

RICARDO BUSANA GALVÃO BUENO

**O COMPORTAMENTO DAS PARTES NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE
DURAÇÃO**

Dissertação de Mestrado

Orientador Professor Doutor Francisco Paulo De Crescenzo Marino

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2017

RICARDO BUSANA GALVÃO BUENO

**O COMPORTAMENTO DAS PARTES NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE
DURAÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil (2131), sob a orientação do Professor Doutor Francisco Paulo De Crescenzo Marino.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Busana Galvão Bueno, Ricardo

O comportamento das partes na execução dos
contratos de duração / Ricardo Busana Galvão Bueno ;
orientador Francisco Paulo De Crescenzo Marino --
São Paulo, 2017.

212

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2017.

1. Contratos de duração. 2. Comportamento das
partes. 3. Interpretação. 4. Declaração tácita. 5.
Tutela da confiança. I. De Crescenzo Marino,
Francisco Paulo, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

A entrega dessa dissertação, por inúmeras que sejam as falhas e insuficiências, e a sua defesa significam o fechamento de um ciclo razoavelmente longo na minha vida. Neste período, recebi a ajuda generosa de inúmeras pessoas e agora é chegada a hora de agradecê-las.

Em primeiro lugar, devo agradecer à minha família, que me apoiou quando tomei a decisão de começar tudo de novo, mais uma vez, em São Paulo.

Meu pai e minha mãe, porto seguro nos mares mais revoltos. Minhas irmãs, fonte inesgotável de alegria e afeto. Minha tia, que gentilmente me acolheu no meu primeiro ano aqui. Meus avós, que inspiram com suas próprias histórias. Meus primos, amizades verdadeiras e sinceras.

É importante agradecer formalmente ao meu orientador, Professor Doutor Francisco Paulo De Crescenzo Marino, que me cedeu inúmeras horas de seu tempo para longas discussões a respeito desse trabalho e me ajudou a debelar muitas dúvidas e incertezas sobre os caminhos a se tomar.

Agradeço também aos escritórios em que trabalhei durante esse período, pela compreensão com as ausências motivadas pelos compromissos acadêmicos e aos dedicados amigos que neles fiz.

Por fim, agradeço às pessoas que, ainda que não estejam mais próximas, iluminaram o caminho enquanto estiveram, apoiaram minhas decisões e cederam muitas horas de nosso convívio à concretização desse projeto.

A todos, o meu mais sincero muito obrigado.

À minha família

*A vida é a arte do encontro
Embora haja tanto desencontro pela vida
(Vinícius de Moraes & Baden Powell)*

RESUMO

Referência do documento: Ricardo Busana Galvão Bueno. O comportamento das partes na execução dos contratos de duração. 212 folhas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Resumo: O trabalho analisa o papel do comportamento das partes realizado após a celebração de um contrato de duração sob a perspectiva da interpretação do contrato, tanto subjetiva, quanto objetiva, de algumas figuras parcelares da boa-fé objetiva referidas à tutela da confiança, nomeadamente o *nemo potest venire contra factum proprium*, a *suppressio* e a *surrectio*, bem como sob a perspectiva do comportamento concludente, tido como elemento objetivo da declaração tácita. Para isso, o trabalho analisa individualmente a categoria dos contratos de duração, a interpretação desses contratos e a forma de aproveitamento do comportamento nessa fase, a tutela da confiança, quando referida especificamente aos comportamentos porventura adotados pelas partes pós-celebração, e a declaração tácita. Em um último capítulo, procura-se delinear alguns conflitos possíveis entre as figuras e o modo pelo qual se entende possível superá-los.

Palavras-chave: Contrato de duração. Comportamento das partes. Interpretação. Declaração tácita. Tutela da confiança. *Venire contra factum proprium*. *Suppressio*. *Surrectio*.

ABSTRACT

Reference of the document: Ricardo Busana Galvão Bueno. Parties' behavior on the performance of the long-term contracts. 212 pages. Master Degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

Abstract: The paper analyses the role played by the parties' behavior performed after the execution of a long term contract, as per the standpoint of the interpretation theory of the contract, whether subjective or objective, the standpoint of some partial figures of the good-faith, commonly referred to the protection of the trust, namely the *nemo potest venire contra factum proprium*, the *suppression* and the *surrectio*, as well as per the standpoint of the conclusive behavior, considered as the objective element of the implicit agreement. Therefore, the paper analyses separately the category of the long-term contracts, their interpretation and the ways one can use the parties' behavior on such phase, the protection of trust, when referred mainly to the behavior post-execution, and the implicit agreements. In a final chapter hereof, it is sought to outline some possible conflicts among the aforementioned institutes and the way through which it is possible to overcome them.

Key-words: Long-term contracts. Parties' behavior. Interpretation. Implicit agreement. Protection of trust. *Venire contra factum proprium*. *Suppressio*. *Surrectio*.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
1. Delimitação do tema.....	1
2. Os contratos de duração como campo propício para o estudo da pertinência dos comportamentos das partes.....	2
3. Justificativa e importância do tema.....	3
CAPÍTULO 1 – CONTRATOS DE DURAÇÃO.....	6
1. Introdução.....	6
2. Conceito de contrato de duração.....	9
2.1. Otto von Gierke.....	9
2.2. Giorgio Oppo.....	11
2.3. Francesco Messineo.....	18
2.4. Doutrina nacional.....	20
2.5. Conceito adotado.....	23
3. Função econômica dos contratos de duração.....	26
4. A incompletude e os contratos de duração.....	29
4.1. As razões da incompletude.....	31
4.1.1. Racionalidade limitada e a falta e assimetria de informações.....	33
4.1.2. Opção deliberada pela incompletude.....	35
4.1.2.1. Custos de transação.....	36
4.1.2.2. Contratos auto-executáveis.....	39
5. Conclusões do capítulo.....	42
CAPÍTULO 2 – A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE DURAÇÃO E O COMPORTAMENTO DAS PARTES.....	43
1. A interpretação.....	43
1.1. Breve introdução à interpretação.....	43
1.2. Objeto da interpretação.....	45

1.3.	Caráter dialético da interpretação.....	47
1.4.	Cânones hermenêuticos.....	48
1.5.	Ponto de relevância hermenêutica.....	52
1.6.	Caracteres especiais da interpretação jurídica dos contratos.....	55
1.7.	Tempo relevante à interpretação dos contratos.....	56
2.	O conteúdo do contrato como objetivo da interpretação contratual.....	57
3.	O procedimento da interpretação contratual.....	60
3.1.	As regras jurídicas de interpretação no direito positivado brasileiro.....	61
3.1.1.	A interpretação subjetiva – a intenção comum das partes	67
3.1.1.1.	O comportamento para a determinação da intenção comum das partes.....	71
3.1.1.2.	O esclarecimento do conteúdo contratual pelo comportamento.....	73
3.1.1.3.	O comportamento destoante do sentido literal do contrato.....	78
3.1.1.4.	Jurisprudência sobre o comportamento posterior na interpretação subjetiva.....	80
3.2.	A interpretação objetiva.....	83
3.2.1.	O comportamento na interpretação objetiva.....	86
3.2.2.	Interpretação integrativa.....	88
4.	Conclusão do capítulo.....	91
	CAPÍTULO 3 – A DECLARAÇÃO TÁCITA NOS CONTRATOS DE DURAÇÃO.....	93
1.	Introdução.....	93
2.	Declaração e forma: declaração expressa e declaração tácita.....	95
3.	O comportamento concludente.....	102
3.1.	Juízo de concludência.....	103
3.1.1.	Critérios para apuração do nexo de concludência.....	105

3.2.	Protesto.....	111
3.3.	Escolha voluntária de forma.....	115
4.	Casos usuais de comportamento concludente.....	117
4.1.	Execução da prestação.....	118
4.2.	Fatura com condições de pagamento distintas.....	122
4.3.	Apropriação da prestação.....	122
4.4.	Renúncia tácita.....	123
5.	Conclusão do capítulo.....	124
	CAPÍTULO 4 – A TUTELA DA CONFIANÇA E O COMPORTAMENTO DAS PARTES.....	130
1.	Introdução.....	130
2.	Boa-fé e integração do contrato.....	133
3.	O comportamento como elemento essencial para a aplicação das figuras de tutela da confiança no direito.....	135
4.	A proibição ao comportamento contraditório.....	137
4.1.	Formulação de um conceito.....	138
4.2.	Recondução à boa-fé objetiva e à confiança.....	140
4.3.	Fundamento legal.....	143
4.4.	Pressupostos para a aplicação.....	146
4.5.	Casos.....	150
5.	<i>A suppressio e a surrectio</i>	155
5.1.	Formulação dos conceitos.....	157
5.2.	Recondução à boa-fé objetiva e à confiança – relacionamento com a figura do <i>nemo potest venire contra factum proprium</i>	159
5.3.	Fundamento legal.....	160
5.4.	Pressupostos para a aplicação.....	161
5.5.	Casos.....	163
6.	Conclusão do capítulo.....	166

CAPÍTULO 5 – HIPÓTESES DE FRONTEIRA.....	168
1. Introdução.....	168
2. Interpretação objetiva e tutela da confiança.....	170
2.1. O pano de fundo: o comportamento conforme o sentido razoável e objetivo ou conforme a confiança do destinatário?.....	170
3. Declaração tácita e interpretação objetiva.....	172
3.1. O pano de fundo: novo negócio ou conteúdo implícito do negócio original?.....	173
3.2. Caso prático.....	174
4. Declaração tácita e tutela da confiança.....	177
4.1. O pano de fundo: a hipertrofia do negócio jurídico e o caráter subsidiário da tutela da confiança.....	178
4.2. Casos práticos.....	183
5. Conclusão do capítulo.....	187
CONCLUSÃO.....	189
BIBLIOGRAFIA.....	192

INTRODUÇÃO

1. Delimitação do tema

Este trabalho analisa o comportamento das partes após a celebração de um contrato de duração e a sua influência na determinação do conteúdo e dos efeitos desse contrato.

Sob essa perspectiva, o trabalho procura evidenciar como o comportamento pode ser aproveitado pelo intérprete na interpretação do contrato, para se passar do conteúdo formal ao conteúdo substancial do contrato – ou seja, como ele serve de suporte ao aplicador do direito quando este percorre o caminho do texto à regulamentação posta pelas partes (ainda que de modo implícito).

Além disso, o trabalho procura analisar o impacto que o comportamento das partes pode ter para os efeitos do contrato de duração, nomeadamente por meio das figuras referidas à tutela da confiança – como o *venire contra factum proprium*, a *suppressio* e a *surrectio*. Sabe-se que os efeitos do contrato podem ter duas origens: ou são consequências juridicamente atribuídas ao conteúdo substancial do contrato, ou são determinações legais que pressupõem um contrato para se impor. Como se verá, o comportamento posterior das partes interfere nos efeitos do contrato sobretudo através da tutela da confiança, que se revela como expediente assaz utilizado para interferir em efeitos de origem voluntária de um contrato.

Dessa forma, chega-se a duas das perspectivas pelas quais o comportamento das partes posterior à celebração de um contrato é analisado nesse trabalho: a perspectiva da interpretação dos contratos e a perspectiva da tutela da confiança.

Essas são perspectivas relevantes, mas cuja análise pode ser enriquecida pelo acréscimo de mais uma perspectiva, a saber, a perspectiva da declaração tácita.

A declaração negocial, no direito brasileiro, independe de forma especial, salvo quando expressamente exigido por lei (artigo 107 do Código Civil). Assim, ela pode se revestir de qualquer forma, inclusive formas tácitas ou implícitas. Nesse caso, fala-se costumeiramente em comportamento concludente, como o vetor material de tais declarações.

Essa perspectiva, ainda que se distancie das demais, por se referir forçosamente a um momento genético da declaração negocial, que não é central para as outras perspectivas, e implicar na própria construção ou modificação do conteúdo substancial do negócio – e não mais em sua reconstrução pelo intérprete ou a modificação dos seus efeitos pela tutela da confiança –, importa a este trabalho sob o recorte da modificação ou encerramento de relações contratuais de duração. Isto porque parece importante apontar – ou pelo menos trazer a questão à reflexão – quais processos efetivamente estão sendo utilizados pelos julgadores em um determinado caso concreto para se distanciar de um sentido óbvio (ou literal) do conteúdo formal do contrato. Como se vê, a resposta a tal questão é difícil e pode ser, no máximo, efêmera e dependente do estado atual do ordenamento jurídico brasileiro e de posições teóricas adotadas em cada uma das perspectivas parcelares mencionadas.

2. Os contratos de duração como campo propício para o estudo da pertinência dos comportamentos das partes

Para evitar os riscos da excessiva abstração do tema proposto, que poderia resultar em uma paralisia do trabalho, fez-se uma opção pelo pano de fundo dos contratos de duração. Esta opção não é arbitrária e tem razões que, acredita-se, a justificam.

Os contratos de duração possuem características próprias que potencializam a relevância dos comportamentos para os fins deste estudo. Nestes contratos ressalta-se, sobretudo, a importância atribuída pelos próprios contratantes ao tempo: neles, o tempo é internalizado e desejado pelas partes¹, o que implica forçosamente em maior incompletude e contato entre elas, por um lado, e menor previsibilidade, por outro. Essas são algumas das condições que incentivam o recurso do aplicador do direito ao comportamento das partes para a solução de casos concretos.

A incompletude dos contratos de duração se relaciona com a exigência, muito própria desta categoria contratual, do decurso do tempo para cumprir o

¹ GIERKE, Otto Von. **Dauernde Schuldverhältnisse**. Jährings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 64, 2. F., Bd. 28, p. 355 a 411, 1914. Trecho citado: p. 358 e 359.

programa desejado pelas partes. É dizer, sem a característica de durarem no tempo, tais contratos não podem alcançar todos os efeitos pretendidos pelas partes². Por esta razão, leciona-se que o adimplemento nestes contratos “determina-se” por esta especial relação com o “tempo”³. Entretanto, quando se alia esta desejada projeção futura da eficácia contratual à sua incompletude e à impossibilidade de prever *ex ante* todos os possíveis cenários futuros que acometerão as partes, é possível que exista a necessidade de se recorrer a elementos extratextuais, como o comportamento, para se construir soluções a casos concretos que, de outro modo, não as teriam.

3. Justificativa e importância do tema

O tema se justifica basicamente pela sua importância para a solução jurídica de uma infinidade de casos práticos.

Assim, como o trabalho procura retratar, há diversos exemplos práticos em que uma solução jurídica foi construída com base nos comportamentos posteriores das partes, sob alguma (por vezes, sob mais de uma delas) das perspectivas refletidas nesse trabalho.

Não obstante toda a riqueza e complexidade do tema, poucas são as obras de relevo nacional que analisam as questões propostas de maneira aprofundada, fato que por si impele um estudo voltado ao aprofundamento no tema. Neste trabalho, o aprofundamento dar-se-á pela pesquisa da pertinência do comportamento das partes durante o desenvolvimento dos contratos de duração, num processo de reconstrução do sentido das declarações contratuais, de integração de sua eficácia com base, sobretudo, em cláusulas gerais, e da modificação ou encerramento das declarações originárias do negócio, por meio de outras declarações (dessa feita, tácitas).

Por fim, nunca é demais lembrar que a busca da superação das posições exegéticas, de todo legítima, no Brasil acabou tendo o efeito colateral de fazer surgir algum grau de ‘voluntarismo’ judicial (“decisionismo”), que, algumas vezes,

² Neste sentido LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos** – parte general. 2. edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 751.

³ OPPO, Giorgio. **I contratti di durata**. In: _____. **Obbligazioni e negozio giuridico**. Scritti giuridici III. Padova: CEDAM, 1992, p. 240.

despreza (sem que este desprezo tenha respaldo nas normas legais pertinentes, como por exemplo, naquelas de invalidação do negócio jurídico) conteúdos mínimos do contrato para sair à caça de uma justiça do ‘caso concreto’ (que não passa, em alguns casos, de ato de vontade do juiz). Neste sentido, STRECK ensina que “nas diversas tentativas de superar o positivismo primitivo (nas suas variadas tradições ‘nacionais’), construíram-se teses voluntaristas-axiologistas, passando da ‘razão’ para a ‘vontade’”.⁴ Neste cenário, teriam surgido “o movimento do direito livre, na França, o realismo norte-americano e escandinavo, no direito do common law, e a Jurisprudência dos Interesses, na Alemanha”⁵. Estes movimentos, ainda que tenham tido seu advento nos últimos anos do século XIX e nos primeiros do século XX, continuam a influenciar “difusamente, ainda hoje no âmbito do pensamento jurídico brasileiro”⁶. A esta influência STRECK liga pensamentos que “afirmam, equivocadamente, que o juiz não pode mais ficar inerte e simplesmente ‘reproduzir’ (sic) o discurso legislativo, e que ele deve valorar as circunstâncias do caso de modo a encontrar a ‘melhor solução’ com base na ponderação dos princípios colidentes”⁷.

Ainda que o foco de STRECK esteja na interpretação constitucional⁸, não é possível negar que este cenário impacta também na aplicação do direito privado. Este trabalho, portanto, ainda que não tenha como projeto debater ou desconstruir o voluntarismo (nem afastar a “irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz”, de que nos fala LARENZ⁹) que está na base da substituição da vontade das partes, assim como declarada, pela vontade dos juízes, procura evitar esse processo e reforçar critérios e procedimentos que, a ver da doutrina, evitam a arbitrariedade. Deste modo, procura-se não se afastar do ensinamento de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, para quem “a interpretação correta será aquela que o direito impõe, sem necessidade de apelar à justiça, que, se distinta da aplicação adequada dos cânones, pode ser um atalho para a insegurança e arbitrariedade”¹⁰.

⁴ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11^a Ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 130.

⁵ STRECK, *op. cit.*, 2014, p. 131.

⁶ STRECK, *op. cit.*, 2014, p. 132.

⁷ STRECK, *op. cit.*, 2014, p. 132.

⁸ STRECK, *op. cit.*, 2014, p. 133.

⁹ LARENZ, **Metodologia da Ciência do Direito**. 6^a Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 413 a 419.

¹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV**. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2014, p. 244.

Ou seja, o estudo, ainda que secundariamente, também se justifica pelo intuito de abalzar a interpretação sensata e prudente que utiliza o comportamento das partes segundo critérios bem estruturados pela doutrina e de refuta decisionismos e voluntarismos, que utilizam o comportamento apenas como argumento legitimador e vazio de decisões que não possuem qualquer outro valor que a vontade do julgador da vez.

CAPÍTULO 1 – CONTRATOS DE DURAÇÃO

1. Introdução

Os aplicadores do direito podem recorrer ao comportamento das partes posterior à celebração do contrato para a construção de soluções jurídicas em questões envolvendo os mais diversos tipos e categorias contratuais, mas este comportamento parece possuir um local de destaque nos contratos de duração, também conhecidos como de “trato sucessivo”, “execução continuada” ou “débito permanente”¹¹.

Este papel proeminente do comportamento das partes liga-se a decorrências comuns do perdurar da relação contratual no tempo. É intuitivo que a duração prolongada submete o contrato a circunstâncias inesperadas, que demandam uma solução jurídica que nem sempre pode ser obtida de maneira óbvia do seu texto¹². Desse modo, a construção destas soluções pode se beneficiar do recurso ao comportamento das partes posterior à celebração do contrato, o que pode, como consequência, implicar certa clivagem entre o texto original do contrato (que, como regra, é o primeiro material interpretativo submetido ao responsável pela solução ou pelo aconselhamento no caso) e o conteúdo contratual¹³. A impossibilidade de que o texto preveja *ex ante* todas as vicissitudes que podem acometer a relação contratual é por vezes referida como “incompletude contratual”.¹⁴

¹¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 93.

¹² Considerado, com já se teve a ocasião de mencionar, como o “conteúdo em sentido formal”, o “conjunto das declarações que são abrangidas no acordo contratual” (BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile**. Il contratto. Vol. III, ristampa. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 311). Para aprofundamento no conceito, vide o capítulo sobre interpretação.

¹³ Contraposto, como também já se sublinhou neste trabalho, à noção de texto ou conteúdo em sentido formal, o conteúdo do contrato é ora referido como “conjunto das disposições contratuais, ou seja, o conjunto das disposições mediante as quais os contratantes determinam a relação contratual. O conteúdo do contrato indica, precisamente, o que as partes estabeleceram” (BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 312).

¹⁴ Neste sentido, por exemplo, BELLANTUONO explica que “um contrato é considerado incompleto se não liga as ações das partes a qualquer um dos possíveis estados de mundo” (BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Milano: CEDAM, 2000, p. 71). Em sentido semelhante: FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71; CLERICO, Giuseppe. **Analisi economica del contratto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 33; EGGLESTON, Karen. POSNER, Eric A., ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. **Northwestern University Law Review**, Vol. 95, No. 1, p. 91 – 132, 2000, p. 91; POSNER, Eric,

Assim, um contrato de compra e venda mais completo levará em consideração muitas contingências futuras que podem alterar o valor do cumprimento, como aumentos nos custos das matérias-primas, diminuição da demanda etc. Por outro lado, um contrato deste tipo incompleto trataria apenas do preço e da coisa a ser entregue, por exemplo.¹⁵ Na gênese da incompletude do conteúdo contratual parecem estar diversas e possíveis causas¹⁶, entre elas a inexorável imperfeição das informações disponíveis aos contratantes¹⁷ e a sua racionalidade limitada¹⁸, pois a ninguém é dado “antecipar a regularidade do mesmo estado de coisas com o passar do tempo”¹⁹. Atribui-se também a incompletude do conteúdo expresso destes contratos à existência de “custos de transação”²⁰, que desincentivam as partes de prever e regular todas as eventualidades possíveis²¹. Considerando esta incompletude, o acordo contratual que dá início a tais relações jurídicas de duração, muitas vezes, limita-se a fixar

Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? [tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola]. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49. SZTAJN, Rachel. **Direito e economia dos contratos**: os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial**. Teoria Geral do Contrato. Fundamentos da Teoria Geral do Contrato. Vol. 4. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 72 a 82, p. 77.

¹⁵ EGGLESTON, POSNER, e ZECKHAUSE, *op. cit.*, 2000, p. 91.

¹⁶ CLERICO, *op. cit.*, 2015, p. 261 e 262.

¹⁷ BELLANTUONO, *op. cit.* 2000, p. 91 e ss. Também, FORGIONI, *op. cit.*, 2010, p. 66.

¹⁸ FORGIONI, *op.cit.*, 2010, p. 66: “[A]o contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz-se, assim, que sua racionalidade é limitada”. Esta situação também é denunciada por: SZTAJN, RACHEL. **Teoria Jurídica da Empresa**. 1. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 7. Como lembram BELLANTUONO, *op. cit.*, 2000, p. 92, e a própria FORGIONI, um dos textos de referência a respeito da racionalidade limitada dos agentes é de HEBERT SIMON, que escreveu em 1955 sobre o assunto (*A behavioral model of rational choice*. **The Quarterly Journal of Economics**. Vol. 69, No. 1, p. 99 a 118, 1955. Disponível em: <http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>, acesso em 3 de julho de 2016, às 17h07min). SIMON, como se vê mais adiante, criticou os modelos econômicos tradicionais de seu tempo, que estavam construídos com base em um “*economic man*” (ou mesmo um “*administrative man*”) que teria todo, ou quase todo, o conhecimento relevante do seu ambiente, com um “*well-organized and stable system of preferences*” e uma habilidade tal que o permitiria calcular o retorno em quase todos os possíveis estados de mundo (p. 99). Ou seja, SIMON criticava os modelos tradicionais por fazerem “*severe demands upon the choosing organism*” e por isso propunha um modelo em que o agente, ainda que racional, faz simplificações no seu processo de decisão (p. 104 e ss.). Ressalte-se apenas que SIMON não conseguiu construir um sistema à prova de críticas, que tenha sido aceito de maneira unânime pela doutrina (a respeito da rejeição por parte de alguns economistas de modelos de racionalidade limitada, POSNER, *op. cit.*, 2010, p. 62 e 63).

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 113.

²⁰ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 60.

²¹ SZTAJN, *op. cit.*, 2010, p. 7. Além disso, a mesma autora sustenta estarem baseados os contratos de duração na confiança entre as partes, que daria ensejo à incompletude, uma vez que elas não sentiriam, por vezes, necessidade de regular exaustivamente suas relações (*op. cit.*, 2010, p. 7).

diretrizes gerais – “normas procedimentais”²² – para o modo de atuação das partes e para a solução de problemas, caso eles surjam.²³

Em suma, não há, por diversas razões e em diversos casos, na categoria dos contratos de duração, um regramento exaustivo – muitas vezes, nem mesmo diretrizes que balizarão a relação duradoura das partes. Por diversos motivos, a “incompletude contratual” “surge como natural” aos contratos de duração,²⁴ exigindo, muitas vezes, a análise do comportamento das partes para possibilitar a solução de casos concretos (seja por meio da interpretação, da tutela de uma confiança eventualmente surgida ou por um negócio jurídico modificativo ou complementar).

Antes de avançar, todavia, cumpre esclarecer que este trabalho não é um trabalho de análise econômica do direito e não pretende sustentar a tese de que o comportamento das partes é relevante apenas em caso de contratos incompletos, ainda que se acredite ser possível retirar desse ferramental algumas constatações aproveitáveis nesta sede.

De outro vértice, mister esclarecer que a duração temporal não é uma característica exclusiva dos contratos de duração, aparecendo também nos “contratos (instantâneos) de execução diferida”²⁵. Até por essa razão, classificações doutrinárias construídas exclusivamente sobre o protrair-se no tempo da execução contratual incluem esta categoria de contratos ao lado de outras hipóteses de contratos de duração²⁶. Sem descuidar dessa ressalva, neste trabalho prefere-se referir a contratos de duração em um sentido mais estrito, desenvolvido a partir da doutrina alemã e italiana e que hoje possui alguma

²² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos** – parte general. 2. edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 751.

²³ Esta solução, todavia, também não é isenta de problemas e críticas. BELLANTUONO, por exemplo, lembra que espaços de renegociação podem ser utilizados por uma das partes para se apropriar dos valores excedentes criados pelo investimento específico da outra parte no cumprimento do contrato (que, por ser específico, gera algum grau de dependência desta parte do contrato, que pode ser explorado de maneira oportunista pela outra parte) (*op. cit.*, 2000, p. 75 e ss.).

²⁴ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 71.

²⁵ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 92. MESSINEO, Francesco. **Il contratto in genere**. Tomo primo. Ristampa emendata. In: **Trattato di diritto civile e commerciale**. Org.: CICU, Antonio. MESSINEO, Francesco. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 783.

²⁶ Assim, por exemplo, a proposta que classifica os contratos em contratos de execução instantânea, diferida ou sucessiva. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial**. Teoria Geral do Contrato. Fundamentos da Teoria Geral do Contrato. Vol. 4. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 139 e 140.

aceitação no direito brasileiro, abordado abaixo. Não se nega que as reflexões deste trabalho possam ser úteis também a outras categorias contratuais, mas procura-se oferecer alguns limites objetivos à análise.

2. Conceito de contrato de duração

Este primeiro tópico do trabalho exporá o pensamento de alguns autores a respeito do conceito dos contratos de duração e das características que os distinguem enquanto categoria de outras categorias contratuais, como os contratos instantâneos, ainda que de execução diferida. Ao final do tópico, discute-se o acolhimento ou não no direito brasileiro do conceito proposto pela doutrina.

2.1. Otto von Gierke

Segundo a doutrina, a formulação do conceito moderno de contrato de duração tem como um dos seus primeiros e principais artífices o autor alemão OTTO VON GIERKE, que dedicou ao tema o estudo “*Dauernde Schuldverhältnisse*” no início do século XX²⁷.

Para este autor, os relacionamentos obrigacionais duradouros contrapor-se-iam àqueles “temporários”, pois nos duradouros as prestações seriam cumpridas durante um período de tempo ao invés de em um momento preciso²⁸.

Este autor procurou ressaltar a eficácia constante destas relações duradouras²⁹, não extintas pelo adimplemento³⁰. Estes contratos seriam cumpridos

²⁷ GIERKE, Otto Von. **Dauernde Schuldverhältnisse**. Jehrings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 64, 2. F., Bd. 28, p. 355 a 411, 1914. Em tradução literal, “*Relações obrigacionais duradouras*”. Aponta a importância do estudo de GIERKE, OPPO, Giorgio. **I contratti di durata**. In: _____. **Obbligazioni e negozio giuridico**. Scritti giuridici III. Padova: CEDAM, 1992, p. 201.

²⁸ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 357.

²⁹ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 359.

³⁰ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 357. BGB §362: *Erlöschen durch Leistung*. (1) *Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird*. (2) (...). Em tradução livre, “Extinção pela prestação. (1) A relação obrigacional se extingue quando a prestação devida é prestada ao credor. (2) (...)”. A lógica da extinção do vínculo obrigacional pelo pagamento é aplicável ao direito brasileiro, ainda que não expressa de maneira tão genérica e ampla quanto no §362. Nesse sentido se alinham diversas disposições do Código Civil brasileiro, como os art. 269 e 334.

por longos períodos de tempo e só seriam extintos, como regra, pelo transcurso deste, quando houvesse prazo determinado, pelo atendimento de meta ou objetivo (por exemplo, na prestação de serviços), pela rescisão³¹, que poria um prazo à relação, e, por vezes, com a morte de uma das partes³².

GIERKE preocupava-se em compatibilizar suas conclusões com a primeira parte do §362 do BGB, que prevê a extinção da relação obrigacional pelo cumprimento da prestação devida³³. Para ele, essa disposição não afeta a sua proposição, pois comporta diversas interpretações³⁴. A primeira interpretação corrente à sua época considerava apenas o último ato do devedor como efetivamente adimplemento, sendo os demais atos reputados como mera preparação³⁵. O autor discorda desta interpretação, pois ela desconsidera que há relacionamentos duradouros em que todo o conteúdo obrigacional está a todo momento em evidência, como, por exemplo, nas obrigações de omissão ou tolerância³⁶. Outros sustentavam que cada ato praticado pelo devedor deveria ser considerado como forma de adimplemento parcial³⁷. Novamente o autor discorda da corrente doutrinária, pois entende que as obrigações de omissão ou tolerância constituem um obstáculo insuperável à conclusão de que cada ato corresponde a um adimplemento parcial da aludida corrente. Para GIERKE não é possível considerar um devedor que se comprometeu a não fazer determinado ato (por exemplo, concorrer com o credor) durante um período de tempo (por exemplo, 10 anos) como ‘parcialmente adimplente’ por ele ter cumprido por algum tempo sua

³¹ O original se refere à “*Kündigung*”, termo que aparece diversas vezes no Código Civil alemão ligado ao término de uma relação contratual por manifestação de uma das partes. Neste sentido, por exemplo, na Parte Geral, o § 314, que estabelece o direito de terminar o relacionamento de duração mediante um “motivo importante” (“*wichtiger Grund*”), que pode ou não ser o descumprimento de um dever contratual – alínea (2). A nosso ver, a tradução do termo “*Kündigung*” por “rescisão” parece a mais condizente com o texto do atual Código Civil brasileiro (art. 473). Lembre-se que o termo “resolução” é empregado no direito brasileiro em situações específicas de inadimplemento (art. 475) e impossibilidade superveniente (p.ex., art. 238), casos para os quais o direito alemão emprega o termo “*Rücktritt*” (§323) ou “*Ausschluss der Leistungspflicht*” (§275).

³² GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 378 a 392.

³³ BGB §362: *Erlöschen durch Leistung. (1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. (2) (...)*. Em tradução livre, “Extinção pela prestação. (1) A relação obrigacional se extingue quando a prestação devida é prestada ao credor. (2) (...)”. A lógica da extinção do vínculo obrigacional pelo pagamento é aplicável ao direito brasileiro, ainda que não expressa de maneira tão genérica e ampla quanto no §362. Nesse sentido se alinham diversas disposições do Código Civil brasileiro, como os art. 269 e 334.

³⁴ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 363.

³⁵ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 363.

³⁶ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 363 e 364.

³⁷ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 364 e 365.

prestação (por exemplo, 1 ano)³⁸. Refutadas estas correntes, o autor sustentava a limitação do âmbito de aplicação da norma do §362 apenas aos relacionamentos “temporários”³⁹.

No que diz respeito às funções dos contratos de duração, GIERKE explicava que, dentre outras funções, os relacionamentos duradouros retirariam do direito das obrigações seu caráter de mero instrumento de troca de bens, dando-lhe uma feição mais assemelhada ao direito das coisas, permitindo a imediata ‘fruição’ dos bens (veja-se a locação, o comodato etc.)⁴⁰.

2.2. Giorgio Oppo

Mais recentemente, no início dos anos 1940, GIORGIO OPPO publicou um importante estudo na matéria sob o título “*I contratti di durata*”⁴¹. Neste estudo, OPPO faz uma breve retrospectiva da doutrina a respeito do assunto e conclui que, ainda que a temática tenha recebido o seu influxo inicial da doutrina alemã (como vimos com GIERKE), foi a doutrina italiana que mais difundiu e apurou o sentido da categoria dos contratos de duração⁴².

Para o autor, o Código Civil italiano de 1942 trouxe propulsão ao estudo destes contratos em razão de duas ‘evoluções’ com relação ao seu antecessor. Em primeiro lugar, o Código Civil trouxe novas disposições gerais sobre a categoria, como, por exemplo, os artigos 1360, 1373, 1458 e 1467⁴³. Além disso, esse diploma

³⁸ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 365.

³⁹ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 367: „So bietet sich kein Ausweg. Das dauernde Schuldverhältnis ist auf dauernde Erfüllung angelegt und erlischt darum nicht durch Erfüllung”. Em tradução livre: “Assim, não se oferece qualquer saída. A relação obrigacional duradoura é orientada ao cumprimento duradouro e, por isso, não se extingue pelo cumprimento”.

⁴⁰ GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 406 e 407.

⁴¹ A primeira publicação do trabalho de OPPO foi publicada na *Rivista del diritto commerciale*, em 1943, no seu tomo I, p. 143 ss., e na mesma revista, em 1944, tomo I, p. 18 e ss. A versão consultada consta de uma compilação de textos deste autor, publicada sobre o título *Scritti giuridici*, pela CEDAM, em 1992 (para a referência completa: OPPO, Giorgio. **I contratti di durata**. In: _____. **Obbligazioni e negozio giuridico**. Scritti giuridici III. Padova: CEDAM, 1992, p. 200 a 334.).

⁴² OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 202.

⁴³ Art. 1360 *Retroattività della condizione. Gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso (646)*.

trouxe um tratamento aperfeiçoado para diversos contratos típicos, como o contrato de agência, múltiplas operações bancárias, consórcio comercial etc. Este novo

Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite (1465, 2655).

Art. 1373 Recesso unilaterale. Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione (1569, 1612 e seguenti, 1671, 2227).

Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.

E' salvo in ogni caso il patto contrario.

Art. 1458 Effetti della risoluzione. La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti i esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l'effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite (1360).

La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione (2652; att. 165).

Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive. 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 imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

Em tradução livre: Art. 1360. Retroatividade da condição. Os efeitos do advento da condição retroagem ao tempo em que é considerado concluído o contrato, salvo se, por vontade das partes ou pela natureza da relação, os efeitos do contrato ou da resolução devam ser referidos a um momento diverso (646).

No entanto, se a condição resolutive é aposta a um contrato de execução continuada ou periódica, o advento dessa, na falta de pacto contrário, não tem efeito em relação às prestações já executadas (1465, 2655).

Art. 1373. Resilição unilateral. Se a uma das partes é atribuída a faculdade de resilir o contrato, tal faculdade pode ser exercitada enquanto não houver um início de execução.

Nos contratos de execução continuada ou periódica, tal faculdade pode ser exercitada também posteriormente, mas a resilição não tem efeito para as prestações já executadas ou em curso de execução (1569, 1612 e seguintes, 1671, 2227).

Se houver sido estipulada a prestação de uma compensação pela resilição, esta tem efeito enquanto a prestação é executada.

É ressalvado em qualquer caso o pacto em contrário.

Art. 1458. Efeitos da resolução. A resolução do contrato por inadimplemento tem efeito retroativo entre as partes, salvo o caso dos contratos de execução continuada ou periódica, a respeito dos quais o efeito da resolução não se estende às prestações já executadas (1360).

A resolução, ainda que tenha sido expressamente pactuada, não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, salvo os efeitos da transcrição da demande de resolução (2652, att. 165).

Art. 1467. Contrato com prestações correspectivas. Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou mesmo de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pelo acontecimento de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1458 (att. 168);

A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente recair sobre a álea normal do contrato.

A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo para modificar equitativamente as condições do contrato (962, 1623, 1664, 1923).

regramento positivo forneceria instrumentos para uma pesquisa orientada à determinação do conceito⁴⁴.

Na busca desse conceito, OPPO começa tratando de questões terminológicas. Para o autor italiano, a expressão “contrato de duração” teria sido consagrada pela doutrina germânica⁴⁵ não tanto pelo seu apuro técnico, mas sobretudo pela sua concisão. Para o autor, não seria o contrato de duração, mas a relação que dele advém – assim, a qualificação de um contrato como duradouro não diz respeito à sua formação, ou ao negócio fonte da relação, mas à sua execução e ao relacionamento entre as partes. Para o autor, o ideal seria falar em relações de duração, e, dentro destas, em relações obrigacionais de duração (como o fazia GIERKE, por exemplo), uma vez que relações de duração existem também em outros ramos do direito, como no direito das coisas e no direito de família. De toda forma, o autor concorda que a expressão oferece uma fórmula sintética e consagrada, razão pela qual a aceita e adota⁴⁶.

OPPO, apoiando-se declaradamente em GIERKE, sustenta que o conceito de contrato de duração deve ser construído com base na importância da duração na execução do contrato. Esta duração da execução no tempo pode corresponder a uma execução periódica ou uma execução continuada, e se contraporá aos contratos instantâneos. Estes contratos instantâneos, evidentemente, não são apenas aqueles em que a prestação e a contraprestação são exauridas em um único momento, mas também aqueles em que a execução é repartida (por exemplo, pagar em 30 parcelas o preço) ou diferida (pagar o preço em 60 dias). Assim, a duração no tempo não se apresenta de maneira apenas acessória nos contratos de duração (como pode acontecer nos contratos instantâneos), mas como a nota característica de suas prestações⁴⁷.

Para diferenciar os contratos de duração em sentido próprio daqueles contratos que, sendo instantâneos, podem vir a se prostrar durante algum período, OPPO propõe discutir o modo como o tempo adquire relevância jurídica para cada categoria de contrato. Para o autor existem, em regra, três interesses atendidos

⁴⁴ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 203.

⁴⁵ Não era, todavia, a terminologia adotada por GIERKE, que preferia falar em “relações obrigacionais de duração”.

⁴⁶ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 203 a 205.

⁴⁷ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 205 a 208.

pela duração no tempo das prestações de um contrato e cada um destes interesses marca um fenômeno jurídico⁴⁸.

O primeiro interesse que pode ser atendido pela duração no tempo de um contrato é a obtenção da prestação apenas em um dado momento temporal (ou seja, apenas com o advento de um termo). Assim, o tempo apenas e tão-somente é a “distância” entre o ato de constituição e o de adimplemento de um contrato e se está diante de um contrato a termo. Note-se que, aqui, de certa forma, o tempo é determinante para a vontade das partes: deseja-se a prestação somente para um específico momento no futuro (o termo). Uma vez atingido este momento, a prestação e o adimplemento se dão de maneira instantânea⁴⁹.

Por outro lado, a meio caminho entre as relações a termo e as relações ditas de duração, pode haver a necessidade do tempo para a formação do ato que corresponderá à prestação de uma das partes⁵⁰. Ou seja, o interesse é na prestação final, mas, em razão de qualquer motivo, depende-se de ações continuadas no tempo para atingi-la. Neste caso a relação possui adimplemento instantâneo e se está diante de hipótese de “*esecuzione continuata*” ou “execução diferida”⁵¹, na qual “não se prolonga o tempo, não faz durar o adimplemento: o ato de adimplemento se forma não instantaneamente, mas progressivamente, ainda que só se aperfeiçoe em certo momento”⁵². O tempo aqui é meramente tolerado,

⁴⁸ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 209 e 219 e ss.

⁴⁹ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 219.

⁵⁰ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 216.

