no campo contratual, significa proteção à parte mais vulnerável a imposições de vontades pretendidas pela parte mais forte<sup>82</sup>.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro pode-se citar como exemplo desse dirigismo contratual a CLT, Lei do Inquilinato (Lei 8245/91), o Código de Defesa do

---

<sup>78</sup> Fernando Noronha, op. cit., p. 71: “Especificamente no que diz respeito à massificação nos contratos, ela é conseqüência inexorável do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, simplificassem as suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais”.

<sup>79</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 49/50: “Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais. (...) Hoje, elas [contratações em massa] dominam quase todos os setores da vida privada, onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados”.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 102: “haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva.”

<sup>81</sup> Como por exemplo os contratos celebrados pelas concessionárias de serviço público, de seguro, empréstimo compulsório, etc.

<sup>82</sup> Cláudia Lima Marques, Ibidem, p. 147/148, afirma existirem três formas de vulnerabilidade, a técnica, a jurídica e a fática. “Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, e, portanto, é mais facilmente enganado a características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. (...) Já a vulnerabilidade jurídica ou científica, é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. (...) Mas há ainda a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade a todos que com ele contratam (...)”.

Consumidor (Lei 8078/90), entre outros diplomas legais que passaram a regular de forma cogente diversos aspectos contratuais.

Estas leis, chamadas intervencionistas, autorizam o Poder Judiciário a aplicar um controle mais efetivo da justiça contratual. “*O juiz, ao interpretar o contrato não será um simples servidor da vontade das partes, ao contrário, um servidor do interesse geral*”<sup>83</sup>, podendo adequar as obrigações fixadas no instrumento à real vontade das partes e a função social do negócio, de acordo com os mandamento da lei.

Tendo em vista esse acentuado dirigismo da autonomia da vontade exercido por leis cogentes, de ordem pública, houve quem advogasse a “morte do contrato”<sup>84</sup>.

Contudo, esta tese da morte do contrato não vingou, vez que, apesar de todo o dirigismo, sempre restou espaço para o exercício, de alguma forma, da autonomia da vontade, e assim sendo, como bem diz Nelson Nery Junior, “*o contrato não morreu nem tende a desaparecer. A sociedade é que mudou, tanto do ponto de vista social, como do econômico e, conseqüentemente, do jurídico*”<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>84</sup> Orlando Gomes, op. cit., p. 31: “*Porque a intervenção na ordem econômica tem sido tão intensa, impondo, às vezes o dever de contratar, outras vezes instituindo cláusulas coercitivas, outras vezes facultando ao juiz rever o contrato, houve mesmo quem chegasse a entrever a morte ou fim do contrato como instituto jurídico, por não conceber sua existência sem o pressuposto da vontade negocial livre*”; No mesmo sentido, citando Grant Gilmore, Nelson Nery Junior, Op. cit., p. 436/437, expõe que “*com as transformações ocorridas na sociedade deste século, acentuadamente nos períodos posteriores às guerras mundiais, tomou conta dos privatistas o ceticismo quanto à sobrevivência do contrato como negócio jurídico bilateral consubstanciado pelo acordo efetivo de vontades para a consecução de fim patrimonial determinado, chegando a falar-se em ‘morte do contrato’ para significar esse fenômeno de transformação*”.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 437. No mesmo sentido, Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol III, p. 19-20, apud Orlando Gomes, op. cit., p. 31: “*Não é o fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. Esta a fase atual. Outras ainda hão de vir, sem que o jurista de hoje possa indicar o seu rumo ou a sua tônica, se o dirigismo exacerbar-se-á mais ainda, ou se o princípio da autonomia da vontade, como que num movimento pendular, retomará posição antiga, reconquistando o terreno perdido. O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que Josseland chega mesmo a considera-lo a ‘publicação do contrato’.* Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a considerá-lo. O que pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele”. E, ainda, Fernando Noronha, op. cit., p. 78: “*Mas, felizmente, o contrato não estava morrendo, e nem sequer em crise. O que estava morrendo era uma concepção inadequada, que, considerava como sendo contratual unicamente uma determinada relação jurídica, que teve o seu apogeu em certo período histórico e que pressupunha que as partes fossem, por sua própria natureza, iguais – igualmente livres, poder-se-ia talvez dizer*”.

Mesmo naqueles casos em que os contratos são celebrados de forma coativa, ou seja, quando a lei impõe o dever de um contratante a aceitar a contratação pretendida pelo outro, há ainda um contrato, pois não há substituição da vontade das partes pela vontade imposta pela lei. Há apenas a substituição da vontade de uma das partes em decidir se contrata ou não, restando ainda a possibilidade de exercer seu poder de discutir aspectos desta negociação, como por exemplo a possibilidade de apresentar ao aderente diversas opções de serviços e preços<sup>86</sup>.

Portanto, na realidade, o contrato não morreu, e continua sendo muito utilizado. O que ocorreu foi que ele, na grande maioria das vezes, não é mais formado através de discussão entre duas pessoas em pé de igualdade que querem negociar determinado bem ou obrigação<sup>87</sup>. Atualmente, como já dito em momento anterior, ele é muitíssimo utilizado como instrumento da atividade empresarial, seja através das negociações com consumidores ou fornecedores, seja nas relações de trabalho ou em quaisquer outras perspectivas da empresa.

E é justamente nesta forma de utilização dos contratos que ocorre o fenômeno mencionado da massificação. Assim, hodiernamente, é cada vez mais raro se deparar com um contrato amplamente discutido entre as partes. Os contratos são hoje celebrados de forma automatizada, algumas vezes por intermédio da aquisição de simples *tickets*, e despersonalizada, pois as partes muitas vezes não se conhecem e sequer se encontram fisicamente. Nestas contratações uma parte adere a todas as cláusulas anteriormente fixadas pela contraparte<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 89: “Além disso, a técnica dos contratos coativos não importa jamais a substituição da vontade das partes pela vontade imposta pela lei. O que neles há é tão-somente a substituição da vontade de uma das partes pela vontade da lei. Não se pode descrever os contratos coativos, nessas condições, como inteiramente supressivos das vontades próprias dos contratantes. Neles, sempre, apenas uma das partes é vinculada, cabendo à outra optar por contratar ou não contratar. De outro lado, como observa percutientemente Gerard Farjat, nas diversas situações de contratação coativa restam margens suficientes ao exercício, pelas partes contratantes, da liberdade de configuração interna dos contratos. As partes, mesmo no contrato coativo, estão entre si relacionadas por vínculo obrigacional. O contrato coativo é, ainda, contrato”.

<sup>87</sup> Este seria o chamado “contrato paritário”, que segue os moldes clássicos de acordo com a autonomia da vontade.

<sup>88</sup> Claudia Lima Marques, *op.cit.*, p. 84: “Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade sócioeconômica do século XX. Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um autor efetivo de cláusulas, outro simplesmente aderente – desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual. Em outros

Frederico Eduardo Zenedin Glitz, analisando o fenômeno da massificação das relações contratuais, conclui que tal situação acaba desequilibrando a sociedade, pois a divide entre aqueles que possuem poder de “fazer leis entre os contratantes” e aqueles a que resta apenas a submissão a tais leis<sup>89</sup>. Possuem poder para “fazer lei entre os contratantes” o Estado, exercendo o já tratado dirigismo contratual, e a empresa que, *“tangenciando o monopólio legislativo do Estado, edita normas que parecem verdadeiras normas gerais, sob a aparência contratual, às quais se subordinam todos aqueles que necessitam de seus bens e serviços”*<sup>90</sup>.

Em razão dessas modificações a respeito da forma como se dá a atividade contratual no mundo contemporâneo que os juristas passaram a nele verificar princípios diferentes daqueles já mencionados, de forma a trazer maior justiça às relações contratuais, e dando maior importância à condição social e econômica dos envolvidos<sup>91</sup>.

Não fosse só isto, como o contrato é eminentemente o instrumento da atividade empresarial, e como esta deve atender à sua função social, aquele também deve fazê-lo, o que também acarreta a necessidade de novos princípios informadores<sup>92</sup>.

Segundo palavras de Paulo Luiz Neto Lobo, *“o contrato exerceu uma função individual, em conformidade com a ideologia dominante: o liberalismo. Há de ser reestruturado, para atender e exercer uma função social”*<sup>93</sup>.

*novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contrair não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes a própria manifestação da vontade irrelevante, face ao mandamento imperativo da lei (contratos coativos).”*

<sup>89</sup> Op.cit., p. 213.

<sup>90</sup> Paulo Luiz Neto Lobo, op. cit., p. 19.

<sup>91</sup> Leonardo Mattietto, *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*, p. 178: *“A discussão do contrato no século XIX se prendia em larga medida ao acordo de vontades, à averiguação da conformidade entre vontade e declaração e aos vícios de consentimento. Interessava determinar as circunstâncias em que o consentimento se exprimia, e sobretudo se era livre. Ao invés, no contrato contemporâneo, embora ainda haja a preocupação com o consentimento e seus vícios, cumpre impedir que um contratante, valendo-se de sua posição econômica, dite cláusulas que sejam desleais ou vexatórias para o outro. Insuficiente é, nestes dias, apenas tornar o contrato anulável por vício da vontade, cabendo, antes, salvaguardar os mais fracos na contratação de massa”*.

<sup>92</sup> Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, op.cit., p. 33: *“O contrato possui uma função social que se liga à solidariedade entre as partes contratantes, mas que a elas não se resume, atingindo, também, aqueles que não se colocam como partes naquela relação contratual. Ou seja: se o contrato clássico se ligava a uma dimensão interindividual, fundada na liberdade das partes contratantes para auto-regulamentarem seus interesses privados conforme suas vontades, o contrato contemporâneo deve levar em conta não somente a vontade individual – que deixa de ser um dogma – mas a solidariedade entre os contratantes e, sobretudo, destes com os demais elementos do grupo social”*.

<sup>93</sup> Op.cit., p. 17.

E, neste ponto, para que se compreenda a nova configuração do direito contratual, deve-se partir da idéia de que a vinculatividade dos contratos não decorre mais da autonomia da vontade, ou seja, da vontade expressa neste sentido pelos sujeitos de direito que firmam o negócio. Tal efeito dos contratos deve existir porque é necessário garantir a confiança dos agentes econômicos envolvidos, dando segurança aos negócios celebrados. Em outras palavras, a vinculatividade não decorre do interesse de indivíduos assim manifestado, mas sim de um interesse social. Como diz Fernando Noronha, “isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade, mas no princípio de tutela da boa-fé”<sup>94</sup>. Utilizando-se de um palavreado mais popular, pode-se afirmar que o contrato deixou de ser vinculante em razão da *palavra* das partes, passando a sê-lo em função da *confiança* criada entre elas<sup>95</sup>.

Sendo a vinculatividade decorrente de um interesse social, esta não deve prosperar quando gerar iniquidades, pois estaria violando a confiança criada, bem como infringindo o interesse social, que deve prevalecer frente ao interesse individual egoístico de um dos contratantes.

O contrato, agora, não visa garantir o interesse do credor, mas sim o interesse da sociedade, sendo que aquele interesse será protegido apenas enquanto garantir a satisfação deste<sup>96</sup>.

O legislador, percebendo isto, incluiu no Código Civil de 2.002 o artigo 421, que estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. No mesmo condão, o artigo 187 de tal jovem diploma legal define que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

---

<sup>94</sup> Op. cit., p. 82.

<sup>95</sup> Cláudia Lima Marques, op.cit., p. 88: “No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável.”

<sup>96</sup> Fernando Noronha, op. cit., p. 84: “Todo direito só pode ser legitimamente exercido em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social.”

Antes disto, a Constituição da República já determinava, em seu artigo 1º, inciso IV, que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos os valores sociais da livre iniciativa. Ou seja, o exercício da vontade, através dos contratos, deve respeitar valores sociais. Ademais, a Lei Maior, em seu artigo 170, estabelece que *“a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) função social da propriedade (...)”*.

Também o Código de Defesa do Consumidor havia, desde 1991, tutelado a confiança entre os contratantes, primando muito mais pela lealdade entre eles do que pela força da palavra (vontade) por eles expressa.

Tendo em vista estas breves noções introdutórias, vê-se como novos princípios informadores das relações contratuais os seguintes: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual<sup>97</sup>.

A autonomia privada, que é uma nova configuração da autonomia da vontade<sup>98</sup>, não obstante o dirigismo a que os contratos têm se submetido, ainda existe, e ainda lhes é essencial, pois não se pode negar às pessoas o direito de escolher livremente se devem ou não contratar, de que forma e com quem devem fazê-lo. Contudo, como já dito, este princípio da autonomia privada encontra-se atualmente mitigado por dispositivos de ordem pública<sup>99</sup>.

O princípio da boa-fé significa a tutela à confiança criada entre os contratantes, de forma a fazer com que a autonomia privada seja válida enquanto não violar deveres de lealdade entre as partes, garantindo, assim, a segurança que deve permear as relações entre as pessoas.

---

<sup>97</sup> Neste ponto adoto a sistematização exposta por Fernando Noronha. Op. cit., p. 102: *“Assim podemos concluir que autonomia privada, boa-fé, e justiça contratual constituem os três princípios fundamentais dos contratos, constituem, poderíamos dizer, a ordem pública interna dos contratos”*.

<sup>98</sup> Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, op.cit., p. 30: *“A autonomia da vontade, desse modo, dá lugar à autonomia privada, limitada objetivamente em função das situações concretas de desigualdade e de arbítrio”*.

<sup>99</sup> Cláudia Lima Marques, op.cit., p. 101: *“à procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes”*.

Por fim, o princípio da justiça contratual significa a garantia da equidade entre as partes contratantes, equidade esta entendida como justa distribuição de riscos e obrigações.

