

2.1 Introdução

“O Commercio para medrar e desenvolver-se necessita, além do seu mechanismo especial, o transporte e intelligente distribuição das mercadorias, de segurança, estabilidade e confiança.”

José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu¹

O mote da maioria dos discursos sobre a unificação do direito das obrigações, seguindo a síntese de Ripert², 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, escondo para além de estêreis 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 e 5}. Em relação ao direito comercial,

¹ LISBOA, José da Silva (o Visconde de Cairu), *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. 6. ed. Rio de Janeiro: Typographia Académica, 1874, v. 26.

² *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: LGDJ, 1946, p. 330 e s.

³ La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, v. 32, p. 5, 1934.

⁴ “È dunque innanzi tutto specialità dei suoi principi che si si può fondare l'esistenza di un diritto speciale: principi speciali, frutto a loro volta 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” (ASCARELLI, Tullio. La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, cit., p. 6).

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 e 8}. Assim, o processo histórico de generalização dos princípios de direito comercial colocou-os como embaixadores de um direito unificado das obrigações⁹⁻¹⁰.

⁵ ASCARELLI, Tullio. *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 (*Lezione di diritto commerciale romano*. Torino: 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 sia 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 nel sistema dualistico caratterizzavano la disciplina degli atti e delle obbligazioni commerciali” (*Diritto commerciale – Diritto dell'impresa*. 3. ed. Torino: 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

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, quais sejam:

(i) de repressão ao abuso do poder econômico e de tutela da concorrência¹¹;

(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.

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 interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam.

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

comercial, provocada pela sua decidida invasão e domínio sobre o direito civil” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. 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).

essa razão, um idealismo ingênuo e exagerado em torno de "novos" dogmas não pode cegar o intérprete a ponto de fazê-lo aplicar acodadamente 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 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.¹²⁻¹³

¹² 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 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 2.6. *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 pluraliteral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulamentam" (GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11). V., sobre a distinção entre contrato e negócio jurídico, GALLO, Paolo. *Direito privado*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2002, p. 358.

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 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Aspectos da integração dos contratos no direito comercial*. São Paulo: Pioneira, 1979. V. tb. 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*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971, p. 129 e s. 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*. Padova: CEDAM, 2000, p. 337 e s.) e (ii) Mario CASELLA. *Il contratto e l'interpretazione*. Milano: 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".

¹³ Há inúmeros outros vértices do sistema de direito comercial, mas aqui concentramos-nos naqueles mais adequados para uma breve explanação sobre o tema tratado. Ademais, é importante ressaltar: nenhuma dessas bases do sistema é por si absoluta, 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.

Enfim, se temos todos a crença de que o direito privado deve ater-se a valores outros que não relacionados a um liberalismo exacerbado, não podemos permitir que esse ideal seja abortado pela impossibilidade de funcionamento adequado do ordenamento jurídico empresarial ou por sua indevida “consumerização”.

2.2 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 daquela 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 Chiovenda¹⁴, “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 econômica¹⁵ do negócio. Se o estabeleci-

82

¹⁴ “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*. Napoli: Jovene, 1933, v. 1, p. 188).

¹⁵ “A vida econômica desdobra-se através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, sua causa” (GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 22). A exposição de Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: UTET, 1950, p. 168-170) sobre a função econômica dos negócios é das mais difundidas

mento do vínculo não interessar ao empresário, ele simplesmente não contratará¹⁶. A primeira objeção que se pode desferir contra tal assertiva é a de que há empresários que desfrutam de situação econômica vantajosa em relação ao outro; também 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 direito comercial na Europa e nos Estados Unidos¹⁷.

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 perchè). 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”.

¹⁶ Logicamente não estamos nos referindo a situações de contratação coativa ou necessária, tampouco a relações consumeristas.

¹⁷ FORGIONI, Paula A. *O contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

83

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 desleal¹⁸, 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 colocariam em perigo o seu funcionamento¹⁹⁻²⁰.

2.2.1 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 credibili-

¹⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁹ 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, 2002, p. 117). A respeito da necessidade de segurança jurídica para o sistema, v. CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 112 e s.

²⁰ 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*. Tradução portuguesa de Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 161 e 163).

dade 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”²¹⁻²². Por isso, Clóvis do Couto e Silva inicia sua obra assegurando que “a relação obrigacional (...) se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”²³.

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

²¹ PAJARDI, Piero. *Radici e ideologie del fallimento*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 6 e s. 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”.

²² 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., p. 34).

²³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5.

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 satisfação²⁴.

A título exemplificativo: quando o sistema jurídico disciplina a falência, tem em vista a tutela do crédito, ainda que modernamente 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 investimento²⁵.

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.

2.2.2 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

²⁴ "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*. Padova: CEDAM, 1933, p. 5, ristampa inalterata).

²⁵ Vivante faz referência aos problemas enfrentados pelos comerciantes na Roma Imperial em virtude de normas que prejudicavam 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 fiacche e pietose che, per una malintesa clemenza pei debitori, erano invalse nel diritto di Roma imperiale" (*Istituzioni di diritto commerciale*. 57. ed. Milano: Hoepli, 1935, p. 4).

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. "Aquele 'prever' ou antever, onde um sujeito confia no agir de outrem"²⁶. A ordem, assim, diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme determinada 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")²⁷. Há uma gama de negócios em que o sistema jurídico considera o intento individual do agente, porém após ser rebatido no caráter pessoal e mecânico do mercado.

Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anô-

²⁶ IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 5-6. No original: "Quel 'prevedere' o vedere prima, onde un soggetto confida nell'agire altrui".

²⁷ Cf. IRTI, Teoria generale del diritto e problema del mercato. *Rivista di Diritto Civile*, anno 45, n. 1, gen./feb. 1999, p. 22-23.

nima e repetida a que fizemos referência. Daí que ambos os empresários planejem sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com esse padrão "de mercado". Entretanto, não é desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso poderia levar 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, previsíveis²⁸. 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 do sistema que deve garantir a segurança e a previsibilidade.

A racionalidade possui também uma dimensão lógica substantiva ou material, a qual 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 direito são selecionados por meio de um processo de análise lógica, conforme a previsão de regras gerais²⁹. 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)³⁰ 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 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 cardais do pensamento weberiano³¹: 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 —, em uma economia em expansão, aqueles que têm "interesses de mercado" constituem o grupo mais importante³².

²⁸ WEBER, Max: *General economic history*. Tradução inglesa de Frank H. Knight. Glencoe: The Free Press, 1950, p. 277.

²⁹ O racional contrapõe-se ao irracional, ou seja, ao não governado por regras gerais (WEBER, Max: *Law in economy and society*. Tradução inglesa de Edward Shils. Cambridge: Harvard University Press, 1954, p. 63).

³⁰ REBUFFA, Max Weber e la scienza del diritto. Torino: Giappichelli, 1978, p. 86-87.

³¹ Ainda que dentro de uma lógica cujo "vício de abstração" pode ser criticado (BESSONE, Mario. Causa típica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza. In: ALPA, BESSONE e ROPPO. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982, p. 21-22).

³² *Law in economy and society*, cit., p. 100.

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"³⁵. 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.

2.2.3 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)³⁶. Ou seja, é

empresariais, trabalhistas ou com consumidores. (...) É 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?, *Revista Crítica Jurídica*, v. 18, 2001, p. 121).

³⁵ *Derecho civil*: parte general. Tradução espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978, p. 59.

³⁶ Desnecessário frisar que esse pressuposto está intimamente ligado à questão da autonomia contratual.

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)³³.

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)³⁴.

³³ 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. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 122 e s. Do mesmo professor. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46-47).

³⁴ 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 contamina todos os contratos, sejam administrativos,

a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes 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 escolha³⁷.

Conquanto a questão passe despercebida de muitos, é possível entendermos a relação entre escolha e erro dentro do sistema microeconômico³⁸, valendo-nos da lição de Williamson: a maioria das atividades econômicas é desenvolvida por empresas (*firms*)³⁹. Estas não são meras “curvas de custo e de demanda”, indo além da “lógica do preço ótimo e da combinação de insumos”⁴⁰⁻⁴¹.

92

³⁷ 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 em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=245488>, acesso em: 1^a mar. 2002).

³⁸ 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 (LEBRETON, Sylvie. **L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes**. Paris: Litec, 2002, p. 62).

³⁹ **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 94.

⁴⁰ COASE. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 3.

⁴¹ Explica Coase que, para os economistas, o sistema econômico funcionaria

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!⁴²

Podemos dizer que o erro é possível dentro do sistema, porque não é o “infalível” 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).

93

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 função do mecanismo do preço (**The firm, the market and the law**, cit., p. 34 e s.).

⁴² “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).

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 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, o sistema jurídico (i) estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconômica 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 competitiva⁴³.

No entanto, é preciso deixar vincadas duas anotações:

1) 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

2) mesmo considerando relações entre empresários, é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um

⁴³ Definida no § 1º do art. 20 da Lei Antitruste brasileira (Lei n. 8.884/94): “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”.

em relação ao outro, sob pena de consagrarmos igualdade meramente formal. 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)⁴⁴.

2.2.4 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

⁴⁴ A respeito da dependência econômica, v. FORGIONI, Paula A. O contrato de distribuição, cit., p. 277 e s.; MACARIO, Francesco. Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura. In: AA.VV., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 131; GUYON, Yves. *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*. 11.ed. Paris: Economica, 2001, t. 1, p. 971; COURTÈS, Marc. *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, tese (Doutorado) – Universidade de Montpellier I, Montpellier, p. 234 e s.; AMIEL-COSME. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995, p. 216 e s.; GERBER, David. *Law and competition in the twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 324 e s.

existência de diferenciais competitivos⁴⁵. Um sistema que permitisse ao contraente liberar-se de seus compromissos porque, a seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor.

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 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 mercado⁴⁶.

⁴⁵ 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 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 proscricção do enriquecimento sem causa, o princípio do *nemo ad factum praticae cogit potest*” (Revista Forense, v. 261, p. 27).

⁴⁶ “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 supra-individuais negociados, e tirando certos domínios em que há interesses supra-individuais (designadamente, de protecção social) no estabelecimento de limites imperativos (taxas de juro, actualização das rendas, etc.), o controle material da justiça contratual parece dever, pois, em nome da própria autonomia que visa proteger (...) parecer de dever (...) ser subtraído à intervenção do direito objectivo” (MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 61-62).

Por isso, sublinha Roppo que o direito, quando exerce um controle dos contratos, cuida (i) da salvaguarda do interesse público (ou seja, tutela as razões da coletividade contra as dos contraentes), bem como (ii) da garantia da autonomia privada⁴⁷. 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”⁴⁸. Em suma: ao direito compete preservar o mercado (i. e., a fluência das relações econômicas), viabilizando o “jogo” por meio de 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 a realização de uma interpretação jurídica dos negócios comerciais.

2.3 Os particularismos do sistema de direito comercial

2.3.1 Uma perspectiva histórica

O substrato do sistema de direito comercial é composto por

⁴⁷ A primeira meta, diz Roppo, é desempenhada pelo controle da licitude; a segunda, pelo controle da funcionalidade (O contrato. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 222 e s.). Vale também a referência à obra de Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 38 e s., que analisa as formas de intervenção pública do domínio privado (especialmente nos contratos) sob a ótica da tutela constitucional na autonomia privada.

⁴⁸ “Assegurando o respeito pelas regras de jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstrata 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 geral do lucro” (Roppo. O contrato, cit., p. 225).

dois tipos de normas, que acabam desaguando na disciplina da atuação das empresas:

– aquelas originadas dos próprios comerciantes em sua prática, e que viabilizam a fluência de relações no mercado, sob a mesma força motriz do nascimento do direito comercial, da nova *lex mercatoria*⁴⁹ e dos usos e costumes comerciais;

– 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 mercadores⁵⁰⁻⁵¹.

A dicotomia de fontes que acabamos de destacar é historicamente comprovada. Conforme a clássica doutrina, em sua origem,

⁴⁹ Ensina José Alexandre Tavares Guerreiro: “somente na corporação medieval se vislumbrou um centro de irradiação normativa, autônomo em relação ao Estado e capaz, por isso mesmo, de diferenciar um setor de atividade nitidamente profissional, vocacionado a atuar acima das limitações políticas, em plano caracteristicamente *inter* ou *supranacional*” (**Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 89). Interessante a crítica de Hermes Marcelo Huck sobre os *limites da lex mercatoria*, que nos faz perceber a força das regras originadas dos Estados sobre aquelas talhadas pelos comerciantes: “As regras do comércio internacional encontram-se sempre vinculadas a um direito nacional. Paralelamente a essa vinculação, deve haver uma aceitação dos princípios desse conjunto de regras pelos próprios direitos nacionais, pois, caso contrário, a ordem pública soberana de cada Estado há de barrar a aplicação direta ou indireta desse mesmo conjunto de princípios perante o referido direito nacional” (Sentença estrangeira e “*lex mercatoria*”. In: **Horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118).

⁵⁰ Sobre a tensão existente entre o regramento das corporações e das cidades, v. CALASSO. **Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 143 e s.

⁵¹ Os estudos de Schioppa iluminam ainda mais os limites de auto-regulação dos estatutos das corporações (**Saggi di storia del diritto commerciale**. Milano: LED, 1992, p. 29).

o direito comercial emerge, por volta do século XII, da necessidade de prática dos comerciantes, para quem o direito romano (que estava então sendo redescoberto) não bastava para (i) atribuir maior grau de segurança e de previsibilidade às relações comerciais e (ii) proteger a celeridade e outras características peculiares da vida mercantil⁵². Mas ao mesmo tempo 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 diversos⁵³. 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 preço não excessivo. Saporì 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 mercadorias⁵⁴. Algumas cidades chegaram a fixar o lucro má-

⁵² Muito se tem discutido sobre a existência de um “direito comercial” em Roma. V. SERRAO, Feliciano. **Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale**. Pisa: Pacini, s.d.; e também CERAMI, Pietro e PETRUCCI, Aldo. **Lezione di diritto commerciale romano**, cit., esp. p. 5 a 38.

⁵³ O que não impediu que, em várias cidades, as corporações de ofício acabassem amalgamadas ao poder político.

⁵⁴ DAY, Clive. **Historia del comercio**. México: Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 51.

ximo que uma determinada categoria profissional poderia obter para a “tutela dos consumidores menos abastados”⁵⁵.

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 então enfrentadas era o estabelecimento dos limites da competência de cada um desses juízos e, em especial, dos tribunais especiais⁵⁶, que aplicariam o direito excepcional. A demarcação torna-se crucial porque, em alguns casos, os próprios juízes ligados às comunas também aplicariam o direito corporativo⁵⁷. Havia que 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 cidades⁵⁸. Vale dizer, as normas definidas pelas

100

⁵⁵ Saporì observa a força política das corporações mais poderosas: o lucro médio do comércio de tecidos franceses era da ordem de 12%, sendo certo que o lucro de um padeiro e outros profissionais pertencentes a categorias menores estava bem abaixo desse percentual (*Studi di storia economica medievale*. 2. ed. Firenze: G. C. Sansoni, 1946, p. 222).

⁵⁶ Destaque-se que os conflitos entre os cônsules e as autoridades das comunas sobre o âmbito de aplicação dos estatutos das corporações eram bastante freqüentes.

⁵⁷ Schioppa aborda a questão com propriedade (*Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., p. 37 e s.).

⁵⁸ Para Schioppa (*Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., p. 39 e s.), 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”.

corporações teriam como destinatários unicamente mercadores e artesãos nelas devidamente registrados. Construía-se, assim, elaborada pelos “consiliadores” italianos – como observa Wieacker⁵⁹, 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”⁶⁰. 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 corporação⁶¹.

Adiante no tempo, à medida 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, comum ou especial, a este ou àquele caso não decorreria mais da

101

⁵⁹ *Historia do direito privado moderno*. Tradução da 2ª ed. alemã, de 1967. Lisboa: Fundação 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*”.

⁶⁰ Lattes (*Diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*. Milano: Hoepli, 1884, p. 251 e s.) sustenta que a jurisdição das cúrias mercantis, segundo os estatutos das corporações, não era determinada conforme a qualidade dos litigantes, mas sim segundo a natureza da controvérsia, 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*. Torino: UTET, 1913, p. 139) segue a mesma linha, ressaltando a diversidade de soluções conforme o lugar e a época.

⁶¹ Diz-se que nesse período o direito comercial é subjetivo porque os atos jurídicos são regulados conforme a qualificação profissional de quem os pratica.

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.

O ápice dessa tendência é alcançado com o Código Comercial de Napoleão, em 1807⁶². Nesse contexto – acentua Ascarelli⁶³ –, 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”⁶⁴, 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. Esse Regulamento permaneceu sendo

102

⁶² Sobre a objetivação do direito comercial, Ascarelli (*Corso di diritto commerciale*. 3. ed. Milano: 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., também, INGLEZ DE SOUZA. *Direito commercial*. São Paulo: Salesianas, 1906, p. 27 e s.

⁶³ *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 53.

⁶⁴ 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*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, v. 1, p. 449 e s.).

evocado pela doutrina e pela jurisprudência para caracterizar a atividade mercantil mesmo após a sua revogação⁶⁵. Nosso direito comercial é visto, do século XIX até meados do século XX, como o direito dos comerciantes e dos atos de comércio⁶⁶.

Segue, porém, o processo evolutivo e o foco da disciplina mercantil vai se deslocando do ato (de comércio) para a atividade comercial⁶⁷. Parelha com essa evolução, a construção da noção de empresa passa a ser empreendida, também centrada na atividade econômica, na coordenação dos fatores de produção⁶⁸. A atividade – ainda na dicção de Ascarelli⁶⁹ – não significa apenas ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si em razão de uma finalidade comum⁷⁰.

⁶⁵ 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 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 quaesquer contractos relativos ao commercio marítimo; § 5º A armação e expedição de navios”.

⁶⁶ Por isso, Carvalho de Mendonça (*Tratado de direito comercial brasileiro*, cit., v. 1, 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”.

⁶⁷ Sobre a evolução da noção de empresa, LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 10 e s.

⁶⁸ Atribui-se a Lorenzo Mossa a difusão, na Itália, da idéia de empresa como centro de definição da matéria comercial. V. *Direito commerciale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1937, parte I, p. 23 e s., 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.

⁶⁹ *Corso*, cit., p. 147.

⁷⁰ 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 es-

103

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 em princípios peculiares.

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

copo 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).

estudariam as regras gerais. Os “improvisados jurisconsultos” falariam, a toda hora, em contratos *sui generis*.

No entanto, 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 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”⁷¹:

“A defesa de classe e 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

⁷¹ No original, “spirito di speculazione”: “La difesa di classe e lo spirito di speculazione imprimono alla attività commerciale un tale impeto di iniziative 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 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” (VIVANTE, Cesare. **Trattato de diritto commerciale**. 5. ed. Milano: Vallardi, 1935).

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”⁷², 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 Prof. Comparato realmente ocorreu e é bem-vinda⁷³, mas os princípios peculiares 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 diretivos 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 re-

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 246.

⁷³ 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 CC-16 e art. 191 do Cód. Comercial), bem como o termo inicial da mora (art. 955 do CC-16 e art. 138 do Cód. 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 n. 7.661, de 1945), continuam sendo aplicáveis apenas aos “comerciantes” (na nova linguagem, aos empresários ou sociedades empresárias). Isso faz que autores da lavra de Requião sustentem que, “permanecendo 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 empresa é civil ou comercial, para beneficiá-la ou não com a concordata” (*Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 38).

gulamento à aplicação do direito comum, que se deduz da analogia e dos princípios gerais do sistema autônomo”⁷⁴.

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.

2.3.2 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 doutrina sobre as peculiaridades do direito comercial. Não é nossa intenção, aqui, discorrer a respeito da 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:

- a) cosmopolitismo – “os comerciantes constituem um só povo”;
- b) onerosidade – “a onerosidade é a regra e ela se presume”;
- c) informalismo – as formalidades visam apenas a garantir segurança no tráfico.

⁷⁴ FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 2. ed. Milano: 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”.

Para Fran Martins⁷⁵, 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 “discricionariedade contratual, à vista de normas publicistas”⁷⁶.

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

2.4 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 conseqüências relevantes para a interpretação dos negócios comerciais. Sabemos que interpretar um contrato entre fornecedor e 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, pois estas últimas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários, sob pena de introduzirmos no corpo do direito comercial um inadequado “consumerismo” fadado à rejeição. Portanto, a interpretação do negócio comercial, do ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar que:

⁷⁵ **Curso de direito comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 28 e s.

⁷⁶ **Panorama do direito comercial**, cit., p. 50 e s.

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

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

c) 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;

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

e) os usos e costumes são fonte de direito comercial⁷⁷; 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 ilícito⁷⁸.

⁷⁷ 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. Rivista delle Società*, jul./ago. 2001, p. 855.

⁷⁸ Note-se bem: a racionalidade econômica não é aquela que, necessariamente, deve ser tutelada pelo direito, mesmo porque fôssemos todos por ela movidos não conseguiríamos explicar o fato de um 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**. 3. ed. Boston: Irwin/McGraw-Hill, 20), ou uma atitude como a de Judas seria aquela esperada pelo ordenamento jurídico. É óbvio que, como dissemos, o direito tem que reconhecer como padrão legal (homem ativo e probo) algo bastante diverso. No entanto, quando se vai investigar o autor de um crime, o primeiro ponto sobre que se cogita é quem teria tirado vantagens da morte. Para interpretar (e legislar), é por vezes necessário entender os tipos de comportamento gerados pela motivação egoística. Importante a referência à decisão proferida pelo Superior Tribunal de

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?

2.4.1 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 País, que vai da sistematização de Pothier – editada em 1761 e traduzida para a língua portuguesa em 1835 por Corrêa Telles⁷⁹ – passando por Cairu⁸⁰, pelo Código de Napoleão⁸¹ e de-

Justiça, em 4 de fevereiro de 2000 (R.Esp 260.561, rel. Min. Ari Pargendler), em que a racionalidade econômica de uma das partes foi considerada exatamente na perspectiva que aqui apontamos: “Imagine-se que Viação Aérea São Paulo S.A. – Vasp tivesse pago os valores contratualmente devidos, e que o Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa fizesse por empréstá-los segundo as regras do mercado financeiro. Qual seria a taxa de juros desse novo negócio? Observada a racionalidade econômica, o Banco do Estado de São Paulo – Banespa só deveria fazê-lo pelas mais altas taxas que já vinha cobrando, e o mercado, suportando”.

