

OBRAS DA AUTORA

- Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.  
*Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.  
*A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Ed. RT, 2009.  
*O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005 (com Eros Roberto Grau).  
*Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.  
*Sociedade por ações – Jurisprudência, casos e comentários*. São Paulo: Ed. RT, 1999 (com Paulo de Lorenzo Messina).

Paula A. Forgioni

# TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

*Prefácio:*  
FÁBIO NUSDEO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

Forgioni, Paula A.  
Teoria geral dos contratos empresariais / Paula A. Forgioni ; prefácio Fábio Nusdeo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ISBN 978-85-203-3583-3

1. Contratos – Brasil 2. Direito empresarial – Brasil I. Nusdeo, Fábio. II. Título.

09-12307

CDU-347.74:338.93(81)

---

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos empresariais : Direito empresarial 347.74:338.93(81)

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Assim, “[d]evem ser tomadas em consideração todas as circunstâncias que conferem a um *contrato determinado* seu especial caráter”.<sup>134</sup>

145. O completamento do regramento contratual com base em deveres impostos por cláusulas gerais deve ser apartado da mera atribuição de poder a terceiro que, em nome da preservação do contrato, ditaria seus termos futuros. No entanto, na realidade dos fatos, essa fronteira não se delinea de forma clara e os julgadores acabam muitas vezes utilizando a boa-fé para justificar decisão que, na verdade, implica o aviltamento da legítima liberdade de contratar.

Cada vez mais é necessário considerar que a preservação do pacto não é um dogma a ser seguido a qualquer custo e seu rompimento pode mostrar-se a melhor solução para o bem comum. Dentro dos limites já expostos neste trabalho, às empresas assiste o direito de não se obrigarem àquilo que não contrataram. O princípio do *pacta sunt servanda* é necessário ao bom andamento do tráfico.

É preciso precaver-se contra o risco de se utilizar a boa-fé como remédio para todos os males, empregando-a em nome de amorfa busca da “justiça social”. Sempre na dicção de LARENZ: “O juiz não deve impor seus próprios módulos às partes, que determinam por si o conteúdo do contrato no âmbito de sua autonomia privada, mas apenas levar a termo a ponderação das valorações em que elas se basearam”.<sup>135</sup> Especificamente no que toca ao direito comercial, mesmo nos contratos colaborativos, a boa-fé não pode ser aplicada de maneira a despir o agente econômico da sagacidade que lhe é peculiar. Tampouco deve ser aplicada como justificativa para o inadimplemento da parte ou desculpa para comportamentos imprudentes ou desconformes ao parâmetro de mercado.

134. *Derecho civil*, 746.

135. *Derecho civil*, 746.

## IV INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

SUMÁRIO: IV.1 As peculiaridades do direito empresarial e da interpretação dos contratos empresariais – IV.2 As regras e os princípios clássicos de interpretação dos negócios empresariais – IV.3 As regras de interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil – IV.4 Interpretação e boa-fé objetiva – IV.5 Intenção das partes e vontade objetiva – IV.6 Interpretação a favor do devedor – IV.7 Função social do contrato – IV.8 Lesão/tendência de proteção à parte mais fraca.

146. Quem observa a doutrina do direito mercantil depara-se com fenômeno peculiar: no mais das vezes, pouca ou nenhuma importância dá-se à atividade de interpretação dos negócios empresariais, como se a letra do instrumento existisse por si só, e por si só fosse capaz de disciplinar a relação formatada pelos agentes econômicos nos amplos quadrantes da autonomia privada.

Uma das possíveis explicações para esse fenômeno está na preponderância, até meados da década de 80, do movimento positivista que, a pretexto da obtenção de maior grau de segurança e de previsibilidade jurídicas, relegava a atividade interpretativa a segundo plano. O “intérprete deve ater-se à mera interpretação literal ou remeter-se sempre à ‘interpretação autêntica’ – entendida esta como a dada ao texto pelo legislador”.<sup>1</sup> Há de se reservar “ao legislador o papel de único intérprete, negando-se o mesmo aos juizes”.

1. Cf. EROS ROBERTO GRAU, explicando a “interpretação negativa” e dando notícia de sua superação pela “nova hermenêutica”, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 66.

147. Nessa linha, interpretar não deveria ir além de expor o “verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não” teria “lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa”.

Na súmula de GAUDEMET sobre a Escola Exegética: “toute solution juridique doit se tirer d’un texte du Code, soit directement, soit par déduction, soit par induction; [...] tout problème de droit se réduit à la recherche de la volonté, expresse ou présumée, du législateur”.<sup>2</sup>

Gerações influenciadas por PAULA BAPTISTA, ainda que o neguem formalmente, ou façam-no inconscientemente,<sup>3</sup> seguem reproduzindo as seguintes máximas:

– a interpretação deve limitar-se aos “casos acidentais de obscuridade nas leis”. A doutrina que nega esse pressuposto possui natureza “vaga e absoluta”, que “pode fascinar o intérprete, de modo a fazê-lo sair dos limites da interpretação para entrar no domínio da formação do direito”;

– o primeiro dos meios de interpretação é o exame da construção do texto segundo as regras da ortografia, da sintaxe, e “do mais que respeita à pureza da linguagem”. Após, “[d]eve-se também recorrer aos diversos sentidos das palavras, o gramatical, jurídico, usual, absoluto ou relativo, exemplificativo ou taxativo, simplesmente enunciativo ou dispositivo, etc., conforme o caso exigir, e sempre com o cuidado de dar

2. EUGÈNE GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, 51. Vale, também, considerar o resumo de FERNAND MALLIEUX sobre a doutrina de LAURENT (*Lexégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 13 e ss.).

3. Em 1983, ALFREDO BUZUID afirmava que o compêndio de PAULA BAPTISTA “conserva palpitante atualidade, podendo ser lido e consultado, com real proveito, por juristas, professores, juizes, advogados e membros do Ministério Público” (Apresentação, in FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica*).

às palavras a significação que tinham ao tempo em que a lei foi feita. Conseguindo-se, assim, ligar ao texto seu verdadeiro sentido, já não é lícito aventurar-se a outros meios, salvo se servirem de corroborar este mesmo sentido, redobrando sua força e autoridade”;

– “[e]m nenhum caso [...] é permitido negar execução ou alterar o sentido de uma lei clara por ser a sua letra rigorosa, dura e desarrazoada, e não se lhe pode atribuir um motivo justo e razoável, porquanto a ignorância dos verdadeiros motivos da lei não fá-la decair de sua força e autoridade, e por muito que o intérprete presuma de si, deverá convencer-se de que, neste caso, a falta é antes sua do que do legislador”;<sup>4</sup>

– “[f]ica subentendido que, quando a disposição da lei é clara é ilimitada, se não devem fazer distinções arbitrárias, que enervem o seu sentido, e destruam a sua generalidade”.<sup>5</sup>

Compõe ainda esse cenário – cujo principal apanágio é o ostracismo da atividade interpretativa – o fato de apenas recentemente, como vimos no ensaio anterior, termos nos dado conta de que o regramento jurídico talhado para contratos de intercâmbio (i.e., cujo escopo é estabelecer prestação e contraprestação destinadas a exaurir-se no momento do adimplemento) não basta à disciplina dos contratos de longa duração, cujo foco é o estabelecimento de uma relação duradoura entre as partes e não somente uma troca imediata.

Assim, até bem pouco tempo, as discussões jurídicas sobre os negócios mercantis gravitam quase que exclusivamente<sup>6</sup> em torno de contratos em que o lucro de uma parte significa o

4. PAULA BAPTISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica*, 37.

5. PAULA BAPTISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica*, 39.

6. Não se pode deixar de mencionar que, como sempre, a genialidade de ASCARELLI dele faz exceção. A análise de suas ponderações sobre os contratos plurilaterais é indispensável (*O contrato plurilateral, Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*).

prejuízo da outra (“meu lucro é o seu prejuízo”),<sup>7</sup> tais como as operações de compra e venda. Ao adquirente interessa obter o menor preço possível pelo bem, ao passo em que o alienante pretenderá aliená-lo pela maior quantia possível.