⁵¹ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 220. Entende-se que não se pode simplesmente traduzir o termo italiano acima por “execução continuada”, ainda que essa tradução pudesse ser considerada literal. Isto porque a categoria dos contratos de execução continuada está prevista no direito brasileiro com efeitos típicos de contratos de duração em sentido estrito (vide, por exemplo, art. 128 do Código Civil, segunda parte, que dispõe que “*Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé*”). Por esta razão, preferiu-se manter a expressão italiana, ainda que também seja comum se utilizar a expressão “contrato de execução diferida” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Revista dos tribunais*, São Paulo, vol. 94, n. 832, p. 115-137, fev. 2005, p. 124). A expressão contrato de execução diferida é utilizada pelo artigo a mesma expressão, que está reconhecida também pelo direito brasileiro (art. 478 do Código Civil), o professor PAULO LÓBO (*op. cit.*, 2012, p. 114).

⁵² OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 219. “*Il tempo se non prolunga, non fa durare l’adempimento, “prepara” l’adempimento: l’atto di adempimento si forma non istantemente ma progressivamente, anche se si perfeziona solo in un certo momento*”. Em tradução livre: “O tempo não se prolonga, não faz

não é útil às partes nem desejado – o que não quer dizer que seja atraso, mas sim uma atividade necessária à produção do resultado⁵³. Neste sentido fala-se em duração determinada pelo escopo do contrato, o resultado final para o qual a atividade é destinada a concretizar, ou seja, duração que não é útil em si⁵⁴.

Por fim, o tempo pode corresponder ao interesse na satisfação continuada ou repetitiva de uma necessidade duradoura (o que aproximaria estas relações obrigacionais de relações jurídicas reais, ainda que com rematadas distinções)⁵⁵. Ou seja, “o protrair-se do adimplemento por uma certa duração é condição para que o contrato produza o efeito desejado pelas partes e satisfaça as necessidades que as moveram a contratar”⁵⁶. Dessarte, tratar-se-ia de um interesse na atividade continuada do devedor “prestada *como tal*, e não como meio”.

Aqui é na própria atividade repetida ou continuativa que consiste a *solutio*, o adimplemento: o ato de adimplemento não é diferido no tempo nem se aperfeiçoa com o tempo (após certo tempo), mas dura continuamente em sua eficácia solutória⁵⁷.

Em suma, para OPPO há três grupos de interesses atendidos pela duração de uma relação contratual no tempo. Nas situações em que as partes acordam um termo para o adimplemento, o interesse é obter uma atividade instantânea, mas em determinado momento no tempo que não o momento de celebração do contrato. Por sua vez, nos contratos de execução diferida, o tempo é necessário e tolerado para a concretização da prestação contratual – que também se dá em um momento específico no tempo. A relação dura porque esta é a única maneira de atender o específico interesse que dá origem à contratação (por exemplo, a entrega da obra). Todavia, uma vez perfeitamente “preparado”, o adimplemento se dá de pronto. Por fim, nos contratos de duração o tempo é querido pelas partes, visto que é na

durar o adimplemento, ‘prepara’ o adimplemento: o ato de adimplemento se forma não instantaneamente, mas progressivamente, ainda que se aperfeiçoe apenas em um certo momento”.

⁵³ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 216 a 220.

⁵⁴ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 222 e 223, tributando tais observações a HENLE.

⁵⁵ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 210.

⁵⁶ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 221.

⁵⁷ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 220 e 221.

repetição das prestações ou em sua duração que o adimplemento ocorre⁵⁸. Nos contratos de duração não “dura apenas o relacionamento (como nos contratos a termo), mas também a sua execução, a atividade solutória, e não dura somente uma atividade destinada a tornar possível o adimplemento, mas o próprio adimplemento”⁵⁹.

Para OPPO, em homenagem à homogeneidade da linguagem não é possível agrupar os três grupos de contratos acima referidos sob a rubrica de “contratos de duração”⁶⁰. Em primeiro lugar, OPPO exclui os contratos a termo, pois a duração tem de se referir à execução do contrato, e não pura e simplesmente a um intervalo entre a celebração e a execução. Neste sentido, OPPO exclui, por exemplo, do âmbito dos contratos de duração os contratos de mútuo, porque o bem fungível é entregue na constituição do contrato e a única obrigação existente para o devedor é devolver bem de igual natureza e quantidade ao credor em determinado momento. Se houver juros pactuados, todavia, estes juros são uma obrigação duradoura, pois periodicamente prestados ao credor⁶¹.

Outrossim, o autor procura afastar os contratos de execução diferida dos contratos de duração, apoiando-se no exemplo do contrato de empreitada. Para ele, o contrato de empreitada não atribui interesse ao tempo, mas às atividades desempenhadas para que a obra seja entregue, que inexoravelmente demandam tempo. Ou seja, não se trata de execuções repetidas no tempo, mas de uma única execução que demanda atividades preparatórias por um certo tempo⁶². Deve ser proposta uma diferença entre tempo útil (o tempo dentro dos contratos de duração, que atende um interesse direto das partes) e o tempo necessário (o tempo dentro dos contratos de execução diferida, em que devem ser prestadas ações executivas visando o adimplemento final). A exclusão da empreitada do âmbito dos contratos de duração refletir-se-ia em regras como a irretroatividade da condição resolutiva e da resolução por inadimplemento, a impossibilidade de denúncia das relações de empreitada (que é amplamente aceita para contratos de duração) etc., o que o leva

⁵⁸ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 219 e 220.

⁵⁹ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 221.

⁶⁰ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 223.

⁶¹ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 225 a 229. Neste ponto, destoa de GIERKE, que inclui estes contratos na categoria dos contratos de duração (vide GIERKE, *op. cit.*, 1914, p. 360).

⁶² OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 234 e 235.

a concluir pelo tratamento autônomo da categoria dos contratos de duração em sentido estrito⁶³.

Estes contratos dividir-se-iam em contratos de execução continuada e contratos de execução reiterada⁶⁴. Nos primeiros a prestação seria prestada o tempo todo (fornecimento de energia, depósito, abstenção etc.), enquanto nos segundo ela se repetiria de tempos em tempos⁶⁵.

Para OPPO, a relação entre duração e relação contratual seria tão íntima que a duração seria atinente à própria causa do contrato, “no duplo sentido de que este não cumpre a função econômica a qual é preordenado se a sua execução não se prolonga no tempo, e que a utilidade que as partes derivam do relacionamento é proporcional à duração deste”⁶⁶. Por esta razão, o autor eleva a duração nesta categoria contratual a um “*essentiale e não accidentale negotii*”⁶⁷.

Pode-se ilustrar esta característica com o interessante exemplo da relação contratual discutida na apelação cível nº 9185220-79.2004.8.26.0000, julgada pela 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁸. Tratava-se de operação de fornecimento de combustível pela Petrobrás Distribuidora S/A para a revendedora Abaeté. A operação envolvia um contrato de fornecimento com cláusula estabelecendo volumes mínimos de aquisição dos combustíveis pela Abaeté e um contrato de comodato pelo qual a Petrobrás disponibilizava todos os equipamentos necessários para operar um posto de combustíveis à Abaeté.

Tendo a Abaeté denunciado o contrato antes de seu termo final, a Petrobrás ajuizou ação contra a Abaeté para cobrar valores referentes aos volumes mínimos não adquiridos. A Abaeté se defendeu alegando que a cláusula de volumes mínimos seria abusiva e sua aplicação deveria ser recusada pelo Poder Judiciário. O relator do caso, todavia, entendeu que o ajuste era legítimo, pois:

⁶³ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 236 a 239.

⁶⁴ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 241.

⁶⁵ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 241.

⁶⁶ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 248.

⁶⁷ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 249.

⁶⁸ TJSP, Apelação Cível nº 9185220-79.2004.8.26.0000, Relator Desembargador José Reynaldo, 12ª Câmara de Direito Privado, julgado em 20.5.2009.

a autora [Petrobrás Distribuidora S/A], na condição de comodataria e fornecedora de combustíveis, suporta vultuosos gastos por ocasião da celebração do contrato. Para além dos consideráveis valores dos bens cedidos em comodato, é certo que a autora responsabiliza-se pela instalação dos produtos, o que, naturalmente, ocorre previamente ao início do fornecimento de combustíveis e, portanto, antes que tivesse recebido qualquer quantia relativa à contraprestação da co-ré [Abaeté].

Assim, o fato de a Petrobrás suportar “vultuosos gastos” sem qualquer contrapartida no início do contrato só se justifica se o contrato for feito para garantir a aquisição dos produtos durante algum período de tempo – como acertadamente consigna o relator – de modo que a duração responde pelo equilíbrio contratual (e, mesmo, por seu caráter sinalagmático). Retire-se a duração do contrato, admitindo-se a denúncia vazia por parte da Abaeté e ter-se-á um contrato que não corresponde, de modo algum, ao programa contratual desenhado pelas partes.

Ora, evidentemente, disso decorre que o contrato celebrado entre as partes somente traduz um equilíbrio entre as prestações das partes quando mantido por um longo período de tempo.

2.3. Francesco Messineo

Mais modernamente, e para ficar apenas em um autor que tem grande influência sobre a doutrina brasileira, FRANCESCO MESSINEO também escreveu sobre os contratos de duração⁶⁹.

MESSINEO diferencia, em primeiro lugar, os contratos de execução diferida daqueles contratos a termo inicial e de execução instantânea. Para o autor, “contrato de execução diferida é aquele no qual o momento de vencimento (...) é adiado no tempo”⁷⁰ e se opõe ao contrato a termo inicial, pois neste a própria

⁶⁹ MESSINEO, Francesco. **Il contratto in genere**. Tomo primo. Ristampa emendada. In: CICU, Antonio. MESSINEO, Francesco. (Org.). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 783 e seguintes.

⁷⁰ MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 783.

eficácia do contrato é postergada, enquanto naquele a eficácia é imediata, ficando adiada apenas a execução do contrato. Para o autor, os contratos de execução diferida também se diferenciariam dos contratos de execução instantânea ou '*contestuale*', nos quais a execução coincidiria com o aperfeiçoamento da avença⁷¹. Os contratos de execução instantânea possuiriam uma única execução e se extinguiriam *uno actu*, comportando uma única *solutio*⁷².

Por outro lado, os contratos de duração são marcados pela permanência do adimplemento no tempo como condição para atingir os interesses que levam as partes a contratar. Destarte, o elemento tempo constitui nos contratos de duração o seu caractere especial, servindo não apenas para determinar o início da execução, mas também como elemento determinante para a quantidade das prestações e o prolongamento ou a reiteração da execução⁷³.

MESSINEO, na mesma toada de OPPO, exclui do âmbito dos contratos de duração a empreitada, por ser um contrato cujo conteúdo é uma prestação de um resultado futuro.⁷⁴ Nestes contratos, cuja duração é determinada não em função do tempo, mas em função do resultado, o tempo se refere apenas à produção do resultado, o que leva a um prolongamento da atividade do devedor, mas não se refere à execução, que ocorre *uno actu*, por exemplo com a entrega da obra.⁷⁵

Ainda para o autor, a categoria dos contratos de duração pode ser dividida em dois grupos. O primeiro é composto dos contratos de duração continuada, na qual a prestação é una e ininterrupta, como nas locações, fornecimento de energia, comodato etc. Por sua vez, o segundo grupo contém os contratos de execução periódica, em que há mais prestações, recorrentes (como na renda) ou ocasionais (como na conta corrente, na abertura de crédito em conta corrente). Mister ressaltar que estes contratos de execução periódica, ainda que deem lugar a múltiplas prestações, não dão azo a múltiplas obrigações, nem possuem múltiplas causas. Para MESSINEO, entender de outro modo implica negar o próprio conceito de contrato de execução periódica, pois leva a crer na existência, não de um contrato

⁷¹ MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 783.

⁷² MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 784.

⁷³ MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 784.

⁷⁴ MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 785.

⁷⁵ MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 785.

duradouro, mas de múltiplos contratos⁷⁶. Por isso, conclui o autor que os contratos de execução periódica podem até ter uma causa complexa, mas não mais de uma causa⁷⁷.

2.4. Doutrina nacional

As lições de MESSINEO influenciaram, de maneira expressa, ao menos, na doutrina nacional, ORLANDO GOMES, que incluiu a distinção entre contratos instantâneos e contratos de duração no seu capítulo sobre a classificação dos contratos de sua obra “Contratos”⁷⁸. Para GOMES,

com a expressão contrato instantâneo ou de execução única, designam-se os contratos cujas prestações podem ser realizadas em um só instante. Cumprida a obrigação, exaurem-se, pouco importando seja imediata à formação do vínculo ou se dê algum tempo depois.⁷⁹

Diante disto, o autor separa os contratos instantâneos em “contratos instantâneos de execução imediata” e “contratos instantâneos de execução diferida” conforme a existência ou não de lapso temporal considerável entre sua celebração e sua execução⁸⁰.

De todo modo, os “contratos de duração” distinguem-se de ambas as categorias de contratos instantâneos e devem ser compreendidos como “aqueles nos quais a execução não pode cumprir-se num só instante”⁸¹. Estes contratos são classificados em “contratos de execução periódica” e “contratos de execução continuada”⁸². Os primeiros são aqueles que possuem “trato sucessivo”, cujas prestações são “periodicamente repetidas”⁸³. Por sua vez, os contratos de

⁷⁶ MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 785 e 786.

⁷⁷ MESSINEO, *op. cit.*, 1973, p. 784.

⁷⁸ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 92 a 96.

⁷⁹ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 92.

⁸⁰ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 92.

⁸¹ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 93.

⁸² GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 93.

⁸³ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 93.

“execução continuada” têm uma prestação “única, mas ininterrupta”. O fato de a prestação durar no tempo, ou ser repetida diversas vezes durante um período de tempo não implica dizer que estes contratos deem origem a diversas obrigações: “toda prestação periódica e singular não constitui objeto de obrigação distinta. A obrigação é única; fracionam-se as prestações”⁸⁴.

Ainda conforme GOMES, alguns sustentam a existência de uma terceira categoria de contratos de duração, a dos “contratos de execução salteada”, em que as prestações são realizadas de maneira inconstante e eventual durante um dado período, como, por exemplo, os contratos de abertura de crédito em conta corrente⁸⁵.

O autor procura minimizar a importância prática da distinção entre as subespécies de contratos de duração, entendendo ser relevante apenas a “distribuição da execução no tempo”⁸⁶. Ademais, destaca a existência, entre os contratos de duração e os contratos instantâneos, de uma terceira categoria, a saber, a dos “contratos de execução escalonada”, que são aqueles que comportam execução instantânea, todavia, por interesse das partes, foram feitos para durar no tempo, com prestações continuadas ou periódicas – como os contratos de fornecimento⁸⁷.

Por sua vez, DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, ainda em 1960, classifica os contratos em instantâneos, de execução escalonada e sucessivos⁸⁸. Para o autor, sucessivos são os contratos que se executam por meio de prestações sucessivas e contínuas, como a locação de coisas, o contrato de trabalho, o seguro, o fornecimento de luz e de água, a enfiteuse⁸⁹, enquanto os contratos instantâneos esgotar-se-iam em uma única prestação, tal como a compra e venda à vista. Por fim, existiria uma classe intermediária, a dos contratos de execução escalonada, que teriam “por objeto uma quantidade global, a entregar em parcelas, como

⁸⁴ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 94.

⁸⁵ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 93.

⁸⁶ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 94.

⁸⁷ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 94.

⁸⁸ BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 118 e ss.

⁸⁹ Todos exemplos do próprio BESSONE, *op. cit.*, 1960, p. 118 e 119.

sucedem com certos contratos de fornecimento ou de assinatura de obra, que se publique em fascículos”⁹⁰.

Note-se que, ao dividir entre contratos de execução escalonada e contratos sucessivos, BESSONE aproximava-se de OPPO (ainda que, ao menos de maneira explícita, o autor italiano não tenha sido sua inspiração), para quem uma quantidade global entregue em parcelas tampouco se enquadraria no conceito estrito de contratos de duração (pense-se, por exemplo, extrapolando os exemplos apresentados por BESSONE, na compra e venda a prazo, que não é entendida por OPPO como sendo de duração).

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA apresenta classificação que se assemelha à de BESSONE. Para VERÇOSA, os contratos podem ser classificados “conforme o momento” de sua execução, como de “execução instantânea, diferida ou sucessiva”⁹¹. Para contratos de execução instantânea, as partes cumprem suas prestações imediatamente após o surgimento do contrato, pela conjugação das declarações negociais hábeis a tanto. Nos contratos de execução diferida, o adimplemento, que não deixa de se produzir em um ato único, é postergado pela autonomia das partes. Um bom exemplo são os contratos a termo suspensivo⁹². Por fim, nos contratos de execução sucessiva, as prestações serão realizadas por uma ou todas as partes durante toda a duração do contrato, que pode ser a prazo indeterminado.⁹³

Dentro da doutrina brasileira, vale ressaltar também a posição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, para quem “se a execução das prestações não é imediata, há três hipóteses possíveis”: a primeira são os “contratos de execução diferida”, nos quais o tempo é o “fator de fixação da ‘sede temporal’” do adimplemento, ou simplesmente necessário para o cumprimento das prestações, mas não desejado pelas partes (como, por exemplo, na empreitada). A segunda hipótese são os contratos de “trato sucessivo”, como contratos de locação

⁹⁰ BESSONE, *op. cit.*, 1960, p. 119.

⁹¹ VERÇOSA, *op. cit.*, 2014, p. 139.

⁹² VERÇOSA, *op. cit.*, 2014, p. 139.

⁹³ VERÇOSA, *op. cit.*, 2014, p. 139 e 140.

(pagamento do aluguel) e de fornecimento. Por fim, existem contratos de execução continuada, como o de trabalho, sociedade, locação (disponibilização da coisa)⁹⁴.

2.5. Conceito adotado

O direito positivo brasileiro não traz de maneira expressa e clara um conceito legal para contratos de duração, ainda que seja possível encontrar na lei alguns indícios para uma diferenciação entre contratos de duração (de execução continuada ou periódica) e contratos de execução diferida que parece ir ao encontro do conceito proposto por OPPO, analisado acima.

Em primeiro lugar, lê-se do artigo 128 do Código Civil o seguinte:

Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

O texto deste artigo é particularmente interessante, pois reconhece uma distinção entre os efeitos genéricos da superveniência da condição resolutiva e seus efeitos particulares para os “negócios de execução continuada ou periódica”, reconhecendo, portanto, sob certa perspectiva, uma diferença de regime para eles. Para tais negócios, a resolução não atinge os “atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé”.

Esta diferença nos efeitos da condição resolutiva⁹⁵ é uma das consequências apontadas pela doutrina como peculiares a um regime próprio dos

⁹⁴ AZEVEDO, *op. cit.*, 2005, p. 124.

⁹⁵ Acredita-se ser possível estender a distinção e a limitação temporal aos efeitos também à resolução do contrato por inadimplemento (artigo 475 do Código Civil), opinião que é partilhada por: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. Rio de Janeiro: 1959, Tomo XXV, p. 305

contratos de duração em sentido estrito, decorrendo de seu próprio conceito e de sua função econômica e jurídica de garantir uma satisfação continuativa do credor. Ou seja, uma vez que o credor tem interesse próprio e específico nos atos realizados durante a vigência do contrato (que não apenas preparam o adimplemento, mas já o constituem), estes atos devem ser mantidos sobrevivendo a resolução do contrato⁹⁶.

Ainda que não de maneira clara, o Código Civil brasileiro parece compreender e aceitar a lógica que encontra no conceito de negócio de duração uma ligação intrínseca a um interesse continuado das partes na prestação em função do tempo. Para estas hipóteses, o Código Civil se refere a negócios “de execução continuada ou periódica” – e não a negócios de execução diferida que, pelas opiniões doutrinárias acima expostas, são negócios instantâneos.

Reforça a conclusão de que o Código Civil compreendeu certa diferença entre negócios de “execução continuada ou periódica” dos negócios de “execução diferida”, quando se analisa a redação de outro dispositivo do Código, o artigo 478:

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.

Por força desse dispositivo legal, os efeitos da sentença que decreta a resolução retroagem expressamente à data da citação (mas não à de início do relacionamento contratual). Ou seja, ainda que não se possa falar em uma eficácia

e 306. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral (arts. 421 a 480). (Coord.) JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 424 e 425. OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 273

⁹⁶ OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 283: “*Al decorso del tempo corrisponde, si disse, economicamente la soddisfazione continuativa degli interessi contrattuali, giuridicamente l’adempimento continuativo dell’obbligazione duratura: la risoluzione o lo scioglimento trova l’interesse contrattuale già soddisfatto e l’obbligazione già adempiuta per il tempo trascorso e non può che rispettare gli effetti economici e giuridici già prodotti dal contratto*”. Em tradução livre: “Ao decurso do tempo corresponde, como se disse, economicamente a satisfação continuada dos interesses contratuais, juridicamente o adimplemento continuado da obrigação duradoura: a resolução ou a dissolução encontra o interesse contratual já satisfeito e a obrigação já adimplida pelo tempo transcorrido e não pode mais que respeitar os efeitos econômicos e jurídicos já produzidos pelo contrato”.

ex tunc desta sentença, também não é de se falar de uma eficácia puramente *ex nunc*, como no caso do artigo 128.

O artigo 478, todavia, não se refere a negócios de execução continuada ou periódica, mas a contratos de execução continuada ou diferida. Esta escolha legislativa evidencia, ao menos, que o Código Civil não desconhece o conceito de contratos (ou negócios) de execução diferida, o que tem o corolário de reforçar a conclusão de uma escolha técnica dos termos também no artigo 128⁹⁷.

Em suma, a leitura conjunta dos artigos 128 e 478 parece reforçar a noção de que o legislador brasileiro reconhece, ou ao menos dá espaço para esta conclusão, a contraposição entre contratos de duração e contratos instantâneos. Isto não quer dizer que se descarte por inúteis outras classificações, que levam em consideração apenas a duração da execução no tempo e não os interesses atendidos por esta duração, apenas se acredita que a visão mais estrita dos contratos tem a sua aplicação e função no direito brasileiro. Neste trabalho se adota esta visão mais estrita, para limitar o campo de análise. Todavia, crê-se que as conclusões do estudo poderiam ser, via de regra, aplicáveis também a contratos de duração em sentido mais amplo, incluindo virtualmente todos os contratos em que existe o perdurar no tempo, uma vez que nestes estarão presentes também comportamentos posteriores relevantes à interpretação, complementação ou alteração de seu conteúdo e/ou de seus efeitos.

⁹⁷ Além disso, pode-se perguntar porque, se o Código Civil reconhece um regime próprio (ou um princípio de) aos contratos de duração no artigo 128, ele não o faz o mesmo no artigo 478. Para responder esta questão parece mister ressaltar que a resolução por excessiva onerosidade tem como principal propósito a manutenção do equilíbrio contratual e não a manutenção dos atos já praticados (ainda que esta preocupação não passe ao largo do texto legal, que limita a retroação dos efeitos da sentença à data da citação). O equilíbrio deve ser mantido durante o período entre a celebração e a extinção do contrato, independente de constituírem os atos praticados concretizações ou não do interesse do credor. Ou seja, o artigo 478 não está preocupado (apenas) com as funções econômicas e jurídicas dos contratos de duração, mas (sobretudo) com o fato de que a execução contratual pode se prostrar no tempo, seja por meio de contratos de duração em sentido estrito (de execução continuada) ou por meio de contratos instantâneos cuja execução deva se prolongar no tempo (de execução diferida). A respeito da irrelevância da classificação em contratos de duração em sentido estrito ou contratos instantâneos de execução diferida para fins da aplicação das normas sobre a resolução por excessiva onerosidade, OPPO, *op. cit.*, 1992, p. 276. A discussão a respeito da extensão do regime da resolução por excessiva onerosidade aos contratos de execução periódica ou mesmo a outros contratos parece despicinda nesta sede.

3. Função econômica dos contratos de duração

Interessante ressaltar, ainda que brevemente, pois não se trata do tema deste trabalho, alguns dos propósitos econômicos apontados pela doutrina como sustentáculo social do fenômeno dos contratos de duração. Esta contextualização permite uma visão mais precisa da matéria, bem como serve de guia a quem não pretenda impor a sua vontade ou sua visão de mundo sobre a das partes.

Deste modo, um dos principais propagadores das noções de custo de transação e de seu impacto no planejamento racional da atividade econômica (como se vê abaixo com mais detalhe), RONALD COASE, ensinava que contratos de duração para o fornecimento de bens ou serviços, por exemplo, evitavam a celebração de diversos contratos de curta duração para este fornecimento e, desta forma, levavam à economia nos custos de transação relacionados. Ou seja, seria economicamente mais eficiente elaborar um contrato de fornecimento duradouro de matérias-primas, por exemplo, do que recorrer ao mercado toda vez que fosse necessário obter tais insumos para a produção empresarial⁹⁸.

Além disso, os contratos de duração também podem representar um incentivo ao investimento eficiente pelas partes. BELLANTUONO ensina que o investimento por uma das partes para o fim de atender a um contrato aumenta o grau de dependência desta parte a tal relacionamento, abrindo espaço para o comportamento oportunista da contraparte. Nesta hipótese, a manutenção do contrato por um tempo mínimo é essencial para garantir o investimento (raciocínio próximo ao caso acima analisado envolvendo Petrobrás e Abaeté). Para ilustrar a sua afirmação, o autor dá o exemplo de um empreendimento para produção de energia elétrica construído ao lado de uma mina de carvão. O empreendimento só se justifica se for possível manter um contrato de longa duração com a mina de carvão⁹⁹.

Outro exemplo pode ser retirado da apelação nº 994.02.036083-9, julgada pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

⁹⁸ COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16, p. 386-405, 1937, p. 391. Este argumento é referido também por BELLANTUONO, *op. cit.*, 2000, p. 67 e seguintes.

⁹⁹ BELLANTUONO, *op. cit.*, 2000, p. 77.

em 16 de março de 2010, tendo como relator para o acórdão o Desembargador Piva Rodrigues. Neste caso, contendiam Vita Alimentos Indústria e Comércio Ltda. e Marbo Inc. em razão da rescisão unilateral pela Marbo de contrato de licença de uso da marca “Tampico”, de sua titularidade. A Vita Alimentos alegava ter feito diversos investimentos para a adequação de sua planta industrial à produção do Tampico, confiando que o contrato teria duração suficiente para recuperar seu investimento. No caso, como a Vita foi capaz de arrendar os investimentos feitos a outra sociedade empresária, o TJSP entendeu que a Marbo não era responsável por indenizá-los, mas determinou a indenização dos lucros cessantes consubstanciados nas vendas prováveis do produto Tampico até o final do contrato, excluídos os valores obtidos pelo arrendamento dos investimentos feitos. Segundo o relator, este raciocínio seria conhecido como “teoria da diferença” que procura dar à vítima o que ela teria obtido se o contrato não tivesse sido indevidamente rescindido pela outra parte, descontado o que ela efetivamente obteve – o que, ainda que de maneira não declarada, parece oferecer uma possível solução ao problema do oportunismo e da hesitação dos agentes econômicos em investirem sem que existam parâmetros seguros para a sua compensação¹⁰⁰.

Para SZTAJN os “contratos de longa duração” respondem a um fenômeno do imbricado relacionamento interempresarial, que tem basicamente três motivos: os econômicos (“de alocação de recursos”), os de “de economia tributária” e os de operação logística (“de distribuição de bens”). Estes motivos levam os agentes econômicos a uma atuação concertada através de contratos de duração¹⁰¹, pois

as relações entre firmas, ou mesmo aquelas existentes dentro delas, são representadas por contratos de execução continuada – por exemplo, fornecimento, franquia, cessão de direito de uso de patentes e marcas, distribuição, exclusiva ou não, agência –, para muitos, formas híbridas entre mercados e firmas em sentido estrito.¹⁰²

¹⁰⁰ Sobre o assunto, comumente referido como “*hold up problem*”, vide BELLANTUONO, *op. cit.*, 2000, p. 75 e ss. Também sobre os investimentos eficientes, FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 380 e ss.

¹⁰¹ SZTAJN, *op. cit.*, 2010, p. 9.

¹⁰² SZTAJN, *op. cit.*, 2010, p. 11.

Sob a rubrica dos contratos de colaboração, PAULA FORGIONI sustenta trazerem estes contratos vantagens para o agente econômico quando comparados tanto com as soluções puramente “de mercado” (consideradas como aquelas de aquisição instantânea e pontual de bens ou serviços no mercado), quanto com soluções “hierárquicas” (produção de bens dentro da estrutura da empresa)¹⁰³. Isto porque, estas estruturas

oferecem maior possibilidade de controle da organização; por outro lado, apresentam-se como alternativa mais maleável do que a hierárquica, propiciando ao agente econômico a oportunidade de valer-se rapidamente das oportunidades que surgem no mercado. O grau de autonomia das partes nas formas híbridas é mais acentuado do que nos modelos hierárquicos, porém inferior ao da solução de mercado.¹⁰⁴

Por fim, na Argentina, RICARDO LUIS LORENZETTI ressalta a importância dos “*contratos de larga duración*” na economia atual. Para o autor argentino, diante da privatização de serviços públicos, do ensino privado, dos serviços de saúde, seguros, contratos de trabalho, locações de imóveis por tempos longos, ampliou-se de maneira sensível a importância desta categoria contratual que passou a representar parte significativa da vida das pessoas e empresas¹⁰⁵. Além disso, o autor destaca o alongamento temporal de relações que costumavam ser instantâneas sobretudo por questões de financiamento, como a “aquisição de bens industriais”, que “se faz através do leasing, o que transforma progressivamente uma causa de troca numa finalidade de renda de longa duração”¹⁰⁶. O mesmo se passa com a aquisição de bens de consumo e imóveis¹⁰⁷.

¹⁰³ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 182 e 183.

¹⁰⁴ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 183.

¹⁰⁵ LORENZETTI, *op. cit.*, 2010, p. 749.

¹⁰⁶ LORENZETTI, *op. cit.*, 2010, p. 749.

¹⁰⁷ LORENZETTI, *op. cit.*, 2010, p. 749.

4. A incompletude e os contratos de duração

Em um sentido, por assim dizer, tradicional, do direito brasileiro, a completude de um fato jurídico (como o contrato, por exemplo) pode ser afirmada quando “no mundo, tornam-se realidades (= se concretizam) os fatos descritos nos suportes fácticos hipotéticos”, o que leva à “incidência da norma jurídica” e a juridicização do fato¹⁰⁸. Destarte, para que um fato possa ser dito jurídico, exige-se, “como pressuposto lógico, que todos os elementos que constituem seu suporte fáctico se tenham materializado, portanto, conforme a expressão de Pontes de Miranda, que o suporte fáctico seja suficiente”¹⁰⁹.

Para o caso dos contratos, exigir-se-ia para a sua “formação” (ou seja, para sua entrada no ‘mundo jurídico’) que “duas ou mais declarações de vontade” sejam “emitidas por duas ou mais partes” e “coincidentes”¹¹⁰. Desta forma, “o vínculo contratual nasce quando entrecruzam a proposta e a aceitação”¹¹¹.

Portanto, pode-se dizer, sob uma certa perspectiva, que qualquer contrato que seja existente atingiu o grau exigido pelo ordenamento jurídico de completude (ainda que a sua validade e a produção de seus efeitos devam ser avaliadas posteriormente).

Afora essa visão, existe ainda uma outra perspectiva ‘puramente jurídica’ da incompletude contratual. Neste sentido, BELLANTUONO lembra que os juristas costumam entender o contrato incompleto como aquele que possui lacunas. Sob tal ponto de vista, diferenciar-se-iam as visões dos direitos de tradição anglo-americana e os de tradição romano-germânica. Isto porque os direitos anglo-americanos considerariam incompletos os contratos em que as partes não tivessem previsto determinado ponto, enquanto para a tradição ‘continental’ não consideraria incompletos contratos em que fosse possível o suprimento legal da vontade das

¹⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da Existência. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 89.

¹⁰⁹ MELLO, *op. cit.*, 2010, p. 89.

¹¹⁰ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 64.

¹¹¹ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 65.

partes, mas apenas quando faltasse, além de acordo entre as partes, regramento legal supletivo.¹¹²

Por ora, sem prejuízo das acepções destacadas, interessa por em relevo uma noção de incompletude voltada para o papel econômico do contrato, como negócio a reger relações concretas de natureza patrimonial entre as partes, uma vez que “muitos contratos não contêm – e não podem mesmo conter – a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes”¹¹³. Para EGGLESTON, POSNER e ZECKHAUSER, os contratos podem ser ditos como mais ou menos completos “no sentido de descreverem as obrigações das partes em diferentes estados futuros do mundo”¹¹⁴. GIUSEPPE CLERICO, em conceito assemelhado, explica que “um contrato é completo se as partes, para qualquer um dos infinitos possíveis estados do mundo, concordam sobre a solução e o resultado”¹¹⁵.

A nosso ver, a incompletude – seja no sentido jurídico assinalado, seja no sentido mais alinhado à economia – é uma das razões, ainda que não a única, que faz ressaltar os múltiplos papéis do comportamento posterior das partes aos juristas empenhados na solução de casos concretos envolvendo contratos de duração.

Por isso, interessa entender, ainda que de maneira sucinta, as causas da incompletude do contrato, para que se possa estabelecer as suas relações com os contratos de duração, e analisar a reação do jurista diante dela, que acontecerá, entre outras abordagens, pela interpretação do conteúdo existente (mesmo com recurso à interpretação integrativa), pela busca por uma declaração tácita ou mesmo por um comportamento digno de tutela pela confiança que desperta.

¹¹² BELLANTUONO, *op. cit.*, 2000, p. 71 e ss.

¹¹³ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 71.

¹¹⁴ EGGLESTON, POSNER e ZECKHAUSER, *op. cit.*, 2000, p. 91.

¹¹⁵ CLERICO, Giuseppe. **Analisi economica del contratto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 33. No original: “*Un contratto è completo se le parti, per ciascuno degli infiniti possibili stati del mondo, concordano sulla soluzione e sul risultato*”. Em tradução livre: “Um contrato é completo se as partes, em qualquer dos infinitos possíveis estados do mundo, concordam com sua solução e seu resultado”. Na mesma toada, RACHEL SZTAJN: “Contratos de longa duração são ditos completos quando todas as variáveis que possam produzir efeitos sobre as condições originais de contratação tiverem sido previstas, bem assim as contingências por eles geradas. Vale dizer que não será necessário que as partes, no futuro, revejam ou renegociem cláusula contratuais. Será incompleto o contrato que não preencha o acima exposto. E, nesses casos, normas supletivas incidirão. Outra solução, proposta por estudiosos de *law and economics*, é recorrer a usos e costumes, ou replicar operações em mercados, de sorte a espelhar alocação eficiente de direitos e deveres”. SZTAJN, *op. cit.*, 2014, p. 77.

4.1. As razões da incompletude

A incompletude de um contrato pode ter diversas causas. Para CLERICO, contratos completos existiriam apenas em “condições ideais”, caracterizadas por um mercado de “concorrência pura e perfeita”. Por isso, o autor italiano ensina que “na realidade, os contratos são incompletos por duas razões essenciais: uma exógena e a outra endógena”¹¹⁶.

A razão exógena estaria relacionada à impossibilidade de as partes pactuarem soluções *ex ante* para todo e qualquer possível “estado de mundo” que seu relacionamento contratual possa vir a enfrentar no futuro, especialmente porque não podem pactuar sobre questões que dependem da vontade ou atuação de um terceiro (jugador, por exemplo)¹¹⁷.

De outro vértice, a razão endógena decorre de as próprias partes, de maneira consciente, deixarem de acordar sobre determinado ponto, ainda que fosse possível esta definição *a priori*. Diversas explicações podem ser dadas para esta atitude das partes – por exemplo, os custos de transação envolvidos na sua negociação, ainda que estes não sejam a única explicação possível.¹¹⁸ Outra possível explicação à incompletude causada deliberadamente pelas partes é a sua opção por um contrato incompleto, mas auto-executável, a um contrato mais completo e dependente de execução heterônoma.¹¹⁹ Contratos auto-executáveis existem, por exemplo, em relacionamentos em que seja especialmente relevante a reputação das partes, ou ainda contratos celebrados em “mercados com produtos homogêneos e no interior de comunidades étnica e socialmente mais homogêneas em termos de valores e de escolhas comportamentais”, em que ressaltam normas sociais e padrões éticos, como, por exemplo, o princípio da reciprocidade e da justiça distributiva.¹²⁰

Logo, os contratantes podem preferir acordar sobre alguns pontos do contrato, remetendo outras questões a uma negociação e definição futura, caso o

¹¹⁶ CLERICO, *op. cit.* 2008, p. 33.

¹¹⁷ CLERICO, *op. cit.* 2008, p. 33.

¹¹⁸ CLERICO, *op. cit.* 2008, p. 33 e 34.

¹¹⁹ CLERICO, *op. cit.* 2008, p. 34.

¹²⁰ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 34 a 36.

estado de mundo relevante venha a se concretizar. Quanto maior for o número de questões deixadas intencionalmente à definição futura, mais 'flexível' (e também incompleto) é o contrato.¹²¹ Uma maior flexibilidade concede ao contrato uma maior capacidade de adaptação em futuras mudanças nas circunstâncias, mas também dificulta a fixação *ex ante* dos custos envolvidos na contratação (que podem ser adaptados com mais facilidade) – pois as partes sabem o que não acontecerá (cumprimento conforme o programa original) em caso de alteração das circunstâncias no futuro, mas não quais serão seus direitos e deveres neste caso – o que pode ser considerado como uma desvantagem de contratos muito flexíveis, que deveriam, portanto, ser empregados apenas em casos de grande incerteza¹²².

FORGIONI, por sua vez, refere-se a três principais causas arroladas pela doutrina para a incompletude de um contrato. Assim, o contrato seria incompleto pela “impossibilidade de previsão do futuro”, pela “improbabilidade do acontecimento de certos fatos” – a concretização de alguns cenários é tão remota que não vale a pena negociar sobre ela – e pela “imprecisão da expressão do acordo” – ou seja, pela própria imperfeição da linguagem empregada.¹²³

Dessarte, a falta de informações suficientes (ou a assimetria em sua distribuição entre as partes), a impossibilidade de controlar o futuro e, também, a ver de parte da doutrina, os custos envolvidos na elaboração de um contrato que preveja a melhor distribuição de riscos dentro de um contrato, causam impacto em todas as categorias de contrato e não apenas nos contratos de duração. Todavia, evidente que os riscos que cercam um contrato que pretende projetar os seus

¹²¹ CLERICO, *op. cit.* 2008, p. 34.

¹²² CLERICO, *op. cit.* 2008, p. 34 a 36. Em suma, para CLERICO: “*Le ragioni di queste caratteristiche contrattuali sono molteplici: le informazioni sono scarse e il reperimento e la valutazione delle stesse comportano un costo; la contrattazione avviene in condizioni di incertezza con particolare riguardo al valore atteso del surplus contrattuale che dipende in modo determinante dall'evoluzione dello stato del mondo; alcune variabili, si pensi alla qualità di un prodotto, non sono sempre osservabili e verificabili; last but not least la definizione di un contratto più completo e definito può comportare crescenti costi di transazione*”. Em tradução livre: “As razões desta característica contratual são múltiplas: as informações são escassas e a sua avaliação e valoração envolvem um custo; a contratação se passa em condições de incerteza, com especial consideração para o valor calculado do excedente contratual que depende de modo especial da evolução do estado do mundo; algumas variáveis, pense-se na qualidade de um produto, não são verificáveis e observáveis; *last but not least*, a definição de um contrato mais completo e definido pode comportar custos crescente de transação”.

¹²³ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 72. Em sentido semelhante, a respeito da incompletude das informações e da impossibilidade de controle de todos os eventos futuros relevantes: LORENZETTI, *op. cit.*, p. 410 e 411.

efeitos para um largo período de tempo futuro são substancialmente mais sérios que aqueles que cercam uma simples compra e venda ou serviços instantâneos.

4.1.1. Racionalidade limitada e a falta e assimetria de informações

Como explica FORGIONI, “no mundo real, as partes simplesmente não conseguem prever todas as contingências futuras no momento que se vinculam ao contrato”¹²⁴, o que não significa negar a racionalidade dos agentes econômicos, pois

a concepção da racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém afirma que exercem essa racionalidade dentro das inapeláveis fronteiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem.¹²⁵

A atuação dos agentes econômicas é pautada por uma “racionalidade limitada”¹²⁶, noção que teria sido, sempre segundo a autora, proposta por HERBERT SIMON, ao constatar a finita capacidade humana de compreender e aprender¹²⁷.