⁷⁹ Sobre as influências sofridas por POTHIER, inclusive do direito romano, v. CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 242 e s.

⁸⁰ Estamos, obviamente, fazendo um “corte” histórico porque muito do art. 131 está no Digesto e nas Ordenações, conforme o estudo de Conselheiro Orlando (Código comercial do Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro: Laemmert, 1896, p. 84 e s.).

⁸¹ *In verbis*: “Section 5: De l'interprétation des conventions. Article 1156: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Article 1157: Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans

semboçando no Código Comercial de 1850, especialmente em seu art. 131⁸².

celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. Article 1158. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat. Article 1159: Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. Article 1160: On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. Article 1161: Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. Article 1162: Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. Article 1163: Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter. Article 1164: Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

⁸² E também nos arts. 1.362 a 1.371 do *Código Civil*. Vale reproduzir, mesmo que extensas, as regras positivadas no diploma italiano: “Dell'interpretazione del contratto. Art. 1362. Intenzione dei contraenti: Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto. Art. 1363. Interpretazione complessiva delle clausole: Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto (1419). Art. 1364. Espressioni generali: Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare. Art. 1365. Indizioni esemplificative: Quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto. Art. 1366. Interpretazione di 'buona fede': Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (1357, 1371, 1375). Art. 1367. Conservazione del contratto: Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424). Art. 1368. Pratiche generali interpretative: Le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso. Nei contratti in cui una

Trata-se de sistematizações lógicas lançadas e consolidadas por aqueles que, a seu tempo, já compreendiam a dinâmica do fluxo de relações econômicas e a principal função do direito comercial, motivo mesmo de sua gênese: dar condições para o melhor funcionamento possível do mercado, catalisando o fluxo de relações econômicas mediante a diminuição dos custos de transação e eliminando efeitos autodestrutíveis decorrentes do funcionamento do próprio sistema⁸³.

Especialmente quando se cuida da interpretação contratual, muitas dessas antigas direções atendem a esse escopo, aumentando o grau de segurança e de previsibilidade a partir do momento em que impõem o respeito à boa-fé, à confiança, à proteção da legítima expectativa da contraparte [conforme a *racionalidade jurídica*].

Considerando que, muitas vezes, a manualística predominantemente refere-se a essas regras sem indicar sua origem – e sem lhes tributar a real dimensão que assumem no sistema de direito comercial –, vale revisá-las⁸⁴, lembrando que “mais do que meras máximas

112

delle parti è un imprenditore (2082), le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa. Art. 1369. *Espressioni con più sensi*: Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto. Art. 1370. *Interpretazione contro l'autore della clausola*: Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro. Art. 1371. *Regole finali*: Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

⁸³ Ainda que a própria racionalidade e eficiência econômicas fossem orientadas a um sentido outro que não a acumulação do capital.

⁸⁴ Essa necessidade faz-se sentir de forma ainda mais aguda quando nos damos conta de que a semelhança entre as disposições do Código Comercial Brasileiro de 1850 e as regras vigentes no *Codice Civile* explica-se pela raiz comum encontrada na sistematização de Pothier. Sua extirpação do atual Código Civil

de experiência”, “assumem como conteúdo uma exigência ética de correção social”, imprimindo “à atividade interpretativa um endereço, uma diretiva, que exprime em si um juízo de valor”⁸⁵. Iniciemos pela sistematização concretizada nas regras de Pothier.

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

Note-se que Pothier refere-se à “intenção *commum* das partes” e não, meramente, à “intenção das partes”. Isso significa que a primeira regra de interpretação toca ao *intento comum*, àquilo que chamamos de “causa objetiva”, relacionada aos usos e costumes comerciais. Afinal, qual a função econômica que as partes pretenderam obter com a avença? Para que a celebraram? Qual a racionalidade [jurídica] que deve ser considerada como mote interpretativo, levando em conta a objetivação trazida pelo mercado? O que, no mercado, normalmente se busca com tal prática? [afinal, a “intenção comum” deve ser entendida como reflexa da práxis mercadológica, ou de fatos socialmente reconhecíveis, como ensina Betti]. Todas essas questões interpretativas são extremamente atuais, ligadas à primeira das lições de Pothier.

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

brasileiro é inexplicável e parece pretender abandonar – sem sucesso – a objetivação da interpretação através de sua inserção no contexto e na realidade contratual, privilegiando um amorfo subjetivismo já ultrapassado pela boa doutrina e pela jurisprudência. Não podemos deixar de notar que, no que tange às regras de interpretação, o Código brasileiro afastou-se de sua declarada fonte de inspiração e – o que é muito pior – de nossa tradição, corporificada no Código Comercial. Desastrada opção legislativa, cuja consequência só nos resta lamentar.

⁸⁵ As palavras são de Betti, a pretexto dos comentários aos arts. 1.362 e seguintes do *Codice Civile* (*Interpretazione*, cit., p. 249).

113

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

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

A “natureza do contrato” está ligada à sua tipificação social, ou seja, aos efeitos que dele normalmente decorrem. É verdade que a idéia da “natureza do contrato” liga-se a sua função econômica [por óbvio, juridicamente reconhecida, como quer Ascarelli], às consequências que lhe são próprias por força de lei ou mesmo da tipificação social. Enfim, mais uma vez, a interpretação contratual há de se basear sobre os efeitos da avença normalmente esperados [i. e., socialmente, mercadologicamente esperados] – e, portanto, calculáveis.

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

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

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

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

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

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

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

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

O negócio jurídico, enquanto expressão de uma racionalidade e modo de atingir um resultado [função], é uno. Ou, como quer o nosso Supremo Tribunal Federal, a causa ou fim objetivo do contrato realiza “uma só função econômica”. Essa unicidade há de presidir a interpretação contratual, sob pena de se chegar a conclusões incompatíveis com a eficiência que se espera traga a avença.

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

Pothier, na explicação dessa regra, parte implicitamente de pressuposição interessante: quem está em posição de superioridade costuma ditar as regras do negócio. Assim, ensina que o erro do credor deve a ele ser imputado, ou "O credor deve imputar a si o não se ter explicado melhor". Essa regra permeia a interpretação dos contratos de adesão, mas pode ser trazida ao auxílio do estabelecimento da correta dimensão dos contratos empresariais em geral. Afinal, aquele que está em situação de dependência econômica não pode restar obrigado além dos termos expressamente contratados. Desautoriza-se, portanto, interpretação extensiva que prejudique o agente em posição de sujeição.

Oitava regra: "Por muito genericos que sejam os termos em que foi concebida numa convenção, ella só comprehende as cousas, sobre as quaes parece que os contrahentes se propozerao tratar, e não as cousas em que elles não pensarão".

Novamente, a função econômica do contrato deve imperar. Se concebido para determinado fim, não se pode admitir uma interpretação extensiva que o desvie daquilo que objetivamente dele se esperava.

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

Esta nona regra protege a integridade do objeto do contrato quando este for uma universalidade, evitando o seu esfacelamento durante a transferência. A título exemplificativo, pensemos que o art. 1.148 do novo Código Civil [equivalente ao art. 2.558 do *Codice Civile*] esteja embasado nesse princípio, norteador dos negócios que envolvem universalidades⁸⁶.

Décima regra: "Quando em hum contracto se exprinimo hum caso, por causa da duvida que poderia haver, se a obrigação

resultante do contracto se estenderia áquelle caso; não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se comprehendem nella, como se fossem expressos".

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

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

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

Não nos olvidemos que, para desespero de muitos, quando celebram contratos, as partes não se colocam comodamente diante do código, escolhendo entre as fórmulas preexistentes concebidas pelo legislador⁸⁷. Ao contrário, acertam interesses conforme suas necessidades, dentro dos usos e costumes, nos quadranes das normas jurídicas que regem o mercado. Essas normas de Pothier buscam auferir qual o verdadeiro "interesse comum das partes", rementendo-se, portanto, à primeira [e talvez mais importante] de todas as regras.

O art. 131 do Código Comercial de 1850 também traz pautas para interpretação e integração contratual, *in verbis*:

"Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

⁸⁶ Cf. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 137.

⁸⁷ Cf. GRAU Eros Roberto e FORGIONI, Paula A. O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

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 tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;
4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;
5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidirá-se em favor do devedor".

Sua revogação formal, como é logo de se perceber, não logrou extirpá-las de nosso sistema jurídico. Assim como é impossível revogar as regras de Pothier, acima estudadas, não se pode extirpar a penas a tradição que existe nas entranhas de nosso direito mercantil.

Já observamos anteriormente os pontos centrais do art.

131:

- [i] respeito à boa-fé objetiva [e não subjetiva];
- [ii] força normativa dos usos e costumes;
- [iii] vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes — note-se que o texto legal faz referência expressa ao “espírito do contrato” e à “natureza do contrato” e não à intenção de cada uma das partes, individualmente considerada;
- [iv] comportamento das partes como forma de chegar à vontade comum, ao espírito do contrato;
- [v] interpretação a favor do devedor;
- [vi] respeito à autonomia privada.

Esse talho peculiar da interpretação dos contratos comerciais que porjea 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”⁸⁸ ou às “regras de bom funcionamento do mercado”⁸⁹;
- 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”⁹⁰ 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 autênticos⁹¹ e o ordenamento jurídico brasileiro; a imposição de decisões que comprometem a segurança e a previsibilidade do mercado sempre

⁸⁸ O contrato, cit., p. 224.

⁸⁹ O contrato, cit., p. 223.

⁹⁰ A Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 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 *hominem 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.

⁹¹ Usamos a expressão intérprete autêntico no sentido que lhe é dado por Kelsen.

causou preocupação, assim como as decisões que colocam em xeque a lógica do sistema⁹².

Nesse sistema, é importante dar o devido relevo ao art. 133 do Código Comercial, que, a exemplo da quinta regra de Pothier, *consagra os usos e costumes do mercado como fonte de direito*, apta a integrar os termos contratuais: "omittendo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato". *Aquilo que é comum integra-se ao regimento particular, como se toda a praxe se acoplasse ao negócio*. Ora, essa regra básica de interpretação corrobora a ideia de que a legítima expectativa da outra parte, baseada naquilo que normalmente ocorre no mercado, há de ser preservada. Sua ratio somente pode ser entendida tendo em mente a facilitação dos negócios: no processo interpretativo deve-se ter em conta aquilo que geralmente acontece e que as partes, racionalmente, incorporaram como base para estimar a atuação de determinado comportamento da outra⁹³.

Voltando os olhos para a realidade brasileira, destacam-se algumas lições de interpretação contratual do Visconde de Cairu⁹⁴ que, como dissemos, são calcadas em Pothier e apuradas no caldo do nosso direito comercial. Para o maior de nossos comercialistas,

⁹² Como exemplo, tome-se a jurisprudência brasileira sobre a prescrição em matéria comercial. Quando estudiosos 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 (FORGIONI, Paula. *Sociedades por ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55 – co-autoria de Paulo de Lorenzo Messina).

⁹³ Ou, na dicção de Savigny: "L'interprétation ne doit pas être basée sur la supposition que l'auteur de l'acte a eu vue un cas tout à fait extraordinaire, et ne se présente que très-rarement".

⁹⁴ *Princípios de direito mercantil*, cit., p. 469 e s.

o contrato é o "consenso reciproco de duas ou mais pessoas sobre fazer ou dar alguma cousa" e, dos seus ensinamentos, podemos extrair as seguintes principais regras interpretativas:

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

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

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

b) o perfil do negócio deriva da função econômica que normalmente é esperada pelos agentes que atuam naquele mercado. Resgata-se, aqui, a lição de Simão Vaz Barbosa Lusitano, colacionada por Teixeira de Freitas: "Ato julga-se pelo seu fim [actus omnis a fine judicatur]. Seu fim jurídico, bem entendido, que determina sua espécie segundo a intenção dos agentes"⁹⁵,

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

⁹⁵ *Regras de direito*. São Paulo: Lejus, 2000, p. 15.

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

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

f) Cairu faz o mesmo raciocínio dos modernos doutrinadores europeus, para quem os usos e costumes devem vir ligados à boa-fé; agir conforme a boa-fé é respeitar os usos e costumes do mercado, o styló comercial. Ou seja, os usos e costumes apontam uma objetividade que corrigiria o elemento subjetivo da boa-fé⁹⁶.

[ii] ensina Cairu: “*porque deve também cada hum conhecer a condição daquelle, com quem contracta, e a quem encarrrega seus negocios, e deve por tanto imputar a si o ter empregado o ministerio de hum humem pouco activo e desleixado*” [...] “*porque os graos de diligencia mais, ou menos exacta se devem regular segundo a qualidade, a difficultade do negocio compettido, usos do Commercio, e estylo das praças, e dos Commerciantes cordatos* [...]”⁹⁷.

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

⁹⁶ Para a visão crítica dessa posição, JALUZOT, Béatrice. La bonne foi dans les contrats. In: *Étude comparative de droit français, allemand et japonais*. Paris: Dalloz, 2001, p. 107.

⁹⁷ *Princípios de direito mercantil*, cit., p. 479.

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

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

Embora Cairu esteja tratando especificamente do contrato de sociedade, é importante analisar a força que a aparência assume no direito, sempre atendendo às necessidades do “gyro comercial”. O que Cairu chama de “gyro comercial” é o que nós, modernamente, chamamos de “adequada fluência de relações no mercado”. A idéia que o Visconde relata é bastante fértil: é preciso proteger a aparência para viabilizar a celeridade do fluxo de relações econômicas. Portanto, o resguardo da boa-fé, da confiança, leva ao bom “gyro mercantil”. Eis uma lição que não pode ser esquecida e hoje retomada, com certa bulha, pelos modernos economistas que tratam da organização industrial. A doutrina italiana também dá destaque a esse verdadeiro princípio de direito comercial. Colocando as razões práticas de sua existência “especialmente nas relações comerciais”, Alpa e Bessone destacam que é melhor privilegiar aquilo que aparece sem dever pesquisar a efetiva vontade do declarante, porque isso “economiza tempo e dá certeza às relações jurídicas”⁹⁸.

[iv] “*Quem perrebe o commido, não deve recusar o incommido*”.

CAIRU traz para o direito comercial uma velha máxima que, no contexto do seu pensamento, assume outra dimensão: o

⁹⁸ *Elementi di diritto privato*. Roma: Laterza, 2001, p. 159.

negócio é uno e deve ser interpretado dentro de sua unidade. Não se pode – sob pena de subversão da boa-fé e da confiança úteis ao bom “gyro comercial” – segmentar o negócio, dele retirando, apenas, os efeitos que seriam favoráveis. O mesmo princípio embasa a regra: “*Quem quer o consequente, quer o antecedente, isto he, quem quer os fins, he visto querer os meios, que a elle tendem*”.

[v] “*Não pode pretender lucro quem não concorreu para algum negocio com fundo, industrial, ordem, ou risco*”.

A noção de que o lucro é a remuneração do risco, cardeal na organização do sistema de direito comercial, aparece clara nessa regra de interpretação dos negócios mercantis. Embora modernamente o escopo de lucro tenha sido substituído pela economicidade, essa pedra de toque há de nortear a exegese da avença. O fruto da atividade comercial tem um preço: o risco que a ela é inerente. Lucro e risco, conceitos orientadores do sistema comercial, já presentes na obra de Cairu.

124

2.4.2 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 final do século XX: a importância da interpretação, inclusive daquela contratual. O novo Código, ao invés de repudiar o ostracismo positivista a que a atividade interpretativa havia sido condenada, parece repeti-la. Com efeito, as regras gerais declaradamente ligadas à interpretação dos negócios e dos contratos gravitam em torno de poucos artigos, principalmente os seguintes: 112, 113, 114 e 423.

Para efeitos comparativos, note-se que o *Codice Civile* dedica ao tema da interpretação as regras positivadas nos arts. 1.362 a 1.371, tratando da intenção dos contratantes, com expressa alusão ao comportamento concludente (art. 1.362); interpretação unitária (*complessiva*) das cláusulas contratuais, impondo que se

tome uma por meio das outras e levando em conta o contrato como um todo (art. 1.363); expressões gerais, que não devem ser interpretadas de forma a incluir elementos sobre os quais as partes não pretenderam contratar (art. 1.364); indicações exemplificativas, para não excluir os casos não expressos que se podem considerar abarcados pelo pacto (art. 1.365); interpretação segundo a boa-fé (art. 1.366); conservação do contrato, ou seja, supremacia da interpretação que não reduza o contrato ou a cláusula à inutilidade (art. 1.367); interpretação de cláusulas ambíguas, com especial referência aos contratos empresariais (art. 1.368); interpretação de cláusulas com mais de um sentido conforme a natureza e o objeto do contrato (art. 1.369); interpretação contra o autor da cláusula (art. 1.370); interpretação de forma menos gravosa para o obrigado e, em casos de contratos onerosos, realizando-se “l’equo temperamento 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”⁹⁹;
- Art. 113: para os negócios jurídicos em geral, deve imperar a interpretação conforme a boa-fé e os usos e costumes¹⁰⁰;
- Art. 114: interpretação restritiva para a renúncia¹⁰¹;

125

⁹⁹ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

¹⁰⁰ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹⁰¹ “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

– Art. 157: na esteira do art. 1.448 do *Codice Civile*, reintroduz formalmente o instituto da lesão¹⁰² 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 contrato¹⁰³;

– Art. 422: mais uma vez, a imposição da boa-fé para os contratantes¹⁰⁴;

– Art. 423: interpretação a favor do aderente¹⁰⁵;

– Art. 424: proibição de renúncia a direito decorrente da natureza do negócio por parte do aderente¹⁰⁶.

2.5 Cotejamento dos princípios cardeais da interpretação dos negócios comerciais antes e após o novo Código Civil

2.5.1 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.

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

¹⁰³ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹⁰⁴ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁰⁵ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

¹⁰⁶ “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

Temos aqui exemplo típico da contaminação do direito geral por um princípio presente desde a gênese do direito especial, até 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 mercantil¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

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

¹⁰⁷ 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 contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”). Mas Aliomar Baleeiro observa que, na Bahia, o costume determinava que primeiro deveria ser entregue a mercadoria e, posteriormente, efetuado o pagamento. 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 despregado do espírito do direito comercial brasileiro, sob pena de se cometer uma impropriedade científica e uma injustiça histórica.

¹⁰⁸ Muitos autores apontam os problemas que podem derivar da aplicação da boa-fé como parâmetro de interpretação contratual. De um lado, por se tratar de um “conceito vago”, encerraria riscos. Por outro, traria vantagens evidentes, atuando como uma *valvola di sicurezza* e tornando mais flexível o regime contratual; permitiria a repressão de certos comportamentos, “moralizando a substância do contrato” e procurando conciliar a “utilidade com a justiça” (PIGNATARO, Gisella. *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 55).

agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco¹⁰⁹. A boa-fé – agora, em todo o direito privado – é um catalisador da fluência das relações no mercado¹¹⁰.

Analisando o tratamento que a doutrina dispensava ao dogma da vontade das partes na celebração do negócio, Betti apresen-

¹⁰⁹ 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. *Revista de Direito Mercantil*, v. 84, 1991, p. 5). No mesmo artigo, o autor ressalta que a boa-fé é “cada vez mais importante no dinâmico processo do comércio internacional” (p. 11-12). V. também sobre a confiança, GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 244 e s.

¹¹⁰ Com efeito, se o comerciante Ticio 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 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, correspectiva da boa fé, que só tem por util, e solido fundamento dos seus interesses os verdadeiros, e bons Negociantes” (referida por CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, cit., v. 6, 1ª parte, p. 210. O texto aqui transcrito foi compilado por Visconde de Cairu, *Princípios de direito mercantil*, cit., v. 2, p. 908).

ta algumas críticas incisivas, iluminando a correta dimensão do problema¹¹¹.

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 conseqüência desse equívoco foi a negação do critério da boa-fé como um cânone hermenêutico ligado à formação da “intenção comum”. Recusa-se indevidamente que a lealdade recíproca, clareza e retidão não possam inspirar o estudo de processo que culmina com o encontro de resultado prático comum. Por isso, renega-se também a segundo plano o espírito de cooperação que leva à satisfação das expectativas mútuas – aquela mesma cooperação que os romanos haviam identificado na *buona fides* contratual. Conclui Betti que o centro da questão hermenêutica não está nas coincidências incidentais entre os estados de ânimo concebidos no íntimo das partes (*in interiore homine*), mas na recíproca congruência de comportamentos socialmente reconhecidos, que se engendram um em correspondência do outro, conforme regras de lealdade e retidão. Enfim, Betti procura pôr à mostra o preconceito que grassava à volta da consideração da boa-fé como pauta de interpretação negocial, para consolidar a sua importância e dar-lhe uma função sistêmica bastante próxima daquela que, em nosso ordenamento, já lhe era reservada pelo ab-rogado art. 131. A boa-fé vem relacionada ao uso e ao costume da praça, ou seja, ela é objetiva e não pinçada no íntimo dos partícipes da avença¹¹².

¹¹¹ *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 389 e s.

¹¹² 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

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, para quem deveríamos apartar a boa-fé no “foro interior” daquela no “foro externo”. A primeira “deve ter-se como contrário (...) tudo o que se affasta, ainda que pouco seja, da sinceridade mais exacta e escrupulosa: a dissimulação mesma sobre o que concerne á cousa que faz o objeto do contracto, e que a outra parte contrahente teria interesse em saber, he contraria a esta boa-fé: pois sendo preceito amarmos o proximo como a nós mesmos, não pôde ser permitido encobrir-lhe alguma coisa, que nós quereríamos que nos não encobrissem, 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 serião innumeraveis, e causarião desarranjo no commercio. Só aquelle que abertamente ataca a boa-fé, he no foro externo havido por verdadeiro doloso, e então tem lugar a acção de rescindir o contracto, provando-se plenamente as mano-

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. New York: Oxford University Press, p. 189*).

bras, e artificios iníquos, que huma parte empregou para enganar a outra”¹¹³⁻¹¹⁴.

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, “diz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem”¹¹⁵. 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).