Esses três princípios coexistem e funcionam como um sistema de contrapesos, sendo que cada um limita a atuação do outro, de forma que o sistema seja o mais eqüitativo possível. Ou seja, a autonomia privada é limitada pela boa-fé e pela justiça contratual, ocorrendo o mesmo com os outros mencionados princípios.

E, neste aspecto, percebe-se a enorme diferença entre a atual configuração principiológica dos contratos e a anterior. Antigamente valia apenas o princípio da autonomia da vontade, de forma absoluta. Agora atuam juntamente os princípios da autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.

Passemos a partir de agora, então, a analisar mais detalhadamente quais as implicações de cada um desses princípios.

### **3.2.1. O princípio da autonomia privada**

Este princípio, um nova versão do princípio da autonomia da vontade, como já dito, surgiu com o nascimento dos contratos, evoluiu, deixando de ser sua expressão máxima, mas mantendo extrema importância. Tanto que o artigo 170 da Carta Magna é claro ao estabelecer que a ordem econômica é fundada na “*livre iniciativa*”, bem como “*deve ser assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

Este princípio decorre de ideais jusnaturalistas do período chamado Iluminismo, pelos quais o homem, tomado como ser por essência livre, assumiria obrigações apenas em decorrência de sua vontade, tanto na esfera política (idéia de contrato social de Rosseau) como na privada.

Atualmente, como já exposto, este princípio não é mais encarado de forma tão radical e absoluta, sendo limitado pelos princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Contudo, ainda decorre da autonomia privada o nascimento do negócio, pois é a manifestação de vontade que dá vida ao contrato.

No tópico anterior deste estudo, quando se analisaram as características clássicas do contrato, foram apresentadas as principais manifestações do princípio da autonomia da vontade: liberdade contratual, *pacta sunt servanda*, relatividade dos efeitos e consensualismo.

Com exceção da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), todos os demais efeitos do princípio da autonomia da vontade continuam sendo encarados como consequência da autonomia privada, mas agora temperados pelos princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Por exemplo, a liberdade de contratar, hoje, encontra diversos temperamentos em leis de ordem pública que impõem determinadas cláusulas aos contratos (como ocorre nos contratos de emprego) ou que vedam expressamente alguns tipos de estipulações (como no regramento sobre cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor). Da mesma forma, a relatividade dos efeitos contratuais tem sido abrandada com o reconhecimento de que as negociações afetam direitos de outras pessoas além daquelas que firmaram o negócio. E, em relação ao consensualismo, em razão da massificação, tem-se visto um retorno, alguma vez determinado por lei, a formas padrões de negociação.

No que tange à *pacta sunt servanda*, como já exposto, hoje se reconhece que a força obrigatória dos contratos decorre da confiança criada entre as partes e de um interesse social em que os negócios sejam cumpridos, garantindo-se, assim, a segurança nas relações. Ou seja, a força obrigatória não decorre mais do princípio da autonomia privada, mas sim do princípio da boa-fé<sup>100</sup>.

Assim, conclui-se que mesmo tendo sofrido grandes mitigações, que levaram algumas pessoas até a sepultar o contrato, o princípio da autonomia privada continua vigente, sendo a expressão da liberdade dos contratantes, mas agora temperado por outros princípios.

---

<sup>100</sup> Ibidem, p. 116; “(...) se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, mais importante do que este, do ponto de vista social, é a necessidade de assegurar a observância de certos compromissos – necessidade esta ligada essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé (...)”.

### 3.2.2. O princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, que se analisa a partir deste ponto, é conceituada pelos autores como *“dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte”*<sup>101</sup>. Cláudia Lima Marques conceitua a boa-fé objetiva como *“uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e realização dos interesses das partes”*<sup>102</sup>.

O Código Civil de 1916 não consagrou o princípio da boa-fé objetiva como um mandamento geral<sup>103</sup>, o mencionando apenas e tão somente para os contratos de seguro, ao determinar, no artigo 1443, que *“o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade”*.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que foi promulgado quando já estavam solidificadas as modernas noções de contrato aqui expostas, tratou de forma clara a matéria. O artigo 4º de tal diploma legal fixou em seu inciso terceiro como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo a *“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”*. Mais adiante, ao tratar das cláusulas abusivas, fixou que *“são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais*

---

<sup>101</sup> Fernando Noronha, op.cit., p. 136.

<sup>102</sup> Op. Cit., p. 107.

<sup>103</sup> Alinne Arquette Leite Novais, *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*, p. 26.

*relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, inc. IV).*

Posteriormente, o Código Civil de 2.002, no seu artigo 422, fixou, desta feita para todos os negócios jurídicos, que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”. Também no artigo 113 do novo diploma material civil define que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”. Por fim, o artigo 187 diz que “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Percebe-se, então, que o princípio da boa-fé não pode ser afastado do atual regramento dos contratos.

Há, entretanto, que se diferenciar a boa-fé objetiva, que está sendo aqui analisada, da boa-fé subjetiva. Esta já era tratada pelo Código Civil de 1916, como por exemplo no regramento dos efeitos do casamento putativo (art. 221), da posse (arts. 490, 491, 550 e 551), do pagamento ao credor putativo (art. 935), entre diversas outras ocasiões.

A boa-fé subjetiva é um estado de ignorância de um sujeito a respeito de característica da situação jurídica em que está inserido suscetível de lesar direito de outrem. Segundo palavras de Fernando Noronha, “*na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência*”<sup>104</sup>.

Assim, por exemplo, o artigo 1201 do Código Civil de 2.002 estabelece que “*é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa*”.

Pela simples leitura de tal dispositivo legal se pode perceber qual o sentido da boa-fé subjetiva: a ignorância a respeito de circunstância que torna ilícito o ato jurídico praticado.

---

<sup>104</sup> Op. cit., p. 132.

Outro exemplo é o princípio cambiário na inoponibilidade de exceções perante terceiro de boa-fé, pelo qual ao endossatário de um título de crédito não cabem alegações a respeito de vícios na origem do título, desde que este esteja sob o manto da boa-fé subjetiva, ou seja, não saiba de tais circunstâncias que tornam ilícito o crédito.

Não é esta idéia de boa-fé subjetiva que se está aqui analisando, mas sim a boa-fé objetiva. Enquanto a boa-fé subjetiva é um *estado*, a objetiva é um *dever*, “*dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte*”<sup>105</sup>.

Com o intuito de deixar clara a distinção entre as duas formas de expressão da boa-fé, vale aqui transcrever lição de Alinne Arquette Leite Novais, que expõe de a matéria forma cristalina:

*“A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.”*<sup>106</sup>

Para que a boa-fé objetiva seja exigível, segundo lições de Fernando Noronha, é necessário que existam dois sujeitos ligados por uma relação jurídica que imponha entre eles tais deveres de conduta. Esses deveres de conduta são avaliados de acordo com a noção de *bonus pater familias*, a menos que a relação seja formada entre especialistas em determinada área, quando exigir-se-á que as condutas se dêem de acordo com a perícia característica da pessoa. Ademais, é necessário que na relação estejam reunidas condições suficientes para criar no sujeito que a compõe o estado de confiança que o princípio aqui analisado tutela. Ou seja, é preciso que a pessoa tenha alimentado legitimamente a expectativa de que a outra parte agiria de forma leal e correta<sup>107</sup>.

Uma vez verificadas tais condições, os contratos celebrados deverão obrigatoriamente respeitar os deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.

---

<sup>105</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>106</sup> Op. cit., p. 22/23.

<sup>107</sup> Op. cit., p. 138/139.

E, como já dito anteriormente, este princípio garante a segurança das relações jurídicas, tão essencial para o funcionamento da economia. Mas, nessa configuração mais moderna do contrato esta segurança não decorre da *palavra* exposta no contrato, mas sim na *confiança* depositada entre os contratantes.

Para que esta segurança seja amplamente garantida, o princípio da boa-fé objetiva irradia seus efeitos para momentos pré-contratuais, para a conclusão do negócio, sua interpretação e execução. E, em todos esses momentos, tal princípio exerce funções interpretativas, integrativas e de controle<sup>108</sup>.

A função interpretativa do princípio da boa-fé objetiva está positivada no artigo 113 do Código Civil de 2.002, que estabelece que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé*”.

Assim, o prisma pelo qual devem ser interpretados os contratos não é mais a vontade, interna ou declarada, mas sim o comportamento da parte que revela a sua real expectativa com o negócio. Em outras palavras, o que passa a importar para se interpretar o negócio é o modo como se comportam as partes em relação a ele<sup>109</sup>.

Em relação a esta função, basta a este trabalho apresentar breve noção, pois ela não interfere de forma veemente no regime da responsabilidade civil contratual, que é o objeto de estudo. Assim, é suficiente aqui transcrever lição de Fernando de Noronha sobre o tema, onde ensina que a função interpretativa da boa-fé objetiva significa que:

“(...) os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; (...) quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável.”<sup>110</sup>

A função integrativa do princípio da boa-fé objetiva está positiva no artigo 422 do Código Civil de 2.002, quando determina que “*os contratantes são obrigados a*

<sup>108</sup> Nomenclatura de Fernando Noronha, op. cit., p. 151. Cláudia Lima Marques, op.cit., p. 106, a respeito das funções do princípio da boa-fé objetiva, ensina que: “*Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui uma dupla função na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos*”.

<sup>109</sup> Paulo Neves Soto, *Novos perfis do direito contratual*, p. 259.

<sup>110</sup> Op.cit., p. 152.

*guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.*

Este dispositivo legal deixa claro que, em razão da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva, os sujeitos contratantes não possuem apenas os direitos e deveres expressos no instrumento contratual, mas também outros decorrentes dos deveres de probidade e de boa-fé<sup>111</sup>.

Assim, reconhece-se num contrato a existência de *deveres primários de prestação, deveres secundários de prestação e deveres acessórios ou laterais*<sup>112</sup>.

Os deveres primários de prestação se referem às prestações específicas fixadas no negócio jurídico, ou seja, a prestação principal do contrato. No caso de uma compra e venda, seria a obrigação de pagar o preço e de entregar a coisa. Na hipótese de uma locação seria pagar o aluguel e permitir o uso e gozo do bem locado. Em suma, esses são os deveres fixados textualmente no instrumento contratual.

Os deveres secundários de prestação se destinam a garantir o cumprimento aos deveres primários antes analisados, ou para substituí-los, no caso de impossibilidade de adimplemento. São, então, os deveres de indenização no caso de inadimplemento ou de arcar com juros pela mora no pagamento.

Os deveres primários e secundários não decorrem do princípio da boa-fé objetiva, mas sim da vontade das partes e de disposições legais.

Já os deveres acessórios ou laterais são consequência da adoção do princípio da boa-fé objetiva ao regime contratual, em sua função integrativa.

Ou seja, com o intuito de garantir a confiança depositada entre os contratantes, admiti-se que, além dos deveres primários e secundários, numa relação contratual há também às partes obrigações de agirem com lealdade, correção, lisura e cooperação mútua exigíveis<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Ibidem, p. 157: “O segundo comando que se desdobra o princípio da boa-fé estabelece que os direitos e deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas lei, supletivas ou imperativas, aplicáveis ao negócio celebrado: a boa-fé impõe a observância também de muitos outros deveres de conduta, que vêm sendo evidenciados a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica, ou globalizante”.

<sup>112</sup> Segundo nomenclatura de Fernando Noronha, idem, p. 160/161.

<sup>113</sup> Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 110: “Assim, apesar de no Brasil consagrarmos a expressão alemã de deveres anexos ou secundários, enquanto contratuais, tratam-se de verdadeiras obrigações (obrigações acessórias, como os denominam os franceses), a indicar que a relação contratual obriga não

Tais deveres são identificáveis em cada caso concreto, de acordo com as características da negociação, do contrato, dos sujeitos envolvidos, entre outras circunstâncias de cada contrato. Para que se depreenda quais os deveres laterais que devem ser observados em determinada relação contratual necessário é que se verifique qual a confiança justa depositada nas partes. É esta confiança que é tutelada pela boa-fé objetiva por intermédio dos aqui analisados deveres laterais.

Tais deveres, conforme palavras de Fernando Noronha, “*têm como único fundamento o princípio da boa-fé e, por isso, só são identificáveis em cada caso concreto*”<sup>114</sup>.

Apesar de só identificáveis após a análise de cada caso, costuma-se dizer que os deveres laterais se enquadram em obrigações de proteção, esclarecimento e de lealdade<sup>115</sup>.

Em razão das obrigações de proteção, os contratantes têm o dever que evitar ao máximo que a relação contratual gere danos mútuos ou a um deles. Já por decorrência do dever de esclarecimento, as partes devem, em todas as fases da relação contratual, informarem-se mutuamente a respeito de todo e qualquer dado atinente ao vínculo. E as obrigações de lealdade significam que os contratantes devem se abster de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações assumidas.

A violação a esses deveres laterais pode gerar invalidação do negócio ou de parte dele, como por exemplo no caso de falta de informação a respeito de um dado essencial do objeto comprado ou na hipótese de uma cláusula abusiva, ou responsabilidade civil (dever de indenizar) em âmbito pré-contratual (nas tratativas preliminares à celebração do negócio) ou contratual, quando, por descumprimento a um dever acessório ou lateral uma das partes sofra prejuízos de ordem moral ou material.

---

*somente ao cumprimento da obrigação principal (a prestação), mas também ao cumprimento das várias obrigações acessórias ou dos deveres anexos aquele tipo de contrato”.*

<sup>114</sup> Op.cit., p. 162.

<sup>115</sup> Alinne Arquette Leite Novais, op.cit., p. 29: “*entre os deveres com tais características encontram-se, a título de exemplo: a) deveres de cuidado, providência e segurança; b) deveres de aviso e esclarecimento; c) deveres de informação; d) o dever de prestar contas; e) deveres de colaboração e cooperação; f) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; e g) deveres de omissão e de segredo; etc.*”

As funções interpretativa e integrativa do princípio da boa-fé objetiva acabam por determinar quais as obrigações e direitos dos contratantes envolvidos na negociação além daqueles expressamente previstos no instrumento e na lei.