SIMON escreveu na metade do século passado denunciando os pressupostos dos modelos econômicos tradicionais, que estariam assentados sobre um “*economic man*” (ou, como diz o autor, seu parente, o “*administrative man*”) que teria todo, ou quase todo, o conhecimento relevante a respeito de seu ambiente, bem como um sistema de preferências estável e bem-organizado, além de uma habilidade tamanha para calcular e prever que o permitiria avaliar o seu melhor retorno em quase todos os possíveis estados futuros de mundo¹²⁸.

À toda evidência, sustenta o autor, este “*economic man*” precisa ser revisto, pois o organismo que toma decisões possui limites psíquicos, de modo que a efetiva racionalidade humana pode ser no máximo uma aproximação extremamente simplificada e crua do tipo de racionalidade global que é assumido

¹²⁴ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 66.

¹²⁵ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 69.

¹²⁶ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 66.

¹²⁷ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 66. Segundo a própria autora, o texto em referência é: SIMON, *op. cit.*, 1955.

¹²⁸ SIMON, *op. cit.*, 1955, p. 99.

por diversos modelos econômicos. Ou seja, na prática, os modelos tradicionais fazem exigências pesadas (“*severe demands*”) dos organismos que tomam decisões¹²⁹.

Diante da falta de provas empíricas de que a decisão humana efetivamente se baseia nos múltiplos cálculos assumidos pelos modelos tradicionais, SIMON propõe um modelo que considere simplificações e modificações normalmente feitas pelo ser humano no seu processo de decisão¹³⁰.

Depois de SIMON, outros autores intentaram construir modelos considerando a racionalidade limitada dos agentes. Todavia, como lembra POSNER, nenhum dos modelos de racionalidade limitada conseguiu efetivamente se firmar como dominante no raciocínio econômico, pois os economistas, de um lado, “não conseguem concordar em uma formulação-padrão e matematicamente tratável da racionalidade limitada”, e, de outro, acreditam que seus modelos econômicos se assemelhariam o suficiente com a realidade e, dessa forma, seriam também “bons o suficiente para objetivos normativos e descritivos”¹³¹.

Todavia, o fato de não ter se firmado como dominante não retira das correntes da racionalidade limitada o mérito de ter constatado a insuficiência dos modelos econômicos tradicionais.

Intimamente ligada à racionalidade limitada dos agentes, coloca-se a falta de informações suficientes para as partes no momento de formação do contrato. Tanto é assim que FORGIONI, quando explicando o conceito de racionalidade limitada afirma que “o direito mercantil sempre reconheceu a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas à transação e ao futuro: a racionalidade limitada dos economistas não nos é estranha”¹³².

¹²⁹ SIMON, *op. cit.*, 1955, p. 101 a 103.

¹³⁰ SIMON, *op. cit.*, 1955, p. 104 a 111. A proposta de SIMON inclui, por exemplo, simplificações nos modelos de avaliação de resultado das decisões (“*simple pay-off functions*”), substituindo a melhor escolha (que, afinal, só pode ser uma e dependerá sempre de uma avaliação bastante complexa) por escolhas satisfatórias (que se constituem em grupo muito maior de opções). Além disso, o modelo de SIMON considera o custo de informação existente na realidade e seu impacto sobre o nível de ambição das partes (“*aspiration level*”) que tem uma relação direta com a avaliação sobre a satisfação obtida em uma opção. Ou seja, a impossibilidade de se informar sobre melhores soluções levaria a um rebaixamento do “*aspiration level*” dos agentes, o que levaria a transformar soluções insatisfatórias em satisfatórias

¹³¹ POSNER, *op. cit.*, 2010, p. 63. Como mostra POSNER, as duas objeções podem ser rejeitadas (rejeitá-las, entretanto, naturalmente não implica construir um modelo econômico que se fundamente na racionalidade limitada e obtenha aceitação na doutrina econômica e jurídica).

¹³² FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 69.

A falta e a assimetria de informações parecem ser razões exógenas para a incompletude, na linguagem adotada por CLERICO.¹³³ Isto porque as partes, ou apenas uma delas, podem não ter acesso a informações que, se as tivessem, teriam sido determinantes para alterar ou complementar o conteúdo contratual com atenção a tal ponto. Isto ocorre, naturalmente, mas não só, em relações contratuais envolvendo partes pouco habituadas ao mercado. Parece ser esta a razão, por exemplo, porque o Código de Defesa do Consumidor estabelece amplos deveres de transmissão de informação da parte mais habituada ao mercado (o fornecedor) à parte menos habituada (o consumidor), a fim de que este possa compreender os riscos da operação (ainda que, na imensa maioria das vezes, não possa agir para alterar a distribuição de riscos, dado o caráter de contrato por adesão destes ajustes) – o que não quer dizer, evidentemente, que o fenômeno da assimetria de informações não seja comum também em relacionamentos entre empresários experientes.

Outrossim, pode ocorrer que nenhuma das partes tenha acesso à informação que se mostrou relevante no futuro, para o fim de determinar a incompletude do contrato. Como regra, tanto a assimetria quanto a falta de informações relevantes acabam levando a uma incompletude do conteúdo contratual e, assim, terminam por forçar o recurso do aplicador do direito a expedientes para além da mera ‘aplicação literal’ do texto do contrato. De modo que parecem abrir maior espaço para a análise do comportamento das partes como elemento de interpretação ou para fins de integração do regulamento contratual¹³⁴.

4.1.2. Opção deliberada pela incompletude

Como acima referido, a incompletude de um contrato pode também ter razões endógenas, ou seja, as partes podem deliberadamente optar por não celebrar um contrato completo. Esta opção teria diversas possíveis explicações.

¹³³ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 261.

¹³⁴ A nosso ver, todavia, a falta de informações pode, em alguns casos e dadas algumas circunstâncias, implicar também imprevisibilidade para fins da aplicação do art. 478 do Código Civil, opinião que é expressada por FORGIONI, para quem o instituto da “excessiva onerosidade, que autoriza a denúncia no caso do advento de evento imprevisto e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual”, como um exemplo de tratamento jurídico aos temas da falta de informações e da racionalidade limitada dos agentes – *op. cit.*, 2009, p. 69.

Para a doutrina, duas explicações merecem especial destaque, a saber, os custos de transação e a opção, feita em alguns ambientes econômicos, pela celebração de um contrato incompleto, 'auto-executável', à celebração de um contrato mais completo, dependente de execução estatal¹³⁵.

4.1.2.1. Custos de transação

Assim, a primeira explicação para a incompletude causada pela vontade deliberada das partes são os custos de transação envolvidos em qualquer negociação. Diante destes custos, é economicamente mais eficiente a celebração de um contrato incompleto do que o prolongamento de negociações para a obtenção de um contrato mais completo. A expressão "custos de transação" foi popularizada por RONALD COASE no seu estudo "*The nature of the firm*", publicado em 1937¹³⁶, e retomada em seu "*The problem of social cost*", que veio a lume em 1960¹³⁷.

COASE se perguntava, em seu artigo de 1937, pela razão que levava os agentes econômicos a organizarem sua atividade em empresas, se, de acordo com a teoria econômica dominante à época, a atividade econômica estava determinada pelo mecanismo de preço, não havendo espaço para uma forma autêntica de organização e coordenação.¹³⁸ O autor apontava que, embora variando de acordo com cada tipo de atividade, a integração vertical da atividade econômica poucas vezes estava orientada por uma lógica de preço¹³⁹. Assim, seu propósito era suplantiar a lacuna à época existente na teoria econômica resultante de duas proposições distintas, ambas tidas como verdade: a primeira, de que o mecanismo de preço determina a alocação de recursos, a segunda de que esta alocação

¹³⁵ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 262.

¹³⁶

Disponível

em:

<http://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2016, às 17h01.

¹³⁷ Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2016, às 17h03.

¹³⁸ COASE, *op. cit.*, 1937, p. 388.

¹³⁹ COASE, *op. cit.*, 1937, p. 389. Assim, afirmava o autor que: "*It can, I think, be assumed that the distinguishing mark of the firm is the supersession of the price mechanism*". Em tradução livre: "Pode, eu penso, ser assumido que um caractere distintivo da firma é a superação do mecanismo de preço".

depende do empreendedor. Sua tarefa seria procurar descobrir porque uma empresa surge numa economia de mercado¹⁴⁰.

Para COASE, a principal razão para se estabelecer uma empresa é o custo envolvido em se utilizar o mecanismo de preço¹⁴¹. Segundo o autor, o primeiro e mais evidente custo para se utilizar o mecanismo de preço para a organização da produção é o custo para se determinar quais preços são relevantes¹⁴². Este dispêndio pode ser minimizado – mas não eliminado – pelo recurso a especialistas que vendem esta informação¹⁴³. Outro custo está envolvido na negociação e celebração de contratos próprios para cada transação necessária à produção no mercado – despesa que também pode ser minimizada por meio de técnicas contratuais (por exemplo, a contratação estandardizada), mas não eliminado. O autor afirma também existirem interesses das partes, muitas vezes da parte compradora, de entabular relações de longa duração, seja para garantir o suprimento de bens ou serviços no futuro, seja para evitar os custos de celebrar vários contratos de curta duração. Estes contratos, todavia, não permitem uma previsão exaustiva de todos os comportamentos ou bens que deverão ser entregues no futuro por uma parte a outra – o que leva as partes a estabelecerem um regramento genérico em tais contratos, a ser especificado oportunamente pelo comprador/tomador. Para COASE, este seria um cenário ideal para o estabelecimento de uma empresa (quando a direção dos recursos se torna dependente de uma das partes)¹⁴⁴.

¹⁴⁰ COASE, *op. cit.*, 1937, p. 389 e 390. Um pouco mais à frente, o autor oferece o seu conceito de empresa (“*firm*”) da seguinte maneira: “*A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur. The approach which has just been sketched would appear to offer an advantage in that it is possible to give a scientific meaning to what is meant by saying that a firm gets larger or smaller. A firm becomes larger as additional transactions’ (which could be exchange transactions co-ordinated through the price mechanism) are organized by the entrepreneur and becomes smaller as he abandons the organisation of such transactions*” (p. 393). Em tradução livre: “Uma empresa, portanto, consiste em um sistema de relações que passam a existir quando a direção de recursos é dependente de um empresário. A aproximação que tem sido esboçada pareceria oferecer uma vantagem na qual é possível dar um sentido científico ao que se quer dizer quando se diz que uma empresa fica maior ou menor. Uma empresa fica maior quando transações adicionais (que poderiam ser transações de troca coordenadas através do mecanismo de preço) são organizadas pelo empresário e se torna menor quando ele abandona a organização dessas transações”.

¹⁴¹ COASE, *op. cit.*, 1937, p. 390.

¹⁴² COASE, *op. cit.*, 1937, p. 390.

¹⁴³ COASE, *op. cit.*, 1937, p. 390 e 391.

¹⁴⁴ COASE, *op. cit.*, 1937, p. 391 e 392.

Em termos simples, COASE defende que os custos envolvidos na operação tipicamente de mercado, que envolvem sobretudo a organização de contratos e a própria celebração destes contratos, são a principal razão para a organização da atividade econômica em empresas, que pelos seus mecanismos internos procuram minimizar ou estabilizar tais custos¹⁴⁵.

Atualmente, há uma certa popularização da expressão custos de transação, que ganhou força através de sua adoção pela doutrina comercialista¹⁴⁶. Assim, para FORGIONI, por exemplo, os custos de transação são aqueles “dispendios associados à solução ‘de mercado’, i.e., à obtenção do bem ou do serviço mediante a contratação de terceiros”¹⁴⁷. A autora explica que os custos de transação são classificados como ‘*ex ante*’ e ‘*ex post*’ pela doutrina, que relaciona os primeiros à negociação do contrato e os segundos à sua execução.¹⁴⁸ Além disso, os custos de transação também podem ser relacionados “à coordenação” e “à motivação” dos agentes. “Os primeiros são os gastos inerentes às negociações, incluindo a definição de suas condições (preço, prazo, época de entrega etc.) e mesmo à busca de parceiros comerciais”¹⁴⁹. Por sua vez, os custos de motivação seriam divididos em “dois principais tipos: [i] aqueles ligados à assimetria e à falta de completude da informação, quando as partes não conhecem todos os dados relevantes e necessários sobre a outra e sobre o negócio, e [ii] aqueles inerentes ao possível prejuízo decorrente do comportamento oportunista da outra”¹⁵⁰.

RACHEL SZTAJN explica que a “*transaction cost economics*” “estuda o impacto dos custos de transação na modelagem do contrato”¹⁵¹. Segundo a autora, poderiam ser tomados como custos de transação “aqueles incorridos na realização de uma troca econômica, impostos pela participação em um dado mercado”¹⁵². Assim, por exemplo,

¹⁴⁵ COASE, *op. cit.*, 1937, p. 392. Evidentemente, esta não seria a única razão das empresas ou de seu crescimento. O autor também sublinha a incerteza (“*uncertainty*”) das relações no mercado (p. 392) e o tratamento tributário diferente entre operações de mercado e operações internas à empresa (p. 393) como motivos que influenciam o surgimento e, sobretudo, o crescimento das empresas.

¹⁴⁶ Por todos, FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 62 e ss., e SZTAJN, *op. cit.*, 2014, p. 75 e ss.

¹⁴⁷ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 61.

¹⁴⁸ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 62.

¹⁴⁹ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 63.

¹⁵⁰ FORGIONI, *op. cit.*, 2009, p. 63.

¹⁵¹ SZTAJN, *op. cit.*, 2014, p. 75.

¹⁵² SZTAJN, *op. cit.*, 2014, p. 75.

o custo de obter informação compreende o de saber se o bem está disponível, em qual mercado e qual o menor preço; o custo de negociação e o desenho do clausulado contratual; o custo de fiscalização e de garantia do cumprimento do contratado, incluindo medidas judiciais que representem expressões do custo de transação.¹⁵³

Nos contratos de duração, os custos de transação são impactados também pela “possível e eventual alteração da distribuição original de riscos – benefícios e ônus – derivados de mudanças do estado da natureza, como os economistas se referem a eventos futuros, previsíveis ou não”.¹⁵⁴

4.1.2.2. Contratos auto-executáveis

Ao lado dos custos de transação, CLERICO apresenta como possível explicação para uma eleição deliberada de um contrato incompleto, a opção das partes por um contrato auto-executável (“*self-enforcing*”)¹⁵⁵.

As partes optariam conscientemente por ter um contrato mais simples e auto-executável sobretudo em mercados menores, de bens mais homogêneos, em que tende a ressaltar o mecanismo da reputação, compreendida como “a informação sobre o comportamento de qualquer contratante que nasce e se difunde no mercado”¹⁵⁶. Nestas situações, de maneira diferente da comumente imaginada (em que se prefere o inadimplemento ao cumprimento economicamente desvantajoso), é preferível cumprir uma prestação desvantajosa a perder a futura possibilidade de novas contratações com aquela ou outras partes.¹⁵⁷ Todavia, o mecanismo da reputação como garante da auto-execução do contrato é limitado,

¹⁵³ SZTAJN, *op. cit.*, 2014, p. 75.

¹⁵⁴ SZTAJN, *op. cit.*, 2014, p. 76.

¹⁵⁵ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 262.

¹⁵⁶ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 262. Sobre uma interessante experiência de contratos ‘auto-executáveis’, em razão da reputação das partes envolvidas – ainda que não só – no mercado de diamantes: BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of Legal Studies**, Chicago: The University of Chicago, vol. XXI, p. 115 a 157, 1992.

¹⁵⁷ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 265.

uma vez que necessita de um processo “gradual e lento de formação, acumulação e difusão da informação”¹⁵⁸. Dessarte, a sanção reputacional não é eficaz sobretudo em mercados maiores e/ou mais heterogêneos, nos quais a dispersão da informação do inadimplemento é ineficiente ou a perda da possibilidade de contratações futuras com uma parte é irrelevante (ou de menor relevância)¹⁵⁹.

Diante da impossibilidade de se apoiar apenas na sanção reputacional como explicação para a incompletude dos contratos, CLERICO procura esta explicação nos estudos da economia comportamental para a percepção e atuação dos agentes conforme um critério de justiça (no original, “*fairness*”).¹⁶⁰

Segundo o autor, os autores da corrente do Direito e Economia deixaram, em grande parte, de lado à análise da ‘justiça’ nas relações negociais orientados que estavam pelo standard da escolha racional, que determina uma conduta orientada única e exclusivamente ao próprio interesse.¹⁶¹

Esta escolha racional teria sido submetida a críticas de duas correntes, a primeira constituída pela análise experimental, que, apesar de ter comprovado que sujeitos colocados em situação de escolha tendem a cometer erros cognitivos, não conseguiu formalizar uma teoria alternativa.¹⁶² A segunda corrente crítica aceita a noção de escolha racional, mas não admite que a escolha dos agentes seja conduzida apenas por ela.¹⁶³ Esta corrente se apoia em diversas pesquisas da econômica experimental que comprovaram que as escolhas individuais também são motivadas por “objetivos de reciprocidade e de *fairness*”¹⁶⁴. Assim, por exemplo, o experimento conhecido como o “jogo do ultimato” (“*Ultimatum game*”). Nesta experiência, em linhas gerais e sempre segundo o autor italiano, é disponibilizada pelos pesquisadores um dado valor em dinheiro a dois indivíduos. Um destes indivíduos é incumbido de propor, a seu critério, ao outro uma forma de divisão desta soma. Se o outro indivíduo aceita a proposta, o dinheiro é dividido conforme ela e ambos recebem a sua parte. Se ele a rejeita, todavia, nenhum dos dois recebe

¹⁵⁸ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 265.

¹⁵⁹ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 265.

¹⁶⁰ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 266.

¹⁶¹ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 266.

¹⁶² CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 266 e 267.

¹⁶³ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 267.

¹⁶⁴ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 267.

qualquer valor¹⁶⁵. Segundo o autor, propostas em que o proponente receberia 80% ou mais do valor total foram rejeitadas em 50% dos casos, o que mostra que não é apenas a maximização de sua vantagem individual que interfere na escolha do agente, mas também critérios de justiça (afinal, se fosse, todas as propostas seriam aceitas, pois qualquer forma de divisão deixa aquele que recebe a proposta melhor do que a sua rejeição).¹⁶⁶ Além disso, o fato de que as propostas foram mais equânimes neste “jogo” do que no “jogo do ditador” (“*Dictator game*”) (no qual um indivíduo propõe a divisão e o outro apenas aceita ou rejeita a proposta¹⁶⁷), mostraria que as decisões foram tomadas considerando também “o temor da represália contra comportamentos individuais não inspirados em critérios de *fairness* amplamente compartilhados”¹⁶⁸. Ainda que os resultados não sejam unívocos, eles ao menos demonstram que nem sempre os indivíduos agirão de maneira egoísta e em desconsideração dos interesses alheios (evidentemente, é possível entender que a cooperação é adotada também como uma forma de garantir a maximização do resultado individual)¹⁶⁹.

Assim, “na presença de *fairness* recíproca mesmo um contrato altamente incompleto pode ser respeitado pelos contratantes”¹⁷⁰. CLERICO destaca três razões para se preferir um contrato “*self-enforcing*” a um contrato completo. Para o autor, a execução destes contratos tem menor custo do que a execução estatal, a justiça recíproca traz benefícios mútuos na repartição do excedente contratual, ao evitar discussões em torno de questões pouco verificáveis, e estes contratos resolvem o problema dos contratos em que uma das partes é responsável por uma prestação complexa, em que apenas algumas partes são objetivamente verificáveis pela outra (contratos “*multitask*”). Para tais contratos, não é interessante estabelecer rigidamente a remuneração de acordo com estas partes que são verificáveis, pois pode haver um incentivo a deixar de lado as outras atividades, gerando um prejuízo à qualidade global da prestação¹⁷¹.

¹⁶⁵ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 267, nota 11.

¹⁶⁶ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 267.

¹⁶⁷ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 268, nota 14.

¹⁶⁸ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 268.

¹⁶⁹ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 268.

¹⁷⁰ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 272.

¹⁷¹ CLERICO, *op. cit.*, 2008, p. 273.

5. Conclusões do capítulo

Há boas razões para se crer que os contratos de duração seja lócus privilegiado para a discussão de comportamentos posteriores à celebração, tanto para fins de interpretação dos textos e contextos contratuais, quanto para a avaliação de eventuais modificações ou complementações tácitas e de hipóteses de tutela direta da confiança de um dos contratantes em detrimento de direitos e faculdades do outro.

Como visto, os *contratos* de duração aliam duas características que dão azo ao recurso ao comportamento das partes. Se de um lado devem se prostrar no tempo, sob pena de não serem capazes, de outra forma, de atender os interesses dos contratantes, o que garante um prazo necessário para que comportamentos surjam e se consolidem, por vezes à margem dos textos, de outro lado estes contratos são tendencialmente incompletos, o que dá espaço para construções feitas a partir – ou em grande medida – destes comportamentos consolidados no tempo.

Desta forma, será importante analisar em um dado caso como as partes se comportaram após a celebração do contrato, pois este comportamento pode consubstanciar um relevante indício do que as partes pretenderam ou não incluir em seu contrato, ou do que era razoável compreender que elas nele incluíram segundo uma perspectiva de boa-fé – ou seja, este comportamento pode ser um excelente material interpretativo à disposição do jurista. Mas além disso, este comportamento pode servir para complementar ou alterar soluções previamente estabelecidas pelas partes que, por qualquer razão, deixam de corresponder ao efetivo estágio de seu relacionamento. Nestas hipóteses, poder-se-á falar por vezes de declaração tácita, por vezes de tutela da confiança, como se passa a ver a partir do próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 – A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE DURAÇÃO E O COMPORTAMENTO DAS PARTES

1. A interpretação

Este trabalho não é dedicado exclusivamente à interpretação dos contratos, ainda que este tema lhe seja naturalmente central. Por esta razão, seria uma tarefa assaz ambiciosa nesta sede analisar profundamente a rica construção feita por juristas e filósofos a respeito do assunto, sobretudo nos séculos XIX e XX.

Por outro lado, isso não implica dizer que não se faça necessária qualquer descrição (ainda que breve) de alguns conceitos gerais aplicáveis também ao estudo do comportamento das partes como meio interpretativo ou cânone hermenêutico (itens 2 e 3, e respectivos subitens). Por esta razão, o item 1 deste capítulo serve a tal propósito.

1.1. Breve introdução à interpretação

De maneira ampla, a interpretação é um processo cognitivo por meio do qual se obtém a compreensão de uma manifestação humana¹⁷². Por exemplo, obras de arte ou discursos políticos são interpretados pelos seus destinatários, que buscam reconstruir o sentido que o seu autor procurou lhes atribuir¹⁷³. Justamente por isso se diz que “tudo o que chega até nós vindo do espírito alheio apela e invoca nossa sensibilidade e nossa inteligência para ser compreendido”¹⁷⁴. De maneira um pouco mais restrita, mas ainda abrangente sob o enfoque do direito, “interpretar é,

¹⁷² BETTI, Emilio. **As categorias civilistas da interpretação**. In: _____. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XXXIII: “Onde quer que nos encontremos na presença de manifestações objetivas, por meio das quais outro espírito fala ao nosso, apelando para a nossa compreensão, entra em movimento a nossa atividade interpretativa para entender qual sentido têm essas manifestações e o que querem nos dizer”. Mais à frente, o autor afirma: “Em geral, o processo interpretativo responde ao problema epistemológico do entendimento. Utilizando aqui a conhecida distinção entre ação e evento, podemos provisoriamente caracterizar a interpretação como a ação, cujo êxito ou evento útil é o entendimento” (p. XXXIX).

¹⁷³ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXIII.

¹⁷⁴ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXIII.

fundamentalmente, atribuir sentido a um texto normativo, definindo o seu alcance”¹⁷⁵.

O intérprete, todavia, por ser sempre um sujeito historicamente localizado¹⁷⁶, não pode simplesmente acreditar que o seu processo cognitivo é infalível e permite, efetivamente, uma completa e exaustiva cognição da coisa. Impõe-se que se proteja a interpretação da “arbitrariedade das intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’ (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas)”.¹⁷⁷ Este objetivo pode ser alcançado ao se adotar uma “estrutura circular para a compreensão”, que implica o constante “reprojetar” de sentidos a respeito de um texto, de modo a afastar de sua compreensão conceitos prévios equivocados de que tenha partido o intérprete¹⁷⁸.

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido só se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Essa descrição é, naturalmente, uma abreviação rudimentar. O fato de toda revisão do projeto prévio estar na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; que projetos rivais possam se colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade do sentido; que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; justamente todo esse constante reprojetar que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar é o processo descrito por Heidegger. Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 445.

¹⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 355. BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXIX.

¹⁷⁷ GADAMER, *op. cit.*, 2007, p. 355.

¹⁷⁸ GADAMER, *op. cit.*, 2007, p. 356.

confirmadas “nas coisas”, tal é a tarefa constante da compreensão. (...). A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.¹⁷⁹

Esta advertência prévia a respeito do caráter circular da interpretação deve ser mantida em mente para que se possa compreender adequadamente o ponto de vista do estudo ora empreendido e, sobretudo, o que será dito sobre o procedimento da interpretação dos contratos no direito brasileiro. Para além de um procedimento organizado de maneira cronológica (e, portanto, de maneira linear), trata-se de fato da utilização de valores e perspectivas distintas conforme o material interpretativo disponível ao intérprete, não representando o início de uma nova fase qualquer a ‘preclusão’ cabal da fase anterior, sempre aberta a novas (e mais legítimas, com base no material interpretativo) projeções do intérprete¹⁸⁰.

1.2. Objeto da interpretação

Para que a interpretação possa ter lugar, o “espírito” humano deve se exteriorizar, pois é impossível interpretar aquilo que não chega aos sentidos do intérprete¹⁸¹. Por isso, BETTI fala em uma “forma representativa”¹⁸², que atinge e aguçá, de maneira voluntária ou não, os sentidos de um destinatário: para este

¹⁷⁹ GADAMER, *op. cit.*, 2007, p. 356.

¹⁸⁰ Sobre o ir e vir da interpretação e da aplicação do direito, veja o capítulo “A conformação e apreciação jurídica da situação de facto”, de KARL LARENZ, **Metodologia da ciência do direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 391 a 438. VINCENZO ROPPO também se pronuncia a respeito da não-linearidade do processo de elucidação do regulamento contratual. Assim: ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. In: INDICA, Giovanni. ZATTI, Paolo (Org.). **Tratato di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 462 e 463.

¹⁸¹ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXIV.

¹⁸² BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXIV. A expressão “forma representativa” foi cunhada por BETTI aproveitando-se de uma noção ampla do termo “forma”, elaborada por ADELCHI BARATONO, “de relação unitária de elementos sensíveis, idônea para conservar a marca de quem a criou”, acrescida de uma “qualificação ou função ‘representativa’”, que “deve ser entendida no sentido de que, por meio da forma, deve manifestar-se a nós, apelando para a nossa compreensão, outro espírito diferente do nosso e, no entanto, intimamente semelhante ao nosso”

autor, interpreta-se a forma representativa e não o conteúdo do espírito – o conhecimento deste é o resultado da interpretação e não o seu objeto¹⁸³.

Sob a perspectiva deste trabalho, ressaltam-se dois desdobramentos destas afirmações: (i) o contrato, qualquer que seja a forma que apresente (expressa ou tácita, escrita ou verbal, solene etc.), é uma “forma representativa” do espírito das partes, e, por esta razão, deve ser interpretado para que se possa afirmar quais as regras as partes aceitaram para o seu relacionamento – por isso se rejeita a máxima “*interpretatio cessat in claris*”, pelo “círculo vicioso” que implica, uma vez que para se afirmar a clareza de uma disposição qualquer é necessário, antes de tudo, interpretá-la^{184,185}, reafirmando-se a importância primordial da interpretação para a solução de inúmeros casos práticos, pois apenas através dela será possível determinar parte relevante do regulamento contratual (aquela pertinente ao conteúdo voluntário do contrato), e, assim, também dos direitos e deveres das partes –; e (ii) não apenas manifestações voluntárias das partes serão relevantes ao intérprete, mas tudo aquilo que seja exteriorizado pelas partes, sobretudo, nesta sede, seus comportamentos posteriores à formação do contrato¹⁸⁶.

¹⁸³ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXVIII: “Contra um equívoco bastante difundido, especialmente entre nós juristas, nunca se insistirá o suficiente no fato de que, nos comportamentos práticos, não menos do que nas declarações, o objeto da interpretação não é a ‘vontade’, como tal, mas sempre e apenas a forma, na qual a vontade se expôs e se realizou: aquilo que se fez ou aquilo que se disse”.

¹⁸⁴ REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3. No mesmo sentido: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contractos**. Parte general. 2ª Ed. amp. y act., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 473 e 474. ALPA, Guido. **Corso di diritto contrattuale**. Padova: CEDAM, 2006, p. 89. CANARIS, Claus-Wilhelm. GRIGOLEIT, Hans Christoph. **Interpretation of Contracts**. Acesso em <http://ssrn.com/abstract=1537169>, embora afirmem que “a questão da interpretação surge quando existe uma ambiguidade no conteúdo de um contrato”, terminam por reconhecer que “virtualmente todo entendimento de um contrato pressupõe e é – ainda que frequentemente não dito – baseado na interpretação” (*op. cit.*, p. 1). Continuam os autores afirmando que: “*In fact, the mere statement that a contract does not require or allow interpretation constitutes in itself an act of interpretation and the result of such interpretation*”. Em tradução livre: “De fato, a mera afirmação de que um contrato não requer ou permite interpretação constitui, em si mesma, um ato de interpretação e o resultado de tal interpretação”.

¹⁸⁵ Interessante questão gira em torno dos casos em que as partes de um processo (judicial ou arbitral) concordam com o significado e as consequências a serem atribuídas a determinada previsão contratual. A nosso ver, neste caso, pelas regras do jogo processual – que se rege essencialmente pela matriz dispositiva – o juiz ou árbitro não deveria se imiscuir no significado aderido, impondo às partes outro (por exemplo, um que seja mais concorde a uma avaliação objetiva dos termos utilizados). A reforçar este argumento, lembra-se que a primeira regra da interpretação jurídica de declarações negociais é atender justamente “*mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*” (artigo 112 do Código Civil). Se as partes declaram e concordam com o significado, o juiz não mais precisa (ou pode) interpretar o contrato para compreendê-lo – será necessário interpretar este acordo das partes a respeito do significado aderido. Esta operação, no entanto, apenas indiretamente trata do significado contratual.

¹⁸⁶ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XLI.

1.3. Caráter dialético da interpretação

O objeto interpretado não é um simples invólucro que serve como veículo de uma mensagem a ser competentemente ‘retirada’ pelo intérprete, em procedimento comparável àquele de quem neutralmente abre uma embalagem¹⁸⁷. O que realmente ocorre é que o intérprete a percebe por seus sentidos, como manifestação de um espírito ao qual ele não tem acesso direto, e essa percepção move o seu próprio espírito, as suas concepções a respeito do conteúdo que o objeto transmite.

Por essa razão, a interpretação, ainda que orientada pela objetividade, será sempre uma atividade marcada pelo sujeito intérprete, que “reconhece e ressuscita” as formas representativas pretéritas, “animando-as com sua própria vida”¹⁸⁸. Dessarte, se reafirma a importância do intérprete e de sua subjetividade para a interpretação para se obter um resultado o mais consentâneo possível com a realidade da coisa reconhecida¹⁸⁹. Deste modo e diante do inegável componente subjetivo nela envolvido, o estudo da interpretação serve para estabelecer as balizas da conduta do intérprete, evitando que seu trabalho descambe para o voluntarismo¹⁹⁰.

¹⁸⁷ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXV. BETTI ensina, com base em uma alegoria atribuída a HUMBOLDT, que “as portas da mente só se abrem de dentro para fora, por espontaneidade interior, e aquilo que se recebe é apenas o incitamento a vibrar em harmonia com o estímulo, em função de seu valor semântico” – ou seja, não há neutralidade na interpretação, o intérprete não retira o conteúdo retido dentro da forma representativa, mas o reconstrói com sua própria psique e experiência.

¹⁸⁸ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXIX.

¹⁸⁹ Na lição de GADAMER, é necessário tornar claros os preconceitos e antecipações do intérprete, para se obter uma “compreensão guiada por uma consciência metodológica”, que garantirá uma visão correta das coisas. Ao ver do autor, os preconceitos não-expostos nos tornariam “surdos” à “coisa”. Por essa razão, é necessário que o intérprete se mantenha sempre aberto à opinião do texto, que se pautar sempre pela coisa concretamente analisada, respeitando e se mostrando receptivo “à alteridade do texto” (*op. cit.*, 2007, p. 357 a 359).

¹⁹⁰ O voluntarismo judicial tem uma de suas manifestações na supressão de conteúdos mínimos dos contratos em nome de uma alegada justiça do caso concreto. Ele vem, sobretudo, calcado numa suposta ‘superação’ das posturas exegéticas que, alegadamente, vigorariam antes dele. O discurso de ‘superação’, no entanto, acaba servindo apenas de anteparo legitimador para que a vontade do juiz possa decidir, arbitrariamente, as obrigações e direitos das partes em uma relação contratual. Neste sentido, LÊNIO STRECK ensina que “nas diversas tentativas de superar o positivismo primitivo (nas suas variadas tradições ‘nacionais’), construíram-se teses voluntaristas-axiologistas, passando da ‘razão’ para a ‘vontade’” (p. 130). Neste cenário, teriam surgido “o movimento do direito livre, na França, o realismo norte-americano e escandinavo, no direito do common law, e a

Diante da existência de “dois termos” na interpretação – um sujeito, que procura conhecer aquilo que é exteriorização de outro espírito, e um objeto, ao qual o intérprete deve necessariamente respeitar, sob pena de criar e não de interpretar. Por esta razão, diz-se que a interpretação é a “inversão” do processo criativo, de modo que são necessárias regras que evitem a sujeição de um objeto ao sujeito e, assim, uma criação arbitrária de sentido por este último¹⁹¹.

Há, portanto, uma dialética entre sujeito e forma representativa, uma vez que a forma provoca a subjetividade do intérprete, impulsionando-a a se mover em busca do sentido, que, afinal, acaba sendo reconstruído pelo sujeito com base nas suas concepções, experiências e intelecto. O sujeito que simplesmente crê dominar o objeto, analisando-o de maneira absolutamente neutra é impossível e perigoso, com grande propensão a descambar para a arbitrariedade.¹⁹²

1.4. Cânones hermenêuticos

Para lidar com a dialética entre sujeito e forma representativa e garantir o “justo resultado epistemológico”¹⁹³, BETTI localiza na “doutrina civilista” quatro cânones hermenêuticos, ou “categorias civilistas fundamentais”, dois atinentes ao objeto que se interpreta, e dois atinentes ao sujeito que interpreta¹⁹⁴.

Esses quatro cânones são os da: a) imanência do critério hermenêutico ou da autonomia hermenêutica; b) totalidade e coerência da consideração

Jurisprudência dos Interesses, na Alemanha” (p. 131). Estes movimentos, ainda que tenham tido seu advento nos últimos anos do século XIX e nos primeiros do século XX, continuam a influenciar “difusamente, ainda hoje no âmbito do pensamento jurídico brasileiro” (p. 132). A esta influência STRECK liga pensamentos que “afirmam, equivocadamente, que o juiz não pode mais ficar inerte e simplesmente ‘reproduzir’ (sic) o discurso legislativo, e que ele deve valorar as circunstâncias do caso de modo a encontrar a ‘melhor solução’ com base na ponderação dos princípios colidentes” (p. 132). Na mesma toada, viria o neoconstitucionalismo, que, no Brasil, teria aberto a porta para o pamprincipiologismo, e, assim, levado à “corrupção” do texto constitucional (p. 133). Todas as citações de LÊNIO STRECK foram retiradas da obra: **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª Ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁹¹ BETTI, *As categorias civilistas...*, op. cit., 2007, p. XL.

¹⁹² BETTI, *As categorias civilistas...*, op. cit., 2007, p. XL e XLI.

¹⁹³ Expressão do próprio BETTI em **Teoria Generale della Interpretazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1955, Tomo I, p. 304. No original: “*il retto esito epistemologico*”.

¹⁹⁴ BETTI, *As categorias civilistas...*, op. cit., 2007, p. XLIII e seguintes. Do mesmo autor, **Teoria Generale della Interpretazione**, op. cit., p. 304 e ss.

hermenêutica; c) atualidade do entendimento; e d) adequação do entendimento ou da correspondência ou consonância hermenêutica¹⁹⁵.

O primeiro cânone hermenêutico descrito por BETTI prega a superioridade do espírito que se manifesta ao documento em que se reveste tal manifestação humana. Segundo o autor, constituindo o objeto da interpretação uma “objetivação do espírito”, é mister que este objeto seja compreendido de acordo com este espírito, “e não segundo um espírito e um pensamento diferentes, tampouco segundo o significado que pode ser atribuído à forma nua quando se fizer abstração da função representativa a que ela serve em relação àquele espírito e àquele pensamento”¹⁹⁶.

Este cânone resguarda a própria forma representativa em sua autonomia funcional e estrutural com relação ao sujeito intérprete. Ou seja, proíbe-se que este inculque ao objeto seu “sentido”, de “modo indevido e sub-reptício”¹⁹⁷.

Por sua vez, o segundo cânone hermenêutico referido ao objeto da interpretação é o da totalidade e coerência, que exige que o intérprete tenha presente o “todo do discurso”, como forma de proteger a forma representativa da fragmentação e da manipulação.¹⁹⁸

[A]ssim como o significado, a intensidade e a nuance de uma palavra só podem ser entendidas no contexto em que tal palavra foi dita ou se encontra, o significado e o valor de uma proposição e daquelas que se associam a ela só podem ser compreendidos pelo nexos recíproco e pelo conjunto orgânico do discurso a que pertencem¹⁹⁹.

Discorrendo sobre esse cânone, sob a perspectiva da teoria dos contratos, JUDITH MARTINS-COSTA explica que “do ponto de vista da atividade

¹⁹⁵ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XLIV a LVI. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 305 a 317.

¹⁹⁶ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XLIII e XLIV. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 305.

¹⁹⁷ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, 2007, p. XLIV. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 305.

¹⁹⁸ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, p. XLIII a XLV, e, do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 308 e 309.

¹⁹⁹ BETTI, *As categorias civilistas...*, *op. cit.*, p. XLVII, e, do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 309.

hermenêutica, um contrato é um todo, uma totalidade de sentido”²⁰⁰. “A interpretação contratual não compactua com uma perspectiva atomizada”²⁰¹ e deve considerar “todas as circunstâncias do caso”²⁰², o que implica o recurso “aos contextos verbal e situacional do negócio, pois o significado linguístico é influenciado pelo significado lexical, a ser deduzido do contexto em que a expressão linguística interpretada está situada”²⁰³. Estes dois primeiros cânones devem guiar a compreensão do artigo 112 do Código Civil Brasileiro,²⁰⁴ como guiam a do artigo 1.362 do Código Civil Italiano²⁰⁵, como se verá em maior detalhe abaixo.

Além dos cânones hermenêuticos acima, referidos ao objeto da interpretação, há dois cânones aplicáveis ao sujeito intérprete.²⁰⁶

O primeiro é o da “atualidade do entendimento” e afirma a necessidade de o intérprete reavivar em sua própria individualidade o processo criativo originário do objeto interpretado, que necessariamente provém do passado. O objeto é assim “experiência de vida” de outrem, “fato de experiência própria, por meio de uma espécie de transposição, no círculo da própria vida espiritual, em virtude da mesma síntese com a qual o reconhece e o reconstrói”²⁰⁷.

O cânone da atualidade do entendimento se baseia na constatação de que o sentido “é algo que o intérprete tem de reconstruir e reproduzir em si mesmo com a sua sensibilidade e inteligência”²⁰⁸. BETTI lembra que à primeira vista estas

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 454.

²⁰¹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 454 e 455.

²⁰² MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 458. A noção foi retirada pela autora de KARL LARENZ e desenvolvida no texto em questão.

²⁰³ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 458.

²⁰⁴ São desta opinião MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62, para quem: “De acordo com os cânones da autonomia e da totalidade, o significado do negócio jurídico deve ser extraído não somente do sentido literal (*vox dicentis*) da linguagem contida na declaração negocial (forma representativa), mas sim da *mens dicentis*, da intenção consubstanciada na declaração (artigo 112 do Código Civil), tendo em vista o contexto verbal e, sobretudo, o contexto situacional”, e MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p 459, para quem o “vigente art. 112” teria introduzido “a expressão atinentemente à intenção revelada na declaração: a expressão ‘nelas consubstanciada’ bem demonstra que os elementos a considerar defluem da declaração como um todo, contextualmente situada, fazendo segui esse texto normativo com o do art. 113”.