A boa-fé objetiva diz respeito à confiança no contrato¹¹⁶. É inegável que, nos últimos anos, o resgate da importância da con-

¹¹³ *Tratado das obrigações pessoaes e reciprocas nos pactos, contratos, convenções, &c.* Tradução portuguesa de José Homem Correa Telles. Lisboa: Imprensa Nevesiana, 1835, p. 26.

¹¹⁴ 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*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 211).

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

¹¹⁶ Sobre a relação entre boa-fé e confiança, v. CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1234 e s. Comentando o art. 1.366 do Codice Civile, diz Messineo: “È da notare altresì che la buona fede, cui si riferisce l'art. 1366, 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*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948, p. 357).

fiança 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”¹¹⁷; 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 (consequência positiva ou negativa) externa e organizada ao comportamento do agente. Portanto, quando uma empresa atua em um mercado, está sujeita a essas normas jurídicas¹¹⁸.

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 aquele 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 consequências do descum-

¹¹⁷ 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”.

¹¹⁸ ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile: storia, fonti, interpretazione*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 467 e s.

primento 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 positividade 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 previsibilidade¹¹⁹. E assim deve ser para o direito, porque a sanção prevista desestimula o comportamento infrator¹²⁰. Por fim, a boa reputação deve ser realmente adquirida pelo 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 vicioso¹²¹.

¹¹⁹ Custos de transação são “costs of running the economic system” (WILLIAMSON. *The mechanisms of governance*, cit., p. 93).

¹²⁰ 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, 1857, v. CLXV): “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 série de instituições protectoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inútil”.

¹²¹ 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 (...)”.

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 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 alguma, 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 mercado¹²².

¹²² Ver a análise de Guido Alpa acerca das posições doutrinárias de Wieacker e Mengoni (*Trattato di diritto civile*, cit., p. 953 e s.). 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".

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 poderia fazê-lo posteriormente¹²³.

¹²³ 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 Consolação e abriu outro negocio... O comprador do negocio antigo pulou de raiva. Aquilo era mais do que uma deslealdade: era uma violação positiva ao compromisso assumido. — Engano, meu amigo, puro engano,olveu o homenzinho com placidez. Nem uma cousa nem outra: nem deslealdade 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 juizo. O Juiz de primeira instância e o Tribunal, concordaram com o negociante e repeliram 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?"

Ora, percebemos que, neste anedótico julgado, a “esperteza” própria do bom 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.¹²⁴

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.

2.5.2 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

136

ACÓRDÃO: Accordam em Tribunal de Justiça... confirmar, como confirmam, a sentença appellada (...). Julgado em 13 de dezembro de 1.913, por Xavier de Toledo, A. França, Meiralles Reis e Rodrigues Sette” (as aspas que iniciam e finalizam as falas dos “personagens” foram por nós colocadas). Os embargos, posteriormente opostos, foram rejeitados e o acórdão confirmado.

¹²⁴ 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 n. 8.884, de 1994, e Lei n. 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 5, Bélgica, 1999. Também publicado na *Revista do IBRAC*, n. 6, 1999, p. 5, bem como na *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 21, p. 107, 1998.

seu artigo 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 objetiva pelo mercado).

Junqueira de Azevedo, comentando o art. 85 do Código Civil de 1916¹²⁵, 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)¹²⁶. No entanto, adverte que “doutrina e jurisprudência, porém, tentam, na medida do possível, forçar os quadros legais”¹²⁷. Em outro texto, ao comentar o Código Comercial de 1850, mais precisamente o seu art. 131, Junqueira complementa que o Código Civil assume posição subjetivista; já o Código Comercial, uma posição “objetivista, fundada nos usos e costumes e na boa-fé”¹²⁸.

137

¹²⁵ Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

¹²⁶ *Negócios jurídicos*: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 116 e 118.

¹²⁷ 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” (*Negócio jurídico*, cit., p. 117).

¹²⁸ “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 (*in quaque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido” (*Revista Forense*, v. 351, 2000, p. 277).

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 por que 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"¹²⁹, bem como liga sua determinação ao "comportamento geral inclusive posteriormente à conclusão do contrato"¹³⁰⁻¹³¹.

Essa conclusão pode – felizmente – ser contestada, mediante o desdobramento do seguinte raciocínio: o novo Código Civil

138

¹²⁹ No original: "comune intenzione delle parti".

¹³⁰ No original: "comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

¹³¹ A supressão é ainda mais injustificável considerando-se a explicação de Betti: "dove la legge (art. 1362) mira a mettere in valore l'intenzione comune delle parti di fronte al senso letterale delle parole, essa intende per intenzione comune non già la 'volontà' della parte singola, rimasta inespressa nella sfera interna della coscienza, ma il concorde intento formatosi fra entrambe le parti, in quanto si è reso riconoscibile nella loro comune o congruente dichiarazione e condotta. Essa intende perciò questa comune o congruente dichiarazione e condotta, interpretata peraltro non secondo la morta e astratta lettera delle parole o dei conegni, sebbene secondo lo spirito: interpretata, cioè, in funzione del reciproco comportamento complessivo delle parti da cui proviene e della situazione di fatto, nella quale appare in concreto inquadrata" (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 333).

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 preceito¹³², porque elege a intenção que está "consubstanciada nas declarações", ou seja, na manifestação da vontade de cada uma das partes e não naquela comum, correspondente à natureza do negócio.

Ousáramos 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 "civilização do direito comercial"¹³³. Triste predição do futuro, ainda mais se trocarmos a palavra "civilização" por "consumerização"...

2.5.3 Interpretação a favor do devedor

Também neste ponto, o novo Código Civil poderá trazer obstáculos a serem superados pela jurisprudência. Determina o art.

139

¹³² Aliás, esse mesmo visgo individualista pode ser colhido em outros dispositivos do Código, como, por exemplo, o art. 144: "O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante". O mote do art. 1.431 do *Codice Civile*, nesta parte, foi modificado profundamente pelo legislador brasileiro: "La parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere". Ou seja, enquanto o *Codice Civile* refere-se ao conteúdo e à modalidade do contrato que se pretendia celebrar, o Código brasileiro volta-se para a "vontade real do manifestante".

¹³³ *Panorama do direito comercial*, cit., p. 40.

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 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”¹³⁴. Assim, se, por um lado, a interpretação dos negócios mercantis deverá ser favorável ao “aderente”, por outro, no que diz respeito especificamente ao prazo, a ordem é a interpretação “em proveito do devedor”. Presumindo que não estamos diante de mera falta de rigor técnico ou descuido ocorrido na revisão do texto final do novo Código, a razão e utilidade dessa distinção deverão ser, mais uma vez, aclaradas pelo trabalho doutrinário e jurisprudencial.

Não é demais lembrar que a interpretação contra aquele que estipula a cláusula (*interpretatio contra stipulatorem*) é um tanto diversa da menos gravosa para o obrigado. Essa distinção vem bem marcada nos arts. 1.370 e 1.371 do *Codice Civile*; enquanto o primeiro trata da “interpretação contra o autor da cláusula”¹³⁵, estipulando que “as cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato ou em modelos ou formulários elaborados por um dos contratantes,

¹³⁴ “... 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.”

¹³⁵ No original: “interpretazione contro l'autore della clausola”.

tes, interpretam-se, na dúvida, a favor do outro”¹³⁶, o segundo faz o contrato “menos gravoso para o obrigado”¹³⁷⁻¹³⁸. Novamente, diante do texto no Código de 2002, entrevemos duas possibilidades: (1) 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 (2) toma-se a *interpretatio contra stipulatorem* por aquela menos gravosa para o onerado¹³⁹.

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

2.5.4 Função social do contrato

Estaralhaço 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

¹³⁶ No original: “le 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”.

¹³⁷ No original: “meno gravoso per l'obbligato”.

¹³⁸ Sobre a interpretação dos arts. 1.370 e 1.371 do *Codice Civile*, v. CARRESI, Franco. *Dell'interpretazione del contratto*. Bologna: Zanichelli, 1992, p. 132 e s.

¹³⁹ Como, aliás, já fez o Tribunal de Justiça de São Paulo ao dar concreção ao princípio hermenêutico do art. 131, 5, do Código Comercial (Ap. Civ. 084.441-4/1, rel. Des. Santarelli Zuliani, j. 10-8-1999).

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 contratos¹⁴⁰.

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 que se procura aceitar o fluxo de relações econômicas. Por essa razão, ao menos no que diz respeito ao direito comercial, tememos que a inovação trazida pelo art. 421 far-se-á sentir mais na retórica dos advogados do que na modificação da realidade jurídica.

¹⁴⁰ Não se pode deixar de fazer referência às consistentes críticas de Junqueira sobre o novo Código Civil, que lançaria mão de elevado número de conceitos que "não têm conteúdo, são vazios do ponto de vista axiológico. Eles servem para retórica, e o mundo de hoje não se conforma mais com esses conceitos vazios" (O princípio da boa-fé nos contratos. *In*: CEJ, v. 9, p. 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 medida em relação ao Código Civil. Não vale, tudo posto na balança, o desgaste que isso representa e aquilo que vai resultar para nós. A questão não é só o Código Civil, e sim todo o Direito Civil, e o Direito Civil como está é superior ao Direito Civil como ficaria, se fosse aprovado o Projeto" (p. 44).

Oxalá não se repita, em relação ao art. 421, o ingrato destino que foi reservado ao art. 116, parágrafo único, da Lei n. 6.404, de 1976, que determina o exercício do poder da companhia conforme sua função social¹⁴¹. 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.

2.5.5 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 lesão¹⁴². Porque entendemos 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 — "pode 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 Comércio,

¹⁴¹ 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."

¹⁴² 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.

que, por serem aceleradas, e peremptorias, muitas vezes se fazem na confiança da boa fê do vendedor, suppondo-se que elle exige hum preço racional, e commum”.

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

Mas, nas vendas de retalho ao povo, ainda que raras vezes se proponha causa de lesão, ella comtudo frequentemente acontece nos Paizes pobres, e immorigerados, com terrivel encargo de consciencia do vendedor, que se prevalece da sinceridade, boa fê, inexperiencia, ou simpleza, rusticidade, ou precisão do comprador”¹⁴³.

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 commerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”¹⁴⁴.

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 o mesmo Caio Mário quem adverte:

“Uma vez que o direito positivo forneça o meio de faltar o contratante à fê jurada, e venha em abono da attitude assumida

¹⁴³ *Princípios de direito mercantil*, cit., p. 504.

¹⁴⁴ Igualmente, como vem positivado no *Codice Civile* e é lembrado por Caio Mário da Silva Pereira, o instituto da lesão não se aplica aos contratos aleatórios (*Lesão nos contratos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 174).

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 edificio do direito obrigacional, lançando o germe da desconfiança e do receio nos meandros da vida econômica”¹⁴⁵.

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 diploma em alguns aspectos fundamentais. Além da questão da lesão, lembre-se a disciplina da onerosidade excessiva, positivada nos arts. 478 e seguintes. Ao contrário do art. 1.467 do *Codice Civile*¹⁴⁶, 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”¹⁴⁷.

Por tudo isso, preocupa a interpretação/aplicação que será dada ao texto do art. 157 quando estiverem envolvidos negócios celebrados entre empresários. Será desconsiderada a força do contrato quando uma das partes “errar” na sua previsão? Um exemplo

¹⁴⁵ *Princípios de direito mercantil*, cit., p. 110.

¹⁴⁶ “Art. 1467. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibile, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (...).”

¹⁴⁷ As expressões entre aspas são de Mario Bessone, *Ratio legis dell'art. 1467 Cod. Civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*. In: *AA.VV., Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982, p. 390-391.

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 econômica¹⁴⁸. 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 pena de

146

¹⁴⁸ 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 realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo”.

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

2.5.6 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.

147

Essa diretriz tinha nítida inspiração na terceira e sexta regras de interpretação de Pothier, acima transcritas.

Mais uma vez, perturba a omissão do novo diploma quanto a esse aspecto crucial de interpretação dos negócios mercantis.

2.6 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”¹⁴⁹.

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 prenhe 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.

148

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile**: storia, fonti, interpretazione. Milano: Giuffrè, 2000.

_____; BESSONE, Mario. **Elementi di diritto privato**. Roma: Laterza, 2001.

_____; _____. **ROPPO, Enzo. Rischio contrattuale e autonomia privata**. Napoli: Jovene, 1982.

¹⁴⁹ **Trattato di diritto commerciale**, cit., v. 1, 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”.

AMIEL-COSME, Laurence. **Les réseaux de distribution**. Paris: LGDJ, 1995.

ASCARELLI, Tullio. La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale. **Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, n. 32, 1934.

_____. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. **Problemas das sociedades anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1946, 1969.

_____. **Corso di diritto commerciale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

AZEVEDO, Aluísio. **Livro de uma sogra**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2001.

BASINI, Giovanni Francesco. **Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente**. Milano: Giuffrè, 2001.

BESSONE, Mario. Ratio legis dell'art. 1467 Cod. Civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto. *In*: **AA.VV., Rischio contrattuale e autonomia privata**. Napoli: Jovene, 1982.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Camerico: Ed. Scientifiche Italiane, 1994; Torino: UTET, 1950.

_____. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971.

BUSHATSKY, José. **A obrigação como um processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CALASSO, Francesco. **Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CAMPOBASSO, Gianfranco. **Diritto commerciale – Diritto dell'impresa**. 3. ed. Torino: UTET, 1997.

149

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria giuridica della circolazione.** Padova: CEDAM, 1933.

CARRESI, Franco. **Dell'interpretazione del contratto.** Bologna: Zanichelli, 1992.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro.** 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1 e 6.

CERAMI, Pietro; PETRUCCI, Aldo. **Lezione di diritto commerciale romano.** Torino: Giappichelli, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile.** Napoli: Jovene, 1933. v. 1.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the law.** Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Lisboa: Coimbra Ed., 1997.

CORRÊA TELLES, José H. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contratos, convenções &c.** Tradução portuguesa de José Homem Corrêa Telles. Lisboa: Imprensa Neve-siana, 1835.

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

COURTÈS, Marc. **Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats.** Tese (Doutorado) – Universidade de Montpellier I, Montpellier.

DAY, Clive. **Historia del comercio.** México: Fondo de Cultura Económica, 1941.

EBKE, Werner; STEINHAEUER, Bettina. The doctrine of good faith in German contract law. In: **AA.VV. – Good faith and fault in contract law.** New York: Oxford University Press, 1997.

FERRARA, Francesco. **Gli imprenditori e le società.** 2. ed. Milano: Giuffrè, 1946.

FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Os fundamentos do antitruste.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MESSINA, Paulo de Lorenzo. **Sociedades por ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANK, Robert. **Microeconomics and behavior.** 3. ed. Boston: Irwin/McGraw-Hill, 1997.

GALLO, Paolo. **Diritto privato.** 3. ed. Torino: Giappichelli, 2002.

GERBER, David. **Law and competition in the twentieth century Europe: protecting Prometheus.** Oxford: Clarendon Press, 1998.

GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale.** Torino: UTET, 1913.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Contratos.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Crítica Jurídica**, v. 18, 2001.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; FORGIONI, Paula A. **O Estado, a empresa e o contrato.** São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; _____. A restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei n. 8.884, de 1994, e Lei n. 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). **Revista do IBRAC**, n. 6, 1999; **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 21, 1998.

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

GUYON, Yves. **Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés**. 11. ed. Paris: Economica, 2001.

HUCK, Hermes Marcelo. Sentença estrangeira e “lex mercatoria”. In: **Horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Garantia à primeira solicitação no comércio internacional. **Revista de Direito Mercantil**, v. 84, 1991.

INGLEZ DE SOUZA. **Direito comercial**. São Paulo: Salesianas, 1906.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 3. ed. Roma: Laterza, 1998.

_____. Teoria generale del diritto e problema del mercato. **Rivista di Diritto Civile**, anno 45, n. 1, gen./feb. 1999.

JALUZOT, Béatrice. La bonne foi dans les contrats. In: **Étude comparative de droit français, allemand et japonais**. Paris: Dalloz, 2001.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócios jurídicos: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986.

KNIGHT, Frank H. **General economic history**. Tradução inglesa de Frank H. Knight. Glencoe: The Free Press, 1950.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Tradução espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

LATTES, Alessandro. **Direito commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane**. Milano: Hoepli, 1884.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo: Saraiva, 1987.

LEBRETON, Sylvie. **L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes**. Paris: Litec, 2002.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de direito mercantil e leis de marinha**. 6. ed. Rio de Janeiro: Typographia Acadêmica, 1874.

MACARIO, Francesco. Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura. In: **AA.VV – Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata**. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2002.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAZZONI, Alberto. Le font del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri. **Rivista delle Società**, jul./ago. 2001.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. **Aspectos da integração dos contratos no direito comercial**. São Paulo: Pioneira, 1979.

MESSINEO, Francesco. **Dottrina generale del contratto**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948.

MOSSA, Lorenzo. **Direito commerciale**. Milano: Società Editrice Libreria, 1937.

ORLANDO, Salustiano. **Codigo commercial do Brazil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Laemmert, 1896.

PAJARDI, Piero. **Radici e ideologie del fallimento**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Princípios de direito mercantil**.

PIGNATARO, Gisella. **Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese**. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1999.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

POLANYI, Karl. **A grande transformação – As origens da nossa época**. Tradução portuguesa de Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REBUFFA, Giorgio. **Max Weber e la scienza del diritto**. Torino: Giappichelli, 1989.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de direito comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIPERT, Georges. **Aspects juridiques du capitalisme moderne**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1946.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SAPORI, Armando. **Studi di storia economica medievale**. 2. ed. Firenze: G. C. Sansoni, 1946.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **Saggi di storia del diritto commerciale**. Milano: LED, 1992.

SCHROEDER, Jeanne. **Economic rationality in law and economics scholarship**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=245488>. Acesso em: 1^a-3-2002.

SERRAO, Feliciano. **Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale**. Pisa: Pacini, [s.d.].

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.

_____. **Regras de direito**. São Paulo: Lejus, 2000.

VILLELA, João Baptista. **Revista Forense**. v. 261.

VIVANTE, Cesare. **Tratatto di diritto commerciale**. 5. ed. Milano: Vallardi, 1934. v. 1 e 2.

_____. **Istituzioni di diritto commerciale**. 57. ed. Milano: Hoepli, 1935.

WEBER, Max. **Law in economy and society**. Tradução inglesa de Edward Shils. Cambridge: Harvard University Press, 1954.

_____. **General economic history**. Tradução inglesa de Frank H. Knight. Glencoe: The Free Press, 1950.

WIEACKER, Franz. **Historia do direito privado moderno**. Tradução da 2. ed. alemã, de 1967. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

série **GVlaw**

Wanderley Fernandes
Coordenador

CONTRATOS EMPRESARIAIS

Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais

Caio Farah Rodriguez
Jonathan Mendes Oliveira
Kleber Luiz Zanchim
Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Maria Cristina Varalla Mendes
Paula A. Forgioni
Paulo Dóron Rehder de Araujo
Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Teresa Ancona Lopez
Wanderley Fernandes

2007

DIREITO COMERCIAL
BIBLIOTECA



1.1 A mudança de paradigma: o respeito aos valores existenciais

Para falar-se em princípios contratuais¹ no direito atual é preciso, antes de tudo, analisar a teoria geral dos contratos à luz do novo Código Civil. Portanto, é imprescindível ter como premissa o espírito do Código Civil em vigor, ou seja, suas diretrizes, valores e princípios.

Miguel Reale, coordenador do novo diploma civil, enfatizou a alteração geral, no que se refere ao espírito do Código revogado ao Código de 2002, pois neste valores essenciais como eticidade, socialidade e operabilidade fazem o novo sistema.

A *eticidade*, que se manifesta por meio do princípio da boa-fé, ou seja, a lealdade, a correção, a probidade que permeia todo o Código e vai delinear limites à atuação das partes sempre na busca da justiça contratual, objetivo principal do novo direito dos con-

¹ "Princípio são normas que, em um sistema fundado formal e materialmente na Constituição, têm função integrativa de todo o ordenamento, em conformidade, precisamente, com a Lei Fundamental. A generalidade e o caráter fundante, características tradicionalmente atribuídas aos princípios, são analisadas como critérios de distinção entre estes e as regras: diferentemente das regras, os princípios, porque genéricos e fundantes têm a função de fazer do ordenamento jurídico um sistema, na medida em que viabilizam uma interpretação conducente à unidade interna e à adequação valorativa do direito positivo" (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovat, 1998, p. 278).

tratos. Isso leva à superação do formalismo jurídico a favor dos valores éticos, como acontece com a busca da igualdade substancial (formal no Código de 1916) entre as partes.

O valor da *socialidade* (não confundir com socialismo) é o oposto ao individualismo que comandou os negócios jurídicos nos séculos XVIII e XIX até o final da Primeira Guerra Mundial. O direito contratual evoluiu da teoria da vontade (com sua subespécie teoria da responsabilidade, que protegia o declarante), que inspirou todo o Código de 1916, para a teoria da declaração, a qual considera a manifestação de vontade como aparece na sociedade e de forma objetiva, com isso deixando a intenção íntima das partes extremamente diminuída. A partir desse momento, será privilegiado, porque muito mais justo, o destinatário da declaração, se estiver de boa-fé. Estamos agora vivendo o momento do prestígio da teoria da confiança (subespécie da teoria da declaração), fundada na boa-fé.

Pelo princípio da confiança as declarações que aparecem socialmente, fruto da vontade real do declarante, geram expectativas e fazem com que aqueles que as recebem confiem no que foi manifestado. Portanto, todas as regras do direito contratual agora têm que ser interpretadas conforme a teoria da confiança, valor tutelado pelo novo Código Civil.

Enzo Roppo², em sua clássica obra *O contrato*, afirma que “tutelar a confiança só é possível dando proeminência na definição do tratamento jurídico das relações aos elementos exteriores, ao significado objetivo e típico dos comportamentos, à cognoscibilidade social; e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contratantes, às suas representações subjetivas, limitadas ao fim íntimo – em conclusão, à sua ‘vontade’”.

² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 301.

Em suma, a socialidade choca-se com o individualismo. Em outras palavras, houve a vitória dos valores coletivos sobre os individuais e, como afirma Reale, sem perda do valor fundante da pessoa humana. Assim, na interpretação contratual os valores sociais ou coletivos devem prevalecer sobre os individuais, quando houver tensão entre as duas situações.