Além dessas funções, o princípio aqui estudado possui também uma função de controle. O artigo 187 do Código Civil de 2.002, positivando o princípio da boa-fé objetiva no sentido de controle dos atos dos contratantes, estabelece que “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. Disposição semelhante já era prevista no artigo 160, inciso I do Código Civil de 1.916.

Tal dispositivo legal significa que o credor pode exercer seu direito de cobrar o cumprimento da prestação da outra parte sem exceder os limites impostos pela boa-fé objetiva, sob pena de seus atos serem considerados ilícitos, com as conseqüências daí advindas.

Assim, no exercício da autonomia privada os sujeitos podem, através de contratos, criar entre si direitos e deveres. Entretanto, como já dito, os direitos criados devem atender à sua função social. Portanto, não podem esses direitos ser usufruídos em desacordo com tal função. Desta forma, para cada direito há um modo normal, de acordo com sua função social, de ser exercido. Caso este modo não seja observado, o exercício do direito será ilícito<sup>116</sup>.

Percebe-se, então, que a função de controle do princípio da boa-fé objetiva aqui analisada visa fixar a linha divisória que faz o exercício da autonomia privada (mediante a qual se cria direitos) se transformar em abuso de direito. Esta linha divisória é ultrapassada quando o exercício do direito se dá em desacordo com a função social deste.

Assim, obviamente que o exercício de um direito com a intenção de prejudicar outrem é abusivo. Um exemplo de exercício de um direito com intenção de prejudicar é a recusa de um credor em receber prestações com falhas desprezíveis, que em nada

---

<sup>116</sup> Fernando Noronha, op.cit., p. 170: “*Quando falamos na função social do contrato, já mostramos preferência por concepções finalistas. Se o abuso de direito se traduz realmente pela ultrapassagem dos limites do direito subjetivo, não se vê como esses limites possam ser outros que não limites internos do próprio direito. E limites internos, a nosso ver, só são explicáveis por uma concepção como a de Josseland, em que o conteúdo de cada direito subjetivo é determinado pela sua função*”.

afetem o seu interesse, para com isso pleitear resolução do contrato por inadimplência, visando, com isto, prejudicar o devedor.

Cabe aqui ressaltar que não é sempre necessário o dolo para a configuração do abuso de direito, pois não é apenas desta forma que o exercício de um direito se dará em desacordo com sua função social.

É neste sentido que o artigo 187 do Código Civil de 2.002 fala em abuso de direito quando o exercício deste “*excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social*”. Ou seja, não ocorre violação ao princípio da boa-fé objetiva apenas quanto uma parte age com intenção de prejudicar a contraparte. Ocorre ato ilícito também quando ocorre manifesta desproporção entre o interesse perseguido pelo credor em relação ao prejuízo correspondente sofrido pelo devedor. Em outras palavras, é abusivo o exercício do direito quando ocorra manifesta desproporção entre as vantagens auferidas pelo titular do direito e os sacrifícios da outra parte.

Para bem ilustrar a função de controle do princípio da boa-fé objetiva, vale aqui transcrever lição de Fernando Noronha:

*“Na verdade, se o contrato tem uma função social, se os direitos reconhecidos a cada parte têm por finalidade não só a satisfação de interesses privativos de cada uma delas, como também a realização de interesses sociais (o interesse geral, ou o bem comum, como quer que estas expressões sejam entendidas em cada sociedade, mas que, em matéria de contratos, sempre serão integradas pela finalidade de assegurar a maximização da riqueza, pelo melhor aproveitamento dos recursos disponíveis), não se vê como seja possível tutelar pretensões de um contratante que, considerando o seu interesse, representem sacrifício manifestamente desproporcional dos interesses do co-contratante.”*<sup>117</sup>

Portanto, percebe-se que o princípio da boa-fé objetiva, composto de função integrativa, interpretativa e de controle, acaba por gerar direitos e obrigações aos contratantes além daqueles expressos no instrumento, de forma a limitar a atuação dos princípios da autonomia privada e da justiça contratual, que passa agora a ser analisado.

---

<sup>117</sup> Op. cit., p. 174.

### 3.2.3. O princípio da justiça contratual

Como já exposto em tópico anterior, na visão clássica dos contratos, a justiça contratual era vista como resultado da autonomia da vontade, sendo justo o contrato formado por pessoas capazes e livres que fixaram direitos e obrigações por manifestação de suas vontades.

Agora, uma vez reconhecido o necessário atendimento à função social do contrato, vê-se no princípio da justiça contratual “*a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas*”<sup>118</sup>, no sentido de que cada contratante deve receber benefícios adequados ao sacrifício empenhado.

Portanto, o princípio da justiça contratual gera a necessária equivalência entre prestação e contraprestação, bem como a necessária distribuição eqüitativa de ônus e riscos.

Há diversas disposições legais que deixam clara a existência do princípio da justiça contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro, sob o prisma de equivalência entre prestações e contraprestações. O Decreto 22626/33, ao limitar os juros de mora e impor a redução de prestações vincendas no caso de pagamento antecipado, o Código de Defesa do Consumidor, ao considerar nula a cláusula que estabeleça perda total das prestações pagas quando do inadimplemento e resolução do contrato, entre diversas outras situações, são apenas dois exemplos de aplicação do princípio aqui analisado.

Até mesmo a obrigação de indenizar perdas e danos quando da rescisão contratual (retorno ao *status quo ante*) e a obrigação de devolver o pagamento indevido são exemplos de aplicação do princípio da justiça contratual, sempre no intuito de manter a equivalência entre as obrigações assumidas pelas pessoas envolvidas na relação contratual.

Em relação à necessária distribuição eqüitativa de ônus e riscos, decorrente da aplicação do princípio da justiça contratual, pode-se citar como exemplo a norma do Código de Defesa do Consumidor que considera abusiva a cláusula contratual que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, ou aquelas regras do Código Civil

---

<sup>118</sup> Ibidem, p. 215.

que tratam de resolução de contrato por impossibilidade de realização da prestação por uma das partes.

Todos esses dispositivos legais visam distribuir de forma justa entre os contratantes os riscos e ônus do negócio, acabando por impedir, por exemplo, que em contratos de adesão se incluam cláusulas passando ao aderente todos os riscos e ônus da atividade.

Assim atuando o princípio da justiça contratual, evita-se que o exercício da autonomia privada gere obrigações iníquas entre as partes, bem como que o princípio da boa-fé objetiva crie situações em que a busca pelo respeito à confiança depositada acabe também gerando injustiças.

Desta forma, este princípio se relaciona com os anteriormente tratados, sendo que os três princípios encontram-se em eterno afrontamento, agindo cada um deles como limite de aplicação dos outros.

Em outras palavras, o princípio da justiça contratual acaba mitigando a liberdade das partes, afetando a autonomia privada, bem como atingindo a segurança das transações, interferindo, então, no princípio da boa-fé objetiva. Pela inter-relação entre esses três princípios, chega-se a um ponto de equilíbrio, por intermédio do qual a autonomia privada seja limitada, mas não descaracterizada nem pela boa-fé objetiva, nem pela justiça contratual.

Por fim, cabe aqui esclarecer que diversas normas que decorrem do princípio da justiça contratual podem também ser apontadas como resultado do princípio da boa-fé objetiva, como por exemplo as regras sobre lesão, estado de perigo, onerosidade excessiva, vícios de consentimento, entre outras. Por esta razão, muitos autores os tratam como se um único fenômeno fossem<sup>119</sup>. Cláudia Lima Marques, neste sentido, chega a afirmar que o princípio da justiça contratual abrangeria o da boa-fé objetiva, no sentido que de haveria justiça contratual desde que ocorresse equivalência entre as obrigações e respeito à confiança depositada.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Como mencionado por Fernando Noronha, *idem*, p. 218/219.

<sup>120</sup> *Op.cit.*, p. 104: “*Em nossa opinião esta almejada justiça contratual encontra-se na equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes*”.

### 3.3. RISCO

Por fim, para que se possa perceber de forma clara a possibilidade de responsabilização objetiva nas atividades contratuais pela teoria do risco empresarial, deve-se também analisar qual o significado deste “risco”.

A doutrina, na grande maioria das vezes, limita-se a lecionar que o empresário, por receber os proveitos da atividade empresária (lucros), deve arcar com os riscos do empreendimento<sup>121</sup>. Em outras palavras, o lucro remunera a organização dos fatores de produção realizada pelo empresário, e, sobretudo, o risco que esta organização envolve.

E assim é porque no preço dos produtos e serviços de uma empresa deve estar incluída uma parcela destinada a fomentar um fundo de reserva para custear despesas oriundas do risco da atividade desenvolvida.

Válido é aqui transcrever lição de Fábio Ulhoa Coelho que, ao analisar as hipóteses de responsabilidade objetiva do fornecedor nas relações de consumo, deixa clara a inclusão da variável “risco” no preço dos produtos e serviços de uma empresa:

*“O custo do processo de melhoria qualitativa do mercado de consumo corre por conta dos próprios consumidores, através do repasse ao preço dos produtos ou serviços de uma cota-parte das despesas havidas na empresa com o pagamento de seguro ou de indenizações, quebra de contratos ou investimento em controle de qualidade. Esse processo de redistribuição de perdas abrange também a compensação pela queda de faturamento, em razão da solução de pendências em fornecimentos viciados, mas, principalmente, representa um mecanismo de absorção e diluição dos ressarcimentos decorrentes de acidente de consumo com fornecimento perigoso ou defeituoso. (...) Em outros termos, cabe ao empresário criar os meios para que o consumidor envolvido em fornecimento perigoso, defeituoso ou viciado não sofra isoladamente as consequências disto. (...) Mediante o mecanismo da internalização dos custos sociais, se pode perfeitamente distribuir entre os*

---

<sup>121</sup> Neste sentido, Marcelo M. Bertoldi, *Curso avançado de direito comercial.*, p. 55/56: “Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, **correndo os riscos por conta do empresário**, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a mesma responsabilidade” (grifos nossos); neste mesmo condão, Waldirio Bulgarelli, op.cit., p. 78: “A captação do significado da empresa como noção econômica, veio sendo feita sempre igualmente pela idéia de ‘organização dos fatores de produção’ ou ‘organização da atividade econômica’, **animada pelo empresário que corre os riscos e recebe os lucros**” (grifos nossos); ainda Fábio Nusdeo, op.cit., p. 116: “A esta diferença chama-se lucro, que é a remuneração própria de quem se disponha a conduzir o processo produtivo, **assumindo-lhe os correspondentes riscos**, que são, em suma, os empresários” (grifos nossos).

*muitos consumidores daquele fornecimento as repercussões econômicas das inevitáveis falhas do processo produtivo.*<sup>122</sup>

Apesar de tais ensinamentos se referirem à responsabilidade no âmbito das relações de consumo, o mesmo raciocínio se aplica a qualquer relação empresarial.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzik também trata desta presença da variável “risco” na forma do preço pelos agentes econômicos, sem referir-se especificamente às relações consumeristas:

*“Afirma Posner que aquele que pratica um ato potencialmente apto a produzir danos realiza um cálculo dos riscos que daí decorrem, ou seja, quais os dispêndios que podem advir da sua prática, e os benefícios a partir dele auferidos. Embora tal raciocínio não possa ser reputado regra universalmente aplicável, haja vista que, na realidade da vida, não é possível afirmar como verdadeira a idéia de que toda a ação humana passa por uma análise racional de meios e fins, essa premissa se aplica com acerto às questões que envolvem atividades econômicas. Quando no curso destas são praticados atos (omissivos ou comissivos) potencialmente lesivos, a prática desses atos passa, via de regra, por um cálculo dos riscos. O raciocínio que aí se realiza é de natureza econômica: busca-se a eficiência dos atos praticados.”*<sup>123</sup>

Então, percebe-se que na formação do preço dos produtos ou serviços das empresas estará já incluída uma parcela referente aos riscos desta em ter prejuízos com indenizações a consumidores, fornecedores, trabalhadores, etc..

Assim, como o empresário é quem, na qualidade de sujeito de direito, recebe os lucros da empresa, deve ser também ele quem deve suportar os seus riscos, com os prejuízos financeiros decorrentes, pois é em nome dele que são celebrados todos os contratos que movimentam a empresa. Além disto, é do empresário o patrimônio que forma a segurança de todos aqueles que interagem com a atividade empresarial.

Portanto, conclui-se que o “risco empresarial” é uma variável representante das possíveis indenizações e prejuízos que uma empresa venha a sofrer, e que integra o preço dos produtos e serviços por ela comercializados, desde que tal empresa saiba bem equacionar seu “cálculo empresarial”.

---

<sup>122</sup> Op.cit., p. 64/65.

<sup>123</sup> *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*, p. 139/140.

### **3.4. A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OBJETIVA POR RISCO EMPRESARIAL**

Agora, após a análise da empresa, do contrato e do risco, chega o momento de se apresentar o raciocínio mediante o qual se conclui pela possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva ao regime contratual em função do risco empresarial.

Assim, deve-se relembrar a idéia de que a empresa, no mundo moderno, não pode se preocupar apenas e tão somente em maximização de lucros, devendo também direcionar sua atividade na direção do atendimento à sua função social.

Isto significa, entre outros aspectos, que a empresa deve garantir a todas as pessoas com ela envolvidas, sejam consumidores, fornecedores ou terceiros, que não sofram danos injustos.

Desta forma, a empresa, em sua atuação, deve sempre primar pela não ocorrência de dano a qualquer pessoa, investindo sempre na segurança de suas atividades.

Tais atividades, como já dito anteriormente, são exercidas por intermédio de contratos, celebrados em nome do empresário (faceta subjetiva da empresa).

