

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Professora Associada de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Professora de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (Escola de Administração de Empresas de São Paulo e Escola de Direito de São Paulo — EAESP/EDESP)

PAULO GUILHERME DE MENDONÇA LOPES
Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP

RENATO LÓBO GUIMARÃES
Pós-Graduado em "Ordem Jurídica e Ministério Público" pela Escola Superior do

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

SERGIO PEREIRA CAVALHEIRO

Pós-Graduado em Direito Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP. Advogado em São Paulo

THIAGO SPERCEI.

Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado

ZANON DE PAULA BARROS
Advogado

Doutrina

A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

PAULA A. FORGIONI

1. Introdução. II. Alguns vértices do sistema de direito comercial: II.1 A tutela do crédito; II.2 A velha e sempre nova questão da segurança e da previsibilidade; II.3 A importância do erro (jogada equivocada) para o sistema de direito comercial porque viabiliza o diferencial competitivo; II.4 A autonomia privada e o "pacta sunt servanda" no sistema de direito comercial. III. Os particularismos do sistema de direito comercial: III.1 Uma perspectiva histórica; III.2 Os traços definidores do direito comercial. IV. As peculiaridades do direito comercial e da interpretação dos contratos comerciais: IV.1 As regras e os princípios de interpretação dos negócios comerciais anteriores ao Novo Código Civil; IV.2 As regras de interpretação dos negócios comerciais no Novo Código Civil. V. Cotejamento dos princípios cardiais da interpretação dos negócios comerciais antes e após o Novo Código Civil: V.1 Boa-fé e usos e costumes; V.2 Intenção das partes e "vontade objetiva"; V.3 Interpretação a favor do devedor; V.4 Função social do contrato; V.5 Lesão/tendência de proteção à parte mais fraca; V.6 Supressão de regras de interpretação. VI. Conclusão.

"O Commercio para medrar e desenvolver-se necessita, além do seu mecanismo especial, o transporte e inteligente distribuição das mercadorias, de segurança, estabilidade e confiança" (José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu).¹

1. Introdução

O mote da maioria dos discursos sobre a unificação do direito das obrigações, seguindo a síntese de Ripert,² gravita em

torno da "commercialisation du droit", ou seja, da verificação de que alguns dos princípios nascidos e desenvolvidos no seio de um direito especial contaminaram todo o ordenamento, escoando para além de estéreis fronteiras pretensamente dogmáticas.

Segundo a lição de Ascarelli, um direito especial nasce em virtude da peculiaridade de seus princípios jurídicos e não da especialidade da matéria tratada.³⁻⁴⁻⁵ Em

1. José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, *Princípios de Direito Mercantil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Typographia Acadêmica, 1874, p. XXVI.

2. *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, Paris, LGDJ, 1946, pp. 330 ss.

3. "La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale", in *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni* 32/5, 1934.

4. "È dunque innanzi tutto sulla specialità dei suoi principi che si si può fondare l'esistenza di un diritto speciale: principi speciali, frutto a loro volta

relação ao direito comercial, isso se faz sentir, por exemplo, na adoção de um sistema contratual "mais completo e mais elástico, assente, de um lado, na liberdade de formas e, de outro lado, no princípio geral da possibilidade das partes se obrigarem", abandonando-se o forte cunho formalístico clássico. Igualmente, o modo de contratação entre ausentes, criado pelo direito comercial, migra para o direito comum. Em suma: os mercadores buscam "uma disciplina jurídica mais adequada às exigências do comércio, embora às vezes contrastante com o direito comum. Os resultados obtidos passam sucessivamente para este direito (...)"⁶⁻⁷⁻⁸. Assim, o processo histórico de generalização dos princípios de direito comercial colocou-os como embaixadores de um direito unificado das obrigações.⁹⁻¹⁰

di una speciale mentalità storica e che rimangono speciali fino a che i concetti generali dei quali sono la conoscenza rimangono limitati ad un determinato ambito o almeno agiscono in un determinato ambito con particolare intensità" (Tullio Ascarelli, "La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale", cit., p. 6).

5. *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 24

6. *Panorama do Direito Comercial*, cit., p. 26.

7. "A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado (...), sucessivamente em um âmbito mais vasto" (*Problemas das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1946, p. 93).

8. Pietro Cerami e Aldo Petrucci destacam as transformações econômico-sociais que deram espaço ao fenômeno da comercialização de todo o direito privado: primazia da riqueza dinâmica (capital, atividade especulativa) e progressiva dissolução da sociedade patriarcal (*Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Turim, Giappichelli, 2002, p. 10).

9. Diz Campobasso sobre a codificação italiana de 1942: "Un sistema tendenzialmente unitario regola oggi tutti gli atti e i rapporti patrimoniali. Unica è la disciplina generale dei contratti e delle obbligazioni e quella dei singoli contratti (...). Il che non significa però che il processo storico di generalizzazione dei principi commercialistici si sta in questo settore arrestato o invertito. Tutt'al contrario. L'unificazione del diritto delle obbligazioni è infatti avvenuta nel segno del diritto commerciale: rendendo diritto generale e comune i principi e le regole che

No entanto, hoje, esse direito comercial não é mais aquele do século XIX ou início do século XX, mas um sistema que incorpora correções de rota, que, por vezes, mostrou-se excessivamente liberal (e, portanto, jurídica e socialmente inadequada). Resumidamente, diríamos que foram articulados três principais feixes de normas nesse novo arranjo: (i) de repressão ao abuso do poder econômico e de tutela da concorrência;¹¹ (ii) de direito ambiental; e (iii) de direito do consumidor.

Nessa linha, o Novo Código Civil brasileiro corporificou vários princípios de correção de dogmas liberais, positivando em textos normativos tendências já esboçadas pela doutrina e pela jurisprudência comerciais. Por exemplo, a boa-fé objetiva como fundamento do sistema, sedimentada há séculos pela tradição mercantil.¹²

Mas essa "nova" ordem de preocupações impacta de forma diversa as relações jurídicas estabelecidas entre empresários ou sociedades empresárias e aquelas nas quais são envolvidas pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços. Justamente porque o direito empresarial possui uma lógica peculiar, os textos normativos requerem uma interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam.

nel sistema dualistico caratterizzavano la disciplina degli atti e delle obbligazioni commerciali" (*Diritto Commerciale. Diritto dell'Impresa*, 3ª ed., Turim, UTET, 1997, p. 13).

10. "É preciso não esquecer, porém, que a doutrina unificadora não foi determinada pelo direito civil. Foi, assim, consequência da crescente influência do direito comercial, provocada pela sua decisão invasão e domínio sobre o direito civil" (Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 21).

11. Lamentamos que textos normativos ligados à dinâmica concorrencial e à repressão do abuso do poder econômico não tenham sido incorporados ao Novo Código Civil (ao contrário do que ocorreu com o Código Comercial francês, por exemplo).

12. Lamentamos que textos normativos ligados à dinâmica concorrencial e à repressão do abuso do poder econômico não tenham sido incorporados ao Novo Código Civil (ao contrário do que ocorreu na última reforma do Código Comercial francês, por exemplo).

Enfim, se temos todos a crença de que o direito privado deve ater-se a valores outros que não relacionados a um liberalismo

estabelecidos entre esses mercadores e terceiros (v.g., consumidores). A expressão "negócio comercial" vem empregada no sentido mais amplo possível, tal como fez Vivante ao referir-se a *affari mercantili* (v. item VI, *infra*). Não nos prendemos, pois, à distinção técnica entre negócio jurídico e contrato; a expressão "negócio" em língua portuguesa é utilizada no sentido de *affare* em italiano. No entanto, obviamente, estudaremos a interpretação dos contratos, considerando que se trata da mais importante espécie de negócio jurídico, do "acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais", ou seja, de "negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial" ou, ainda, de "negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam" (Orlando Gomes, *Contratos*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 11). V., sobre a distinção entre contrato e negócio jurídico, Paolo Gallo, *Diritto Privato*, 3ª ed., Turim, Giappichelli, 2002, p. 358.

Nas últimas décadas, os estudos empreendidos pela doutrina fizeram-nos ver como essa lógica própria do direito comercial impulsiona e é indispensável ao fluxo de relações econômicas. Por essa razão, um idealismo ingênuo e exagerado em torno de "novos" dogmas não pode cegar o intérprete a ponto de fazê-lo aplicar aodadamente textos normativos de abrangência geral (ou mesmo de inspiração consumerista) a contratos empresariais, desconsiderando sua especificidade em relação aos contratos de natureza diversa. Enfim, uma eventual orientação distorcida (ou seja, dando guarida a princípios conflitantes com a lógica comercialista) influenciará a interpretação dos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias e, conseqüentemente, poderá dificultar a concretização da função econômica deles esperada. O sistema jurídico, em um contínuo processo de adaptação, busca neutralizar os fatores de instabilidade que comprometeriam a preservação do mercado. Em outras palavras, a eliminação de distorções conjunturais (decorrentes do mercado ou do modo de produção) visa à preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores — e, portanto, competir. Repise-se, entretanto: isso não significa que, para o funcionamento do sistema comercial, deva ser admitido um liberalismo sem fronteiras (quer inspirado no movimento do século XIX, quer em uma exacerbada aplicação de teorias ligadas à Escola de Chicago), muito ao contrário. A correção do sistema é imprescindível. De toda sorte, como diz o adágio popular brasileiro: "nem tanto ao mar, nem tanto à terra (...)". Há pressupostos teóricos e fáticos do direito empresarial que devem ser observados quando tratamos da interpretação dos negócios comerciais.¹³⁻¹⁴

13. Portanto, o foco deste trabalho são os negócios comerciais dos quais participam exclusivamente empresários ou sociedades empresárias (ou, na linguagem de nosso antigo Código Comercial, aqueles celebrados "entre pessoas todas comerciantes"). Não enfrentamos os vínculos eventualmente

Segundo a tradição brasileira, tomamos direito mercantil, direito comercial e direito empresarial como expressões sinônimas. Não esmiuçaremos as diferenças entre interpretação e integração contratual. No Brasil, é necessária a referência à obra de Vera Helena de Mello Franco, *Aspectos da Integração dos Contratos no Direito Comercial*, São Paulo, Pioneira, 1979. V., *ib.*, Emilio Betti, para quem "nell'ambito dell'interpretazione giuridica, non sussiste un'antitesi concettuale fra interpretazione e integrazione" (*Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1971, pp. 129 ss. e 134). São de interesse as obras de (i) Giuseppe Bellantuono, que analisa a relação entre cláusulas gerais (boa-fé, abuso de direito e equidade) e a função de integração dos chamados "contratos incompletos", tudo à luz da aplicação de noções econômicas como o oportunismo (*I Contratti Incompleti nel Diritto e nell'Economia*, Pádua, CEDAM, 2000, pp. 337 ss.) e (ii) Mario Casella, *Il Contratto e l'Interpretazione*, Milão, Giuffrè, 1961, p. 114.

Não obstante, vale destacar que, ao contrário do Novo Código Civil, o *Codice Civile* traz dispositivo expresso sobre integração contratual (art. 1.374): "Integrazione del contratto: il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità".

14. Há inúmeros outros vértices do sistema de direito comercial, mas aqui concentrar-nos-emos naqueles mais adequados para uma breve explanação sobre o tema tratado. Ademais, é importante ressaltar: nenhuma dessas bases do sistema é por si abso-

exacerbado, não podemos permitir que esse ideal seja abortado pela impossibilidade de funcionamento adequado do ordenamento jurídico empresarial ou por sua indevida "consumerização".