O “sentido social” é característica marcante no novo diploma civil; basta lembrarmos a função social da propriedade, função social do contrato, a natureza social da posse, todas em consonância com a Lei Maior.

A *operabilidade* refere-se à técnica para melhor aplicação do Direito. Para tanto optou o novo legislador pelo uso das cláusulas gerais (que podem conter princípios ou não) e pelos conceitos jurídicos indeterminados, que têm seu conteúdo fixado somente diante do caso concreto, com a proibidade, a boa-fé, a função social, os bons costumes.

Esses recursos existem no chamado sistema aberto dos Códigos, no qual não é só a lei que permite o ingresso do direito no ordenamento. Os conceitos indeterminados servem para dar elasticidade ao ordenamento, acompanhando as mudanças culturais, econômicas e sociais³.

³ Princípios são normas. As normas podem ser regras ou princípios. Não há diferença entre normas e princípios, mas há entre regras e princípios. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1087.

Canotilho afirma que os princípios são normas, *qualitativamente distintas* de outras normas, ou seja, de regras jurídicas: Os princípios, para o grande constitucionalista, são normas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fáticos e jurídicos. Regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida. A convivência dos princípios é conflitual à das regras antinômicas. Os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Os princípios, como são *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (nas regras a lógica do tudo ou nada) conforme seu

Outro expediente utilizado pelo legislador de 2002 foi o uso de cláusulas gerais, que são normas extremamente genéricas que se aplicam a todo e qualquer caso que se subsuma aos seus requisitos, ao contrário das outras normas que trabalham com hipóteses de incidência previstas na lei (*fattispecie*), e de uma certa forma, mais casuística e geralmente para determinado assunto. Assim, são cláusulas gerais os arts. 421 e 422, sobre a boa-fé contratual e a função social do contrato, no Código Civil de 2002. Como em todos os Códigos modernos, as cláusulas gerais convivem com as *fattispecies*.

As cláusulas gerais podem conter ou não conceitos jurídicos indeterminados. No caso da boa-fé e da função social, foi essa a técnica usada. Portanto, o sistema aberto é um sistema normativo incompleto, pois muitas de suas regras precisam ter seu conteúdo preenchido pelo juiz, que para isso vai se utilizar do próprio sistema, de outras normas, de todas as fontes do Direito, mas, além disso, de elementos tirados da realidade social daquele momento e, ainda, de noções metajurídicas, como qualidade de vida, bem-estar, felicidade, esperança, justiça.

Em síntese, a completude do sistema vai sendo dada em cada momento de interpretação e aplicação das cláusulas abertas, assim como dos conceitos jurídicos indeterminados. Em outras palavras, o sistema é integrado pelo juiz no momento da subsunção do fato à norma, quando então se dá a “concrettezza”, ao gosto do Mestre Reale. A norma que surge é, portanto, ato complexo porque produto de duas declarações de vontade: a do legislador, e a do juiz que integra e ajuda a construir o sistema.

peso e a ponderação de alguns princípios eventualmente conflitantes. Em caso de conflitos de princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização. Princípios são valores, são diretrizes, que dão a finalidade e o espírito de cada sistema, pois são eles que ligam as normas e preceitos para que formem esse conjunto.

Nos contratos é exatamente isso que acontece. No direito dos contratos alguns princípios são cláusulas gerais e estão positivados; outros, como o do *pacta sunt servanda* (ou da relatividade das convenções), são tirados do sistema, são princípios gerais de direito positivo como fonte do direito. Em todos os casos a atuação dinâmica do magistrado vai se guiar por esse novo sistema de valores em que os princípios e normas têm que ser lidos e interpretados segundo esses valores, que, em última instância, refletem os valores constitucionais. No caso de conflito entre os princípios deverá o julgador buscar, por meio das “exigências de otimização”, qual deles terá preponderância na situação concreta. A aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual (igualdade substancial) somente são possíveis em sistemas abertos de codificação.

Em suma, podemos afirmar que estamos passando por uma *reconstrução* do sistema privatístico (e também público) segundo o valor da pessoa humana, que desde 1988, com a promulgação da nova Carta constitucional, tem a sua dignidade elevada a fundamento da República (CF, art. 1º, III). Complementando essa proteção, sem o que não seria possível promover o próprio ser humano, temos as regras da solidariedade social (art. 3º, I), a da igualdade substancial (art. 3º, IV) e ainda o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*) para assegurar a todos uma existência digna. Por isso, a pessoa humana prevalece sobre qualquer valor patrimonial, segundo Pietro Perlingieri.

Nasceu, assim, a chamada “despatrimonialização” do Direito Civil. É preciso que se explique o que isso significa. O importante é lembrarmos que os valores fundantes da Democracia brasileira, e que foram repetidos no Direito Civil, têm que servir de direção no interpretar e aplicar o Direito. Em outras palavras, não se trata de reduzir a importância do Direito Civil (obrigacional e real), por essência patrimonial e instrumento de circulação de riquezas e desenvolvimento social, mas de “atribuir-

lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”⁴.

Disso se depreende que o direito privado continuará sempre e cada vez mais servindo aos interesses privados, mas não poderá na sua operacionalização prejudicar a coletividade e a promoção do ser humano.

O novo direito contratual recepção todos esses valores e é isso que passaremos a examinar.

1.2 Elenco dos princípios contratuais

Com o advento do novo Código Civil o rol dos princípios contratuais clássicos sofreu um acréscimo. Aos “velhos” princípios se incorporaram mais três, a saber, o da boa-fé objetiva, o da função social do contrato e o do equilíbrio contratual e, por isso, têm sido chamados de “novos” princípios contratuais.

Assim temos:

- 1) o princípio de autonomia privada;
- 2) o princípio da força obrigatória dos contratos;
- 3) o princípio da relatividade das convenções;
- 4) o princípio do equilíbrio contratual ou da equivalência material;
- 5) o princípio da boa-fé objetiva;
- 6) o princípio da função social do contrato.

Alguns doutrinadores⁵ ainda se referem a um 7º princípio – o do *consensualismo*. Por esse princípio, basta o acordo de vontades para que o contrato se aperfeiçoe.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-34.

⁵ Orlando Gomes afirma que “a idéia de que simples consentimento basta para firmar o contrato é conquista recente do pensamento jurídico” (*Contratos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 42).

No mesmo sentido Mário Júlio de Almeida Costa, sobre o princípio de consensualismo. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 252 e s.

Podemos encontrar o seu fundamento legal no art. 107 do Código Civil (que prescreve que a validade da declaração não dependerá de forma especial), no art. 111, que trata do silêncio como manifestação da vontade e, em interpretação “a contrário”, no art. 166, que declara nulo o negócio jurídico quando: “IV – não revestir a forma prescrita em lei, ou V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Ou seja, os contratos se formam pelo simples acordo entre as partes, mas, excepcionalmente, são exigidas formalidades ou atos complementares. Sob outro ângulo, aos contratos consensuais opõem-se os contratos reais nos quais é requerida, além do encontro de vontades, a entrega de certa e determinada coisa. Em nosso sistema (diferentemente, por exemplo, do sistema francês) só se transfere a propriedade imóvel depois do registro do contrato de compra e venda ou de doação, ou seja, depois da tradição solene da coisa. Também os contratos de mútuo, depósito e comodato só estão perfeitos e acabados depois da tradição da coisa objeto do contrato.

Em síntese, todos os contratos são consensuais, pois têm fundamento na liberdade de contratar e, excepcionalmente, são solenes ou formais (plano da validade) ou reais (plano da eficácia), que somente geram efeitos após a tradição ficta, simbólica, manual ou registral.

1.3 Princípio da autonomia da vontade ou da autonomia privada

“Autonomia privada, mais do que expressão de liberdade individual, é *autodeterminação, auto-regulação dos próprios interesses nas relações sociais*, autonomia social, se se quiser, à qual sobrevém o efeito sancionador do direito”⁶ (grifo nosso).

⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 42.

O contrato, como negócio jurídico, é, portanto, ato de autonomia privada apto a criar regras de conduta (dever-ser) que, recepcionadas pelo ordenamento jurídico, geram efeitos para seus participantes. O contrato é o instrumento de autonomia privada.

A vontade livre e consciente é a causa do negócio, mas “o conteúdo deste exprime um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante”⁷.

Portanto, o princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade⁸ é a liberdade de contratar. É a liberdade de emitir regras (o contrato faz lei entre as partes) que deverão ser obedecidas pelas partes, sendo essas regras normas jurídicas por essência. Como consequência, os efeitos jurídicos do negócio *decorrem do próprio negócio e não diretamente* da vontade dos contratantes, que é sua mola e sem a qual o negócio não teria aparecido no meio social. Nesse sentido, essa declaração de vontade é um fato social que só vai importar juridicamente se for recepcionada pelo ordenamento.

O princípio da autonomia da vontade ou da liberdade de contratar pode ser visto sob três aspectos principais:

- 1) a liberdade de contratar ou não, de participar da celebração de um contrato;
- 2) liberdade da escolha da outra parte (com quem contratar);
- 3) liberdade de fixar o conteúdo dos contratos (liberdade contratual).

⁷ MIRANDA. *Teoria geral*, cit., p. 31.

⁸ “Autonomia da vontade, como manifestação da vontade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal”. Francisco Amaral, no seu clássico *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

Todavia, a autonomia da vontade, expressa por esses três aspectos, não foi jamais absoluta, mesmo no século XIX, onde o liberalismo econômico e jurídico floresceram. Essa liberdade sofre limitações. Os limites de caráter geral sempre existiram, e ainda hoje atuam, e sempre cercearam essa total liberdade. São eles: a *ordem pública* e os *bons costumes*.

Por outro lado, com a transformação do direito civil no cenário mundial nas últimas décadas, e no Brasil especialmente após a Constituição de 1988, que impregnou de seus valores toda a legislação posterior, houve a profunda mudança no espírito do Código Civil. Dessa forma, a autonomia privada, que é ainda princípio fundamental e gerador dos negócios, sofre hoje limitações não só do Direito Estatal mas também dos princípios do direito privado, e, em consequência, a interpretação das relações patrimoniais (como de todo Direito Privado) tem que levar em conta valores éticos e sociais, como a boa-fé objetiva e a função social, que vêm sendo chamados de valores existenciais, principalmente pela doutrina italiana.

A *ordem pública*, que goza de supremacia sobre os interesses particulares, proibindo pactos contrários a ela, é noção complexa e sofreu mudança em seu conteúdo desde o Estado liberal até hoje, sem, entretanto, perder sua essência.

Enzo Roppo diz que “ordem pública é o complexo dos princípios e valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase de evolução histórica, e que, para isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica”⁹.

Dessa forma, no Estado liberal a ordem pública tinha a missão de salvaguardar os interesses do Estado e da coletividade em função do regime econômico e político dominantes. Hoje as regras

⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 174.

de ordem pública multiplicam-se e visam a proteger os interesses da pessoa humana, da coletividade e também do Estado.

Na ordem pública estão incluídas todas as leis do *Direito Público* e as *normas imperativas do direito privado*. Os contratos não podem ainda contrariar as normas econômicas – é a *ordem pública econômica*. Também os princípios gerais de direito positivo, escritos ou não escritos e que compõem a estrutura do sistema, fazem parte da ordem pública. Os contratos que dispuserem contra eles serão nulos. A ordem pública é a antítese da autonomia privada.

Os *bons costumes*, noção complexa, também fazem parte da ordem pública. Porém, a última exprime escolha política do legislador e os *bons costumes* têm natureza extralegal pois vêm do meio social. Orlando Gomes diz que parece serem a projeção de regras morais no terreno jurídico, mas não se confundem com a moral¹⁰.

Bons costumes são regras não escritas de comportamento social que refletem a ética e valores de uma determinada sociedade, em determinado momento histórico.

O bom costume se apresenta como limite que opera no sentido negativo: não se pede que os negócios jurídicos tenham finalidade moral, mas tão-somente se quer que não violem os princípios imanentes na realidade e no contexto para o qual foram estipulados¹¹. Dessa forma, na averiguação de contrato contrário aos *bons costumes* não se impõe ao intérprete algum juízo ético ou moral, mas apenas que verifique se não estão os contratantes colocando como objeto do contrato finalidades contra o senso comum social e que, portanto, não sejam merecedores de tutela jurídica. A lei não se propõe a moralizar, mas se limita, apenas, a impedir que a imoralidade, para desenvolver-se, sirva-se de instru-

¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 35.

¹¹ GIUSEPPE, Annunziata Arcangelo. Buon costume: um concetto difficile da definire. *Diritto & Diritti*, Revista Jurídica on line, acesso em: 2-8-2006.

mentos jurídicos, refutando, assim, tutelar negócios que a moral desaprove¹².

As fronteiras entre os *bons costumes* e a *ordem pública* não são nítidas¹³ e nos casos concretos muitas vezes não é fácil precisar de que conceitos se trata. Porém, o resultado prático será o mesmo, porque os *bons costumes pertencem à ordem pública*.

De outro lado, a incerteza sobre quais são os valores comuns na sociedade de hoje pode pôr em xeque a utilidade do uso desse parâmetro (conceito) como limitador da autonomia privada.

Além desses freios gerais, limitam a *autonomia privada* as leis protetivas que devem velar pelos valores existenciais, como as leis de locação, residencial e comercial, o Código de Defesa do Consumidor, as leis que regulamentam os loteamentos, as leis sobre seguro-saúde, a lei de incorporações imobiliárias, as leis concorrenciais, toda a legislação trabalhista etc. Essas leis de ordem pública vieram para limitar a liberdade de contratar. Toda essa legislação destacou-se do direito civil que já se tornara obsoleto diante das mudanças sociais. Aparece, então, o *dirigismo contratual*.

Com a promulgação do novo Código Civil e com a mudança de seu espírito, de seus valores, como já comentamos, aparecem novos princípios contratuais que irão limitar a atuação dos princípios clássicos.

A *autonomia privada* que continua sendo o princípio básico do direito contratual passa a ser interpretada segundo a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual.

A liberdade de fixar o *conteúdo* do contrato segundo o interesse individual das partes esbarra em dois *limites* de ordem pública e que são o pórtico (ao gosto de Reale) do Título V (Dos Contratos em Geral) do Livro I (Do Direito das Obrigações) do Código

¹² GIUSEPPE, Annunziata Arcangelo. Buon costume, cit., p. 2.

¹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 186.

Civil de 2002. Quis o legislador deixar claro que esses princípios são as regras mestras de todo o sistema contratual. São o art. 421 – que consagra função social do contrato e determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social – e o art. 422, que obriga os contratantes a guardar na conclusão, como na execução do contrato, os princípios de probidade e *boa-fé*. Para assegurá-los dispõe o parágrafo único do art. 2.035 – das Disposições Transitórias – que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Isso significa que mesmo os contratos firmados antes do novo Código Civil foram apanhados pelos seus dispositivos. É a supremacia da ordem pública sobre os atos jurídicos perfeitos.

Ainda podemos lembrar atos jurídicos nos quais a autonomia da vontade praticamente não existe ou não tem importância, como os contratos obrigatórios, as relações contratuais de fato e os contratos de adesão, principal instrumento dos negócios de massa.

14

No contrato obrigatório, a vontade praticamente não existe, como no caso dos contratos de seguro obrigatório, na venda forçada de bens de consumo, nos contratos coletivos (ato-regra), nas concessões de água, gás, luz etc., nos quais as concessionárias de serviços públicos são obrigadas a aceitar a adesão dos usuários, também em todos os tipos de transporte, enfim, principalmente, nos itens de primeira necessidade para a população.

As relações contratuais de fato ou comportamentos sociais típicos¹⁴ são fenômenos da sociedade de massa e cada vez mais se fazem presentes. Consistem em condutas geradoras de vínculos obrigacionais sem a declaração de vontade mas que geram efeitos na órbita do direito. É o que acontece com a utilização das máquinas auto-

¹⁴ A teoria das relações contratuais de fato foi formulada por Günter Haupt em 1941 e sofreu muitas críticas. Foram chamadas por Larenz de comportamentos sociais típicos.

máticas de venda de refrigerantes, salgadinhos etc., o transporte coletivo, no auto-abastecimento de combustível etc. Nesses casos não há declaração de vontade e não são exigidos os requisitos de validade do negócio jurídico, tanto que crianças participam dessas relações. Também não se lhes aplicam os defeitos do negócio, como o erro, que é irrelevante, dada a rapidez com que são executados. Claro que há a intenção de tomar o ônibus, comprar o refrigerante colocando a moeda na máquina ou de abastecer seu veículo pessoalmente, mas não há o intuito negocial. “O significado jurídico desses processos não resulta, propriamente, de vontade negocial dos participantes, mas de sua *valoração no tráfico*, para serem condutas sociais típicas”¹⁵ (grifo nosso). Tais comportamentos sociais típicos, na verdade, são contratos propriamente ditos, pois geram efeitos obrigacionais. Em suma, o fato do consentimento ter sido dado por meio de condutas sociais não tira dessa relação a natureza jurídica de contrato, com direitos e obrigações para ambas as partes.

Também não se pode falar em autonomia de vontade num contrato de adesão, especialmente nos contratos de massa. O contrato de adesão tem como conteúdo as cláusulas gerais de contratar, também chamadas condições gerais dos contratos. Esse regulamento estabelece normas, e é escrito unilateralmente por parte do contratante que vai fornecer serviços ou bens e que, geralmente, detém o poder econômico. A outra parte (o aderente), chamada de contratante débil ou parte vulnerável, se quiser participar desse negócio, tem que aceitar e submeter-se a todos os seus termos – “to take it or to leave it” – sem negociação.

Porém, o proponente do negócio, bancos, seguradoras, companhias de transportes, concessionárias de telefone, água, gás, eletricidade, prestadoras de serviço em geral usam dessa autonomia privada da maneira mais ampla possível. Não há autonomia da vontade por parte do aderente mas somente consentimento. Finalmen-

15

¹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 203.

te, ainda podemos incluir os *contratos associativos* (adere-se à associação), os chamados *contratos abertos* para quem ingressa depois de concluído, como a entrada em uma sociedade, a compra de ações. Em ambos não há liberdade de negociar.

Do exposto, não podemos concluir que o contrato está em crise ou morreu, como muitos já afirmaram. A ausência de negociação não tira desses atos o aspecto contratual de efeito obrigatório. O que houve no mundo moderno foi a *fratura no conceito de contrato*. Hoje temos duas grandes categorias contratuais:

- os contratos *paritários* (entre iguais), que são regidos pelo Código Civil;
- os contratos de *massa* (entre desiguais) de adesão, que são também regidos pelo Código Civil mas que são complementados por leis protetivas à parte fraca – o aderente, como o Código de Defesa do Consumidor, que veio harmonizar as relações entre fornecedores e consumidores, e, especialmente, proteger o hipossuficiente em contratos com desigualdade econômica e jurídica.

16

1.4 Princípio da força obrigatória – *pacta sunt servanda*

Esse princípio é consequência imediata do princípio da autonomia da vontade. Desde que as partes, no uso de sua liberdade, queiram se submeter a regras por elas próprias estabelecidas e, tendo sido observados todos os pressupostos e requisitos impostos pelo ordenamento, o contrato obriga os contratantes como se fosse lei imperativa (*lex privata*). Como consequência, nenhuma das partes poderá alterar unilateralmente seu conteúdo, a não ser que seja de comum acordo.

Como afirma Orlando Gomes¹⁶, “Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do

¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 43.

comércio jurídico”. Em tese, nenhum juiz pode revisar suas cláusulas, a não ser que seja para decretação de sua nulidade ou resolução, pois sua intervenção judicial viria a atingir a autonomia privada.

No Direito Civil brasileiro esse é um princípio não-escrito, ao contrário de outros ordenamentos, como o Código Civil francês, no art. 1.934¹⁷, o Código Civil italiano, no art. 1.372¹⁸, e o art. 406 do Código Civil português¹⁹. Isso não tem a menor importância, porquanto esse sempre foi um princípio geral do direito contratual e sua desobediência sempre foi sancionada por lei. É princípio consagrado por nosso sistema jurídico que podemos afirmar positivado, além do que de nada valeria a autonomia da vontade se não tivesse força vinculativa e obrigatória entre as partes.

O princípio da força obrigatória dos contratos tem como corolários a *pontualidade* no cumprimento das obrigações criadas do vínculo negocial, a *irrevogabilidade* do vínculo e a *intangibilidade* de seu conteúdo²⁰.

17

¹⁷ “Art. 1.934: Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu’il a reçu en échange.”

¹⁸ “Art. 1.372. Efficacia del contratto. [1] Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. [2] Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.”

¹⁹ “Artigo 406º – Eficácia dos contratos

1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.
2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei.”

²⁰ Nesse sentido, cf. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., p. 280.

Todavia, esse princípio, que é fundamental para a *segurança jurídica*, pode sofrer, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, *desvios*, pois, apesar dos contratantes terem se vinculado por livre e consciente vontade para ficar submetidos à força imperativa, poderão, no correr da execução contratual, aparecer consequências por demais onerosas para uma das partes, ou mesmo sua impossibilidade, sem falar de sua extinção por motivos admitidos por lei.

A primeira hipótese é a de *resolução* do contrato. Segundo o art. 474 do Código Civil, a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. Dessa forma, se uma das partes não cumprir o que foi contratado, a outra parte lesada pelo inadimplemento poderá pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento e ainda pedir, cabendo em qualquer desses casos, indenização por perdas e danos (art. 475 do Código Civil).

Também extingue o vínculo contratual a *resilição unilateral* ou *denúncia* (cf. art. 473 do CC). Em muitos casos a lei permite que um dos contratantes termine a relação, porque não mais lhe interessa, denunciando o contrato. É o caso da locação por tempo indeterminado.

Interessante notar que o parágrafo único do mesmo artigo, seguindo o paradigma do Código Civil (personalismo, ética, moralidade), declara que "se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito *investimentos consideráveis* para a sua execução, a *denúncia unilateral só produzirá efeito* depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos" (grifos nossos). Sem dúvida o princípio da boa-fé objetiva e o da função social estão como regras de fundo do dispositivo.