Ou seja, a empresa compra matéria prima, vende seus produtos finais, angaria mão-de-obra, divulga suas atividades, etc., através de negócios jurídicos, ou melhor, de contratos.

A grande maioria destes contratos são celebrados de forma massificada, vez que a velocidade dos negócios não permite que a cada ato a empresa tenha que negociar com os envolvidos todas as “cláusulas” fixando obrigações e direitos.

Cada ato da empresa, vez que realizado através de contrato, deve atender à sua função social. Ou seja, estes atos devem garantir a satisfação de interesses além daqueles do empresário (maximização de lucros), mas também interesses sociais.

E, para que os contratos celebrados durante a atividade empresarial atendam a estes interesses de toda a sociedade, devem seguir os ditames dos princípios informadores da nova teoria contratual: autonomia privada, boa-fé objetiva e justiça contratual.

Desta forma, a atividade empresarial estará respeitando a liberdade, a segurança das pessoas envolvidas, bem como assegurando a equidade das relações.

Assim, em decorrência da face integrativa/protetiva da boa-fé objetiva, a empresa, através dos contratos celebrados, deverá perseguir a não ocorrência de danos materiais ou morais aos envolvidos em sua atividade. Nesta esteira, caso ocorra dano em uma relação entre empresas ou entre empresa e um particular, por violação à confiança que a vítima depositara na negociação, haverá dever de indenizar.

Situações assim costumam ocorrer quando uma parte da negociação encontra-se em situação de vulnerabilidade, seja fática, jurídica ou técnica em relação à outra, pois acaba aderindo a obrigações contratuais diferentes da confiança depositada na relação.

Outrossim, em atenção ao aspecto de controle do mesmo princípio, uma atividade empresarial que, mesmo sendo aparentemente lícita, não atenda aos interesses da sociedade, na medida em que exija um sacrifício desproporcional da contraparte, poderá gerar responsabilidade civil.

Fernando Noronha deixa claro que violações ao princípio da boa-fé podem não decorrer de qualquer ato ilícito, mas mesmo assim gerar dever de indenizar, ou seja, responsabilidade civil objetiva contratual:

*“Assim, em princípio, a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis caracteriza violação do dever de agir de boa-fé (objetiva), mesmo sem má-fé (a qual temos por equivalente ao dolo) e sem culpa. Isto significa que nem sempre a atuação não conforme a boa-fé (objetiva) será ilícita, mas, mesmo quando não ilícita (o que, repitamos, dificilmente se verificará na prática), em princípio continuará sendo geradora de responsabilidade (que caberá, portanto, nestes casos, na chamada responsabilidade sem culpa, ou objetiva). (...) Assim, a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis (aspecto objetivo) caracteriza sempre antijuridicidade e gera obrigação de indenizar, mas não significa que a pessoa esteja agindo sempre ilicitamente, nem, muito menos, que esteja agindo necessariamente com dolo.”<sup>124</sup>*

Destarte, também o princípio da justiça contratual indica que, no intuito de se manter a equidade das relações, mesmo que uma atividade empresarial tenha se formado de forma lícita e atendendo ao princípio da boa-fé, pode gerar responsabilidade à empresa se lhe acarretar vantagem excessiva ou anormal.

---

<sup>124</sup> Op. cit., p. 140/141.

Em outras palavras, cada ato empresarial é realizado através de contrato, que deve atender à sua função social, o que ocorre por intermédio da aplicação dos novos princípios do direito contratual. E pela aplicação desses novos princípios as relações contratuais das empresas podem lhes gerar responsabilidade civil sem a ocorrência de qualquer infração à lei ou prática de ato doloso, imprudente, negligente ou imperito.

Gustavo Tepedino expõe de forma clara que na atividade contratual/empresarial o regime da responsabilidade civil subjetiva é insuficiente, sendo necessária a objetivação do dever de indenizar:

*“Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções de índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade.”<sup>125</sup>*

Essa possibilidade de aplicação responsabilidade objetiva ao regime contratual é realçada pelo fato, já analisado, de que o custo da produção calculado pelas empresas para projeção de suas atividades e do lucro a ser recebido engloba uma previsão dos danos causados às pessoas envolvidas.

Isto é, a empresa, no cálculo dos custos de sua atividade, inclui a variável “risco”.

Assim agindo a empresa atua como se fosse uma responsável por uma previdência social, que de forma objetiva se responsabiliza por todo e qualquer dano gerado às pessoas envolvidas nos contratos por ela celebrados no seu dia a dia, desde que este dano seja injusto, ou seja, oriunda da quebra da confiança depositada ou da violação ao equilíbrio econômico da relação.

Essa objetivação da responsabilidade decorrente das atividades contratuais é apontada como uma necessidade do capitalismo moderno<sup>126</sup>. Na fase liberal do capitalismo era necessária uma acumulação de capital pelas empresas para que pudessem reinvestir em atividades produtivas e comerciais e assim incrementar a atividade burguesa. Nesse momento a autonomia da vontade dominava as relações contratuais, de forma que nessas situações a pessoa poderia ser responsabilizada

---

<sup>125</sup> *Temas de direito civil*, p. 57.

<sup>126</sup> Fábio Ulhoa Coelho, *Op.cit.*, p. 63/66.

apenas se fosse caracterizada na origem da ação danosa um ato livre de vontade. Assim, se o agente causador do dano pudesse ter agido de outra forma, e mesmo assim não o fizesse, presumir-se-ia que sua vontade era de prejudicar a outra parte, sendo, então, possível a sua responsabilização. Por esta razão a doutrina, como já apontado em tópico anterior, não visualizava a possibilidade de responsabilidade objetiva para as relações contratuais.

Na fase atual do capitalismo, esta acumulação com destinação exclusiva ao reinvestimento se transformou num entrave ao desenvolvimento econômico. Isto porque diversos setores da sociedade, necessários ao desenrolar da atividade econômica, passaram a sofrer prejuízos irreparáveis, gerando desequilíbrio ao sistema. Os consumidores e as pequenas empresas, por exemplo, passaram a sofrer danos em decorrência da sua vulnerabilidade frente à enorme força econômica adquirida pelas grandes unidades de produção. Assim, por necessidade evolutiva do modo de produção capitalista, toda a acumulação de riquezas gerada no momento anterior permitiu a criação de mecanismos de seguridade social, o que, como já dito, se iniciou com os acidentes de trabalho. Assim, o acidente de trabalho seria indenizado independentemente de culpa do causador, aplicando-se, portanto, a responsabilidade objetiva. Posteriormente, diversas leis estabeleceram responsabilidade objetiva para outros casos específicos.

No campo contratual, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal a estabelecer responsabilidade objetiva, quando, em seus artigos 12, 14, 18 e 19 estabeleceu o dever de indenizar independentemente de culpa para o fornecedor de bens ou serviços com defeito de fabricação ou projeto, bem como por inadequação ou insuficiência das informações sobre fruição e riscos desse bem ou serviço<sup>127</sup>.

Com esses dispositivos legais, assim como já havia ocorrido em outras hipóteses de responsabilização objetiva, a riqueza acumulada nas relações comerciais deixou de ser destinada apenas para o reinvestimento nas mesmas atividades, mas passou também, ao menos nas relações consumeristas, a garantir os consumidores

---

<sup>127</sup> Nota-se aqui um acentuado interesse do legislador em preservar a confiança criada no consumidor ao adquirir um bem ou serviço. Ou seja, percebe-se a atuação clara do princípio da boa-fé objetiva.

contra danos gerados pelo fato ou vício do produto ou serviço. Por isso se fala em um grande mecanismo de seguridade social<sup>128</sup>.

Parcela da doutrina, em atenção aos novos princípios contratuais, desenvolveu a idéia de que as normas estabelecidas de responsabilidade objetiva às relações contratuais consumeristas deveriam ser aplicadas a toda e qualquer relação contratual, e não apenas àquelas formadas entre consumidor e fornecedor nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei 8078/90<sup>129</sup>. Assim, pela aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor haveria a possibilidade de responsabilidade objetiva para toda e qualquer relação contratual em que estivessem envolvidas pessoas em desigualdade econômica ou fática. Entretanto, a tese que prevalece na doutrina e na jurisprudência é a chamada finalista, mediante a qual as regras da Lei 8078/90 aplicam-se apenas e tão somente às relações de consumo em sentido estrito<sup>130</sup>.

Diante de todo o aqui exposto, percebe-se que é necessária a aceitação da responsabilidade objetiva a relações empresariais/contratuais que não cumpram a sua função social, ou seja, que causem danos injustos.

---

<sup>128</sup> Fábio Ulhoa Coelho, op.cit., p. 53: “na fase superior do capitalismo, o excedente gerado pela produção já comporta a criação de mecanismos de seguridade social, que compreendem inicialmente o atendimento à inatividade e o socorro às vítimas de acidente de trabalho. Tais mecanismos, com o consumerismo, voltam-se ao socorro às vítimas de acidente de consumo também.”

<sup>129</sup> Neste sentido, Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, p. 213: “Mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que seja identificados, pela identidade de ratio, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidora nas relações interpretadas”. No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho, op.cit., p. 131: “Se a tutela contratual dos consumidores tem por fundamento racional a vulnerabilidade do adquirente de bens ou serviços em suas relações com os empresários, em uma economia de massa, então qualquer outra pessoa que se encontre nessa mesma situação deveria receber do direito igual proteção”. Ainda, Antonio Carlos Efiging, Contatos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor, p. 46/47: “Diante desta conceituação, não resta dúvida de que nos filiamos à corrente maximalista, isto porque somos da opinião que o Código de Defesa do Consumidor veio para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo. Assim, não importa ter vislumbrado a relação de hipossuficiência do consumidor, como querem alguns autores, mas sim uma completa moralização das relações de consumo da sociedade brasileira, onde somente permanecerão nos diversos segmentos da cadeia de consumo aqueles (pessoas físicas ou jurídicas) que assumirem esta posição com todos os seus ônus e encargos, dentro os quais o atingimento da perfeição no funcionamento de produtos e serviços, em total consideração ao consumidor (adquirente ou utente deste produto ou serviço)”.

<sup>130</sup> Neste sentido: Cláudia Lima Marques, op.cit., p. 149; José Geraldo Brito Filomeno, in Ana Pelegrini Grinover, op.cit., p. 29/30.

Neste sentido, o Código Civil de 2.002, em seu artigo 392 estabeleceu que *“nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”*.

Assim, a partir de 11 de janeiro de 2.003 é positivada a possibilidade de responsabilidade objetiva nas relações contratuais, desde que prevista legalmente.

Como não se tem admitido a possibilidade de responsabilidade objetiva contratual em decorrência do Código de Defesa do Consumidor a relações não celebradas entre as pessoas descritas nos artigos 2º e 3º daquele Diploma Legal, necessário é analisar-se qual o fundamento dogmático que permite a fixação do dever de indenizar independentemente de dolo ou culpa a empresas (ao empresário) em relações não consumeristas, o que ocorrerá no próximo capítulo.

#### 4. FUNDAMENTO DOGMÁTICO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONTRATUAL POR RISCO EMPRESARIAL

Como exposto no capítulo anterior, o necessário atendimento à função social por parte do contrato e da empresa, bem como os novos princípios contratuais, deixam clara a possibilidade, e até mesmo a necessidade, de se objetivar a responsabilidade em relações contratuais formadas durante a atividade empresarial quando envolvendo uma parte vulnerável na negociação, em decorrência do “risco empresarial”.

Em momento anterior a este reconhecimento, quando no direito contratual ainda valia de forma absoluta o princípio da autonomia da vontade, não havia espaço para tal situação, vez que “*os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo*”<sup>131</sup>. A *palavra* expressa no contrato era respeitada de forma absoluta. Assim, só haveria responsabilidade se a pessoa descumprisse esta *palavra* de forma dolosa ou culposa, ou seja, se manifestasse vontade contrária a esta *palavra*.

Contudo, no mundo atual há essa necessidade de objetivação da responsabilidade, como demonstrado, vez que se percebeu que as partes contratantes nem sempre, ou melhor, quase nunca podem expressar sua real vontade ao celebrarem negócios jurídicos, sendo obrigadas a se sujeitar ao “dirigismo” do Estado ou do contratante mais forte.

Assim, nesta fase deste trabalho, depois de verificados os motivos de se admitir o regime de responsabilidade objetiva às relações contratuais em função do risco empresarial, cabe procurar a justificativa legal para tal situação, vez que, como já exposto, a responsabilidade objetiva é a exceção à regra do dever de indenizar decorrente da culpa, e depende de previsão legislativa.

---

<sup>131</sup> Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 03.

Nesta investigação parte-se da idéia já exposta ao menos de forma implícita no texto de que o Direito Civil calcado no individualismo e patrimonialismo encontra-se superado.

Cada vez mais deixa de se verificar a divisão entre Direito Público e Privado, vez que as relações privadas passaram a serem reguladas por normas de ordem pública, em especial a Constituição da República. Em outras palavras, percebe-se hoje o caráter público das relações entre particulares.

Naquela época em que vigoravam os ideais patrimonialistas e individualistas<sup>132</sup> “pretendia-se que todo o conteúdo das relações entre particulares estivesse regulado na legislação ordinária. Mais do que tudo isso, apregoava-se a centralidade do Código Civil, como corpo legislativo abarcador de toda a normatividade jurídica civil e irradiador de princípios comuns a todo o Direito Privado”<sup>133</sup>. Às leis de ordem pública, em especial à Constituição, cabia apenas regular os assuntos de interesse do Estado. À Constituição era relegada tão somente a regulamentação da organização do Estado e das limitações da interferência deste na esfera privada. Considerava-se que as normas referentes à esfera privada dos sujeitos não fossem auto-aplicáveis, destinando-se apenas ao legislador.