II. Alguns vértices do sistema de direito comercial

O estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa da em que se encontram. Neste particular, até um cartel é semelhante a qualquer outro contrato, porque as partes não o fariam não fosse sua expectativa de auferirem vantagens. O segundo é que a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função. Ou seja, na expressão de Chiovenda,¹⁵ "as partes não estipulam contratos pelo prazer de trocar declarações de vontade, mas tendo em vista certas finalidades". Enfim, (i) o contrato só é celebrado se as partes crêem que a situação dele resultante ser-lhes-á vantajosa e (ii) a contratação sempre se desenvolve tendo em vista determinado escopo ou, mais tecnicamente, a *função econômica*¹⁶ do negócio. Se o estabeleci-

luta, como nenhum princípio é absoluto. Ou seja, uma não se sobrepõe à outra de forma soberana em detrimento de todos os outros interesses e valores eventualmente tutelados pelo ordenamento. Por exemplo, a afirmação de que o direito deve proteger o crédito não significa que o ordenamento como um todo o tutele a qualquer custo, mas apenas que este é importante para a organização do sistema e não o levar em conta pode comprometer a fluência de relações do mercado.

15. "Le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento delle quali entrano reciprocamente in rapporto" (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, I, Nápoles, Jovene, 1933, p. 188).

16. "A vida econômica desdobra-se através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com se-

mento do vínculo não interessar ao empresário, ele simplesmente não contratará.¹⁷ A primeira objeção que se pode desferir contra essa assertiva é a de que há empresários que desfrutam de situação econômica vantajosa em relação ao outro e são capazes de impor sua vontade, o contrato e as respectivas condições, dominando o jogo da contratação e utilizando-o a seu exclusivo favor. Essa é, indubitavelmente, uma realidade que tem preocupado os operadores do

gurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, sua causa" (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 22). A exposição de Betti (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Turim, UTET, 1950, pp. 168-170) sobre a função econômica dos negócios é das mais difundidas no Brasil: "L'elemento di novità che l'autonomia privata mira ad introdurre nella situazione preesistente, esige una giustificazione oggettiva. Per rendersi conto di tale giustificazione, bisogna passare dalla considerazione statica del negozio alla considerazione dinamica dell'autonomia privata che in esso trova lo strumento adeguato ai propri fini. E in tale indagine occorre portare, specie nell'ambiente della società moderna, un grado di sensibilità sociale, del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore. Solo così, esaminata la struttura — forma e contenuto (il come e il che cosa) — del negozio, può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perché). Tale funzione, che con termine tecnico legittimato dalla tradizione si denomina la 'causa', ossia la ragione del negozio, si ricollega logicamente a quello che del negozio è il contenuto senza tuttavia identificarsi con esso. Contenuto del negozio è — come si è detto — non già una 'volontà' qualunque, vuota e incolore espressione del capriccio individuale, ma un precetto dell'autonomia privata, con cui le parti provvedono a regolare i propri interessi nei rapporti fra loro o con terzi, in vista di scopi pratici di carattere tipico, socialmente valutabili per la loro costanza e normalità ricorrente nella vita di relazione. (...) In ogni negozio, analizzato nel suo contenuto, si può distinguere logicamente un regolamento d'interessi nei rapporti privati e, concretata in esso (...) una ragione pratica tipica ad esso immanente, una 'causa', un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile, cui esso deve rispondere. Causa, ben s'intende, non già in senso fenomenologico, ma teleologico e deontologico, attinente all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto".

17. Logicamente não nos estamos referindo a situações de contratação coativa ou necessária e tampouco a relações consumeristas.

direito comercial na Europa e nos Estados Unidos.¹⁸

É evidente a necessidade de construção de um sistema de tutela eficiente para esse contratante mais fraco, seguindo a linha adotada na Alemanha e mesmo na França. A falta de repressão de situações de abuso no mercado pode gerar insegurança e imprevisibilidade, comprometendo igualmente o fluxo das relações econômicas. Por essa razão, impõem-se a legislação antitruste, a repressão ao abuso de dependência econômica e à concorrência desleal,¹⁹ bem como tantas outras normas que visam a azeitar o mercado. O direito existe para subjugar a lógica econômica; se assim não fosse, os efeitos autodestrutíveis do mercado colocalariam em perigo o seu funcionamento.²⁰⁻²¹

18. Paula A. Forgioli, *O Contrato de Distribuição*, Tese apresentada ao concurso para Livre-Docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, pp. 277 ss.

19. Paula A. Forgioli, *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Ed. RT, 1998, pp. 76 ss.

20. Pois, como diz Eros Grau, "embora a globalização seja um fato histórico, resultante da terceira revolução industrial — informática, microeletrônica e telecomunicações —, o neoliberalismo é uma opção ideológica, aliás já em processo de superação. O mercado apenas resiste às contradições do capitalismo na medida em que ordenado e conformado pela mão visível do Estado, instrumentada por um direito por ele posto, comprometido com a preservação dos mercados, a serviço da fluência da circulação mercantil" (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 117). A respeito da necessidade de segurança jurídica para o sistema, v. Sylvia Calmes, *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 112 ss.

21. Polanyi, com base nas lições de Robert Owen, afirma que "se se deixasse a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis ela criaria grandes e permanentes males". E, mais adiante: "Por mais paradoxal que pareça, não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista" (*A Grande Transformação — As Origens da nossa Época*, trad. portuguesa de Panny Wróbel, 2º ed., Rio de Janeiro, Campus, 2000, pp. 161 e 163).

II.1 A tutela do crédito

O ordenamento jurídico ligado a um sistema de mercado há de prestar-se à defesa do crédito. Como assinala Pajardi, "a credibilidade dos ordenamentos jurídicos modernos, no que diz respeito ao direito material e ainda mais à eficiência da jurisdição, que postula um processo estritamente eficaz, por sua vez, é ligada à capacidade concreta de tutela do crédito. De fato, é este último que, de várias formas, representa a cidadela jurídica da pessoa humana. Esta verte no crédito seu trabalho, o seu empenho existencial, sua própria economia e, definitivamente, as próprias esperanças e os próprios destinos econômicos, suporte indefectível de liberdade e de crescimento".²²⁻²³ Por isso, Clóvis do Couto e Silva inicia sua obra *A Obrigação como um Processo* assegurando que "a relação obrigacional (...) se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor".²⁴

Um sistema jurídico que não tutela o crédito acaba por desestimular o fluxo de relações econômicas e comprometer o seu próprio funcionamento. Aqui, insistimos no óbvio: o direito não protege o crédito por

22. Piero Pajardi, *Radici e Ideologie del Fallimento*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 2002, pp. 6 ss. No original: "la credibilità degli ordinamenti giuridici moderni in tema di diritto sostanziale, ed ancor più in tema di efficienza della giurisdizione, che postula un processo strettamente efficace, a sua volta, è proprio legata alla capacità concreta di tutela del diritto di credito. Infatti è ormai quest'ultimo che, in maniera variegatissima, rappresenta la roccaforte giuridica, della persona umana. Quest'ultima riversa nel credito il proprio lavoro, il proprio impegno esistenziale, il proprio risparmio, ed in definitiva le proprie speranze ed i propri destini sul piano economico, supporto quest'ultimo indefettibile di libertà quanto di crescita".

23. A importância do crédito para o sistema econômico é de tal sorte que Ascarelli reputa sua mobilização pelo direito comercial como um dos "institutos jurídicos que mais profundamente caracterizam o direito privado moderno" (*Panorama do Direito Comercial*, cit., 34).

24. *A Obrigação como um Processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 5.

uma questão de afirmação de valores liberais, por legitimar a supremacia do mais forte sobre o mais fraco, mas sim por ser esse mesmo crédito um pilar de sustentação do mercado, indispensável à sua preservação. Partindo do pressuposto de que o sistema veda o enriquecimento sem causa, aquele que possui um *crédito* contra outrem ou (i) já experimentou uma diminuição em seu patrimônio e pretende recompô-lo, às vezes obtendo lucro, ou (ii) "congelou" trabalho, "gerou riqueza" e pretende ser remunerado por isso. Quem possui "crédito" "crê" em sua satisfação.²⁵

A título exemplificativo: quando o sistema jurídico disciplina a falência, tem em vista a tutela do crédito, ainda que moderadamente sejam também perseguidos outros valores, como a preservação das empresas e de empregos. Mas o sistema — ainda que em nome da proteção de outros interesses — não poderia, simplesmente, "perdoar" os débitos do falido, sob pena de desestabilizar o ordenamento, com o conseqüente declínio do investimento.²⁶

Assim, por mais que outros valores sejam considerados dignos de tutela jurídica, a proteção do crédito continuará desempenhando função primordial na organização do sistema de direito mercantil.

25. "Appunto perchè in tanto una persona dà ad un'altra temporaneamente una cosa in quanto crede alla (conta sulla) restituzione, lo scambio temporaneo prende il nome di credito (...)" (Carnelutti, *Teoria Giuridica della Circolazione*, Pádua, CEDAM, 1933, p. 5, ristampa inalterata).

26. Vivante faz referência aos problemas enfrentados pelos comerciantes na Roma Imperial em virtude de normas que prejudicaram grandemente os interesses do crédito: "Solo negli ultimi secoli dell'impero, sotto l'influenza di tristi condizioni economiche, si cercò di venire in aiuto ai debitori con numerosi provvedimenti legislativi che pregiudicarono grandemente gli interessi del credito. Questa fu una delle ragioni per cui più tardi, quando il commercio risorse e fiorì, si sentì la necessità di leggi e di usi speciali che sciogliessero la rinnovata attività commerciale dalle regole fiasche e pietose che, per una malintesa clemenza pei debitori, erano invalse nel diritto di Roma imperiale" (*Istituzioni di Diritto Commerciale*, 57ª ed., Milão, Hoepli, 1935, p. 4).

11.2 A velha e sempre nova questão da segurança e da previsibilidade

Eis outra mola propulsora do direito comercial: quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial.

Na dicção de Irti, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de *regularidade e previsibilidade de agir*: quem entra no mercado sabe que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os *comportamentos são previsíveis*. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro. "[A]quele 'prever' ou antever, onde um sujeito confia no agir de outrem".²⁷ A ordem, assim, diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem um caráter de tipicidade e de uniformidade. A forma de uma ordem é dada por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes.

Mas a regularidade — a mesma regularidade que constitui a ordem — implica certa superação da individualidade. As partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da "proteção externa").²⁸ Há uma gama de negócios em que o sistema jurídico

27. *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 3ª ed., Roma, Laterza, 1998, pp. 5-6. No original: "[Q]uel 'prevedere' o vedere prima, onde un soggetto confida nell'agire altrui".

28. "Teoria generale del diritto e problema del mercato", in *Rivista di Diritto Civile*, ano XLV, n. 1, jan.-fev. 1999, pp. 22-23.

co considera sim o intento individual do agente, mas após ser rebatido no caráter impessoal e mecânico do mercado.

Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anônima e repetida a que fizemos referência. Isso faz que ambos os empresários planejem sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com esse padrão "de mercado". Portanto, não é desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas a um nível insuportável. Retomemos, pois, a lição de Max Weber, para quem um dos significados e pressupostos do capitalismo moderno é a *calculable law*. A forma capitalista de organização industrial — porque é racional — deve depender de um processo decisório, decisões e administração *calculáveis, previsíveis*.²⁹ E esse sistema dependerá do direito, pois é impossível calcular a jogada do outro agente na ausência de um sistema jurídico racional.

A racionalidade jurídica pode ser formal ou substantiva (material). A primeira é portadora de uma dimensão extrínseca, ou seja, percebida pelos sentidos: a aposição de uma assinatura, por exemplo. Desde a Idade Média, sabe-se que quem examina um documento assinado supõe que o signatário não apenas conhecia o seu teor, mas com ele estava de acordo. A possibilidade de *pressuposição* trazida pela racionalidade formal é extremamente útil dentro de um sistema que deve garantir a segurança e a previsibilidade.