#### IV.1 As peculiaridades do direito empresarial e da interpretação dos contratos empresariais

148. Apurada a existência de um direito regido por “princípios peculiares”, que disciplina as relações dos empresários no mercado, cumpre analisarmos as consequências relevantes para a interpretação dos negócios empresariais. Sabemos que interpretar um contrato entre o fornecedor e o distribuidor é diferente de interpretar uma doação do pai para a filha que vai se casar. Ou ainda que o método de exegese de um testamento diverge daquele dos contratos que corporificam uma grande fusão. É mesmo evidente que os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, porque estas últimas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários, sob pena de introduzirmos no corpo do direito comercial um inadequado “consumerismo” fadado à rejeição.

Portanto, a interpretação do negócio comercial, sob o ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar os pressupostos de funcionamento do sistema apontados no segundo ensaio deste livro, especialmente aqueles referentes à boa-fé, aos usos e costumes, custos de transação, necessidade de segurança e previsibilidade para o tráfico, tutela do crédito e, especialmente, que a função econômica do negócio deve pautar sua interpretação.<sup>8</sup>

7. Na expressão de JHERING, resgatada por EROS ROBERTO GRAU.

8. Note-se bem: a racionalidade econômica não é aquela que, necessariamente, deve ser tutelada pelo direito, mesmo porque fôssemos todos por ela movidos não conseguiríamos explicar o fato de um

#### IV.2 As regras e os princípios clássicos de interpretação dos negócios empresariais

149. A evolução das regras de interpretação contratual seguiu uma estrada, no Brasil, que vai da sistematização de POTHIER – editada em 1761 e traduzida para a língua portuguesa em 1835 por CORRÊA TELLES<sup>9</sup> – passando por CAIRU,<sup>10</sup> pelo

---

bombeiro arriscar a vida em um incêndio, ou a mãe que se sacrifica pelos filhos. Seríamos incapazes de devolver uma carteira abandonada, socorrer um animal ferido. Todos venderíamos nossos mestres, nossas crenças e nossos princípios por vinte dinheiros. Por isso – bem diz ROBERT FRANK de forma jocosa –, não se pode eleger o *homo economicus* como um padrão comportamental (*Microeconomics and behavior*, 20), ou uma atitude como a de Judas seria aquela esperada pelo ordenamento jurídico. É óbvio que, como dissemos, o direito tem que reconhecer como padrão legal (homem ativo e probo) algo bastante diverso. No entanto, quando se vai investigar o autor de um crime, o primeiro ponto sobre que se cogita é quem teria tirado vantagens da morte. Para interpretar (e legislar), é por vezes necessário entender os tipos de comportamento gerados pela motivação egoística. Importante a referência à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 04.02.2000 (REsp 260.561, rel. Min. Ari Pargendler), em que a racionalidade econômica de uma das partes foi considerada exatamente na perspectiva que aqui apontamos: “Imagine-se que Viação Aérea São Paulo S.A. – Vasp tivesse pago os valores contratualmente devidos, e que o Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa fizesse por empréstá-los segundo as regras do mercado financeiro. Qual seria a taxa de juros desse novo negócio? Observada a racionalidade econômica, o Banco do Estado de São Paulo – Banespa só deveria fazê-lo pelas mais altas taxas que já vinha cobrando, e o mercado, suportando”.

9. Sobre as influências sofridas por POTHIER, inclusive do direito romano, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 242 e ss.

10. Estamos, obviamente, fazendo um “corte” histórico porque muito do art. 131 está no Digesto e nas Ordenações, conforme o estudo de CONSELHEIRO ORLANDO (*Código commercial do Imperio do Brazil*, 84 e ss.).

Código de Napoleão<sup>11</sup> e desembocando no Código Comercial de 1850, especialmente em seu art. 131.<sup>12</sup>

11. *In verbis*: "Section 5: De l'interprétation des conventions. *Article 1.156*: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. *Article 1.157*: Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. *Article 1.158*: Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat. *Article 1.159*: Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. *Article 1.160*: On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. *Article 1.161*: Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. *Article 1.162*: Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. *Article 1.163*: Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposés de contracter. *Article 1.164*: Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.
12. E também nos arts. 1.362 a 1.371 do *Codice Civile*. Vale reproduzir, mesmo que extensas, as regras positivadas no diploma italiano: "Dell'interpretazione del contratto. *Art. 1.362. Intenzione dei contraenti*: Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto. *Art. 1.363. Interpretazione complessiva delle clausole*: Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto (1.419). *Art. 1.364. Espressioni generali*: Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le

Trata-se de sistematizações lógicas lançadas e consolidadas por aqueles que, a seu tempo, já compreendiam a dinâmica do fluxo de relações econômicas e a principal função do direito comercial, motivo mesmo de sua gênese: dar condições para o melhor funcionamento possível do mercado, catalisando o fluxo de relações econômicas mediante a diminuição dos custos de transação e eliminando efeitos autodestrutíveis decorrentes do funcionamento do próprio sistema.

Especialmente quando se cuida da interpretação contratual, muitas dessas antigas direções atendem a esse escopo,

parti si sono proposte di contrattare. *Art. 1.365. Indicazioni esemplificative*: Quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto. *Art. 1.366. Interpretazione di buona fede*: Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (1.337, 1.371, 1.375). *Art. 1.367. Conservazione del contratto*: Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1.424). *Art. 1.368. Pratiche generali interpretative*: Le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso. Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore (2.082), le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa. *Art. 1.369. Espressioni con più sensi*: Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto. *Art. 1.370. Interpretazione contro l'autore della clausola*: Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1.341) o in moduli o formulari (1.342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro. *Art. 1.371. Regole finali*: Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1.362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso".

umentando o grau de segurança e de previsibilidade a partir do momento em que impõem o respeito à boa-fé, à confiança, à proteção da legítima expectativa da contraparte (conforme a *racionalidade jurídica*).

Considerando que, muitas vezes, a manualística predominante refere-se a essas regras sem indicar sua origem – e sem lhes tributar a real dimensão que assumem no sistema de direito comercial – vale revisá-las,<sup>13</sup> lembrando que “mais do que meras máximas de experiência”, “assumem como conteúdo uma exigência ética de correção social”, imprimindo “à atividade interpretativa um endereço, uma diretiva, que exprime em si um juízo de valor”.<sup>14</sup> Iniciemos pela sistematização concretizada nas regras de POTHIER.

Primeira regra: “Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção *commum* das partes contrahentes, do que qual he o sentido *grammatical* das palavras”.

Note-se que POTHIER refere-se à “intenção *commum* das partes” e não, meramente, à “intenção das partes”. Isso significa que a primeira regra de interpretação toca ao *intento comum*, àquilo que chamamos de “causa objetiva”, relacionada aos usos

13. Essa necessidade faz-se sentir de forma ainda mais aguda quando nos damos conta que a semelhança entre as disposições do Código Comercial brasileiro de 1850 e as regras vigentes no *Codice Civile* explica-se pela raiz comum encontrada na sistematização de POTHIER. Sua extirpação do atual Código Civil brasileiro é inexplicável e parece pretender abandonar – sem sucesso – a objetivação da interpretação através de sua inserção no contexto e na realidade contratual, privilegiando um amorfo subjetivismo já ultrapassado pela boa doutrina e pela jurisprudência. Não podemos deixar de notar que, no que tange às regras de interpretação, o Código brasileiro afastou-se de sua declarada fonte de inspiração e – o que é muito pior – de nossa tradição, corporificada no Código Comercial.