²⁰⁵ Parece ser a opinião do próprio BETTI em **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 498 a 500.

²⁰⁶ BETTI, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 314.

²⁰⁷ BETTI, *As categorias civilistas*, *op. cit.*, p. LII. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 314.

²⁰⁸ BETTI, *As categorias civilistas*, *op. cit.*, p. LIII. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 314.

exigências podem parecer como “conaturais” à própria interpretação e, pois, uma “necessidade inelutável” e não um “cânone a ser observado”²⁰⁹. Todavia, o autor apoia-se nesse cânone para afastar o preconceito da “nua objetividade”²¹⁰, que suporia possível a interpretação sem a colaboração do intérprete e de suas categorias mentais²¹¹.

O cânone assenta, portanto, em que todo processo interpretativo começa com um “interesse atual da nossa vida presente” de compreender a forma representativa colocada em questão. Por esta razão, fala-se em “espontaneidade” do intérprete²¹².

O quarto e último cânone sistematizado por BETTI trata da “abertura mental” do intérprete à forma representativa, para que possa “colocar-se na perspectiva correta”. Assim, o intérprete deveria adotar um “comportamento ao mesmo tempo ético e teórico”, com um aspecto negativo e um aspecto positivo²¹³:

[S]ob o aspecto negativo pode ser caracterizado como abnegação de si e distinguir-se por prescindir decisivamente dos próprios preconceitos e hábitos mentais que servem de obstáculo, enquanto sob o aspecto positivo deve ser caracterizado como a extensão e a capacidade de horizonte, que gera uma disposição congenial e fraterna para com aquilo que é objeto de interpretação²¹⁴.

²⁰⁹ BETTI, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 314. O autor chega a afirmar que “tanto è ovvio che l’interpretazione muova e sia sostenuta dall’attualità spirituale dell’interprete, che è come l’atmosfera che egli respira”. Em tradução livre: “tanto é óbvio que a interpretação se mova e seja sustentada pela atualidade espiritual do intérprete, que é como a atmosfera que ela respira”.

²¹⁰ BETTI, *As categorias civilistas*, *op. cit.*, p. LIII. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 315.

²¹¹ BETTI, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 315. Lembre-se que, para BETTI, como visto acima, a subjetividade do intérprete é “a indispensável condição de possibilidade” da interpretação.

²¹² BETTI, *As categorias civilistas*, *op. cit.*, p. LIV. Com relação a esta espontaneidade, no âmbito dos contratos, JUDITH MARTINS-COSTA lembra que “todo e qualquer texto normativo se torna problemático no momento de sua aplicação, mas essa constatação, pertinente à interpretação jurídica em geral, mais agudamente se faz sentir quando se trata de compreender, qualificar e aplicar as regras de um contrato. O problema polariza a hermenêutica contratual porque o contrato foi feito precisamente para ser executado” (MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 447).

²¹³ BETTI, *As categorias civilistas*, *op. cit.*, p. LV. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 318.

²¹⁴ BETTI, *As categorias civilistas*, *op. cit.*, p. LV. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, *op. cit.*, p. 318.

Destarte, o “intérprete deve se esforçar para colocar a atualidade em que está vivendo em íntima adesão e harmonia com o incitamento que (...) lhe provém do objeto, de modo que uma e outro vibrem em perfeito uníssono”.²¹⁵

Estes quatro cânones iluminam a interpretação em geral e, mesmo quando não declarados, são as bases sobre as quais se constrói a argumentação empreendida no texto abaixo.

1.5. Ponto de relevância hermenêutica

Fala-se em “ponto de relevância hermenêutica” como a perspectiva determinante para a interpretação²¹⁶. O ponto de relevância hermenêutica é um tema importante à interpretação dos contratos, e que repercute diretamente na análise dos casos que são discutidos abaixo, motivo que justifica que dele se fale mais detidamente.

No âmbito das declarações negociais receptícias, defendeu-se que o ponto de relevância hermenêutica resida, como em outros negócios jurídicos bilaterais e receptícios, no destinatário²¹⁷. Desta forma, o sentido apareceria, num primeiro momento,

tal como o declaratório o compreende ou, em síntese referida a contratos, na compreensão comum concreta de ambas as partes, apurada a partir dos elementos atendíveis. (...). Neste modelo, o declarante aparece num segundo plano. A mediação do declaratório surge como proeminente, não só por assentar na sua compreensão o critério da interpretação,

²¹⁵ BETTI, *As categorias civilistas*, op. cit., p. LVI. Do mesmo autor, *Teoria Generale della Interpretazione*, op. cit., p. 319 e 320.

²¹⁶ BETTI, **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 350 e seguintes. O tema foi desenvolvido em BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. op. cit., 2008, p. 470 e seguintes: “E quando se fala da recognoscibilidade objetiva como fato social (§3º), deve entender-se que as atitudes em questão podem ser reconhecíveis, não por qualquer pessoa, onde e quando forem tomadas, mas onde e quando tiverem relevância jurídica em relação à contraparte interessada – quando há uma contraparte -, ou no círculo social do disponente (quando não há contraparte) e em conformidade com a estrutura típica do negócio em questão. Há, portanto, um ponto relevante para o tratamento interpretativo – ponto de relevância hermenêutica -, que o jurista intérprete deve procurar numa sede, que é diferente conforme a estrutura exigida para a eficácia jurídica do negócio”.

²¹⁷ BETTI, *Interpretação ...*, op. cit., 2007, p. 350 e 351.

mas também porque é em função da compreensão esperada que o declarante escolhe o modo de expressão²¹⁸.

Se não for possível comprovar que o declaratório conheceu a intenção do declarante e, assim, interpretar esta declaração de acordo com a perspectiva do declaratório, faz-se necessário o recurso a um “declaratório normal”,

configurado em função das características do declaratório real, designadamente, competência linguística, nível e tipo de cultura, profissão, natureza e localização da atividade, conhecimentos gerais, técnicos e do mercado relacionados com negócio jurídico, objetivos empresariais ou de consumo. O sentido relevante é aquele que se considere corresponder à compreensão do comportamento do declarante, segundo um padrão normal de diligência, atenção e racionalidade²¹⁹.

No entanto, nem sempre o contrato formar-se-á pela pura e simples aceitação de uma proposta formalizada por uma das partes (‘proponente’, no rígido esquema desenhado pelos artigos 427 a 435 do Código Civil)²²⁰. Nestes casos, não se pode simplesmente desconsiderar a “pluralidade de declarações e a cumulação na mesma pessoa das qualidades de declarante e de declaratório”²²¹.

Por isso, a doutrina sistematiza o tema do ponto de relevância hermenêutica a partir do modo de formação do contrato: (i) contratos formados por aceitação de proposta (aqui incluídos também os formados por aceitação de proposta ao público); (ii) contratos cuja formação integra convite a contratar ou contraproposta;

²¹⁸ ALMEIDA, **Contratos IV**. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2014, p. 259. Segundo o autor, esta seria a posição assumida pelo nº 2 do artigo 236º do Código Civil Português, que estabelece que “sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração negocial”.

²¹⁹ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 262.

²²⁰ Para ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 268, mesmo este esquema, “nem sempre a aceitação consiste simplesmente na concordância com a proposta, porque esta deixa, por vezes, em aberto alternativas de escolha pelo destinatário (...); de qualquer modo, a aceitação tem sempre que ser interpretada, no mínimo para saber se um determinado comportamento vale como aceitação” (p. 268). Desta forma, para o autor português “a interpretação do contrato compõe-se de dois momentos e duas operações: primeiro, interpretar cada uma das declarações pelas quais o contrato se terá formado, seja qual for o modo de formação; segundo, verificar se há consenso, operação que não se confunde com a anterior, porque exige um trabalho comparativo de averiguação sobre a existência de um sentido comum ou de sentidos compatíveis de ambas as declarações”.

²²¹ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 267.

(iii) contratos formados por declarações contratuais conjuntas (um só documento subscrito pelas partes), e (iv) contratos formados por diálogo oral.

Para os primeiros, vale a perspectiva do aceitante a respeito da intenção do proponente. Caso o aceitante opte por alguma alternativa aberta pelo proponente, a perspectiva do proponente também será importante para este aspecto²²². A mesma orientação valerá para os contratos formados por aceitação de proposta ao público, tomando-se como relevante a perspectiva de um declaratório normal do público a ser considerado.²²³

Para a segunda hipótese, será “decisivo” “saber quem introduziu no diálogo contratual a referência a este ou àquele componente do acordo”. Este será tomado como o declarante, de modo que a compreensão relevante deverá ser, em regra, daquele que não introduziu o termo disputado (o declaratório para estes fins).²²⁴

Nos contratos formados por declarações conjuntas (em um só documento), deverá ser realizada uma “dupla” verificação do sentido relevante. As declarações contidas serão analisadas por ambas as perspectivas, de modo que,

se o contrato for de compra e venda, a declaração do vendedor será interpretada em conformidade com a compreensão efetiva do comprador ou a compreensão presumida de um comprador padronizado com base no concreto comprador; a declaração do comprador será interpretada em conformidade com a compreensão efetiva do vendedor ou a compreensão presumida de um vendedor padronizado com base no concreto vendedor²²⁵.

Na hipótese (iv) acima, o intérprete deverá reconstruir o “texto que reproduz os termos do consenso”. Uma vez feito isto, pode-se utilizar o mesmo esquema das declarações conjuntas referido acima²²⁶.

²²² ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 269.

²²³ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 269.

²²⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 272.

²²⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 273.

²²⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 275. Um interessante caso em que foi necessário primeiro reconstruir o texto do contrato, que era integralmente verbal, para então avaliar suas potencialidades significativas encontra-se na apelação nº 0166861-21.2010.8.26.0100, relatora Desembargadora Carmen Lucia da Silva, 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgada em 25 de agosto de 2016.

Por fim, diga-se que o ponto de relevância hermenêutica é essencial para que se possa aferir a “comum intenção” consubstanciada em uma declaração (artigo 112), pois implicará, por vezes, o critério de seleção de um sentido entre os vários possíveis, segundo as regras que serão apuradas abaixo.

1.6. Caracteres especiais da interpretação jurídica dos contratos

A interpretação jurídica, evidentemente, insere-se no panorama mais amplo da teoria da hermenêutica²²⁷. Por isso, as observações feitas acima são a ela aplicáveis²²⁸.

Todavia, para este trabalho, importantes são também as peculiaridades que a interpretação jurídica possui com relação à teoria geral e que se ligam aos “requerimentos legais” (por exemplo, os artigos 112 e 113 do Código Civil) e “julgamentos de valores” impostos pela ordem jurídica²²⁹ (através, por exemplo, dos princípios e postulados constitucionais)²³⁰.

Ou seja, para se refletir sobre o valor de determinados comportamentos das partes para uma interpretação feita por juristas, é primordial a etapa de análise das regras construídas a partir de um texto legal ou por afirmação jurisprudencial²³¹. Esta etapa será empreendida no item 3.1 (e respectivos subitens) abaixo.

²²⁷ CANARIS, GRIGOLEIT, *op. cit.*, p. 1.

²²⁸ CANARIS, GRIGOLEIT, *op. cit.* p. 1.

²²⁹ CANARIS, GRIGOLEIT, *op. cit.* p. 1. Também MESSINEO, Francesco. **Contratto**. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1961, p. 166).

²³⁰ Extremamente relevante no âmbito da teoria hermenêutica e, de certa forma, ligada à própria razão de ser desta pesquisa, é a distinção funcional entre a interpretação jurídica e outras interpretações sustentada, por exemplo, por BETTI, que ensinava que: “A interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a formas representativas (“Categ.” 3 s.), que são fontes de avaliações jurídicas ou que de tais avaliações constituem o objeto. Fontes de avaliações jurídicas são normas jurídicas e preceitos a elas subordinados (...). Objeto de avaliação jurídica, podem ser declarações ou comportamentos, que se desenvolvem no círculo social disciplinado pelo direito, enquanto tiverem relevância jurídica segundo as normas e preceitos em vigor: (...). A interpretação jurídica, assim entendida, é apenas uma espécie, talvez a mais importante, do gênero denominado “interpretação em função normativa”. Ora, o problema que caracteriza esse tipo de interpretação é o de entender para agir ou, de todo modo, para decidir, (...)”. Desta forma, a interpretação jurídica seria “não apenas a representação, como atividade teórica destinada a provocar uma experiência contemplativa (intelectiva ou estética), mas também a ação, como atividade prática”. In: BETTI, *Interpretação...*, *op. cit.*, 2007, p. 5 e 6.

²³¹ No âmbito da interpretação, estas regras jurisprudenciais parecem ter mais importância para sistemas conhecidos como de “*Common Law*”. A respeito da interpretação no direito norte-

Por ora, vale notar também que dentro do campo da interpretação jurídica, a interpretação de negócios jurídicos de direito privado se distingue da interpretação da lei e de outros atos de autoridade em geral, como provimentos, justamente por se orientar pelo “intento prático” perseguido pelas partes, para o “interesse em sentido objetivo, que busca satisfação no preceito que a autonomia privada realizou”²³². Evidentemente, não se trata de interpretar a “vontade interna” das partes, “mas sim a declaração ou o comportamento, enquadrados na esfera de circunstâncias, que confere seu significado e seu valor”²³³.

Desta forma, a interpretação toma os negócios jurídicos como objetos concretos, reconhecíveis socialmente através da objetivação realizada pela manifestação (declaração ou comportamento) da vontade de seus autores. Este reconhecimento deve dar-se levando em conta o ambiente em que o negócio deve operar, ou seja, aqueles indivíduos para os quais o ato tem “relevância jurídica”.

Note-se que nem todas estas questões foram expressamente previstas nos genéricos artigos 112 e 113 do Código Civil, de modo que o recurso à doutrina especializada, inclusive a estrangeira, é essencial para um panorama mais completo da matéria.

1.7. Tempo relevante à interpretação dos contratos

A interpretação dos contratos sói ser um ato de “reconstituição histórica” do sentido que as partes lhe atribuíram à época de sua celebração²³⁴. Cumpre investigar a intenção comum consubstanciada na declaração. O tempo relevante para a interpretação é o tempo da emissão de cada declaração formativa do

americano, vide, por exemplo, BURTON, Steven J. **Elements of contract interpretation**. New York: Oxford University Press, 2009.

²³² BETTI, *Interpretação...*, *op. cit.*, 2007, p. 345 e 346.

²³³ BETTI, *Interpretação...*, *op. cit.*, 2007, p. 347. A lição de BETTI neste particular se assemelha muito à interpretação do artigo 112 do Código Civil, afirmando que “[n]a verdade, o que conta é menos o teor das palavras ou a materialidade do comportamento do que a situação objetiva em que elas são pronunciadas ou subscritas, e isso é mantido, ou seja, aquele contexto e conjunto de circunstâncias em que a declaração se enquadram como na sua esfera natural e assumem, segundo as visões da consciência social, seu típico significado e sua importância”.

²³⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 287.

acordo²³⁵ e não algum momento posterior. Em outras palavras, ainda que um contrato perdure muitos anos, a sua interpretação reconstitui o regulamento tal qual as partes o construíram, o que é referido por alguns como “cânone genético-histórico”²³⁶.

Esta precisão é essencial para a boa compreensão do objeto deste capítulo. Os comportamentos posteriores, portanto, são índices (importantes, como veremos) do que as partes quiseram dizer, ou do que era razoável compreender, à época da celebração do contrato, do que foi dito²³⁷.

Caso exista, por exemplo, uma mudança brusca de comportamento das partes que implique forçosamente novas regras contratuais, muitas vezes se estará diante de declarações tácitas modificativas do conteúdo contratual, como se verá no capítulo pertinente.²³⁸ Logo, não costuma existir uma ‘interpretação contratual evolutiva’, mesmo em caso de contratos de duração²³⁹.

2. O conteúdo do contrato como objetivo da interpretação contratual

A interpretação é responsável por determinar o sentido de certa manifestação do espírito humano. Neste trabalho, interessa pesquisar a determinação do conteúdo contratual através da interpretação, procedimento que garante o implemento das “liberdades contratuais”, pela determinação e proteção à vontade das partes “quando elas concluíram o contrato”²⁴⁰.

A interpretação e, também, a interpretação integrativa²⁴¹, responde pela determinação do conteúdo total (expresso e implícito) do negócio jurídico, enquanto

²³⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 287.

²³⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 288.

²³⁷ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 288.

²³⁸ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 288.

²³⁹ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 288. A interpretação evolutiva tem, todavia, importante papel na interpretação do direito objetivo, uma vez que, nesta sede, serve para atualizar o sentido da norma jurídica de acordo com o atual contexto social e econômico em que ela está inserida. Assim, evita-se a paralisia do direito em função da paralisia do legislador. Sobre o assunto, vide MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951, p. 67 a 69.

²⁴⁰ BURTON, *op. cit.*, 2009, p. 2 e 3.

²⁴¹ “A interpretação integrativa é tida por distinta da integração do contrato, (...) A primeira é uma subespécie da interpretação; a segunda é uma operação (como se há visto), mediante a qual resta determinada, com o auxílio dos meios indicados nos artigos 1374, 1340, 1339 e 1349 do Código

a integração suprirá eventuais lacunas de seus efeitos ou imporá certas regras tidas como cogentes e limitadoras da liberdade das partes (o que poderá, inclusive, derrogar efeitos expressamente queridos pelas partes). O conteúdo do contrato pode ser compreendido em um sentido formal e em um sentido substancial.²⁴²

No sentido formal, o conteúdo do contrato é o seu “texto”, ou seja, o “conjunto de declarações” das partes que o compõem.²⁴³ Assim, do conteúdo formal do contrato participam não apenas as “declarações dispositivas”, mas também as outras declarações de outra natureza, como elementos narrativos a partir dos quais as partes elucidam os seus motivos, os antecedentes do contrato, entre outras questões que, embora não digam respeito a declarações imediatamente preceptivas, podem auxiliar sua interpretação (ou melhor, a do seu conteúdo em sentido substancial)²⁴⁴.

Por sua vez, o sentido substancial do conteúdo do contrato relaciona-se com o “conjunto das disposições contratuais”, ou seja, “o conteúdo do contrato indica precisamente o que as partes estabeleceram”²⁴⁵. O conteúdo “se identifica no objeto do contrato” (desde que se considere este objeto de maneira ampla, como “a inteira operação desejada pelas partes”)²⁴⁶.

Exclui-se habitualmente do conteúdo substancial do contrato as imposições legais integradas à relação contratual.

Civil, a medida dos efeitos do contrato”. In: MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 170, nota 707. Os meios indicados nos artigos citados são, por exemplo, a lei e a equidade.

²⁴² BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile**. Il contratto. Vol. III, ristampa. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 311.

²⁴³ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 311.

²⁴⁴ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 312.

²⁴⁵ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 312.

²⁴⁶ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 316 e 317.

O conteúdo substancial do contrato é o campo da interpretação do contrato²⁴⁷, não de sua integração²⁴⁸, pois é o espaço de realização do “auto-regramento” das partes²⁴⁹.

O conteúdo substancial do contrato divide-se, por sua vez, em expresse e implícito²⁵⁰. Isto é, ao lado das regulamentações expresas pelas partes, existem outras que foram omitidas e estão implícitas naquelas expresas e no contexto do relacionamento das partes²⁵¹, por isso se diz que há uma ‘lacuna’ no conteúdo expresse do contrato, que deve ser resolvida por meio da “interpretação integrativa”²⁵².

Sob a perspectiva do conteúdo do contrato, o comportamento das partes adotado posteriormente à celebração do contrato pode ser utilizado pelo intérprete para efetuar a transição entre o conteúdo formal e o conteúdo substancial do contrato. Ou seja, o comportamento serve de suporte ao aplicador do direito, pois esclarece as intenções comuns das partes ou permite inferir o desdobramento lógico dos textos adotados pelas próprias partes, quando se percorre o caminho do texto à regulamentação (ainda que implícita) construída pelas partes.

²⁴⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 206.

²⁴⁸ Neste sentido a lição de MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 155: “*L’integrazione si esplica, non tanto sul contenuto del contratto, quanto sulla qualità e misura degli effetti di esso, essendo quella – a differenza dall’interpretazione – diretta, non a stabilire il senso della volontà contrattuale, bensì a far scaturire dal contratto effetti, che potrebbero non trarsi dalla mera interpretazione. L’integrazione del contratto è un portato della volontà dell’ordinamento giuridico*”. Em tradução livre: “A integração se explica não tanto pelo conteúdo do contrato, quanto pela sua qualidade e medida dos seus efeitos, sendo aquela – diferentemente da interpretação – direta, não estabelecendo o sentido da vontade contratual, mas para fazer acrescentar ao contrato efeitos que não poderiam ser obtidos pela mera interpretação. A integração do contrato é uma realização da vontade do ordenamento jurídico”. Esta posição, no entanto, não retirava do autor italiano consciência do papel social da integração, na proteção dos contratantes menos afeitos à técnica jurídica: “*essa, oltre tutto, viene a proteggere, in particolare modo, i contraenti più imprevedenti, o più profani della tecnica giuridica o del contratto (aspetto sociale dell’integrazione del contratto)*”. Em tradução livre: “essa, entretanto, vem a proteger de maneira particular os contratos mais imprevidentes, os mais leigos na técnica jurídica ou no contrato (aspecto social da integração do contrato)”. Mais recentemente, parte da doutrina procurou dar relevo à atividade integrativa, demonstrando que ela pode servir à intervenção do Estado no conteúdo do contrato, com fins à efetivação dos seus fins próprios, e, por esta razão, participar do próprio conteúdo contratual. Neste sentido: MELLO FRANCO. Vera Helena de. **Aspectos da Integração dos Contratos no Direito Comercial**. Biblioteca Pioneira de Direito Empresarial. São Paulo: Livraria Pioneira Editora. 1979, *passim*.

²⁴⁹ Neste sentido, BIANCA, 1987, p. 312. Também, MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 206 a 209.

²⁵⁰ MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 134 e ss.

²⁵¹ MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 135.

²⁵² MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 135 a 137.

3. O procedimento da interpretação contratual

A interpretação no âmbito do direito diferencia-se de outras ‘interpretações’, abarcadas pela hermenêutica de um modo geral, pelos valores que a orientam (próprios de um dado ordenamento jurídico) e pelas regras específicas (impostas por este ordenamento jurídico) que a determinam. Com relação aos valores, o primeiro objetivo da interpretação dos contratos parece ser “implementar as liberdades contratuais”, o que se obtém “determinando-se e implementando a intenção das partes quando elas concluíram o contrato”²⁵³. Isto é, a interpretação se relaciona à liberdade contratual, implicando respeito ao convencionado pelas partes, ainda quando o instrumento contratual não seja, à primeira vista, ‘claro’.

A liberdade contratual não é o único valor jurídico ligado à interpretação de contratos no direito brasileiro, o que fica evidente pela eleição da boa-fé e dos usos do lugar da celebração do contrato como vetores para sua interpretação no artigo 113 do Código Civil. A tutela à boa-fé objetiva é uma tutela à confiança e a segurança das relações entre privados – para alguns, expressão de um caráter social do direito em linha com vetores constitucionais do ordenamento jurídico.²⁵⁴

JUDITH MARTINS-COSTA se refere à confiança como ‘princípio’ da interpretação posto ao lado da autonomia contratual:

Toda interpretação contratual envolve, pois, um juízo de respeito e atenção ao manifestado pelas partes (então subjazendo os princípios da autonomia contratual e da confiança) e um juízo de qualificação ou categorização jurídica incidente tanto sobre a declaração negocial quanto sobre o exercício jurídico pelos contraentes²⁵⁵.

Desta forma, quer parecer que os dois principais valores tutelados pela interpretação dos contratos (e mais amplamente, dos negócios jurídicos) no direito

²⁵³ BURTON, *op. cit.*, 2009, p. 2 e 3.

²⁵⁴ Assim, SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 50 a 59 e 107 a 109.

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 449.

brasileiro são justamente a autonomia privada e a confiança – conclusão que se entende alinhada com as regras dos artigos 112 e 113.²⁵⁶

3.1. As regras jurídicas de interpretação no direito positivado brasileiro

Já se viu que BETTI sustenta a existência de ao menos quatro cânones hermenêuticos “descobertos pela jurisprudência civilista” que guiarão a interpretação jurídica e controlarão a dialética entre o sujeito-intérprete e a forma representativa interpretada.²⁵⁷ Estes cânones são relevantes para qualquer processo interpretativo e, por essa razão, estão presentes também na interpretação jurídica dos contratos no direito brasileiro. Parte da doutrina relaciona os dois primeiros cânones preponderantemente ao artigo 112 do Código Civil, enquanto os dois últimos são relacionados mais a um papel proeminente diante do artigo 113 do Código Civil²⁵⁸. Estas regras são essenciais ao processo interpretativo no direito brasileiro e sua compreensão deve ser aprofundada.

Uma relevante questão diz respeito à convivência entre as regras aparentemente díspares do artigo 112 (que substituiu, de maneira aperfeiçoada, o criticado artigo 85 do Código Civil de 1916²⁵⁹) e do artigo 113. Enquanto o artigo 112 manda que se interprete de acordo com a intenção comum das partes consubstanciada na declaração negocial, o artigo 113 manda que a interpretação seja feita em conformidade com a boa-fé objetiva e os usos do local da celebração do contrato.

Ao ver de parte da doutrina, as regras podem ser harmonizadas por meio de um procedimento bifásico de interpretação, ainda que estas ‘fases’ não devam ser

²⁵⁶ Em outras regras mais específicas, como o artigo 423 do Código Civil, realizam-se ainda a tutela de outros valores, como, neste caso, a tutela do aderente diante do conteúdo predisposto do contrato por adesão. Veja-se, ainda o artigo 1.799 do Código Civil, que pretende tutelar a vontade ‘real’ do testador, tomada pela sua perspectiva mais subjetiva, e o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, que dá azo ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor, tomado como hipossuficiente, art. 170, V, da Constituição Federal.

²⁵⁷ BETTI, *As categorias...*, *op. cit.*, p. XLIII. O autor também se referia a estes cânones como “categorias civilistas fundamentais” (ver “As categorias...”, *op. cit.*, p. XLV).

²⁵⁸ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 63.

²⁵⁹ Criticava-o, por exemplo, MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 169 e ss.

consideras de maneira estanque e cronológica (algo similar a uma aplicação 'primeiro uma, depois a outra').²⁶⁰

A divisão em duas fases do procedimento da interpretação encontrou desenvolvimento teórico relevante na Itália, escudada nas regras de interpretação estabelecidas pelo Código Civil de 1942 (artigos 1.362 e seguintes), tendo sido sustentado ao lado de uma interpretação subjetiva, voltada à busca pela “vontade real”, como “uma necessidade lógica”, “o estabelecimento de regras de interpretação (objetiva) que prevejam quando, pela indisponibilidade em concreto da vontade das partes, sob risco de não se conseguir um resultado útil”.²⁶¹ Assim, diz-se que, enquanto o artigo 1.362 do Código Civil Italiano introduz um critério subjetivo de interpretação do contrato (que deve atender mais à intenção consubstanciada na declaração, do que ao sentido literal das palavras), o art. 1.366 do mesmo Código, que ordena que “o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé”, introduz a interpretação dita objetiva do contrato²⁶². Diante deste panorama legislativo, OPPO ensinava ser comum a distinção das normas que regulam a interpretação dos negócios em normas direcionadas à reconstrução da vontade concreta das partes e normas que as socorrem quando esta vontade não seja detectável.²⁶³

O teor desses dois artigos do Código Civil italiano aparece, de certa forma, nos artigos 112 e 113 do Código Civil Brasileiro²⁶⁴.

²⁶⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 236 e ss. MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 159 e ss.

²⁶¹ OPPO, Giorgio. **Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico**. In: _____. **Obbligazioni e negozio giuridico**. Scritti giuridici III. Padova: CEDAM, 1992, p. 3.

²⁶² MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 170.

²⁶³ OPPO, *Profili...*, *op. cit.*, 1992, p. 2 e ss. Reconhece a importância da divisão, por exemplo, também ALPA, *op. cit.*, 2006, p. 89.

²⁶⁴ A nosso ver, o teor das normas também é semelhante aos §§133 e 157 do Código Civil Alemão. Todavia, esta semelhança foi recusada por BETTI (*Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit.*, p. 498 e 499), que enxergava no §133 do BGB uma consagração do dogma da vontade, que privilegiava o declarante, ignorando o declaratário. Efetivamente, a redação do §133 („*Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften*”). Em tradução livre: “Na interpretação de uma declaração de vontade deve-se ater à vontade real e não ao sentido literal da expressão”) refere-se apenas à prevalência da “real vontade („*der wirkliche Wille*”) sobre o “sentido literal da manifestação” („*buchstäblicher Sinne des Ausdrucks*”), sem fazer qualquer referência à “vontade comum das partes” (como consta do artigo 112 do Código Civil Brasileiro e do artigo 1.362 do Código Civil italiano: “*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole*”). Em tradução livre: “No interpretar um contrato se deve indagar qual era a intenção comum das partes e não se limitar ao sentido literal das palavras”). Entretanto, a doutrina alemã contemporânea reconhece que o §133 impõe uma análise da intenção comum das partes,

O artigo 112, que é responsável pela interpretação subjetiva do contrato (para alguns, “fase meramente recognitiva”²⁶⁵), estabelece que “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”. Por isso, a busca pela intenção (ainda que comum e declarada das partes) dá o tom subjetivo ao referido artigo, ainda que não se olvide que

na busca do significado declarativo (seja expresso na declaração, seja inferido de um comportamento concludente) a atenção do intérprete deverá estar voltada, primeiramente, à intenção tal qual exteriorizada (por palavras ou por comportamentos), buscando-se um sentido conotado à manifestação socialmente apreensível²⁶⁶.

Por sua vez, o artigo 113 complementa a regra do artigo anterior determinando que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”. Isto significa que “ao menos *prima facie* o sentido deverá corresponder ao que é usual ou corriqueiro no mercado, ou ao específico setor que situa, contextualmente, aquele concreto negócio jurídico interpretado”²⁶⁷.

A fase objetiva da interpretação correspondente ao artigo 113 encontra seu fundamento na insuficiência da fase subjetiva para iluminar, em alguns casos, com precisão o conteúdo contratual, porquanto muitas declarações contratuais são imperfeitas, em maior ou menor grau, impondo ao intérprete, por vezes, esclarecer contradições, aclarar obscuridades ou superar omissões. Para lidar com estas imperfeições da declaração, a fase objetiva da interpretação ilumina-se por outras

determinando, ademais, a aplicação do §157 do BGB (que ordena a interpretação dos contratos de acordo com a boa-fé, tomando em consideração os usos do tráfico) apenas após a constatação de que não é possível determinar a intenção comum das partes, de acordo com o §133 do BGB. Esta interpretação do §133 já era referida, por exemplo, entre nós por Eduardo Espínola (*apud* MOREIRA ALVES, José Carlos. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 103 e 104). Na doutrina alemã, vide KÖTZ, Hein. **Vertragsrecht**. 2ª Ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 31.

²⁶⁵ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 163.

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 451 e 452.

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 452.

regras (a boa-fé objetiva²⁶⁸ e os usos do lugar da celebração do contrato), que buscam desenvolver “ao máximo as potencialidades do conteúdo do negócio jurídico”, sem que seja necessário (ou antes que seja) o recurso à integração do negócio²⁶⁹.

A divisão do processo interpretativo em duas fases, ainda que não estanques, no entanto, não é unanimidade na doutrina brasileira, que também recorre a outros expedientes para harmonizar as regras do artigo 112 e 113.

GUSTAVO TEPEDINO, HELOÍSA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, por exemplo, no que parecem acompanhar FRANCISCO AMARAL,²⁷⁰ enxergam no artigo 112 a função de equilibrar a interpretação “objetiva” (segundo os autores, calcada na declaração) e uma interpretação “subjetiva” (orientada à busca da “real intenção” do agente).²⁷¹ Segundo os autores, o referido artigo abarcaria ambas as orientações e ainda que a sua utilização conjunta possa “parecer contraditória”, “unidas, permitem ao intérprete desenhar o negócio jurídico da forma mais completa possível, de modo que serão contemplados tanto o real conteúdo da vontade – apurado também tendo em vista os elementos econômicos e sociais que a informaram – quanto o seu sentido literal”²⁷². Nesta visão, o artigo 113, por sua vez, seria um “norte” a ser observado pelo intérprete durante a sua atividade, informando uma “tendência objetiva”²⁷³.

²⁶⁸ O recurso à boa-fé objetiva na complementação de uma interpretação de cariz subjetivo do negócio jurídico já era reconhecido por BEVILAQUA, ainda na ausência de disposição expressa no Código Civil de 1916: “*Nas declarações de vontade, attende-se mais á intenção do que ás palavras, porque as palavras são simplesmente os signaes que revelam a resolução tomada, e, se forem mal empregadas, por ignorancia ou descuido, não manifestam a vontade como esta existiu no momento de ser celebrado o acto. É licito, portanto, buscar a fórma da volição em sua realidade, por traz da imperfeição dos symbolos. Potentior est quam vox mens dicentis. Além disso, os actos jurídicos estão submetidos aos principios geraes do justo e do honesto, e devem ser interpretados como actos praticados de bôa fé.*” In: BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 6ª ed. atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 275.

²⁶⁹ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 175. Por isso que se sustenta também no artigo 113 uma forma de tutela da autonomia privada.

²⁷⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7ª Ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Volume I. Parte Geral e Obrigações (arts. 1º ao 420). 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 228 e 229.

²⁷² TEPEDINO, BARBOZA, e BODIN DE MORAES, *op. cit.*, 2007, p. 228.

²⁷³ TEPEDINO, BARBOZA, e BODIN DE MORAES, *op. cit.*, 2007, p. 230.

Como norma de interpretação dos negócios jurídicos, a boa-fé objetiva inaugura uma posição intermediária entre as tendências subjetiva e objetiva, presentes no artigo antecedente, equilibrando a interpretação geral nele estabelecida e remetendo o intérprete à análise do caso concreto, para nele estabelecer a presença ou ausência de boa-fé. Idêntica função tem a observação dos usos do lugar da celebração, onde se consideram as condições que o meio apresenta e, a partir delas, chega-se ao sentido dos efeitos desejados ao negócio.²⁷⁴

Ressaltando três funções fundamentais à boa-fé objetiva (interpretativa, restritiva do exercício abusivo de direitos e criadora de deveres anexos), TEPEDINO, BARBOZA e BODIN DE MORAES ensinam que “a primeira função se refere à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e honestidade em relação aos propósitos comuns, a busca do sentido mais consentâneo com os objetivos perseguidos pelo negócio”²⁷⁵.

JUDITH MARTINS-COSTA, por sua vez, procura realizar uma interpretação que, não negando um conteúdo próprio a cada artigo, conjuga ambos para afirmar a “prevalência do significado normal da declaração de vontade segundo a prática corrente, entre os figurantes, se for o caso, o comportamento das partes e os usos dos negócios”²⁷⁶. Desta forma, existiria uma atuação conjunta das regras dos artigos 112 e 113²⁷⁷ (não apenas entre si, mas também com as regras especiais relacionadas ao modo de formação do contrato – artigo 423 – ou ao tipo contratual – artigo 843, por exemplo)²⁷⁸.

Para a autora, o artigo 112 imporia que “na busca do significado declarativo (seja expresso na declaração, seja inferido de um comportamento concludente) a atenção do intérprete deverá estar voltada, primeiramente, à intenção tal qual exteriorizada (por palavras ou por comportamentos), buscando-se um sentido

²⁷⁴ TEPEDINO, BARBOZA, e BODIN DE MORAES, *op. cit.*, 2007, p. 231.

²⁷⁵ TEPEDINO, BARBOZA, e BODIN DE MORAES, *op. cit.*, 2007, p. 231.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 452.

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 449.

²⁷⁸ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 450.

conotado à manifestação socialmente apreensível”²⁷⁹. Todavia, como “essa apreensão é conotada a um determinado contexto”,

o art. 113 indica deverem os negócios jurídicos ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar da celebração, é dizer: ao menos *prima facie* o sentido deverá corresponder ao que é usual ou corriqueiro no mercado, ou ao específico setor que situa, contextualmente, aquele concreto negócio jurídico interpretado.²⁸⁰

Sem descurar do cânone da totalidade hermenêutica, a autora sustenta que a interpretação deva iniciar pela interpretação literal referida (ainda que como solução não-prioritária) no artigo 112, “considerada insuficiente para resolver todas as particularidades do caso concreto, sendo a linguagem humana sempre conotada e sujeita a ambiguidades”²⁸¹.

Isso significa dizer que a interpretação deverá considerar em qualquer caso, o conjunto contratual, compreensivo de todas as circunstâncias fáticas e normativas de relevo para o caso, o que vem expresso – em regra antiquíssima, advinda do *ius commune* – como “cânone da totalidade hermenêutica”²⁸².

De toda forma, a este trabalho, mais do que a discussão a respeito da mais adequada estruturação do processo interpretativo, interessa ressaltar que o comportamento das partes tem um papel primordial seja para a regra do artigo 112, seja para aquela do artigo 113. Ainda assim, para facilitar a compreensão da análise, adota-se a divisão bifásica, desdobrando em maior detalhe as regras de cada artigo e sua interação com o comportamento posterior das partes.

Para a primeira fase, o comportamento serve à própria determinação do conteúdo expresso do contrato, seja aclarando-o ou mesmo confirmando ou

²⁷⁹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 451 e 452.

²⁸⁰ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 452.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 454.

²⁸² MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 454.

infirmando as conclusões que a interpretação (literal) das declarações expressas possa ter produzido²⁸³.

Assim, o comportamento das partes pode confirmar ou infirmar o primeiro (e provisório) sentido atribuído pelo intérprete ao conteúdo da declaração negocial. Caso a observação do comportamento das partes durante a execução contratual infirme as primeiras conclusões do intérprete acerca do que seria o conteúdo contratual, ter-se-á uma “ambiguidade extrínseca”²⁸⁴, justificando o recurso a outros métodos interpretativos (ou outra “fase” de interpretação).

Para o artigo 113 do Código Civil (ou para a fase objetiva ou complementar da interpretação, como se preferir), o comportamento concretamente adotado pelas partes pode ser valorado “contrastando a conduta efetivamente havida com o standard da conduta segundo a boa-fé”²⁸⁵.

Além disso, o comportamento das partes pode oferecer ao intérprete as balizas que ele precisa para compor adequadamente o conteúdo não-declarado da relação jurídica contratual, por meio da assim chamada interpretação integrativa, que também é parte da interpretação complementar calcada no artigo 113. Neste momento, a análise atenta do “comportamento global” das partes, iluminado pela relação concreta e pelas “circunstâncias relevantes”, será essencial para que o intérprete torne evidente o verdadeiro conteúdo do contrato²⁸⁶. Ou seja, o comportamento das partes pode ser relevante para permitir a compreensão do conteúdo implícito do negócio jurídico, a fim de completar o trabalho realizado na primeira fase interpretativa.

3.1.1. A interpretação subjetiva – a intenção comum das partes

A fase subjetiva da interpretação contratual é o momento lógico em que o intérprete, tendo por base todo o contexto que circunda o relacionamento contratual das partes, procurará compreender o sentido do contrato segundo a intenção

²⁸³ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 177. MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 468.

²⁸⁴ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 177.

²⁸⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 468.

²⁸⁶ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 224.

comum das partes consubstanciada na declaração, garantindo que essa intenção comum prevaleça²⁸⁷, quando passível de ser aferida, ao sentido “literal” das palavras (artigo 112 do Código Civil).

Com isso não se quer dizer que a interpretação ‘literal’ não tenha lugar no direito brasileiro, mas apenas que esta deve ser o ponto de partida do intérprete que, adicionando outros elementos à sua análise, pode dela abrir mão (se contradisser a intenção comum declarada das partes) ou confirmá-la²⁸⁸. Crucial que não se esqueça que o sentido literal de um texto constitui o primeiro elemento aferido pelo intérprete em seu mister, pois as partes, em regra, pretendem justamente que a sua declaração se constitua com o sentido comum das palavras que usam²⁸⁹.