A racionalidade possui também uma dimensão *lógica substantiva ou material*, que se expressa pelo uso de conceitos abstratos, criados pelo pensamento jurídico e concebidos como parte de um sistema completo; os aspectos fáticos relevantes para o

29. *General Economic History*, trad. inglesa de Frank H. Knight, Glencoe, The Free Press, 1950, p. 277.

direito são selecionados mediante um processo de *análise lógica*, conforme a previsão de regras gerais.³⁰ A sistematização é possível apenas porque nos valemos desse método abstrato de interpretação, dessa lógica dos significados (i.e., a seleção e a racionalização conforme normas legalmente válidas). Portanto, *generalização* (redução dos motivos relevantes da decisão a um ou mais princípios) e *sistematização* (coordenação de todos os princípios para a formação de um sistema de regras logicamente claro, sem contradições ou lacunas)³¹ integram a racionalidade jurídica.

Explica Tavares Guerreiro que no sistema weberiano assume extrema relevância a *crença* do agente na produção de certo resultado. Por exemplo, acredita-se que o descumprimento de um contrato dará lugar a um específico remédio: é esse *acreditar* na resposta do sistema para as ações que lhe confere a possibilidade de garantir segurança e previsibilidade.

Eis os conceitos cardeais do pensamento weberiano:³² o sistema jurídico deve garantir *segurança e previsibilidade*; a racionalidade (*jurídica*) formal e a racionalidade (*jurídica*) material complementam-se na busca desse propósito. A racionalidade de Weber move o sistema jurídico, com ele confundindo-se porque é, ao mesmo tempo, seu pressuposto e seu resultado. Para Weber, a escolha do que receberá ou não a chancela do direito, ou seja, do que terá ou não execução, será influenciada por diversos grupos de interesses, conforme a estrutura econômica. Obviamente — diz Weber

30. O racional contrapõe-se ao irracional, ou seja, ao não governado por regras gerais (Max Weber, *Law in Economy and Society*, trad. inglesa de Edward Shils, Cambridge, Harvard University Press, 1954, p. 63).

31. Rebuffa, *Max Weber e la Scienza del Diritto*, Turim, Giappichelli, 1989, pp. 86-87.

32. Ainda que dentro de uma lógica cujo "vício de abstração" pode ser criticado (Mario Bessone, "Causa típica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza", in Alpa, Bessone e Roppo, *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*, Nápoles, Jovene, 1982, pp. 21 e 22).

—, em uma economia em expansão, aqueles que têm “interesses de mercado” constituem o grupo mais importante.³³

Partindo das lições de Weber e conjugando-as com a moderna doutrina, concluímos que a *racionalidade jurídica*, ainda que tome o objetivo de lucro ou proveito como legítimo e desejável no mercado:

(i) não traduz uma visão predatória e oportunística a curto prazo, mas a obtenção de vantagens pelo estabelecimento de um esquema de colaboração;

(ii) leva em conta o respeito aos princípios jurídicos orientadores do sistema (por exemplo, não se pode supor um mote interpretativo contrário à boa-fé).³⁴

A calculabilidade jurídica assume, assim, uma dimensão toda própria: apanágio da racionalidade jurídica, significa a possibilidade de *cálculo* do resultado. O direito é racional porque garante o *processo* e não o resultado a ser obtido, mesmo porque a “*álea normal*” é inerente aos negócios. Ou seja, o direito é estruturado com o propósito de possibilitar o cálculo do resultado (Weber), viabilizando, inclusive, a previsão do comportamento do outro, segundo os parâmetros por ele colocados (Irti).³⁵

33. *Law in Economy and Society*, cit., p. 100.

34. A moderna teoria da interpretação jurídica ensina que os princípios embasam as regras e lhes são hierarquicamente superiores, configurando, pois, o sistema. Também por isso desempenham papel fundamental na interpretação do direito e dos atos jurídicos: a exegese há de ser empreendida a partir da consideração dos princípios que conformam o ordenamento. Afinal, as regras são concreções de princípios (sobre a moderna teoria da interpretação e o papel nela desempenhado pelos princípios jurídicos v. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., pp. 122 ss. Do mesmo Professor, *O Direito Positivo e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 46-47).

35. Nas palavras de Eros Roberto Grau: “O vínculo contratual [vínculo jurídico] instala uma situação de *certeza e segurança jurídicas* para as partes. Vale dizer: cada parte tem a aparente *certeza e a segurança* que desse vínculo deflui, de que, na hipótese de descumprimento do contrato, poderá recorrer a meios jurídicos adequados à obtenção de reparação por esse descumprimento, ou mesmo a execução coativa da avença. Essa premissa básica conta-

Larenz dá destaque à importância da segurança e da previsibilidade (e, portanto, da confiança) no sistema jurídico: “Uma sociedade em que cada um desconfia do outro assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Onde se perdeu a confiança, a comunicação humana resta profundamente perturbada”.³⁶ Sempre advertiram os comercialistas que um mercado que não dê guarida à boa-fé e à proteção da legítima expectativa da outra parte tenderia ao colapso, porque dificultaria o “gyro comercial” (Cairu) ou a fluidez das relações econômicas. *O direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de um comportamento que, embora possa não interessar imediatamente ao empresário oportunista, permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo.*

II.3 A importância do erro

(*jogada equivocada*) para o sistema de direito comercial porque viabiliza o diferencial competitivo

Um terceiro aspecto inerente ao funcionamento do sistema de direito comercial está relacionado ao *erro* do empresário. Os agentes econômicos algumas vezes adotam *estratégias equivocadas*, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial (que desembocará na “regulação natural do egoísmo”, para utilizar a lição de Jhering).³⁷ Ou seja, *é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes*

mina todos os contratos, sejam administrativos, empresariais, trabalhistas ou com consumidores. (...) E por conta e em busca da instalação daquela situação de certeza e de segurança que as partes se acomodam ao vínculo contratual e, principalmente, o ordenamento jurídico a tutela” (“Um novo paradigma dos contratos?”, in *Revista Crítica Jurídica* 18/121, 2001).

36. *Derecho Civil -- Parte General*, trad. espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea, Madrid, Edersa, 1978, p. 59.

37. Desnecessário frisar que esse pressuposto está intimamente ligado à questão da autonomia contratual.

econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente).

A questão teórica que vem à mente é a explicação do erro, partindo da pressuposição de que os agentes atuariam, sempre, de forma racional, visando à obtenção do melhor resultado, como pregam alguns economistas. Aliás, já se anotou que, na realidade, autores da linha de Posner, muito embora falem em “*escolha*” dos agentes econômicos, adotam uma noção de eficiência e de maximização que acaba paradoxalmente por eliminar esse mesmo processo de escolha.³⁸

Conquanto a questão passe despercebida de muitos, é possível entendermos a relação entre escolha e erro dentro do sistema microeconômico.³⁹ valendo-nos da lição de Williamson: a maioria das atividades econômicas é desenvolvida por empresas (“*firms*”).⁴⁰ Estas não são meras “curvas de custo e de demanda”, indo além da “*lógica do preço ótimo e da combinação de insumos*”.⁴¹⁻⁴²

38. Nas palavras de Jeanne Schroeder sobre Posner, “his definition of rationality excludes the process of making choices” (*Economic Rationality in Law and Economics Scholarship*, disponível na internet: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=245488>, em 1.3.2002).

39. Os economistas tradicionais costumam explicar a diferença de comportamentos entre os agentes econômicos e seus erros apenas com base em sua “*racionalidade limitada*”. As assimetrias de informação e a impossibilidade de conhecimento de toda a realidade forçariam ação embasada não em uma racionalidade plena (Sylvie Lebreton, *L'Exclusivité Contractuelle et les Comportements Opportunistes*, Paris, Litec, 2002, p. 62).

40. *The Mechanisms of Governance*, Nova York, Oxford University Press, 1996, p. 94

41. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, p. 3.

42. Explica Coase que, para os economistas tradicionais, o sistema econômico funcionaria por si mesmo. Sua operação dar-se-ia sem um controle centralizado, sem uma visão geral. O fornecimento é ajustado à demanda e a produção ao consumo por um processo *automático, elástico e confiável*. Em suma, “the economic system works itself”. As escolhas dos agentes seriam apreendidas diretamente em

Na verdade, a *empresa é um centro de tomada de decisões*; há alocações de recursos que não derivam do comportamento dos preços, mas da *escolha do empresário*. Não é em decorrência de uma alteração nos preços relativos que um trabalhador muda do departamento “*y*” para o departamento “*x*”, mas simplesmente porque alguém ordenou que ele agisse desse modo!⁴³

Podemos dizer que o erro é possível dentro do sistema, porque não é o “*infallível*” mercado que determina as jogadas, mas sim a *lógica do empresário*. Para cada sujeito, uma jogada, uma conclusão, mesmo que tomando as mesmas variáveis. Por exemplo, diante da crise econômica argentina, certa pessoa resolve investir capital na bolsa de futuros, apostando na baixa do trigo. Por sua vez, outra contrata empregados, porque prevê um colapso na economia argentina e uma migração de consumidores para os nossos produtos. Uma terceira demite empregados porque acredita que a crise impactará a nossa economia negativamente, e assim por diante. Dado o “*estímulo*” pelo meio, cada qual reagirá de uma maneira, embora possamos conceber todos como economicamente racionais.

Essa verificação tem efeitos práticos relevantes para o direito. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua “*álea normal*” (e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis).

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser

função do mecanismo do preço (*The Firm, the Market and the Law*, cit., pp. 34 ss.).

43. “Yet in the real world we find that there are many areas where this does not apply. If a workman moves from department Y to department X, he does not go because of a change in relative prices, but because he is ordered to do so” (Coase, *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 35).

suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito). Não fosse assim e o sistema jurídico (i) estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconomia clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou (ii) desestimularia as contratações.

Nesse passo da exposição, é possível compreender que um ordenamento que — em nome da proteção do agente econômico mais fraco — neutralize demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário pode acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito. Em termos bastante coloquiais, o remédio erradicaria a doença, mas também mataria o doente... Seria, por assim dizer, a condenação da busca pela vantagem competitiva.⁴⁴

No entanto, é preciso deixar vincadas duas anotações:

(i) a mesma lógica do direito comercial não pode e não deve ser aplicada tal e qual a relações jurídicas das quais participam terceiros que não empresários. Por exemplo, as relações entre fabricantes e consumidores (inclusive para fins de proteção do mercado) são regidas por cânones diversos, em que se garante proteção para a parte tida como hipossuficiente. Ou seja, o direito comercial não se presta a uma "consumerização"; e

(ii) mesmo considerando relações entre empresários, é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de consagrarmos igualdade meramente formal.

44. Definida no § 1º do art. 20 da Lei Antitruste brasileira (Lei 8.884, de 1994). "A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores".