Além da revogação e da denúncia contratual, como exceção à obrigatoriedade do contrato, lembramos os casos de *revogação do contrato*, sempre com apoio em motivos legais, como a revogação da doação e a revogação do mandato.

Finalmente, a causa mais importante de desvio do princípio do *pacta sunt servanda*. Agora se trata de concorrência de princípios. O novo modelo civilístico acolheu o princípio do *equilíbrio contratual*. Em primeiro lugar, porque não pode o contrato desobedecer aos deveres que nascem do princípio da boa-fé objetiva. O desequilíbrio contratual, onerando somente uma das partes, fere a justiça contratual (comutativa), que, para ser alcançada, deve estar de acordo com o princípio da boa-fé objetiva. Se um dos contratantes está sendo prejudicado pela relação negocial, o vínculo não pode ser mantido, apesar do contrato ser ato jurídico perfeito e ter como princípio da segurança contratual o *pacta sunt servanda*.

Em segundo lugar porque admite o novo Código Civil a resolução contratual por onerosidade excessiva, com opção de sua revisão, e ainda prevê os institutos da lesão e do estado de perigo como causa de anulação dos contratos por defeito na declaração do negócio. Além disso, podemos lembrar regras esparsas, como a do art. 317, que admite a correção do valor da prestação pelo juiz (revisão); a do art. 572, que permite ao juiz fixar em bases razoáveis a obrigação de pagar aluguel pelo tempo que faltar quando essa indenização for excessiva; a do art. 625, II, que autoriza o empregado a suspender a obra, quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada *excessivamente onerosa*, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços.

O princípio da força obrigatória dos contratos não é absoluto, como no individualismo que dominou o Direito até as primeiras décadas do século XX. Hoje, toda interpretação contratual tem de seguir seus pilares básicos: boa-fé objetiva e função social do contrato. Dessa forma, os princípios contratuais clássicos tornaram-se relativos diante do novo sistema. Surge, então, seguindo essa senda, o princípio do equilíbrio contratual para caso de onerosidade excessiva.

O Código Civil, nos arts. 478 a 480, prevê a resolução por onerosidade excessiva e indica soluções. Antes da nova lei civil, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, V, já previa esse desequilíbrio, pois determina como *direito básico* do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou a sua *revisão* em razão de fatos supervenientes que a tornem excessivamente onerosa. O CDC abriu o caminho para a adoção de um direito mais justo.

Sobre a revisão contratual, que tem como origem a “cláusula *rebus sic stantibus*” dando origem à construção teórica da *teoria da imprevisão* e da “base do negócio”, falaremos mais adiante quando tratarmos do princípio do equilíbrio contratual.

1.5 Princípio da relatividade das convenções

Esse princípio, apesar de não formalizado em nossa lei civil, como na França²¹, sempre fez parte de todo sistema de direito privado. Sob as luzes do voluntarismo, o já velho Código de 1916 seguia interpretação restritiva, cuidando somente do interesse das partes envolvidas no contrato. Hoje, com a consagração do princípio da função social do contrato, vemos não mais ser possível o contrato só ter eficácia em relação às partes, não podendo nem prejudicar nem beneficiar terceiros (*res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*). Sem dúvida, o contrato tem relevância como “fato social”²², não existe isolado na sociedade. Em consequência, todo acordo de vontade *repercute* também nos interesses alheios. É como uma pedra jogada em um lago que vai formando círculos infinitos.

²¹ “Art. 1.165: Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1.121.”

²² VETTORI, Giuseppe. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi. In: **Trattato di diritto privato**, de Mario Bessone, Torino: Giappichelli, 2002, v. 13, t. 5, p. 73-83.

Dessa forma, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais somente às partes nunca foi verdadeiro, era fruto do individualismo de uma época. Com a adoção dos valores sociais pelo direito privado começa-se a proteger os interesses de terceiros ou da coletividade²³.

Há um dever geral negativo de abstenção nas declarações de vontade. Os contratantes não podem com seu negócio privado prejudicar o bem comum. Assim, conforme princípio positivado no art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratar será limitada pela função social do contrato.

Portanto, há doravante limitação do princípio clássico da relatividade subjetiva das convenções pelo princípio social da função social do contrato (que também limita a autonomia privada e a obrigatoriedade das convenções).

Em consequência, temos que examinar a situação dos terceiros que não participam da convenção mas que podem ser atingidos por ela ou mesmo atingi-la injustamente²⁴. Bom exemplo desse novo

²³ Teoricamente, entende-se “partes” as pessoas que consentiram na formação do contrato e “terceiros” todos aqueles que não participaram dessa declaração. Porém, hoje, alguns autores (cf. NEGREIROS, Teresa, **Fundamentos**, cit., p. 233-239) querem ampliar esses conceitos e acham que todos aqueles que foram afetados pela declaração podem ser considerados partes. Ao mesmo tempo, com a massificação dos contratos e a despersonalização das relações jurídicas aparece, segundo Cláudia Lima Marques, a figura dos “ex-terceiros”, que são os consumidores, pois a proteção do Código de Defesa do Consumidor atinge indiretamente os que contratam, os que utilizam e os que estão apenas expostos a práticas comerciais.

²⁴ “Direito civil. Recurso especial. SFH. Contrato de financiamento. Unidade de apartamentos. Hipoteca constituída sobre imóvel já prometido à venda e quitado. Invalidez. Princípio da boa-fé. Código de Defesa do Consumidor. Ofensa. Caracterização. Encol. Negligência da instituição financeira.

(...) II – Não prevalece diante do terceiro adquirente de boa-fé a hipoteca constituída pela incorporadora junto ao agente financeiro, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Destarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito” (STJ, REsp 617.045, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 28-10-2004).

paradigma está nos contratos de massa, como aqueles do Código de Defesa do Consumidor. Os danos causados por produtos defeituosos podem apanhar terceiros que não participaram do contrato de consumo. Vamos imaginar o caso de alimentos (ou qualquer outro produto) que são doados a um orfanato. Parte desses alimentos estava estragada. O orfanato (terceiros) poderá reclamar diretamente com o fornecedor, apesar de não ter sido parte na relação. Também cabe lembrar que o fabricante (terceiro) vai responder diretamente por danos causados por seu produto, apesar de o contrato ter sido entabulado entre o comerciante e o consumidor. O risco fica por conta do produtor, fabricante, construtor (art. 12 do CDC). O comerciante tem responsabilidade *subsidiária*, pois somente responderá quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados ou quando o produto for fornecido sem identificação clara de sua procedência ou ainda se não conservou adequadamente os produtos perecíveis (art. 13 do CDC).

Os terceiros também podem ser prejudicados em contratos paritários, como, por exemplo, no caso do contrato de locação de apartamento, no qual o locatário mostra-se incivilizado, perturbando a tranquilidade do edifício. O condomínio tem legitimidade para exigir do locador o desfazimento desse contrato ou cobrar as multas previstas do próprio proprietário. A coletividade foi atingida, não respeitando, assim, o princípio da função social.

O princípio da relatividade dos contratos também sofre reinterpretção no que diz respeito à *interferência ilegítima* de terceiros no contrato do qual não são partes.

O contrato como fato social relevante (não mais apenas acordo entre particulares) tem também um valor social. Isso significa que o terceiro, sabendo da existência do contrato, não interfira negociando com uma das partes. Exemplo em nosso direito é o do art. 608 do contrato de prestação de serviços, no qual há “o aliciamento de mão-de-obra por um terceiro”. Muitas hipóteses podem ser lembradas de técnicos bem qualificados ou altos executivos, para

não dizer de artistas que têm exclusividade com determinada emissora de TV, que são assediados.

Essa ingerência indevida por parte de terceiros é recorrente na prática, especialmente nos contratos de exclusividade. É o caso de bar que tenha contrato de exclusividade com certa cervejaria, pois, para isso, inclusive, recebeu em comodato parte de suas instalações, e aceita revender “chopp” de terceiro (ferindo a exclusividade).

Teresa Negreiros trata desse assunto de forma primorosa em sua *Teoria do Contrato*²⁵ e mostra como o credor pode vir a ser prejudicado por um comportamento de terceiro. Entre esses exemplos descreve o caso que ficou famoso, pois muito divulgado pela mídia, do cantor Zeca Pagodinho, que, tendo sido contratado como “garoto-propaganda” da Nova Schin, celebrou, *ao mesmo tempo*, contrato com a Ambev para fazer publicidade da marca Brahma, rompendo a exclusividade que tinha com a cervejaria anterior. Em demanda no TJSP, foi decidida a proibição da Brahma de veicular qualquer campanha publicitária com Zeca Pagodinho, enquanto vigorasse a cláusula de exclusividade que havia assinado com a Schincariol. O voto do Relator, Desembargador Roberto Mortari, destaca que a conduta da Ambev, ao deixar de observar pacto de exclusividade contido no contrato, é “*potencial apta a gerar dano indenizável*”. É o terceiro violando direitos de outro contrato.

Antonio Junqueira de Azevedo²⁶, em parecer que se tornou emblemático, mostra que o princípio da função social visa impedir tanto aqueles que prejudicam a coletividade, como no caso dos contratos com o consumidor, quanto os que prejudicam ilicitamente pessoas determinadas, e cita o caso dos “atravessadores”.

²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247-248.

²⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

Ainda nesse diapasão, é preciso não confundir oponibilidade do contrato com relatividade de seus efeitos. Ambas as hipóteses têm que ser interpretadas conforme a função social do contrato. “Relevância social e oponibilidade são qualificações formais que exprimem atenção diferenciada do ordenamento: no primeiro caso, a simples presença do fato negocial, independentemente dos efeitos reais ou obrigatórios que dele promanam; no outro caso (oponibilidade) alguns daqueles fatos que, *por sua particular importância social e conseqüente estrutura estão destinados a prevalecer sobre os outros e na presença de um sistema formal*”²⁷ (tradução e grifos nossos).

Em suma, na lição de Antonio Junqueira de Azevedo²⁸, desde que aceita a idéia de função social do contrato “*torna-se evidente que os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse*” (grifos originais).

Portanto, o contrato é oponível a todos, resultando essa oponibilidade da “mera existência do contrato”²⁹. Impõe respeito a todos que aceitam a existência do contrato, como bem elucida Teresa Negreiros³⁰. Diferente é a relatividade, que diz respeito à eficácia dos efeitos do negócio somente aos contratantes, mas, com fundamento na função social, esses efeitos não podem respingar em terceiros, prejudicando-os. Em ambos os casos emerge a responsabilidade civil, ou seja, cabe pedido de indenização: tanto no caso de violação ilegítima do contrato por terceiros (oponibilidade), quanto na extensão ilícita dos efeitos além do contrato (relatividade).

Finalmente, resta-nos a referência aos negócios formalmente previstos no Código em que a figura dos *terceiros* aparece, excepcionando a regra de relatividade dos efeitos dos contratos. São os ins-

²⁷ VETTORI, Giuseppe. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi, cit., p. 77.

²⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Estudos e pareceres, cit., p. 142.

²⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Estudos e pareceres, cit., p. 142.

³⁰ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato, cit., p. 272.

titutos da “estipulação em favor de terceiro” (arts. 436 a 438 do CC), a “promessa por fato de terceiro” (arts. 439 e 440 do CC) e o novo instituto do “contrato com pessoa a declarar” (arts. 467 a 471 do CC)³¹. Na verdade, na estipulação em favor de terceiro (ex.: contrato de seguro de vida) e no contrato com pessoa a declarar (ex.: o pretendente à aquisição de um imóvel que não quer aparecer para o vendedor, para que sua condição pessoal não eleve o preço)³², os “terceiros” podem ser considerados, numa interpretação amplíssima, “partes”, pois têm legitimação para agir no caso do devedor não cumprir o contrato. Na “Promessa por fato de terceiro”, temos a inovação do art. 440, que prevê a possibilidade dessa promessa ser ratificada pelo terceiro. Nesse caso, o terceiro assume a obrigação e passa a ser o devedor principal, liberando o promitente.

1.6 Princípio do equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva³³

1.6.1 Introdução

Esse princípio encontra sua razão de ser na *justiça contratual*, e apresenta-se antagônico ao princípio clássico da obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda* – que é conseqüência imediata e lógica da autonomia da vontade. Portanto, *limita*, na busca do direito justo, os dois últimos.

De outro lado, o princípio do equilíbrio econômico do contrato é *corolário* de outros dois princípios do novo sistema de

³¹ O instituto do contrato com pessoa a declarar está previsto no Código Civil italiano (arts. 1.401 a 1.405) e no Código Civil português (arts. 452 a 456).

³² Carlos Roberto Gonçalves cita mais exemplos: cf. *Direito civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 149-150.

³³ Para estudo mais abrangente deste item, veja nesta mesma obra o artigo de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro*.

direito privado: o da boa-fé objetiva³⁴ e o da função social do contrato. No primeiro se apóia o ideal da *justiça contratual*, que é aplicação prática da justiça comutativa que tem por objeto a igualdade entre duas partes e pela qual é devido a cada um o que é seu.

O contrato justo (que tem prestações equivalentes) é aquele no qual há respeito, cooperação e lealdade mútuos, isto significando que não haverá vantagens de um lado somente, pois é da *essência* do contrato bilateral comutativo ou sinalagmático que a prestação e a contraprestação sejam *equivalentes*. Por outro lado, o contrato que prestigia *equilíbrio das prestações* cumpre a sua *função social*. Ou, a *contrario sensu*, o *desequilíbrio contratual* sempre *repercute socialmente*, seja pelo inadimplemento que vai refletir em inúmeras situações jurídicas tanto do credor quanto do devedor, seja pelos apelos de revisão e de renegociação geradores de insegurança social. Ou ainda, quando esse *desequilíbrio* tornar impossível o cumprimento das obrigações assumidas, poderá caminhar para a insolvência, o que constituirá um desastre social.

26

O *desequilíbrio* negocial quebra o *sinalagma* (equivalência das prestações) contratual de duas maneiras: ou por fatos supervenientes que venham alterar *a posteriori*, no momento da execução, a economia do contrato (alteração do *sinalagma funcional*); ou quando, concomitantemente à declaração de vontades, uma das partes assume prestação manifestamente desproporcional ao valor da

³⁴ Nesse sentido excelente acórdão que teve como Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar e no qual é destacada a falta de equilíbrio econômico-financeiro entre contratante e contratado e cuja ementa é: "Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço".

Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do Código Comercial), data do julgamento 22-3-2001.

prestação oposta, como é o caso da lesão (art. 157 do CC) e do estado de perigo (art. 156), defeitos do negócio jurídico que causam o rompimento do *sinalagma genético*.

Na procura do contrato justo tivemos um *iter* a ser percorrido que começa na Idade Média. O Direito Romano, por causa de sua característica estritamente formular, não previa a possibilidade de resolução ou revisão de contratos nos quais faltasse a equivalência de prestações. Porém, já em Roma, Sêneca e Marco Túlio Cícero citavam exemplos nos quais as circunstâncias futuras e imprevisíveis tinham o condão de afastar o cumprimento da obrigação. Sêneca fundamentava essa possibilidade no *dever moral*³⁵.

Mas foi na Idade Média que os juristas (glosadores e pós-glosadores), influenciados pelos canonistas, especialmente pelos doutores da Igreja, os filósofos Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho, criam a base da revisão contratual com a acolhida da *clausula rebus sic stantibus*, no século XII.

Como sabemos, essa cláusula inspirou não só a moderna *teoria da imprevisão* (adotada pelo novo Código Civil), mas também as outras doutrinas revisionistas (teoria da pressuposição, teoria base do negócio na Alemanha e teoria da superveniência na Itália), e se aplicaria sempre que o *desequilíbrio* contratual aparecesse nos negócios de trato sucessivo. Segundo Luiz Renato Ferreira da Silva³⁶, a expressão *rebus sic stantibus* assume formulação mais conhecida com a glosa de Giovanni D'Andrea, que utiliza a expressão. Accursio também trata da matéria que finalmente vem a cristalizar-se com Bartolo e Baldo no século XIV. Para essa doutrina, o contrato deve ser cumprido no pressuposto de que se conservem imutáveis as condições externas e, se houvesse alteração, poderia

27

³⁵ Sobre essa parte histórica consultar: SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

³⁶ Cf. SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos*, cit.

ser modificado — “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro ‘rebus sic stantibus intelliguntur’*”.

Conforme a doutrina da *clausula rebus sic stantibus*, há presunção de que, nos contratos comutativos de trato sucessivo, uma cláusula *implícita* determina que os contratantes devem rigorosamente cumprir o contrato na pressuposição de que as circunstâncias se conservem *inalteradas* quando da execução do contrato. *A contrario sensu*, haverá revisão ou resolução.

Esse princípio revisionista vigora até o século XVIII. Com a promulgação do *Code de Napoléon*, em 1804, e todas as outras codificações que lhe seguem, tendo adotado o *voluntarismo* jurídico, fruto do liberalismo do *laissez faire, laissez passer*, a cláusula entra em total declínio.

O Código Civil francês dispõe expressamente (no art. 1.134) que as convenções legalmente formadas valem como lei para as partes. Em consequência, não podem ser revogadas a não ser pelo consentimento mútuo ou por causas que a lei autorize³⁷. Dessa forma, o princípio do *pacta sunt servanda (lex contractus)* veio como consequência imediata do princípio da autonomia da vontade. A revisão contratual traria *insegurança* no cumprimento das relações jurídicas. Em nome da segurança social vai ser atribuído valor desmedido às declarações de vontade, pois tinham sido pactuadas *livremente* e em *igualdade de condições* (igualdade formal das partes).

A idéia de desequilíbrio contratual e a consequente onerosidade excessiva para uma das partes renasce depois da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Com o caos econômico geral trazido pela guerra afetando a todos os setores, os contratos a longo prazo não conseguiam ser cumpridos pelo devedor. Dessa forma,

³⁷ Código Civil francês, art. 1.134: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

foi na própria França que renasceu a *clausula rebus*, agora já com a feição de *teoria da imprevisão*. Em todo o direito europeu começa a construção de doutrinas visando à *justiça contratual*, e, apesar das críticas, a velha cláusula medieval vai renascer por meio de novas teorias, depois de ser criticada e de sofrer adaptações.

No Brasil, sob a égide do Código Civil de 1916 (que começou a ser redigido em 1899!), fruto do liberalismo desenfreado do século XIX, não havia espaço para pensar-se em revisão de cláusulas contratuais quando por alteração das circunstâncias externas uma das partes tivesse dificuldade em cumprir a prestação, pois excessivamente onerosa. No velho sistema estava determinado que as partes eram iguais e que tinham livremente se submetido à lei contratual, portanto, *pacta sunt servanda!*

Todavia, o panorama social de crises econômicas e inflação já instalada fez o legislador intervir com normas de ordem pública, que protegessem a parte mais fraca ou a parte que ficava mais onerada no contrato. Aparecem, assim, exemplificativamente, a Lei de Usura (Dec. n. 22.626/33), a Lei de Luvas (Dec. n. 24.150/34 – revisão dos aluguéis comerciais), as leis do inquilinato, que acabaram por congelar os aluguéis e com isso prejudicar a “parte forte” no contrato, gerando enriquecimento sem causa do inquilino. É o começo do *dirigismo contratual*. Mais recentemente, temos ainda a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68), que admite a revisão de pensão alimentícia tanto para aumentá-la como para diminuí-la, dependendo das possibilidades do alimentante e da necessidade do alimentado, que são circunstanciais. Também a última Lei de Locação (Lei n. 8.245/91), que prevê, no art. 19, a revisão do aluguel para ajustá-lo ao preço de mercado.

Além das leis extravagantes que procuravam limitar a autonomia da vontade e o princípio da obrigatoriedade das convenções, começaram a aparecer julgados nos quais se invocavam cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão. Dos anos 50 até o final dos anos 80, a jurisprudência é *torrencialmente contra* a aplicação da revisão contratual, com raras exceções como o acórdão do STF, ano

de 1964, no qual foi admitida a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* para reajuste de contrato de fornecimento de energia elétrica, que estava em vigor desde 1915 (agravo de instrumento, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. em 18-5-1964, Tribunal Pleno). Por outro lado, dos anos 90 até hoje deu-se a situação inversa, a jurisprudência é torrencialmente *a favor* da revisão contratual.

Paralelamente ao aparecimento de leis de ordem pública dirigindo a economia dos contratos, aparecem, criados pelo Poder Estatal, os índices de *correção monetária*, pois a inflação já se mostrava grave, o que vem a ser, de certa forma, a aplicação da revisão contratual, porém somente do *quantum* da prestação para mantê-la atualizada aos níveis inflacionários e não prejudicar o equilíbrio das partes nos contratos e dívidas em geral. No novo Código Civil há cláusula geral admitindo a revisão judicial do valor da prestação, quando sobrevier diferença manifesta entre o momento da formação do contrato e o de sua execução para assegurar seu valor real (art. 317 do CC).

30

1.6.2 A revisão no Código de Defesa do Consumidor

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 revolucionou o Direito brasileiro. Trouxe esse diploma, de cunho protetivo e de ordem pública, inovações como a boa-fé objetiva (como base da relação de consumo), a responsabilidade civil fundada no risco da atividade, a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, a equiparação da coletividade de pessoas ou de todas as vítimas do evento a consumidor, as noções de vulnerabilidade e hipossuficiência daqueles que adquirem bens ou serviços na economia de massa, o direito à informação clara e detalhada, a proteção à vida, à saúde e à segurança, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, a nulidade das cláusulas consideradas abusivas no contrato de consumo, a oferta vinculante e muito mais. Dentro dessas inovações está prevista como *direito básico* do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações

desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V, do CDC).

O dispositivo prevê duas situações de desequilíbrio contratual: a primeira, contemporânea à formação da relação de consumo, é a *lesão consumerista*, diferente da do direito civil comum, com requisitos que somente têm sentido em relação paritária.

Na verdade, essa regra tem que ser lida conjuntamente com o inciso IV do art. 51 do mesmo Código e que é regra estrutural do microsistema consumerista. De fato, dispõe o preceito que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em *desvantagem exagerada* ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inc. IV do art. 51).

Portanto, a interpretação da primeira parte do art. 6º, V, deve ser feita objetivamente de acordo com os princípios do sistema e especialmente levando-se em consideração o conteúdo do art. 51, IV. Completa sua interpretação a regra do art. 39 do CDC, onde se lê: “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Cabe ao juiz definir caso a caso o que é e o que não é prática manifestamente abusiva.