Hoje, de forma diferente, a Constituição da República é vista como um estatuto legal que estabelece diversas normas que vão muito além de apenas regulamentar a organização política do Estado. Lá estão muitos mandamentos que dizem respeito à vida privada das pessoas, vez que se reconheceu que essas relações são também muito importantes para toda a sociedade, e não apenas para os indivíduos nelas envolvidos. Neste sentido que se vê cada vez mais superada a dicotomia entre direito público e privado<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Período este que em a categoria jurídica “contrato” foi desenvolvida, bem como foram elaborados os grandes Códigos Civis, como o Código Napoleônico e o Código Civil de 1916.

<sup>133</sup> Sérgio Seleme, *Averiguação oficiosa de paternidade*, p. 16.

<sup>134</sup> Gustavo Kloh Muler Neves, *Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional*, p. 18: “Não há norma jurídica ‘pública’ ou ‘privada’. Deste modo, o Direito Civil está penetrado por toda a ordem constitucional, e não por um só tipo de norma, já que toda e qualquer norma poderá, possivelmente, incidir sobre e regular uma relação civil. E ainda mais: todas as outras eficácias (derrogatória do ordenamento infraconstitucional incompatível e interpretativa) da ordem constitucional permanecem in totum preservadas, ao lado da possibilidade de aplicação direta”.

Cleber Francisco Alves, a respeito do tema acima tratado, expõe que na sociedade em que vivemos há características que “*têm contribuído para a formulação de uma nova teoria que se propõe a banir do Direito Constitucional a noção clássica de ‘constituição material’, tradicionalmente confrontada com a idéia de ‘constituição formal’*”<sup>135</sup>.

Vale aqui transcrever lição de Gustavo Tepedino sobre o tema, onde expõe a necessária aplicabilidade das normas constitucionais às relações privadas:

*“No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado imediata aplicação nas relações de direito civil. Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição.”*<sup>136</sup>

José Afonso da Silva, em sua clássica obra sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, também expõe esta tendência em se admitir aplicação imediata à maioria das normas do texto constitucional:

*“A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições.”*<sup>137</sup>

Assim, para se encontrar soluções para os problemas privados, assim como para as questões relativas à responsabilidade civil contratual, não se deve pesquisar apenas o Código Civil ou outra legislação infraconstitucional, mas antes disso a Constituição da República, que fornece os princípios de todo o ordenamento jurídico. Além disto, deve-se interpretar o Código Civil e as demais leis segundo a Constituição, e não esta de acordo com aquele<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*, p. 67.

<sup>136</sup> *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 12/13.

<sup>137</sup> *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 88.

<sup>138</sup> Neste sentido, Rizzatto Nunes, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. P. 29: “*é um grave erro interpretativo, como ainda se faz, iniciar a análise dos textos a partir da norma infraconstitucional, subindo até o topo normativo e principiológico magno.*”

Assim, aqueles ideais patrimonialistas e individualistas que se encontram arraigados no Código Civil (seja o de 1916, seja o de 2002) sucumbem face aos princípios incluídos na Constituição da República, de forma a substituir-se a proteção ao patrimônio pela proteção à pessoa humana.

Diz-se isto porque a Constituição da República de 1988, de acordo com seus princípios fundamentais (artigo 1º), está comprometida com a construção de uma sociedade em que se proteja menos o patrimônio e mais as pessoas, de forma a se buscar uma nação mais justa e com menores desigualdades sociais.

Desta forma, permite-se a renovação de idéias tradicionais do Direito Civil, vez que todo o ordenamento jurídico passa a ser informado pelos valores principais da sociedade expressos na Carta Magna, podendo ser apontado como o primordial<sup>139</sup> deles a busca pelo pleno respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), de forma que *“não mais o patrimônio, mas sim o ser humano inspira a ratio do ordenamento jurídico”*<sup>140</sup>.

Os doutrinadores costumam chamar de “constitucionalização” do Direito Civil essa busca de soluções para problemas privados diretamente da Carta Magna. Segundo Gustavo Tepedino, este Direito Civil-Constitucional pode ser assim visualizado:

*“(...) trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”*<sup>141</sup>

Desta forma, o Direito Civil-Constitucional busca nos princípios constitucionais a lente para se observar qualquer fato pertinente ao mundo do Direito, em especial aqueles ocorridos nas relações privadas (envolvendo contrato, propriedade e família). Tais princípios encontram-se positivados na Carta Magna pela técnica de “cláusulas gerais”, e representam, pois, os valores da sociedade. Valores estes que são passíveis de evolução, conforme se modifiquem os costumes, a cultura, etc.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> Ibidem, p. 45: *“pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana”*.

<sup>140</sup> Sérgio Seleme, op.cit., p. 25.

<sup>141</sup> *Temas de direito civil*, p. 22.

<sup>142</sup> Isto porque estes “princípios” são positivados através de “cláusulas gerais”, técnica legislativa mediante a qual a norma é redigida com termos intencionalmente vagos e abertos, com um grau mínimo de

Interpretando-se a lei civil desta forma, estar-se-á relativizando as clássicas categorias do Direito Civil, amoldando-as às atuais necessidades da sociedade<sup>143</sup>.

Em outras palavras, os avanços tecnológicos e as mudanças contínuas e imprevisíveis no cotidiano dos povos têm exigido do Direito versatilidade, de forma que ele se adapte imediatamente às necessidades sociais decorrentes de novas realidades. Portanto, não é mais adequada a noção de normas rígidas e fechadas. Assim, a Constituição passa cada vez mais a ser o campo de princípios com baixa densidade normativa. Ou seja, normas moldadas através de “cláusulas gerais”. Isso permite uma “*abertura constitucional*”<sup>144</sup>, de forma a adaptar as normas da Carta Magna às realidades difusas e complexas das sociedades contemporâneas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, já apontado como um dos mais importantes neste exercício de constitucionalização do Direito Privado, é positivado no primeiro artigo da Constituição Federal, em seu inciso III.

Sem qualquer sombra de dúvida, tal mandamento constitucional foi positivado por intermédio de uma “cláusula geral”, pois a expressão “dignidade da pessoa humana” é vaga e permite integração pelo aplicador do Direito, de acordo com os valores sociais por ele defendidos.

Este princípio, segundo ensina Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pretende a proteção da “*pessoa concretamente considerada, e não de um conceito ideal e abstrato*”, no sentido de que “*há um dever por parte de todos [Estado e particulares] em proteger e promover a dignidade da pessoa humana*”<sup>145</sup>. Ainda segundo o mesmo autor, “*todos os institutos fundamentais do Direito Civil devem atender à dignidade da*

tipicidade, pois não pretendem responder previamente a todo e qualquer problema da sociedade. O objeto das cláusulas gerais é apenas enviar ao Poder Judiciário critérios para as decisões, que devem ser preenchidos pelos valores sociais. Judith Martins Costa, *O direito como um 'sistema em construção' (as cláusulas gerais no projeto do Código Civil)*, p. 135: “*A cláusula geral caracteriza-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema*”.

<sup>143</sup> Leonardo de Andrade Mattietto, *O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil*, p. 29: “*Todavia, a nenhuma categoria jurídica falta a nota da historicidade. Pelo contrário, o direito como um todo e cada instituto jurídico em particular são produtos da história, construídos no mundo da cultura*”.

<sup>144</sup> Op.cit., p. 67.

<sup>145</sup> *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*, p. 130.

*pessoa, desde a propriedade funcionalizada, passando pelas relações de família até as obrigacionais, aí incluída a responsabilidade civil*<sup>146</sup>.

Assim, em atenção ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, o Direito deve buscar a prevenção e ampla reparação de danos injustos às pessoas. Portanto, numa perspectiva constitucional do Direito Civil (Direito Civil-Constitucional), o fundamento do dever de indenizar está no referido princípio, e não mais no critério patrimonialista e individualista que anteriormente vigorava.

Portanto, pode-se, inicialmente, atribuir ao artigo 1º, inciso III da Constituição Federal o fundamento dogmático à responsabilidade objetiva contratual do empresário que causa um dano injusto ao seu parceiro contratual. Isto porque, na defesa da dignidade da pessoa humana, correto é que aquele que sofre um dano em razão de um contrato lícitamente acordado, mas com obrigações injustas decorrentes do desequilíbrio de forças, seja indenizado independentemente de culpa de seu parceiro contratual, que obteve lucro com a atividade.

Conforme tendência já exposta, o princípio aqui analisado pode ser aplicado diretamente à solução dos problemas sociais, independentemente de qualquer outra norma que o especifique para determinados casos<sup>147</sup>.

Contudo, o princípio aqui analisado se refere apenas às pessoas naturais, pois é claro ao mencionar a defesa da “pessoa humana”, e não de sociedades civis ou empresariais.

Ocorre que as pessoas jurídicas envolvidas em atividades empresariais e que sofrem danos injustos devem também ser garantidas pelo regime da responsabilidade objetiva.

Ademais, tendo em vista a grande vagueza da expressão “defesa da dignidade da pessoa humana”, é de se prever certa resistência do Poder Judiciário em aplicar tal

---

<sup>146</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>147</sup> Neste sentido, Cleber Francisco Alves, op.cit., p. 135: “*Parece-nos que este princípio, como tantos outros princípios fundamentais inscritos na Constituição, não é apenas ‘fonte de solução jurídica enquanto pressuposto de validade e enquanto elemento de interpretação e integração das normas’. Entendemos que é preciso admitir que os princípios constitucionais, como o que consagra a dignidade da pessoa humana, podem servir de fonte autônoma de solução jurídica.*”

norma diretamente às lides ocorridas na sociedade sem que exista alguma outra norma mais específica estabelecendo a responsabilidade objetiva ao regime contratual<sup>148</sup>.

Neste sentido, José Afonso da Silva inclui o princípio da dignidade da pessoa entre as normas por ele chamadas de “princípio programático”, que seriam aquelas *“através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”*<sup>149</sup>. Em suma, normas instituidoras de princípios programáticos são aquelas que apresentam os compromissos sócio-econômicos do Estado. Segundo o mencionado autor, esta espécie de normas costuma ser enunciada de forma imprecisa, *“comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente”*<sup>150</sup>. Assim, conclui José Afonso da Silva afirmando que essas normas têm eficácia limitada e aplicabilidade dependente de legislação futura<sup>151</sup>.

Contudo, o eminente constitucionalista citado reconhece a necessidade de se encontrar meios de aumentar a concretização de tais normas, ao afirmar que *“o problema que se coloca agudamente na doutrina recente em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direito sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática”*<sup>152</sup>.

Desta forma, não obstante o moderno entendimento expresso pela lição já citada de Gustavo Tepedino de que cada vez mais doutrina e jurisprudência reconhecem o caráter normativo e aplicabilidade imediata dos princípios programáticos, deve-se pesquisar outro fundamento para a aplicação do dever de indenizar independentemente de culpa.

---

<sup>148</sup> Isto porque grande parte dos magistrados teve sua formação acadêmica e profissional conforme os princípios informadores de um ordenamento jurídico liberal, patrimonialista e individualista, mediante o qual as relações privadas seriam reguladas pelo Código Civil, onde se encontrariam de forma clara as soluções legais para qualquer hipótese de lide ocorrida entre particulares, através da subsunção dos fatos às categorias jurídicas positivadas.

<sup>149</sup> Op.Cit., p. 138.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 140.

Assim, chega-se ao artigo 170 da Constituição Federal, que, em seu *caput* determina 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: (...)*”.

Neste artigo percebe-se que a dignidade da pessoa aparece também como finalidade da ordem econômica, o que significa que “*nas relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) devem ser dinamizadas tendo em vista a promoção da existência dignidade que todos devem gozar*”<sup>153</sup>.

Como as relações econômicas desenvolvidas pelas empresas o são por intermédio de contratos, como já exposto no tópico 3.1 deste trabalho, o dispositivo constitucional aqui analisado permite que a idéia de objetivação da responsabilidade contratual em decorrência da dignidade da pessoa seja também válida para relações entre empresas, pois o texto do artigo 170 não fala apenas em pessoa humana.

Contudo, neste ponto, assim como dito em relação ao artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, parece que o texto legal foi vago demais para que o Poder Judiciário aplique a responsabilidade objetiva aos contratos, de forma que se faz necessário buscar outros fundamentos dogmáticos para o dever de indenizar independente de culpa nas relações contratuais.

Assim, saindo do âmbito constitucional em busca de outros fundamentos legais para a objetivação da responsabilidade contratual por risco empresarial, chega-se ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2.002, que estabelece que “*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

A segunda parte de tal dispositivo legal, à primeira vista, poderia levar à conclusão de que, a partir de janeiro de 2.003, estaria positivada de forma clara a responsabilidade objetiva por risco empresarial.

Contudo, tal norma se refere apenas e tão somente à responsabilidade objetiva por risco criado, discutida no item 2.1 deste trabalho.

---

<sup>153</sup> Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 176.

Assim, com o novo Código Civil, a responsabilidade civil continuará sendo objetiva apenas nos casos fixados em lei, sendo que tal dispositivo legal determinou tal regime de indenização para os casos de risco criado pela atividade desenvolvida.

Entretanto, as hipóteses de risco criado não abrangem todas as possibilidades de dano injusto ao contratante em decorrência da atividade empresarial. O “risco criado”, como dito no item 2.1 deste estudo, justifica a responsabilidade objetiva em atividades potencialmente lesivas, como por exemplo a colocação no mercado de produtos novos por uma indústria. Tal empresa será, então, objetivamente responsabilizada por danos que tais bens venham a causar se houver algum problema em sua concepção. Já o “risco empresarial” se refere à responsabilidade objetiva por ter a empresa auferido ou pretendido lucro com a atividade. Percebe-se, então, a clara distinção entre essas possibilidades de responsabilidade objetiva.

Portanto, é oportuna a busca ainda de outros embasamentos para a responsabilidade contratual objetiva por risco empresarial.

Neste intuito, cabe aqui analisar o artigo 187 do Código Civil de 2.002, que, expressando a função de controle do princípio da boa-fé objetiva, discutida no item 3.2.2 deste estudo, estabelece que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes*”.

