

## INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: LACUNAS, ATUAÇÃO DOS JULGADORES, BOA-FÉ E SEUS LIMITES

Integration of business contracts: gaps, actions of the judges, good faith and its limits  
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 45/2015 | p. 229 - 244 | Abr - Jun / 2015  
DTR\2015\9732

**Paula A. Forgioni**

Professora titular de direito comercial da Faculdade de Direito da USP.

**Área do Direito:** Civil; Arbitragem

**Resumo:** Trata-se de artigo que objetiva a análise da interpretação e integração contratual e as hipóteses de solução disponíveis para as lacunas nos contratos empresariais, sendo uma delas a intervenção do juiz ou do árbitro.

**Palavras-chave:** Arbitragem - Contratos Empresariais - Costumes - Boa-fé.

**Abstract:** The following text regards the analysis of the interpretation and integration of commercial contracts the available means of solving eventual gaps in the said contracts, being one of these methods the intervention of the judge or arbitrator.

**Keywords:** Arbitration - Commercial contracts - Tradition - Good faith.

### Sumário:

1. A integração dos contratos - 2. A solução da incompletude contratual - 3. A solução da incompletude pelos usos e costumes - 4. A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro - 5. A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes - 6. Boa-fé e incompletude - 7. Bibliografia

### 1. A integração dos contratos

É clássica<sup>1</sup> a separação entre interpretação e integração contratual. Na primeira, parte-se do texto para desdobrar seu sentido.<sup>2</sup> “[A] pura-se o que as partes quiseram ou, melhor, declararam querer”.<sup>3</sup> Na segunda, diante de inegável lacuna, da falta de previsão expressa sobre o tratamento que se deve dar a fato superveniente, o intérprete deverá [ou não] complementar a avença.

Embora, muitas vezes, em contratos de elevada complexidade, essa distinção não apareça com nitidez, há diferença mais ou menos evidente *entre aquilo que foi e aquilo que não foi pactuado*. O contrato é um exercício de previsão sobre o futuro. Algumas situações são cogitadas no momento da celebração, e sobre elas se dispõe. Por exemplo, um contrato de distribuição de chocolate no qual se estipula que o *dealer* deve atingir meta de compra de dez toneladas por mês. Se não o fizer, pagará multa de determinado valor. As situações expressamente previstas no instrumento costumam ser (ou deveriam ser) aquelas de maior importância para as partes.

Mas há outros contextos que restam sem qualquer referência. Tem-se, efetivamente, uma *lacuna* contratual. O que fazer? A incompletude não é novidade para os juristas, que sempre estiveram às voltas com a *integração contratual*, ou seja, com “a construção do regulamento contratual por obra de fontes heterônomas, diversas da vontade das partes”.<sup>4-5</sup> O art. 133 do Código Comercial de 1850 asseverava que, “[o]mitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”.

O problema é que, nos quadrantes do positivismo tradicional e do individualismo metodológico, a intervenção de terceiro no negócio desafia a autonomia da vontade. Tradicionalmente, “o acordo das partes deve ser completo; em outros termos, deve ser suficiente para criar o vínculo”.<sup>6</sup> Não é sem razão que inexistia disposição análoga ao art. 133 no Código Civil anterior. Admitir os usos e costumes como fonte integrativa de todos os negócios empresariais arrasta para dentro do contrato uma massa imensa de normas, sem o expresse consentimento das partes, desafiando a visão clássica.

Nesse contexto, a integração contratual nos contratos empresariais é raramente tratada pela doutrina e mesmo pela jurisprudência, que desviam do real problema. Contudo, diante da proliferação dos contratos complexos (e, portanto, incompletos) nos nossos dias, esse cenário vem se alterando.

## **2. A solução da incompletude contratual**

Em face das inevitáveis lacunas dos contratos complexos, de duas, uma: ou são solvidas e o negócio prossegue ou restam sem solução e o contrato encontra seu fim.

Vejamos algumas hipóteses de solução disponíveis nos contratos empresariais, bem como suas implicações jurídicas.

### **2.1 Regras dispositivas (“Default rules”)**

A classificação das regras jurídicas entre *imperativas* e *supletivas* é uma “maxime de tous le temps”,<sup>7</sup> que se emerge, a *contrario sensu*, do art. 6.º do Código de Napoleão: “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs”. A distinção é por vezes referida entre normas *cogentes* e *dispositivas*; a doutrina norte-americana trabalha com a terminologia “immutable” ou “mandatory rules” e “default rules”.