31

A segunda parte do inciso V do art. 6º também coloca como direito básico do consumidor a *revisão* de cláusulas contratuais em razão de fatos *supervenientes* que as tornem excessivamente onerosas. Ou seja, se acontecimentos posteriores à conclusão do contrato de consumo vieram a tornar excessivamente onerosas as prestações devidas pelo consumidor, tem ele o direito básico (art. 6º) de pedir a *revisão do contrato com o fim de reequilibrar a relação jurídica*. Não tem o fornecedor direito igual, tendo em vista tratar-se de contrato de massa (de adesão) no qual o consumidor é a parte vulnerável ou fraca e por isso tem a tutela da lei.

Finalmente, para que a revisão de uma relação de consumo ocorra não serão necessários os requisitos da *imprevisibilidade* e da

extraordinariedade, como na lei civil, apenas que os fatos que alteraram a relação sejam *supervenientes* à formação do contrato e que essas circunstâncias tenham tornado as obrigações *excessivamente onerosas*. Em outras palavras, há injustiça, vamos repará-la.

Observe-se, porém, que a expressão onerosidade excessiva não tem conteúdo definido e, como conceito indeterminado, deve ter caso a caso seu significado concretizado. O juiz, ao interpretar o contrato *sub judice*, redige a nova cláusula e integra o contrato, estabelecendo a concretude da norma.

1.6.3 O princípio do equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva no Código Civil de 2002

Como contraponto ao princípio do *pacta sunt servanda* e seguindo os princípios e valores do novo sistema, aparece no Código Civil, no capítulo da “Extinção dos contratos”, a “resolução por onerosidade excessiva”.

O art. 478 dispõe que:

“Nos contratos de *execução continuada* ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar *excessivamente onerosa*, com extrema *vantagem para a outra*, em virtude de acontecimentos *extraordinários e imprevisíveis*, poderá o *devedor* pedir a *resolução* do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Essa regra geral é *excepcionada* pelo art. 479, nos seguintes termos:

“A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o *réu* a *modificar* equitativamente as condições do contrato”³⁸.

Desses dois dispositivos tiramos as seguintes ilações:

1ª) Essa norma somente se aplica a contratos de execução continuada, isto é, de trato sucessivo ou de execução diferida no

tempo. Quando no momento da execução do contrato as condições fáticas podem ter mudado.

2ª) Se a prestação se tornar excessivamente onerosa para o devedor. Já vimos que a onerosidade excessiva é conceito vago ou indeterminado e somente na hora da concreção feita pelo juiz o sentido exato será dado. Ao interpretar a norma para aplicá-la ao caso concreto o juiz verificará se aquela onerosidade excessiva argüida pelo devedor não se trata *apenas* dos *riscos normais* ou das *difficultades normais* (*dell'alea normale del contratto*) que existem em qualquer contrato, como, por exemplo, a inflação quando controlada, mesmo que não seja baixa, deve ser suportada pelos reajustes para a atualização do *quantum* devido.

3ª) No Código Civil, porém, essa *onerosidade excessiva* tem que ser simétrica à *extrema vantagem* do credor³⁹. Nem sempre há extrema vantagem da outra parte. Temos exemplo que desmente essa hipótese. É o conhecido caso dos automóveis importados comprados por contrato de *leasing*, cuja prestação mensal era em “dollar” americano. Com a maxidesvalorização do Real em 1999 os compradores (devedores) não conseguiam saldar seus débitos, pois esses iam *muito além* do risco normal do contrato. Todavia, a prestação não seria impossível se houvesse revisão contratual ou renegociação da dívida em dólar.

Nesse caso, porém, os vendedores (credores) também perderiam muito, porquanto deveriam pagar suas importações também em “dollar” valorizado. O STJ, em julgamento emblemático, dividiu, salomonicamente, entre as partes os prejuízos. Ambos os contratantes tiveram que suportar uma parcela da onerosidade excessiva⁴⁰.

³⁹ Diferentemente do art. 1.467 do Código Civil italiano que lhe serviu de inspiração. Esse dispositivo não exige vantagem de qualquer tipo da parte contrária.

⁴⁰ O caso paradigmático na jurisprudência é o que segue, sendo mencionado em vários outros julgados:

³⁸ Tem fundamento no art. 1.467 do Código Civil italiano de 1942.

“Civil. Arrendamento mercantil. Contrato com cláusula de reajuste pela variação cambial. Validade. Elevação acentuada da cotação da moeda norte-americana. Fato novo. Onerosidade excessiva ao consumidor. Repartição dos ônus. Lei n. 8.880/94, art. 6º, CDC, art. 6º, V.

(...) II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.

III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão-somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 472.594-SP, 2ª Seção, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12-2-2003).

Nesse mesmo sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. REPARTIÇÃO DO ÔNUS. – A elevação abrupta do dólar norte-americano no mês de janeiro de 1999 representa fato superveniente capaz de ensejar a revisão contratual, devendo o ônus correspondente ser repartido entre credor e devedor. Agravo regimental improvido” (STJ, REsp 456.644-RJ, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 12-12-2005).

“Civil. Contratos bancários. Arrendamento mercantil. Cláusula de reajuste pela variação cambial. Elevação acentuada da cotação da moeda norte-americana. Onerosidade excessiva ao consumidor. Repartição dos ônus.

I. Verificada, em razão de aumento repentino e substancial do dólar, situação de onerosidade excessiva para o arrendatário, deve o índice de reajuste, a partir de 19.01.99 inclusive, ser repartido, partes iguais, entre os contratantes, preservada a cláusula contratual, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. Precedente da Segunda Seção (REsp 472.594-SP).

II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 267.528-RJ, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 20-5-2003).

4ª) A resolução por onerosidade excessiva só pode ser pleiteada se tiver como causa acontecimentos *extraordinários e imprevisíveis*⁴¹. Adotando, assim, a *teoria da imprevisão*, já ultrapassada, pois a modificação ou a resolução devem ser possíveis não por fatos tão incomuns mas por fatos *supervenientes* – estranhos ao contrato e que o tornem quase impraticável. Os fatos podem ser até previsíveis, mas, ao mesmo tempo, tornam a prestação excessivamente onerosa. A melhor solução é a do Código Civil português de 1967, que, nos artigos 437 a 439, trata da “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”. O art. 437, do diploma citado, determina que:

1 – As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão do contrato têm de ter sofrido uma *alteração anormal*. Critério muito mais de acordo com a justiça contratual.

2 – Nesse caso a parte lesada tem direito de pedir a *resolução* ou a *modificação* do contrato, segundo os juízos de equidade. Diferentemente do direito brasileiro em que o devedor pede a resolução e fica a critério do credor admitir a modificação do contrato.

3 – A condição para isso é que as exigências das obrigações assumidas afetem gravemente o princípio de *boa-fé* e não estejam cobertas pelos *riscos próprios do contrato*.

4 – E, se o devedor optar pela resolução, pois é direito seu, poderá o credor opor-se ao pedido, declarando aceitar a *modificação* do contrato. No Direito português há proteção do devedor.

As regras sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva não acompanharam o espírito do novo Código Civil, pois resolver contrato, fazendo as duas partes perderem, afronta diretamente o princípio da *conservação dos negócios jurídicos* (art. 170 do

⁴¹ Enunciado 175 do CEJ: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertos no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gera o desequilíbrio, mas também em relação às *consequências* que ele produz” (grifo nosso).

CC), que é fundado na função social do contrato. Segundo o Enunciado 176 do CEJ: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à *revisão* judicial dos contratos e não à resolução contratual" (grifo nosso).

Por outro lado, também merece elogios a solução dada ao problema pelo art. 6º, V, segunda parte, do CDC, fundado na teoria de base objetiva do negócio, pois adaptado ao mundo contemporâneo e mais ágil no cumprir a justiça contratual (ver enunciados).

O Projeto Fiuza – Lei n. 6.960 de 2002 – prevê a alteração dessa parte do Código Civil e contém proposta que a altera radicalmente:

CAPÍTULO II – DA REVISÃO E DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

Seção I – Da revisão

Art. 472. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato.

§ 1º Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto.

§ 2º Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias.

§ 3º Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros.

Art. 474. Nos contratos com obrigações unilaterais aplica-se o disposto no artigo anterior, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para redução das prestações ou alteração do modo de executá-las, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Seção II – Da resolução

Art. 474. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato.

Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais.

Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação.

Porém, não poderíamos deixar de citar os casos de *revisão* que já estão no novo Código, como o do art. 317, que trata da correção monetária judicial para que a prestação volte ao valor real. A única condição é que os motivos sejam imprevisíveis e que a parte prejudicada faça o pedido, da qual já falamos anteriormente.

Outra hipótese de *revisão* é a do art. 480⁴², que trata dos contratos em que as obrigações cabem somente a um dos contratantes. A parte prejudicada pode pleitear que a sua prestação seja reduzida ou alterada para evitar a onerosidade excessiva.

Também há dispositivos específicos que admitem a *revisão* no Código Civil brasileiro, como o art. 625, II⁴³, na *empreitada*, e o art. 572⁴⁴, na *locação*⁴⁵.

⁴² Art. 480: "Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva".

⁴³ Art. 625, II: "Quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços".

⁴⁴ Art. 572: "Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis".

⁴⁵ Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

1.6.4 A quebra do sinalagma genético: a lesão e o estado de perigo

Finalmente, cabe examinar dentro do princípio do equilíbrio contratual institutos que também tratam da desigualdade material entre as partes. Como já nos referimos, na lesão e também no estado de perigo o desequilíbrio contratual é contemporâneo à declaração de vontade. O sinalagma, ou seja, equivalência da prestação e contraprestação, se rompe já na formação do contrato, com declaração defeituosa de uma das partes. Ambas as figuras constituem novos defeitos do negócio jurídico (cf. arts. 156 e 157 do CC/2002). São ambos, portanto, vícios do consentimento, podendo levar à anulação do contrato⁴⁶.

O fundamento dos dois novos defeitos do negócio jurídico é a necessidade. Todavia, o vocábulo necessidade não tem o mesmo significado na lesão e no estado de perigo. No art. 156 diz que “Constitui-se o estado de perigo quando alguém, premido da *necessidade* de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação *excessivamente onerosa*” (grifo nosso).

E o artigo 157: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob *premente necessidade*, ou por *inexperiência*, se obriga a prestação *manifestamente desproporcional* ao valor da prestação oposta” (grifo nosso).

No primeiro caso, isto é, no estado de perigo, a necessidade é física, pessoal, equivale à palavra *necessità* da língua italiana; na lesão a necessidade é econômica ou *bisogno*, equivalente a precisar, estar precisado.

No estado de perigo a declaração do contratante que pede ajuda está entre dois males: sofrer ou ver pessoa querida sofrer dano físico ou assumir obrigação *excessivamente onerosa* pelo serviço prestado pelo salvador. Como exemplo temos os empréstimos feitos a

juros extorsivos para pessoa que necessita livrar ente querido do cativeiro, em caso de seqüestro; o médico que cobra abusivamente para salvar a vida do filho do declarante; a mãe que vê o filho se afogando e concorda em pagar quantia excessivamente onerosa para o salvador. Também os depósitos de enormes quantias em cheque-caução nos hospitais podem ser lembrados.

Nesses casos a onerosidade excessiva é concomitante à declaração. Nasce um contrato *injusto*, pois houve cobrança abusiva pelo serviço prestado pela contraparte. O contratante prejudicado pode pedir a anulação do contrato e o juiz vai julgar segundo a *equidade*. O nosso legislador, diferentemente do Direito italiano que inspirou essa regra, optou pela anulação e não pela *redução* do valor pago, para a conservação do negócio jurídico. O legislador deveria escolher entre reduzir a prestação pela equidade e conservar o negócio ou anulá-lo, pois que o contratante que se locupletou da situação e, portanto, estava de má-fé (dolo de aproveitamento) não podia ser prestigiado. A opção foi penalizar pessoa que se aproveitou de situação de grave desespero, anulando o contrato e conduzindo as partes ao *statu quo ante*. Em contraponto ao texto legal, o Enunciado 148, da III Jornada do STJ, declara que: “Ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157”, permitindo o aproveitamento do negócio.

Na lesão prevista pelo novo Código Civil o desequilíbrio contratual nasce da declaração de vontade de alguém que sob *premente necessidade* ou *inexperiência* se obriga a prestação *manifestamente desproporcional* à prestação oposta. O sinalagma foi rompido, não havendo equivalência entre prestação e contraprestação, nascendo, então, um contrato *injusto*.

O Código revogado não previa a lesão como vício do consentimento. Os casos dos contratos sem equivalência das prestações causada pelo abuso de um dos contratantes, também chamados de contratos leoninos, eram resolvidos aplicando-se as regras das condições potestativas – art. 122 do CC (antigo art. 115) ou aquela do

⁴⁶ Cf. a respeito Teresa Ancona Lopez, Negócio concluído em estado de perigo, artigo publicado na *Revista do Advogado*, n. 68, p. 49 e s., dez. 2002.

art. 166, II⁴⁷ (antigo art. 145, II), *a contrario sensu*, isto é, o objeto ilícito levaria à nulidade contratual, ou com fundamento na Lei n. 1.521/51 – Lei dos crimes contra a economia popular –, que, no art. 4^a, letra b, define o crime de usura pecuniária ou real, no qual a desproporção deveria ser de um quinto a mais do *valor justo*⁴⁸. Como lei criminal, aplicava-se principalmente aos agiotas. Nessa lei eram exigidos dois pressupostos para tipificar o ilícito: um objetivo, ou seja, um quinto a mais do *valor justo*; e um *subjetivo*, o dolo de aproveitamento. Da mesma forma, temos que lembrar a Medida Provisória 2.172-32, de 23-8-2001 (em tramitação), que proíbe e considera nulas as estipulações usurárias.

O art. 157 do Código Civil de 2002 contém dois elementos:

1^a) um objetivo que é a prestação *manifestamente desproporcional* à contraprestação (sem proporção matemática), que é concreto indeterminado, cabendo ao juiz decidir seu conteúdo segundo valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico (§ 1^o, art. 157):

2^a) o segundo elemento é *subjetivo*, mas *não* mais do ângulo do proponente e sim tendo em vista o *prejudicado* que sob premente necessidade ou por inesperienza concordou com o negócio de valor abusivo.

Podemos lembrar os casos de pessoas que necessitando arranjarem dinheiro rapidamente vendem carros ou casas bem abaixo do preço. Poranto, diferentemente do que estava no art. 4^a, b, da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, o elemento subjetivo é o sentimento viciado, mesmo que a outra parte *não* tenha tido conhecimento dos motivos que levaram o declarante ao negócio prejudicial.

⁴⁷ Art. 166: “É nulo o negócio jurídico quando: II – for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto.”

⁴⁸ Art. 4^a, b: “obter ou estipular em qualquer contrato, abusando de premente necessidade, inesperienza ou levando da outra parte, lucro patrimonial que exceda 1/5 do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.

cial. Não há, no novo Código, punição para a atitude maliciosa do favorecido, *não é exigido dolo de aproveitamento*⁴⁹. Não é preciso que o lesado tenha sido induzido a participar de contrato que lhe é prejudicial. A lesão, como está no art. 157, é apreciada, no seu conjunto, objetivamente, acompanhando a filosofia do novo Código. Havendo grande desproporção entre prestação e contraprestação há lesão. Pesquisar a intenção do favorecido seria retroceder. A solução encontrada protege muito mais a parte prejudicada que não precisa provar o dolo da outra parte para ter seu contrato reequilibrado.

O § 2^o do art. 157 contém regra de suma importância, pois, cumprindo a função social do contrato, prevê a conservação do negócio não se decretando sua anulação “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”⁵⁰.

Como nos referimos anteriormente, no caso do estado de perigo, no qual é muito mais fácil a observação da conduta do favorecido, a lei exige dolo de aproveitamento, pois o dano grave que pode advir do perigo é conhecido por ele. Aquela que lucrar com a desgraça alheia é penalizado e o negócio anulado, sem chance de reduzir equitativamente a excessiva onerosidade que pesava sobre o negócio.

1.7 Princípio da boa-fé objetiva

1.7.1 Introdução

É a eticidade dentro do direito das obrigações. O princípio

⁴⁹ Cf. Enunciado 150 do CEJ: “A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”.

⁵⁰ STJ, Enunciado 149 da III Jornada de Direito Civil: “Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2^o, do Código Civil de 2002”.

da boa-fé, apesar de ter como fundamento regra moral, se impõe indubitavelmente como regra jurídica fundamental no direito contemporâneo.

O princípio da boa-fé (hoje cláusula geral), que deve comandar as condutas no comércio jurídico, esteve adormecido por muito tempo, apesar de ter sido sempre considerado, especialmente pela Doutrina, como um dos princípios básicos do direito contratual. Não há no Código Civil de 1916 nenhuma regra geral de boa-fé, como há nos Códigos europeus. Assim, o Código Civil francês, em seu art. 1.134, 3ª alínea, determina que as convenções devem ser executadas de boa-fé (“Elles doivent être exécutées de bonne foi”); como também o § 242 do BGB, que é a regra inspiradora de toda a boa-fé objetiva, como lealdade contratual no direito moderno; da mesma forma o art. 227, n. 1, do Código Civil português, que determina que nos contratos, tanto nas negociações preliminares como na formação deles, deve-se proceder segundo as regras da boa-fé. Ainda, temos no Código Civil italiano regras expressas que determinam que o contrato deve ser executado (art. 1.375) e interpretado conforme a boa-fé (art. 1.366). Além disso, o art. 1.337 do mesmo diploma determina que as partes nas tratativas e na formação do contrato também devem comportar-se segundo a boa-fé, regra que faltou no novo Código Civil brasileiro.

Todavia, a boa-fé como regra de conduta esteve, mesmo em países europeus, adormecida. É a partir dos anos 80 que ela cria força e ressurgue vigorosa. Na França, o renascimento da noção de boa-fé ou do dever de lealdade é efetivamente uma noção conexa à busca do equilíbrio econômico do contrato e sua adaptação em face dos acontecimentos, independentemente de força maior⁵¹. No

⁵¹ “Cette renaissance de la notion de bonne foi ou du devoir de loyauté est effectivement une notion connexe à la recherche de l'équilibre économique du contrat et de son adaptation face aux événements, indépendamment des cas de force majeure”. FLÉCHEUX, George. Renaissance de la notion de bonne foi et de

Brasil, podemos lembrar a regra do art. 131, I, do Código Comercial de 1850 (nessa parte revogada pelo Código Civil de 2002), que continha preceito interpretativo segundo o qual nas interpretações de cláusulas contratuais deveria ser usada inteligência simples e adequada que fosse mais conforme à boa-fé e ao espírito do contrato em detrimento da significação das palavras.

Porém, no direito brasileiro, a boa-fé como regra geral de comportamento (lealdade nos negócios, objetivamente considerada) aparece somente a partir do Código de Defesa do Consumidor, no qual é princípio básico e também dever de conduta de ambas as partes da relação de consumo (consumidor e fornecedor) (art. 4º, III, e 51, IV). Finalmente, com o advento do Código Civil de 2002, esse princípio é consagrado no art. 422, que determina que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, criando, assim, a cláusula geral de boa-fé.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor a boa-fé era somente ressaltada em seu aspecto *subjetivo*, isto é, aquele “estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento ou desconhecimento, e à intenção, ou falta de intenção de alguém”⁵². O seu oposto é a má-fé. A malícia, a intenção de prejudicar, o conhecimento de que está agindo contra direito alheio. A boa-fé subjetiva sempre se destacou em matéria de posse, na qual se julga diretamente a convicção das partes sobre a posse justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé (casos de boa-fé subjetiva no CC/2002 – arts. 1.201, 1.202 e 1.214 a 1.220).

A boa-fé, norma de conduta – objetivamente interpretada –, pode ser acatada ou não. Caso as partes ajam contra ela, dize-

loyauté dans le droit des contrats. In: *Études offerts à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXI^e siècle*. Paris: LGDJ, 2001, p. 341-345.

⁵² JUNQUEIRA DE AZEVEDO. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 3, p. 78 e s., set./dez. 1992.

mos que as partes não agiram conforme a boa-fé, porque a noção de má-fé vem com carga de *subjetivismo*, conhecimento e intenção, e geralmente só se aplica como o oposto de boa-fé subjetiva. Na boa-fé objetiva está em julgamento a situação ou atividade jurídica *como um todo* e na boa-fé subjetiva somente a *intenção* do sujeito. A boa-fé objetiva é um dever jurídico exigível nas três fases do contrato⁵³.

Na verdade, as duas espécies de boa-fé não se excluem e têm como princípio básico a lealdade e a honestidade, seja na apreciação da conduta por inteiro, seja no julgamento das atitudes do sujeito. Dessa forma, o conceito de boa-fé tem uma *unidade* e basta o ordenamento estabelecer a cláusula geral de boa-fé para daí fazer nascerem todos os outros tipos de comportamentos juridicamente relevantes e que tenham como base a obrigação de *correttezza* no agir.

44

⁵³ "Siguiendo la terminología de Spota, debe distinguirse entre la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad. La primera consiste en un estado de ánimo que confía en la apariencia de un título. Así, por ejemplo, se reputa obligatorio para el mandante, el contrato que su mandatario ha celebrado con un tercero después de la cesación del mandato, cuando el tercero ignoraba la cesación. Este ha contratado de buena fe, creyendo que el mandato subsistía. Basta con esta buena fe, apoyada en una apariencia que la ley estima razonable, para que el contrato tenga validez. Es una solución fundada en las exigencias de la seguridad. Cosa análoga ocurre con el heredero aparente, cuyos actos de administración y enajenación a título oneroso son válidas respecto de los terceros a quienes ha transmitido el derecho.

La buena fe-lealtad es el deber de obrar en las relaciones contractuales con probidad, como lo haría una persona honorable y correcta obrando con cuidado y previsión. Esta buena fe obliga: a ser claro en las ofertas y tratativas contractuales, de modo de no inducir en error a la otra parte; a interpretar el contrato honorablemente; a abstenerse de todo acto que dificulte el cumplimiento por la otra parte o que implique terminar intempestivamente las relaciones contractuales; a no reclamar el cumplimiento de la otra parte si previamente no se han cumplido u ofrecido cumplir las propias obligaciones (éste es el fundamento de la exceptio non adimpleti contractus)" (BORDA, Guillermo A. *Manual de contratos*. 7. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1974, p. 115) (grifos nossos).