Isto significa que numa relação contratual, mesmo que o sujeito não atue de forma dolosa ou culposa, tal ato pode acabar sendo visto como ilícito por ter ocorrido desatendimento ao “fim econômico ou social” da negociação, ou por ter violado os deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

A norma infraconstitucional aqui discutida teria regra instituidora semelhante no artigo 160, inciso I do Código Civil de 1.916, que estabelecia que “*não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido*”. A contrário senso, o exercício irregular de um direito torna o ato ilícito.

Assim, o exercício de um direito estabelecido contratualmente pode gerar dever de indenizar, independentemente de culpa, se a pessoa o fizer de forma desrespeitosa à boa-fé objetiva ou aos fins econômicos e sociais de tal direito.

Neste ponto, cabe pesquisar como descobrir quais os “fins econômicos e sociais” de um direito.

Para que se interprete adequadamente tal dispositivo legal deve-se verificar quais os principais valores defendidos pela ordem jurídica. Neste ponto, agem os princípios programáticos, entre eles o da proteção à dignidade da pessoa, pois são eles que informam a concepção de Estado e de sociedade defendidas pela Carta Magna.

Assim, se o princípio da dignidade não pode diretamente ser aplicado às relações contratuais, por não ter aplicabilidade imediata, como alguns poderiam argumentar, não se pode negá-lo função integrativa do dispositivo legal aqui analisado.

Neste sentido, José Afonso da Silva ensina que:

*“Ora, as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, consoante exigências do bem comum; se assim é, toda lei ou norma (inclusive as constitucionais) integrante da ordem jurídica nacional há que conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da constituição.”<sup>154</sup>*

Portanto, o Poder Judiciário, ao analisar se o fim econômico e social de determinada relação jurídica foi respeitado deve fazê-lo em atenção aos princípios programáticos, em especial o que garante respeito à dignidade da pessoa. Em outras palavras, é o princípio da dignidade da pessoa que determinará se o exercício do direito contratual está ocorrendo de acordo com seu fim econômico e social. Na hipótese desta finalidade não ser atendida, poderá haver dever de indenizar os danos causados.

Além disto, o dispositivo legal aqui comentado estabelece que a violação aos deveres oriundos da boa-fé objetiva tornará o exercício do direito ilícito, o que também poderá gerar dever de indenizar independentemente de culpa. Aqui se percebe uma interação entre a função integrativa do princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil de 2002) e a sua função de controle. Em razão da mencionada função integrativa, analisada no item 3.2.2 deste trabalho, pode ocorrer dever de suportar um dano independentemente de culpa.

Isto porque, como já dito, considera-se como um dos deveres acessórios ou laterais decorrentes da boa-fé objetiva o dos contratantes manterem entre si

---

<sup>154</sup> Op.cit., p. 158.

preocupações de proteção mútua contra danos injustos, no sentido de que ambos devem evitar ao máximo a ocorrência de prejuízos a ambos na relação.

Conclui-se, então, que como nenhum direito pode ter como finalidade provocação de um dano injusto, não se pode considerar uma pretensão assim exercida como regular. Neste caso, o ato estará em desacordo com sua finalidade econômica ou social, bem como estará violando um dos deveres acessórios ou laterais decorrentes da boa-fé. Desta forma, quem assim age, deve ser condenado a indenizar os prejuízos correspondentes independentemente de culpa.

Assim sendo, percebe-se que o artigo 187 do Código Civil de 2.002, cumulado com o artigo 422 do mesmo diploma, é o dispositivo legal que mais parece positivar a responsabilidade objetiva contratual em decorrência do risco empresarial.

Contudo, como já dito, os institutos do Direito Civil, entre eles a responsabilidade civil e o contrato, devem ser interpretados conforme os mandamentos constitucionais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não se deve atribuir apenas e tão somente a estes artigos do Código Civil a fundamentação para a objetivação da responsabilidade contratual por risco empresarial. Antes disso, é aquele princípio constitucional que determina tais situações. Ademais, os dispositivos infraconstitucionais aqui mencionados só levam à conclusão aqui analisada se seus sentidos forem captados conforme os ditames do princípio constitucional da dignidade da pessoa, que é também fundamento dos novos princípios contratuais mencionados nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.3 deste trabalho.

Portanto, diante do aqui exposto, conclui-se que o fundamento dogmático da responsabilidade objetiva contratual por risco empresarial é o princípio constitucional da dignidade da pessoa, bem como o conseqüente princípio da boa-fé objetiva, principalmente nas suas funções de controle e integrativa, ou seja, artigos 1º, III da Constituição da República, 187 e 422 do Código Civil de 2.002, bem como 160, I do Código Civil de 1.916.

## **5. A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OBJETIVA POR RISCO EMPRESARIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Nesta fase do trabalho, depois de apresentado o fundamento dogmático para a objetivação da responsabilidade civil em relações contratuais por decorrência do risco empresarial, cabe analisar como têm se comportado os tribunais brasileiros a respeito desta matéria.

Para tanto, pesquisou-se decisões determinando empresas a suportar danos apenas por terem elas obtido proveito com as atividades, mesmo sem a prática de qualquer conduta culposa ou dolosa.

Cabe aqui esclarecer que a pesquisa se deu de forma aleatória, sem preferência por nenhuma corte julgadora ou espécie de contrato envolvido.

Contudo, desde logo se percebeu que a enorme maioria das decisões neste sentido se referem a instituições financeiras, o que demonstra a sensibilidade do Judiciário aos vultosos lucros obtidos por estas empresas, o que vem gerando uma certa facilidade em admitir-se a sua responsabilização objetiva.

Além desta espécie de contrato, há também volumosa quantidade de decisões nos tribunais da Justiça do Trabalho com fundamento nas idéias aqui analisadas para condenar empresas tomadoras de serviços contratados de terceirizadoras a indenizar verbas trabalhistas devidas pela empregadora do trabalhador lesado.

No mais, são decisões esparsas que tratam do risco empresarial.

Para iniciar esta análise da jurisprudência a respeito do risco empresarial, cumpre relembrar os fatos ocorridos na economia brasileira em janeiro de 1.999.

Naquele período houve uma mudança brutal na política cambial desenvolvida pelo governo, sendo que de um dia para o outro o Brasil deixou de adotar um regime de “bandas” para permitir a livre variação do preço do dólar norte americano de acordo com o mercado.

Assim, em menos de vinte e quatro horas o preço da moeda norte americana passou de algo em torno de R\$ 1,20 (um real e vinte centavos) para R\$ 1,90 (um real e

noventa centavos), o que representou uma variação de aproximadamente 60% (sessenta por cento).

Ocorre que naquela época muitas pessoas haviam celebrado contratos de arrendamento mercantil (*leasing*) com parcelas mensais corrigidas pela variação do dólar norte americano.

Desta forma, quando ocorreram os fatos aqui mencionados, os preços dessas parcelas foram majorados em 60% (sessenta por cento), o que levou milhares de pessoas ao Judiciário no intuito de revisar tais negócios.

No âmbito dessas discussões, encontram-se muitas decisões fundamentadas no risco empresarial assumido pela instituição financeira, como por exemplo a seguinte decisão do STJ:

*“COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL – ARRENDAMENTO MERCANTIL – INDEXAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR) – CRISE CAMBIAL DE JANEIRO DE 1999 – APLICABILIDADE DO ART. 6º, INCISO V DO CDC – ONEROSIDADE EXCESSIVA CARACTERIZADA – BOA-FÉ OBJETIVA DO CONSUMIDOR E DIREITO E DE INFORMAÇÃO – Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Descaracterização do contrato. Aplicação do CDC. O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidora. A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau excessivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sobre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra na paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. **É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor.** ainda mais que não observou o seu direito de informação. Compete à arrendadora desincumbir-se do ônus da prova de captação específica de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. A antecipação do valor residual garantido descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se à operações de leasing. Recurso especial a que se nega seguimento.”<sup>155</sup>*

Na relação discutida na decisão transcrita, a instituição financeira, de forma lícita, captou recursos no exterior para celebrar contratos de arrendamento mercantil no Brasil.

<sup>155</sup> STJ, Resp. 370598, RS, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 01.05.2002 – grifos nossos.

Como os recursos foram captados no exterior, a instituição financeira tem a obrigação de amortizá-los em dólar norte americano.

Desta forma, a arrendadora esperava receber de seus mutuários o valor correspondente aos dólares por ela devidos. Ou seja, a correção das prestações devidas no Brasil deveria ser correspondente à variação do preço de aquisição da moeda norte americana.

Entretanto, de acordo com a decisão do STJ aqui analisada, o mutuário foi autorizado a pagar as parcelas devidas à instituição financeira corrigidas de acordo com os índices de inflação nacionais, e não de acordo com a variação cambial.

A decisão acima transcrita demonstra claramente que o STJ entendeu que a instituição financeira que celebrou contratos de arrendamento mercantil atrelados ao dólar norte americano deve ser objetivamente responsabilizada pelos riscos desta atividade.

Esta decisão, desta forma, deixa clara a modificação da forma de tratamento dos contratos, vez que não respeitou a “palavra” expressa no instrumento de arrendamento mercantil celebrado, em atenção ao princípio da justiça contratual, no intuito de manter a “equação econômico-financeira” do negócio, determinando a aplicação de índice de correção das parcelas (índice de inflação) diferente do acordado (variação cambial).

Ademais, a ementa é transparente ao determinar que quem deve suportar os ônus desta situação é a instituição financeira, mesmo que esta não tenha praticado nenhuma atitude ilícita, pois *“é ilegal a transferência do risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor”*.

Em outras palavras, o STJ decidiu que as instituições financeiras, como obtém vultosos lucros no mercado de capitais, lá negociando, não podem transferir os riscos desta atividade às pessoas que com ela celebram contratos, devendo, então, suportar os danos daí advindos independentemente de culpa.

A decisão do STJ analisada representa o posicionamento majoritário dos tribunais brasileiros a respeito dos contratos de arrendamento mercantil atrelados ao dólar norte americano, como se percebe das ementas adiante transcritas:

*“ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING – REVISÃO CONTRATUAL – VARIÇÃO CAMBIAL – ONEROSIDADE EXCESSIVA – SUBSTITUIÇÕES PELO INPC –*

*CABIMENTO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE – A alteração da política governamental cambial feita após a celebração do contrato de arrendamento mercantil que liberou o câmbio e, como consequência, causou a abrupta alta das contraprestações atreladas ao dólar americano é fato superveniente causador de onerosidade excessiva para o consumidor, que autoriza a revisão da cláusula contratual que prevê a variação cambial para a adoção de indexador nacional. Inteligência do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. O risco da captação da moeda no exterior com custos mais baixos e sua aplicação no mercado interno, com ganhos mais elevados e mediante operações de heading deve ser suportado pelas arrendadoras, que no exercício de sua atividade primária, têm responsabilidade objetiva, na ótica da teoria do risco do negócio. O Código de Defesa do Consumidor se aplica ao contrato de arrendamento mercantil, já que inserido na prestação de serviço de natureza financeira prestada pela arrendadora em favor do arrendatário que, na condição de consumidor, firma contrato de adesão.*<sup>156</sup>

A decisão do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo acima exposta deixa clara a responsabilidade objetiva da instituição financeira pelos “risco do negócio”, ou seja, pelo risco empresarial, devendo, então, suportar os ônus da variação do valor do preço do dólar ocorrida em janeiro de 1.999.

Ou seja, na relação contratual de arrendamento mercantil, a arrendadora deve suportar os danos decorrentes de modificações ocorridas na economia independentemente de qualquer ato ilícito praticado.

Cabe aqui citar mais três decisões na mesma esteira das anteriormente comentadas:

*“ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING – REVISÃO CONTRATUAL – VARIAÇÃO CAMBIAL – TEORIA DA IMPREVISÃO – INAPLICABILIDADE. Quem contrata repasse de recursos externos, aproveitando-se do custo financeiro mais baixo, assume também o risco da variação cambial, mormente se a desvalorização não caracteriza fato imprevisível nem acarreta benefício ao credor nacional.*”<sup>157</sup>

*“ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING – REVISÃO CONTRATUAL – VARIAÇÃO CAMBIAL – ONEROSIDADE EXCESSIVA – SUBSTITUIÇÃO PELO INPC – CABIMENTO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE – A legislação consumerista, ao contrário da teoria da imprevisão, para que se possibilite a revisão de cláusulas contratuais, não exige a ocorrência de um fato imprevisível pelas partes, ou que seja extraordinário, bastando que, no curso do contrato de prestações continuadas (ou diferido), as obrigações do consumidor se tornem excessivamente onerosas (artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor), modificando o ambiente em que pactuada a avença. Ademais, o risco pela captação de recursos mais baratos no exterior, injetando-o no mercado interno, deve ser suportado pela arrendadora, em razão de ser exercida por essas*

<sup>156</sup> 2º TACSP, Ap. c/Rev. 615.766-00/6, 5ª C., Rel. Juiz Pereira Calças, DOESP 15.03.2002 – grifos nossos.

<sup>157</sup> 2º TACSP, Ap.c/Rev. 608.687-00/5, 2ª C., Rel. Juiz Gilberto dos Santos, DOESP 24.09.2001 – grifos nossos.