14. As palavras são de BETTI, a pretexto dos comentários aos arts. 1.362 e seguintes do *Codice Civile (Interpretazione, p. 249)*.

e costumes comerciais. Afinal, qual a função econômica que as partes pretenderam obter com a avença? Para que a celebraram? Qual a racionalidade (jurídica) que deve ser considerada como mote interpretativo, levando em conta a objetivação trazida pelo mercado? O que, no mercado, normalmente se busca com tal prática? (Afinal, a “intenção comum” deve ser entendida como reflexa da práxis mercadológica, ou de fatos socialmente reconhecíveis, como ensina BETTI.) Todas essas questões interpretativas extremamente atuais, ligadas à primeira das lições de POTHIER.

Segunda regra: “Quando huma clausula he susceptivel de dous sentidos, deve entender-se naquelle, em que ella pôde ter effeito; e não naquelle, em que não teria effeito algum”.

Se as partes não contratam meramente pelo prazer de contratar, como vimos no segundo ensaio, o contrato deve ser concebido de acordo com uma função (= função econômica = causa) e a interpretação da avença deve levar à sua consecução. Caso contrário, atirar-se-ia o contrato à inutilidade – decisão incompatível com a lógica do sistema. Em suma: se as partes contrataram, seu escopo era atingir determinada função econômica, porque o negócio não pode racionalmente ser entendido como atividade de deleite. Deve-se atender à função econômica, porque esse o destino dos contratos no sistema jurídico. Negar-lhe a função típica (ou querida pelas partes) é negar seu pressuposto de existência.

Terceira regra: “Quando em hum contracto os termos são susceptiveis de dous sentidos, devem entender-se no sentido que mais convém à natureza do contracto”.

A “natureza do contrato” está ligada à sua tipificação social, ou seja, aos efeitos que dele normalmente decorrem. É verdade que a ideia da “natureza do contrato” liga-se a sua função econômica (por óbvio, juridicamente reconhecida,

como quer ASCARELLI), às consequências que lhe são próprias por força de lei ou mesmo da tipificação social. Enfim, mais uma vez, a interpretação contratual há de se basear sobre os efeitos da avença normalmente esperados (i.e., socialmente, mercadologicamente esperados) – e, portanto, calculáveis.

Essa mesma “natureza do contrato” foi referida pelo art. 131 do Código Comercial, como veremos adiante.

Quarta regra: “Aquillo que em hum contracto he ambiguo, interpreta-se conforme o uso do paiz”.

Dentro de um critério de racionalidade, de proteção da boa-fé, da confiança e, conseqüentemente, da legítima expectativa da outra parte, não se pode compreender que um contrato tenha interpretação diversa da práxis, base do sistema de direito comercial. Essa regra de POTHIER deixa claro que os usos e costumes, no direito comercial, não ocupam lugar apenas como fonte do direito (ou seja, como polo emanador de normas jurídicas vinculantes), mas também como *pauta de interpretação dos contratos*.

A objetivação social dos efeitos típicos torna-os previamente reconhecidos e queridos pelas partes, autorizando a interpretação conforme a práxis. Esse procedimento se reverte a favor da segurança e da previsibilidade, dando lugar a um melhor cálculo das jogadas.

Ademais, atentemos ao fato de que POTHIER refere-se ao “uso do paiz”, ou seja, aos efeitos típicos esperados naquele determinado mercado, por aquele específico grupo de pessoas. Mais tarde, ASCARELLI chamaria atenção para as “premissas implícitas” de cada ordenamento, que devem ser consideradas no momento da interpretação dos negócios. Pouco ou nada adianta perquirir qual o impacto de uma cláusula de exclusividade no mercado norte-americano, se os vetores de funcionamento do nosso sistema forem diversos.

Quinta regra: “O uso he de tamanha authority na interpretação dos contractos; que se subentendem as cláusulas do uso, ainda que se não exprimissem”.

Aqui, os usos vão assumir uma função de integração contratual, preenchendo as lacunas eventualmente encontradas na declaração das vontades, em mecanismo explicado no segundo ensaio. Retomam-se, pois, a racionalidade e a função econômica da avença, conforme espelhada no mercado, para autorizar a presunção de que os partícipes do acordo agem segundo as “notas de anônima repetição” apontadas por IRTI. Todo contrato empresarial traz consigo a práxis do mercado.

Sexta regra: “Huma clausula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, ou ellas precedão, ou ellas se sigão áquella”.

O negócio jurídico, enquanto expressão de uma racionalidade e modo de atingir um resultado (função), é uno. A causa ou fim objetivo do contrato realiza “uma só função econômica”. Essa unicidade há de presidir a interpretação contratual, sob pena de se chegar a conclusões incompatíveis com a eficiência que se espera traga a avença.

Sétima regra: “Na duvida huma clausula deve interpretar-se contra aquelle que tem estipulado huma cousa, em descargo daquelle que tem contrahido a obrigação”.

POTHIER, na explicação dessa regra, parte implicitamente de pressuposição interessante: quem está em posição de superioridade costuma ditar as regras do negócio. Assim, ensina que o erro do credor deve a ele ser imputado, ou “O credor deve imputar a si o não se ter explicado melhor”. Essa regra permeia a interpretação dos contratos de adesão, mas pode ser trazida ao auxílio do estabelecimento da correta dimensão dos contratos empresariais em geral: afinal, aquele que está em situação de dependência econômica não pode restar obrigado

além dos termos expressamente contratados. Desautoriza-se, portanto, interpretação extensiva que prejudique o agente em posição de sujeição.

Oitava regra: “Por muito genericos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, ella só comprehende as cousas, sobre as quaes parece que os contraheentes se propozirão tratar, e não as cousas em que elles não pensarão”.

Novamente, a função econômica do contrato deve impedir. Se concebido para determinado fim, não se pode admitir uma interpretação extensiva que o desvie daquilo que objetivamente dele se esperava – e do que as partes efetivamente contrataram.

Nona regra: “Quando o objeto da convenção he huma universalidade de cousas, comprehende todas as cousas particulares que compõem aquella universalidade, ainda aquellas de que as partes não tivessem conhecimento”.

Esta nona regra protege a integridade do objeto do contrato quando este for uma universalidade, evitando o seu esfacelamento durante a transferência. A título exemplificativo, pensemos que o art. 1.148 do novo Código Civil (equivalente ao art. 2.558 do *Codice Civile*) esteja embasado nesse princípio, norteador dos negócios que envolvem universalidades.<sup>15</sup>

Décima regra: “Quando em hum contracto se exprimio hum caso, por causa da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contracto se estenderia áquelle caso; não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se comprehendem nella, como se fossem expressos”.

15. Cf. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 137.

Undécima regra: “Nos contractos, bem como nos testamentos, huma cláusula concebida no plural se distribue muitas vezes em muitas clausulas singulares”.

Duodécima regra: “O que está no fim de uma fraze ordinariamente se refere a toda a fraze, e não áquillo só que a precede immediatamente; com tanto que este final da fraze concorde em genero e numero com a fraze toda”.

Essas três regras finais determinam formas para auferir-se a intenção das partes quando da celebração do negócio. Observe-se que, por ser a regra de interpretação objetiva (sabida e conhecida por todos), ao aplicá-la despreza-se a intenção íntima para chegar a uma motivação mais objetiva, comum aos partícipes.

Não nos olvidemos que, quando celebram contratos, as partes não se colocam comodamente diante do Código, escolhendo entre as fórmulas preexistentes concebidas pelo legislador.<sup>16</sup> Ao contrário, acertam interesses conforme suas necessidades, dentro dos usos e dos costumes, nos quadrantes das normas jurídicas que regem o mercado. Essas normas de POTHIER buscam auferir qual o verdadeiro “interesse comum das partes”, remetendo-se, portanto, à primeira (e talvez mais importante) de todas as regras.