O ordenamento jurídico estabelece comportamentos que devem ser adotados pelas empresas, mediante normas “que se impõem por si mesmas, excluindo qualquer arbítrio individual”.<sup>8</sup> Mediante essas normas imperativas, o Estado define quais negócios serão ou não admitidos, quais práticas podem vir à luz no âmbito jurídico. Por exemplo, as partes não podem afastar seu dever de agir conforme a boa-fé na execução do contrato.

As normas dispositivas, por sua vez, são “todas aquelas que não se impõem ao respeito dos indivíduos senão supletivamente, visto poderem ser avulsas pela vontade dos interessados, e só na ausência desta são chamadas a reger suas relações e assim obrigatoriamente aplicadas pelo juiz”<sup>9</sup> ou árbitro.

As lacunas dos contratos podem ser colmatadas a partir da aplicação de regras dispositivas previstas no ordenamento. Assim, inexistindo penalidade expressamente regulada no contrato para descumprimento de alguma obrigação, serão devidas perdas e danos, conforme estatui o Código Civil.

A maior parte da doutrina entende que as regras dispositivas devem apontar para aquilo que as partes teriam normalmente estipulado, ou seja, reproduzem “a vontade presumida das partes, regulamentando a relação jurídica, como se os interessados a houvessem confeccionado, eles próprios”. Indo além desse subjetivismo, as regras dispositivas, grande parte das vezes, trazem aquilo que usualmente ocorre em situações semelhantes, considerando “as tradições, os costumes, os hábitos de interesse geral”.<sup>10</sup>

Nesse sentido, regras dispositivas podem implicar diminuição dos custos de transação, na medida em que poupam esforços e recursos que as partes despenderiam nas negociações de todos os pontos de um contrato.<sup>11</sup> Para Posner, as *default rules* “economize on transaction costs by supplying standard contract terms that the parties would otherwise have to adopt by express agreement”.<sup>12</sup>

## 2.2 A solução da incompletude por novo acordo

A doutrina especializada costuma apontar o acordo entre as partes como a mais clássica forma de supressão das lacunas contratuais. Diante da ocorrência de evento não contemplado no contrato, assiste aos contratantes a prerrogativa de, no exercício da autonomia da vontade, acertar a adaptação do negócio.

Nessa linha, colocam-se as cláusulas de *hardship* e de renegociação, comuns nos contratos internacionais. As primeiras determinam que, diante de certos eventos que perturbam o equilíbrio do contrato, a qualquer das partes assiste a faculdade de requerer sua modificação. Chega-se a estipular que a empresa onerada suspenda o adimplemento da obrigação até a solução do impasse. Já nas cláusulas de renegociação, não é pressuposta a alteração da equação econômico-financeira do negócio, tornando mais abrangente sua aplicação.

De qualquer forma, para evitar o fim da relação, é necessário que os contratantes *voluntariamente* cheguem a *consenso*. O ordenamento jurídico não obriga a parte à aceitação de novos termos, ainda que lhe sejam mais vantajosos. Há apenas o dever de negociar, não de alcançar acordo ou de aceitar termos impostos por outrem.<sup>13-14</sup>

## 3. A solução da incompletude pelos usos e costumes

A colmatação do contrato também pode derivar da *integração contratual pelos usos e costumes*. Essa regra, antes expressa no art. 133 do Código Comercial, hoje há de ser deduzida do art. 113 do CC/2002, que se coloca como instrumento para o suprimento de lacunas. Ampara-se a legítima expectativa da parte, baseada no comportamento que seria de se esperar do comerciante ativo e probo naquela situação. Larenz, com muita razão, observa que a interpretação integrativa não é mera ponderação das declarações de vontade individuais das partes, mas autêntica *regulação objetiva* criada pelo contrato, no contexto do mercado. “A boa-fé exige que cada parte aceite o contrato como fariam os contratantes honestos a partir da ideia básica da finalidade do negócio, tomando em consideração os usos do tráfico”.<sup>15</sup>

A jurisprudência brasileira traz exemplo dessa linha de solução em importante acórdão da lavra de Aliomar Baleeiro.<sup>16</sup> No final da década de 50, os litigantes haviam contratado a compra e venda de 2.000 arrobas de cacau, mas somente 800 arrobas foram entregues pelo vendedor. No pedido da mercadoria, único documento a comprovar a operação, acordou-se singelamente “a quantidade, data de entrega e preço”, nada sendo dito quanto à data do pagamento.

O comprador interpelou o vendedor para que entregasse a mercadoria; este se recusou, alegando que ainda não havia recebido o preço. Assim, nos termos do art. 1.092 do CC/1916 então vigente, o vendedor não estaria obrigado a entregar o cacau.