*instituições, precipuamente, a atividade financeira, sujeitando-se aos percalços da economia interna.*<sup>158</sup>

*“AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – LEASING – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – VALOR RESIDUAL GARANTIDO – DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO – DÓLAR – INPC – Os contratos de leasing sujeitam-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, principalmente tendo-se em vista o disposto nos seus artigos 52 e 53, que tratam da compra e venda de bens móveis ou imóveis, envolvendo o fornecimento de crédito ao consumidor, que é, precisamente, a hipótese em exame. A cobrança parcelada, durante o curso do contrato, do VRG, descaracteriza o contrato em questão, que deixa de ser um autêntico arrendamento mercantil, posto infringir a condição nuclear do negócio jurídico. O pagamento do valor residual, em parcelas mensais, faz com que deixe de existir a faculdade própria do contrato de leasing, que fica, assim, descaracterizado para mútuo de financiamento para compra e venda. Descaracterizado o contrato de leasing, não já como permitir a correção monetária pela variação cambial do dólar, devendo ser adotada a variação do INPC, que, efetivamente, demonstra da melhor maneira a variação da nossa moeda. Ainda que assim não fosse, pelas circunstâncias especiais que revestem o referido contrato, seria de se aplicar a teoria do risco profissional, pelo qual o prejuízo, se houver, deve ser sofrido por aquele que tem maior lucro com a atividade profissional, impedindo que a arrendadora transfira ao arrendatário os riscos assumidos com a captação de recursos no exterior.”*<sup>159</sup>

Pela leitura das decisões transcritas, nota-se que fundamentaram a necessidade de a instituição financeira arcar com os danos advindos de uma mudança de política econômica, independentemente de qualquer ato culposo, na regra a respeito de onerosidade excessiva do Código de Defesa do Consumidor (que é um reflexo do princípio da justiça contratual), e na teoria do risco empresarial. Todas as decisões foram claras em expor que por ambos os fundamentos a arrendadora deve arcar com os danos gerados pela elevada variação do preço da moeda norte americana. Ou seja, mesmo que não existisse a legislação consumerista, as instituições financeiras seriam objetivamente responsabilizadas pelos danos decorrentes da variação cambial apenas e tão somente porque tal situação faz parte dos riscos de sua atividade. Dito de outro modo, cabe aqui a responsabilidade objetiva por risco empresarial.

Ainda no âmbito das relações bancárias, além dos contratos de arrendamento mercantil, em diversas outras oportunidades o Poder Judiciário tem decidido com base no risco empresarial, conforme demonstrar-se-á a seguir.

*“RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO – TALÃO DE CHEQUES – REMESSA PELO CORREIO – EXTRAVIO – RESSARCIMENTO DOS DANOS – Responsabilidade civil. Extravio de talonário de cheques. Reparação de danos materiais e morais. Inadequada*

<sup>158</sup> 2º TACSP, Ap.C/Rev. 603.529-00/8, 5ª C., Rel. Juiz Francisco Thomaz, DOESP 24.09.2001 – grifos nossos.

<sup>159</sup> TAMG, AC. 0327665-1, 4ª C.Civ, rel. Juiz Ferreira Esteves, j. 04.04.2001 – grifos nossos.

*negativação do nome do consumidor no Serviço de Proteção ao Crédito. Pendência de ação. Concessão de liminar. 1. A sensação de ser humilhado, sendo visto como mau pagador, quando não se é, constitui violação ao patrimônio ideal, que é a imagem idônea, a dignidade do nome, a virtude de ser honesto. 2. Estando em discussão a legitimidade do crédito, é abusiva a negativação do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes e em qualquer outro registro negativo. 3. Cabimento da liminar impeditiva da abusiva negativação. 4. A atividade bancária está expressamente incluída no conceito de serviço, no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. 5. É, desta forma, objetiva a responsabilidade civil contratual do banco, nos termos do art. 14 do diploma de defesa dos consumidores, respondendo, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes pelo defeito do serviço prestado. 6. Talionários de cheques extraviados. Como prestador de serviços, **correm por conta do estabelecimento bancário os riscos decorrentes de seu empreendimento, cabendo responder pelo extravio de talionários de cheques remetidos pelos Correios**, salvo prova inequívoca de ter o envio ocorrido por fato exclusivo do titular da conta corrente. 7. Sem a ocorrência de dano, não se pode falar em indenização, vez que não existe responsabilidade sem dano. 8. O vencido responde integralmente pelas custas processuais (art. 20 do CPC). 9. Provimento parcial do recurso. (CPA)”.<sup>160</sup>*

No caso em tela, o cliente de uma instituição bancária informou a esta corretamente seu endereço. O banco enviou a sua residência talionário de cheques, que foi extraviado e utilizado indevidamente por terceiros. Em decorrência disto, o cliente tornou-se inadimplente junto ao banco, que inscreveu seu nome nos cadastros de proteção ao crédito.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu, então, que a instituição bancária, independentemente de culpa pelo extravio do talionário de cheques, deve responder pelos danos causados ao seu cliente.

Apesar de tal corte ter embasado sua decisão no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se claramente a adoção da responsabilidade objetiva pelo risco empresarial ao estabelecer-se que “*correm por conta do estabelecimento bancário os riscos decorrentes de seu empreendimento*”.

Em outras palavras, como o banco tem lucro com sua atividade, uma vez gerado um dano injusto a seus clientes, deve ser condenado a repará-los, independentemente de culpa. Isto nada mais é do que a adoção da teoria do risco empresarial para fundamentar a responsabilidade objetiva contratual.

Outro exemplo da adoção desta teoria aos contratos bancários de conta corrente pode ser notado na ementa abaixo transcrita:

---

<sup>160</sup> TJRJ, AC 1807/2000, (28042000), 8ª C.Cív., rel. Des. Leticia Sardas, j. 21.03.2000 – grifos nossos.

*“AÇÃO INDENIZATÓRIA – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E DA TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL – É parte legítima para figurar no pólo passivo de ação indenizatória a instituição financeira que levou, indevidamente, a protesto título já pago, uma vez que nas relações entre estabelecimento bancário e cliente prevalece a tese da responsabilidade contratual, que impõe a teoria do risco profissional ao estabelecimento de crédito prestador de serviços, por ser uma entidade de fins altamente lucrativos e com melhores condições de arcar com os prejuízos que vier a causar”<sup>161</sup>*

Esta decisão demonstra caso em que a instituição bancária foi condenada a ressarcir danos causados por inscrição indevida de nome de correntista no SERASA em razão da teoria do risco empresarial. Pela leitura da ementa da decisão analisada percebe-se que o tribunal em questão não analisou a culpa do estabelecimento bancário no fato, abstraindo tal discussão, condenando-o apenas e tão somente em razão do risco assumido.

Vale aqui transcrever trecho do acórdão que deixa esta situação ainda mais clara:

*“Demais disso, nas relações do estabelecimento bancário com o cliente prevalece a tese da responsabilidade contratual, que impõe a teoria do risco profissional ao estabelecimento de crédito prestador do serviço, por ser uma entidade de fins altamente lucrativos e com melhores condições de arcar com os prejuízos que vier a causar. Nesse particular, tem prevalecido o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves: ‘A responsabilidade deve recair sobre aquele que auferir os cômodos (lucros) da atividade, segundo o basilar princípio da teoria objetiva: ubi emolumentum, ibi onus’ (Responsabilidade civil, São Paulo, 1995. p. 250).”*

A decisão aqui analisada fundamentou a obrigação da empresa em indenizar os danos causados ao seu cliente apenas no fato dessa auferir vultosos lucros com sua atividade, o que nada mais significa do que a adoção da teoria do risco empresarial aqui estudada.

Há também decisões condenando administradoras de cartão de crédito a indenizar danos causados a seus clientes por utilização de cartões de crédito roubados, mesmo quando não praticaram nenhum ato culposos na entrega do referido documento, em razão da teoria do risco empresarial:

*“CARTÃO DE CRÉDITO – ROUBO – BLOQUEIO DO CRÉDITO – RESPONSABILIDADE PELO USO INDEVIDO – Responsabilidade civil. Uso de cartão roubado. Dado ao risco-proveito contratualmente ajustado, é de total responsabilidade da empresa contratante o prejuízo decorrente de vendas feitas com cartões de crédito roubados, quando ela não opera convenientemente o esquema de controle, bloqueando o*

---

<sup>161</sup> TRF, 5ª Reg., 3ª T, Ap.Civ. 123.331-PB, rel. Des. Ridalvo Costa, j. 05.02.98 – grifos nossos.

*respectivo cartão no momento da consulta feita pelo sistema 'on line'. Sentença correta. Apelo improvido.*"<sup>162</sup>

Como último exemplo de aplicação da teoria do risco empresarial para justificar a responsabilidade objetiva de estabelecimentos bancários, transcreve-se aqui decisão a respeito de abertura de conta corrente com documentos falsos, sendo que não houve nenhuma conduta culposa ou dolosa do banco, vez que os papéis apresentados eram todos aptos ao desiderato pretendido pelo estelionatário:

***“RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ABERTURA DE CONTA CORRENTE BANCÁRIA COM DOCUMENTOS FALSOS – POSTERIOR EMISSÃO DE CHEQUES SEM FUNDOS E CADASTRO DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – CULPA DOS PREPOSTOS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ADEMAIS, APLICÁVEL AO CASO A TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL DA ATIVIDADE OU EMPRESARIAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – LUCROS CESSANTES – NÃO CONFIGURADOS – RECURSO PROVIDO EM PARTE – O Banqueiro, como todo empresário, responde pelos danos por ele causados, no exercício da profissão, aos seus clientes e a terceiros. A doutrina tem definido o banqueiro como ‘um comerciant qui support lês consequencese des fautes qu’il commet’ (um comerciante que suporta as conseqüências das faltas que comete), salientando, assim, a importância da responsabilidade da instituição financeira e dos seus administradores. (...) No direito brasileiro, a tendência doutrinária e jurisprudencial, inspirada na legislação específica, e no sentido de admitir a responsabilidade civil do banco com base no risco profissional”***<sup>163</sup>.

Cabe aqui ressaltar que na fundamentação de tal acórdão há afirmação de que *“as instituições financeiras que para funcionar dependem de autorização do Banco Central do Brasil exercem típica atividade de serviço público. Por conseguinte, aplica-se aqui a teoria objetiva, com fulcro no art. 37, §6º da Constituição Federal”*.

Esta decisão bem demonstra que o empresário deve responder pelos danos causados no exercício de sua atividade a clientes e terceiros, em função do *“risco profissional”*, ou melhor, risco empresarial. Entretanto, a decisão apresenta como fundamento dogmático de tal situação o artigo 37, §6º da Constituição da República, que, como já dito no item 2.1 deste estudo, se refere a hipótese de risco administrativo, e não de risco empresarial.

Saindo do âmbito das relações bancárias, há decisões aplicando a teoria do risco empresarial em lides formadas em decorrência de furto de veículo no interior de estacionamentos:

<sup>162</sup> TJRJ, Ac. 2845/98, Reg. 170898, Cód. 9800102874, 9ª C.Cív., rel. Des. Laerson Mauro, j. 26-05-98 – grifos nossos.

<sup>163</sup> TJPR, Ap.Civ. 0110949700, 4ª C.Cív., Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, j. 24.10.2001 – grifos nossos.

*“INDENIZAÇÃO – FURTO DE AUTOMÓVEL EM ESTACIONAMENTO – DEVER DE INDENIZAR – EMPRESA QUE EXPLORA O PARQUEAMENTO ONEROSO – RESPONSABILIDADE DE ZELAR PELA SEGURANÇA DOS VEÍCULOS QUE ABRIGA – APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO – APELADA, ADEMAIS, QUE ATRAIÁ A CLIENTELA COM O FATO DE ESTAREM SEGURADOS OS AUTOMÓVEIS QUE GUARDAVA - VERBA DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO – A empresa que explora o ramo de estacionamento, recebendo contraprestação pelo serviço de segurança prestado, tem o dever de indenizar o proprietário do veículo que ficou sob sua guarda, sendo irrelevante a subtração deste tenha sido ocasionada por roubo ou furto, porquanto o dever de indenizar decorre do risco assumido tendo em vista o ramo do negócio escolhido e o lucro que obtém com a realização.”<sup>164</sup>*

De acordo com o artigo 1.277 do Código Civil de 1.916 e artigo 642 do atual estatuto material civil, o depositário não responde se a coisa depositada perecer por força maior, assim como no caso de roubo de automóvel entregue a estacionamento de veículos. Não obstante tais disposições legais, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu por condenar a empresa em questão em razão de ter esta assumido o risco da atividade, aplicando, portanto, a teoria do risco empresarial.

A decisão a seguir analisada se refere à aplicação da responsabilidade objetiva a contrato de compra e venda de veículo, que posteriormente descobriu-se ser anteriormente furtado:

*“ARRAS – VÍCIO REDIBITÓRIO – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – EVICÇÃO – APREENSÃO DE VEÍCULO POR AUTORIDADE POLICIAL COMPETENTE – DENUNCIÇÃO DA LIDE – CABIMENTO – INDENIZAÇÃO – Apreensão de veículo por autoridade policial, em virtude de ter sido ele furtado, se equipara à ação reivindicatória ou aos meios judiciais a que se refere o art. 1117 do CCB, caracterizando-se a evicção. O fato de não se ter identificado o evictor não inibe o adquirente de reclamar os direitos de que a evicção lhe resultam. Responde pela indenização a denunciada, concessionária do fabricante, a quem competia a elementar cautela de apurar a origem do veículo, a ela se aplicando a teoria do risco proveito.”<sup>165</sup>*

No caso em tela, independentemente do regramento referente à evicção, o Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro condenou a concessionária de veículo por ter vendido veículo que posteriormente descobriu-se ser furtado, sem questionar de culpa (negligência) desta ao verificar a origem do bem. A mencionada corte fundamentou o dever de indenizar apenas na “teoria do risco proveito”.

A decisão adiante transcrita se refere a contrato de plano de saúde, em que o Tribunal de Alçada de Minas Gerais determinou que a seguradora arcasse com

<sup>164</sup> TJSP, Ap. Civ. 224.517-1, São Paulo, rel. Benini Cabral, j. 8.2.95 – grifos nossos.