150. O art. 131 do Código Comercial também traz pautas para interpretação e integração contratual, *in verbis*:

“Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2. as cláusulas

16. Cf. EROS ROBERTO GRAU e PAULA A. FORGIONI, *O Estado, a empresa e o contrato*, 15.



duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3. o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.

Sua revogação formal pelo novo Código Civil, como é logo de se perceber, não logrou extirpá-las de nosso sistema jurídico. Assim como é impossível revogar as regras de POTHIER, acima estudadas, não se pode suprimir a penadas a tradição que existe nas estranhas de nosso direito mercantil.

Vale aqui repisar os pontos centrais do art. 131:

[i] respeito à boa-fé objetiva (e não subjetiva);

[ii] força normativa dos usos e costumes;

[iii] vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes – note-se que o texto legal faz referência expressa ao “espírito do contrato” e à “natureza do contrato” e não à intenção de cada uma das partes, individualmente considerada;

[iv] comportamento das partes como forma de chegar à vontade comum, ao espírito do contrato;

[v] interpretação a favor do devedor;

[vi] respeito à autonomia privada.

Esse talho peculiar da interpretação dos contratos comerciais que poreja do art. 131 – relacionado às características intrínsecas do sistema – trouxe consequências relevantes:

[a] a função econômica do negócio no direito comercial assume importância, porque permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro; a atenção à causa do negócio transforma-se em fator ligado à proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva e, como quer ROPPO, à “gestão de uma economia capitalista”<sup>17</sup> ou às “regras de bom funcionamento do mercado”;<sup>18</sup>

[b] a racionalidade econômica do empresário sempre foi considerada pelo direito comercial e pela jurisprudência; evita-se a tomada de decisões judiciais que fujam da racionalidade própria do agente, rebatida na boa-fé e na proteção da legítima expectativa; a previsão do *standard* do homem “ativo e probo”<sup>19</sup> nada mais significa senão a assunção de uma racionalidade própria aos empresários (socialmente típica), depurada pelo direito como mínimo padrão interpretativo;

[c] a proteção da eficiência das decisões empresariais também é outra fonte na qual há muito se fartam os intérpretes autênticos<sup>20</sup> e o ordenamento jurídico brasileiro; a imposição de decisões que comprometem a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, assim como as decisões que colocam em xeque a lógica do sistema.<sup>21</sup>

17. *O contrato*, 224.

18. *O contrato*, 223.

19. A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 1976) positivou esse princípio em seu art. 153: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo *homem ativo e probo* costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. O art. 168 impõe o mesmo padrão comportamental para o agente fiduciário dos debenturistas.

20. Usamos a expressão intérprete autêntico no sentido que lhe é dado por KEISEN.

21. Como exemplo, tome-se a jurisprudência brasileira sobre a prescrição em matéria comercial. Quando estudamos sistematicamente julgados

Nesse quadro, é importante dar o devido relevo ao art. 133 do Código Comercial que, a exemplo da quinta regra de POTHIER, *consagra os usos e costumes do mercado como fonte de direito*, apta a integrar os termos contratuais: “omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”. *Aquilo que é comum integra-se ao regramento particular, como se toda a praxe se acoplasse ao negócio*. Ora, essa regra básica de interpretação/integração corrobora a ideia de que a legítima expectativa da outra parte, baseada naquilo que normalmente ocorre no mercado, há de ser preservada. Sua *ratio* somente pode ser entendida tendo em mente a facilitação dos negócios: no processo interpretativo deve-se ter em conta aquilo que geralmente acontece e que as partes, racionalmente, incorporaram como base para estimar a atuação de determinado comportamento da outra.<sup>22</sup>

151. Voltando os olhos para a realidade brasileira, destacam-se algumas lições de interpretação contratual do VISCONDE DE CAIRU<sup>23</sup> que, como dissemos, são calcadas em POTHIER e apuradas no caldo do nosso direito comercial. Para o maior de nossos comercialistas, o contrato é o “consenso recíproco de duas ou mais pessoas sobre fazer ou dar alguma cousa” e, dos seus ensinamentos, podemos extrair as seguintes principais regras interpretativas:

relativos à prescrição nas sociedades por ações, chamamos a atenção para o fato de que a orientação dada pelos Tribunais apontava para um claro sentido: preservação da segurança jurídica (PAULA FORGIONI e PAULO DE LORENZO MESSINA, *Sociedades por ações*, 55).

22. Ou, na dicção de SAVIGNY: “L'interprétation ne doit pas être basée sur la supposition que l'auteur de l'acte a eu vue un cas tout à fait extraordinaire, et ne se présentant que très-rarement” (SAVIGNY, *Le droit des obligations*).

23. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, 469 e ss.

[i] “Havendo duvida sobre a intelligencia e força de hum Contrato mercantil, deve-se interpretar a mente dos contraentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça e lugar em que se fez o mesmo contracto; e bem assim o Juizo dos Comerciantes costumados a praticar essa espécie de negocio, ainda que aliás as palavras do trato, ou escripto diversamente signifiquem: pois sempre a boa fé o o estylo mercantil he que deve prevalecer e reger, e não o estreito significado dos termos e menos ainda as intelligencias cavilosas e contrarias ao verdadeiro espirito do contrato”.

Permitimo-nos ressaltar alguns pontos centrais do pensamento de CAIRU:

[a] a vontade dos contraentes deve ser interpretada de acordo com os usos e costumes comerciais, repelindo-se, portanto, a exegese que leva à prevalência da causa subjetiva sobre a causa objetiva;

[b] o perfil do negócio deriva da função econômica que normalmente é esperada pelos agentes que atuam naquele mercado. Resgata-se, aqui, a lição de SIMÃO VAZ BARBOSA LUSITANO, colacionada por TEIXEIRA DE FREITAS: “Ato julga-se pelo seu fim (*actus omnis a fine judicatur*). Seu fim jurídico, bem entendido, que determina sua espécie segundo a intenção dos agentes”;<sup>24</sup>

[c] o parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos “comerciantes costumados a praticar essa espécie de negócio” e não o do cidadão comum, distanciado daquele *business*. Enfim, um contrato de bolsa deve ser valorado conforme o fazem os homens que lá atuam, e não conforme os padrões do comerciante que compra e vende alfaias. A correta interpretação do negócio pressupõe o profundo conhecimento de sua práxis;

24. *Regras de direito*, 15.

[d] a racionalidade a ser tomada para fins de interpretação da avença – determinação dos parâmetros da licitude – é aquela conforme a boa-fé, necessária ao “estyllo” comercial. Não se pode pressupor uma racionalidade ardilosa, predatória, oportunista, sob pena de comprometimento do sistema;

[e] o “espírito do contrato” leva em conta fatores como a boa-fé e a mútua confiança. Mesmo que o contratante não tenha sido realmente movido por essa regra no estabelecimento da avença, a interpretação do negócio somente pode corroborar o respeito a esses princípios. Em outras palavras, a racionalidade aceita pelo direito comercial é aquela segundo seus princípios basilares (boa-fé, que vai ao encontro do “estyllo mercantil”);

[f] CAIRU faz o mesmo raciocínio dos modernos doutrinadores europeus, para quem os usos e costumes devem vir ligados à boa-fé; agir conforme a boa-fé é respeitar os usos e costumes do mercado, o “estyllo” comercial. Ou seja, os usos e costumes aportam uma objetividade que corrigiria o elemento subjetivo da boa-fé.<sup>25</sup>

[ii] ensina CAIRU: “porque deve tambem cada hum conhecer a condição daquelle, com quem contracta, e a quem encarrega seus negocios, e deve por tanto imputar a si o ter empregado o ministerio de hum humem pouco activo e desleixado” [...] “porque os graos de diligencia mais, ou menos exacta se devem regular segundo a qualidade, a difficultade do negocio compettido, usos do Commercio, e styllo das praças, e dos Comerciantes cordatos [...]”.<sup>26</sup>

Concluimos com CAIRU que o sistema exige do mercador, para o bem do comércio, que aja como um homem diligente.