Note-se, entretanto, que o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir os "erros" eventualmente praticados (mas isso não exclui a atuação do Estado para, implementando uma política pública, propiciar condições de concorrência e, portanto, de sobrevivência para as empresas menos poderosas ou em posição de sujeição).⁴⁵

11.4 A autonomia privada e o "pacta sunt servanda" no sistema de direito comercial

Não vem a talho, no âmbito limitado deste texto, dissecarmos as inúmeras questões ligadas à autonomia privada, ao *pacta sunt servanda* e seus limites no sistema moderno de direito empresarial. De qualquer forma, vale apenas apontar que tanto um quanto o outro são tidos como vértices do sistema de direito comercial não por apego a dogma liberal ultrapassado. Muito pelo contrário: a autonomia privada e o respeito aos vínculos contratuais, em um sistema capitalista, possibilitam o fluxo de relações econômicas e a própria existência do mercado, uma vez que também tutelam a existência de diferenciais competitivos.⁴⁶

45. A respeito da dependência econômica, v. Paula A. Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, cit., pp. 277 ss.; Francesco Macario, "Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia provata nella subfornitura", in AA. VV., *Equilibrio delle Posizioni Contrattuali ed Autonomia Privata*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 131; Yves Guyon, *Droit des Affaires — Droit Commercial Général et Sociétés*, t. 1, 11ª ed., Paris, Economica, 2001, p. 971; Marc Courtès, *Dépendance Économique et Abus de Dépendance Économique en Droit de la Concurrence et en Droit des Contrats*, Tese (Doutorado) Universidade de Montpellier I, Montpellier, pp. 234 ss.; Amiel-Cosme, *Les Réseaux de Distribution*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 216 ss.; David Gerber, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 324 ss.

46. Em 1978, já dizia o Prof. João Baptista Villela: "é preciso repensar os esquemas tradicionais, associá-los aos dados novos da Economia e da Sociologia, impregná-los de valores humanos. Não se deve

Um sistema que permitisse ao contraente liberar-se de seus compromissos porque, no seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedora.

Por óbvio, nos dias de hoje, ninguém pode ignorar que a "santidade do pacto" não é um cânone interpretativo inafastável. Mesmo antes da vigência do Novo Código Civil, institutos como a excessiva onerosidade, a lesão, a repressão ao abuso da dependência econômica eram implementados pelos tribunais, inclusive em questões comerciais. Chega a ser desnecessário frisar que, por conta desses valores, mitigou-se o dogma identificado com o brocardo *pacta sunt servanda*. Mas a autonomia privada não desapareceu e continua sendo uma viga-mestra do sistema de mercado.⁴⁷

Por isso, sublinha Roppo que o direito, quando exerce um controle dos contratos, cuida (i) da salvaguarda do interesse

pensar que se esteja a propor um abandono puro e simples das concepções clássicas. Não só as reformas não se fazem com o desprezo da lição pretérita, como também é verdade que, no caso, muita coisa de positivo ali existe. Poder-se-ia lembrar, entre outros aspectos, o respeito aos compromissos assumidos, a valorização da boa-fé, a proserição do enriquecimento sem causa, o princípio do *nemo ad factum praesae cogi potest*" (*Revista Forense* 261/27).

47. "A anunciada materialização do direito privado" não pode, porém, significar um controle externo que venha, em nome de sua proteção, retirar aos particulares a possibilidade de, através do exercício da autonomia privada, conformar as suas relações jurídicas como entenderem. Também por este modo se atingiria o valor da liberdade que se quer proteger. Está, pois, em causa o estabelecimento de um equilíbrio entre liberdade e justiça contratuais. Nos contratos individualmente negociados, e tirando certos domínios em que há interesses supra-individuais (designadamente, de proteção social) no estabelecimento de limites imperativos (taxas de juro, atualização das rendas, etc.), o controle material da justiça contratual parece dever, pois, em nome da própria autonomia que visa proteger (...) parece dever (...) ser subtraído à intervenção do direito objetivo" (Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Compromisso Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 61 e 62).

público (ou seja, tutela as razões da coletividade contra as dos contraentes), bem como (ii) da garantia da autonomia privada.⁴⁸ O ordenamento não ampara as "concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual", porque "um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica".⁴⁹ Em suma: ao direito compete preservar o mercado (i.e., a fluência das relações econômicas), viabilizando o "jogo" mediante um sistema que procura levar ao respeito de suas regras, entre as quais a do "pacta sunt servanda".

Eis as premissas básicas a considerar para realizar uma interpretação jurídica dos negócios comerciais.

III. Os particularismos do sistema de direito comercial

III.1 Uma perspectiva histórica

O substrato do sistema de direito comercial é composto por dois tipos de normas, que acabam desaguando na disciplina da atuação das empresas:

(i) aquelas originadas dos próprios comerciantes em sua prática, e que viabi-

48. A primeira meta, diz Roppo, é desempenhada pelo controle da licitude; a segunda, pelo controle da funcionalidade (*O Contrato*, trad. portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Coimbra, 1988, Almedina, pp. 222 ss.). Vale também a referência à obra de Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 38 ss., que analisa as formas de intervenção pública do domínio privado (especialmente nos contratos) sob a ótica da tutela constitucional na autonomia privada.

49. "Assegurando o respeito pelas regras de jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstracta possibilidade do lucro, garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos operadores singulares que agem no mercado. A indiscriminada tutela dos interesses particulares dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade de geral do lucro" (Roppo, *O Contrato*, cit., p. 225).

lizam a fluência de relações no mercado, sob a mesma força-motriz do nascimento do direito comercial, da nova *lex mercatoria*⁵⁰ e dos *usos e costumes* comerciais;

(ii) aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes, que, sempre partindo da lógica empresarial (porque, senão, comprometeriam irremediavelmente o funcionamento do sistema), devem introduzir no jogo jurídico a proteção de interesses outros que não apenas aqueles dos mercadores.⁵¹⁻⁵²

A dicotomia de fontes que acabamos de destacar é historicamente comprovada. Conforme clássica doutrina, em sua origem, o direito comercial emerge, por volta do século XII, da *necessidade prática* dos comerciantes, para quem o direito romano (que estava então sendo redescoberto) não bastava para (i) atribuir um maior grau de segurança e de previsibilidade às relações comerciais e (ii) proteger a celeridade e

outras características peculiares da vida mercantil.⁵³ Mas ao mesmo tempo em que os comerciantes gravavam suas normas conforme suas aspirações, as comunas procuravam disciplinar as atividades dos mercadores (e das corporações de ofício) para o resguardo de interesses diversos.⁵⁴ Os exemplos de regras buscando proteção para os consumidores grassam e podem ser pinçadas dos autores especializados. Citemos a vedação do açambarcamento de mercadorias em Florença, punindo com multas os acordos monopolísticos, e a Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurando que os membros das Cruzadas tivessem pão a um preço não excessivo. Saponi relata várias normas que seriam destinadas ao amparo do consumidor, impostas pela comuna; também em Florença, um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte, soubesse que o produto não era fresco. Empregava-se o mecanismo das feiras para evitar abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade, com a imposição da liquidação da mercadoria antes do final da feira. Os comerciantes eram obrigados a contratar funcionários públicos para efetuar a pesagem de suas mercadorias.⁵⁵ Algumas cidades chegaram a fixar o lucro máximo que uma determinada categoria profissional poderia obter para "tutela dos consumidores menos abastados".⁵⁶

53. Muito se tem discutido sobre a existência de um "direito comercial" em Roma. V. Feliciano Serrao, *Impresa e Responsabilità a Roma nell'Età Commerciale*, Pisa, Pacini, s.d.; e tb. Pietro Cerami e Aldo Petrucci, *Lezione di Diritto Commerciale Romano*, Turim, Giappichelli, 2002, especialmente pp. 5 a 38.

54. O que não impediu que, em várias cidades, as corporações de ofício amalgamassem-se com o poder político, influenciando-o.

55. Clive Day, *Historia del Comercio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 51.

56. Saponi observa a força política das corporações mais poderosas: o lucro médio do comércio de tecidos franceses era da ordem de 12%, sendo certo

É patente que esse processo histórico de afirmação de um direito especial dos comerciantes foi tormentoso, ainda mais porque tangenciava discussão sobre a jurisdição dos tribunais mercantis. O florescimento das corporações de ofício e de seus estatutos próprios originou uma dicotomia de jurisdições, coexistindo os tribunais dos mercadores e os das comunas. Uma das questões a serem enfrentadas, então, era o estabelecimento dos limites da competência de cada um desses juízes e, em especial, dos tribunais especiais,⁵⁷ que aplicariam o direito excepcional. A demarcação tornava-se crucial porque, em alguns casos, os próprios juízes ligados às comunas também aplicariam o direito corporativo.⁵⁸ Havia, portanto, que se definir (i) quem estava efetivamente sujeito à jurisdição particular dos mercadores e, portanto, também ao seu direito especial, bem como (ii) os casos em que os juízes ligados às comunas poderiam aplicar os estatutos das corporações de ofício a pessoas não matriculadas.

Cino e Bartolo entendiam que os estatutos mercantis deveriam ser aplicados apenas aos seus membros, ainda que sob a jurisdição dos juízes das cidades.⁵⁹ Vale dizer: as normas definidas pelas corporações teriam como destinatários unicamente mercadores e artesãos nelas devidamente re-

que o lucro de um padeiro e outros profissionais pertencentes a categorias menores estava bem abaixo desse percentual (*Storia Economica Medievale*, 2ª ed., Florença, G. C. Sansoni, 1946, p. 222).

57. Destaque-se que os conflitos entre os consules e as autoridades das comunas sobre o âmbito de aplicação dos estatutos das corporações eram bastante frequentes.

58. Schioppa aborda a questão com propriedade (*Saggi di Storia del Diritto Commerciale*, cit., pp. 37 ss.).

59. Para Schioppa (*Saggi di Storia del Diritto Commerciale*, cit., pp. 39 ss.), a glosa acursiana teria determinado a validade dos estatutos corporativos e restringido sua aplicação apenas pelos juízes consulares. Algumas décadas mais tarde — prossegue Schioppa — Alberto da Gandino observa que os estatutos das corporações poderiam ser aplicados pela "podestà", desde que não conflitantes com os "statuti cittadini e col diritto comune".

gistrados. Construíam-se assim, elaborada pelos "consiliadores" italianos, como observa Wieacker,⁶⁰ a chamada "teoria estatutária".

Nos séculos XIII e XIV, no entanto, os *statuti* expandem sua abrangência, tornando-se aplicáveis não apenas aos matriculados nas corporações, mas a todos quantos *de fato* praticassem "matéria de comércio".⁶¹ O "exercício de fato" de determinados atos é erigido em critério daquela aplicação, em detrimento daquele outro, formal, decorrente da inscrição de seus membros nos livros da corporação.⁶²

Adiante no tempo, na medida em que decaem as corporações, os tribunais especiais são incorporados ao Estado, preservando, contudo, o caráter de jurisdição especial (aplicável exclusivamente aos comerciantes e mercadores). Manifesta-se, também, o fortalecimento de determinada tendência, dita objetiva: a aplicação do direito, contum ou especial, a este ou àquele caso não decorreria mais da classe do agente, mas sim da natureza do ato efetivamente praticado. O poder jurisdicional (e, portanto, também a legislação especial) passava a impor-se àqueles que, de alguma forma, praticassem *atos de comércio*.

60. *Historia do Direito Privado Moderno*, trad. da 2ª ed. alemã, de 1967, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980, p. 145. Wieacker refere-se à *teoria estatutária* "que procurava conciliar, através de uma aplicação do direito, a aplicação restritiva dos estatutos, a pretensão da validade geral do *jus commune* letrado com a indiscutível precedência dos direitos particulares: *statuta stricte sunt interpretanda*".

61. Lattes (*Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane*, Milão, Hoepli, 1884, pp. 251 ss.) sustenta que a jurisdição das *curias mercantis*, segundo os estatutos das corporações, não era determinada conforme a qualidade dos litigantes, mas sim segundo a natureza da controversia, sendo notáveis as tentativas de juízes comerciais de Pavia para estender sua jurisdição sobre todos os atos de comércio. Goldschmidt (*Storia Universale del Diritto Commerciale*, Turim, UTET, 1913, p. 139) segue a mesma linha, ressaltando a diversidade de soluções conforme o lugar e a época.

62. Diz-se que nesse período o direito comercial é *subjetivo* porque os atos jurídicos são regulados conforme a qualificação profissional de quem os pratica.