<sup>165</sup> TACRJ, Ac. 8068/94, (Reg. 188-3), 7ª C., Rel. Juiz Sylvio Capanema de Souza, j. 30.11.94 – grifos nossos.

despesas não previstas contratualmente em razão do vultoso lucro de sua atividade, ou seja, em razão da teoria do risco empresarial:

*“Indenização – transplante de órgão – Plano de saúde – prestação de serviço – Cláusula contratual – Nulidade – CF – Lei 8.078/90 – A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela CF à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja de prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no Texto Constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor, mas, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também é o risco. Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado.”<sup>166</sup>*

Como já dito, nas relações trabalhistas também são encontradas várias decisões fundamentadas na teoria do risco empresarial, em especial para justificar condenação de empresas que contratam outras empresas especializadas em disponibilizar serviços de limpeza, conservação e vigilância (terceirização).

Nestes casos, os tribunais trabalhistas têm condenado a empresa tomadora dos serviços a indenizar o trabalhador lesado, mesmo tendo pagado todos os valores devidos a empresa terceirizadora, apenas por ter tido proveito com a atividade, aplicando-se, portanto, a teoria do risco empresarial. As decisões abaixo transcritas demonstram esta situação:

*“PRESTADORA DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR – ITENS II E IV DO ENUNCIADO Nº 331 DO TST – A responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços encontra suporte na teoria do risco empresarial, que deságua no reconhecimento da responsabilidade objetiva. Se a empresa usufrui dos benefícios, deve arcar com os ônus decorrentes (ubi cômuda ib et incomoda). Se utiliza da prerrogativa de contratar terceiros para o fornecimento de mão-de-obra necessária à execução de serviços especializados, ligados à sua atividade meio, torna-se subsidiariamente responsável pelo adimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados da prestadora porque lhe incumbe diligenciar na respectiva escolha.”<sup>167</sup>*

*“LEGITIMIDADE EM GERAL – ILEGITIMIDADE DE PARTE – Os autores estão vinculados apenas aos efeitos do contrato de trabalho e não aos efeitos do contrato civil celebrado entre as rés. Além disso o contrato de trabalho é intuito personae apenas em relação aos empregados aos quais não são alcançados pelo risco empresarial do prestador de serviços. Assim, a garantia do recebimento dos haveres trabalhistas se projeta, inclusive, sobre o patrimônio do beneficiado pela força de trabalho dos empregados.”<sup>168</sup>*

<sup>166</sup> TANG, 4ª Cam.Civ., Ap. 0264003-9, rel. Juíza Maria Elza, DJU 12.05.99.

<sup>167</sup> TRT, 10ª R, RO 2344/2001, 2ª T., Rel. juíza Heloísa Pinto Marques, DJU 15.03.2002, p. 94 – grifos nossos.

<sup>168</sup> TRT, 2ª R, RO 20000559797 – (20010362104), 10ª T, Rel. juiz Homero Andretta, DOESP 06.07.2001.

Todas as decisões aqui comentadas demonstram aplicações diversas da teoria do risco empresarial para fundamentar o dever de indenizar ou de suportar um prejuízo à empresas independentemente da prática de ato culposos.

Entretanto, tais decisões tratam a matéria sem a devida atenção.

A princípio se percebe uma confusão terminológica, sendo que em alguns casos foi mencionado o termo “risco profissional”. Entretanto, como exposto no item 2.1, o risco profissional não se refere às hipóteses tratadas em tais decisões, mas sim aos acidentes de trabalho. Na realidade, nos acórdãos aqui citados, quando foi dito “risco profissional” quis-se dizer “risco empresarial” ou “risco proveito”, que, como dito no item 2.1, são tidos como sinônimos.

Além disto, pela análise empírica aqui exposta, notou-se que apenas um dos arestos mencionou um fundamento legal para a responsabilidade objetiva por risco empresarial, citando o artigo 37, §6º da Constituição da República.

Entretanto, de acordo com o analisado no item 2.1 deste estudo, tal disposição constitucional se refere ao Poder Público e às pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, expressando a idéia de “risco administrativo”, e não de “risco empresarial”.

Assim, percebe-se que o Poder Judiciário é sensível às modificações ocorridas no regime contratual, bem como o necessário afastamento dos ideais patrimonialistas e individualistas de séculos atrás, o que possibilita a responsabilidade contratual objetiva por risco empresarial. Contudo, há ainda uma certa falta de clareza na forma de se implementar tais novos pensamentos, bem como em relação aos fundamentos dogmáticos das decisões assim proferidas.

Estas falhas decorrem, provavelmente, da escassez de estudos jurídicos a respeito da responsabilidade objetiva contratual por risco empresarial, de forma que se percebe a importância do estudo aqui exposto, que visa despertar o interesse acadêmico na maior análise do tema aqui proposto.

## 6. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi aqui exposto, conclui-se, primeiramente, que o Direito Civil sofreu substanciais modificações, de forma que não pode mais ser encarado de forma patrimonialista e individualista, assim como o era na época em que suas categorias jurídicas foram idealizadas (Idade Moderna, Iluminismo, Liberalismo econômico).

Hoje não se pode negar a influência dos princípios constitucionais no regramento das relações privadas, o que acarreta relativização das categorias jurídicas e adequação dessas aos interesses sociais, vez que os princípios básicos da Carta Magna, de forma clara, alteraram o prisma com que todo o regramento jurídico deve ser analisado, passando da defesa do patrimônio à defesa da pessoa.

Neste ambiente que a doutrina tem visualizado novos princípios regentes das relações contratuais, abrandando-se a autonomia da vontade, que passa a ser vista como autonomia privada, e adicionando-se os princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Assim, as avenças contratuais devem ser respeitadas se atenderem aos três princípios, que agindo conjuntamente fazem com que as relações contratuais sejam mais justas numa perspectiva social, não numa visão patrimonialista e individualista.

Também a divisão de riscos e custos das relações contratuais deve respeitar esses novos princípios.

Assim ocorrendo, o contrato estará atendendo à sua função social.

Da mesma forma, demonstrou-se que a empresa, visualizada através de seus perfis, deve também atender à sua função social, uma vez que, como já dito, deve ser gerida não apenas em atenção aos objetivos individuais do empresário, mas também e principalmente em atenção aos interesses sociais em que ela interfere.

Outrossim, tendo em vista que a atividade empresarial se dá por intermédio de contratos, na medida em que estes passaram a ser muito mais um instrumento da empresa do que uma forma de os particulares (burgueses) transferirem propriedade,

ambos (empresa e contrato), por serem parte de um mesmo fenômeno, devem atender à sua função social.

O Código Civil de 2.002, neste sentido de demonstrar que empresa e contrato fazem parte de um mesmo fenômeno, trata do “direito da empresa” logo após o “direito das obrigações”, o que, segundo Miguel Reale, um dos membros da comissão que o redigiu, significa que “*o direito da empresa, na estrutura do código, é uma projeção natural e imediata do direito das obrigações, razão pela qual o livro Do Direito de Empresa surge como consequência imediata do direito das obrigações*”<sup>169</sup>.

Em razão da função social a que as atividades empresariais e contratuais devem se sujeitar, Fábio Konder Comparato chega a defender que o empresário não deve mais dirigir a empresa, e sim ser por ela dirigido. Segundo suas palavras, para que a função social da empresa seja realmente atendida, deve ocorrer um “giro copernicano”, de forma que o empresário passe a ser apenas “uma peça” da empresa, e não seu comandante. Desta forma, o lucro dividir-se-ia entre todos os integrantes da organização empresarial: empregados e empresário<sup>170</sup>. A mesma idéia é encontrada na obra de Waldírio Bulgarelli<sup>171</sup>.

Se assim ocorresse, tendo em vista que o lucro seria dividido por todos, não haveria motivo para se imputar a responsabilidade por todos os riscos da atividade empresarial ao empresário.

O empresário não mais receberia sozinho os lucros pela atividade, e, portanto, não arcaria sozinho com eventuais prejuízos.

A empresa, como um todo, seria responsabilizada pelos danos causados a terceiros.

Entretanto, não é isto que ocorre, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a responsabilização da “empresa”, mas apenas do empresário, pois apenas este tem personalidade jurídica e patrimônio, por ser o sujeito de direito da empresa, que não passa, segundo nosso ordenamento, de uma atividade.

---

<sup>169</sup> Luiz Antonio Soares Hentz, *Direito da empresa no código civil de 2002.*, p. 09.

<sup>170</sup> *A reforma da empresa*, p. 21.

<sup>171</sup> *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*, p. 106.

E, tendo em vista que no preço do produto ou serviço comercializado pela empresa deve já estar incluída uma parcela destinada a garantir prejuízos com o risco da atividade, há diversas decisões judiciais condenando empresários a suportarem prejuízos ou indenizarem parceiros nos contratos empresariais, apenas em razão destes visarem obter lucro com a atividade.

Essas decisões representam o objeto aqui estudado, ou seja, a responsabilidade contratual objetiva por risco empresarial.

Contudo, não se pode admitir como fundamentação de tal situação a simples afirmação de que o empresário recebeu os lucros e então deve suportar os riscos. Tal assertiva pode ser suficiente no âmbito da Ciência Econômica. Contudo, para o Direito, é necessário um embasamento para tal situação encontrado no ordenamento jurídico.

No intuito de se encontrar este embasamento, chegou-se à conclusão de que os artigos 1º, III e 170 da Constituição da República, os artigos 187 e 422 do atual Código Civil e o artigo 160, I do Diploma de 1.916 são o fundamento dogmático para a responsabilidade contratual objetiva por risco empresarial.

Os dispositivos constitucionais mencionados positivam a proteção a dignidade da pessoa, uma das normas básicas de todo o ordenamento.

Segundo a mais moderna doutrina civilista, admite-se que as normas constitucionais, em especial essas aqui mencionadas, devem irradiar seus efetivos diretamente às relações privadas, mesmo que não exista uma regra (constitucional ou ordinária) especificando a aplicação desses princípios a cada espécie de relação entre as pessoas.

Desta forma, apenas por esta razão, o princípio da dignidade da pessoa já seria suficiente para a atribuição de responsabilidade objetiva por risco empresarial às relações contratuais, uma vez que é obviamente contrário a esta norma o fato de uma pessoa sofrer um dano injusto ao se relacionar com uma empresa.

Considera-se injusto o dano que viola aqueles novos princípios contratuais já mencionados (autonomia privada, boa-fé e justiça contratual), ou seja, que são gerados por uma quebra na confiança depositada entre as partes negociantes ou no equilíbrio

econômico da avença, em especial quando uma das partes é fática, jurídica ou economicamente vulnerável frente à outra.

Entretanto, de acordo com a teoria mais tradicional, a norma constitucional que estabelece a garantia à dignidade da pessoa humana não passaria de um princípio programático, de forma que não teria o condão de criar diretamente direitos e obrigações às pessoas, mas apenas ao Legislativo, ao formular leis, e ao Judiciário, ao interpretá-las.

Desta forma, chaga-se aos artigos do Código Civil mencionados, que estabelecem como ilícito o exercício de um direito em desacordo com a boa-fé ou com suas finalidades sociais e econômicas.

Destarte, no âmbito contratual, uma atitude de acordo com o contrato, e a princípio lícita, pode acabar sendo vista como antijurídica se ocorrida em desacordo com a boa-fé objetiva ou com suas finalidades sociais e econômicas.

Em relação à boa-fé objetiva, para que se saiba quando um direito está ou não sendo exercido adequadamente, deve-se observar a função integrativa de tal princípio contratual.

A função integrativa do princípio da boa-fé objetiva gera direitos e deveres às partes contratantes além daqueles estabelecidos no instrumento negocial ou nas leis pertinentes. São os chamados “deveres acessórios e laterais”, identificáveis em cada caso, de acordo com as características da negociação e com a confiança depositada entre as partes. Em suma, são deveres de proteção, informação e lealdade.

Em razão desse aspecto de proteção existente na função integrativa da boa-fé objetiva, pode-se concluir que em qualquer relação contratual há o dever de garantia de que o parceiro não sofrerá danos injustos, ou seja, há a obrigação de protegê-lo.

Portanto, a função de controle do princípio da boa-fé objetiva (artigo 187 do Código Civil de 2.002 e artigo 160, I do Estatuto de 1.916), completada pela função integrativa deste princípio (artigo 422 do atual Código Civil), pode ser apontada como fundamento dogmático da responsabilidade objetiva do empresário por danos injustos gerados a seus parceiros em função do risco da atividade.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo, Saraiva, 2.000.
- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.001. 2.001.
- BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1.985.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2.002.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A reforma da empresa*. In: COMPARATO, Fabio Konder. (coord.) *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1.995.
- COSTA, Jjudith Martins. *O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil)*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, 1998. p. 129-154.
- EFING, Antonio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999.
- FARIA, Ricardo de Moura. *História*. Vol. 3., Minas gerais, Editora Lê, 1989.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (coord.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1.995.
- \_\_\_\_\_ *Contratos*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1.995.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2.003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.], *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.999.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2.003.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MATTIETO, Leonardo de Andrade. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.000.
- \_\_\_\_\_. *O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (coord.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*. Rio de Janeiro, Âmbito Cultural Edições, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Anaconda Cultural Edições, 1986.
- NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Os princípios entre a teoria do direito e o direito civil constitucional*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (coord.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.000.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Saraiva, 2.002.

- NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.001.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (coord.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba, Juruá, 2.002.
- SELEME, Sérgio. *A averiguação oficiosa da paternidade: a caminho da implementação do direito de família constitucional no Brasil*. Curitiba, 2.000.
- \_\_\_\_\_. *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1.998.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1.998.
- SOTO, Paulo Neves. *Novos perfis do direito contratual*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (coord.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999.
- TEPEDINO, Gustavo. *Código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.000.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1.999.
- TOKARS, Fabio Leandro. *Função social da empresa*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba, Juruá, 2.002.
- VIEIRA NETTO, J. R. *O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil*. Curitiba, Juruá, 1.989.