25. Para a visão crítica dessa posição, BÉATRICE JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, 107.

26. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, 479.

Mas o padrão de normalidade aceitável, para fins de cálculo do comportamento da outra parte, é o comerciante habituado àquele mercado. A racionalidade jurídica, mais uma vez, é aquela calcada pelo mercado.

[iii] “O Contrato feito por qualquer dos Socios em nome social obriga a todos os outros quanto aos negocios da Sociedade, ainda que na estipulação se não fizesse menção dos mesmos Sócios, e aliás no escripturado Acto social seja convindo, que a Sociedade fosse só administrada por hum Caixa; pois assim o pede a boa-fé, e o gyro mercantil; ninguém tendo a obrigação de examinar, se cada Socio he ou não o Caixa, ou o acreditado para tratar dos negocios da Sociedade”.

Embora CAIRU esteja tratando especificamente do contrato de sociedade, é importante analisar a força que a aparência assume no direito, sempre atendendo às necessidades do “gyro mercantil”. O que CAIRU chama de “gyro mercantil” é o que nós, modernamente, chamamos de “adequada fluência de relações no mercado”. A ideia que o Visconde relata é bastante fértil: é preciso proteger a aparência para viabilizar a celeridade do fluxo de relações econômicas. Portanto, o resguardo da boa-fé, da confiança, leva ao bom “gyro mercantil”. Eis uma lição que não pode ser esquecida e é hoje retomada, com certa bulha, pelos modernos economistas que tratam da organização industrial. A doutrina italiana também dá destaque a esse verdadeiro princípio de direito comercial. Colocando as razões práticas de sua existência “especialmente nas relações comerciais”, ALPA e BESSONE destacam que é melhor privilegiar aquilo que aparece sem dever pesquisar a efetiva vontade do declarante, porque isso “economiza tempo e dá certeza às relações jurídicas”.<sup>27</sup>

[iv] “Quem percebe o commodo, não deve recusar o incommodo”. CAIRU traz para o direito comercial uma velha

27. *Elementi di diritto privato*, 159.

máxima que, no contexto do seu pensamento, assume outra dimensão: o negócio é uno e deve ser interpretado dentro de sua unidade. Não se pode – sob pena de subversão da boa-fé e da confiança úteis ao bom “gyro mercantil” – segmentar o negócio, dele retirando, apenas, os efeitos que seriam favoráveis. O mesmo princípio embasa a regra: “Quem quer o conseqüente, quer o antecedente, isto he, quem quer os fins, he visto querer os meios, que a elle tendem”.

[v] “Não pode pretender lucro quem não concorreu para algum negócio com fundo, industrial, ordem, ou risco”. A noção de que o lucro é a remuneração do risco, cardeal na organização do sistema de direito comercial, aparece clara nessa regra de interpretação dos negócios mercantis. O fruto da atividade comercial tem um preço: o risco que a ela é inerente. Lucro e risco, conceitos orientadores do sistema comercial, já presentes na obra de CAIRU.

#### IV.3 As regras de interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil

152. Seguindo o Código Civil de 1916, o novo diploma ignorou uma das principais “redescobertas” da ciência jurídica do final do século XX: a importância da interpretação, inclusive daquela contratual. O novo Código, ao invés de repudiar o ostracismo positivista a que a atividade interpretativa havia sido condenada, parece repeti-la. Com efeito, as regras gerais declaradamente ligadas à interpretação dos negócios e dos contratos gravitam em torno de poucos artigos, principalmente os seguintes: 112, 113, 114 e 423.

Para efeitos comparativos, note-se que o *Codice Civile* dedica ao tema da interpretação as regras positivadas nos arts. 1.362 a 1.371, tratando da intenção dos contratantes, com expressa alusão ao comportamento concludente (art. 1.362); interpretação unitária (*complessiva*) das cláusulas contratuais, impondo que se tome uma por meio das outras e levando em conta o contrato como um todo (art. 1.363); expressões gerais, que não

devem ser interpretadas de forma a incluir elementos sobre os quais as partes não pretenderam contratar (art. 1.364); indicações exemplificativas, para não excluir os casos não expressos que se podem considerar abarcados pelo pacto (art. 1.365); interpretação segundo a boa-fé (art. 1.366); conservação do contrato, ou seja, supremacia da interpretação que não reduza o contrato ou a cláusula à inutilidade (art. 1.367); interpretação de cláusulas ambíguas, com especial referência aos contratos empresariais (art. 1.368); interpretação de cláusulas com mais de um sentido conforme a natureza e o objeto do contrato (art. 1.369); interpretação contra o autor da cláusula (art. 1.370); interpretação de forma menos gravosa para o obrigado e, em casos de contratos onerosos, realizando-se “Tequo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso” (art. 1.371).

Dos artigos do novo diploma brasileiro que podem influenciar a interpretação dos negócios empresariais, destacamos os seguintes:

– Art. 112: preponderância da “intenção consubstanciada nas declarações” sobre “o sentido literal da linguagem”;<sup>28</sup>

– Art. 113: para os negócios jurídicos em geral, deve imperar a interpretação conforme a boa-fé e os usos e costumes;<sup>29</sup>

– Art. 114: interpretação restritiva para a renúncia;<sup>30</sup>

– Art. 157: na esteira do art. 1.448 do *Codice Civile*, reintroduz formalmente o instituto da lesão<sup>31</sup> no nosso ordenamento, desaparecido dos Códigos anteriores;

28. “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

29. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

30. “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

31. “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente

– Art. 421: a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato;<sup>32</sup>

– Art. 422: mais uma vez, a imposição da boa-fé para os contratantes;<sup>33</sup>

– Art. 423: interpretação a favor do aderente;<sup>34</sup>

– Art. 424: proibição de renúncia a direito decorrente da natureza do negócio por parte do aderente.<sup>35</sup>

#### IV.4 Interpretação e boa-fé objetiva

153. Quanto à boa-fé e à força dos usos e costumes, ao menos no que diz respeito ao direito comercial, pouco deverá ser alterado em virtude da promulgação do novo Código Civil, valendo integralmente as observações que efetuamos no segundo ensaio. Temos aqui exemplo típico da contaminação do direito geral por um princípio presente desde a gênese do direito especial, mesmo porque nos deparamos com a boa-fé objetiva, indubitavelmente um dos vértices do sistema mercantil. O mesmo se pode dizer dos usos e costumes, tidos como

desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

32. “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.
33. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.
34. “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.
35. “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

fonte de direito e pauta de interpretação por qualquer manual de direito mercantil.<sup>36</sup>

Como deixamos vincado, a boa-fé no direito comercial não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores outros que não a busca do melhor funcionamento do mercado. Ao contrário, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco.<sup>37</sup> A boa-fé – em todo o direito privado – é um catalisador da fluência das relações no mercado.

154. Analisando o tratamento que a doutrina dispensava ao dogma da vontade das partes na celebração do negócio, BETTI apresenta algumas críticas incisivas, iluminando a correta dimensão do problema.<sup>38</sup>

O “preconceito individualista” produziu tantos mitos em torno do dogma da vontade que se chegou a afirmar que tanto a

36. Muitos autores apontam os problemas que podem derivar da aplicação da boa-fé como parâmetro de interpretação contratual. De um lado, por se tratar de um “conceito vago”, encerraria riscos. Por outro, traria vantagens evidentes, atuando como uma *valvola di sicurezza* e tornando mais flexível o regime contratual; permitiria a repressão de certos comportamentos, “moralizando a substância do contrato” e procurando conciliar a “utilidade com a justiça” (GISELLA PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, 55).