O ápice dessa tendência é alcançado com o Código Comercial de Napoleão, em 1807.⁶³ Nesse contexto — acentua Ascarelli⁶⁴ — o ato de comércio praticado por qualquer um (e não mais aquele praticado apenas pelo comerciante) torna-se o critério determinante da aplicação da disciplina comercial.

É bem sabido que o legislador do Código Comercial brasileiro evitou valer-se da expressão "ato de comércio",⁶⁵ adotando posição subjetivista em seu art. 4º, ao caracterizar como comerciante aquele que fazia da "mercancia profissão habitual". Mas o Regulamento 737, também de 1850, corporificando a tradição liberal, continha a enumeração dos atos que deveriam ser considerados tipicamente comerciais. Ainda que fosse assim, como que a comprovar que não se altera uma tradição a penas, o Regulamento 737 permaneceu sendo evocado pela doutrina e pela jurisprudência para caracterizar a atividade mercantil mesmo após a sua revogação.⁶⁶ Nosso direito

63. Sobre a objetivação do direito comercial, Ascarelli (*Corso di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1962, p. 49): "Ad un diritto differenziato secondo le varie classi sociali succede così un diritto che possiamo dire oggettivizzato, che trascura differenze soggettive, considerando perciò solo l'oggettività dei singoli atti, in armonia, da un lato, col principio dell'eguaglianza giuridica dei cittadini e dall'altro con la sovranità e unità dello Stato, in parallelismo con l'ormai avvenuta affermazione del concetto di nazione quale comunità fondata su una comune volontà". V., tb., Inglês de Souza, *Diritto Commerciale*, São Paulo, Salesianas, 1906, pp. 27 ss.

64. *Corso di Diritto Commerciale*, cit., p. 53.

65. Carneiro Leão procurou inserir os atos de comércio no âmbito do Código Comercial, nos termos de emenda apresentada em 1846, que acabou não acatada mercê da atuação de José Clemente Pereira, para quem esse sistema de legislar, compreendendo a enumeração de atos comerciais, seria fonte inesgotável de demandas (cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, pp. 449 ss.).

66. Dispunha o art. 19 do Regulamento 737: "Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso; § 2º. As

comercial é visto, do século XIX até meados do século XX, como o direito dos comerciantes e dos atos de comércio.⁶⁷

Segue, porém, o processo evolutivo e o foco da disciplina mercantil vai se deslocando do ato (de comércio) para a atividade comercial.⁶⁸ Parelha com essa evolução, a construção da noção de empresa passa a ser empreendida, também centrada na atividade econômica, na coordenação dos fatores de produção.⁶⁹ A atividade — ainda na dicção de Ascarelli⁷⁰ — não significa apenas ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si em razão de uma finalidade comum.⁷¹

operações de cambio, banco, e corretagem; § 3º. As empresas de fabricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos; § 4º. Os seguros, fretamentos, risco, e quaisquer contractos relativos ao commercio marítimo; § 5º. A armação e expedição de navios".

67. Por isso, Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, I, cit., p. 16) assevera que: "O direito comercial vem a ser, destarte, a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares".

68. Sobre a evolução da noção de empresa, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*, São Paulo, Saraiva, 1987, pp. 10 ss.

69. Atribui-se a Lorenzo Mossa a difusão, na Itália, da idéia de empresa como centro de definição da matéria comercial. V. *Diritto Commerciale*, Parte I, Milão, Società Editrice Libreria, 1937, pp. 23 ss., na qual Mossa explica e desenvolve a teoria da empresa que era debatida na década de 1920, na Alemanha, referindo expressamente o trabalho de Schreiber.

70. *Corso*, cit., p. 147.

71. Não basta, entretanto, para caracterizar uma empresa, a prática de uma atividade pura e simples. É preciso que essa atividade seja empresarial, ou seja, implique uma prática estável (habitualidade), a organização dos fatores de produção, o escopo específico de produção ou troca de bens ou serviços. Sylvio Marcondes explica que a prática reiterada desses atos negociais, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, visando a uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transmuda em atividade negocial (*Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 136).

Por que a identificação do direito comercial como um ramo autônomo do direito foi importante, desde o seu nascimento? Por que era preciso definir quem estaria sujeito (i) à jurisdição reservada aos mercadores, bem como (ii) ao direito que lhes era especial? Por que se admitia a existência dessa especialidade? Por que razão não se sujeitavam todas as relações jurídicas às mesmas normas?

Em um primeiro momento, como vimos, houve a necessidade de criação de um direito mais adequado ao tráfico mercantil. Posteriormente, procurou-se estender a aplicação desse direito a outros sujeitos que, de alguma forma, se relacionassem com o comércio, e daí, a criação da teoria dos atos de comércio. Mas de uma forma ou de outra, justificava-se a existência de um corpo especial de normas não apenas em virtude de uma tradição histórica, mas porque sempre se constatou que o direito comercial possui uma lógica própria, ou melhor, é embasado sobre princípios peculiares.

Efetivamente, qualquer dos nossos mais clássicos autores, ao estudar os fundamentos do direito comercial, põe em relevo o aspecto prático, a lógica dos comerciantes. Basta lançar os olhos pela obra de Cairu para concebemos com clareza essa afirmação: "Havendo duvida sobre a intelligencia e força de hum Contracto 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 Juízo 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 e 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 espírito do contracto".⁷²

No final do século XIX, acentua-se a crença em que não mais se justificaria a

existência de um direito especial para os comerciantes. Na Itália, como é sabido por todos, Vivante causa furor ao defender a tese da unificação do direito privado, em aula inaugural da Faculdade de Direito de Bolonha, no ano de 1892. Não haveria diferenças; não haveria dicotomia. Vivante assim alinhavava a controvérsia: (i) a autonomia do direito comercial manter-se-ia mais pela tradição do que pelas boas razões; (ii) a dicotomia causaria danos de índole social e jurídica — pessoas que não são comerciantes ficam sujeitas às suas regras, feitas para os comerciantes — e (iii) prejuízos para o progresso científico, pois os comercialistas não estudariam as regras gerais. Os "improvisados juriconsultos" falariam, a toda hora, em contratos *sui generis*.

No entanto, na 5ª ed. de seu *Trattato di Diritto Commerciale*, Vivante chega à conclusão de que a unificação do direito privado não seria aconselhável porque: (i) direito civil e direito comercial guardam profundas diferenças de métodos. Enquanto o direito comercial vale-se do método indutivo (i.e., conclui-se a regra com base nos fatos — a conclusão é mais geral do que a premissa), o direito civil lança mão daquele dedutivo (partindo da premissa geral e chegando à conclusão individual); (ii) o direito comercial é de índole cosmopolita, que decorre do próprio comércio; ao mesmo tempo em que (iii) regula os negócios de massa, que dariam origem a institutos típicos do direito comercial (títulos de crédito, circulação, portador de boa-fé etc.). Neste mesmo escrito, resta clara a principal diferença entre o direito civil e o direito comercial: espírito diverso. "espírito de especulação".⁷³ "A defesa de classe e

73. No original, "spirito di speculazione": "La difesa di classe e lo spirito di speculazione imprimono alla attività commerciale un tale impulso di iniziativa e una tale finezza di tecnicismo, che non è possibile di affidare all'esame del legislatore civile una simile materia che è in continua evoluzione" e "La diversa velocità con cui operano quelle tendenze oppone un grave ostacolo alla fusione della duplice materia in

72. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, cit., p. 471.

o espírito de especulação imprimem à atividade comercial um tal ímpeto de iniciativa e um tal refinamento de tecnicismo, que não é possível confiar ao exame do legislador civil uma matéria como essa, que está em contínua evolução”.

E, como diz mais adiante: “As diversas velocidades com que operam aquelas tendências colocam um grave obstáculo à fusão da dúplici matéria em um único código das obrigações e deve-se reservar ao código comercial a função de tecer livremente a trama jurídica da própria matéria, para passá-la, depois, com discernimento cauteloso, ao código civil”.

Assim, embora a unificação das obrigações implique a superação do que Comparato chamou de “duplicidade de normas legais, referente a algumas obrigações privadas”,⁷⁴ não leva à conclusão de que ambos os sistemas, civil e comercial, estariam submetidos a idênticos princípios. Com o Código Civil brasileiro de 2002, a eliminação da duplicidade a que se refere o Professor Comparato realmente ocorreu e é bem-vinda,⁷⁵ mas os princípios peculiares

un codice unico delle obbligazioni e si deve riservare al codice di commercio la funzione di tessere liberamente la trama giuridica della propria materia, per passarla poi con cauto discernimento nel codice civile”

74. Fábio Konder Comparato, *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 246.

75. Como exemplo de algumas divergências entre a regulamentação civil e aquela comercial que foram suprimidas pela unificação do direito das obrigações podemos citar as diferenças entre a compra e venda civil e aquela comercial (art. 1.126 do Código Civil de 1916 e art. 191 do Código Comercial), bem como o termo inicial da mora (art. 955 do Código Civil de 1916 e art. 138 do Código Comercial). No entanto, a principal fissura não será resolvida pelo Novo Código, porque os institutos da falência e da concordata (ainda regidos pelo Decreto-lei 7.661, de 1945), continuam sendo aplicáveis apenas aos “comerciantes” (na nova linguagem, aos empresários ou sociedades empresárias). Isso faz que autores da lava de Requião sustentem que “[p]ermanecendo a distinção atual na aplicação das regras falimentares, prosseguir-se-á a dicotomia do direito privado, pois sempre teremos que indagar se tal pessoa ou empre-

da matéria não foram sepultados. Hoje, o direito comercial é visto como o novo direito do mercado.

Ora, esses princípios peculiares do direito comercial informam a sua interpretação, como, aliás, anotou Ferrara, identificando a existência de: “princípios direitivos que são diversos e opostos em relação àqueles que valem para as mesmas relações dos outros setores. O valor da autonomia manifesta-se no campo da interpretação, porque importa a necessidade de, no âmbito daquele setor, antepor o regulamento à aplicação do direito comum, que se deduz da analogia e dos princípios gerais do sistema autônomo”.⁷⁶

Podemos assim concluir que os contratos empresariais obedecem a uma lógica diversa daqueles civis, que influencia sua interpretação. Essa peculiaridade decorre da realidade, da prática, dos “usos e costumes da praça”. Qualquer comerciante — e isso é mais do que reconhecido por nosso direito positivo — leva em conta o “padrão de normalidade” do mercado (prática, usos e costumes) para pautar o seu comportamento, para calcular a jogada da contraparte, diminuindo o fator risco e, portanto, aumentando a eficiência da sua atuação e do sistema como um todo.

III.2 Os traços definidores do direito comercial

Um dos subprodutos do embate entre aqueles que seriam a favor e os contrários à unificação foi o aperfeiçoamento da dou-

sa é civil ou comercial, para beneficiá-la ou não com a concordata” (*Curso de Direito Falimentar*, t. 1, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 38).

76. Francesco Ferrara, *Gli Imprenditori e le Società*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1946, p. 8. No original: “principi direttivi che sono diversi ed opposti rispetto a quelli che valgono per gli stessi rapporti degli altri settori. Il valore dell'autonomia si manifesta nel campo dell'interpretazione, perchè importa la necessità di anteporre, nell'ambito del settore, il regolamento che si desume dall'analogia e dai principi generali del sistema autonomo, all'applicazione del diritto comune”.

trina sobre as peculiaridades do direito comercial. Não é nossa intenção, aqui, discurrir sobre a conveniência ou não da unificação, mas sim destacar os particularismos que, como dissemos acima, orientam a interpretação dos contratos comerciais. Seriam, então, características deste direito, voltado à disciplina do tráfico mercantil:

(i) cosmopolitismo — “os comerciantes constituem um só povo”;

(ii) onerosidade — “a onerosidade é a regra e ela se presume”;

(iii) informalismo — as formalidades visam apenas a garantir segurança no tráfico.