Ficou comprovado que os costumes comerciais da região determinavam que o pagamento se desse apenas após a entrega. Nas palavras de Aliomar Baleeiro: “Como é de uso muito antigo no comércio de cacau entre fazendeiros produtores e firmas exportadoras da Bahia, as operações se realizam a termo, para entrega futura, fixados desde logo em singelo ‘pedido’, – único documento – a quantidade, a data de entrega e o preço. Nada mais (...). É o uso imemorial na Bahia. Milhões de quilogramas são vendidos desse modo, cada ano, sem estrépito (...)”. O contrato foi completado pelos usos comerciais no que dizia respeito à determinação do prazo de entrega, não expressamente convencionado pelas partes.

Nem sempre há usos e costumes que possam ser invocados para sanar a disciplina contratual, ou são eles suficientemente institucionalizados a ponto de permitirem sua demarcação. A discussão desloca-se então para a eventual atribuição a terceiro do poder de completar as disposições do negócio.

#### **4. A solução da incompletude pelo juiz ou pelo árbitro**

Aqueles não acostumados à prática dos contratos empresariais complexos costumam defender que a integração contratual deve dar-se na maior amplitude possível. O intérprete estaria autorizado a, partindo do que foi escrito, dar-se a deduzir regras sobre aquilo que não o está, acatando intervenção exógena na solução de lacunas. Isso valeria até mesmo para contratos celebrados por partes sofisticadas, i.e., grandes agentes econômicos. Assim, o julgador haveria de empunhar os contratos associativos como verdadeiras *sociedades (partnerships)*,<sup>17</sup> impelido por um “princípio geral de preservação dos contratos”.

Essa visão não se coaduna com os vetores de funcionamento do direito comercial. Primeiramente porque, como observou Betti, pode ser “inútil e irrelevante dar-se a pesquisar uma vontade ‘suposta’ ou ‘presumível’ que, na realidade, não existiu<sup>18</sup>”. Adivinhar o que as partes teriam contratado se houvessem previsto determinado fato à época da contratação mostra-se, no mais das vezes, inadequado.<sup>19</sup> No processo de negociação, não é incomum que as empresas, deliberadamente, evitem enfrentar pontos controvertidos que aumentariam seus custos de barganha. *Ao assim proceder, assumem riscos que não podem ser ignorados pelo intérprete.* Impor obrigação não expressamente contratada pode significar a neutralização do risco assumido pelo agente econômico. *Lacunas não são um “defeito” do negócio jurídico, mas sua característica.*

Nos contratos entre empresas, a autonomia econômica não implica tributo ao velho individualismo, nem tampouco defesa dos agentes de maior porte. Seu respeito é

fundamental para a preservação das liberdades econômicas: ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou de sua própria vontade. Autorizar o intérprete a ajustar disposições contratuais em nome e por conta das partes pode golpear sua liberdade, ferindo a Constituição.

A presunção é diametralmente oposta àquela que decorreria da existência de um “princípio de preservação dos contratos”: não tendo as partes investido expressamente terceiro do poder de complementar os termos do acordo, assumiram o risco de seu aborto na ausência de futuro consenso. Agiram para preservar seu poder de conduzir suas próprias estratégias comerciais: “sem acordo, sem negócio”. Os prejuízos sistêmicos que adviriam do ataque ao princípio do *pacta sunt servada* e da liberdade de contratar não parecem compensados por eventual ganho decorrente na preservação forçada. É preciso abandonar certo “preconceito progressista” que presume ser o respeito ao pacto asserção própria apenas ao contexto social e econômico do século XVIII. Novamente: trata-se de um dos principais pilares do sistema mercantil; sem ele, rui o mercado. Exceções devem ser tomadas *cum grano salis* e se alçam não a partir da vontade do julgador, daquilo que ele entende ser “correto”, mas da prática de mercado e da preservação da *legítima* expectativa.

A jurisprudência comercial brasileira consolidou-se no sentido de refutar a intervenção exógena, em respeito à autonomia privada. Na síntese do Supremo Tribunal Federal: “não [pode] o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende do futuro entendimento e de valoração de dados ainda não colhidos. Se assim se fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das Partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declaração de vontade que elas não fizeram”.<sup>20</sup> Isso não significa, em absoluto, que o interesse egoístico do agente deva prevalecer sobre qualquer outro fim. Nada impede que, para dar concreção aos objetivos impostos pelos arts. 1.º, 3.º e 170 da Constituição do Brasil, o princípio do *pacta sunt servanda* seja mitigado. Em certos casos, o ordenamento admite que a parte seja impelida à contratação, como na hipótese de negativa de acesso a *facilidades essenciais*, estudada pelo direito concorrencial. Atualmente, entende-se que a recusa de contratar por parte do agente detentor de posição dominante pode caracterizar infração à ordem econômica, especialmente nos casos em que o bem ou o serviço é indispensável para a continuidade das atividades empresariais.<sup>21</sup> Outro exemplo de obrigatoriedade de contratação encontra-se no art. 473 do Código Civil, que impõe à parte denunciante a manutenção do contrato até a recuperação dos investimentos realizados pela outra em prol do negócio.