ORLANDO GOMES lembrava que “intenção comum” é um conceito de difícil precisão, defendendo que “a intenção das partes passa a ser comum com a integração das vontades, mas não se sabe o que verdadeiramente se deve entender como tal nem como conduzir uma investigação para descobri-la”. Isto não quer dizer que a interpretação de cariz subjetivo seja inútil, pois “a meta a ser alcançada pelo intérprete é a exata determinação dos efeitos jurídicos que as partes quiseram provocar”²⁹⁰.

A interpretação do contrato deve buscar, como visto, o conteúdo contratual, razão pela qual deve, em primeira linha, procurar assentar a intenção comum das partes, uma vez que o contrato é uma forma de exercício da autonomia privada, pela qual as partes dispõem de suas próprias esferas jurídicas²⁹¹. Evidentemente, a busca pela intenção comum das partes não pode adotar uma orientação

²⁸⁷ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 244 e 245.

²⁸⁸ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 253. Concorda expressamente com esta posição JUDITH MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 453. RODOLFO SACCO e GIORGIO DE NOVA, por outro lado, preferem falar em atribuição de um significado hipotético (‘objetivo’) às declarações formativas do contrato em uma primeira fase, devendo o intérprete, em seguida recorrer aos outros “elementos a utilizar na interpretação” para atribuir à declaração um significado “mais adequado ou mais completo” (SACCO, Rodolfo. DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. Tomo Secondo. Terza edizione. Torino: UTET, 2004, p. 394).

²⁸⁹ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 396.

²⁹⁰ GOMES, *op. cit.*, p. 244 e 245. Diante disto, continuamos o mister de tratar desta maneira de interpretar o contrato, advertindo que todos os conceitos e textos citados e utilizados representam tomadas de posição diante da doutrina existente e da legislação vigente, e, de forma alguma, impassíveis de crítica ou contradição.

²⁹¹ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 387. Sobre o conceito de esfera jurídica, vide MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da eficácia. 1ª parte. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75 e ss.

psicológica que procure compreender a vontade real das partes, mas sim deve buscar o valor objetivo do contrato, reconhecível pelas declarações congruentes e a conduta das partes.²⁹² Esta inclusive a orientação do artigo 112 do Código Civil brasileiro, que, visando a sanar o que foi compreendido como um defeito de redação do artigo 85 do Código Civil de 1916²⁹³, deixou claro que releva apenas ao intérprete a “*intenção consubstanciada na declaração*”, ou seja, aquela intenção que se exteriorizou e se tornou assim “socialmente perceptível”²⁹⁴. Assim, a intenção comum deve estar “objetivada no acordo”²⁹⁵. Com isso, o significado que as partes pretenderam dar ao seu contrato será, presumidamente, aquele que seja o sentido normal dentro de seu ambiente social e econômico²⁹⁶. Esta regra encontra, por exemplo, acolhida expressa no Código Civil português, em seu artigo 236º, permitida a prova de que as partes atribuíram outro significado à sua declaração²⁹⁷.

Interessante analisar o que ocorre quando uma das partes atribui ao contrato um sentido diferente daquele “socialmente perceptível” objetivado na declaração. Neste caso, entende-se que a parte que erra sobre o sentido não pode opor este erro a outra parte, sob pena de se prejudicar a certeza jurídica. Ou seja, impõe-se a ela o ônus do significado normal de sua declaração, se ela não foi clara à outra sobre o sentido peculiar que pretendia dar aos termos empregados²⁹⁸.

²⁹² BIANCA, *op. cit.*, 1987 p. 387 e 388.

²⁹³ A respeito deste defeito da redação do artigo 85, posicionou-se parte da doutrina brasileira à época no sentido de que sua correta interpretação já impunha o mesmo resultado obtido pelo atual artigo 112. Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 1983, p. 103 e 104. UBALDINO MIRANDA, *op. cit.*, p. 174 e ss.

²⁹⁴ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 164 e 165.

²⁹⁵ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 388.

²⁹⁶ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 388.

²⁹⁷ Código Civil português, art. 236º: “1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.”. A respeito da interpretação do artigo na doutrina portuguesa mais recente, vide ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 257 e ss. Em sentido semelhante, veja-se SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 2004, p. 390, para quem: “*In definitiva, quando la comune intenzione esiste ed è dato di scoprirla essa prevalece – in via di massima – su ogni oggettivo valore della dichiarazione*”. Em tradução livre: “Em definitivo, quando a intenção comum existe e é dado descobri-la, ela prevalece – em via de regra – sobre todos os valores objetivos da declaração”.

²⁹⁸ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 389. A nosso ver, em algumas hipóteses esta parte que erra sobre o sentido normal da declaração pode procurar a anulação do contrato por erro, a teor dos artigos 138 e seguintes do Código Civil. Não pode, todavia, impor a outra parte um sentido que lhe é peculiar e íntimo, que não se deu a conhecer e não se tornou comum.

Justamente pelo caráter comum da intenção relevante, que deve vir de algum modo consubstanciada na declaração, é que a interpretação subjetiva tal como caracterizada no artigo 112 do Código Civil (e no artigo 1.362 do Código Civil Italiano) não pode ser vista como uma posição “voluntarista”²⁹⁹.

Na aferição da intenção comum das partes consubstanciada na declaração negocial, o intérprete possui ampla liberdade para eleger os elementos que o auxiliarão em sua tarefa, justamente em consagração ao cânone hermenêutico da totalidade, como visto acima. Neste sentido, o intérprete pode recorrer a “todas as circunstâncias, passadas ou presentes, e qualquer outra prova relevante, a respeito do que as partes tinham em mente quando falando ou ouvindo, escrevendo ou lendo a linguagem do contrato”³⁰⁰.

²⁹⁹ Evidentemente, o artigo 112, assim como artigo 1.362 do Código Civil Italiano (vide MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 168), não encerrou a discussão a respeito da contradição entre vontade interna e declaração de vontade no direito brasileiro. De toda forma, assim como se afirmou para o direito italiano (vide MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 168), uma eventual divergência deverá ser impugnada na forma de erro, regrado pelos artigos 138 a 144 do Código Civil, se atender a todos os requisitos estabelecidos nestes artigos, que redundará, por fim, em demonstrar que a “formação da vontade comum se deu de modo anormal, ou seja, que não é efetiva vontade comum” (MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 168).

³⁰⁰ BURTON, *op. cit.*, 2009, p. 51, “*Subjectivism draws inferences, from all of the circumstances, past and present, and any other relevant evidence, to what the parties had in mind when speaking or hearing, writing, or reading the contract’s language*”. Assim, BURTON arrola como principais elementos utilizados pelas Cortes americanas para a apuração da intenção comum das partes, as relações e negociações anteriores entre as partes (“*prior course of dealing*”), as negociações envolvendo o contrato (“*the course of negotiation*”), testemunho das partes a respeito da própria intenção (“*a party’s testimony as to its intention*”) e outras circunstâncias subjetivas (“*subjective circumstances*”). Interessante caso de interpretação contratual foi julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e serve bem para ilustrar a amplitude de elementos que o julgador pode considerar quando interpretando um contrato à luz do artigo 112 do Código Civil. Trata-se do acórdão da apelação cível nº 0070048-50.2007.8.26.0224, julgada em 11 de novembro pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja relatora foi a Des. Christine Santini. O caso envolveu apelações interpostas por YAMAHA MOTOR DA AMAZONIA LTDA. e COMPANY ON PRODUÇÕES CINEMATOGRAFICAS LTDA. Em primeiro grau, a Company On havia proposto ação cautelar de busca e apreensão de DVDs contendo material publicitário desenvolvido por ela para a YAMAHA na sede desta, sob alegação de que este material estaria sendo distribuído pela YAMAHA em discordância com o respectivo contrato de prestação de serviços. Obtida a liminar, a Company On ingressou com ação de indenização por violação de direitos autorais contra a YAMAHA, alegando que teria havido divulgação do material publicitário aos revendedores da YAMAHA em mídia (DVD) não autorizada pelo contrato e que a YAMAHA tê-los-ia autorizado a reproduzir os DVDs mediante pagamento, o que caracterizaria pirataria. A YAMAHA propôs reconvenção pleiteando o pagamento de cláusula penal e indenização pela rescisão antecipada do contrato pela Company On, uma vez que, com a medida cautelar proposta, o gozo do material teria cessado com apenas 4 meses de contrato, sendo que o prazo original era de 6 meses. Pleiteou também danos morais em razão da lesão à sua imagem pela acusação de que teria praticado pirataria. Em primeira e em segunda instância (ainda que com algumas diferenças nas verbas condenatórias) foi julgada procedente a reconvenção da YAMAHA. O âmago da questão dizia respeito à interpretação da cláusula 2.3 do contrato, que determinava que “Cláusula 2.3 – A Campanha Publicitária será veiculada em todo o território nacional pelo período de 06 (seis) meses, contados a partir da primeira inserção (que, por sua vez, não deverá

3.1.1.1. O comportamento para a determinação da intenção comum das partes

Entre os diversos elementos em que pode se apoiar o intérprete na busca pela intenção comum das partes está o seu comportamento, sobretudo após a celebração do contrato³⁰¹. Esta regra já era consagrada no direito brasileiro pelo Código Comercial, em seu art. 131, 3, que determinava que “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato; (...)”.

Destarte, se há disputa em torno do sentido de certa disposição contratual, o comportamento que as partes adotaram pode ser um excelente indicativo do que ambas, em momento anterior ao litígio, compreenderam por ele (ou seja, que certo sentido deve corresponder à “intenção comum” das partes). Parece tranquilo hoje na doutrina e na jurisprudência que o comportamento das partes possui um valor

ultrapassar 30 (trinta) dias do 15 (quinze) de junho de 2007), através de (i) mídia eletrônica: TV aberta, TV à Cabo (sic), rádio, internet, cinema; (ii) mídia impressa: jornais, revistas, materiais promocionais e de marketing direto, materiais de ponto-de-venda e de divulgação à imprensa (Press Release); (iii) mídia externa: outdoor, mobiliário urbano, painel eletrônico, frontlight e backlight; e, por fim (iv) mídia alternativa: exibição em eventos e feiras de automóveis, convenção de vendas, na sede, filiais e concessionárias da CLIENTE.” Segundo a Company On, a divulgação por meio de DVDs não estava prevista na cláusula acima, de modo que, a teor do artigo 4º da Lei 9.610/1998, que determina que “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”, esta via estaria vedada à YAMAHA. A YAMAHA, por outro lado, apoiando-se justamente na regra geral do artigo 112, que determina a busca pelo intento comum das partes, sustentava que sua intenção de ampla divulgação pelas concessionárias do material publicitário sempre fora conhecida e aceita pela Company On. O Tribunal, entendendo que a aplicação do artigo 4º da lei 9610 não poderia levar a uma interpretação “dissociada aos princípios jurídicos” aplicáveis ao contrato, determinou que “de rigor o reconhecimento da ré de reproduzir a obra através do suporte DVD”. Para chegar a esta decisão, que equivaleria à intenção comum das partes quando da celebração do contrato (de que o material tivesse ampla divulgação) o Tribunal considerou não só o depoimento de diversas testemunhas a respeito desta intenção comum, como também contratos anteriores celebrados entre as mesmas partes (em que teria havido a distribuição do material às concessionárias sem reclamação da Company On). O caso é bastante interessante por demonstrar a amplitude de elementos (inclusive contratos anteriores entre as partes) que pode fazer parte do contexto do contrato que auxiliará a interpretação do contrato. Além disso, ele também mostra a importância da causa concreta do negócio para a sua interpretação ao trazer e ressaltar o objeto do contrato, que se destinaria “à utilização em campanha publicitária”, o que implica a “divulgação junto às concessionárias em todo o território nacional”.

³⁰¹ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 237.

relevante à interpretação, que não pode passar despercebido pelo intérprete. Como ressalta JUDITH MARTINS-COSTA:

O valor hermenêutico do comportamento posterior das partes (traduzido em declarações, condutas e atos de execução contratual) é indubioso, aqui e alhures, acentuando-se na jurisprudência: o comportamento das partes é “fator revelador da composição de interesses e respectiva normatização que terminou por se estabelecer, dando a melhor interpretação possível ao que fora pactuado”.³⁰²

Na mesma toada, BETTI, ressalta o interesse relevante do jurista na pesquisa do “valor representativo implícito de comportamentos práticos”³⁰³. Para o autor, estes comportamentos interessam ao jurista, pois ou eram a espécie analisada, ou a integravam como seu elemento, ou a esclareciam.³⁰⁴ Nesta última função, atuavam como “indícios de um modo de ver e, portanto, de uma interpretação autêntica, que os próprios autores dão com o fato ao preceito por eles realizado”, ou seja:

(...) o objeto de interpretação é sempre a manifestação objetiva de um pensamento que se denuncia num comportamento prático; pois esse é avaliado como representação indireta, ou seja, implícita, de um determinado modo de pensar; o que faz com que esse comportamento, considerado sob o aspecto desse seu valor sintomático, possa muito bem se qualificar como uma forma representativa no amplo significado de objetivação do espírito que tratamos há pouco.³⁰⁵

Em outro trecho particularmente interessante, BETTI explica que

De resto, a interpretação não pressupõe necessariamente que o pensamento tenha sido manifestado com um fim

³⁰² MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 469.

³⁰³ BETTI, *As categorias...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXVI.

³⁰⁴ BETTI, *As categorias...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXVI.

³⁰⁵ BETTI, *As categorias...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXVII.

representativo ou com um interesse dependente da vida de relação. Mesmo uma manifestação isenta de tal interesse e um comportamento não voltado por si só a manifestar um pensamento podem ser objeto de interpretação, enquanto se tratar de extrair dessa manifestação o valor expressivo que lhe é próprio, o seu estilo de arte ou de vida, ou, respectivamente, enquanto se tratar de deduzir a partir desse comportamento uma tomada de posição ou uma orientação, ou seja o modo de conceber e de avaliar para o qual ele se demonstra objetivamente preparado.³⁰⁶

Assim, o primeiro 'serviço' prestado pelo comportamento à interpretação dos contratos, ligado à fase subjetiva da interpretação, é o de auxiliar o esclarecimento do seu conteúdo voluntário³⁰⁷. Esta função é objeto de diferentes perspectivas e fundamentações da doutrina, todavia, não esgota o papel do comportamento das partes para a interpretação.

Além disso, o comportamento das partes pode, ao invés de esclarecer, trazer uma dúvida razoável sobre o conteúdo voluntário do contrato, obrigando o intérprete a ampliar a sua atividade investigativa, com recurso a outros elementos e perspectivas, na chamada interpretação objetiva. Dentro desta fase, o comportamento pode ser relevante à análise feita sob a perspectiva da boa-fé objetiva e no desdobramento do conteúdo expresso levado a cabo pela interpretação integrativa).

3.1.1.2. O esclarecimento do conteúdo contratual pelo comportamento

Como já dito, a primeira função do comportamento das partes para a interpretação dos contratos de longa duração reside em auxiliar o intérprete a compreender o sentido da intenção comum das partes. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, que procura estudar o fenômeno da interpretação jurídica sob a ótica da linguística, analisando os papéis da semiótica e da pragmática para a determinação

³⁰⁶ BETTI, *As categorias...*, *op. cit.*, 2007, p. XXXV.

³⁰⁷ Evidentemente, como lembram SACCO e DE NOVA, este comportamento deve ser das partes, e não de terceiros (*op. cit.*, 2004, p. 404).

do significado negocial, apresenta uma interessante explicação para este papel do comportamento³⁰⁸.

Sustenta o autor que a interpretação parte, em regra, de uma dimensão semântica da mensagem³⁰⁹. Grosso modo, a dimensão semântica equipar-se-ia ao que se costuma chamar de interpretação literal, que ainda que não seja suficiente, “não pode ser recusada”³¹⁰.

A dimensão semântica é complementada por uma dimensão pragmática, que, a seu turno, considera um uso “particular” da linguagem, conforme a “situação concreta” ou o “contexto em que se enquadra” um dado negócio jurídico, sendo uma preocupação de todas as linhas doutrinárias modernas a respeito do negócio³¹¹.

De facto, a dimensão (meramente) semântica do significado negocial é insuficiente. Se é de recusar a tese clássica caracterizada por um subjetivismo puro, em que o significado do negócio jurídico consistiria no “conteúdo da vontade”, tal como revelado pela manifestação, também não é aceitável considerar um significado que tomasse o texto como se fosse anónimo, descarnado, despersonalizado e isolado da relação comunicativa concreta que se estabelece entre quem o produz e quem dele toma conhecimento.³¹²

Assim, no âmbito da pragmática, o significado de um negócio jurídico dependeria do “contexto” ou da “situação de comunicação”, que incluiria “as marcas de subjectividade, as relações entre os protagonistas e a representação que cada um deles faz de si próprio e da situação do outro”³¹³. Desta forma, o autor afirma

³⁰⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 147 e seguintes. Do mesmo autor, *Contratos IV*. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2014, p. 245 a 256.

³⁰⁹ A nosso ver, quando houver tal dimensão. Ver-se-á que nos casos de declaração tácita a dimensão semântica não estará, em regra, presente.

³¹⁰ ALMEIDA, *op. cit.*, 1992, p. 155.

³¹¹ ALMEIDA, *op. cit.*, 1992, p. 161.

³¹² ALMEIDA, *op. cit.*, 1992, p. 163.

³¹³ ALMEIDA, *op. cit.*, 1992, p. 164. Para este autor, “as marcas de subjectividade são indiretamente portadoras de todas as influências subjectivas e intersubjectivas que concretizam o significado”, como, por exemplo, “a competência linguística”, “o estatuto social”, e os “objectivos” de cada parte. “Mas comunicação é, por natureza, interacção subjectiva e frequentemente uma relação dialógica, de tal modo que só é possível entre membros de uma mesma comunidade semiótica, e cada uma das determinações pessoais só revela (e revela tanto mais) se, e na medida em que, sejam (ou

que “a dimensão pragmática acrescenta à determinação do significado das declarações negociais a distinção entre uso geral e uso particular da linguagem, atendendo aos interlocutores e ao contexto (...) Só com a dimensão pragmática se alcança o sentido interativo da ação comunicativa concreta”³¹⁴. Ou seja, para ser adequadamente compreendido, o texto precisa ser colocado no seu contexto, que pode ser linguístico, quando “formado por elementos constantes de frases antecedentes e subsequentes do mesmo texto e pela remissão para lugares desse texto, através de anáforas e de outros índices referenciais”³¹⁵, ou o “extralinguístico (ou situacional)”, que “integra a situação espaço-temporal e o ambiente sociocultural, o meio de comunicação e a audiência, as relações interpessoais”³¹⁶. Dentro das relações interpessoais incluem-se os comportamentos existentes entre as partes³¹⁷, que são, portanto, para este autor, uma das inúmeras “circunstâncias atendíveis” “na interpretação dos negócios jurídicos e dos contratos”³¹⁸. Desenvolvendo este raciocínio, afirma o autor que

[a] conduta pode consistir em ato de linguagem ou outro, de conteúdo positivo ou negativo, praticado pelos contraentes em conjunto ou em separado. Embora o tempo relevante para a interpretação do contrato seja o da sua celebração, ou melhor, da eficácia de cada um dos enunciados de que se compõe (...), condutas anteriores e posteriores podem ser reveladoras do sentido que deve ser atribuído aos enunciados sob interpretação.³¹⁹

Destarte, para ALMEIDA, o comportamento compõe o contexto extralinguístico em que está metido o negócio jurídico interpretado e que deve ser considerado para a determinação da dimensão pragmática do sentido deste

possam ser) integradas numa esfera de conhecimento mútuo que as torne atendíveis como factores de compreensão do sentido do texto”.

³¹⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 249.

³¹⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 251.

³¹⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 251.

³¹⁷ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 281.

³¹⁸ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 281. O autor ressalta que o direito português (como o brasileiro) não possui “um elenco das circunstâncias atendíveis ou relevantes na interpretação dos negócios jurídicos e dos contratos”. Todavia, em argumento que também parece aplicável ao direito brasileiro, sustenta o autor não ser controverso que quaisquer circunstâncias que possam ajudar a elucidar o sentido da declaração sejam atendíveis.

³¹⁹ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 282.

negócio. Esta lição é acompanhada no direito brasileiro por MARINO³²⁰, que fala em comportamento como “meio interpretativo”.

No direito brasileiro, pugna-se pelo emprego, para a determinação do conteúdo total do negócio jurídico, de todos os meios interpretativos existentes no caso³²¹, e assim, naturalmente, o comportamento das partes³²². Para MARCELO VICENZI, o Código Civil teria atribuído especial relevância para o comportamento das partes, posto estar a declaração de vontade contratual inserida em “um processo que integra uma multiplicidade de contatos precedentes”, o que faz “imperativo” analisar “o acordo na sua totalidade, do que resulta o exame também daquilo que as partes disseram e fizeram antes e depois da declaração de vontade conclusiva”.³²³

Ademais, ainda dentro de uma função esclarecedora, é possível enxergar o papel do comportamento das partes dentro de uma noção mais autônoma, como cânone de uma “interpretação global” ou “*comportamento complessivo*”, visão proveniente, sobretudo, da doutrina italiana³²⁴.

Nessa doutrina, a teorização a respeito do papel do comportamento na determinação da intenção comum das partes tem o seu fundamento normativo na segunda parte do artigo 1.362 do Código Civil italiano³²⁵, que dispõe que para a apuração da intenção comum das partes deve-se ter em conta também o “seu comportamento global ainda que posterior à conclusão do contrato”³²⁶.

MESSINEO ressalta que para a lei italiana qualquer comportamento das partes, antes, durante ou após a celebração do contrato seria relevante para os fins

³²⁰ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 102 e 111 a 113. No mesmo sentido, mas sem remissão a ALMEIDA, GOMES, *op. cit.*, 2009, p. 243 e ss. ALPA, *op. cit.*, 2006, p. 88 e ss. OPPO, *Profili, op. cit.*, 1992, *passim*. KÖTZ, *op. cit.*, 2009, p. 30 e 31.

³²¹ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 102.

³²² MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 116.

³²³ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**. Ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 136 e 137.

³²⁴ Por todos, BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 397. ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 473. MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 169.

³²⁵ SACCO e DE NOVA lembram que faltam monografias específicas a respeito desta regra do artigo 1.362, bem como capítulos próprios nos tratados gerais sobre a interpretação. Para os autores, este desinteresse se explica, uma vez que a regra não oferece uma “metodologia precisa” de trabalho ao intérprete (*op. cit.*, 2004, p. 403).

³²⁶ Código civil italiano, art. 1.362, segunda parte: “*Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*”. Em tradução livre: “Para determinar a intenção comum das partes se deve valorar o seu comportamento global ainda que posterior à conclusão do contrato”.

da interpretação³²⁷. O autor explica que o valor do comportamento para a interpretação é diferente em cada fase contratual, devendo o comportamento posterior ser tomado como uma maneira de “descobrir de que modo entende a intenção comum, cada contraente”, enquanto o comportamento anterior serve a esclarecer o procedimento e o modo como as partes teria chegado na declaração contratual³²⁸.

De todo modo, para MESSINEO tratava-se de um cânone hermenêutico subordinado e supletivo, a ser utilizado quando não fosse possível apurar a intenção comum das partes porque as cláusulas se apresentam ambíguas e ineficientes para, por si, determinar a “efetiva vontade dos contratantes”³²⁹. Ou seja, não seria “necessário fazer referência ao comportamento das partes quando o sentido literal das palavras seja unívoco e permita reconstruir qual a comum intenção”³³⁰.

Parte da doutrina italiana mais contemporânea, todavia, não aceita este caráter subsidiário do comportamento “*complessivo*” das partes à interpretação subjetiva³³¹. Esta doutrina procura ressaltar que as declarações conclusivas de um contrato não podem ser consideradas como isoladas, mas se constituem apenas em um momento precedido de inúmeros atos anteriores (comportamento precedente) e que exigirá, para atingir os seus fins, atos de cooperação e execução a elas posteriores (comportamento posterior)³³².

Deste modo, têm valor à interpretação da vontade comum das partes não apenas os comportamentos assumidos pelas duas partes, mas também aquele de uma única parte, quando se trate de reconhecer um significado em favor da outra ou, quando em seu favor, seja aceito sem protestos da contraparte³³³. Isto porque

³²⁷ MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 169.

³²⁸ MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 169.

³²⁹ MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 169.

³³⁰ MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 169.

³³¹ Neste sentido: BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 401. ROPPO (*op. cit.*, 2001, p. 470 e 471), por sua vez, ressalta ser a “letra” do contrato o ponto de partida da interpretação, cujo sentido literal, mesmo claro, pode ser abandonado se houver elementos “extratextuais” (como “o comportamento das partes na fase de execução do contrato”) que coloquem dúvidas sobre ele. Desta forma, parece razoável concluir que o autor tampouco considera o critério subsidiário, a ser aplicado apenas na ambiguidade ou obscuridade do texto (como MESSINEO, *op. cit.*, 1961, p. 169). Sobre este caráter gerador de dúvidas do comportamento, tratar-se-á mais à frente no texto.

³³² BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 398.

³³³ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 398. No mesmo sentido, ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 473.

se presume que um contratante adimplente tenha uma conduta contrária ao seu próprio interesse somente quando se sente juridicamente obrigado a tanto, e que o credor aponte logo caso haja uma violação de alguma obrigação por parte do devedor³³⁴

O comportamento posterior pode ser composto por declarações das partes³³⁵, pela atividade executiva do programa contratual³³⁶, ou também pela conclusão de um contrato diferente e sucessivo do interpretado³³⁷, seja entre as mesmas partes, seja entre uma delas e um terceiro.

Este comportamento, ainda quando divirja do sentido literal das palavras eventualmente empregadas pelas partes, pode ser um critério melhor que elas para aferir a intenção comum das partes, desde que o comportamento ‘dissonante’ seja aceito – ou simplesmente não seja objetado – pelas partes³³⁸. Neste caso, todavia, deve-se também se certificar que o comportamento destoante não configura violação ao contrato ou mesmo uma declaração tácita modificativa do seu conteúdo³³⁹.

3.1.1.3. O comportamento destoante do sentido literal do contrato

Dentro do tema do comportamento como parte do contexto situacional do contrato, relevante, como vimos, para o esclarecimento do seu conteúdo, da intenção comum das partes, pode acontecer de o comportamento, ao invés de esclarecer o conteúdo contratual, contrariá-lo patentemente. Nesta hipótese o intérprete está diante de uma ambiguidade do conteúdo contratual. A ambiguidade

³³⁴ SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 2004, p. 405.

³³⁵ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 400. No mesmo sentido, ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 473.

³³⁶ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 400. No mesmo sentido, ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 474.

³³⁷ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 473.

³³⁸ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 400 e 401.

³³⁹ Referem-se a tal possibilidade: BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 400 e 401, ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 474. SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 2004, p. 403. Para SACCO e DE NOVA, todavia, esta distinção (entre comportamento conforme e comportamento disforme ao contrato) seria “um pouco ingênua”, uma vez que pressupõe que o conteúdo do contrato está claramente delimitado antes da verificação do comportamento global das partes³³⁹ – ou seja, como se fosse suficiente a mera interpretação literal do contrato para se apurar o seu conteúdo e só fosse útil à interpretação o comportamento que fosse conforme a esta interpretação literal. Os autores acreditam que esta conclusão só pode ser alcançada após a avaliação do comportamento global das partes. (SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 2004, p. 404 e 405).

pode ser caracterizada quando um determinado texto possui mais de um sentido razoável na situação analisada, porque um sentido é obtido pela sua interpretação literal e outro pela sua ‘interpretação global’, inserindo-o no contexto, formado também pelo comportamento das partes³⁴⁰.

Normalmente se dividem as ambiguidades em duas ‘espécies’, sendo a primeira referida como ‘intrínseca’ ou ‘patente’, que apareceria da própria interpretação literal do contrato, sem qualquer referência ao contexto e a segunda como aquela “extrínseca” ou “latente”, localizada através da análise pelo intérprete do contexto do contrato³⁴¹.

Por esta classificação – que não possui desdobramentos práticos no direito brasileiro³⁴² – o tipo de ambiguidade que surgiria pela contradição entre a consideração global do comportamento das partes após a celebração do contrato e o sentido literal do contrato seria “extrínseca” ou “latente”. Desta forma, não se trata essencialmente de uma perspectiva distinta daquela aplicável ao comportamento esclarecedor, mas sim do mesmo método de análise, apenas com resultados distintos.

A localização de uma ambiguidade pelo intérprete impõe, necessariamente no direito brasileiro, que ele trabalhe para saná-la com todos os elementos que possui, remetendo-o, forçosamente, à próxima fase da interpretação, a fase objetiva ou complementar, antes de recorrer à integração por fontes heterônomas³⁴³.

Caso o intérprete encontre em um dado caso concreto um comportamento destoante do sentido literal do contrato, ele deve também averiguar se não está diante de um caso de declaração tácita ou de comportamento contraditório a ser vedado pela boa-fé objetiva³⁴⁴. Se, dadas as circunstâncias fáticas, for possível

³⁴⁰ BURTON, *op. cit.*, 2009, p. 106.

³⁴¹ BURTON, *op. cit.*, 2009, p. 107. No mesmo sentido, MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 177.

³⁴² A classificação, diferentemente do direito americano, por exemplo, onde existe a resistência de muitos Tribunais em aceitar a alegação de ambiguidades extrínsecas, não possui relevâncias práticas no direito brasileiro. O intérprete é obrigado, aqui, a lidar com qualquer tipo de ambiguidade. De todo modo, é importante dizer que a ambiguidade que se refere ao comportamento das partes é aquela de tipo “extrínseco” ou “latente. Sobre a perspectiva do direito americano sobre a matéria, vide BURTON, *op. cit.*, 2009, p. 108 e 109.

³⁴³ Neste sentido, MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 175.

³⁴⁴ Referem-se a tal possibilidade: BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 400 e 401, ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 474. SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 2004, p. 403.

concluir pela verificação de uma destas figuras, o intérprete deve ter ciência de que o resultado da interpretação pode ser modificado, enquanto fonte do regulamento contratual, diante de sua alteração por fonte autônoma (declaração tácita) ou heterônoma (tutela da confiança).

De toda forma, o intérprete deve levar a cabo a tarefa interpretativa antes de passar à análise do impacto dessas figuras sobre o conteúdo do contrato. Isso porque, a própria compreensão das figuras da tutela da confiança e da declaração tácita depende, em primeira mão, de bem compreender o conteúdo contratual sobre o qual elas estão agindo.

3.1.1.4. Jurisprudência sobre o comportamento posterior na interpretação subjetiva

Para oferecer maior concretude ao que foi dito, parece interessante analisar alguns casos retirados da jurisprudência brasileira em que o comportamento posterior cumpriu relevante papel para a determinação do conteúdo e regulamento do contrato.

Um caso interessante em que o comportamento das partes teve importância para a reconstrução do conteúdo do contrato pelos julgadores, é a Apelação nº 807399-00/0, decidido pela 11ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, relatada pelo Juiz Egidio Giacoia e julgada em 17 de novembro de 2003. No caso, contendiam Plena Visão Publicidade S/C Ltda. e Condomínio Edifício São Geraldo em razão de contrato de locação de espaço para publicidade. A Plena Visão locava, desde 1988, uma parede lateral do Condomínio, para a afixação de um “painel de publicidade”. Ainda que não houvesse vedação expressa no contrato ao uso de outros meios de publicidade, a Plena Visão sempre utilizara o espaço para a pintura de painéis de publicidade. Após cerca de dez anos de vigência do contrato, a Plena Visão procurou alterar a forma do painel, instalando um painel luminoso no local daquele pintado. O Condomínio se insurgiu contra esta alteração, sob o argumento de que o contrato não o autorizaria. A Plena Visão então ingressou com ação de perdas e danos, diante da violação do contrato pelo Condomínio. A sentença de primeiro grau deu razão à Plena Visão, condenando o Condomínio a ressarcir-lhe os danos sofridos.

Sobre os fatos, o relator da apelação, de maneira precisa, consignou que “prende-se a controvérsia, fundamentalmente, sobre a possibilidade ou não da autora substituir a forma de propaganda realizada por ‘pintura’ na parede externa do Edifício São Geraldo locado para fins de publicitários, pela forma de ‘painel luminoso’”³⁴⁵.

O relator, notando existirem “dois tipos” de interpretação contratual, o subjetivo e o objetivo, ressalta que “o importante na busca da intenção comum das partes é o exame e valoração dos respectivos comportamentos durante a denominada fase de execução do contrato, período delimitado entre sua formação e sua extinção”³⁴⁶. Destarte, o relator destacou que “o comportamento das partes durante a execução do pacto locativo, num período de mais de 10 anos, sempre foi pelo uso da parede com a denominada propaganda em forma de ‘pintura’”³⁴⁷. Por isso, durante grande período de tempo, a referência ao termo “painel” implicou, forçosamente, a pintura. Assim, nota-se que o próprio modo pelo qual as partes cumprem a sua prestação ou seus direitos é relevante à interpretação do texto contratual.

Ainda que tenha havido outros elementos interpretativos importantes para a intenção comum das partes – por exemplo, a recusa do Condomínio em aceitar a assinatura de contrato que se referia expressamente a “painéis luminosos” e prova testemunhal de empregado do Condomínio – o comportamento das partes foi fundamental para o esclarecimento do conteúdo desse contrato.

Esse raciocínio [compreender o termo painel como abrangendo o painel luminoso], além de afrontar a intenção comum das partes haurida do comportamento reiterado durante mais de 10 anos com utilização apenas da propaganda em sua forma ‘pintada’, acaba também por contrariar o próprio conteúdo do vínculo, atingindo os princípios da boa-fé objetiva e da conservação do contrato.³⁴⁸

³⁴⁵ Vide acórdão, página 3.

³⁴⁶ Vide acórdão, página 4.

³⁴⁷ Vide acórdão, página 4.

³⁴⁸ Vide acórdão, página 6.

Um outro caso em que o comportamento das partes foi essencial para determinar o conteúdo do contrato foi julgado pela 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob nº 0166861-21.2010.8.26.0100, relatado pela Desembargadora Carmen Lucia da Silva, em que litigavam Malharia Bete Ltda. contra Borda Korte Confecções Ltda. e Noite de Sonhos Confecções Ltda.

Borda Korte e Noite de Sonhos ajuizaram ação de obrigação de dar coisa certa cumulada com indenização contra a Malharia Bete sob o fundamento de que existiria entre as três empresas um contrato verbal de prestação de serviços de tecelagem, pelo qual a Malharia receberia fios de algodão das autoras para tecer tecidos, que seriam então devolvidos às autoras ou a quem elas indicassem. Neste processo, seria tolerável uma perda de 1 a 2% do material entregue. As autoras alegavam que, após uma auditoria interna, haviam descoberto que durante a longa vigência do contrato (2005 a 2010), a Malharia não teria retornado a elas a quantidade correta de tecido, considerada a margem de perda referida. Desta forma, a Malharia deveria ser obrigada a devolver estes fios ou indenizar-lhes o seu valor, bem como eventuais lucros cessantes.

A Malharia se defendeu alegando que as autoras não haviam juntado qualquer prova da entrega dos materiais, mas apenas notas fiscais de remessa, que não comprovam, afinal, que o material foi efetivamente entregue para a tecelagem.

Os julgadores, todavia, puderam observar das provas juntadas aos autos, que durante todo o relacionamento das partes, a única comprovação documental produzida pelas autoras e exigida pela ré a respeito da quantidade de material entregue para beneficiamento foram as notas fiscais. Desta forma, entendeu-se que o regulamento contratual não previa qualquer outra formalidade para a comprovação das entregas. Ou seja, interpreta-se do comportamento adotado pelas partes que elas não pretendiam estabelecer quaisquer formalidades especiais para comprovar os volumes entregues para tecelagem. No caso, há claramente um procedimento interpretativo, em que se elucida uma parte do conteúdo – e, logo, do regulamento – contratual diretamente por meio do comportamento posterior à celebração adotado pelas partes.

3.2. A interpretação objetiva

Pode ocorrer, e é razoavelmente comum que ocorra, que a interpretação subjetiva não logre êxito em compreender completamente o conteúdo contratual, pois faltam elementos suficientes para embasar a busca pela intenção comum das partes (ou mesmo, uma lacuna no texto contratual que não pode ser preenchida pelo recurso a estes elementos), ou as hipóteses de sentido deduzidas de cada elemento em si se contradizem ou se obscurecem.

Para ilustrar, pense, por exemplo, em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que se discutia a abusividade da recusa em renovar um contrato de locação de equipamentos pela locatária e a correspondente imposição de multa.³⁴⁹ Neste caso, o contrato estabelecia textualmente o seguinte:

4.1. O prazo de locação é de 36 (trinta e seis) meses, contados a partir da data da instalação do(s) equipamento(s), renovando-se automaticamente por igual período, salvo manifestação expressa em contrário, por uma das partes, com antecedência máxima de 60 (sessenta) dias antes do termo final ajustado.

Diante desta redação, a locatária manifestou sua intenção de não renovar o contrato com dois dias de antecedência do seu termo final. A princípio, a atitude da locatária está plenamente de acordo com a interpretação literal do contrato – pois antecedência máxima de 60 dias quer dizer simplesmente ‘em qualquer momento após o 60º dia antes do término do prazo’. O relator, ainda que se refira à regra do artigo 112 do Código Civil (como também às regras do artigo 113 e 422), acaba recorrendo a uma interpretação de acordo com a boa-fé, ou seja, substituindo o ponto de relevância hermenêutica da disposição (que, de outra forma, estaria na pessoa do declaratório, como visto acima) e a avaliando de acordo com a perspectiva de uma pessoa razoável. No caso, não é clara a existência de elementos que tivessem autorizado a interpretação subjetiva do texto da cláusula.

³⁴⁹ Apelação cível nº 1005192-52.2014.8.26.0309, Desembargador Kioitsi Chicuta, 32ª Câmara de Direito Privado do TJSP, julgada em 5 de maior de 2016.

Por isso, entende o relator que a cláusula deve ser entendida como estabelecendo uma antecedência mínima (e não “máxima”) para a manifestação da intenção de não renovar o contrato. Diante deste entendimento, condena a locatária a pagar a multa contratual, feitas algumas reduções que julga equitativas. Assim, o acórdão recorreu, de modo, a nosso ver, acertado, à perspectiva de alguém razoável inserido no mesmo contexto das partes, para concluir que os cedentes haviam de arcar com estas parcelas (até porque haviam recebido pagamento pela cessão do compromisso).

Em suma, são casos em que se há de suprir lacunas, sanear contradições ou obscuridades do contrato que dão azo à interpretação objetiva.

Como já se disse, a divisão do processo interpretativo em duas fases atende necessidades de ordem lógica e positiva, não se pretendendo, com esta divisão, negar um caráter unitário à atividade do intérprete³⁵⁰. Do ponto de vista lógico, viu-se que a interpretação subjetiva não é capaz de oferecer respostas a todas as questões atinentes ao conteúdo vinculante do contrato, de modo que é uma “exigência lógica” do sistema a aplicação de regras tendentes a sanar as lacunas, obscuridades e contradições detectadas no sentido do contrato pela interpretação subjetiva³⁵¹.

Quando o intérprete lançar mão da interpretação contratual objetiva, em regra, ele já esgotou os recursos disponíveis à luz da interpretação subjetiva e não é mais possível determinar o sentido de um ponto relevante do contrato à luz do critério da “intenção comum das partes”.

Neste momento, a regra do artigo 113 do Código Civil impõe a substituição do ponto de relevância hermenêutica adotado pelo intérprete durante a fase subjetiva, o que implica abandonar a perspectiva do declaratório (usada como regra geral na interpretação subjetiva) para passar à perspectiva do homem médio e

³⁵⁰ Neste sentido, OPPO, *Profili, op. cit.*, 1992, p. 2 e 3: “*Il riconoscimento della diversa funzione dei due gruppi di regole interpretative non minaccia, come da taluno si è temuto, l’unità del ‘fenomeno interpretativo’, ma solo lo analizza e lo disciplina nei suoi diversi momenti. La distinzione dei quali è comunque giustificata e necessaria e dal punto di vista logico e dal punto di vista positivo*”. Em tradução livre: “O reconhecimento das diversas funções dos dois grupos de regras interpretativas não ameaça, como era temido por alguns, a unidade do ‘fenômeno interpretativo’, mas somente o analisa e o disciplina nos seus diversos momentos. A distinção dos quais é justificada e necessária do ponto de vista lógico e do ponto de vista positivo”.