37. Que a confiança ocupa papel central no moderno direito dos contratos – e que sua importância para o bom funcionamento do sistema é cada vez mais premente – ninguém duvida. Por exemplo, discorrendo sobre garantias à primeira demanda, MARCELO HUCK inicia a explicação afirmando: “A confiança é o princípio orientador das relações comerciais” (Garantia à primeira solicitação no comércio internacional, 5). No mesmo artigo, o autor ressalta que a boa-fé é “cada vez mais importante no dinâmico processo do comércio internacional” [11-12]. V. também sobre a confiança, ORLANDO GOMES, *Introdução ao direito civil*, 244 e ss.

38. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 389 e ss.

intenção do testador quanto a “intenção comum dos contraentes” poderiam ser reduzidas a um dado de natureza psicológica, independentemente de qualquer relação com o “fato social da sua objetiva reconhecibilidade” por ambas as partes. A consequência desse equívoco foi a negação do critério da boa-fé como um cânone hermenêutico ligado à formação da “intenção comum”. Recusa-se indevidamente que a lealdade recíproca, clareza e retidão não possam inspirar o estudo de processo que culmina com o encontro de resultado prático comum. Por isso, renega-se também a segundo plano o espírito de cooperação que leva à satisfação das expectativas mútuas – aquela mesma cooperação que os romanos haviam identificado na *buona fides* contratual. Conclui BETTI que o centro da questão hermenêutica não está nas coincidências incidentais entre os estados de ânimo concebidos no íntimo das partes (*in interiore homine*), mas na recíproca congruência de comportamentos socialmente reconhecidos, que se engendram um em correspondência do outro, conforme regras de lealdade e retidão. Enfim, BETTI procura pôr à mostra o preconceito que grassava à volta da consideração da boa-fé como pauta de interpretação negocial, para consolidar a sua importância e dar-lhe uma função sistêmica bastante próxima daquela que, em nosso ordenamento, já lhe era reservada pelo ab-rogado art. 131. A boa-fé vem relacionada ao uso e ao costume da praça, ou seja, *ela é objetiva e não pinçada no íntimo dos partícipes da avença*.<sup>39</sup>

Destarte, quando o direito manda interpretar os acordos conforme a boa-fé, não está apenas dando guarida a uma regra

39. Essa noção permitiu, por exemplo, à jurisprudência alemã, com base do art. 242 do BGB, deduzir “novos” princípios gerais de direito em casos em que as normas existentes mostravam-se inadequadas à resolução dos conflitos. EBKE e STEINHAEUER afirmam que os Tribunais alemães sempre superaram limitações legais ou barreiras doutrinárias quando percebiam que uma nova realidade social ainda não havia sido considerada pelo legislador (The doctrine of good faith in German contract law, 189).

monacal, mas vivificando uma tradicional norma de direito mercantil, extremamente útil aos mercados e ao mercado. Essa visão faz que a boa-fé dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exurgindo objetivada, ou seja, segundo os padrões de comportamento normalmente aceitos em determinado mercado (ou em determinada praça).

155. É tradicional a diferenciação entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, presente já na obra de POTHIER, para quem deveríamos apartar a boa-fé no “foro interior” daquela no “foro externo”. A primeira “deve ter-se como contrário [...] tudo o que se affasta, ainda que pouco seja, da sinceridade mais exacta e escrupulosa: a dissimulação mesma sobre o que concerne á cousa que faz o objeto do contracto, e que a outra parte contrahente teria interesse em saber, he contraria a esta boa fé: pois sendo preceito amarmos o proximo como a nós mesmos, não póde ser permittido encobrir-lhe alguma coisa, que nós quereríamos que nos não encobrissem, se estivessemos no seu lugar”. Já no foro externo, “humra parte não seria atendida se se queixasse destes ligeiros ataques feitos á boa fé: de outra sorte mui grande numero de contractos estaria sujeito a rescisão, os processos serião innumeraveis, e causarião desarranjo no commercio. Só aquelle que abertamente ataca a boa fé, he no foro externo havido por verdadeiro doloso, e então tem lugar a acção de rescindir o contrato, provando-se plenamente as manobras, e artificios iniquos, que humra parte empregou para enganar a outra”.<sup>40-41</sup>

A boa-fé subjetiva é relacionada a um “estado de consciência” ou “convencimento individual de obrar a parte con-

40. *Tratado das obrigações pessoas e reciprocas nos pactos, contratos, convenções, &c.*, 26.

41. V. GIOVANNI FRANCESCO BASINI para uma resenha bibliográfica sobre a ampla literatura italiana em tema de boa-fé objetiva (*Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, 211).

forme o direito". Bastante comum em questões possessórias, "[d]iz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem".<sup>42</sup> Por sua vez, a boa-fé objetiva liga-se a *standards* comportamentais esperados do homem ativo e probo.

*Por óbvio, a boa-fé que assume relevância para fins de interpretação dos negócios comerciais é a objetiva, na medida em que permite a objetivação da conduta esperada da outra parte e, conseqüentemente, um melhor cálculo (aumentando o grau de certeza e de previsibilidade presente no mercado).*

#### IV.5 Intenção das partes e vontade objetiva

156. A doutrina brasileira sempre considerou haver grande diferença entre o sistema dos revogados Código Civil de 1916 e Código Comercial no que diz respeito à vontade a ser considerada quando da interpretação dos negócios jurídicos.

O art. 85 do Código de 1916 baseava-se em um sistema "subjetivista", que mandava perquirir a vontade individual da parte quando da celebração do negócio. Já o Código Comercial, em seu art. 131, sempre se referiu à "natureza do contrato" e ao "espírito do contrato", além de estabelecer o comportamento das partes posterior ao contrato como cânone de interpretação de sua vontade no momento da celebração do negócio. Vontade objetiva, portanto (melhor dizendo: *vontade objetivada pelo mercado*).

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, comentando o art. 85 do Código Civil de 1916,<sup>43</sup> afirma que, "pelo nosso Código Civil,

42. JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, 411.

43. "Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

não resta dúvida de que é a vontade que prevalece". O método sugerido de interpretação é partir da declaração (objetiva) para encontrar a vontade real do declarante (subjetiva).<sup>44</sup> No entanto, adverte que "doutrina e jurisprudência, porém, tentam, na medida do possível, forçar os quadros legais".<sup>45</sup> Em outro texto, ao comentar o Código Comercial de 1850, mais precisamente o seu art. 131, JUNQUEIRA DE AZEVEDO complementa que o Código Civil assume posição subjetivista; já o Código Comercial, uma posição "objetivista, fundada nos usos e costumes e na boa-fé".<sup>46</sup>

Note-se que o art. 85 do antigo Código Civil foi agora praticamente reproduzido no art. 112 do Novo Código: "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Houve, então, a inserção do direito comercial no sistema "subjetivista" (o que seria, indubitavelmente, um perigoso retrocesso considerando a necessidade de segurança no tráfico do direito comercial)?

44. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 116-118.

45. Após estudar a jurisprudência brasileira, afirma JUNQUEIRA DE AZEVEDO: "o que importa salientar é que, para o ponto que ora nos ocupamos, do conflito entre a intenção (subjetivismo) e da boa-fé (objetivismo), como critérios de interpretação, há decisões que, implícita ou mesmo expressamente, utilizam o critério da boa-fé, ao lado do da intenção, para interpretar o negócio; a boa-fé, assim, apesar do silêncio do Código, é critério utilizado pelos nossos Tribunais" (*Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*, 117).

46. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido, 277.