## **5. A solução da incompletude pela atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das partes**

Cientes da incompletude contratual e visando a estabelecer mecanismos de solução de problemas que germinarão durante a vida do negócio, no momento de sua celebração as partes podem atribuir o preenchimento de lacunas (a) a um terceiro ou (b) a uma delas.

Em exemplo: ao tratar da incompletude dos contratos de intercâmbio, o antigo Código Comercial previa a possibilidade de determinação do preço da mercadoria por terceiros, se assim fosse estipulado.<sup>22</sup> Essa alternativa continua presente no art. 485 do atual Código Civil. Há, contudo, diferença entre essas disciplinas: o Código Comercial estipulava que,

caso o terceiro não quisesse ou não pudesse cumprir sua função, ela seria desempenhada por arbitradores.<sup>23-24</sup> O atual Código Civil, visando a não obrigar as partes àquilo que não contrataram expressamente, sinaliza que, nos contratos de compra e venda, na hipótese de o terceiro não aceitar a incumbência, “ficará o contrato sem efeito, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa” (art. 485).

Alternativamente, é facultado às empresas convencionarem, no início da vida contratual, que uma delas será responsável por completar o regramento. Como ressaltou certo autor, “[a] atribuição a um contratante do poder de determinar unilateralmente o conteúdo do contrato incompleto constitui, em certas operações econômicas, solução necessária ou preferível, na falta da qual os interesses das partes não poderiam se realizar ou não restariam plenamente satisfeitos”.<sup>25</sup>

Os pontos a serem completados geralmente desempenham *função econômica* importante no negócio celebrado, revelando-se indispensáveis para o sucesso do empreendimento comum. Exemplo clássico é a cláusula de *estoque mínimo*, mediante a qual se atribui ao fornecedor a faculdade de, durante a vida do contrato, estabelecer ou alterar a quantidade de bens que o distribuidor deverá manter em estoque. A *função econômica* dessa estipulação relaciona-se ao bom atendimento ao consumidor; se não encontrar o produto no estabelecimento do distribuidor, poderá dirigir-se àquele do concorrente.

A licitude dessas estipulações contratuais é muitas vezes contestada, sustentando alguns que seriam *puramente potestativas*, vedadas em nosso ordenamento jurídico pelo art. 122 do Código Civil.<sup>26</sup> A potestatividade restaria configurada “quando se releva ao exclusivo arbítrio de uma das partes todo o efeito da manifestação da vontade, não possibilitando à outra parte a interferência volitiva nessa formação”.<sup>27</sup>

É importante retomar aqui a distinção encetada pela doutrina civilista entre as cláusulas *puramente potestativas* [ou potestativas puras], fulminadas pela nulidade, e aquelas *meramente potestativas*, que seriam válidas. Nas primeiras, a eficácia do ato jurídico [ou seja, a produção de seus efeitos típicos] fica condicionada à vontade exclusiva de uma das partes.<sup>28</sup> Nas *cláusulas meramente potestativas* o devedor não está sujeito ao capricho do credor. Elas “dependem da prática de algum ato por parte do contraente, na dependência, porém, do exame de circunstâncias que escapam ao controle dele”, afirma Washington de Barros Monteiro.<sup>29</sup> Para Carvalho Santos, na “condição simplesmente potestativa, (...) o evento não está subordinado única e exclusivamente à vontade ou ao arbítrio da parte, mas depende também de um conjunto de circunstâncias, que independem de sua vontade”.<sup>30</sup>

Assim, a potestatividade será afastada se os efeitos da cláusula não dependerem exclusivamente da vontade de uma das partes, mas também de circunstâncias objetivas<sup>31</sup> que se relacionam à busca do êxito do empreendimento comum. Justificam-se e embasam-se, pois, na *função econômica* pressuposta pelas partes quando da contratação.

Assim, o parâmetro da *função econômica* é fundamental por conferir *objetividade* à determinação dos limites da licitude do exercício de poder que, embora *unilateralmente* detido, foi por ambas as empresas atribuído a apenas uma delas.