³⁵¹ OPPO, *Profili, op. cit.*, 1992, p. 3.

ponderado, colocado nas mesmas condições daquele, ou seja, uma perspectiva fundada na boa-fé objetiva³⁵². Assim, é possível dizer que a boa-fé objetiva, em sua função interpretativa, leva a considerar cada contratante como responsável pelo sentido que o contrato tem como um ato comunicativo e social³⁵³. Para JUDITH MARTINS-COSTA, a boa-fé objetiva “viabiliza *valorar a conduta* das partes no curso do processo obrigacional”.³⁵⁴

Dentro da interpretação dita objetiva, a outra via possível é recorrer aos “usos do lugar da celebração do contrato”. Não se trata aqui de integrar o contrato com base em normas consuetudinárias³⁵⁵, mas de tomar as “práticas usuais e palavras usadas habitualmente no mesmo sentido”³⁵⁶.

O recurso aos usos e costumes se justifica pelas “legítimas expectativas de atuação” que estes ensejariam às partes, que esperariam da outra parte a adoção de “comportamentos que se conformam ao modelo usual”³⁵⁷.

Estes usos são aqueles ditos “interpretativos”³⁵⁸, com “função hermenêutica”³⁵⁹. De modo diverso da interpretação conforme a boa-fé objetiva, na interpretação pelos usos em função hermenêutica o ponto de relevância hermenêutico não é transferido para um terceiro razoável colocado no mesmo local das partes, mas é mantido no declaratório, para quem os usos devem poder ser efetivamente conhecidos. Ou seja, apenas quando “um declaratório normal, colocado na posição do declaratório real, podia e devia conhecê-los” é que serão aplicados os usos interpretativos³⁶⁰. Um exemplo interessante, e que costuma

³⁵² Neste sentido, MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 185, quando tratando da “interpretação à luz da boa-fé objetiva”.

³⁵³ KÖTZ, *op. cit.*, 2009, p. 31: “*Treu und Glauben gebieten es nun aber, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass jede auf einen Vertrag hin abgegebene Erklärung einen Akt der sozialen Kommunikation darstellt, für den der Erklärende Verantwortung trägt, weil er wissen muss, dass der andere der Erklärung einen bestimmten Sinn beilegen und im Vertrauen darauf irgendwelche Dispositionen treffen wird*”.

³⁵⁴ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 468.

³⁵⁵ “Os usos interpretativos não devem ser confundidos com as normas consuetudinárias. Esta são autênticas normas jurídicas, gerais e obrigatórias, enquanto aqueles representam práticas úteis à interpretação das declarações de vontade. Não têm o valor de uma norma de direito objetivo, valendo, antes, como parte constitutiva da declaração de vontade”.

³⁵⁶ GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 248.

³⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie. Vol. IV. 6ª Edição revista e atualizada. Salvador: Ed. JusPodium, 2016, p. 447.

³⁵⁸ Assim, GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 248 e MARINO, *op. cit.*, p. 187.

³⁵⁹ Assim, GOMES, *op. cit.*, 1981, p. 248.

³⁶⁰ MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 189.

aparecer na doutrina, a respeito da interpretação pelos usos pode-se dar com o emprego do termo “alqueire” como medida de área em diversos lugares do Brasil³⁶¹. A venda *ad mensuram* de uma fazenda de 100 alqueires implicará, se não for possível determinar a qual alqueire se referiam as partes, medidas bastante diversas conforme a região do país em que o contrato seja celebrado. Esta medida somente poderá ser imposta ao declaratório se conhecia, ou devia conhecer, o uso aplicável.

Enfim, a interpretação objetiva buscará sanear problemas da declaração negocial que impedem sua total compreensão com base nos critérios do artigo 112 do Código Civil. Alinhada a este objetivo está a interpretação integrativa, que trata do preenchimento de lacunas sem o recurso a fontes normativas externas ao contrato, como se verá abaixo. Esta figura, ainda que não se trate de outra fase do processo interpretativo, ostenta doutrinariamente uma relevância especial, tendo chamado atenção da doutrina³⁶².

3.2.1. O comportamento na interpretação objetiva

O comportamento também tem o seu papel na interpretação objetiva dos contratos, como já se notou. Além de ser, eventualmente, a causa da ambiguidade do conteúdo expresso do contrato encontrado pelo intérprete na primeira fase da interpretação, o comportamento na fase objetiva é um elemento que deve ser valorado de acordo com a boa-fé objetiva, como *standard* de conduta. Esta boa-fé “autoriza o intérprete a concluir – em razão do comportamento seguido – qual o sentido a conferir à manifestação de vontade, pois todo contrato importa um dever de manutenção de uma linha de coerência ‘quer a pessoa esteja na posição de credor quer na de devedor’”³⁶³.

³⁶¹ Segundo a Tabela de Medidas Agrárias não-decimais do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, disponível em http://sistemas.mda.gov.br/arquivos/TABELA_MEDIDA_AGRARIA_NAO_DECIMAL.pdf, há 12 diferentes medidas de área que equivalem, em diferentes regiões, ao “alqueire”.

³⁶² No mesmo sentido, MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 216.

³⁶³ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 468.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar ao menos uma referência expressa com relação à utilização do comportamento das partes subsequente para a interpretação do contrato de acordo com a boa-fé objetiva. Trata-se do artigo 8 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.327/2014:

Art. 8: (1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la.

(2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte.

(3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

A Convenção não trata diretamente da interpretação conforme à boa-fé objetiva, todavia, estabelece que interpretação conforme o sentido atribuído por uma pessoa razoável, colocada nas mesmas circunstâncias que as partes e com a sua qualificação, raciocínio que, como vimos, é utilizado pela doutrina para 'operacionalizar' a interpretação de boa-fé.³⁶⁴

³⁶⁴ Sobre o papel do comportamento para a interpretação neste artigo da Convenção, vide: SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de tradução: GREBLER, Eduardo. FRADERA, Vera. PEREIRA, César Guimarães. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 299 a 301.

3.2.2. Interpretação integrativa

A interpretação integrativa é um prolongamento do processo de interpretação, que visa a responder questões não cuja solução não pode ser obtida diretamente do conteúdo expresso da declaração negocial.

Desta forma, cabe desenvolver o sentido já obtido pelo intérprete a partir do texto contratual e dos mais diversos elementos de interpretação, dentre os quais releva sempre o comportamento das partes, para oferecer resposta que, dado este, corresponde à vontade que as partes, de maneira justa e razoável, com consideração à posição uma da outra, teriam querido se houvessem previsto o caso³⁶⁵. A interpretação integrativa diz respeito, portanto, diretamente ao tema da incompletude contratual, como se viu no capítulo 1 acima³⁶⁶.

³⁶⁵ Neste sentido, veja-se LARENZ, Karl. **Derecho Civil**. Parte general. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 744, que ensinava que “*Se plantea la cuestión de si esta puede llenarse prosiguiendo consecuentemente en la consideración de la regulación adoptada en el contrato con base en los módulos de valoración admitidos por ambas partes, tomando en cuenta la finalidad del contrato y la situación de intereses en su totalidad, integrando, por tanto, la regulación incompleta a partir de sus propios presupuestos y su contexto*”. Em sentido similar, MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 209. MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 216. KÖTZ, *op. cit.*, 2009, p. 33. Contra: CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., **Contrato e deveres de proteção**. Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p. 70, para quem “a interpretação complementadora é um processo de integração do contrato pelo desenvolvimento congruente dos parâmetros valorativos estabelecidos pelas partes no seu acordo. A sua sede, no nosso ordenamento jurídico, encontra-se no art. 239.”. A nosso ver, é justamente o fundamento normativo do instituto que embasa a divergência entre a posição dos autores. Enquanto no direito alemão, de que tratam LARENZ e KÖTZ, o instituto é remetido aos artigos 157 (interpretação conforme à boa-fé, em consideração aos usos do tráfico) e 242 (performance de boa-fé), o direito português é expresso em enquadrar o instituto como forma de integração, justamente no artigo 239º mencionado por CARNEIRO DA FRADA (“Artigo 239º. Integração. Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”). No nosso direito, a doutrina não costuma se manifestar expressamente a respeito da sede legal do instituto. O posicionamento de MARINO, todavia, remetendo-a à noção de “etapa complementar da interpretação” e à ideia de revelação do “conteúdo implícito do negócio jurídico” (vide p. 216 a 218), parece apontar para o artigo 113 do Código Civil (o que iria de encontro com a posição de KÖTZ, ao apontar os artigos 157 e 242 do BGB como este fundamento).

³⁶⁶ Diante deste fenômeno, a doutrina da análise econômica do direito procurou oferecer critérios para a interpretação do contrato diante de sua constatada incompletude. Estes critérios, que derivam essencialmente de preocupações econômicas, são, resumidamente, os seguintes: (i) valer-se do “sentido majoritário” de uma expressão, ou seja, aquele que o maior número de pessoas utilizasse; (ii) utilizar o “sentido não-desejado”, ou seja, aquele que a maior parte das pessoas não usaria, de modo a incentivar as partes a elaborar textos contratuais mais claros; (iii) interpretação literal, ou seja, aquele sentido que o senso comum ou o dicionário entendem como o correto; e, por fim (iv) utilizar o sentido mais eficiente no caso particular, qualquer que seja ele. Vide: POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual**: sucesso ou fracasso? Tradução e adaptação de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27 a 29.

A doutrina costuma enquadrar a interpretação integrativa como uma forma de “auto-integração”³⁶⁷, entendendo que sua hipótese privilegiada de aplicação será justamente a lacuna do texto contratual expresso. Por esta razão, deve-se precisar o conceito de lacuna contratual, que é relevante também para as matérias de integração do contrato.

Em primeiro lugar, a mera “ausência de estipulação das partes” a respeito de um tema não implica, necessariamente, lacuna contratual³⁶⁸. A lacuna

traduz-se numa incompletude do conteúdo preceptivo do contrato falha do plano regulador previsto ou querido pelas partes. O critério de determinação da lacuna implica, portanto, um padrão aferidor imanente ao contrato. Não é qualquer ausência de estipulação das partes que autoriza a lacuna e o processo integrativo: somente aquela que se reporte a uma condição *sine qua non* da execução do plano obrigacional gizado pelas partes, ou então, a que contrarie a própria lógica ou unidade de sentido do negócio, levam àquele resultado. Ou seja, a lacuna só pode aferir-se em função da teleologia do contrato conforme resulta do plano contratual.³⁶⁹

A doutrina ressalta, ademais, um “princípio da necessidade” para a apuração da existência de lacunas: “só há lacuna se a omissão houver de ser preenchida”³⁷⁰. Destarte, a “lacuna é a omissão ou insuficiência de um elemento da composição de um contrato que uma situação prática revela a necessidade de preencher”³⁷¹. A lacuna pode ser, logo, uma total ausência de regramento específico ou apenas uma insuficiência deste regramento.

A interpretação integrativa não acrescenta elementos inteiramente novos à vontade das partes, ou seja, não é o veículo para disposições absolutamente estranhas ao conteúdo voluntário do contrato, mas sim busca desenvolver as ideias

³⁶⁷ MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 207.

³⁶⁸ Neste sentido, CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, 1994, p. 76.

³⁶⁹ CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, 1994, p. 76 e 77.

³⁷⁰ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 322.

³⁷¹ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 322.

iminentes do conteúdo voluntário expresso em busca de um conteúdo voluntário implícito³⁷².

Ao compor o contexto do contrato, o comportamento das partes posterior à celebração do contrato possui papel proeminente também na interpretação integrativa, pois pode servir de substrato para que o intérprete avance em busca da colmatação da lacuna a partir do próprio conteúdo implícito do contrato.

Como a interpretação integrativa tem por objeto o preenchimento de lacunas, por vezes sua aplicação entrará em conflito com a aplicação do direito dispositivo, ou seja, disputará espaço com a 'verdadeira' integração do contrato³⁷³. Neste caso, é possível que as partes tenham previsto expressamente que o direito dispositivo não deveria ser aplicado ao caso, o que, desde que não se enquadre dentro de uma das hipóteses de cláusula abusiva estabelecidas pelo ordenamento jurídico (art. 424 do Código Civil e 51 do Código de Defesa do Consumidor), parece perfeitamente possível em nosso direito.

Entretanto, se as partes assim não houverem previsto, surgirá uma dúvida legítima a respeito do que deve prevalecer. A nosso ver, enquanto houver espaço para a interpretação, a integração por fonte heterônoma de natureza supletiva (não cogente) não deve ser utilizada. Deve prevalecer a comum intenção das partes sobre esse tipo de normas³⁷⁴. Pense-se, por exemplo, em um contrato de corretagem, no qual não tenha havido a estipulação expressa do valor da comissão do corretor, mas no qual seja possível obter essa informação a partir da

³⁷² Esta parece ser a posição de MIRANDA, *op. cit.*, 1989, p. 207, que escreve: "*Haverá, então, um minus dictum, sendo mister entender-se, ainda por via e no domínio da interpretação, a letra da declaração ao seu espírito que se induz da mesma letra. Trata-se de uma interpretação extensiva ou integrativa. O conteúdo negocial não foi expresso, mas está implícito ao que foi expresso. Para além da fórmula da declaração, há, muitas vezes, algo que resulta da idéia que presidiu à elaboração desta fórmula*".

³⁷³ Neste sentido, por exemplo, KÖTZ, *op. cit.*, 2009, p. 33.

³⁷⁴ Alguma doutrina, todavia, pugna por uma suposta maior segurança jurídica no recurso às regras supletivas, ainda quando haja espaço para a interpretação integrativa. Isto porque a interpretação integrativa poderia abrir margem a distorções por parte do intérprete, pois é espaço de natural abertura, ainda que existam balizas concretas (o texto contratual e o material interpretativo efetivamente disponível) a limitá-lo. Nesse sentido, KÖTZ sustenta ser interessante a aplicação do direito positivo diretamente, salvo se num dado caso concreto se puder se demonstrar que o interesse das partes diferia daquele tomado como padrão para a construção de solução supletiva pelo legislador (KÖTZ, *op. cit.*, 2009, p. 33). Entendemos que o argumento de que pode haver abuso por parte do aplicador do direito é, de certo modo, *ad terrorem* e ignora o movimento atual do direito em direção à abertura à interpretação e à adequação do direito ao caso concreto, que se pode ver em diversas normas jurídicas, como por exemplo, nas cláusulas gerais e nas próprias regras – *de per se*, bastante abertas – de interpretação existentes no Código Civil brasileiro.

interpretação integrativa. Parece que a solução de buscar esse valor estendendo ao máximo a interpretação é muito preferível a se recorrer comodamente à regra do arbitramento pelo juiz segundo “a natureza do negócio e os usos locais” (artigo 724 do Código Civil).

4. Conclusão do capítulo

Neste capítulo foi demonstrado que o comportamento das partes posterior à celebração do contrato é um elemento interpretativo de relevância para o aplicador do direito, podendo desempenhar papéis na investigação da intenção comum das partes, do sentido objetivo do texto contratual e para o preenchimento de lacunas do conteúdo expresso do contrato.

A potencialidade deste elemento para elucidar o conteúdo dos contratos já foi até mesmo comparada, como se viu, a uma forma de interpretação autêntica dos contratos pelos próprios contratantes.

No âmbito dos contratos de duração, estes papéis ganham ainda mais destaque, diante do maior espaço que a categoria oferece para o surgimento e consolidação de condutas relevantes das partes.

O comportamento elucidar o conteúdo dos contratos de duração, permitindo que o intérprete alcance efetivamente a almejada intenção comum consubstanciada pelas partes na declaração negocial.

Por outro lado, o comportamento também pode infirmar o sentido literal de um contrato. Dessa forma, o intérprete se verá entre um sentido literal que é contraditório com o comportamento que as partes efetivamente adotaram durante a vigência do seu contrato. Estar-se-á diante de uma dúvida ou uma ambiguidade e o aplicador deverá recorrer a uma interpretação de cariz objetivo. Nessa fase, o comportamento não é descartado pelo intérprete, mas será lido a partir da perspectiva de um terceiro de boa-fé, ou mesmo pela perspectiva do próprio declaratório, mas agora iluminada pelos usos em função hermenêutica.

Um pouco mais adiante, pode ser que o intérprete precise colmatar lacunas do conteúdo expresso do contrato. Pode ser que as partes não tenham estabelecido expressamente o regramento sobre um ponto relevante do contrato. Nesse caso, a interpretação integrativa pode se valer do comportamento das partes

como índice para deduzir qual teria sido esse regramento, houvessem as partes previsto o problema. Aqui, aparece especificamente a problemática referida no capítulo 1 sobre os contratos incompletos e uma das maneiras pelas quais o direito tem procurado oferecer uma resposta juridicamente aceitável a essa situação social e econômica.

Em suma, em qualquer fase ou procedimento interpretativo de um contrato de duração, o comportamento cumpre um papel relevante na busca de respostas juridicamente aproveitáveis e deve ser analisado com atenção pelo intérprete.

CAPÍTULO 3 – A DECLARAÇÃO TÁCITA NOS CONTRATOS DE DURAÇÃO

1. Introdução

O tema da declaração tácita já é tradicional na ciência do direito, tendo sido objeto de estudo de inúmeros pensadores que se dedicaram à teoria do negócio jurídico pelo menos desde o final do século XIX³⁷⁵. Por esta razão, o tema possui uma riqueza doutrinária que não é possível abarcar integralmente nesta sede³⁷⁶. Ciente de que o conceito de declaração tácita, suas características comumente aceitas e os critérios para a sua apuração em um caso concreto sofreram, durante este período de tempo, a influência de diversas escolas e autores (e mesmo de outros ramos do conhecimento)³⁷⁷, este trabalho limita-se à exposição e debate dos conceitos e questões essenciais da matéria, de acordo com os posicionamentos mais consolidados da doutrina contemporânea e que mantenham pertinência temática com o campo do estudo empreendido.

O tema da declaração tácita³⁷⁸ é um dos campos mais propícios para a análise em casos práticos do comportamento das partes posterior à celebração do contrato, sobretudo por meio de negócios modificativos³⁷⁹ (que podem ou não ser

³⁷⁵ Ver neste sentido a nota 1 ao texto de MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 1, na qual se lista diversos contributos teóricos ao assunto desde 1888.

³⁷⁶ Para análises mais compreensivas do desenvolvimento doutrinário durante os séculos XIX e XX, vide, sobretudo, MOTA PINTO, *op.cit.*, 1995, p. 10 a 67 e 73 a 100. Também o primeiro capítulo de MUCCIOLI, Nicoletta. **Studio sul contegno concludente**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 1 a 50.

³⁷⁷ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 146.

³⁷⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª. Ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126.

³⁷⁹ Como ensina GUIDO ALPA, o contrato pode ser modificado de maneira explícita, “*se le parti concludono un negozio che si riferisca al precedente e ne modifichi gli elementi*”, ou implícita, “*per fatti concludenti*” (ALPA, Guido. **Corso di diritto contrattuale**. Padova: CEDAM, 2006, p. 103). Para este trabalho, releva, sobretudo, as modificações “*per fatti concludenti*”, uma vez que estas envolverão o comportamento das partes. Ainda para ALPA, pode ocorrer que, durante o curso de vigência de um contrato, as partes não levem em consideração algumas cláusulas ou partes delas. Neste caso, “*si comportano come se il contratto avesse un tenore diverso, e concordemente si uniformano alla nuova disciplina*” (p. 105). Ressaltando a importância do comportamento para a determinação dos negócios jurídicos tácitos, MOTA PINTO ensina que “A determinação da existência de uma declaração tácita depende, em primeira linha, do apuramento do seu elemento objetivo, de modo a, segundo os cânones interpretativos, se poder inferir aquela a partir do comportamento concludente” (MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 746 e 747).

novativos³⁸⁰) ou complementares do conteúdo contratual originalmente desenhado pelas partes, isto porque, aqui, mais que em qualquer outro lugar, há a centralidade do comportamento das partes.

É evidente que as diversas teorias do negócio jurídico têm impacto sobre as construções doutrinárias a respeito do comportamento concludente³⁸¹. Hoje prevalece na doutrina um conceito estrutural do negócio jurídico, que procura enfocá-lo sob o aspecto de seus elementos constitutivos, mais do que sob sua relação genética com a vontade, ou sob seus efeitos preceptivos ou normativos³⁸². Como explica ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “não se procurará mais saber como o negócio surge, nem como ele atua, mas sim, simplesmente, o que ele é”³⁸³. Para o autor, o negócio jurídico pode ser conceituado de maneira abstrata, ou seja, como “categoria”, ou de maneira concreta, como “fato jurídico concreto”³⁸⁴. Neste momento, interessa-nos mais o seu conceito abstrato, que é adotado no estudo e que o autor explica da seguinte maneira:

Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita “suporte fático”), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as *circunstâncias negociais*) que fazem com que socialmente esta manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas

³⁸⁰ Segundo o artigo 360 do Código Civil, temos um caso de novação em três hipóteses, a saber, “quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;” “quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor”; e “quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este”. A primeira é dita novação objetiva (pois nova a própria obrigação), enquanto a segunda é conhecida como novação subjetiva (pois nova o sujeito devedor). Por sua vez, a terceira é uma hipótese mista das duas primeiras, em que há novação objetiva e subjetiva. O artigo seguinte, 361, expressamente exige que a declaração de novação seja dada de forma inequívoca, ainda que tácita (“Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”). Ou seja, exige-se a inequívocidade, mas não que a declaração seja expressa. Desta forma, entende-se que o caso de novação é um daqueles casos especiais em que o juízo de conclusão deva ser inequívoco, como se verá adiante.

³⁸¹ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 146.

³⁸² AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 15.

³⁸³ AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 15.

³⁸⁴ AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 16.

circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos).³⁸⁵

Esta teoria do negócio jurídico é o pano de fundo deste trabalho e as remissões ao negócio e à declaração negocial feitas neste estudo devem ser consideradas como elaboradas dentro do referencial teórico próprio desta posição doutrinária.

2. Declaração e forma: declaração expressa e declaração tácita

A declaração negocial³⁸⁶ pode revestir, de maneira ampla, duas formas: ela pode ser expressa ou tácita³⁸⁷. Esta constatação aparece de maneira clara em ordenamentos jurídicos como o português (Código Civil, artigo 217º, I)³⁸⁸ e o

³⁸⁵ AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 16. Em sentido algo similar, no entanto com enfoque e terminologia distintos, vide MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191: “Considerados os fundamentos expostos, podemos concluir que o negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas; quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”. Note, todavia, que o segundo autor atribui uma importância constitutiva à consciência da declaração, o que não o faz o primeiro, para quem ela seria um requisito de validade (*op. cit.*, p. 43).

³⁸⁶ Não se desconhece a celeuma doutrinária, sobretudo entre os autores italianos (vide, sobre o assunto, p. ex., MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 27 a 29, e ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. In: INDICA, Giovanni. ZATTI, Paolo (Org.). **Tratato di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 192) com a utilização da expressão – que contém em si um contrassenso terminológico – “declaração tácita”. Todavia, concorda-se com MOTA PINTO quando afirma que “numa declaração negocial tácita, há que distinguir os factos concludentes, a partir dos quais se realiza uma inferência, e a própria declaração inferida. De facto, tal como qualquer declaração expressa pode ter mais do que um significado, permanecendo estes independentes na sua relevância jurídica, também o comportamento concludente tem uma relevância diversa da que resulta da conclusão, no sentido da declaração tácita” (*op. cit.*, 1995, p. 869). Desta forma, não parece possível simplesmente substituir as expressões, ainda que se concorde que o comportamento concludente tem um sentido objetivo que se alinha aos pressupostos teóricos daqueles autores.

³⁸⁷ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 454. AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 126 – ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO tratou dos negócios jurídicos formados sem que exista uma declaração expressa das partes dentro da análise da sua forma, aduzindo que estes possuem forma tácita, uma vez que “a declaração negocial se deduz de atos e fatos que a revelam”. Desta forma, neste trabalho, utilizam-se as expressões “negócio jurídico tácito” ou “contrato tácito” para significar aqueles negócios ou contratos formados sem a declaração expressa as partes. Vide também ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 192. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 247. No âmbito do direito brasileiro: MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 84 a 97.

³⁸⁸ Código Civil, artigo 217º, I: “A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e

austríaco (ABGB, §863)³⁸⁹, e de maneira apenas indireta em ordenamentos como o brasileiro (Código Civil, artigo 107)³⁹⁰, o italiano (Código Civil, artigo 1.327, I)³⁹¹ e o alemão (BGB, § 164)³⁹².

Como regra geral, nos ordenamentos que consagram a liberdade de forma, equiparam-se as duas formas de declaração, devendo a lei prescrever expressamente quando pretender que um dado negócio ou tipo de negócio utilize uma forma ou outra (por exemplo, a forma escrita)³⁹³. Por esta razão, deve-se compreender precisamente qual seja a efetiva distinção entre cada forma de declaração negocial e ressaltar os elementos que compõe a declaração tácita, entre os quais, resalta necessariamente o comportamento concludente das partes³⁹⁴.

tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. A indicação deste artigo do Código Civil português encontra-se na obra de MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 454.

³⁸⁹ „ABGB, § 863, (1) Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen. (2) In Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen”. Em tradução livre: “§863 (1): Pode-se declarar a sua vontade não apenas de modo expresso, através de palavras e caracteres geralmente aceitos, mas também implicitamente através de atos tais que, dada a avaliação de todas as circunstâncias, não permitam qualquer motivo razoável para dúvidas a respeito desta. (2) Em relação ao sentido e efeito dos atos e omissões, devem ser levados em consideração os usos e costumes vigentes do tráfico”. A indicação deste parágrafo do ABGB encontra-se na obra de MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 455.

³⁹⁰ Código Civil, artigo 107: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

³⁹¹ Codice Civile, art. 1327: “(Esecuzione prima della risposta dell'accettante) Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione”. Em tradução livre: “(Execução prévia à resposta do aceitante) Sempre que, a pedido do proponente ou pela natureza do negócio ou de acordo com os usos, a prestação dever se executar sem uma resposta prévia, o contrato é celebrado no momento e lugar em que prestação teve início”. Destaca um papel relevante deste artigo para a discussão do comportamento concludente, ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200. Um posicionamento crítico a respeito do adequado enquadramento do artigo encontra-se em MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 27.

³⁹² BGB, §164, (1): “Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.” Em tradução livre: “BGB, §164, (1): Uma declaração de vontade, que alguém dentro de seu poder de representação vigente em nome do representado dá, tem efeitos imediatos para e contra o representado. Não faz qualquer diferença se a declaração é dada expressamente em nome do representado, ou se resulta das circunstâncias em nome de quem ela foi dada.” A indicação deste parágrafo do BGB para tais fins é feita por MOTA PINTO, com base na doutrina alemã, *op. cit.*, 1995, p. 455.

³⁹³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 456. AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 126. ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 193.

³⁹⁴ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 746 e 747. ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 199. MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 18.

A doutrina procurou estabelecer a distinção entre forma expressa e tácita de declaração, grosso modo, com base em critérios de cariz subjetivo e critérios de cariz objetivo³⁹⁵.

Os representantes das posições subjetivas centraram-se sobretudo em aferir “*intenção* do agente, o *escopo* por ele prosseguido”.³⁹⁶ Para os seguidores desta corrente doutrinária, na declaração expressa agiria o declarante com “a finalidade – única, ou, pelo menos, precípua, imediata – de dar a conhecer a outrem um dado conteúdo de sentido, de fazer uma declaração”³⁹⁷. Por outro lado, esta finalidade não existiria na declaração tácita e sua vontade ficaria apenas subentendida de seus atos³⁹⁸.

A posição subjetiva foi submetida a diversas críticas, algumas ligadas, naturalmente, aos ataques encetados contra a própria teoria subjetiva do negócio jurídico, como, por exemplo, a dificuldade (que beira a impossibilidade) envolvida na “investigação psicológica” do agente³⁹⁹.

Além disso, critica-se este critério por recorrer a elementos externos à declaração, que não a compõem efetivamente, ainda que, de certa forma, estejam em seu entorno⁴⁰⁰. Desta forma, sustentou-se que, recorrendo à vontade interna do declarante, que não é elemento constitutivo da declaração negocial⁴⁰¹, não seria possível obter realmente um conceito da declaração tácita em si mesma, além de se correr o risco de resultados incongruentes, em que uma declaração da mesma natureza fosse classificada como expressa ou tácita conforme mudassem os fins íntimos (no fundo insindicáveis) com que atua o declarante⁴⁰².

MOTA PINTO traz um interessante exemplo para ilustrar esta crítica, no qual uma conduta idêntica pode ser entendida ora como declaração expressa, ora como declaração tácita:

³⁹⁵ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 463.

³⁹⁶ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 464. Também, MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 87.

³⁹⁷ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 464.

³⁹⁸ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 464.

³⁹⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 466.

⁴⁰⁰ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 466.

⁴⁰¹ Lembre-se que, para o conceito estrutural de negócio jurídico apresentado por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO constituem a declaração negocial apenas a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, (AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 32).

⁴⁰² MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 467. Também, MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 87

quem consome ou aliena um bem adquirido pelo seu representante para além dos poderes de que este dispunha, ratificaria expressamente o negócio, se queria apenas satisfazer uma necessidade, ou obter liquidez patrimonial. Mas tal ratificação já seria expressa se o agente quisesse, antes, em primeira linha, ratificar o negócio.⁴⁰³

Em razão dessas e de outras críticas, a doutrina contemporânea tem rejeitado distinguir as declarações expressas e tácitas conforme os critérios propostos pelas teorias subjetivas. Em contraposição foram desenvolvidas teorias objetivas desta distinção. Todavia, se de um lado as posições subjetivas deixavam-se aglutinar sob o denominador comum da intenção do declarante ao agir, as posições objetivas não podem ser tão facilmente reunidas em torno de um único critério genérico, tendo sido remetida a distinção, por exemplo, à natureza dos meios expressivos, à direção dos meios declarativos, ao grau de certeza expressiva e até mesmo à 'avaliação objetiva da finalidade do agente'⁴⁰⁴. Como tratar de cada uma destas correntes excede o objetivo desta pesquisa, remete-se para tal fim à doutrina especializada nesta matéria, discutindo-se aqui apenas a corrente de cariz objetivo com a qual tem concordado a doutrina mais contemporânea, em que este trabalho se apoia. Assim, sob o ponto de vista objetivo, a distinção que se considera mais adequada sustenta uma oposição feita a partir de conceitos provenientes da linguística, mais precisamente, da contraposição entre símbolos e sinais⁴⁰⁵.

Segundo a doutrina, o símbolo tem origem convencional – seja uma convenção comum a um grupo de pessoas, como a língua nacional ou um dialeto regional, seja a convenção particular entre as partes, como no famoso exemplo da doutrina anglo-americana das partes que teriam concordado que o termo 'comprar' deveria significar, para a relação entre elas, 'vender'⁴⁰⁶ – estando em relação de

⁴⁰³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 467.

⁴⁰⁴ Para uma síntese dos principais argumentos de cada corrente, vide MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 469 a 493.

⁴⁰⁵ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 515 e ss. ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 192 e 199-200. MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 52 a 57. MARINO, *op. cit.*, 2011, p. 90 a 92.

⁴⁰⁶ O exemplo consta do *Restatement (Second) of Contracts*, §212, cmt. b. illus. 4 (1981), de acordo com BURTON, Steven J. **Elements of contract interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 28.

equivalência⁴⁰⁷ ou substituição⁴⁰⁸ com o seu significado (arbitrariamente estabelecido pela convenção que dá origem ao símbolo)⁴⁰⁹.

Destarte, “o símbolo tem uma dimensão semântica constante, uma identidade objetiva, conservando a sua base convencional nos diversos contextos em que insere”⁴¹⁰. Lembre-se que a semântica, em apertada síntese, é “ramo da linguística” que busca compreender o “significado e a interpretação” de palavras e frases dentro de um sistema de linguagem – ou seja, busca o significado “naquilo que é constante nas expressões linguísticas, abstraindo do uso por indivíduos específicos em situações concretas”. A semântica se diferencia da sintaxe e da pragmática. A sintaxe investiga as “propriedades de combinações das palavras e das condições de boa formação das frases”, ou seja, não é uma disciplina do significado, mas da “estrutura das frases”⁴¹¹. Por sua vez, a pragmática “estuda a linguagem em situações de uso, considerando o significado das palavras e das frases no seu contexto linguístico e situacional”⁴¹².

O símbolo possui, portanto, uma “estrutura representativa” que atua substituindo o próprio “ato de experiência original”, o que implica sua (relativa) autonomia com relação ao seu contexto⁴¹³. Isso não pode significar, naturalmente, a negação da dimensão pragmática da declaração negocial feita por símbolos. Ou seja, como foi visto quando se tratou da interpretação, a declaração negocial, mesmo a expressa, isto é, mesmo a constituída por símbolos com dimensão semântica estável, deve sempre ser interpretada e compreendida de acordo com o contexto em que ela é proferida.⁴¹⁴ Da afirmação do conteúdo semântico estável dos símbolos, para além de sua distinção dos sinais, deve-se retirar, para os fins deste trabalho, o caráter consciencioso do intérprete com relação a esta convenção

⁴⁰⁷ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 53.

⁴⁰⁸ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 516.

⁴⁰⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 516.

⁴¹⁰ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 516.

⁴¹¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV**. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 222 e 223.

⁴¹² ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 223 a 225.

⁴¹³ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 52. No original: “*Il simbolo, infatti, per la sua struttura rappresentativa, si attegge a sostituto dell’atto di esperienza originale. Tale ‘sostitutività’ fonda l’autonomia del simbolo stesso rispetto alla varietà delle circostanze ambientali*”. Em tradução livre: “O símbolo, de fato, por sua estrutura representativa, coloca-se como substituto do ato de experiência originária. Tal ‘substitutividade’ dá fundamento à autonomia do símbolo mesmo a respeito da variedade de circunstâncias ambientais”.

⁴¹⁴ MOTA PINTO, *op.cit.*, 1995, p. 516.

original, que, para afastá-la, na solução de um dado caso concreto, deve ter contra si o ônus de argumentar coerentemente com base no contexto próprio da declaração.

O sinal, por sua vez, não possui um significado convencionalmente estipulado, de forma que seu sentido só pode ser compreendido dentro de um conjunto de circunstâncias, de acordo com critérios de experiência⁴¹⁵. “O sinal não tem sequer uma relação semântica constante, devendo a sua capacidade significativa inteiramente às circunstâncias em que se insere”⁴¹⁶. Destarte, o sinal pode se consubstanciar em um

comportamento que, de per se, representa um fato neutro e equívoco. Inserido na moldura do conjunto de circunstâncias, apreciado segundo critérios de experiência e com base em mecanismos de conexões empíricas reais, o comportamento pode adquirir capacidade significativa.⁴¹⁷

Com base nesta distinção entre símbolo e sinal, a doutrina contemporânea propõe o critério para a diferenciação entre declaração expressa e tácita. A declaração expressa é aquela em que o declarante emprega preponderantemente símbolos para sua manifestação, enquanto a declaração tácita é aquela em que são empregados sinais, cujo sentido é apreendido necessariamente das circunstâncias⁴¹⁸.

Diante desta distinção, procura-se sustentar a existência de uma “maior potência representativa” nas declarações expressas, que seriam, por essa razão, mais aptas à manifestação de conteúdos complexos, enquanto os conteúdos

⁴¹⁵ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 53.

⁴¹⁶ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 516.

⁴¹⁷ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 52. No original: “*un comportamento che, di per sé, rappresenta un fatto neutro ed equivoco. Inserito nella cornice delle circostanze d'insieme, apprezzate secondo criteri di esperienza ed in base a meccanismi di connessioni empiriche reali, il comportamento può acquistare capacità significativa*”.

⁴¹⁸ MOTA PINTO, p. 515. BIANCA prefere se referir a “meios” ou “signos” “de linguagem”, como aqueles empregados em manifestações expressas e a “comportamentos concludentes”, “que não constituem meio de linguagem e dos quais, todavia, segundo as circunstâncias, se deduz o implícito intento negocial”, como aqueles que consubstanciam “acordos tácitos” BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile**. Il Contratto. Vol. 3., ristampa, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 212 e 213.

manifestados pelas declarações tácitas deveriam ser, forçosamente, mais simples⁴¹⁹.

Por outro lado, defende-se a maior força do sinal para a apuração dos interesses das partes, pois

a declaração tácita, que ocorre através de sinais, apesar de mais equívoca, permite – como tem sido posto em relevo – uma maior atendibilidade. Isto é, o sinal oferece maior garantia de verdade, na medida em que remete para uma realidade inferida a partir dele, e não apenas para o seu conceito ideal.⁴²⁰

De todo modo, mister ter sempre em mente que a declaração tácita tem em si elementos suficientes para ser reconhecido pelo ordenamento jurídico como constituinte de um negócio juridicamente vinculante⁴²¹. Ou seja, o comportamento que, dadas as circunstâncias do caso, possa ser considerado um sinal manifestando um conteúdo negocial, será, dado o ordenamento jurídico vigente, reputado como um exercício de autonomia privada. Neste sentido, veja BETTI:

Também aqui, e não menos que nos negócios declarativos, o comportamento tem uma função constitutiva insubstituível, não meramente probatória, mas reveladora. O carácter concludente que se requer no comportamento, não é já entendido como referido a um indício, para permitir uma dedução segura acerca de um acto que não tem, por si, função comunicativa de uma incontrolável vontade puramente interna, mas é entendido como a univocidade da manifestação de autonomia, tomada no seu significado social, a avaliar, não segundo a exigência subjetiva de uma consciente “manifestação”, mas segundo a necessidade objectiva de sua recognoscibilidade por parte dos outros.⁴²²

⁴¹⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 517.

⁴²⁰ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 517 e 518.

⁴²¹ BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico, op. cit.*, 1969, p. 247 e ss.

⁴²² BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico, op. cit.*, 1969, p. 252.

3. O comportamento concludente

Visto que a declaração tácita é aquela composta por sinais, cujo valor significativo é dado conforme o seu contexto próprio, importa estudar especificamente estes sinais, que assumem a forma de um comportamento da parte declarante. MOTA PINTO nota que este comportamento é comumente conhecido como “comportamento concludente” e constitui, efetivamente, o “elemento objetivo” da declaração tácita⁴²³.

Com relação a esse comportamento concludente, a principal questão gira em torno, justamente, dos critérios necessários para se determinar, em direito, a “concludência”⁴²⁴ de um dado comportamento, uma vez que esta deverá ser afirmada para que se possa ligar ao sinal (comportamento concludente) as eficácias típicas do negócio jurídico que ele constitui⁴²⁵. Por essa razão, o próximo tópico deste trabalho será dedicado à análise do juízo de concludência, procurando testar os critérios expostos pela doutrina estrangeira através das normas do direito brasileiro, para avaliar a sua compatibilidade e a sua aplicabilidade.

Antes, todavia, deve-se deixar fora de dúvida que para a existência da declaração tácita exige-se os mesmos elementos necessários às declarações expressas, girando as questões a respeito da concludência do comportamento em torno apenas de um destes elementos (a saber, a forma). Ou seja, ainda que se entenda que, em um dado caso concreto, um comportamento é concludente, antes que se possa afirmar pela formação de um negócio jurídico, é necessário averiguar se os demais elementos do negócio jurídico (i.e., o objeto e as circunstâncias

⁴²³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 746. É importante notar que parte da doutrina, sobretudo aquela que rejeita o uso da expressão declaração tácita, seja pela contradição que carrega, seja pela sua amplitude, procura abandonar a expressão declaração tácita e substituí-la pelo próprio comportamento concludente, de cariz objetivo, contrapondo este (e não a declaração tácita) à declaração dita expressa (neste sentido, vide MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 27 e 28). A nosso ver, esta polêmica interessa menos a este trabalho do que a delimitação dos critérios necessários à determinação da ocorrência, de fato, de um comportamento concludente, com o que, como se verá, a doutrina está mais assente.

⁴²⁴ Expressão de MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 523, que parte da doutrina italiana para afirmar que “De acordo com ela (doutrina italiana), a concludência, num sentido estrito, é característica da declaração tácita, ou por factos concludentes. Esta efectua-se por sinais dos quais se pode inferir a declaração – que são, portanto, os tradicionais *facta concludentia* (na concepção tradicional, *ex quibus voluntas concludi potest*)”.

⁴²⁵ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 747.

negociais) também estão presentes no caso. Essa observação é importante quando se diferenciar, em casos de fronteira, as declarações tácitas de hipóteses de tutela de confiança, como se verá no momento oportuno.