A resposta afirmativa parece delinear-se, ainda mais considerando a supressão do comportamento concludente como parâmetro de interpretação. Aliás, não se logra compreender porque o art. 131 foi mutilado em uma de suas principais bases, qual seja no reconhecimento de que o comportamento das partes é o melhor indício (objetivo, portanto) da vontade que tiveram quando da celebração do negócio. É inexplicável a razão de o novo Código não ter reproduzido disposição análoga à contida no art. 1.362 do *Codice Civile*, que se refere à indagação da “intenção comum das partes”,<sup>47</sup> bem como liga sua determinação ao “comportamento geral inclusive posteriormente à conclusão do contrato”.<sup>48-49</sup>

157. Essa conclusão pode – felizmente – ser contestada, mediante o desdobramento do seguinte raciocínio: o novo Código Civil consagrou a boa-fé objetiva (como princípio) e, com isso, a vontade das partes a ser considerada seria a “comum”. Mas trata-se de esforço hermenêutico para dotar o sistema de adequado grau de segurança/previsibilidade e

47. No original: *comune intenzione delle parti*.

48. No original: *comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*.

49. A supressão é ainda mais injustificável considerando-se a explicação de BETTI: “[d]ove la legge (art. 1.362) mira a mettere in valore l'intenzione comune delle parti di fronte al senso letterale delle parole, essa intende per intenzione comune non già la 'volontà' della parte singola, rimasta inespressa nella sfera interna della coscienza, ma il concorde intento formatosi fra entrambe le parti, in quanto si è reso riconoscibile nella loro comune o congruente dichiarazione e condotta. Essa intende perciò questa comune o congruente dichiarazione e condotta, interpretata peraltro non secondo la morta e astratta lettera delle parole o dei contegni, sebbene secondo lo spirito: interpretata, cioè, in funzione del reciproco comportamento complessivo delle parti da cui proviene e della situazione di fatto, nella quale appare in concreto inquadrata (*Teoria generale del negozio giuridico*, 333).

evitar o retrocesso. O fato é que o art. 112 está impregnado de subjetivismo, cuja superação requererá esforço. O argumento de que a intenção a que se refere o novo texto estaria vinculada à declaração não parece dissipar o ranço subjetivista do preceito,<sup>50</sup> porque elege a intenção que está “consubstanciada nas declarações”, ou seja, na manifestação da vontade de cada uma das partes e não naquela comum, correspondente à natureza do negócio.

#### IV.6 Interpretação a favor do devedor

158. Também neste ponto, o novo Código Civil poderá trazer obstáculos a serem superados pela jurisprudência. Determina o art. 423 a interpretação a favor do “aderente”, tendo retirado a expressa menção à interpretação mais favorável ao “devedor”, que constava do art. 131, 5, do Código Comercial. Cabe, aqui, uma pergunta: a interpretação não mais deverá ser a favor do devedor em um contrato empresarial normalmente negociado pelas partes? De duas uma: ou [i] a noção de contrato de adesão será ampliada – o que pode ser desastroso para o direito comercial, caso se arremesse contra os negócios mercantis uma interpretação concebida para contratos com consumidores – ou [ii] não mais teremos a interpretação a favor do devedor.

50. Aliás, esse mesmo visgo individualista pode ser colhido em outros dispositivos do Código como, por exemplo, o art. 144: “O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”. O mote do art. 1.431 do *Codice Civile*, nesta parte, foi modificado profundamente pelo legislador brasileiro: “La parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere”. Ou seja, enquanto o *Codice Civile* refere-se ao conteúdo e à modalidade do contrato que se pretendia celebrar, o Código brasileiro volta-se para a “vontade real do manifestante”.



Ademais, ao mesmo tempo em que o art. 423 estipula uma interpretação contratual favorável ao “aderente”, o art. 133 contém regra específica que impõe a presunção do prazo “em proveito do devedor”.<sup>51</sup> Assim, se, por um lado, a interpretação dos negócios mercantis deverá ser favorável ao “aderente”, por outro, no que diz respeito especificamente ao prazo, a ordem é a interpretação “em proveito do devedor”. Presumindo que não estamos diante de mera falta de rigor técnico ou descuido ocorrido na revisão do texto final do novo Código, a razão e utilidade dessa distinção deverão ser, mais uma vez, aclaradas pelo trabalho doutrinário e jurisprudencial.

Não é demais lembrar que a interpretação contra aquele que estipula a cláusula (*interpretatio contra stipulatorem*) é um tanto diversa da menos gravosa para o obrigado. Essa distinção vem bem marcada nos arts. 1.370 e 1.371 do *Codice Civile*; enquanto o primeiro trata da “interpretação contra o autor da cláusula”,<sup>52</sup> estipulando que “[a]s cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato ou em modelos ou formulários elaborados por um dos contratantes, interpretam-se, na dúvida, a favor do outro”,<sup>53</sup> o segundo faz o contrato “menos gravoso para o obrigado”.<sup>54-55</sup> Novamente, diante do texto no Código de 2002, entrevemos duas possibilidades: [i] ou houve a supressão da regra geral de interpretação a favor do devedor, mantendo-a, o novo Código Civil, apenas para questões relati-

51. “Salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes”.

52. No original: “interpretazione contro l'autore della clausola”.

53. No original: “[l]e clausule inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro”.

54. No original: “meno gravoso per l'obbligato”.

55. Sobre a interpretação dos arts. 1.370 e 1.371 do *Codice Civile*, v. FRANCO CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, 132 e ss.

vas a prazo; ou [ii] toma-se a *interpretatio contra stipulatorem* por aquela menos gravosa para o onerado.<sup>56</sup>

Por fim, vale lembrar que a interpretação a favor do devedor é uma pauta de “correção” do ordenamento mercantil, favorecendo aquele em situação de desvantagem. Não se pode razoavelmente supor que, privilegiando uma regra aplicável exclusivamente aos contratos de adesão, o texto do novo Código Civil tenha deixado de positivar cânone hermenêutico bastante útil ao funcionamento do sistema de direito comercial.

#### IV.7 Função social do contrato

159. Estardalhaço tem sido feito quanto a esse ponto, dizendo que o novo Código Civil seria inovador ao retirar o contrato de sua visão individualista extremada, lançando-o na estrada de sua função social. Na verdade, esse texto normativo nada mais expressa senão a concreção de um princípio constitucional e de uma tradição já identificada nos Tribunais. A função social do contrato está positivada na Constituição Federal de 1988: lembre-se que a liberdade de contratar é corolário necessário da afirmação da propriedade privada dos bens de produção, de modo que não há função social da propriedade sem função social dos contratos.<sup>57</sup>

56. Como, aliás, já fez o Tribunal de Justiça de São Paulo ao dar concreção ao princípio hermenêutico do art. 131, 5, do Código Comercial (Ap. Civ. 084.441-4/1, j. 10.08.1999, rel. Des. Santarelli Zuliani).

57. Não se pode deixar de fazer referência às consistentes críticas de JUNQUEIRA DE AZEVEDO sobre o Novo Código Civil, que lançaria mão de elevado número de conceitos que “não têm conteúdo, são vazios do ponto de vista axiológico. Eles servem para retórica, e o mundo de hoje não se conforma mais com esses conceitos vazios” (O princípio da boa-fé nos contratos, 43). A conclusão a que chega JUNQUEIRA DE AZEVEDO é, no mínimo, estimulante: “Todo código implica um certo desgaste social e um trabalho muito grande para os operadores do Direito. O meu ponto de vista é que o Projeto de Código Civil é um pouco, só um pouco, mais adiantado do que o

Ademais, a “socialização” dos contratos comerciais é uma forte tendência jurisprudencial no direito mercantil. Como exemplo, basta ver a construção da *dissolução parcial das sociedades limitadas* laborada ao longo das últimas décadas e em contínuo processo de evolução, ou mesmo a construção do *princípio da preservação da empresa*, orientador de tantas decisões pretorianas. Analisando a jurisprudência comercial brasileira de forma sistemática, parece-nos perfeitamente possível afirmar que as grandes linhas traçadas pelos julgados há muito se desprenderam de um espírito individualista, preocupando-se sempre com o impacto do contrato sobre o todo social, ao mesmo tempo em que se procura azeitar o fluxo de relações econômicas. Por essa razão, ao menos no que diz respeito ao direito comercial, tememos que a inovação trazida pelo art. 421 far-se-á sentir mais na retórica dos advogados do que na modificação da realidade jurídica.