Por outro lado, é importante que se *destaque* e se dê autonomia à *boa-fé* objetiva, que, sendo um conceito dúctil, vai sempre se adaptar às circunstâncias do caso concreto. O princípio de boa-fé objetiva tem fundamento constitucional na cláusula geral de dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (art. 1^a, III, da CF/88) e no art. 3^a, I, que determina ser objetivo fundamental da República uma sociedade livre, justa e solidária. É precisamente essa solidariedade que embasa a cláusula geral de boa-fé. Teresa Negreiros, mostrando a oposição entre indivíduo e pessoa, aponta que o Direito Civil apresenta-se "como um conjunto de deveres das pessoas em relação umas às outras, e não mais como um sistema marcado pela garantia dos direitos do indivíduo em oposição a outros indivíduos e ao próprio Estado"⁵⁴⁻⁵⁵.

1.7.2 Conteúdo do princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva é norma que determina o *dever de conduta* dos participantes de um contrato (art. 422 do CC). Essa regra é cláusula geral, ou seja, cláusula aberta na qual se podem subsumir os mais diversos comportamentos, positivos ou omissivos dos contratantes.

45

De outra parte, o conceito jurídico de boa-fé objetiva não tem um significado exato, é conceito *aberto*. Não concordamos que

⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos*, cit.

⁵⁵ Essa solidariedade aparece clara na jurisprudência italiana, como no julgado: "In tema di esecuzione del contratto la buona fede si atpeggia come un impegno od obbligo di solidarietà che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che a prescindere da obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere* siano idonei senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, a preservare gli interessi dall'altra parte" (C. 3775/1994). Também a solidariedade é destacada por Massimo Bianca no artigo La nozione de buona fede quale regola di comportamento contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: CEDAM, ano 29, p. 205-216, 1983.

boa-fé seja conceito totalmente vazio ou indeterminado, *tout court*, conforme proclamado pela maioria da doutrina, pois já sabemos de antemão o que é e o que não é proceder de boa-fé. Boa-fé é correção, é lealdade, é probidade. Francesco Galgano, referindo-se às normas do CC italiano que tratam da boa-fé objetiva, é enfático ao afirmar: “Boa-fé não significa outra coisa nessas normas, senão correção e lealdade (“Buona fede” altro non significa, in queste norme, se non correttezza o lealtà)”⁵⁶. Há, por assim dizer, uma gradação nos conceitos indeterminados, podendo ser quase ou totalmente vazios.

O preenchimento do conteúdo do princípio da boa-fé objetiva só poderá ser conseguido depois da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Dessa forma, averiguará o juiz se as partes observaram a boa-fé objetivamente considerada (conduta leal e correta) no caso *sub judice*. Em suma, o significado preciso do conceito somente surgirá da subsunção dos fatos às normas, é o que Reale chama de *concrettezza*.

Importante a lição de Larenz, pois, para ele boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade à palavra dada e não trair a confiança ou abusar dela, já que esta forma a *base indispensável* de todas as relações jurídicas. Porém, diz o mesmo autor, trata-se de um conceito “necessitado” de concreção, que unicamente nos indica a direção onde iremos buscar a resposta da conduta exigível em determinadas circunstâncias. Boa-fé e confiança são as bases do tráfego jurídico⁵⁷.

Galgano, de seu turno, mostra que apesar de ser uma empresa árdua dar conteúdo ao conceito de boa-fé objetiva, a Corte de Cassação se firmou no sentido de elaborar uma definição geral de

⁵⁶ GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Padova: CEDAM, 1990, t. 1, v. 2, p. 461.

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução para o espanhol de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142.

boa-fé contratual nos seguintes termos: “a boa-fé, compreendida no sentido ético, como requisito da conduta, constitui um dos eixos de disciplina legal das obrigações e tem como objeto um verdadeiro e próprio dever jurídico, que será violado não só quando uma das partes tenha agido com propósito doloso de prejudicar a outra, mas também se o comportamento de uma das partes não foi, todavia, marcado por diligente correção e no sentido de solidariedade social, que integram efetivamente o conteúdo da boa-fé” (*Cass.*, 18 fev. 1986, n. 960, *in Mass. Foro it.*, 1986) (tradução livre)⁵⁸.

Essa flexibilidade só é possível por ter o Código Civil de 2002 optado pelo sistema aberto de codificação. Nesse sistema a participação do juiz é fundamental para a construção do direito. O sistema resta incompleto até o momento da *concrettezza*. Na verdade, quando temos cláusulas gerais e conceitos indeterminados precisamos de duas declarações de vontade – a do legislador e a do juiz – para a construção da norma. Nesse sistema o direito se mantém sempre atualizado, pois haverá permanente adaptação à realidade socioeconômica. No construir o direito, completando o sistema poderá o julgador valer-se de elementos jurídicos, princípios gerais de direito e também de elementos metajurídicos, como já abordamos anteriormente.

Na sempre precisa explicação de Betti, “quando a lei, em todas as situações, fala de boa-fé, se refere a um conceito e a um critério valorativo que não está forjado pelo direito mas o direito o assume e o recebe da consciência social, da consciência ética da sociedade, para a qual deve valer”⁵⁹ (tradução livre).

Em suma, sendo a boa-fé conceito aberto, com flexibilidade inerente (não há conceito definitivo de boa-fé objetiva), seu conteúdo será plasmado conforme as necessidades do caso concreto.

⁵⁸ GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 462, rodapé.

⁵⁹ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tradução de José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 70.

Dessa forma, o juiz, ao decidir sobre conflitos nos contratos, vai ter obrigatoriamente de averiguar a presença da boa-fé naquela relação jurídica. Não deverá apoiar-se no silogismo clássico e matemático, mas, ao contrário, usará do raciocínio do tipo dialético, num vai-e-vem entre fato, valor e norma até chegar na concreção pedida pelo direito. Só então, saberemos qual foi o conteúdo escolhido pelo magistrado.

Conseqüentemente, há o *controle do conteúdo dos contratos* a partir do princípio da boa-fé. O professor de Coimbra Joaquim de Sousa Ribeiro analisa a boa-fé como princípio normativo e sua atuação como comportamento para superação do modelo formal de contrato⁶⁰. Coloca a boa-fé como critério de validade de cláusulas contratuais, ou mesmo, de todo o contrato. Sem dúvida, o jurista luso tem toda razão, pois a cláusula geral de boa-fé é norma de ordem pública e não pode ser contrariada, sob pena da sanção de nulidade.

Todavia, como contraponto, lembramos a posição de Tepe-dino e Scheiber, que, em artigo polêmico, são enfáticos ao afirmar que “faz-se necessário, portanto, trabalhar efetivamente sobre o conteúdo da cláusula geral de boa-fé objetiva, precisando suas funções e seus limites, e separando do núcleo do instituto o caráter protetivo que lhe foi emprestado pelo Código de Defesa do Consumidor. Entender o contrário é insistir em uma invocação abstrata e ineficaz de boa-fé objetiva...”⁶¹.

1.7.3 A análise do artigo 422 do Código Civil de 2002

O art. 422 determina que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁶⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controle do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 42, 2005.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista EMERJ*, n. 6, 23, p. 139, 2003.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que, apesar de o artigo citado não englobar a boa-fé pré-contratual, a ela também se aplicará. Aliás é esse o teor do Enunciado da III Jornada do STJ n. 170: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Em seguida devemos ter em mente que essa cláusula geral é norma de ordem pública. Essa afirmação vem comprovada pelo parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, nas Disposições Transitórias, que determina que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Sem dúvida a boa-fé é norma que garante não só a conduta leal dos contratantes mas, por conseqüência, também a sua função social do contrato. Contratos injustos ferem a ordem social também.

Qual a conseqüência?

Sendo norma da ordem pública, implica seu conhecimento e aplicação *ex officio* pelo juiz, independentemente do pedido da parte ou do interessado (basta que haja processo em curso), a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (v.g., CPC 303, III), não estando sujeitos a preclusão⁶².

Dessa forma, há prevalência do princípio da boa-fé sobre as determinações contratuais apesar de não impor comportamento preestabelecido como as outras cláusulas que dão conteúdo ao contrato.

O juiz vai, então, integrar o contrato com a cláusula de boa-fé, determinando o comportamento obrigatório das partes (ou da

⁶² NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Comentários ao art. 2.035.

parte). Essa função não se confunde com a função meramente interpretativa de boa-fé. Essa integração vem modificar os efeitos dos contratos. O Enunciado 26 da I Jornada do STJ esclarece: “A cláusula geral contida no Código Civil, art. 422, impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, *suprir e corrigir* o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes” (grifos nossos).

Guido Alpa⁶³ diz que as cláusulas gerais permitem remediar a incompletude dos contratos, em especial a boa-fé objetiva e a equidade. Afirma que a boa-fé integrativa implica, assim, a inclusão no contrato de cláusula de renegociação, mesmo que as partes não a tenham previsto, mas não a tenham excluído expressamente⁶⁴.

1.7.4 Boa-fé fonte das obrigações

Sem dúvida, a boa-fé objetiva no direito contemporâneo é fonte *autônoma* das obrigações independentemente daquelas vindas dos contratos.

É o que se observa em determinados contratos nos quais a prestação principal foi cumprida, mas houve muitos prejuízos materiais e morais que nasceram da falta de *solidariedade e cooperação* contratual que são os fundamentos da boa-fé objetiva. Ou antes são, como bem demonstra Ruy Rosado de Aguiar Jr., descumprimento de um dever secundário que não se relaciona diretamente com a prestação, que pode ter sido realizada integralmente. Diz que

⁶³ ALPA, Guido. La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità. In: *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice Civile Europeo*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 118-121.

⁶⁴ Na Itália, a Jurisprudência tem feito essa integração pela aplicação conjunta dos artigos 1.375 (execução de boa-fé) e 1.374 (integração do contrato), na qual está determinado que o contrato obriga as partes não só pelo que está expresso, mas também todas as conseqüências que derivam de lei, ou, na sua falta, segundo os usos ou a equidade.

é o caso do “prestador de serviços que realiza a contento seu trabalho, mas age com descuido ao se retirar da casa, causando danos ao patrimônio ou a pessoa do proprietário”. No caso não há desfazimento do contrato mas haverá indenização ao lesado por violação a deveres secundários de proteção ou lealdade⁶⁵.

Exemplo bem claro do que acontece na prática é o da *culpa post pactum finitum*, ou seja, a boa-fé também se aplica em situações de contrato completamente executado mas para além do contrato. É o caso do médico que joga fora todos os exames e o prontuário do paciente depois de terminado o tratamento. Também o do advogado que, mesmo tendo vencido a demanda, deverá pagar indenização, perdas e danos materiais e morais ao seu cliente porque jogou fora todos os seus documentos.

Em síntese, “a boa-fé objetiva é cláusula geral ao mesmo tempo que se consubstancia em *fonte de direito e de obrigações*, isto é, fonte jurígena assim como a lei e outras fontes. É fonte jurígena porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção, segundo os usos e costumes” (grifo dos autores)⁶⁶.

1.7.5 Funções da boa-fé objetiva

Os doutrinadores apontam três funções principais para a boa-fé objetiva. Essas funções aparecem também no Código Civil de 2002, a saber:

a) como regra de conduta obrigatória dos dois contratantes (art. 422)⁶⁷;

⁶⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução*. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 252-253.

⁶⁶ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*, cit., comentário ao art. 422, n. 8.

⁶⁷ Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

b) como regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113)⁶⁸;

c) como limitadora de direitos subjetivos (art. 187)⁶⁹.

Vamos explicar brevemente essas funções.

a) De regra de conduta já falamos e é sua função principal.

É no uso dessa função que o juiz integrará o contrato. Nesse sentido, como afirma Massimo Bianca, a boa-fé é fonte de integração do contrato, é regra objetiva que leva a determinar o comportamento devido⁷⁰. E nesse aspecto, controlando o conteúdo dos contratos. Sem dúvida, o controle do conteúdo do contrato para adequá-lo à norma/princípio da boa-fé objetiva vem interferir em outro princípio — o da autonomia da vontade —, a liberdade que têm as partes de auto-regularem seus direitos e obrigações. Todavia, o princípio da boa-fé objetiva vem apenas limitar a autonomia privada e, como entre dois princípios não há antinomia, haverá prevalência de um sobre o outro, o que é perfeitamente possível.

b) A segunda função é a interpretativa. O art. 113 determina que os negócios jurídicos sejam interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

O atual Código Civil adotou a teoria da confiança, como doutrina que dará os cânones na interpretação e execução dos negócios. A teoria da confiança é aquela que prestigia a boa-fé dos contratantes pois criaram expectativas que devem ser preenchidas. Portanto, conforme regra do art. 113, a interpretação dos negócios

jurídicos levará em consideração, ao examinar seu conteúdo, a lealdade e a *correttezza* que se espera.

Por outro lado, o art. 112 do Código Civil, que contém regra interpretativa carregada da teoria da vontade, e que é aparentemente antinômica ao art. 113, só pode ser interpretado segundo as luzes da teoria da declaração, na subespécie teoria da confiança. Em outras palavras, quando a lei diz que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, devemos ter presente que essa intenção consubstanciada no texto negocial vem das declarações das partes e *essas declarações não podem ser contra a boa-fé objetiva*. Portanto, é perfeitamente possível conciliar os dois dispositivos, desde que tenhamos em mente que a intenção das partes só pode ser avaliada objetivamente e segundo a boa-fé, pois estamos diante de Código que adotou a teoria da confiança. O Enunciado 27 da Jornada do STJ esclarece: “na interpretação da cláusula geral de boa-fé deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

c) Finalmente, a terceira função da boa-fé objetiva diz respeito à função de impor limites ao exercício dos direitos subjetivos. Seu fundamento é o art. 187 do Código Civil, ou seja, também comete ato ilícito aquele sujeito que ao exercer seu direito excede os limites impostos pela boa-fé. “O exercício do direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra da confiança e frustração das legítimas expectativas”⁷¹. O princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se na ordenação contratual, segundo a mesma autora⁷².

O abuso no exercício dos direitos, que se funda na deslealdade de um dos contratantes, faz com que apareçam figuras já consa-

⁶⁸ Art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁶⁹ Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁷⁰ BIANCA, Massimo. *La nozione di buona fede*, cit., p. 205 e s., 1983.

⁷¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 141.

⁷² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit.

gradas pela doutrina européia, e também de nossa pátria, em que se constata, na expressão usada por Menezes Cordeiro, esse abuso de posição jurídica, tanto do credor quanto do devedor. São os casos do *venire contra factum proprium*, do *tu quoque*, da *suppressio*, da *surrectio*, do adimplemento substancial, da lesão positiva do contrato.

O *venire contra factum proprium*⁷³, que no direito espanhol se chama “teoria dos atos próprios”, é regra de direito derivada do princípio da boa-fé objetiva que determina como inadmissível toda pretensão lícita mas *objetivamente contraditória* com respeito ao comportamento anterior do mesmo sujeito⁷⁴. Há no *venire contra factum proprium* dois comportamentos *lícitos* diferidos no tempo⁷⁵. O primeiro, o *factum proprium*, é contrariado pelo segundo.

Como bem esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁷⁶, a proibição do *venire contra factum proprium* protege uma das partes

⁷³ “Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. ‘Venire contra factum proprium’. Boa-fé. Preparo. Férias.

1. tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. votos vencidos.

2. a mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. doutrina dos atos próprios. art. 132 do CC.

3. recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 95.539, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 3-9-1996).

⁷⁴ BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 11 e s.

⁷⁵ CORDEIRO, Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 743-744.

⁷⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos*, cit., p. 254.

contra a outra que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente, o que acabou por gerar expectativas, pois a conduta indicava seguramente determinado comportamento. Sem dúvida, há quebra da lealdade e da confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto com surpresa e prejuízo da outra parte.

Do *venire contra factum proprium* surgiram, como consequência, a *surrectio* e a *suppressio*⁷⁷ que vamos esclarecer com o exemplo seguinte: o locador que aceita o pagamento do aluguel em dia diverso do pactuado, comportando-se, assim, durante um certo tempo, não poderá exigir que o inquilino volte a cumprir sua prestação conforme a letra do contrato. Na verdade, houve uma renegociação tácita que não pode ser derrubada pelo locador, pois seria agir contra a boa-fé contratual, tendo em vista que o locatário tinha essa expectativa para o futuro e confiava na contraparte.

O exemplo serve para explicarmos as duas figuras. Houve *suppressio* contra o credor do aluguel, pois não exercendo sua posição jurídica por certo lapso de tempo viu atingido, com fundamento na boa-fé contratual, seu direito. Não se confunde a *suppressio* com a prescrição nem a decadência, pois o abandono do titular de sua posição jurídica já se tornara aparente⁷⁸. De outro lado, como houve exercício continuado da posição jurídica, há o surgimento

⁷⁷ “Alienação de imóvel financiado pelo SFH. Mútuo hipotecário. Conhecimento do agente financeiro – Presunção de consentimento tácito.

(...) 3. Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo” (STJ, REsp 573.059, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 14-9-2004).

⁷⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *A boa-fé nas obrigações civis*. In: *Ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 124.

de um direito digno de tutela em favor do seu exercente. O nascimento desse direito chama-se *surrectio*⁷⁹.

Adalberto Pasqualotto lembra ainda que nessas figuras há ponto de contato com a *verwirkung*, ou seja, renúncia tácita do direito alemão. E completa mostrando que muitos *facta propria* são omissivos (como no exemplo acima), como na *suppressio* e na *verwirkung*⁸⁰.

Outro caso de abuso de posição jurídica e do qual surgem conseqüências com fundamento na boa-fé objetiva é a figura do *tu quoque*⁸¹. “Aquele que descumprir norma legal ou contratual atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio descumpriu”⁸². É o mesmo ilustre jurista que nos fornece exemplos bem esclarecedores como o caso do condômino, que violando regras do condo-

⁷⁹ “Processual. Civil. Condomínio. Área comum. Utilização exclusiva. Uso prolongado. Autorização da assembléia condominial. Princípio da boa-fé objetiva. Razão ponderável. Inocorrência.

– Detenção concedida pelo condomínio para que determinado condômino anexe à respectiva unidade um fundo de corredor inútil para uso coletivo. Decorrido longo tempo e constatada a boa-fé, o condomínio, sem demonstrar fato novo, não pode retomar a área objeto da permissão” (STJ, REsp 325.870-RJ, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14-6-2004).

⁸⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis, cit, p. 125.

⁸¹ “CIVIL. CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO. A circunstância de que exista penhora de bens suficientes para garantir a execução não autoriza que o nome do devedor seja excluído do cadastro de proteção ao crédito. A alteração da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veio, precisamente, para impedir o abuso cometido por devedores desidiosos que fazem uso do judiciário para dilatar os prazos de pagamento. O critério agora adotado é o da boa-fé objetiva, não podendo a tutela judicial favorecer quem, discutindo sobre a remuneração do capital mutuado, deixa de restituir o valor nominal do empréstimo que recebeu. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg na MC 10015-DF, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 2-8-2005).

⁸² AGUIAR JR. Extinção dos contratos, cit.

mínio, deposita móveis na área comum; portanto, não pode exigir de outro condômino comportamento obediente. Como ainda bem observa Ruy Rosado⁸³, faz-se nesse caso a aplicação do princípio inspirador da *exceptio non adimpleti contractus*. Quem não cumpriu a prestação não pode exigir do outro contratante seu cumprimento.

Finalmente, também com fundamento na boa-fé objetiva, na sua função limitadora de direitos subjetivos, temos a figura do *adimplemento substancial*, que, como a própria expressão está dizendo, o adimplemento chegou quase no final, faltando apenas uma parcela muito pequena em relação ao todo. Não seria justo a resolução do contrato com perdas e danos. O rompimento, nesse caso, seria abusivo, contra a boa-fé⁸⁴.

1.7.6 Deveres acessórios ou anexos à boa-fé objetiva

A doutrina mostra que as partes têm que cumprir a obrigação principal pactuada mas têm, ao mesmo tempo, de observar outras condutas que são os deveres anexos ou acessórios à obrigação principal fundados na boa-fé contratual. Os principais deveres anexos são:

⁸³ AGUIAR JR. Extinção dos contratos, cit.

⁸⁴ “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso” (STJ, REsp 272.739-MG, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1ª-3-2001).

Nesse mesmo sentido: “Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio” (STJ, REsp 76.362-MT, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11-12-1995).

de lealdade (essência da boa-fé objetiva), de informação, de cooperação (quem não coopera com a outra parte infringe fundamentalmente a boa-fé – cf. Betti: boa-fé é cooperação⁸⁵), de segurança, dever de segredo, de custódia (das coisas negociadas). Francesco Galgano mostra que a boa-fé importa no dever de cada uma das partes realizar o interesse contratual da outra ou evitar que sofra dano, mesmo que isso possa suceder com o adimplemento de obrigações acessórias em relação às contratuais. Dá como exemplo o caso de alguém que, tendo alugado um apartamento a um deficiente físico, tem o dever de colocar uma rampa de entrada que permita ao inquilino entrar e sair com uma cadeira de rodas (tradução livre)⁸⁶.

Esses deveres têm que ser seguidos nas três fases do contrato: fase pré-contratual ou tratativas, na fase de execução e fase pós-contratual, o que pode gerar responsabilidade *post pactum finitum*, como já nos referimos.

Em resumo, como a boa-fé objetiva é fonte autônoma de obrigações e direitos, desvinculada da declaração de vontade, a parte prejudicada tem legitimidade de agir cobrando perdas e danos ou pedindo outro tipo de sanção, mesmo que a prestação tenha sido cumprida. Sobre as conseqüências da desobediência dos deveres anexos temos acórdão do STJ, que afirma que os deveres anexos ao contrato são decorrência lógica do princípio da boa-fé contratual. E que “o dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa⁸⁷ (grifos nossos) .

⁸⁵ BETTI, Emilio. *Teoria generale*, cit., p. 69.

⁸⁶ GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 469.

⁸⁷ “Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato.