Essa conclusão não afasta a condenação do *abuso* nos contratos interempresariais,

repelindo-se o exercício *disfuncional* (= contrário à função econômica) da faculdade de colmatar unilateralmente as lacunas contratuais, nos termos do art. 187 do Código Civil. Esse abuso tem lugar quando a empresa “completa” o regramento não respeitando a função econômica da cláusula, que justificou a atribuição desse poder a apenas uma das partes, dispensando o consenso posterior. No exemplo acima, haveria abuso caso o fornecedor impusesse ao distribuidor a compra de quantidade exagerada de bens (i.e., superior àquela necessária ao bom atendimento do consumidor), visando a desovar produtos de pouca aceitação no mercado.

O oportunismo disfuncional não há de ser tolerado; o exercício do poder conferido a uma das partes deve ocorrer dentro dos limites impostos pela boa-fé e, conseqüentemente, da função econômica dele esperada.<sup>32</sup>

## 6. Boa-fé e incompletude

A solução de problemas derivados da incompletude dos contratos tem se socorrido de institutos tradicionais do direito comercial, que há muito pertencem ao nosso patrimônio jurídico, tais como a proteção da legítima expectativa, o respeito à sua função econômica, a vedação ao abuso de direito e, principalmente, a boa-fé.<sup>33</sup> Existe inegável tendência de resolução dos conflitos tomando como norte as chamadas *cláusulas gerais*, ainda mais acentuada após a edição do novo Código Civil.

A consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos substitui a lógica oportunista, *advantage-taking*, por outra *colaborativa*, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum. “Se as partes firmaram acordo é porque comungavam do mesmo objetivo. Ocorre que se o objetivo é comum, é necessário que as partes colaborem antes, durante e após a conclusão do contrato para a sua consecução”.<sup>34-35</sup>

Mostra-se fundamental para a integração do negócio a demarcação da sua *função econômica* – unida à “natureza” e ao “espírito” da associação. O dever de colaboração impõe-se para a consecução desse *fim comum* e, portanto, é a partir dele que borbotarão condutas obrigatórias para as partes, devidamente objetivadas (e previsíveis) pelo mercado. Tudo é sempre feito a partir da observação daquilo que normalmente ocorre na prática comercial, a ponto de gerar legítima expectativa, i.e., fundada confiança de que a outra parte comportar-se-ia de acordo com a praxe.

*É com essa perspectiva objetiva, ligada à prática, que a boa-fé vai se abrindo em comportamentos concretos,<sup>36</sup> assumindo função integrativa largamente admitida pela doutrina.<sup>37</sup> Transforma-se, além de parâmetro de interpretação, em fonte de deveres e de obrigações. Adverte Clóvis do Couto e Silva que “[n]ão se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”.<sup>38</sup>*

A boa-fé objetiva, especialmente nos contratos complexos, pode levar os chamados deveres laterais, ou seja, “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, “deveres de comportamento”, “deveres de proteção”,<sup>39</sup> que se dirigem a ambos os polos da relação jurídica. “Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”.<sup>40</sup>

As “circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual”<sup>41</sup> podem ser

fonte de deveres e de obrigações.<sup>42</sup> O caso não é, contudo, de “tirania dos valores”.<sup>43</sup> O controle do oportunismo requer a análise da estrutura econômica da operação, das circunstâncias que a acompanham e dos mercados a ela relacionados.<sup>44</sup>

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

É preciso evitar o risco de empregar a boa-fé como remédio para todos os males, empregando-a em nome de amorfa busca da “justiça social”. Não se trata de uma caixa de Pandora, da qual se podem extrair as soluções mais díspares.<sup>45</sup> Sempre na dicção de Larenz: “O juiz não deve impor seus próprios módulos às partes, que determinam por si o conteúdo do contrato no âmbito de sua autonomia privada, mas apenas levar a termo a ponderação das valorações em que elas se basearam”.<sup>46</sup> Especificamente no que toca ao direito comercial, *a boa-fé não pode ser aplicada de maneira a despir o agente econômico da sagacidade que lhe é peculiar*. Tampouco deve ser sacada como justificativa para o inadimplemento da parte ou desculpa para comportamentos imprudentes ou desconformes ao parâmetro de mercado.

## 7. Bibliografia

ALPA, Guido. *Il contratto in generale. Fonti, teori, metodi*. Milano: Giuffrè, 2014. vol I.