Também interessa especialmente à concludência de um dado comportamento, sobretudo aquele que se verifica após a formação de um contrato de duração e que atuará, como se verá, para complementá-lo, modificá-lo ou extingui-lo, o tema da “*protestatio*”. A “*protestatio*” é a atitude daquele que, em praticando um comportamento que julga poderia ser compreendido socialmente como concludente, ressalva os efeitos deste, alertando os possíveis interessados de que este comportamento não é feito com intuito de concludência⁴²⁶.

Próximo ao tema da “*protestatio*”, mas que dele aparentemente se distingue por alguns caracteres relevantes, está a cláusula de eleição de forma aplicável a qualquer modificação ao contrato ou novação das obrigações das partes por qualquer forma que não a escrita.

Estes três tópicos compõem este item sobre o comportamento concludente e devem bastar para oferecer critérios razoavelmente seguros para aferir a concludência de um dado comportamento em um caso concreto.

3.1. Juízo de concludência

A afirmação da concludência de um dado comportamento em um caso concreto corresponde a um juízo de ilação a respeito de uma conexão entre o significado socialmente aferível da conduta e a declaração tácita⁴²⁷. Desta forma, para que se possa afirmar em um caso concreto a concludência de um dado comportamento, depender-se-á da interpretação deste dentro do contexto em que se situa, de acordo com as regras de interpretação aplicáveis em um dado

⁴²⁶ Sobre o tema, vide: ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 205 e ss. Também MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 786 e ss.

⁴²⁷ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 73. Também MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 746 e 747, BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico, op. cit.*, 1969, p. 269. ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 201.

ordenamento jurídico e que já foram discutidas neste trabalho⁴²⁸. Como explica MOTA PINTO

[t]rata-se, aqui também, de determinar o significado de um comportamento (concludente), se bem que se ponha o problema de não existir uma linguagem, pelo que é necessária uma ilação a partir da conduta, enquadrada nas respectivas circunstâncias. Entendemos, pois, que, mesmo tendo de se realizar esta inferência, a avaliação da conclidência é também um problema de interpretação.⁴²⁹

A interpretação da conduta cuja conclidência se analisa em um caso concreto deve procurar estabelecer o que se chama usualmente de “nexo de conclidência” e que se apura segundo alguns critérios específicos de coerência⁴³⁰.

Antes de passar à análise específica destes critérios, parece importante trazer à baila sobre a questão de dever ser, ou não, o nexo de conclidência averiguado de maneira unívoca e necessária, desta forma dita “lógica” (considerando-se uma lógica dedutiva), ou se basta uma “elevada probabilidade” para a sua configuração⁴³¹. BETTI, por exemplo, lecionava que o juízo pela conclidência deveria ser inequívoco e necessário, efetivamente permitindo a dedução desta característica do comportamento:

É, pelo contrário, indirecta a recognoscibilidade e implícita a manifestação, quando se produz por meio de uma conduta que, tomada em si mesma, não tem a função de fazer conhecer aos interessados o conteúdo em questão, mas que, por ilação necessária e unívoca, permite deduzir e torna reconhecível uma tomada de posição vinculativa, a respeito de certos interesses alheios. O comportamento qualifica-se como concludente, quando impõe uma conclusão, uma ilação lógica, que não se fundamenta na consciência do agente (que até poderia nem dar conta da conclidência da sua conduta), mas sobre o espírito de coerência que, segundo os pontos de vista comuns, deve informar qualquer comportamento entre membros da sociedade, e sobre a auto-responsabilidade que

⁴²⁸ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 748 e ss.

⁴²⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 748.

⁴³⁰ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 759.

⁴³¹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 768 a 776.

se liga, por uma exigência social, ao ónus de conhecimento.⁴³²

MUCCIOLI parece se posicionar no mesmo sentido, ao afirmar que enquanto o juízo de ilação deve ser sempre relativo, no entanto, o nexo de conclusão (lógico e experimental) que liga o comportamento à declaração deve ser sempre “unívoco e necessário”, considerados os dados concretos de tempo e lugar da atividade.⁴³³

MOTA PINTO, por outro lado, concorda que a conclusão não pode ser aferida desrespeitando as leis da lógica, mas também entende que a determinação desta “não terá necessariamente de consistir numa verdadeira dedução lógica. Pois trata-se apenas de, num contexto prático de interação, determinar o significado de um comportamento”⁴³⁴. Desta forma, basta a alta probabilidade, desnecessária a inequívocidade⁴³⁵.

A nosso ver, parece ter razão MOTA PINTO em dispensar a univocidade do nexo de conclusão, salvo se a lei – como no caso da novação (artigo 361 do Código Civil) – expressamente o exigir⁴³⁶. Sendo a apuração deste nexo, como se disse, um juízo interpretativo, é muito pouco provável que este juízo possa atingir resultados inequívocos, dada a própria natureza da interpretação (remete-se, para estas questões, à primeira parte do capítulo sobre o tema).

3.1.1. Critérios para apuração do nexo de conclusão

Dito isto, é relevante estudar os critérios pelos quais será avaliado o significado do comportamento (obtido pela interpretação), para que se possa aferir

⁴³² BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, op. cit., 1969, p. 269.

⁴³³ MUCCIOLI, op. cit., 2015, p. 73 e 74: “La questione perde decisamente rilievo, laddove si consideri che, mentre l'illazione in sé non può che essere 'relativa' (in quanto connessa alla situazione in cui l'agente opera, valutata alla stregua della comune esperienza), assolutamente 'univoco e necessario' deve apparire il nesso logico-sperimentale che la giustifica nei concreti limiti di tempo e luogo dell'attività considerata. (...) Di qui la necessità di determinare quali proprietà il comportamento debba possedere perché dia luogo a un rapporto illativo rigorosamente univoco e necessario.”

⁴³⁴ MOTA PINTO, op. cit., 1995, p. 769.

⁴³⁵ MOTA PINTO, op. cit., 1995, p. 772 e 773.

⁴³⁶ MOTA PINTO, op. cit., 1995, p. 774 e 775.

o referido nexo de concludência. O direito brasileiro não arrola nem indica quais seriam estes critérios. A mesma situação se passa na Itália e em Portugal, onde a doutrina procurou construir, sobretudo, com base em casos específicos de comportamento concludente tipificados, os critérios que permitem inferir do comportamento uma ilação segura de concludência⁴³⁷.

Destarte, a doutrina destaca a relevância da coerência lógica entre a conduta e o significado objetivo do negócio jurídico, que não está explícito nela, mas sim implícito⁴³⁸. Este critério de coerência lógica pode ser desdobrado em dois critérios parcelares, um de caráter positivo e outro negativo⁴³⁹.

Sob o ponto de vista positivo, pode se averiguar um nexo “positivo”, de “inclusão”⁴⁴⁰ ou de “continência”⁴⁴¹. Este nexo positivo implica imputar ao agente o conteúdo de um negócio jurídico coerentemente posto, segundo a experiência social, com o seu comportamento consciente⁴⁴².

Para a doutrina, este critério equivaleria a um “juízo analítico, segundo o qual um acto está contido noutra (uma espécie de ‘concludência analítica’)”⁴⁴³.

Quando se referindo a tal critério, a doutrina italiana costuma fazer menção ao artigo 476 do Código Civil italiano, como exemplo de sua consagração positiva⁴⁴⁴. Tal dispositivo legal prevê, quando tratando da aceitação da herança

⁴³⁷ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 74. No mesmo sentido: BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, *op. cit.*, 1969, p. 269. ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 201.

⁴³⁸ BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, *op. cit.*, 1969, p. 270.

⁴³⁹ BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, *op. cit.*, 1969, p. 270. MOTA PINTO, ainda que trate especificamente de cada um dos ‘subcritérios’ referidos, critica a divisão, afirmando que ela não traz qualquer resultado prático a respeito da natureza da declaração tácita apurada em um caso concreto e que ambos os subcritérios seriam referidos, ao fim e ao cabo, à ideia de “incompatibilidade ou contradição com um certo significado” (*op. cit.*, 1995, p. 766). A nosso ver, a distinção entre os dois subcritérios aumenta a precisão da análise em um caso concreto e tem um caráter didático inegável, razão pela qual não se a abandona, ainda que se concorde ser ela passível de crítica.

⁴⁴⁰ BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, *op. cit.*, 1969, p. 270.

⁴⁴¹ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 73, que, com base em Natalino Irti, explica que: “*Si è osservato, riguardo ai comportamenti, come l'intento che "l'agire del soggetto o implica per logica coerenza (nesso di continenza) o esclude per logica ripugnanza (nesso di incompatibilità)" si lascia "soltanto desumere"*.” Em tradução livre: “Se há observado, com relação aos comportamentos, como o intento que “o agir do sujeito, ou implica por coerência lógica (nexo de continência) ou exclui por lógica repugnância (nexo de incompatibilidade), se deixa apenas inferir”.”.

⁴⁴² BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, *op. cit.*, 1969, p. 267 a 270. MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 73 e 74. A exigir a consciência do comportamento, de maneira socialmente reconhecível, e não aferindo fatores psicológicos: BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, *op. cit.*, p. 252 e 253.

⁴⁴³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 760.

⁴⁴⁴ “*Codice Civile Art. 476. Accettazione tacita. L'accettazione è tacita quando il chiamato all'eredità compie un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede.*” Em tradução livre: “Aceitação tácita. A aceitação é tácita

pelos herdeiros, textualmente, que: “a aceitação é tácita quando o chamado à herança realiza um ato que pressupõe necessariamente a sua vontade de aceitar e que não teria o direito de fazer se não na qualidade de herdeiro”⁴⁴⁵.

No direito brasileiro, é possível localizar disposição semelhante no artigo 1.805, *caput*, do Código Civil, que prevê que “a aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro”.

Como exemplo de “ato próprio da qualidade de herdeiro”, a jurisprudência brasileira já destacou, por exemplo, a abertura do processo de inventário⁴⁴⁶, tendo sido a própria constituição de advogado para tal fim considerada suficiente para se inferir a aceitação tácita da herança⁴⁴⁷. Este artigo é especialmente relevante no direito brasileiro, sobretudo considerada a irrevogabilidade da aceitação da herança (artigo 1.812 do Código Civil)⁴⁴⁸.

quando o chamado à herança adota um ato que pressupõe necessariamente a sua vontade de aceitar e que não ele não teria direito de praticar exceto na qualidade de herdeiro”. Neste sentido: BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, *op. cit.*, p. 270. MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 74. Também faz referência ao artigo, mas sem discutir o critério nele contido: ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 201.

⁴⁴⁵ Admite a aceitação tácita da herança também o direito português – artigo 2.056º, 1, do Código Civil daquele país – todavia, controverte a doutrina portuguesa a respeito do seu caráter de negócio jurídico, como nota MOTA PINTO, *op. cit.* 1995, p. 819. Para este autor, ademais, “a possibilidade de aceitação tácita da herança através de actos concludentes, como a alienação ou a utilização de um bem da herança pelo herdeiro, estava já prevista nas fontes romanas (*pro herede gestio*)” (*op. cit.*, *idem*).

⁴⁴⁶ Agravo de Instrumento no 2036510-90.2014.8.26.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 10 de junho de 2014, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy. Evidentemente, tal ato somente pode ter a referida conotação quando praticado por aquele que possui caráter de herdeiro (necessário ou testamentário) ou legatário. Os demais legitimados do rol do artigo 616 do Código de Processo Civil não se tornarão herdeiros, ‘tacitamente’, simplesmente por força da abertura do inventário. Outros exemplos são referidos no Agravo de instrumento no 0199106-26.2012.8.26.0000, julgado também pelo TJSP, em 12/12/2012, rel. Des. Marcondes D’Angelo, que cita os seguintes atos: “cobrar créditos, pagar dívidas, abrir inventário ou nele se habilitar”.

⁴⁴⁷ TSJP, Agravo de Instrumento no 2216075-77.2015.8.26.0000, Rel. Des. Souza Lopes, julgado em 26 de fevereiro de 2016.

⁴⁴⁸ Tem se visto algumas disputas judiciais em torno do tema da aceitação tácita da herança, sobretudo relacionadas a posterior renúncia da herança, tanto para fins tributários (se não há aceitação prévia, a renúncia é chamada de “abdicativa” e não é objeto de incidência do ITCMD, no entanto, se já houve a aceitação, a renúncia então é dita “translativa” – no fundo, em tudo assemelhada à doação – e, por isso, incide o referido imposto). A respeito destas questões, vide os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.254.813 – RJ, relatado pelo Min. Castro Meira e publicado no Diário de Justiça eletrônico em 19/12/2011 e no Recurso Especial Nº 1.508.503 – RJ, relatado pela Min. Regina Helena Costa e publicado no Diário de Justiça eletrônico em 4/3/2016.

Além deste artigo, o critério da continência parece embasar também o artigo 659 do Código Civil, que estabelece que: “A aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução”.

Ou seja, o Código Civil brasileiro parece ter acolhido, ou ao menos não repudia, o critério da continência como apto a demonstrar a concludência de um comportamento para fins de declaração tácita. Desta forma, diante da inexistência de critérios rivais ou restrições legais à sua aplicação, parece lícito concluir pela sua aplicabilidade ao direito brasileiro.

Sob o ponto de vista negativo, apura-se o nexó de incompatibilidade entre o comportamento e determinado efeito, implicando outra manifestação⁴⁴⁹.

A incompatibilidade é, pois, um elemento importante a atender na determinação da ilação, desde que, obviamente, se possa afirmar que essa incompatibilidade é suficiente para constituir uma impressão no sentido da existência de uma declaração negocial (pois não basta o simples comportamento contraditório, se for patente a inexistência de uma declaração negocial, podendo aquele quando muito levar a uma tutela extra-negocial da confiança, pela proibição do *venire contra factum proprium*). A declaração tácita poderá resultar, portanto, não apenas da análise das implicações que se seguem a um determinado comportamento, que nele estão contidas, como, e sobretudo, do valor específico atribuído à não contradição com a própria conduta ou à exclusão de um significado contrário.⁴⁵⁰

Para embasar legislativamente o critério negativo, a doutrina italiana comumente se refere ao artigo 2937, 3, do seu Código Civil, que trata da renúncia à prescrição pela parte que dela se beneficia, dispondo que “a renúncia pode resultar de um fato incompatível com a vontade de se valer da prescrição”.⁴⁵¹

Novamente, o Código Civil brasileiro possui artigo com teor algo semelhante, o artigo 191, que prevê que “a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se

⁴⁴⁹ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 73.

⁴⁵⁰ MOTA PINTO, *op. cit.* 1995, p. 766 e 767.

⁴⁵¹ Código civil italiano, artigo 2937, 3: “*La rinunzia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione*”.

consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”. A jurisprudência nacional é pródiga em casos relativos à esta forma de renúncia tácita, apontando, como exemplo bastante recorrente, o pagamento da dívida.⁴⁵²

Por esta razão, este critério de incompatibilidade também parece aplicável ao direito brasileiro.

Evidentemente, como já referido acima, estes critérios não podem ser aplicados isoladamente, mas sempre levando em conta também o cânone hermenêutico da totalidade, que manda que o intérprete avalie, neste caso, não apenas o comportamento isoladamente considerado, mas todo o contexto que o cerca⁴⁵³. Isto porque se entende que o comportamento não traz um significado de dentro (ele não possui um significado que se exprima isolada e autonomamente), mas o recebe de fora, a partir da sua integração ao contexto, pois, como visto, é sinal e não símbolo⁴⁵⁴. Por esta razão, afirma-se que o “contexto” é considerado por alguns o terceiro critério para tal juízo de ilação⁴⁵⁵.

Ademais, ressalte-se que a conclusão “baseia-se, pois, num ‘nexo lógico-experimental’ em que factores de tipicidade social e factores jurídicos são também importantes”⁴⁵⁶. Isto quer dizer que, muitas vezes, será razoável atribuir o sentido ao comportamento partindo-se da premissa, em regra correta, de que as pessoas procuram se mover e agir dentro de um ambiente de licitude e honestidade.

Por fim, a doutrina italiana também relaciona o critério da “*ragionevolezza*”⁴⁵⁷ (ou “*reasonableness*”)⁴⁵⁸. Em português, a tradução literal seria “razoabilidade”,

⁴⁵² TJSP, Apelação cível nº 1066487-72.2013.8.26.0100, Rel. Des. Ruy Coppola, julgado em 28 de abril de 2016. TJSP, Apelação cível nº 0037454-60.2012.8.26.0562, Rel. Des. Vianna Contrim, julgado em 14 de abril de 2016. TJSP Apelação cível nº 1002557-36.2014.8.26.0071, Rel. Des. Carlos Dias Motta, julgado em 6 de abril de 2016.

⁴⁵³ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 74, que explica que: “*Accanto ai criteri della continenza e dell'incompatibilità, si reputa necessario, nella ricostruzione del significato di un determinato comportamento in un dato contesto, che si faccia riferimento alla totalità delle circostanze che ad esso si accompagnano.*” Em tradução livre: “Para além dos critérios da continência e da incompatibilidade, julga-se necessário, na reconstrução de um determinado comportamento em um dado contexto, que se faça referência à totalidade das circunstâncias que a esse acompanharam”.

⁴⁵⁴ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 74 e 75.

⁴⁵⁵ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 75.

⁴⁵⁶ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 768.

⁴⁵⁷ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 75.

⁴⁵⁸ Termo empregado pelo *Common European Sales Law*, C.E.S.L, de novembro de 2011, artigo 5: “*Article 5 Reasonableness. 1. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of the contract, to the circumstances of the case and to the usages and practices*

todavia, o emprego dessa expressão em diversas áreas do direito (por exemplo, o direito constitucional e administrativo), desaconselha a sua adoção sem qualquer precisão. A “*ragionevolezza*” atua como um meio termo entre a vontade do agente e a confiança do destinatário e não deveria ser tomada como um sinônimo da boa-fé objetiva, mas sob uma visão pragmática, em respeito às circunstâncias do caso concreto e aos interesses das partes⁴⁵⁹. A nosso ver, este critério é trazido pela doutrina italiana para temperar o rigor da exigência da “univocidade” para o nexo de concludência e, por isso, não parece necessário a partir do momento em que se conclui ser suficiente para a afirmação deste nexo a alta probabilidade e não a univocidade.

Por fim, mister notar que o juízo sobre a concludência do comportamento, ainda que tenha um caráter de um procedimento interpretativo e valorativo, não se confunde com a interpretação da declaração negocial para fins de determinação de seu conteúdo material. Isto porque se tratam de duas fases conceitualmente distintas da vida do contrato – a sua formação e a determinação de seu conteúdo.⁴⁶⁰

of the trades or professions involved. 2. Any reference to what can be expected of or by a person, or in a particular situation, is a reference to what can reasonably be expected.” Em tradução livre: “Artigo 5. Razoabilidade. 1. A razoabilidade deve ser objetivamente verificada, tendo em consideração a natureza e o propósito do contrato, as circunstâncias do caso e e os usos e práticas comerciais ou profissionais envolvidos. 2. Qualquer referência ao que pode ser esperado por ou de uma pessoa, ou em uma situação particular, é uma referência ao que pode ser razoavelmente esperado.” Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635>, acesso em 11 de maio de 2016, às 18h04min. O *Draft Common Frame of Reference*, no seu item 4:102 – “How intention is determined” – exige que a conduta adotada para a formação de um contrato seja ‘razoavelmente’ entendida pela outra parte: “II. – 4:102: How intention is determined. The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party’s statements or conduct as they were reasonably understood by the other party”. Disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, acesso em 11 de maio de 2016, às 18h12min.

⁴⁵⁹ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 44: “*una ragionevolezza, in altre parole, di un tipo pragmatico, di rispetto delle circostanze del caso concreto, atta ad integrare un meccanismo di valutazione che tenga conto, per l'appunto, proprio di queste ultime e degli interessi delle parti*”.

⁴⁶⁰ MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 60: “*Si tratta, è bene ribadirlo, di due differenti fasi contrattuali: la formazione, da un lato, e la determinazione del contenuto, dall'altro. Con ciò non si vuol negare che l'accertamento della concludenza di una condotta esiti da un procedimento interpretativo - valutativo, ma semplicemente rivendicare la necessaria esattezza dei confini tra la dimensione formativa della regola e la ricostruzione (e la compiutezza) del contenuto che essa racchiude*”.

Para a fase de determinação do conteúdo do negócio jurídico formado por comportamento concludente, entende-se que são aplicáveis as regras de interpretação já expostas no capítulo sobre interpretação⁴⁶¹.

3.2. Protesto

Sob a rubrica “protesto” (ou “*protestatio*”) a doutrina procura referir a hipótese em que um agente, adotando um comportamento que poderia ser, dadas as condições específicas do caso concreto, reputado concludente, ‘protesta’ contra esta conclusão, declarando aos nela interessados que ao agir desta maneira não pretende realizar qualquer declaração negocial (ainda que tácita). No âmbito mais específico deste trabalho, interessam aquelas hipóteses de protesto em que o agente em questão é parte de um contrato de longa duração e o interessado é, justamente, a contraparte deste contrato.

No fundo, a questão parece girar em torno de saber se o sentido social do comportamento de um agente pode ser a ele imposto ainda quando ele expressamente tome o cuidado de afastá-lo.

Em primeiro lugar, nota-se que o direito positivo brasileiro não prevê uma solução expressa para esta questão. Desta forma, é necessário recorrer em primeiro lugar para a doutrina especializada, que se divide sobre este ponto.

Para MOTA PINTO, o protesto constitui uma declaração do agente que receia ter sua conduta interpretada como constituindo um negócio jurídico, alertando que esta deve possuir outro sentido⁴⁶². O autor ainda explica que quando a conduta cujo sentido se ressalva poderia reconhecer um direito alheio ou implicar a “renúncia a um direito próprio”, o protesto seria normalmente designado como “reserva” (ou “*reservatio, Reservation, Vorbehalt*”)⁴⁶³. “Trata-se, portanto, de actos

⁴⁶¹ Sobre esta problemática, vide: MUCCIOLI, *op. cit.*, 2015, p. 61 e 62. Também CERQUETTI, Paolo. **Le regole dell’interpretazione tra forma e contenuto del contratto**. Perugia: Università degli Studi di Perugia. Monografie di Diritto e processo a cura di Antonio Palazzo. 2008, p. 134 e ss.

⁴⁶² MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 786. ROPPO explica o conceito de “*protestatio*” como “*dichiarazione con cui il soggetto smentisce un proprio comportamento concludente*” (*op. cit.*, 2011, p. 205).

⁴⁶³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 787.

que intervêm sobre o aspecto objectivo, exterior, da declaração, influenciando a sua interpretação, como verdadeiras contra-declarações”⁴⁶⁴.

A doutrina costuma estabelecer “um limite à relevância da reserva e do protesto” sob o “aforismo ‘*protestatio facto contraria nihil relevat*’”⁴⁶⁵. Ou seja, o protesto não teria eficácia contra os comportamentos da própria parte que protesta⁴⁶⁶. Segundo MOTA PINTO, este aforismo não teria efetivamente fonte no direito romano, mas já “era referido pelos comentadores e no *usus modernus*, bem como pela pandectística de oitocentos”⁴⁶⁷ e contemporaneamente estaria sustentado pela doutrina com base em inúmeros argumentos (como a “univocidade ou clareza do comportamento”, a “contradição”, a “ilicitude da conduta” ou a “irreversibilidade do resultado económico provocado com a conduta”⁴⁶⁸). Dessarte, o aforismo não se sustenta por si, devendo sempre buscar a sua fundamentação em outros argumentos⁴⁶⁹, que tampouco podem se manter, de modo que não é possível excluir, de maneira abstrata, a eficácia do protesto contra a concludência de um dado comportamento com base exclusivamente neles⁴⁷⁰.

Para explicar a sua posição, MOTA PINTO divide o protesto em dois “tipos”, um irrelevante e outro relevante⁴⁷¹.

Os protestos irrelevantes seriam aqueles feitos posteriormente à declaração (expressa ou tácita) cuja constituição se procura evitar, posto “não se poderem desfazer unilateralmente vinculações jurídicas assumidas”⁴⁷². Também seriam irrelevantes aqueles protestos feitos sem seriedade, cuja interpretação negasse o sentido de efetiva ressalva à declaração em questão⁴⁷³.

Fora estes casos, os protestos seriam, a princípio, relevantes, pois

⁴⁶⁴ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 787 e 788.

⁴⁶⁵ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 790.

⁴⁶⁶ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 790.

⁴⁶⁷ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 790.

⁴⁶⁸ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 791 e 792. No texto, o autor refere os inúmeros autores responsáveis por cada formulação ora referida.

⁴⁶⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 795.

⁴⁷⁰ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 795 e 796.

⁴⁷¹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 796.

⁴⁷² MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 796.

⁴⁷³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 796.

não se vê como limitar a relevância do protesto para moldar o significado, pois trata-se de um significado negocial, e, portanto, no domínio da autonomia, em que as partes podem moldar livremente o sentido a cuja conduta os efeitos se conformarão.⁴⁷⁴

Ademais, para MOTA PINTO não seria possível afirmar a concludência de um comportamento quando há uma declaração expressa (o protesto) a afastar tal característica. Isto implicaria uma “arbitrária *amputação* de parte da ‘imagem interpretativa’”⁴⁷⁵.

Contra esta posição, alguns autores pretendem argumentar que o protesto não deveria ser aceito quando a conduta em si, sem a declaração tácita que a justifique, será ilícita, ou quando os seus resultados econômicos – por exemplo, consumiu-se a prestação de maneira irreversível – não puderem ser desfeitos⁴⁷⁶.

MOTA PINTO contrapõe-se, todavia, a tais argumentos sustentando que, nos casos em que os resultados econômicos da conduta não puderem ser revertidos a questão, será necessário decidir-se “com recurso aos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa” e não pela imposição de um resultado negocial a quem expressa e claramente declarou não o querer⁴⁷⁷.

Com relação à ilicitude da conduta, o argumento, a princípio, pode proceder, mas neste caso se está diante de um caso em que a própria interpretação do protesto impõe a sua irrelevância. Ou seja, a sua interpretação, considerando que o agente não pretende praticar um ato ilícito e, por esta razão, o sentido do protesto não pode ser elidir a concludência do comportamento (de acordo com uma avaliação objetiva, o autor do protesto não o teria feito, se soubesse da ilicitude).

Por outro lado, a própria interpretação das circunstâncias do caso pode mostrar que o “agente pretendia cometer um ilícito ou, pelo menos, correr esse risco”⁴⁷⁸. Se este for o caso, o protesto deve ser eficaz e elidir a concludência do comportamento.

⁴⁷⁴ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 798.

⁴⁷⁵ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 798.

⁴⁷⁶ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 802 a 805.

⁴⁷⁷ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 814.

⁴⁷⁸ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 807.

Para a declaração negocial tácita, pode-se, pois, concluir que o protesto deve relevar sempre, excluindo a concludência do comportamento desde que seja contextual e claro – isto é, que devesse ser atendido por um declaratório normal colocado na posição do real declaratório, para tornar a conduta equívoca ou para lhe dar um sentido não negocial, mesmo que seja o da prática de um ato ilícito.⁴⁷⁹

ROPPO, por sua vez, prefere analisar a relevância do protesto de acordo com cada tipo de comportamento. Para ele, nos casos em que o comportamento concludente consiste na apropriação de uma prestação, o protesto não “tem força para neutralizar o valor concludente”⁴⁸⁰. Por outro lado, em outros casos, o protesto pode ter relevância elidindo a concludência do comportamento⁴⁸¹. Como exemplo destes casos, o autor menciona o caso de um contrato de duração, no qual uma das partes solicita que a outra passe a prestar de maneira distinta. A contraparte pode, sem alterar o contrato por declaração tácita, prestar da maneira solicitada, protestando que o faz por mera gentileza e que não está adstrita a prestar sempre da nova maneira. Para o autor, a diferença na relevância do protesto tem um fundamento claro, nesta hipótese “não se realiza uma intrusão na esfera da contraparte”, como no caso da apropriação da prestação.⁴⁸²

A nosso ver, nesta celeuma a razão parece estar com MOTA PINTO – nos casos em que há a apropriação da prestação (enfim, que se consume de maneira irreversível seu efeito econômico), o protesto não deve perder sua eficácia, devendo eventual ressarcimento ser resolvido com base nas regras de responsabilidade civil (artigo 927 e seguintes do Código Civil), ou, supletivamente, com base nas regras do enriquecimento sem causa (artigo 884 e seguintes do mesmo diploma). Ou seja, como regra, desde que o processo interpretativo lhe atribua outro sentido, ou limite o seu sentido de forma a não abarcar o comportamento concludente em questão, o protesto (e a sua subespécie, a reserva) deve ser eficaz para retirar a concludência de um dado comportamento.

⁴⁷⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 815.

⁴⁸⁰ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 206.

⁴⁸¹ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 206.

⁴⁸² ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 206.

3.3. Escolha voluntária de forma

Outra questão que se coloca, com especial relevo nas hipóteses em que existe um contrato previamente celebrado pelas partes, é a possibilidade de elas próprias terem pactuado uma exigência de forma expressa (normalmente escrita) para quaisquer alterações ao conteúdo contratual. Importa então discutir se esta cláusula será suficiente para elidir a ilação de conclusão em um dado caso concreto.

A nosso ver, esta cláusula é, em princípio válida e eficaz, pois não possui objeto ilícito (artigo 104 do Código Civil), ainda que, diferentemente do ordenamento jurídico italiano (artigo 1352 do Código Civil italiano⁴⁸³), por exemplo, o Código Civil brasileiro não tenha expressamente disposto sobre ela, tampouco sobre seus efeitos.

A respeito da eleição de uma forma obrigatória pelas partes, ensina BIANCA que “formas voluntárias são em gerais formas previstas em atos negociais: à diferença das formas legais, impostas por normas legais, o ônus da forma voluntária tem sua fonte na autonomia negocial”⁴⁸⁴. Para o autor, este pacto pode ser autônomo ou acessório a outro das mesmas partes⁴⁸⁵ e, segundo a doutrina majoritária, renderia ineficazes os acordos celebrados sem a sua observância (ainda que a lei italiana fale, a princípio, em invalidade)⁴⁸⁶.

A princípio, não parece haver uma razão positiva no direito brasileiro para a exclusão, *a priori*, da solução ora referida. Ou seja, se as partes pactuaram uma forma para modificar, complementar ou extinguir um dado relacionamento entre elas, este acordo deve tornar ineficazes os ajustes feitos em contrariedade. Concorde-se que a situação se trata de ineficácia, pois a restrição deriva única e

⁴⁸³ “Art. 1352. *Forme convenzionali. Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo.*” Em tradução livre: “Art. 1.352. Forma convencional. Se as partes acordaram por escrito em adotar uma determinada forma para a futura conclusão de um contrato, presume-se que a forma seja desejada para a validade deste”.

⁴⁸⁴ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 304.

⁴⁸⁵ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 304.

⁴⁸⁶ BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 307.

exclusivamente da própria vontade das partes que, “segundo a amplitude do poder de auto-regramento que lhe assegura o sistema jurídico, constitui o elemento que mais pode influir no surgimento, modificações e duração da eficácia jurídica”⁴⁸⁷. Ou seja, a declaração tácita feita em contrariedade a uma eleição de forma expressa pelas partes será, a princípio, existente e válida, pois contém os elementos de existência e os requisitos de validade aplicáveis (a forma avaliada para estes fins é, segundo o artigo 104 do Código Civil brasileiro, aquela prescrita em lei e não aquela imposta por ajuste entre privados), mas terá sua eficácia elidida pelo ajuste entre os contratantes.

Todavia, afirmar a validade e a eficácia destas cláusulas não é tão simples como possa à primeira vista parecer. Em primeiro lugar, deve-se lembrar que muitas das cláusulas contratuais exigindo forma expressa, assim como, por exemplo, cláusulas de integração e algumas redações empregadas por cláusulas de resolução⁴⁸⁸, costumam ser consideradas como cláusulas de “estilo”, ou seja, sobre as quais as partes não realmente concordaram, mas que simplesmente ‘constaram’ das minutas assinadas pelas partes. A respeito destas “cláusulas de estilo”, ensina VINCENZO ROPPO que correspondem a casos em que o “texto contratual” contém disposições que não possuem valor de “verdadeiro preceito contratual”, cuja inclusão não atinge de maneira efetiva as posições das partes dentro do ajuste⁴⁸⁹. O autor ressalta que a conclusão a respeito de ser, ou não, “de estilo”, uma determinada cláusula exige “cautela” e uma avaliação “rigorosa” a ser realizada no caso concreto, para que se esteja seguro deste caráter⁴⁹⁰.

Ou seja, a conclusão pelo caráter de “estilo” de uma determinada disposição somente pode ser possível por via da interpretação da intenção comum das partes, cujo procedimento se explicou no capítulo respectivo, e não pode ser afirmada *prima facie*.

Acredita-se que nesta hipótese, ou seja, quando a interpretação da declaração negocial que criou a exigência de forma em um determinado

⁴⁸⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da Eficácia. 1ª Parte. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 35.

⁴⁸⁸ Sobre esta caracterização das cláusulas de resolução, veja-se a apelação nº 0014558-38.2009.8.26.0009, julgada pela 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 4 de junho de 2012, tendo por relator o Desembargador Sá Moreira de Oliveira.

⁴⁸⁹ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 459 e 460.

⁴⁹⁰ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 460.

relacionamento contratual concluir de maneira segura que as partes não pretenderam de maneira efetiva afastar de sua relação acordos celebrados mediante outras formas de declaração, a solução para a questão seja privilegiar a eficácia negocial da declaração tácita, impondo-a aos contratantes. Isto porque, no fundo, se está diante da ausência de uma real previsão a respeito da hipótese no conteúdo contratual, de modo que não se pode excluir a conclusão simplesmente em razão da cláusula de 'estilo'.

Outra hipótese, como já se viu acima, é aquela em que as partes efetivamente concordaram com a forma expressa para qualquer alteração ao seu contrato. Neste caso deve ser aplicada uma solução semelhante à descrita para os casos de protesto. A nosso ver, pode-se sustentar a supressão da ilação de conclusão, uma vez que a conduta não pode adotar, neste quadro específico, significado concludente.

Em resumo, a questão parece se resolver com o mesmo raciocínio feito para o protesto. Se não for o caso de se negar, por via interpretativa, o efeito de elidir a conclusão à cláusula de forma convencional, ela deve ser eficaz contra esta e não haverá comportamento concludente no caso – o que não implica dizer que não deva haver qualquer efeito jurídico (como se verá, pode haver uma situação de tutela da confiança, que implique algum nível de tutela ressarcitória, assim como, eventualmente, tutela pela via da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa).

4. Casos usuais de comportamento concludente

Diante do elevado grau de abstração dos conceitos e critérios relativos à declaração negocial de maneira ampla e, de modo mais restrito, da declaração tácita e do comportamento concludente, julga-se pertinente ilustrar o que se disse com alguns casos cuja recorrência na prática social e, por vezes, a sua previsão em diplomas legais de relevância inegável para o direito brasileiro, facilita a compreensão e a concreção das categorias vistas anteriormente. Assim, é feita neste ponto uma breve digressão com casos frequentemente apontados na

doutrina italiana e portuguesa do tema da declaração negocial, procurando relacioná-los com os conceitos antes trabalhados.

4.1. Execução da prestação

Um dos primeiros casos apontados pela doutrina como exemplo de comportamento concludente é o caso da execução da prestação contratual antes de qualquer manifestação de aceitação da proposta por parte do oblato. O direito italiano positivou esta hipótese, sob certas condições, no artigo 1.327 de seu Código Civil,⁴⁹¹ que prevê que

sempre que, a pedido do proponente ou pela natureza do negócio ou de acordo com os usos, a prestação dever se executar sem uma resposta prévia, o contrato é celebrado no momento e lugar em que prestação teve início.⁴⁹²

Neste sentido, é possível pensar em diversas situações corriqueiras em que contratos mais complexos são celebrados desta forma. Pode-se imaginar um contrato de prestação de serviços, em que o prestador acode ao chamado do tomador sem qualquer forma expressa de aceitação – evidentemente, este exemplo só será factível se houver entre as partes um contexto tal que justifique esta postura do prestador de serviços⁴⁹³.

ROPPO se refere a um caso retirado da jurisprudência italiana, em que o banco paga diversas vezes os cheques emitidos por um titular de uma conta corrente, ainda que inexistindo saldo suficiente para fazer frente aos pagamentos,

⁴⁹¹ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200.

⁴⁹² Código Civil italiano, artigo 1.327: “*Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione*”.

⁴⁹³ Este contexto, evidentemente, não pode ser um contrato prévio prevendo que o prestador deva acudir quando o tomador assim solicitar, uma vez que neste caso o contrato já está formado e o comportamento é devido pelo tomador.

inferindo-se desta conduta a conclusão de um contrato de abertura de linha de crédito.⁴⁹⁴

Um outro exemplo interessante de contrato de duração concluído por meio da execução de sua prestação foi julgado em 12 de setembro de 2013 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na apelação n. 9107654-78.2009.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Francisco Loureiro, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, controvertiam as partes com relação à existência e ao adimplemento de um contrato de prestação de serviços.

A autora, TOPSPORTS VENTURES S.A., sustentava que teria contratado com a ré RAGI REFRIGERANTES LTDA. a veiculação de peças publicitárias da marca de refrigerantes “Dolly” de titularidade da ré durante o programa “Esporte Interativo” da emissora Rede TV. Pela veiculação das peças, a autora deveria receber R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por mês, durante os nove meses compreendidos de maio de 2004 a janeiro de 2005.

A ré efetuou o pagamento nos cinco primeiros meses de contrato, durante os quais a autora também cumpriu sua prestação. Todavia, ao receber para pagamento a fatura referente à sexta parcela mensal, a ré se recusou a efetuar o pagamento, sob o argumento de que nunca teria contratado com a TOPSPORTS, mas sim diretamente com a Rede TV.

O TJSP, diante das provas efetivamente produzidas pelas partes, entendeu que no caso existia o contrato referido, sendo devido o pagamento referente à sexta parcela. Para o relator:

No caso concreto, a efetiva prestação de serviços de veiculação de publicidade em programa televisivo e os pagamentos feitos pela ré ao longo de cinco meses não podem ter outro significado, que não o do reconhecimento da existência e da eficácia do contrato. (...) O comportamento concludente da ré, ao receber mensagem eletrônica, conviver com a veiculação da publicidade de seus produtos e efetuar o pagamento de 5 das parcelas do preço induz o reconhecimento dos efeitos do contrato.

⁴⁹⁴ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200.

O caso é interessante porque, além de ilustrar o comportamento concludente existente na execução da prestação de um contrato, envolve um reconhecimento expresso pela jurisprudência brasileira do critério da continência, uma vez que, na forte expressão do relator, as condutas da ré “não podem ter outro significado, que não o do reconhecimento da existência e da eficácia do contrato”.

No grupo de casos ora analisado também se aponta, por exemplo, a confirmação que ocorre com o cumprimento de uma prestação do contrato anulável,⁴⁹⁵ expediente acolhido no direito brasileiro nos artigos 174 e 175 do Código Civil, exigindo-se, neste caso, que aquele que confirma o negócio esteja ciente do vício que o macula⁴⁹⁶.

Com relação à confirmação do negócio jurídico anulável, MOTA PINTO relaciona, ao lado da execução da prestação,

outras causas de extinção da obrigação, como a consignação em depósito da prestação resultante do negócio, a sua compensação, a dação em cumprimento, a novação ou a remissão, a exigência ou a simples aceitação da contraprestação, a disposição (real, pelo consumo ou utilização, ou jurídica, eventualmente também através da realização de benfeitorias) sobre o bem obtido, a rejeição da restituição das prestações feitas em cumprimento do negócio, a reprodução deste, e, em certas circunstâncias mesmo a solicitação de um prazo de pagamento e de concessão de garantias, ou a cessão da posição contratual.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200. No mesmo sentido, MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 824 e 825. O direito português também prevê expressamente a possibilidade de confirmação tácita, mas não prescreve as condutas que poderiam ter tal efeito. Assim, vide o artigo 288º, 3, do Código Civil Português: “A confirmação pode ser expressa ou tácita e não depende de forma especial”.

⁴⁹⁶ É discutível se o ato que confirma tacitamente um negócio jurídico anulável que tem seus efeitos expressamente previstos em lei possa realmente ser compreendido como um negócio jurídico e não como um ato jurídico em sentido estrito. A doutrina brasileira parece evitar a polêmica, afirmando meramente a sua natureza de “ato” (assim, por exemplo, AMARAL. Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 7ª ed. rev., modif. e aum. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 601 e 602. TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Volume I. Parte Geral e Obrigações (arts. 1º ao 420). 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 325 e 326).