Para Fran Martins,⁷⁷ o direito comercial caracteriza-se pela: (i) simplicidade; (ii) internacionalidade; (iii) rapidez; (iv) elasticidade; e, por fim, pela (v) onerosidade. Ascarelli, lembramos todos, ressalta: (i) liberdade de formas; (ii) boa-fé; (iii) presunção de onerosidade dos contratos; (iv) caráter internacional; (v) preocupação com o abuso do poder econômico; e (vi) diminuição da “discrecionalidade contratual, à vista de normas publicistas”.⁷⁸

Ademais, a proteção da aparência é crucial para atribuir segurança e previsibilidade ao tráfico. Por fim, a tendência unificadora das normas destinadas às atividades econômicas, quer no âmbito interno quer naquele internacional, é outra característica peculiar desse ramo do direito.

IV. As peculiaridades do direito comercial e da interpretação dos contratos comerciais

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 comerciais. 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 “consumismo” fadado à rejeição. Portanto, a interpretação do negócio comercial, sob o ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar que:

(i) segurança e previsibilidade são necessárias para garantir a fluência de relações no mercado;

(ii) os textos normativos devem permitir adequada equação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação/flexibilização do direito;

(iii) ao Estado, enquanto agente implementador de políticas públicas, há de ser assegurado o poder de intervenção sobre o mercado, editando normas que estabeleçam o que é lícito e o que é ilícito;

(iv) a força normativa dos usos e costumes deve ser adequada ao interesse público;

(v) os usos e costumes são fonte de direito comercial;⁷⁹ a racionalidade econômica dos agentes não pode ser desconsiderada pelo direito estatal, ainda que determinado ato (praticado de acordo com essa racionalidade) venha a ser considerado ilícito.⁸⁰

79. Nesse sentido, Alberto Mazzoni observa que, na Itália, após a unificação, a força dos usos e costumes no direito comercial foi relativamente abandonada pela doutrina: “Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri”, in *Rivista delle Società*, jul.-ago. 2001, p. 855.

80. Note-se bem: a racionalidade econômica não é aquela que, necessariamente, deve ser tutelada pelo direito, mesmo porque fôssemos todos por ela

77. *Curso de Direito Comercial*, 28ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 28 ss.

78. *Panorama do Direito Comercial*, cit., pp. 50 ss.

Uma primeira análise dos dispositivos do Novo Código Civil que tratam da interpretação dos negócios comerciais faz entrever um horizonte instável e vários problemas a serem enfrentados. Seguramente serão resolvidos, e a jurisprudência exercerá papel fundamental como estabilizador do sistema. Mas a que preço? A que nível de insegurança serão submetidos nossos agentes econômicos?

IV.1 As regras e os princípios de interpretação dos negócios comerciais anteriores ao Novo Código Civil

A evolução das regras de interpretação contratual seguiu uma estrada, no Brasil, que vai de Pothier, passando por Cairu, pelo Código de Napoleão e desembocando

movidos não conseguirmos explicar o fato de um 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*, 3ª ed., Boston, Irwin/McGraw-Hill, 1997, p. 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 egoísta. Importante a referência à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 4 de fevereiro de 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 prestá-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".

no Código Comercial de 1850, especialmente em seu art. 131,⁸¹ *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 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 tiveram 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."

Interessa-nos extrair desse texto normativo os seguintes princípios cardiais de interpretação dos negócios comerciais:

- (i) boa-fé;
- (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";

81. 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 Brazil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1896, pp. 84 ss.).

(iv) comportamento das partes como forma de chegar à vontade comum, ao espírito do contrato (na mesma linha adotada pelo *Codice Civile*);

(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"⁸² ou às "regras de bom funcionamento do mercado",⁸³

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"⁸⁴ 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 autênticos⁸⁵

82. *O Contrato*, cit., p. 224.

83. *O Contrato*, cit., p. 223.

84. 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.

85. Usamos a expressão *intérprete autêntico* no sentido que lhe é dado por Kelsen.

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.⁸⁶

IV.2 As regras de interpretação dos negócios comerciais no Novo Código Civil

Seguindo o Código Civil de 1916, o novo diploma ignorou uma das principais "redescobertas" da ciência jurídica do século XX: a importância da interpretação, inclusive daquela contratual. No Código Civil de 2002 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.

86. Como exemplo, tome-se a jurisprudência brasileira sobre a prescrição em matéria comercial. Quando estudamos sistematicamente julgados 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 (*Sociedades por Ações*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 55 — co-autoria de Paulo de Lorenzo Messina).

de (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 "l'equo 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";⁸⁷

• *art. 113*: para os negócios jurídicos em geral, deve imperar a interpretação conforme a boa-fé e os usos e costumes;⁸⁸

• *art. 114*: interpretação restritiva para a renúncia;⁸⁹

• *art. 157*: na esteira do art. 1.448 do *Codice Civile*, reintroduz formalmente o instituto da lesão⁹⁰ no nosso ordenamento, desaparecido dos Códigos anteriores;

• *art. 421*: a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato;⁹¹

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

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

89. "Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente."

90. "Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito."

91. "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

• *art. 422*: mais uma vez, a imposição da boa-fé para os contratantes;⁹²

• *art. 423*: interpretação a favor do aderente;⁹³

• *art. 424*: proibição de renúncia a direito decorrente da natureza do negócio por parte do aderente.⁹⁴

V. Cotejamento dos princípios cardiais da interpretação dos negócios comerciais antes e após o Novo Código Civil

V.1 Boa-fé e usos e costumes

Quanto à boa-fé e à força dos usos e costumes, ao menos no que diz respeito ao direito comercial, pouco deverá ser alterado. 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 fonte de direito e pauta de interpretação por qualquer manual de direito mercantil.^{95, 96}

92. "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

93. "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

94. "Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio."

95. Lembramos, apenas a título exemplificativo, antigo acórdão da lavra de Aliomar Baleeiro, de 1974, por sua beleza e valor histórico. Um comerciante contratou com outro a compra de cacau. A entrega não ocorreu na data aprazada. O comprador interpelou o vendedor, instando-o à entrega, mas não foi atendido. Alegou o vendedor que o comprador não poderia cobrar a prestação antes de cumprir a sua obrigação (pagamento), por força do art. 1.092 do Código Civil ("Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro"). Mas de Aliomar Baleeiro observa que, na Bahia, o costume determinava que primeiro deveria ser entregue a mercadoria e, posteriormente, efetuado o pagamento.

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.⁹⁷ A boa-fé — agora, em todo o direito privado — é um catalisador da fluência das relações no mercado.⁹⁸

Na verdade, era costume acordar-se somente a quantidade, a data da entrega e o preço. Por essa razão, a data aprazada para o pagamento seria sempre posterior à da entrega e não assistia razão ao vendedor que a recusou. Em hipótese alguma esse acórdão pode ser tomado como isolado ou desprezado do espírito do direito comercial brasileiro, sob pena de se cometer uma impropriedade científica e uma injustiça histórica.

96. 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 *valvula 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*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 55).

97. 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", in *RDM* 84/5, 1991). No mesmo artigo, o autor ressalta que a boa-fé é "cada vez mais importante no dinâmico processo do comércio internacional" (pp. 11-12). V., tb., sobre a confiança, Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 244 ss.

98. Com efeito, se o comerciante Tício contrata com Caio a entrega de uma partida de algodão e tem a certeza de que o vendedor está se comportando de acordo com as regras da boa-fé, assiste-lhe maior segurança no negócio e, conseqüentemente, seus custos de transação podem ser dimensionados em um patamar inferior ao que seria esperado se contratasse com um comerciante não confiável. Por isso, diz-se que, no mercado, a difusão da boa-fé azeita o fluxo de relações e, por conseguinte, a eficiência do sistema. Aliás, a boa-fé, enquanto uma pauta a ser

Analizando 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.⁹⁹

O "preconceito individualista" produziu tantos mitos em torno do dogma da vontade que se chegou a afirmar que tanto a 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 con-

respeitada para viabilizar o funcionamento do mercado, é desígnio que há muito permeia o direito comercial. Voltemos ao texto do Alvará de 16 de dezembro de 1771, em que é posta a importância da boa-fé e dos bons comerciantes para os "negócios mercantis": "(...) as decisões dos negócios mercantis costumão ordinariamente depender muito menos da sciencia especulativa das regras de Direito, e das Doutrinas dos Jurisconsultos, do que do conhecimento pratico, das Maximas, Usos e Costumes, que o manejo do Commercio, a necessidade, que ha de o livrar de embarços, destructivos do seu continuo gyro; e a mutua, correspondiva da boa fé, que só tem por util, e solido fundamento dos seus interesses os verdadeiros, e bons Negociantes" (referida por J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 6, 1ª parte, p. 210. O texto aqui transcrito foi compilado por Visconde de Cairu, *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Murinha*, v. 2, cit., p. 908).

99. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, cit., pp. 389 ss.

gruência 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.¹⁰⁰

Destarte, quando o direito manda interpretar os acordos conforme a boa-fé, não está apenas dando guarida a uma regra monacal, mas vivificando uma tradicional norma de direito mercantil, extremamente útil aos mercadores 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). A boa-fé liga-se, pois, umbilicalmente aos usos e costumes comerciais, dando-lhes força.

É tradicional a diferenciação entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, presente já na obra de Pothier (que influenciaria nosso Visconde de Cairu). Para Pothier, deveríamos apartar a boa-fé no "foro interior" daquela no "foro externo". A primeira "deve ter-se como contrario (...) 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 contrato, e que a

100. 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 Steinhauer 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", in AA. VV., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Nova York, Oxford, 1997, p. 189).

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 permitido encobrir-lhe alguma coisa, que nós quereríamos que nos não ecobrissem, se estivessemos no seu lugar". Já no foro externo, "huma 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 seriam 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 huma parte empregou para enganar a outra".^{101, 102}

A boa-fé subjetiva é relacionada a um "estado de consciência" ou "convencimento individual de obrar a parte conforme 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 á boa-fé está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem".¹⁰³ Por sua vez, a boa-fé objetiva liga-se a *standards* comportamentais esperados do homem ativo e probo. Logicamente, 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).

101. *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas nos Pactos, Contratos, Convenções &c.*, trad. portuguesa de José Homem Correa Telles, Lisboa, Imprensa Nevesiana, 1835, p. 26.

102. 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*, Milão, Giuffrè, 2001, p. 211).

103. Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 411.

A boa-fé objetiva, por outro lado, diz respeito à *confiança* no contrato.¹⁰⁴ É inegável que, nos últimos anos, o resgate da importância da *confiança* vem despertando o interesse da doutrina, inclusive econômica. Podemos definir *confiança* (*trust*) como "um determinado nível de probabilidade subjetiva com a qual um agente avalia que um outro agente ou grupos de agentes praticarão uma determinada ação",¹⁰⁵ a existência de *confiança*, assim, aperfeiçoa a fluência das relações de mercado.

Williamson resume algumas conclusões de outros economistas sobre o fenômeno da *confiança*: (i) para que ela exsurja, são necessários repetidos encontros e certa memória de experiência; (ii) o comportamento honesto implica um certo custo; e (iii) está relacionada à boa reputação e esta deve ser adquirida.