\_\_\_\_\_. *L'interpretazione del contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

\_\_\_\_\_. La buona fede integrativa. Note sull'andamento parabolico delle clausole generali. In: GAROFALO, Luigi (org.). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporânea*. Padova: Cedam, 2003. vol. I.

AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling Gaps in Incomplete Contracts. An Economic Theory of Default Rules, 99. *Yale Law Journal* 87 (1989). Disponível em: [[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1545/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1545/)]. Último acesso em: 29.04.2015.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil – Parte geral*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

CAPOBIANCO, Ernesto. *Il contratto dal testo alla regola*. Milano: Giuffrè, 2006.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. vol. 3.

COLLINS, Hugh. Discretionary powers in contracts. In: \_\_\_\_\_; CAMPBELL, David; WIGHTMAN, John (eds.). *The implicit dimensions of contract, discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRISCUOLO, Fabrizio. Adeguamento del contratto e poteri del giudice. In: MARZIO, Fabrizio di (org.). *Il nuovo diritto dei contratti – Problemi e prospettive*, Milano: Giuffrè, 2004. 191-204.

EISENBERG, Melvin A. Relational contracts. In: BEATSON, Jack; DRIEDMANN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. New York: Oxford, 1997.

FICI, Antonio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. 2. ed. Torino: Utet, 2015.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*. 3. ed. Saint Paul: Thomson, 2005.

IRTI, Natalino. Un diritto incalcolabile. *Rivista di diritto civile*. vol. 61, n. 1, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte general*. Trad. esp. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Caracas: Edersa, 1978.

MACARIO, Francesco. Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura. In: FERRONI, Lanfranco. *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia private*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

MARASCO, Pasquale Gerardo. La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto. *Contratto e Impresa* 2 (2005), 539-578.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

PÉRÈS-DOURDOU, Cécile. *La règle supplétive*. Paris: LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004. t. 421.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. V

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company,

1992.

RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*, 187, Milano: Giuffrè, 2004.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 43, n. 141, 2006, 7-30.

SANTORO, Guido. *La responsabilità contrattuale (I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale)*. Padova: Cedam, 1992.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil. Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 1

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1964.

TODARO, Verônica. Buona fede contrattuale, nuovi sviluppi della Cassazione. *Contratto e impresa – Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano* 2. Padova: Cedam, 2005. 579-591.

1 A autoria agradece a cuidadosa revisão e valiosas opiniões do Prof. Rodrigo Octavio Broglia Mendes e de Maira Yuriko Rocha Miura.

2 Sobre a interpretação dos contratos entre empresas, v. Paula A. Forgioni, *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

3 Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, p. 360.

4 Vincenzo Roppo, *Il contratto*, p. 461. Bulgarelli apontava a pouca difusão da integração contratual entre nós, pois os autores, apesar de mencioná-la, não lhe dedicavam maior atenção. Define-a como “um processo específico mais profundo que a simples interpretação, permitindo não só a complementação das lacunas verificadas no contrato, como também a sua própria ‘complementação’, através da invocação do ordenamento jurídico” (*Contratos mercantis*, p. 145).

5 A interpretação integrativa distinguir-se-ia daquela que visa a meramente aclarar o sentido do texto. Na primeira, o juiz “constrói” o contrato, considerando sua base econômica; na segunda, busca o significado do negócio para adequá-lo à disciplina vigente (cf. Guido Alpa, *L’interpretazione del contratto*, p. 215).

6 Guido Alpa, *Il contratto in genere*, p. 465.

7 Portalis, a propósito de comentar o art. 6.º do Código de Napoleão, conforme informado por Cécile Peres-Dourdou, *La règle supplétive*, p. 3.

8 Serpa Lopes, *Curso de direito civil. Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*, p. 64.

9 Idem, p. 65.

10 Idem, p. 65.

11 Para crítica a essa visão, vide Ian Ayres e Robert Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: na economic theory of default rules*.

12 *Economic analysis of law*, p. 396.

13 A questão longe está de ser pacífica, notando-se, nos últimos anos, movimento a favor da imposição do dever de renegociar e, com isso, de manter o contrato. Na opinião dos adeptos dessa corrente, o dever de renegociar não afrontaria a autonomia negocial das partes porque "a obrigação de renegociar, de acordo com a exigência própria dos contratos de longo período, permite a realização e não a alteração da vontade das partes" (Pasquale Gerardo Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, p. 553).

14 É defeso à parte *abusar* de sua prerrogativa de não modificar o contrato. No entanto, são notórias as dificuldades de se impedir o oportunismo, em virtude da fluidez das fronteiras que separam o uso do abuso do direito de não se vincular.