– O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio.

1.7.7 Em síntese

1) o princípio da boa-fé objetiva normatizado no art. 422 é norma de ordem pública;

2) o princípio da boa-fé objetiva é fonte de direito autônoma, sem relação com a declaração de vontade;

3) o princípio da boa-fé objetiva limita o princípio da autonomia da vontade, pois incide diretamente no conteúdo do contrato;

4) é a consagração da eticidade, que inspira todo novo Código Civil, no direito das obrigações;

5) o princípio da boa-fé objetiva se aplica tanto nos contratos paritários do Código Civil quanto nos contratos de adesão e nas relações de massa que estão reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor⁸⁸.

1.8 O princípio da função social do contrato

1.8.1 Introdução: fundamento do princípio

A previsão legal do princípio da função social do contrato está em consonância com o que os doutrinadores têm descrito

– O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual.

– A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa.

– A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o *quantum* determinado revela-se irrisório ou exagerado.

Recursos não providos” (STJ, REsp 595631-SC, 3ª T., rel. Nancy Andrighi, j. 8-6-2004).

⁸⁸ STJ, III Jornada de Direito Civil, Enunciado 167: “Com o advento do Código Civil, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são inspiradores de uma nova teoria geral dos contratos”.

como o fenômeno da *funcionalização dos institutos de direito privado*, como bem percebeu Francisco Amaral⁸⁹. O autor mostra que, para a concepção estrutural do direito, a ciência jurídica não deve ocupar-se com as funções que ele passa a desempenhar, mas o recurso às ciências sociais permite melhor compreensão do fenômeno jurídico. Assim, segundo Amaral, revela-se íntima a relação “entre a teoria estrutural do direito e a abordagem técnico-jurídica, de um lado, e a teoria funcional e o estudo sociológico do outro. Esta conexão é característica dos estudos jurídicos contemporâneos; considerando-se essencial para o justo saber não apenas como o direito é feito mas também para o que serve, vale dizer, sua causa final”. Aparece, assim, segundo o mesmo autor, fundamentando-se em Bobbio e J. Durão Barroso, “o conceito de função em direito, significando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura”⁹⁰.

Essa funcionalização surge primeiramente no conceito de propriedade, consagrado no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, pois é garantido o direito de propriedade desde que atenda à sua função social. O princípio da *função social da propriedade* é princípio da *ordem econômica* (art. 170, III), que, “fundada na valorização do trabalho humano e de *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, “ora, a *realização* da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido ao contrato, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda coletividade”⁹¹.

⁸⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 355.

⁹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 355.

⁹¹ REALE, Miguel. In: <www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acesso em: 12 ago. 2006, p. 1.

O fundamento do princípio da função social do contrato é constitucional e somente pode ser entendida tamanha limitação à autonomia privada, princípio básico dos contratos, à luz do texto constitucional. Os dispositivos que diretamente fundamentam a função social do contrato na Constituição Federal são:

a) art. 1º, III – cláusula geral que contém o princípio da dignidade humana, como um dos pilares da República do Brasil. Porém, mesmo tendo o contrato a função social como pressuposto de sua validade que impõe respeito à coletividade e a terceiros, não pode, de forma alguma, deixar de proteger e promover as pessoas que dele participam, ou seja, não pode deixar de lado o valor fundante da dignidade da pessoa humana;

b) art. 1º, IV – dispõe como fundamentos para um Estado Democrático os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A Lei Maior consagra expressamente o *valor social* da livre iniciativa. Eis aí a importância do contrato como fato social, principal instrumento da circulação das riquezas e, com isso, do progresso econômico de um país. A disposição do art. 1º, inciso IV, “impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”⁹²;

c) art. 3º, I – por ele a função social do contrato vai ajudar a “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. É o princípio da *solidariedade social* consagrado por todas as constituições modernas e que deve ser observado por toda legislação infraconstitucional. Sem isso, impossível a construção de uma sociedade justa na qual o bem comum é o seu fim último;

d) os artigos antecedentes são completados pelo art. 170 da CF, que abre o capítulo dos “Princípios gerais da atividade econômica” e que determina que “a ordem econômica, fundada na valo-

⁹² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Princípios do novo direito contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137 e s.

rização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. O dispositivo repete o valor que tem para a sociedade não só o trabalho humano mas também a livre iniciativa, sendo esta, inclusive, a principal geradora de empregos.

1.8.2 Natureza jurídica e atuação do princípio da função social dos contratos

O art. 421 do Código Civil determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Esse dispositivo que abre o Título V do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002 é o preâmbulo de todo direito contratual. Essa cláusula geral é seguida de perto pela cláusula geral que abriga o princípio de boa-fé contratual (art. 422). Os dois princípios, conjuntamente, são os pilares do direito obrigacional atual, sendo ambas as normas de ordem pública por força do parágrafo único do art. 2.035 das Disposições Transitórias do novo Código Civil, que determina que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Como já consignamos anteriormente, o texto normativo se aplica também aos contratos firmados antes da entrada em vigor (01/2003) do atual Código Civil. Ou seja, a nova lei apará situações jurídicas que vêm do passado e que se tornaram atos jurídicos perfeitos sob a égide do velho Código. É a ordem pública retroagindo em nome da solidariedade (função social) e da eticidade (boa-fé objetiva) para a construção de uma sociedade mais justa. Nesse sentido o acórdão da Terceira Turma do STJ, que teve como Relatora a competente Ministra Nancy Andrighi. Trata-se de discussão sobre a possibilidade de aplicação do art. 1.488 do Código Civil de 2002, regra totalmente nova em nosso Direito, que prevê a possibilidade de fracionamento da hipoteca. A ilustre Relatora,

fundamentando seu relatório na função social dos contratos, aplicou retroativamente o art. 1.488, nos seguintes termos: “O art. 1488 do CC/02, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações em curso, nos termos do art. 2.035 do CC/02” (STJ, REsp 691.738/SC, j. em 12-5-2005).

De outro lado, esses princípios são normas de ordem pública, não podem ser revogadas pela vontade das partes e sua nulidade poderá ser decretada *de officio* durante litúgio em que se discute conteúdo contratual (art. 166, VI, do CC), “a qualquer tempo e em grau ordinário de jurisdição (v.g., CPC 303, III) não estando sujeitas à preclusão”⁹³.

Diante dos termos do art. 421, e tendo em vista tratar-se de norma imperativa, o princípio da função social vai interferir na liberdade contratual, isto é, no conteúdo do contrato. Dessa forma, a função social vai *restringir* o exercício do direito subjetivo de autorregulamentação das condutas proveniente da autonomia privada. Assim, pois, a boa-fé objetiva. A função social, limitando o princípio da autonomia da vontade, vai, em consequência, também limitar o princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), assim como, e principalmente, o princípio da relatividade dos contratos que teve que sofrer releitura, pois poderá se mostrar *incompatível* com as exigências do bem comum. Em outras palavras, o interesse dos particulares não poderá prejudicar terceiros ou a coletividade frustrando a justiça social. Há, portanto, “liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular riqueza, tem de

⁹³ “As cláusulas gerais notadamente as da função social do contrato (CC 421), função social da empresa (CF 170 e CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), bons costumes (CC 187) e função social da propriedade (CF 5^a, XXIII, e 170, III; CC 1.228, § 1^o) são de ordem pública. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil comentado*, cit., comentário ao artigo 2.035, parágrafo único.

cumprir sua função social, tão ou mais importante que o aspecto econômico do contrato”⁹⁴.

Orlando Gomes, um dos maiores juristas que o Brasil já teve, afirma que só merecem a proteção da ordem jurídica os contratos que têm função econômico-social reconhecidamente útil. O mestre descartava, assim, os contratos sem utilidade social, fúteis e improdutivos. Afirma que, para o contrato exercer uma função social “deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela”⁹⁵. Em suma, há contratos que *não podem e não devem ser* protegidos juridicamente.

Finalmente, essa limitação, que encontra respaldo na Constituição Federal, resulta da funcionalização dos institutos de direito privado, dos seus princípios e das suas normas. A partir dessa funcionalização, o ordenamento jurídico estabelece limites para o exercício dos direitos subjetivos, com vista no bem comum e na igualdade de todos⁹⁶.

64

1.8.3 O conteúdo da função social do contrato

Como sabemos, os contratos não existem avulsos no meio social. São eles fatos sociais e, dessa forma, repercutem também nos interesses *alheios* e na sociedade como um todo. É como uma pedra jogada em um lago, que vai formar círculos infinitos e incontroláveis.

O princípio da função social do contrato impõe às partes dois tipos de deveres: o primeiro, *positivo*, qual seja, realizar sua função *econômica* dentro da sociedade, fazendo circular as riquezas e, assim, impulsionando o seu progresso material e conseqüentemente instalando o bem-estar social. “O contrato é instrumento da vida

⁹⁴ NERY JR., Nelson. *Código Civil comentado*, cit., comentários ao art. 421.

⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 30.

⁹⁶ Para melhores fundamentos, cf. Francisco Amaral. *Direito civil*, cit., p. 357.

econômica que *nasce* da realidade econômica.”⁹⁷ O segundo dever é de cunho *negativo*, constitui-se em uma obrigação geral de não-fazer, isto é, os contratantes estão obrigados a não prejudicar os interesses extracontratuais, de terceiros ou da coletividade, quando da regulação de seus próprios interesses. Não poderão a coletividade ou algum de seus membros ser atingidos *negativamente* pelo contrato, quer por seu conteúdo, quer por sua execução ou até mesmo por seu inadimplemento.

A função econômica e a função social devem caminhar paralelamente. Ambas devem interagir e respeitar-se. Como bem observa Humberto Theodoro Júnior, “a função social é um ‘plus’ que se acrescenta à função econômica. Não poderá jamais ocupar o lugar de função econômica no domínio do contrato. Contrato sem função econômica simplesmente não é contrato”⁹⁸.

Dessa forma, a função social *não é* o objetivo do contrato, aquilo que o contrato visa realizar, como tem sido afirmado por muitos doutrinadores. Quando o art. 421 do CC, na primeira parte, dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social, comete um sacrilégio grave contra a ordem econômica e a livre iniciativa. Fere princípios basilares da nossa Constituição.

As partes ao estabelecerem acordos têm em mira regular seus interesses privados, jamais distribuir bem-estar social, que é função do Estado. Portanto, a função social é *limite* da autonomia privada. As partes não poderão, ao regular seus interesses egoístas, prejudicar a sociedade em nenhum de seus setores, como, por exemplo, o meio ambiente, os mais fracos, os mais pobres e também não podem prejudicar os seus *iguais* e até os mais fortes, isto é, fazer acordos em prejuízo a empreendimentos alheios. A função social abrange a

65

⁹⁷ Giovanni Iudica e Paolo Zatti, *apud* THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 97, rodapé.

⁹⁸ THEODORO JR., Humberto. *O contrato*, cit., p. 101.

manutenção do equilíbrio entre as partes e o bom funcionamento do mercado, na afirmação de Arnaldo Wald⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Muitas leis têm sido editadas para limitar a atuação dos interesses privados. Há vasta legislação que tem preocupação com a função social dos negócios; como exemplo, as leis ambientais, todo o direito consumerista, a legislação concorrencial, as leis trabalhistas, as leis de locação, as leis educacionais, as leis de loteamentos etc. Evidentemente, a proibição de contratos com cláusulas abusivas, ou de cartelização de setores da economia pelas empresas, tem como finalidade proteger a sociedade como um todo. Há rigorosa atuação dos órgãos públicos controlando esses tipos de negócios¹⁰¹.

Todavia, o que nos interessa é a aplicação do art. 421 a casos não previstos em lei especial. Como iremos utilizar essa regra limitadora na prática? Quando poderá o juiz decretar a nulidade de um contrato por prejuízo a terceiros ou à coletividade?

Primeiramente, devemos lembrar que o contrato pode ter efeitos deletérios *internos*, contra uma das partes, e *externos*, contra quem não é parte. O contrato injusto *inter partes* vai também refle-

66

⁹⁹ A dupla função econômica e social do contrato. RTDC, v. 17, p. 5, jan./mar. 2004.

¹⁰⁰ Em contraponto à teoria da função social do contrato, temos a opinião do grande contratualista Gino Gorla, que afirma ser esta teoria equivocada e que problemas para os quais se invoca a função econômico-social do contrato podem e devem ser resolvidos sem recurso a este conceito polivalente e nebuloso (*Il contratto*, Milano: Giuffrè, 1954, p. 405).

¹⁰¹ “Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art. 52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato.

– É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º, art. 52 do CDC. Recurso Especial não conhecido.”

tir-se no seu valor social e, conseqüentemente, prejudicar a segurança e a paz social.

Mas é nos seus efeitos *externos* que vem nos interessar a funcionalização do contrato. Como saber que a função social foi respeitada? Qual o conteúdo dessa função social?

Alguma idéia sobre o que é a função social tem o intérprete, principalmente tendo em vista que a função social do contrato é conseqüência óbvia da função social da propriedade da qual é instrumento.

Porém, tal conceito tem certo grau de indeterminação que somente será fixado diante do caso concreto, dependendo das circunstâncias da época e do lugar onde vai ser executado o negócio. Além disso, deverá levar em consideração os usos e costumes e a boa-fé objetiva nessa averiguação. A função social é cláusula geral e o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais¹⁰².

Assim, em primeiro lugar os contratos devem ser concluídos no interesse dos contratantes, mas sem conflitar com o interesse público.

67

O *limite* da autonomia privada por sua função social pode ser entendido como a proibição de transformação do contrato em instrumento de atos em abuso do direito. “Com efeito, não basta que exista a *liberdade* para que se tenha a possibilidade de *abusar* dela, é plenamente possível identificar, no desatendimento da função social do contrato, um *abuso da liberdade contratual*”¹⁰³ (grifos originais).

¹⁰² NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil comentado*, cit., comentários ao art. 421, item 6.

¹⁰³ Daniel Martins Boulos, citando Rodolfo Sacco em *L'abuso della libertà contrattuale*. Autonomia privada – função social do contrato. In: ALVIM, Arruda. *Aspectos controversos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

Portanto, a cláusula geral do abuso do direito no atual direito privado (art. 187) é perfeitamente adequada para resolver o problema do não-cumprimento do dever de respeitar a função social do contrato. Deverá o julgador verificar se os contratantes, ao exercer sua autonomia privada, excederam manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A autonomia privada continua sendo o mais importante princípio do direito contratual, pois sem ele não há a criação dos negócios e o desenvolvimento da economia. O contrato é fonte do direito. A Constituição Federal coloca a livre iniciativa como fundamento da República e lhe dá *valor social*. Porém, coloca no seu *exercício* (da autonomia privada), *não na sua existência, limites*, tendo em vista o respeito ao coletivo e a preservação do bem comum. Há responsabilidade no abuso do direito (art. 187).

Em síntese, os particulares podem e devem regular livremente seus interesses, mas a *lex contractus* somente será recepcionada pelo ordenamento se não prejudicar terceiros ou a sociedade como um todo. É nesse sentido o Enunciado 23 do CEJ, nos seguintes termos: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou *reduz* o alcance desse princípio quando presentes *interesses metaindividuais* ou *interesse individual* relativo à *dignidade da pessoa humana*”.

1.8.4 Aplicações da função social do contrato

Alguns dispositivos do Código Civil de 2002 têm como regra de fundo a realização do princípio da função social do contrato.

Podem ser lembrados o art. 144, que admite o erro sanável quando a pessoa, a quem a manifestação da vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade do manifestante. Nesse caso pensou o legislador em *conservar* o negócio, pois muito mais útil e seguro socialmente. Como exemplo, temos o caso comum de entrega da posse de lote diferente do que havia sido

comprado do loteador. O vendedor pode corrigir o erro ao entregar o lote certo ao comprador e, dessa forma, salvar o negócio. Também o art. 157, § 2º, que dispõe que não se decretará a anulação do negócio (com lesão), se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito; o art. 170, que trata da conversão do negócio jurídico em outro; o art. 1.488 sobre a divisão da hipoteca. Sobre esse artigo citamos acórdão anteriormente. O art. 608, que trata do alicenciamento de prestadores de serviços que já o prestam a outrem; o parágrafo único do art. 473, sobre efeitos da denúncia unilateral no caso de investimentos consideráveis da outra parte. Todos os casos de conversão do negócio são aplicações específicas da função social do contrato. Nesse sentido, o Enunciado 22 do CEJ: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Uma das aplicações mais importantes do princípio da função social diz respeito à *revisão da interpretação do princípio da relatividade dos contratos*, do qual já tratamos no item 1.5.

O entendimento da *res inter alios acta* já vinha sendo flexibilizado pela jurisprudência e doutrina europeias há mais de duas décadas. Na verdade, passado o surto de individualismo, começam os juristas a “desconstruir” esse vetusto princípio a partir dos efeitos externos dos contratos, com relação a terceiros e também da atuação de terceiros contra o contrato.

Dessa forma, em princípio, os direitos e obrigações nascidas de um acordo somente deverão se aplicar às partes contratantes. Essa é a relatividade estrita do contrato. Porém, como o contrato é fato social relevante, seus efeitos se refletem no meio social, podendo ou não prejudicar terceiros ou a coletividade. Eis aí a função social em destaque. O princípio da função social vem, portanto, se contrapor ao da relatividade das convenções, estabelecendo limites à liberdade de auto-regulação que têm as partes.

Finalmente, o contrato é *oponível* a terceiros, basta para isso existir. Dessa forma, deverão esses estranhos respeitar o vínculo negocial, não desviando os efeitos esperados pelas partes interessadas. Se isso acontecer, a função econômico-social do contrato não poderá ser cumprida. Exemplos comuns dessa prática podem ser encontrados nos casos em que o devedor em contrato de exclusividade também negocia com terceiros, ou na compra e venda com pacto de *non alienando*, quando há a venda a terceiros antes do escoamento do prazo contratual. Também o caso já lembrado de aliciamento de prestadores de serviços. Antonio Junqueira de Azevedo mostra que, “aceita a idéia de função social do contrato, torna-se evidente que *os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse*” (grifos originais). Essa interferência de terceiros em contratos em curso pode ser anulada e ainda caberá pedido de indenização com perdas e danos à parte prejudicada pelo contrato de sua contraparte com terceiros. É ato ilícito, com fundamento no art. 187, por abuso da liberdade de contratar. É a responsabilidade extracontratual nascendo do inadimplemento contratual.

70

O Enunciado 21 do CEJ faz a releitura do princípio da relatividade dos contratos a partir de sua função social¹⁰⁴.

1.8.5 Síntese

- 1) O contrato é fato social relevante e não existe avulso na sociedade. Tem *valor social*;
- 2) O contrato continua sendo instrumento de liberdade individual e de eficiência econômica¹⁰⁵;

¹⁰⁴ “A função social do contrato, prevista no art. 421 do CC, constitui cláusula geral, a impor revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros.”

¹⁰⁵ Cf. Arnoldo Wald. A dupla função econômica e social do contrato. RTDC, v. 17, p. 5 e s., jan./mar. 2004.

3) A função social do contrato é consequência direta da função social da propriedade, pois é o contrato instrumento de circulação de riquezas e de movimentação da economia. O contrato tem que ser econômica e socialmente útil;

4) O princípio da função social do contrato é cláusula geral e norma de ordem pública;

5) Esse princípio não obriga as partes, através de seus acordos, a resolver problemas sociais ou mesmo caridade;

6) O princípio da função social impõe às partes a obrigação de não prejudicar terceiros ou a coletividade;

7) A função social limita o conteúdo do contrato, interferindo, assim, na autonomia privada e no princípio da relatividade das convenções;

8) Contrato que não respeita a função social é contrato *abusivo*, e a regra do art. 187 está em total consonância com o princípio da função social do contrato.

71

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução**. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALPA, Guido; IUDICA, Giovanni. **Código Civile – com commento essenziale di giurisprudenza**. Kluwer, Ipsoa, 1996.

ALPA, Guido. **La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità**. In: **La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice Civile Europeo**. Milano: Giuffrè, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BESSONE, Mario. **Trattato di diritto privato**. Torino: Giappichelli, 2002. t. 5, v. 13.

BETTI, Emilio. **Teoría general de las obligaciones**. Tradução de José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. t. 1.

BIANCA, Massimo. La nozione de buona fede quale regola di comportamento contrattuale. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: CEDAM, ano 29, 1983.

BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

BORDA, Guillermo A. **Manual de contratos**. 7. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1974.

BOULOS, Daniel Martins. Autonomia Privada – função social do contrato. *In*: ALVIM, Arruda. **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CODE CIVIL, 101^ª éd. Paris: Dalloz, 2002.

CORDEIRO, Menezes. **A boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

FLÉCHEUX, George. Renaissance de le notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats. *In*: **Études offerts à Jacques Ghestin – le contrat au début du XXI^º siècle**. Paris: LGDJ, 2001.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. Padova: CEDAM, 1990. t. 1, v. 2.

GHESTIN, Jacques. **Le contrat au début du XXI^º siècle**. Paris: LGDJ, 2001.

_____. **Traité de droit civil**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001.

GIUSEPPE, Annunziata Arcangelo. Buon costume: un concetto difficile da definire. **Diritto & Diritti**. Revista Jurídica on line. Acesso em: 2 ago. 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GORLA, Gino. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 1954.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, set./dez. 1992.

_____. Princípios do novo direito contratual. *In*: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137 e s.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução para o espanhol de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

_____. Negócio concluído em estado de perigo. **Revista do Advogado**, n. 68, p. 49 e s., dez. 2002.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. *In*: **Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 1997. p. 109 e s.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. In: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2006.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controle do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SPOTA, Alberto G. **Instituciones de derecho civil: contratos**. 5. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1996.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista EMERJ**, n. 6, 23, 2003.

THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VETTORI, Giuseppe. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi. In: **Trattato di diritto privato**, de Mario BESSONE. Torino: Giappichelli, 2002. t. 5, v. 13.

WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. **RTDC**, v. 17, p. 5 e s., jan./mar. 2004.

2 INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

Paulina A. Portatti

Professora do programa de educação continuada e especialização em Direito C.P.M., professora associada de Direito Comercial na Universidade de São Paulo, livre-docente em Direito Comercial e doutora em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogada em São Paulo.