Em face dessas observações, algumas precisões jurídicas mostram-se essenciais. Ora, os juristas já comprovaram de forma praticamente irrefutável que *não existe mercado sem direito*, sem regras que atribuam algum tipo de sanção (conseqüência positiva ou negativa) externa e organizada ao comportamento do agente. Portanto, quando uma empresa atua em um mercado, está sujeita a essas normas jurídicas.¹⁰⁶

104. Sobre a relação entre boa-fé e confiança, v. Menezes Cordeiro, *Du Boa-Fé no Direito Civil*, Lisboa, Coimbra Ed., 1997, pp. 1.234 ss. Comentando o art. 1.366 do *Codice Civile*, diz Messineo: "E da notare altresì che la buona fede, cui si riferisce l'art. 1.366, è quella che è stata chiamata buona fede oggettiva, cioè l'esigenza che 'la dichiarazione di volontà contrattuale sia intesa secondo il criterio di reciproca lealtà di condotta fra le parti, o affidamento e non quello stato psichico, di ignoranza di una certa situazione, che è l'altro significato (e il significato più usuale) di buona fede'" (*Dottrina Generale del Contratto*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1948, p. 357).

105. Gambetta, *apud* Williamson, *The Mechanisms of Governance*, cit., p. 257. No original: "a particular level of the subjective probability with which an agent assesses that another agent or group of agents will perform a particular action".

106. Guido Alpa, *Trattato di Diritto Civile. Storia, Fonti, Interpretazione*, Milão, Giuffrè, 2000, pp. 467 ss.

A partir do momento em que a boa-fé (ou o respeito à boa-fé) é uma dessas variáveis, é tomada pelo agente como um dos fatores que pautará o seu comportamento dentro de uma racionalidade condicionada pelas "regras do jogo". Portanto, para o desenvolvimento da *confiança* não é necessário que *aquela* agente tenha participado de jogadas anteriores em que tenha "aprendido" o comportamento conforme a boa-fé. Ao atuar em um mercado (juridicamente organizado), sabe-se de antemão quais as conseqüências do descumprimento da norma, sem a ter que infringir. Ou seja, no mercado aprende-se com a experiência dos outros, ao contrário do que muitas vezes acontece em nossas vidas privadas. A "memória de experiência", que é importante para a existência da *confiança*, não é, portanto, atributo do indivíduo, mas está relacionada ao processo de *positivação da norma jurídica*. É a norma jurídica — e não o indivíduo — que contém a "memória de experiência".

Nessa perspectiva, o comportamento honesto não implica gasto, mas sim *economia*, tanto para o agente (que atuará conforme as regras) quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade.¹⁰⁷ E assim deve ser para o direito, porque a sanção prevista desestimula o comportamento infrator.¹⁰⁸ Por fim, a boa reputação deve ser realmente adquirida pelo

107. Custos de transação são "costs of running the economic system" (Williamson, *The Mechanisms of Governance*, cit., p. 93).

108. Ou estimular o comportamento desejado, no caso de sanção premial. Teixeira de Freitas já percebia esse fato (*Consolidação*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, ed. de 1857, p. CLXIII): "O que seria do direito, se a sanção da lei não assegurasse o seu livre desenvolvimento? Não partimos de um estado negativo, ou de injustiça, mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade de violação do direito reclama uma serie de instituições protectoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inutil".

agente, mas também o impele ao cumprimento das regras do mercado (i.e., ao respeito, à confiança e à boa-fé) em um prudente e profícuo círculo vicioso.¹⁰⁹

O fato, no entanto, é que nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a "confiança" pode ser traída. A partir do instante em que a quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é natural e desejável que *normas jurídicas coajam os agentes econômicos a respeitá-las*. Por isso, o sistema de direito comercial como um todo está voltado à tutela de princípios como a boa-fé objetiva e a confiança. Negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos — porque não seria conveniente para as partes negociar nessa última situação. Uma das funções do direito comercial é buscar a criação de um ambiente que torne as negociações compensatórias.

Um ponto merece ser destacado, porque sua incorreta compreensão pode gerar distorções: no sistema de direito comercial, a boa-fé permite e estimula a eficiência do agente econômico ao mesmo tempo em que exige (para o bem do tráfico mercantil) seja adotado o comportamento típico dos "comerciantes cordatos", como dizia Cairu. No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese al-

109. Qual brasileiro não se lembra da irônica ponderação da zelosa mãe imaginada por Aluísio Azevedo em *Livro de uma Sogra* (Rio de Janeiro, Casa da Palavra, 2001, p. 155), ao racionalmente escolher o melhor perfil de marido para sua amada filha no final do século XIX? Diz: "A honra do negociante é diferente da honra dos outros homens. O militar, por exemplo, que não solver uma letra no dia do vencimento, não fica por isso desonrado, como não fica desonrado o negociante que levar um par de bofetadas; mas, se invertermos os casos, tão desonrado fica um como o outro. Isso quer dizer que a chamada honra do negociante não reside, como a de toda a gente honesta, na consciência do respeito a si mesmo e na imputabilidade pessoal, mas no crédito abstrato da sua firma ou da sua casa de comércio (...)"

guma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. Afinal, como dissemos, o "erro de cálculo" do agente é um instrumento que premia a eficiência de outro. *No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.*¹¹⁰

Permitimo-nos, mais uma vez, tomar exemplos jurisprudenciais antigos para ilustrar a exposição e voltar os olhos para o Novo Código Civil. Em 1913, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tratou da seguinte questão: um comerciante vendeu sua loja a outro, acordando que não se restabeleceria na Rua da Consolação. No entanto, instalou-se em rua próxima. Haveria má-fé? Entendeu o Tribunal que não, porque isso não havia sido acordado. Aliás, o vendedor poderia ter limitado a zona de proibição do restabelecimento; não o fez à época do negócio e não o poderia fazer posteriormente.¹¹¹

110. V. a análise de Guido Alpa acerca das posições doutrinárias de Wieacker e Mengoni (*Trattato di Diritto Civile. Storia, Fonti, Interpretazione*, cit., pp. 953 ss.). Em suma, "il giudizio di buona fede consente una valutazione del comportamento delle parti alla stregua dei tipi di comportamento riconosciuti come norme sociali; l'equità invece consente al giudice di fare ricorso ad un potere più ampio, adattando il regolamento negoziale al fine di farvi penetrare esigenze di giustizia, tenendo conto delle circostanze peculiari del caso".

111. Vale transcrever, aqui, esse julgado: "O Apelado explorava certo ramo de negócio à rua da Consolação, nesta capital. O Apelante, vendo-lhe a prosperidade, propoz-lhe a comprar-lhe o estabelecimento se ele quizesse tomar o compromisso de não abrir naquela rua negócio idêntico. A proposta foi bem acolhida, a transação foi ultimada e o compromisso foi assumido. O homem não tardou, porém, a mostrar ao seu sucessor que mereceria a prosperidade comercial que o favoreava. Era, de facto, da cabeça aos pés, um negociante esperto. Foi a uma rua próxima à da Consolação e abriu outro negócio... O comprador do negócio antigo pulou de raiva. Aquilo era mais do que uma deslealdade: era uma violação positiva ao compromisso assumido. — Engano, meu amigo, puro engano, voltou o homenzinho com placidez. Nem uma cousa nem outra: nem des-

Ora, percebemos que, neste anedótico julgado, a "esperteza" própria do homem comerciante foi aplaudida em detrimento da outra parte, que não havia se comportado como um mercador diligente. A mesma solução poderia ser dada se se tratasse de um contrato celebrado entre não comerciantes? O mesmo padrão de boa-fé deveria ser considerado? Por certo que não.¹¹²

É isso que precisa restar claro, neste início de vigência do Código Civil: *a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.*

lealdade nem violação de compromisso... A que foi que eu me comprometi? Não fio a isto apenas: a não abrir na rua da Consolação negocio idêntico ao que lhe vendi?" (...) — Boa duvida! Que importa que não abrisse na rua da Consolação se abriu nas proximidades dessa rua? O transtorno que me causa é sempre o mesmo." — Perdão. É possível que assim seja. Mas eu nada tenho com isso. A minha obrigação é apenas a de respeitar o compromisso, e o compromisso é muito claro: 'rua da Consolação, negocio do mesmo genero'. Não diz palavra sobre proximidades daquela rua." (...) Foram a juízo. O Juiz, tanto o de primeira instancia como o Tribunal concordou com o negociante e repeliu a pretensão do outro. O compromisso só se referia à Rua da Consolação. Nada dizia quanto às suas proximidades. A abertura de novo negocio, em outra rua, embora proxima daquela, não o violou. Observaram, ainda, os srs. Ministros: "— Porque, no contrato, esse cidadão não falou tambem nas proximidades da rua da Consolação? Podia até marcar a zona dentro da qual ao outro não seria permitido comerciar... Não o fez! Quer fazer agora?" Acórdão: *Acordam em Tribunal de Justiça (...) confirmar, como confirmam, a sentença appellada (...)* Julgado em 13 de dezembro de 1913, por Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette" (as aspas que iniciam e findam as falas dos "personagens" foram por nós colocadas). Os embargos, posteriormente opostos, foram rejeitados e o acórdão confirmado.

112. Desnecessário frisar que, neste caso, hoje sabemos que a interpretação haveria de ser restritiva, porque se trata de uma exceção à lei geral de proteção da concorrência, conforme raciocínio que desenvolvemos com Eros Roberto Grau: "Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 ('Lei Ferrari')", in *Boletim Latinoamericano de Concorrência* 5, Bélgica, 1999. Também publicado na *Revista do IBRAC* 6/5, 1999, bem como na *RTDP* 21/107, 1998.

V.2 Intenção das partes e "vontade objetiva"

A doutrina brasileira sempre considerou haver grande diferença entre o sistema dos revogados Código Civil e do 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).

Junqueira de Azevedo, comentando o art. 85 do Código Civil,¹¹³ afirma que "pelo nosso Código Civil, 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).¹¹⁴ No entanto, adverte que "doutrina e jurisprudência, porém, tentam, na medida do possível, forçar os quadros legais".¹¹⁵ Em outro texto, ao comentar o Código Comercial de 1850, mais precisamente o seu art. 131, Junqueira

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

114. *Negócios Jurídicos: Existência, Validade e Eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 116 e 118.

115. Após estudar a jurisprudência brasileira, afirma Junqueira: "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" (*Negócios Jurídicos: Existência, Validade e Eficácia*, cit., p. 117).

complementa que o Código Civil assume posição subjetivista; já o Código Comercial, uma posição "objetivista, fundada nos usos e costumes e na boa-fé".¹¹⁶

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)?

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",¹¹⁷ bem como liga sua determinação ao "comportamento geral inclusive posteriormente à conclusão do contrato".¹¹⁸⁻¹¹⁹*

116. "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" (*Revista Forense* 351/277, 2000).

117. No original: "comune intenzione delle parti"

118. No original: "comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

119. 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

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 evitar o retrocesso. O fato é que o art. 112 está impregnado de subjetivismo, cuja superação requererá de todos nós grande 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,¹²⁰ porque eleger 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.

Ousaríamos dizer que a observação de Ascarelli parece ter se tornado uma profecia de mau agouro. O mestre bolonhês disse que, no Brasil, por ser o Código Civil de 1916 mais moderno do que o Comercial de 1850, teríamos experimentado uma "civiliza-

la 'volontà' della parte singola, rimasta inespresa 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 inquadrate" (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cit., p. 333).

120. 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 note 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 con-

zação do direito comercial".¹²¹ Triste predição do futuro, ainda mais se trocarmos a palavra "civilização" por "consumerização"...

V.3 Interpretação a favor do devedor

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.

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".¹²² 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.

reúdo e à modalidade do contrato que se pretendia celebrar, o Código brasileiro volta-se para a "vontade real do manifestante".

121. *Panorama do Direito Comercial*, cit., p. 40.

122. "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."