15 *Derecho civil*, p. 745.

16 STF, RE 79545, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 22.11.1974.

17 Segundo Melvin A. Eisenberg, as "novas" regras propostas pela doutrina especializada para o tratamento jurídico dos contratos relacionais orientam-se pelos seguintes parâmetros: (a) tornar mais flexível ou mesmo superar o clássico esquema "oferta/aceitação" como base para a formação do contrato; (b) diminuir a intolerância a regras contratuais indefinidas, tais como *agreements to agree*, obrigações para a negociação conforme os princípios da boa-fé etc. (ou seja, reavaliação do tratamento de cláusulas gerais); (c) aumentar as possibilidades de alteração contratual em casos de modificação das circunstâncias, tais como *impossibility, impracticability, and frustration*, causas legítimas para o descumprimento do pacto; (d) atribuir maior eficácia a cláusulas do tipo "melhores esforços"; (e) tratar os contratos relacionais como autênticas sociedades (*partnerships*) uma vez que envolvem empresa comum; (f) conferir caráter unitário aos contratos relacionais; (g) impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé, praticar preços "equitativos", quando houver modificação do contexto contratual, e até instituir para uma das partes o dever de aceitar essa mudança; (h) permitir aos Tribunais adaptarem ou revisarem as cláusulas contratuais, incluindo preços, dentro de um contexto em que as perdas de uma parte fossem compensadas pelo lucro obtido pela outra (*Relational contracts*, p. 298-299).

18 No original: "è inutile e irrilevante andare a ricercare una volontà 'supponibile' o 'presumibile', che in realtà non ci fu" (*Teoria generale del negozio giuridico*, p. 343).

19 Ao comentar o art. 704 do Código Civil Português, leciona Inocêncio Galvão Telles: "Porque se manda aí atender às consequências *usuais*? Porque os sujeitos, conquanto as não tenham mencionado, decerto as quiseram, ou pelo menos as *teriam querido*, caso as houvessem previsto. Ora, se é assim, porque não considerar também abrangidas no contrato cláusulas que as partes não expressaram, mas que *teriam querido* se tivessem pensado nelas e na sua possível necessidade? A resposta afirmativa impõe-se, pelo menos todas as vezes que sem a integração da lacuna se torne impossível a execução da declaração de vontade no seu conjunto. O critério orientador é aqui o mesmo que vimos dominar os problemas, afins a este, da *redução* e *conversão* dos contratos: a determinação da vontade conjectural ou hipotética das partes. Não se trata de averiguar o que estas *provavelmente quiseram*, mas o que *teriam querido* se se houvessem ocupado da matéria que deixaram em branco" (*Manual dos contratos em geral*, p. 361).

20 REsp 88.176, rel. Moreira Alves, RTJ 92:251. Sobre a jurisprudência italiana, no mesmo sentido da brasileira, cf. Guido Santoro, *La responsabilità contrattuale*, p. 764 e ss.

21 Essa situação ocorreria na presença dos seguintes elementos (a) controle da facilidade essencial por agente econômico detentor de posição dominante; (b) impossibilidade de o contratante que pretende obter a facilidade essencial construí-la ou obtê-la de outra forma razoável; (c) recusa de acesso para um concorrente; e (d) possibilidade de fornecimento de acesso à facilidade essencial pela empresa em posição dominante, ou seja, "the feasibility of providing the facility". Sobre o tema das facilidades essenciais, a doutrina antitruste é muito extensa. Para síntese das diversas posições, cf. Hovenkamp, *Federal antitrust policy*, p. 305 e ss. Vide, também, Paula A. Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*, p. 322 e ss.

22 "Art. 194. O preço de venda pode ser incerto, e deixado na estimação de terceiro; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores."

23 Isto é, por peritos arbitradores nomeados em juízo, consoante arts. 189 a 205 do Dec. 737, de 1850.

24 A referência é de José Alexandre Tavares Guerreiro, baseado nas lições de Luiz Gastão Paes de Barros Leães (*Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, p. 32).

25 Antonio Fici, *Il contratto incompleto*, p. 54.

26 Art. 122, *in verbis*: "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes".

27 STJ, REsp 54.989, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado em 23.06.1997.

28 Para Pontes de Miranda, a "potestatividade pura estabelece o arbitrário, que é a privação do direito, da relação jurídica; (...) o querer puro, sem limites, repugna ao direito"

(*Tratado de direito privado*, t. V, p. 157).

29 *Curso de direito civil*, vol. 1, p. 238.

30 *Código Civil brasileiro interpretado*, III, p. 34.