#### IV.8 Lesão/tendência de proteção à parte mais fraca

160. Percebemos no novo Código Civil uma tendência à proteção da parte mais fraca na relação contratual manifestada em vários dispositivos, entre os quais destacamos o art. 157, que trata da lesão. É indispensável lembrarmos, mais uma vez, a lição de CAIRU ao explicar o instituto da lesão no sistema de direito comercial. Segundo o mestre, em princípio, toda pessoa tem o direito de contratar validamente, “pode licitamente usar de sua indústria, diligência, e liberdade em quaesquer convenções permitidas, com tanto que não use de fraude, e

Código Civil vigente. Claro, porque um é de 1916 e o outro é de 1970. Porém, não concordo – tendo em vista as mudanças do mundo de hoje – em adotarmos, para o ano 2000, um Projeto, de 1970, por uma pequena melhora em relação ao Código Civil. Não vale, tudo posto na balança, o desgaste que isso representa e aquilo que vai resultar para nós. A questão não é só o Código Civil, e sim todo o Direito Civil, e o Direito Civil como está é superior ao Direito Civil como ficaria, se fosse aprovado o Projeto” (44).

violencia contra a pessoa com quem trata, ou contra terceiro, a quem destine prejudicar em seu direito”. Assim – segue CAIRU – “póde no ajuste do preço tirar a possível vantagem estipulando-a com franqueza e boa-fé”. Porém a “boa razão” impede que haja “abuso do domínio” ou de “qualquer outra faculdade humana, e social”. Sobretudo nas “transações do Commercio, que, por serem acceleradas, e peremptorias, muitas vezes se fazem na confiança da boa-fé do vendedor, suppondo-se que elle exige hum preço racionavel, e commum”.

No entanto, “os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habeis, atilados, e perspicazes em seus negocios: he-lhes por tanto inadmissivel allegarem lesão em tratos mercantis por escusa ou ignorancia. [...] Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circumspectos em seus tratos. [...]

Mas, nas vendas de retalho ao povo, ainda que raras vezes se proponha causa de lesão, ella comtudo frequentemente acontece nos Paizes pobres, e immorigerados, com terrivel encargo de consciencia do vendedor, que se prevalece da sinceridade, boa fé, inexperiencia, ou simpleza, rusticidade, ou precisão do comprador”.<sup>58</sup>

Esse espírito vinha corporificado no revogado art. 220 do Código Comercial, que dispunha: “A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas *entre pessoas todas comerciantes*; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”.<sup>59</sup>

161. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, valendo-se das lições de BENTO DE FARIA e de CARVALHO DE MENDONÇA, em monografia sobre a lesão, partindo da análise do art. 220, também admite

58. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, 504.

59. Igualmente, como vem positivado no *Codice Civile* e é lembrado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o instituto da lesão não se aplica aos contratos aleatórios (*Lesão nos contratos*, 174).

que, segundo a doutrina comercialista, o instituto não integra o sistema de direito mercantil.

A reanimação do instituto da lesão em nosso sistema jurídico agora unificado não pode ser empregada para aviltar o comércio jurídico. É o mesmo CAIO MÁRIO quem adverte:

“Uma vez que o direito positivo forneça o meio de faltar o contratante à fé jurada, e venha em abono da atitude assumida pela parte inadimplente, é todo o comércio jurídico que sofre, é a insegurança que se institui como norma, é a infidelidade protegida pela lei que abala e ameaça todo o edifício do direito obrigacional, lançando o germe da desconfiança e do receio nos meandros da vida econômica”.<sup>60</sup>

Novamente, será preciso cuidado para que o texto do novo Código Civil não seja aplicado de forma tal a neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis no mercado. Em linguagem mais tradicional, poderíamos falar na “normal álea do negócio”, que parece ter sido ignorada pelo novo Código Civil em alguns aspectos fundamentais. Além da questão da lesão, lembre-se a disciplina da onerosidade excessiva, positivada no art. 478 e ss. Ao contrário do art. 1.467 do *Codice Civile*,<sup>61</sup> nosso diploma não contemplou expressamente as hipóteses em que a excessiva onerosidade subsume-se à “álea normal do contrato”. Ora, terá sido ignorada a “incerteza sobre a margem dos prejuízos ou do lucro superveniente”, que, em

60. *Princípios de direito mercantil*, 110.

61. “Art. 1.467. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibile, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto [...]”.

tal caso, presumir-se-ia “matéria de risco assumido, sendo por definição matéria de normal álea do contrato”?<sup>62</sup>

162. Por tudo isso, preocupa a interpretação/aplicação que será dada ao texto do art. 157 quando estiverem envolvidos negócios celebrados entre empresários. Será desconsiderada a força do contrato quando uma das partes “errar” na sua previsão? Um exemplo prosaico: tomemos uma empresa em difícil situação econômica, que, para captar determinado parceiro comercial, resolve conceder-lhe grandes vantagens. O contrato poderá ser descartado, alegando-se a lesão? Se assim for, cumpre-nos perguntar: qual agente econômico racional contratará com outro que passa por percalços financeiros? Se houver o negócio, o custo a ser suportado pela empresa em dificuldades não será agravado pela situação de incerteza jurídica trazida pelo novo texto legal? Maior o risco do negócio, maior o lucro esperado, sabem aqueles ligados ao torvelinho do mercado.

Pensemos ainda em uma empresa que comercializa produtos perecíveis e resolve “queimar” seus estoques com data de vencimento próxima, vendendo-os a preços excessivamente baixos. Poderá o adquirente ter o negócio desconstituído?

É lógico que esse dispositivo, se bem dosado pela jurisprudência, poderá mostrar-se útil ao tráfico e evitar, por exemplo, o abuso de dependência econômica.<sup>63</sup> No entanto, como

62. As expressões entre aspas são de MARIO BESSONE, *Ratio legis* dell'art. 1.467 Cod. Civ., *risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, 390 e 391.

63. Na Itália, a repressão ao abuso da dependência econômica foi disciplinada, em março de 2001, pelo art. 9.º da Lei 192, de 1998: “1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti

no Brasil ainda não temos uma construção doutrinária sólida sobre essa questão, parece-nos que a aplicação do preceito no campo do direito empresarial deverá ser extremamente cuidadosa, sob pena de transformar-se em instrumento de neutralização de vantagens competitivas, como já intuía CAIRU.

---

e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo”.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALEU, Doler. *El nuevo contrato de seguro*. Buenos Aires: Astrea, 1970.
- ALLEN, Douglas W.; LUECK, Dean. The role of risk in contract choice. *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 15, 3, Fall, 1999, 704-36.
- ALPA, Guido. *Corso di sistemi giuridici comparati*. Torino: Giapichelli, 1996.
- . La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali. In: GAROFALO, Luigi (org.). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova: CEDAM, 2003, 155-72. vol. I.
- . *L'interpretazione del contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- . *Trattato di diritto civile: storia, fonti, interpretazione*. Milano: Giuffrè, 2000.
- ; BESSONE, Mario. *Elementi di diritto privato*. Roma: Laterza, 2001.
- AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995.
- ANGELICI, Carlo. La contrattazione d'impresa. *L'impresa*. Milano: Giuffrè, 1985, 185-201.
- ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- . La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale. *Rivista di Diritto Commerciale* 32, 1934.
- . O contrato plurilateral. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, 273-332.