Não é demais lembrar que a interpretação contra aquele que estipula a cláusula (*interpretatio contra stipulatorem*)¹²³ 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",¹²⁴ 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",¹²⁵ o segundo faz o contrato "menos gravoso para o obrigado".¹²⁶⁻¹²⁷ 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 relativas a prazo; ou (ii) toma-se a *interpretatio contra stipulatorem* por aquela menos gravosa para o onerado.¹²⁸

123. A sétima regra de interpretação de Pothier remete-nos à *interpretatio contra stipulatorem*: "Na dúvida 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, diz Pothier 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 comerciais, como um todo, 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.

124. No original: "interpretazione contro l'autore della clausola".

125. No original: "[I]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".

126. No original: "meno gravoso per l'obbligato".

127. Sobre a interpretação dos arts. 1.370 e 1.371 do *Codice Civile*, v. Franco Carresi, *Dell'Interpretazione del Contratto*, Bolonha, Zanichelli, 1992, pp. 132 ss.

128. Como, aliás, já fez o Tribunal de Justiça de São Paulo ao dar concreção ao princípio herme-

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 posicionar o cânone hermenêutico bastante útil ao funcionamento do sistema de direito comercial.

V.4 Função social do contrato

Estandalhaço 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.¹²⁹

nêutico do art. 131, § 5.º do Código Comercial (apelação cível 084.441-4/1, j. 10.8.1999, Rel. Des. Santarelli Zuliani).

129. Não se pode deixar de fazer referência às consistentes críticas de Junqueira sobre o Novo Código Civil, que lançara 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", in *CEJ* 9/43). A conclusão a que chega Junqueira 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 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

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 desprenderam-se 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*.¹³⁰ 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.

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"

130. Mauro Rodrigues Pentecado salienta que a construção jurisprudencial e doutrinária da dissolução parcial das sociedades por quotas de responsabilidade limitada tem um primeiro motivo, "de índole constitucional, na medida em que entre os postulados que informam nossa ordem econômica figuram o da justiça social e o da função social da propriedade (...), e é indisputável que às sociedades mercantis está assinada tal função" (*Dissolução e Liquidação de Sociedades*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 156). Para esclarecedor resumo da jurisprudência brasileira que rezeu o instituto da dissolução parcial das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, v. Priscila Maria Correa da Fonseca, *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*, São Paulo, Atlas, 2002, pp. 66 ss. Diz a autora: "[a]ntes mesmo da segunda metade do século XIX, a doutrina já demonstrava acentuada preocupação com a preservação da empresa, reconhecendo a importância da multiplicidade de interesses que gravitavam em torno da respectiva órbita: econômicos, sociais e fiscais etc. É que a doutrina individualista que inspirara o Código Comercial cedia lugar àquela que reconhecia, como prevalente aos interesses individuais dos sócios, a função social exercida pela empresa".

Oxalá não se repita, em relação ao art. 421, o ingrato destino que foi reservado ao art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404, de 1976, que determina o exercício do poder da companhia conforme sua função social.¹³¹ Após a lei de 1976, notamos grande movimento doutrinário em torno desse artigo, mas infelizmente pouca aplicação prática. Ou seja, a inovação legislativa e a utilização da cláusula geral da função social não conseguiram acelerar o processo evolutivo de interpretação/aplicação do direito.

V.5 Lesão/tendência de proteção à parte mais fraca

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.¹³² Porque empreendemos a unificação do direito obrigacional, 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 quaisquer convenções permitidas, com tanto que não use de fraude, e violência 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 Comercio, que, por serem acce-leradas, e peremptorias, muitas vezes se fazem na confiança da boa-fé do vendedor, suppondo-se que elle exige hum preço racional, e commum".

No entanto, "os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habéis, 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, hõa fé, inexperiencia, ou simpleza, rusticidade, ou precisão do comprador."¹³³

Esse espírito vinha corporificado no art. 220 do hoje revogado 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".¹³⁴

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 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 mesmo Caio Mário quem adverte: "Uma vez que o direito positivo forneça o meio de faltar o contratante à fé

131. "Art. 116. (...) Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender."

132. Além, obviamente, de outros dispositivos como os arts. 187 (abuso de direito), 423 (que trata da interpretação a favor "do aderente"), 424 e de tantos outros.

133. *Princípios de Direito Mercantil*, cit., p. 504.

134. Igualmente, como vem positivado no *Código Civil* e é lembrado por Caio Mário da Silva Pereira, o instituto da lesão não se aplica aos contratos aleatórios (*Lesão nos Contratos*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 174).

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".¹³⁵

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 nos arts. 478 e ss. Ao contrário do art. 1.467 do *Codice Civile*,¹³⁶ 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 tal caso, presumir-se-ia "matéria de risco assumido, sendo por definição matéria de normal álea do contrato"¹³⁷

Por tudo isso, preocupa a interpretação/aplicação que será dada ao texto do art. 157 quando estiverem envolvidos negócios celebrados entre empresários. Será des-

considerada 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.¹³⁸ No entanto, como 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

138. Na Itália, a repressão ao abuso da dependência econômica foi disciplinada, em março de 2001, pelo art. 9º 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 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 realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo".

pena de transformar-se em instrumento de neutralização de vantagens competitivas, como já intuía Cairu.

136 Supressão de regras de interpretação

Ao contrário do que fazia o art. 131, 2, do Código Comercial, o novo diploma silencia sobre a interpretação de cláusulas aparentemente contraditórias. Buscava o nosso velho e sábio Código a coerência na interpretação do texto negocial, permitindo sua correta aplicação conforme a função econômica almejada pelas partes (interpretação conforme o espírito e a natureza do contrato). Captada essa função pelo processo de exegese das cláusulas que estivessem em harmonia, deveria pautar a leitura das estipulações sobre as quais pairassem dúvidas. O centro do texto normativo era simples: o verdadeiro espírito e natureza do contrato deveriam prevalecer e escoimar as dúvidas. Presumia-se que as disposições contratuais (todas elas) buscavam atingir uma mesma função econômica (função econômica do contrato). Por isso, a racionalidade inferida de algumas poderia orientar a interpretação de outras.

Essa diretriz tinha nitida inspiração na terceira e sexta regras de interpretação de Pothier:

"Terceira regra: Quando em um contrato os termos são susceptíveis de dois sentidos, devem entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato. (...)

"Sexta regra: Huma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, ou ellas precedão, ou ellas se sigão áquella."¹³⁹

139. O Novo Código Civil suprime a chamada "interpretação complexiva das cláusulas". Aplicando esse cânone hermenêutico, por todos, Scognamiglio: "essendo l'iniziativa negoziale funzionale ad una certa modificazione della sfera economica (ed ovviamente di quella giuridica) di colui che la attua, si deve ritenere che tutte le componenti del regolamento posto in esse siano coerenti al risultato divisato e possano quindi essere esattamente ricostruite nella loro portata alla luce di quel risultato. In tale ordine

O negócio jurídico, enquanto expressão de uma racionalidade e modo de atingir um resultado (função), é uno. 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. Mais uma vez, perturba a omissão do novo diploma quanto a esse aspecto crucial de interpretação dos negócios mercantis.

VI. Conclusão

A interpretação dos negócios comerciais — pedra angular do novo direito comercial — encontra-se num momento bastante delicado, porque o recém-promulgado diploma não parece ser um código talhado para o mercado e para a proteção do crédito.

Na atividade acadêmica e, principalmente, no exercício diário da advocacia, os comercialistas brasileiros talvez passem a se sentir como juristas da Roma antiga. Deixando de lado a controvérsia sobre a existência ou não de um direito comercial anterior ao século XII, e lembrando as lições de Vivante, deveremos nos desdobrar para, analisando a realidade, subsumi-la a textos normativos que não foram concebidos para a disciplina da atividade mercantil. Dizia Vivante: "repugnava à tendência unificadora do gênio romano um direito especial para o comércio: ele sabia inserir nos amplos conceitos das obrigações, com sua fértil linguagem, as variáveis formas dos negócios mercantis e suas cláusulas técnicas".¹⁴⁰

di idee, si coglie, in termini particolarmente netti, la connessione (...) tra il canone dell'interpretazione complessiva dell'atto e il principio fondamentale della ricerca della comune intenzione delle parti" (*Interpretazione del Contratto e Interesse dei Contraenti*, Pádua, CEDAM, 1992, p. 329).

140. *Tratato di Diritto Commerciale*, v. 1, 5ª ed., Milão, Vallardi, 1934, p. 2. No original: "ripugnava alla tendenza unificatrice del genio giuridico romano un diritto speciale al commercio: esso sapeva far rientrare nei larghi concetti delle obbligazioni col suo pregnante linguaggio le variabili forme degli affari mercantili e le loro clausule tecniche".

135. *Principios de Direito Mercantil*, cit., p. 110.

136. "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 1.458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (...)."

137. 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", in AA. VV., *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*, Nápoles, Jovene, 1982, pp. 390 e 391.

É essa a estrada que o Novo Código obriga o direito comercial a trilhar no campo dos contratos comerciais: deverão todos — comercialistas e empresários — aprender a “fazer entrar” nos largos conceitos das obrigações, com sua linguagem preñhe de conceitos abertos (melhor dizendo, noções,

porque temporais e históricas), as mais variadas formas de negócios mercantis (*affari mercantili*), com seus aspectos técnicos específicos.

Um amparo nos resta: temos sólidas tradição e jurisprudência comercial a nos guiar.

Doutrina

O NOVO CÓDIGO CIVIL E A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS*

ARNOLDO WALD

I. Introdução. II. O Brasil no terceiro milênio. III. A evolução do direito privado. IV. Algumas considerações de direito comparado. V. Os contratos no Código Civil de 2002: V.1 Considerações gerais; V.2 As principais modificações: V.2.a A lesão; V.2.b Os contratos de adesão; V.2.c O solidarismo contratual; V.2.d A boa-fé objetiva; V.2.e A função social do contrato; V.2.f A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos. VI. Conclusões.

I. Introdução

1. Queremos, inicialmente, cumprimentar os organizadores do Colóquio Internacional que se realizou, em Roma, a respeito do “Novo Código Civil Brasileiro e o Sistema Jurídico Latino-Americano”, entre 23 e 25 de janeiro de 2003, pela eficiência e oportunidade do seu trabalho, que deu uma nova dimensão ao direito brasileiro e a sua divulgação no exterior. Agradecemos, em particular, ao Professor Sandro Schipani pelo honroso convite que nos fez para participar dos trabalhos do congresso, ao lado de eminentes juristas italianos, brasileiros e argentinos, devendo destacar a extraordinária dedicação que o mestre e sua equipe de colaboradores tiveram em relação tanto à organização do simpósio como no atendimento de cada um dos congressistas.

2. Para nós brasileiros, a vinda à Itália com o retorno às nossas fontes do direito e,

nos últimos anos, foi com grande alegria que vimos se estreitarem os laços entre os juristas dos nossos dois países e o interesse cada vez maior que os professores italianos passaram a ter em relação à evolução do nosso direito. Ao lado dos congressos internacionais nos quais nos encontramos, tanto na Itália quanto no Brasil e em outros centros jurídicos, sedimentando contatos e amizades, passou a haver, a partir da segunda metade do século passado, simpósios binacionais em São Paulo, Rio de Janeiro e Roma, assim como encontros entre professores italianos e juristas da América Latina em geral. Trata-se de importantes trabalhos de direito comparado que estão sendo realizados entre especialistas com a mesma formação e escala de valores, devendo salientar a incontestável influência que a legislação, a jurisprudência e a doutrina italiana tiveram e continuaram tendo no direito brasileiro. Por outro lado, o Brasil também contou, para o seu desenvolvimento, com uma importante colônia de emigrantes de primeira e segunda geração, que fizeram de São Paulo uma das maiores cidades italianas do mundo.

* Relatório apresentado em 25.1.2003 no Colóquio Internacional realizado em Roma a respeito do “Novo Código Civil Brasileiro e o Sistema Jurídico Latino-Americano”.