31 Paula A. Forgioni, *Contrato de distribuição*, p. 267 e ss.

32 A doutrina em língua inglesa costuma referir-se ao poder conferido por essas cláusulas como *discretionary power*. Sobre o tema, cf. Hugh Collins, *Discretionary powers in contracts*. Em interessante conclusão, o autor aponta a “dimensão implícita” das “legítimas expectativas” das partes como parâmetro a ser levado em consideração no controle do exercício dos poderes discricionários.

33 “Le pronunce che rinviano al principio di buona fede sono in costante crescita. Più frequente che in passato è anche il ricorso alla nozione di abuso del diritto” (Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell’economia*, p. 337). No mesmo sentido, Guido Alpa, *La buona fede integrativa. Note sull’andamento parabolico delle clausole generali*, p. 155. “Particolarmente rilevanti appaiono oggi la normazione ed i principi comunitari al fine della interpretazione-integrazione di quelle formule elastiche, siano esse o meno clausole generali, a contenuto variabile, rispetto alle quali è affidato all’interprete il compito di concretizzarne il contenuto, in linea con i criteri assiologici desumibili dal sistema normativo nelle sue varie articolazioni ed ai suoi vari livelli” (Fabrizio Criscuolo, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, p. 195). Para comentário de sentenças da Corte de Cassação italiana reconhecendo a boa-fé integrativa, concluindo que “l’applicazione del principio di buona fede si esplica in un’attività negoziale di integrazione del texto contrattuale, che deve essere inteso così come lo avrebbero voluto contraenti onesti e leali”, cf. Veronica Todaro, *Buona fede contrattuale, nuovi sviluppi della Cassazione*.

É inegável o contexto favorável à expansão da aplicação das cláusulas gerais em que hoje nos encontramos, especialmente em relação aos contratos complexos. Sempre é útil recordar a lição de Stefano Rodotà: em determinados contextos, afloram as cláusulas gerais por uma questão de necessidade: “In verità, più che da una ferrea legge, la fortuna o il declino delle clausole generali dipendono dallo specifico contesto storico in cui di volta in volta devono essere riguardate” (*Le fonti di integrazione del contratto*, p. 187).

34 Calixto Salomão Filho, *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*, 15. “A função da ideia de boa-fé no direito contratual, especialmente se este é entendido como instrumento de organização social – e essa é sem dúvida uma premissa que precisa ser aceita (...) – é permitir a cooperação contratual entre as partes no cumprimento dos objetivos econômicos do contrato. Na verdade, a boa-fé nada mais é que um dos corolários da ideia cooperativa” (*Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*, p. 21).

35 A ideia de colaboração como inerente ao contrato vem repisada no art. 1.202 dos

Princípios de Direito Europeu dos Contratos, nos seguintes termos: "Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract".

36 Roppo, *Il contratto*, p. 495 e ss.

37 "Da tempo dottrina e giurisprudenza riconoscono nella buona fede (oggettiva) un'importantissima fonte d'integrazione del contratto". Para a resenha bibliográfica sobre a boa-fé integrativa, v. Ernesto Capobianco, *Il contratto dal testo alla regola*, p. 201, e, também, Roppo, *Il contratto*, p. 505. Ainda sobre a função integrativa da boa-fé, explica Judith Martins-Costa: "para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atual, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto" (*A boa-fé no direito privado*, p. 429).

38 *A obrigação como um processo*, p. 34.

39 Expressões de Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, p. 279.

40 Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 440.

41 Dicção de Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 430.

42 Esse método também é advogado pelos autores da linha dos contratos relacionais, que procuram flexibilizar a visão tradicional, neoclássica. Assim, Ian Macneil sustenta que sua consideração exige o reconhecimento de que cada negócio está enraizado (*embedded*) em relações complexas, de forma que se exige sejam considerados os elementos essenciais das relações que os envolvem. Aponta esse autor as seguintes características dos contratos relacionais: "First, every transaction is embedded in complex relations. Second, understanding any transaction requires understanding all essential elements of its enveloping relations. Third, effective analysis of any transaction requires recognition and consideration of all essential elements of its enveloping relations that might affect the transaction significantly. Fourth, combined contextual analysis of relations and transactions is more efficient and produces a more complete and sure final analytical product than does commencing with non-contextual analysis of transactions" (*Relational contract theory: challenges and queries*, p. 881).

43 Na conhecida expressão de Carl Schmitt, retomada por Natalino Irti (*Un diritto incalcolabile*).

44 Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, p. 349.

45 Paolo Gallo, *Contratto e buona fede*, p. 606.

46 *Derecho civil*, p. 746.