⁴⁹⁷ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 826 e 827.

Outro caso incluído na hipótese ora analisada e referido por ROPPO é o do contrato de duração no curso do qual uma das partes propõe a outra uma alteração que implique uma mudança nas prestações da contraparte. Se esta contraparte passa, a partir deste momento, a executar suas prestações da maneira proposta pela primeira, pode-se inferir a sua aceitação da proposta feita⁴⁹⁸. Ou seja, uma das maneiras como o comportamento posterior atua sobre o conteúdo do contrato de duração é justamente modificando as prestações originalmente acordadas.

Outra possível atuação para o comportamento posterior em cumprimento às prestações do contrato ou aditivo tacitamente aceito diz respeito à “renovação tácita de um contrato de longa duração”, em que, “mesmo não existindo cláusula nesse sentido”, continuando as partes após o termo do contrato a prestar, sem efetuar uma denúncia expressa, pressupõem-se “com toda a probabilidade” a sua prorrogação⁴⁹⁹.

Na jurisprudência brasileira tem se encontrado um interessante exemplo cuja exata qualificação ainda não está clara, mas que por vezes é referido à declaração tácita (analisa-se a sua exata qualificação no capítulo destinado aos casos de fronteira, em que parece haver – ou efetivamente há, mas com algumas precisões – a possível aplicação de mais de um instituto estudado neste trabalho).

O caso que se tem em mente é o da redução do valor percentual das comissões do representante comercial, que importe diminuição no valor da média dos últimos seis meses de sua remuneração.⁵⁰⁰ Sabe-se que por razão do §7º do artigo 32 da Lei 4.886/1.965, estas alterações são “vedadas”, de modo que se entende que tal fato autoriza o representante comercial a resolver o contrato, exigindo, inclusive, a indenização legalmente prevista para tanto.

Todavia, tem se formado uma ampla jurisprudência que afirma que, se o representante deixa de exercer tal direito e continua prestando a sua prestação contratual, passando a receber sem protestar os novos valores de comissão, ele demonstra aceitar tal redução e não está mais autorizado a resolver o contrato ou reclamar diferenças de comissão. A posição nos parece discutível sob o ponto de

⁴⁹⁸ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200. No mesmo sentido, MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 817 e 818.

⁴⁹⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 829.

⁵⁰⁰ Por exemplo, vide o caso retratado no Agravo no Recurso Especial nº 424.684/RS, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti e publicado no Diário de Justiça eletrônico em 7 de abril de 2014.

vista exclusivo da declaração tácita, como é visto mais detidamente no capítulo 5 deste trabalho.

4.2. Fatura com condições de pagamento distintas

Outro grupo de casos que a doutrina italiana isola é aquela em que o credor emite uma fatura com condições de pagamento diversas daquelas originalmente acordadas com o devedor que, mesmo assim, atende ao disposto na fatura e paga conforme ela. No fundo, trata-se de situação assemelhada ao caso da alteração do contrato de duração, não se compreendendo as razões que levam parte da doutrina a lhe dar autonomia⁵⁰¹.

4.3. Apropriação da prestação

A doutrina italiana também trata dos casos em que existe a apropriação da prestação pelo oblato, como regra, de uma prestação oferecida ao público indistintamente, como, por exemplo, aquele que viaja no ônibus urbano ou aquele que estaciona em local de estacionamento pago remunerado.⁵⁰² MOTA PINTO afirma que nestes casos “se verifica uma aceitação tácita de uma proposta através do consumo ou disposição de um bem que é posto à disposição onerosamente”⁵⁰³.

ROPPO também se refere por vezes ao caso do supermercado, em que se escolhe o produto e depois se paga por ele o valor estabelecido pelo vendedor, sem com trocar qualquer palavra com este (ou outro gesto simbólico, como um aceno de cabeça, um ‘positivo’ etc.)⁵⁰⁴. No mesmo sentido, é possível estender o exemplo para qualquer situação em que produtos sejam ofertados ao público, dentro de espaços utilizados comumente para este tipo de transação (não apenas

⁵⁰¹ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200.

⁵⁰² ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200.

⁵⁰³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 817. Entretanto, é importante lembrar que este enquadramento é discutível, pois se tratam justamente de alguns dos casos que deram origem à teoria dos relacionamentos contratuais de fato. A este respeito, vide BIANCA, *op. cit.*, 1987, p. 40 e ss.

⁵⁰⁴ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 200 e 201.

supermercados, mas também qualquer forma de loja, banca de jornais, feira etc.). MOTA PINTO, todavia, critica a caracterização destes casos de “compra e venda manual” como formas de declaração tácita – para este autor

as acções podem adquirir uma tal frequência que o seu significado se estabilize no tráfico jurídico e elas deixem de ser meros sinais para passarem a integrar uma linguagem gestual ou mímica – nesses casos, de acordo com o critério de distinção adoptado (e embora o problema da qualificação não se revista de uma importância maior), a declaração já será “expressa”.⁵⁰⁵

No fundo, isso serve de alerta para o fato de que a divisão dos casos ora reproduzida não tem qualquer pretensão de sistematizar categorias ou ‘espécies’ de declaração tácita ou comportamento concludente, mas tão somente oferecer exemplos concretos que ajudem a aumentar a concretude da categoria, sem qualquer pretensão de exaustão.⁵⁰⁶

4.4. Renúncia tácita

MOTA PINTO ainda apresenta o exemplo da renúncia tácita⁵⁰⁷, a que já se referiu, ainda que brevemente, quando se falou da renúncia à prescrição, positivada no Código Civil brasileiro.

Para aquele autor, a prescrição poderia ser renunciada pelo seu beneficiário por meio do “cumprimento da obrigação depois de consumado o prazo

⁵⁰⁵ MOTA PINTO, *op. cit.* 1995, p. 817.

⁵⁰⁶ Alerta que o próprio MOTA PINTO faz ao introduzir alguns exemplos que julga pertinentes em sua obra (*op. cit.* 1995, p. 816).

⁵⁰⁷ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 829 e ss. É importante lembrar, com o autor português, que a renúncia tácita foi utilizada largamente como ficção por tribunais que pretendiam dissimular suas reais razões de decisão, comumente calcadas na boa-fé, na equidade ou no abuso de direito (*op. cit.*, 1995, p. 130 e seguintes).

prescricional”, pela sua “não invocação no processo onde pudesse ser invocada”⁵⁰⁸ ou ainda pela “confissão tácita da dívida”⁵⁰⁹.

Ao lado desta hipótese, MOTA PINTO também considera poder haver a renúncia tácita por comportamento concludente dos “direitos resultantes do inadimplemento do contrato” (como, por exemplo, a indenização respectiva), que se possa inferir “da aceitação pelo credor de uma prestação tardia ou defeituosa, ou, v.g., de uma dação em cumprimento (e sempre salva a existência de uma reserva)”⁵¹⁰.

Outro caso que o autor aponta é a renúncia tácita da “garantia legal do comprador”, “depreendida do acto de aceitação de uma coisa cujo vício ou falta de qualidade são conhecidos pelo credor no momento em que aceita o cumprimento do contrato”⁵¹¹. Para MOTA PINTO, “na falta de preceito legal específico”, “a solução para este problema deve ser procurada nos quadros da teoria do negócio jurídico”⁵¹². O mesmo valeria, ao seu ver, para a “renúncia tácita à pena convencional, resultante da aceitação sem reserva da prestação, depois de adquirido o direito àquela pena”⁵¹³.

O tema da renúncia tácita é especialmente importante para este trabalho, uma vez que será importante diferenciar estas hipóteses daquelas em que se impede o titular de um direito de fruí-lo em homenagem à confiança da outra parte.

5. Conclusão do capítulo

Quando se pensa na declaração tácita, como regra, se tem em mente casos em que contratos são formados através dela. Assim, por exemplo, o contrato de

⁵⁰⁸ Esta hipótese pode ser controvertida no direito brasileiro, em que o juiz tem poderes para decidir de ofício a respeito da prescrição (desta forma, a parte beneficiada por ela não precisa alegá-la no processo), o que ficou claro após a revogação do artigo 194 do Código Civil pela Lei 11.280/2006 e diante da redação do inciso II do artigo 487 do Código de Processo Civil vigente, que estabelece que: “Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição. (...)”.

⁵⁰⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 830 e 831.

⁵¹⁰ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 831 e 832.

⁵¹¹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 832.

⁵¹² MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 832.

⁵¹³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 832 e 833.

distribuição celebrado entre Socipar e a Bayer do Brasil, que esteve no centro do julgamento da Apelação Cível nº 9108936-93.2005.8.26.0000, julgada pela 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, a Socipar atuou por mais de 14 anos como distribuidora de sulfato de sódio produzido pela Bayer do Brasil. O produto, consta do acórdão, tinha complexa penetração no mercado, em razão de sua contaminação por cromo, razão pela qual teve a Socipar de estabelecer uma rede de clientes e logística bastante intrincada para atender a suas obrigações no contrato. Transcorridos catorze anos de um bem-sucedido relacionamento contratual, a Bayer resiliu unilateralmente o contrato, tendo agido, depois da rescisão, de maneira desleal, visando tomar a clientela estabelecida pela Socipar. Em grau de apelação, a Bayer foi condenada a indenizar a Socipar em montante superior a três milhões de reais. No caso, a Bayer alegou a inexistência do contrato de distribuição, sustentando que a Socipar não passava de sua “cliente”, tendo existido entre elas apenas e tão somente sucessivos contratos de compra e venda, que se repetiram no tempo. Esse argumento, no entanto, foi rechaçado pelo Tribunal, uma vez que

É verdade que não haviam firmado contrato escrito, mas esse aspecto formal, não só não altera em nada o amplo quadro negocial existente, como, ao contrário do afirmado na r. sentença atacada, não é impedimento para o pedido de pagamento de indenização por perdas e danos. Está evidenciado nos autos que teve vigência por mais de quatorze anos um contrato não escrito de distribuição entre as partes, o qual tinha prazo indeterminado de conclusão e que envolveu, numa ponta, a fornecedora Bayer S/A e na outra ponta a distribuidora Socipar S/A, gerando direitos e obrigações recíproco.

Ou seja, neste caso o tribunal parece haver tomado a sua decisão baseado em um nexo de continência entre a conduta e o conteúdo da declaração tácita. De um ponto de vista objetivo, sem que seja necessário pesquisar a vontade íntima da Bayer (o que, ademais, seria impossível), o sentido social de sua conduta faz implicar um contrato de distribuição que está contido em sua atitude durante catorze anos.

Estes casos, ainda que interessantes, não são os únicos envolvendo declarações tácitas, como foi visto nos casos referidos. A declaração tácita pode ainda ter, ao menos, três outros papéis especialmente relevantes para o tema: a complementação do conteúdo contratual lacunoso, a alteração do conteúdo contratual e a extinção do contrato.

Uma primeira função que pode desempenhar a declaração tácita em contratos de duração é justamente complementar o seu conteúdo quando, intencionalmente ou não, as partes deixam de estabelecer o regramento sobre um ponto que vem a se tornar essencial para o perfeito implemento do programa contratual.

O tema da lacuna do regramento contratual é bastante complexo, posto que nenhum contrato pode, na prática, prever todos os pontos que futuramente possam vir a ser problemáticos. Como já se viu no capítulo sobre os contratos de duração, há um limite para a negociação entre as partes, que é imposto mormente pelo custo envolvido neste processo, que deve ser interrompido em certo momento para evitar que se caia em situações antieconômicas (o que repugnaria a própria ideia de contrato).

Desta forma, algum ponto que foi, intencionalmente ou não, 'negligenciado' pelas partes durante o processo de negociação, pode, pela alteração das circunstâncias, tornar-se central para a continuação do contrato. Pense-se, por exemplo, em um caso em que as partes tenham entabulado entre si um contrato de prestação de serviços de manutenção periódica de extintores de incêndio na planta de uma delas, sem, todavia, estabelecer-lhe um cronograma. Caso uma das partes submeta um cronograma à outra, que passa a cumpri-lo sem que realizar qualquer aceitação expressa, pode haver aí um caso de declaração tácita. Apenas para continuar a ilustração, outra hipótese possível de complementação do conteúdo do contrato por meio de uma declaração tácita é o caso do distribuidor nomeado para um determinado território, sem que exista qualquer discussão a respeito de sua exclusividade. Depois disso, pode ocorrer a nomeação de diversos outros distribuidores para atuar no mesmo território, sem qualquer oposição do distribuidor, o que pode ser compreendido como uma declaração tácita da inexistência desta exclusividade (o exemplo poderia sofrer variações, mas o

esquema é essencialmente o mesmo: as partes deixam de prever um ponto no texto original de seu contrato, mas comportam-se posteriormente como se o ponto estivesse resolvido, 'declarando tacitamente', se os elementos de fato forem fortes o suficiente para isso, a sua anuência).

Além dos casos de complementação das lacunas que eventualmente apareçam no conteúdo contratual, muitas vezes a declaração tácita será utilizada para modificar o conteúdo original do contrato, alterando seja suas prestações, seu prazo de duração ou outras questões que venham a se tornar relevantes para as partes. Um interessante caso que ilustra esta função do comportamento concludente foi julgado pela 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no dia 14 de maio de 2014, sob a relatoria do Desembargador Hamid Bdine. Trata-se da apelação nº 9000006-27.2005.8.26.0114, que julgou recurso contra a sentença dos embargos à execução opostos pelos fiadores de contrato de locação contra o locador, que cobrava débitos locatícios após a prorrogação do contrato.

No que nos interessa mais de perto, os apelantes alegavam que a dívida deveria ser reduzida em 30%, pois teria havido a retomada de parte do imóvel pelo locador após a celebração do contrato. Efetivamente foi considerado como um fato incontroverso que no decorrer do prazo locatício o locador havia ocupado uma edícula localizada nos fundos do imóvel locado, sem, todavia, nunca ter havido a redução do valor do aluguel. "O fato é que, mesmo após a diminuição da área locada, a locatária efetuou o pagamento por longo período de tempo do valor locativo originalmente avençado – mais de cinco anos, na versão da própria apelada".

Por esta razão, os julgadores entenderam que

Na hipótese, além de não ter se oposto à retomada da edícula pela locadora, a locatária ainda continua pagando os alugueis no valor originalmente contratado, sem qualquer redução, por longo período de tempo após a ocupação parcial do imóvel pela apelada, o que revela comportamento concludente caracterizador de declaração negocial tácita no sentido de modificar o contrato para locar área menor que a inicial pelo mesmo valor de aluguel originalmente avençado.

Este caso revela que o comportamento concludente das partes age não apenas na formação de contratos de duração, mas em sua modificação. No caso, o comportamento altera o conteúdo do contrato, modificando a própria equação econômica do contrato (ao invés de R\$ X por metro quadrado locado, R\$ Y por metro quadrado, sendo $Y > X$).

Um outro exemplo que pode ilustrar a modificação dos contratos de duração por meio de declaração tácita é o do contrato de prestação de serviços logísticos por uma empresa transportadora e uma indústria. Imagine-se que as partes pactuaram pagamentos à transportadora, faturados mensalmente, variáveis de acordo com a faixa de volume de produtos movimentados em um dado mês.

Nesse caso, imagine-se que o contrato contenha uma cláusula semelhante ao texto abaixo:

Remuneração – O pagamento à transportadora será feito mensalmente, através da apuração dos volumes transportados, de acordo com a seguinte tabela:

VOLUME (Ton)	FAIXA	PREÇO POR PALLET
8.000 – 10.000	1	R\$ 10,00
10.001 – 20.000	2	R\$ 8,90
20.001 – 25.000	3	R\$ 7,40
Acima de 25.001	4	R\$ 6,20

A tabela acima pressupõe que os volumes transportados mensalmente não fiquem abaixo de 8.000 toneladas (para as quais não há faixa de preço prevista), nem muito acima de 25.000 (para os quais pode ser antieconômico aplicar o mesmo valor independentemente do volume).

Agora, considere-se a seguinte hipótese: nos primeiros anos de contrato, os volumes ficam sempre entre a faixa 2 e 3, faixas que permitem a recuperação dos investimentos feitos pela transportadora e não oneram excessivamente a indústria. Todavia, posteriormente, os volumes começam a ficar sempre dentro da faixa 1, às vezes com volumes inferiores a 8.000 toneladas mensais. De todo modo, a indústria não aceita que a transportadora reduza a sua capacidade disponibilizada, de modo que o contrato passa a ser prejudicial para a transportadora. Após diversas negociações, as partes não chegam a qualquer acordo final, mas a transportadora pede e a indústria, sem formalizar qualquer resposta, passa a fazer pagamentos mínimos sempre equivalentes a pelo menos 8.000 toneladas, mesmo nos meses em que há demanda inferior.

A dinâmica de pagamentos mínimos contraria a regra contratual de que o pagamento seria sempre variável de acordo com os volumes e, dessa forma, é possível dizer que as partes alteraram o conteúdo do contrato por meio de um comportamento concludente.

Por fim, é comum também que a declaração tácita seja utilizada para extinguir relacionamentos contratuais. MOTA PINTO lembra que a jurisprudência portuguesa já consagrou decisões “à cessação do contrato”, por meio de “revogações tácitas”, que atinja o próprio negócio (por exemplo, doações e legados, mas mesmo a desocupação e devolução de imóveis cuja posse tenha sido transmitida por contrato, como locações ou comodatos) e a revogação tácita da exigência convencional de forma⁵¹⁴

⁵¹⁴ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 837.

CAPÍTULO 4 – TUTELA DA CONFIANÇA E COMPORTAMENTO DAS PARTES

1. Introdução

A sociedade atravessa contemporaneamente uma fase de mudanças aceleradas e crescentes, motivada sobretudo por avanços técnicos, como a *internet*, ou por fenômenos econômicos e culturais, como a globalização (e que estão, afinal, bastante imbricados)⁵¹⁵.

A globalização, enquanto fenômeno que permite a interação entre indivíduos a nível global e cria algum grau de interdependência econômica entre as economias dos mais diversos países, tem ‘acelerado’ o ritmo da vida contemporânea e das descobertas científicas e técnicas.

Evidentemente, este fenômeno tem aspectos positivos e negativos, dos quais não cabe tratar nesta sede. O que importa tirar disto tudo é que o aumento no ritmo dos acontecimentos traz consigo insegurança diante da instabilidade dos entendimentos e das relações humanas e comerciais⁵¹⁶. Neste cenário, a doutrina jurídica debruçou-se já há alguns anos sobre a questão da tutela da confiança dos indivíduos, que é, afinal, um dos modos de se lidar com essa instabilidade⁵¹⁷. “A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”⁵¹⁸.

⁵¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3. Sobre o papel da internet como fator de aproximação de indivíduos em escala mundial e, logo, como acelerador da globalização e transformador de estruturas sociais e econômicas, vide a obra de FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**. O mundo globalizado no século XXI. 3ª atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 209.

⁵¹⁶ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 4.

⁵¹⁷ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO. António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013., 2013, p. 1.242, com base em NIKLAS LUHMANN.

⁵¹⁸ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 1.234. Assim, por exemplo, SCHREIBER explica, quando se referindo a uma das principais figuras de tutela da confiança, a vedação de *venire contra factum proprium*, que “(...) é exatamente por causa deste dinamismo atual, e desta conseqüente propensão às mudanças súbitas de opinião e de conduta, que se deve cogitar de um princípio jurídico de proibição ao comportamento contraditório” (SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 6).

O sistema jurídico procura tutelar a confiança dos indivíduos e da sociedade de diversas maneiras. A grosso modo, o próprio direito, enquanto sistema social, é um fator de fomento da confiança social, pois estabiliza expectativas e facilita a previsão pelos indivíduos das consequências dos seus atos⁵¹⁹. De maneira mais restrita, o direito pode proteger a confiança por meio de disposições legais específicas – como, por exemplo, as normas que tutelam a boa-fé subjetiva e os interesses de terceiros⁵²⁰ – ou por meio de “institutos gerais, informados por conceitos indeterminados” – casos em que há espaço para atuação da boa-fé objetiva⁵²¹, como se vê abaixo.

O ordenamento jurídico exige ao menos a presença de três pressupostos para a aplicação da tutela da confiança, assim, deve haver: (i) uma situação de confiança que esteja de acordo com o próprio sistema jurídico e que não viole deveres de diligência mínimos; (ii) uma justificativa para a confiança, que pode ser construída graças a dados objetivos que, considerados de maneira abstrata, a justifiquem; e (iii) um “investimento de confiança”, ou seja, um ato de adesão do confiante na situação criada por outrem⁵²².

Evidentemente, este trabalho não pretende, nem poderia pretender, analisar os inúmeros meios particulares pelos quais a confiança é tutelada no direito brasileiro. Desta forma, quando se fala em “tutela da confiança” muitas vezes se está a falar da confiança genericamente tutelada no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva do artigo 422 do Código Civil, ainda que a figura do abuso de direito, do artigo 187 do Código Civil, também tenha o seu papel em algumas figuras.

Neste âmbito, SCHEREIBER explica que

na esteira da expressão germânica “*Treu und Glauben*”, a boa-fé vem geralmente definida como dever geral e lealdade

⁵¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 1.242 e 1.243.

⁵²⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 1.244.

⁵²¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 1.244. Como explica o autor em outra passagem, “A consagração dos dispositivos gerais, implícitos no dever de actuar de boa fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas, capazes de, nalgumas das suas facetas mais significativas, proteger a confiança, demonstram, nesta, um vector genérico. Mas dão, também, o tom da generalização possível: a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa fé ou se concretize um ‘abuso de direito’” (p. 1.247 e 1.248).

⁵²² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 1.248.

e confiança recíprocas entre as partes. E, de fato, a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva, a ponto de já ser a boa-fé objetiva definida como uma ‘confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa correta ou virtuosa’⁵²³.

A tutela da confiança ainda pode ser vista como corolário do influxo solidarizante do direito, que impõe o reconhecimento de um aspecto social existente na atuação dos direitos subjetivos, motivado pela potencialidade destes direitos de refletir sobre terceiros⁵²⁴.

De todo modo, há de se entender a expressão, aqui, de maneira mais estrita, relacionada a construções doutrinárias que, em algum momento – ainda que em alguns casos tenham surgido sem este fundamento –, foram reconduzidas à boa-fé objetiva, como a vedação ao *venire contra factum proprium*, a *suppressio*, a *surrectio*, o *tu quoque*, o *duty to mitigate the loss* etc.⁵²⁵

Outrossim, deve-se ressaltar que as figuras de tutela da confiança de que trata este capítulo, construídas sobre ou remetidas à boa-fé objetiva, não incluem as situações em que uma das partes está vinculada a agir em razão de um dever jurídico que lhe é particular, decorrente de ato ou negócio jurídico ou da lei. Nessas hipóteses, o fundamento jurídico para a eventual responsabilidade residirá na própria autonomia privada ou diretamente no ordenamento jurídico positivo, não sendo necessário remetê-la à proteção da confiança das partes⁵²⁶. Se, porventura, este dever específico emergir de um comportamento das partes, pode ser o caso de avaliar a existência de um comportamento concludente (figura que foi estudada neste trabalho e que deve ser diferenciada das hipóteses referidas neste capítulo).

⁵²³ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 91.

⁵²⁴ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 93.

⁵²⁵ Evidentemente, nem todas estas figuras poderão ser analisadas este trabalho diante do recorte temático proposto, que enfoca sobre o comportamento das partes pós-celebração do contrato. Por isso, algumas exclusões serão propostas abaixo.

⁵²⁶ Neste sentido, no âmbito da proibição de comportamento contraditório, SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 100, e MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 746.

2. Boa-fé e integração do contrato

A tutela da confiança, como se verá abaixo, costuma estar relacionada, no direito brasileiro, na cláusula geral de boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil)⁵²⁷. Fala-se, em regra, para explicar as figuras que serão discutidas abaixo – e várias outras – em função corretora da boa-fé objetiva⁵²⁸. Desta forma, para “coibir a contraditoriedade desleal no exercício de direitos, poderes e situações”, autoriza-se a intervenção direta nos efeitos do contrato⁵²⁹.

Para bem situar a questão no âmbito deste trabalho – em que já se analisou a interpretação e a ocorrência de eventuais negócios jurídicos modificativos ou complementares – a boa-fé opera, nestas hipóteses, uma função integrativa do regulamento contratual.

Esta integração do contrato não pode, à toda evidência, ser tomada numa acepção de simples preenchimento de lacunas de um regulamento contratual originado exclusivamente da vontade comum das partes⁵³⁰. É preciso ter claro que, com o advento do Estado social e de um papel maior de intervenção do Estado nos ajustes entre particulares, permitiu-se uma maior amplitude à integração dos contratos, que operacionaliza um meio de garantir a observância de valores sociais caros ao Estado – como a solidariedade – nestes acordos. Sobre este contexto, sustenta-se:

A intervenção crescente do Estado nas relações de ordem privatística, restringindo o poder criativo da autonomia dos particulares, seja limitando a liberdade de determinar o conteúdo da regra, seja atingindo a própria liberdade de vincular-se contratualmente, vai colocar hipóteses em que as imposições derivadas daquela atuação perdem o caráter de meros limites externos para configurar modificações que vão atingir a própria estrutura delimitada. Verifica-se então, tendo

⁵²⁷ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 91 e ss. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Critérios para a sua aplicação. Marcial Pons: 2015, p. 233 e ss.

⁵²⁸ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 613 e ss.

⁵²⁹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 613.

⁵³⁰ Sobre o conceito clássico de integração, vide FRANCO, Vera Helena de Mello. **Aspectos da integração dos contratos no direito comercial**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1979, p. 12 e ss.

sempre em vista os dados da realidade, que o ordenamento jurídico não mais se limita ao tratamento jurídico do negócio celebrado, mas passa a intervir diretamente no conteúdo das relações, não somente através de normas dispositivas, destinadas a completar a vontade dos contraentes, mas também através de normas cogentes que se impõem obrigatoriamente.⁵³¹

De todo modo, não se trata exatamente de intervir no conteúdo do contrato, que, como visto no capítulo sobre interpretação, é construído a partir do texto e contexto postos pelas partes, mas sim de intervir em seus efeitos, na regulamentação jurídica vinculante que provém do acordo⁵³².

VINCENZO ROPPO distingue duas ‘integrações’ em razão dos fins a que se destinam⁵³³. Quando se trata de colmatar lacunas, falar-se-ia em “integração supletiva”, e, quando se trata de se sobrepor ao ajuste das partes, existente, mas repudiado pelo ordenamento jurídico, por “violador dos interesses e valores preeminentes”, tratar-se-ia da “integração cogente”⁵³⁴. Nesta hipótese, a integração coloca-se como “antagonista da autonomia privada”, porque implica o afastamento de um regulamento originalmente querido pelas partes⁵³⁵.

O autor italiano expressamente arrola a boa-fé enquanto “importantíssima fonte de integração do contrato”, que teria sua fundamentação na regra da execução do contrato conforme a boa-fé.⁵³⁶ Entre as suas “aplicações práticas”, menciona o *venire contra factum proprium* como obrigação de manter a coerência com os comportamentos próprios, para não defraudar a confiança gerada na outra parte⁵³⁷.

ROPPO, todavia, ainda que entenda ser impossível derogar de maneira genérica a aplicação da boa-fé objetiva às relações contratuais, admite que se

⁵³¹ FRANCO, *op. cit.*, 1979, p. 68 e 69.

⁵³² Assim: MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 206 e ss.

⁵³³ ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. In: INDICA, Giovanni. ZATTI, Paolo (Org.). **Tratatto di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 485

⁵³⁴ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 498.

⁵³⁵ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 498 e 499.

⁵³⁶ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 493. No direito italiano, trata-se da norma obtida do artigo 1.375 do Código Civil daquele país. No Brasil, regra similar encontra-se, como já dito, no artigo 422 do Código Civil.

⁵³⁷ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 496.

possa afastar, de maneira individualizada, as aplicações concretas e singulares da boa-fé.⁵³⁸ Ele não explica o que pretende efetivamente significar com esta afirmação, todavia ressalta a tendência observável na jurisprudência italiana (e em certas legislações, como a consumerista), de considerar inderrogáveis estas concretizações da boa-fé.⁵³⁹

A nosso ver, ainda que a integração pela boa-fé deva ser considerada cogente, pois serve precipuamente a afastar o regramento estabelecido pelas partes quando contrário ou atentatório a valores resguardados pelo ordenamento objetivo – no caso ora analisado, a confiança – parece lícito afirmar que, uma vez concretizada, por exemplo, uma hipótese de *venire contra factum proprium*, possa a parte que dela se beneficia renunciar a seus efeitos e se ater exclusivamente ao conteúdo voluntário do contrato.

3. O comportamento como elemento essencial para a aplicação das figuras de tutela da confiança no direito

A tutela da confiança no sentido mais estrito acima referido⁵⁴⁰ tem sido realizada pelo direito contemporâneo sobretudo através de certas figuras que foram sendo construídas pela doutrina e jurisprudência em paralelo ao ou a partir do desenvolvimento dos estudos sobre a boa-fé objetiva⁵⁴¹, no início e meio do século XX. Essas figuras parcelares, por sua vez, foram reconduzidas pela doutrina à boa-fé objetiva, como fundamento jurídico de sua eficácia – ainda que tenham nascido dela separadas.⁵⁴²

⁵³⁸ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 495.

⁵³⁹ ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 497.

⁵⁴⁰ Ou seja, quando não é objeto de regra legal específica (como nas hipóteses dos art. 175 e 476 do Código Civil), ou de um dever jurídico especialmente referido às partes (por exemplo, por negócio jurídico). Exemplos são de SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 74 e ss.

⁵⁴¹ MENEZES CORDEIRO, quando tratando da operacionalidade do sistema jurídico, ressalta a importância da redução da complexidade dos julgados e a sua sistematização em torno de certos modelos de decisão pela doutrina, para permitir a elaboração de decisões em outros casos concretos. *In verbis*: “A complexidade crescente das sociedades industriais mais obriga a uma esquematização que inclua, em termos pré-figuráveis, o cerne dos modelos singulares de decisão o que é dizer: a sua redução a pontos de vistas unitários” (*op. cit.*, 2013, p. 1258).

⁵⁴² Neste sentido, leia-se em MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 742 a 745 (*venire contra factum proprium*), 798 a 802 (*suppressio*) e 816 e 817 (*surrectio*).

Essas figuras representam um maior grau de concretude, logo também de operacionalidade, da tutela da confiança e interessam de perto a este trabalho, pois, muitas vezes, consideram o comportamento das partes como um dos principais elementos necessários para a sua aplicação. Isto é, o comportamento, seja comissivo ou omissivo, de uma parte cria na outra parte a expectativa – que pode ser legítima ou não – de que este comportamento será reiterado no futuro. Sendo esta confiança legítima, ou seja, merecendo a tutela do ordenamento jurídico, pode vir a surgir a impossibilidade de contraditá-la (isto é, a proibição do *venire contra factum proprium*), a paralisação de uma posição jurídica ativa (*suppressio*) ou, ainda, a aquisição de uma posição jurídica ativa para a parte que confia, de exigir a manutenção do status quo (*surrectio*). Para este trabalho, interessa analisar quais os requisitos para que este comportamento crie uma confiança legítima na outra parte e, assim, dê azo à aplicação de uma destas figuras parcelares.

A centralidade do comportamento para estas figuras parece decorrer da própria exigência, para a tutela da confiança em um caso concreto, de uma situação de confiança que se baseie em elementos objetivos. Como regra, muitos destes elementos objetivos poderão ser, de alguma forma, reconduzidos a um comportamento ou a uma omissão de uma das partes da relação. Justamente por isso, é necessário também efetuar um recorte temático para viabilizar este capítulo.

Por essa razão, elegem-se os casos em que estes comportamentos não venham marcados por uma ilicitude, que lhes é prévia ou provém deles, seja pela violação de norma leal ou mesmo de dever específico. Assim, excluem-se os casos de *tu quoque*, em que se pretende fazer valer norma violada em primeiro lugar por quem depois dela pretende se beneficiar,⁵⁴³ e o *duty to mitigate the loss*, em que existe em primeira instância a violação de dever, específico ou genérico (responsabilidade contratual ou extracontratual) de não gerar danos, ato ilícito, portanto, por cominação legal (artigos 186, 187 e 389 do Código Civil).

⁵⁴³ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 837.

4. A proibição ao comportamento contraditório

Uma primeira concretização da tutela da confiança reveste-se da figura da proibição ao comportamento contraditório, ou *nemo potest venire contra factum proprium*.

O tema cresceu significativamente em importância e atenção da doutrina e da jurisprudência brasileiras nas duas últimas décadas. SCHREIBER testemunha que, quando seu livro dedicado ao tema veio a lume no começo da década de 2000, eram “poucas as decisões que lhe fazem referência expressa, e não se tem, entre nós, notícia de qualquer monografia exclusivamente dedicada ao tema, sendo raros os textos que lhe reservam mais de página e meia”⁵⁴⁴. Em 2012, no entanto, menos de dez anos depois, o autor observava que:

De lá pra cá, o cenário brasileiro alterou-se radicalmente: multiplicaram-se, nos tribunais, as decisões que se valem da proibição de comportamento. O Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal inseriu o tema na pauta de sua IV Jornada de Direito Civil e lhe dedicou intensa reflexão. Trabalhos acadêmicos e estudos especializados vieram aprofundar os efeitos da sua aplicação em setores específicos do direito (direito processual, direito do trabalho, direito tributário etc.). Os manuais mais atualizados passaram a contemplar o *venire contra factum proprium*, que se difundiu na prática cotidiana de advogados e juízes.⁵⁴⁵

O interesse pelo tema – que também se vê em relação ao tema da *suppressio* – pode ser constatado por uma simples pesquisa quantitativa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, pela qual se encontram 182 acórdãos, 1299 decisões monocráticas, 10 informativos de jurisprudência e, até mesmo, 1 acórdão de recurso especial repetitivo⁵⁴⁶. Além disso, existem dois enunciados

⁵⁴⁴ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 7.

⁵⁴⁵ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 8.

⁵⁴⁶ Pesquisa feita em 7 de agosto de 2016, às 16h28min. A ‘pesquisa’ acima é apenas um exemplo da frequência com que o tema aparece na prática jurídica brasileira e não analisa qualquer outro elemento exceto os números obtidos em resposta ao argumento “*venire contra factum proprium*” na área de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. O acórdão do repetitivo é exemplar da amplitude que o tema assumiu. Trata-se do Recurso Especial nº

aprovados nas, até agora, sete Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que tratam do tema, a saber, os enunciados 362⁵⁴⁷ e 412⁵⁴⁸.

Em razão da vastidão do material a respeito do tema, serão enfocados apenas alguns estudos doutrinários de fôlego e reconhecida importância para o pensamento jurídico nacional, que permitem, ao ver do autor, uma visão razoavelmente clara e aprofundada do assunto. No mesmo sentido, também serão analisados alguns casos interessantes que puderam ser retirados da jurisprudência nacional.

4.1. Formulação de um conceito

A doutrina reconhece o estudo de ERWIN RIEZLER como primordial ao estudo do *venire contra factum proprium* na modernidade, por assentar as bases sobre as quais os demais partiriam.⁵⁴⁹ RIEZLER queria resgatar o tema quase esquecido e provar a sua aplicação no direito alemão vigente em sua época (1912). Para este autor, *venire contra factum proprium* seria o 'princípio' pelo qual não seria autorizado, ainda que juridicamente lícito, contrariar seus próprios comportamentos, se esta contradição atingisse interesses alheios.⁵⁵⁰

1143216/RS, relatado pelo Ministro Luiz Fux e julgado em 24 de março de 2010. O caso decidido discutia a licitude da exclusão pela administração pública de contribuinte de programa de parcelamento especial (PAES) de débito tributário "em razão da extemporaneidade do cumprimento do requisito formal da desistência de impugnação administrativa", quando "tácito o deferimento da adesão". Isto porque o fisco agiria em contradição proibida quando recebesse por anos mensalmente o valor parcelado pelo contribuinte, sem qualquer oposição, e depois excluísse o contribuinte do programa em razão de requisitos formais.

⁵⁴⁷ Enunciado 362: Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

⁵⁴⁸ Enunciado 412: Art. 187: As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.

⁵⁴⁹ Neste sentido: MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 742: "A presença do *vcfp* [*venire contra factum proprium*] na Ciência do Direito moderna deve-se à monografia de RIEZLER, publicada no princípio do século". Em sentido semelhante, SCHREIBER, *op. cit.*, 2014, p. 65: "A tentativa, de fato, tem início, em 1912, com a obra *Venire contra factum proprium – Studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, de Erwin Riezler, professor da Universidade de Freiburg, que recupera as fontes romanas e na obra dos glosadores e pós-glosadores a idéia de proibição ao comportamento contraditório, e a lança no debate acadêmico da Alemanha do início do século XX".

⁵⁵⁰ RIEZLER, Erwin. **Venire contra factum proprium**. Studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht. Leipzig, Duncker und Humblot, 1912, VI und 187 S.

O autor alemão sustentava não existir no direito romano, numa fase mais antiga, uma regra que proibisse a contradição de atos próprios, ainda que fosse possível encontrar acidentalmente no pensamento de alguns juristas o recurso ao *venire contra factum proprium* como fundamento de suas opiniões. Em uma fase mais recente do direito romano, sempre segundo Riezler, no que toca o direito privado, compreendeu-se a proibição ao comportamento contraditório como se tratando de um princípio de *aequitas*, realizável através da *actio doli* pertinente à *exceptio doli (generalis)*. Para a consagração da regra do *venire contra factum proprium*, RIEZLER olha também para o direito canônico, assim como para a literatura civilista desde os glosadores, ainda que esta literatura não tenha sido responsável por muitas contribuições ou aplicações de peso para a figura – para Riezler era sintomático que só fosse possível localizar um trabalho monográfico com inclinações ao tema neste período. A escola do direito natural e, finalmente, a escola histórica contribuíram muito para a aplicação e consagração do instituto enquanto regra jurídica, tendo sofrido influência do pensamento jurídico romano. O autor também faz considerações a respeito do desenvolvimento da *estoppel* no direito inglês, que, todavia, não interessam a este trabalho.⁵⁵¹

MENEZES CORDEIRO explica que a “locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”⁵⁵². Assim, a expressão remete a “dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contraditado pelo segundo”⁵⁵³. Diante da amplitude destas proposições, propõe-se que apenas “se considere como *venire contra factum proprium* a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor”⁵⁵⁴. Além disso, deve-se excluir, como já se disse acima de maneira mais genérica a respeito das figuras tratadas neste capítulo, os casos em que o primeiro ato crie uma obrigação específica com relação ao segundo comportamento (como, por exemplo,

⁵⁵¹ RIEZLER, *op. cit.*, 1912.

⁵⁵² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 742.

⁵⁵³ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 745.

⁵⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 746.

na promessa de contratar), pois nestas situações tem-se hipóteses de responsabilidade negocial.⁵⁵⁵

Tudo isso não quer dizer que qualquer forma de contradição seja vedada pelo ordenamento jurídico, uma vez que decorre da própria autonomia privada a possibilidade de mudar de opinião e, destarte, agir de maneira contraditória.⁵⁵⁶ Ou seja, a proibição de *venire contra factum proprium* não pode, como efetivamente não o faz, proteger a coerência dos comportamentos simplesmente pelo próprio valor da coerência, pois se assim fosse não poderia haver qualquer permissão à incoerência no ordenamento jurídico. É necessário que a coerência seja tutelada em razão de algum outro interesse, que a extrapole – ou seja, a confiança.⁵⁵⁷

4.2. Recondução à boa-fé objetiva e à confiança

RIEZLER, na terceira parte de sua obra, assevera que a proibição ao *venire contra factum proprium* não encontra consagração expressa no Código Civil alemão, ainda que existam disposições que protejam uma das partes da contradição da outra. Assim, o autor reconduz, primordialmente, esta proibição à equidade e à boa-fé objetiva expressa no §242 de tal diploma legislativo.

⁵⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 746.

⁵⁵⁶ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 80. No mesmo sentido, veja-se a advertência de MENEZES CORDEIRO a este assunto: “Em suma: a proibição de *venire contra factum proprium* traduz a vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a juspositividade, mesmo naqueles casos específicos em que a ordem jurídica estabelecida, por razões estudadas, por desadaptação ou por incompleição, lha negue. Este ambiente pré-jurídico especialmente favorável à admissão do proibir genérico de comportamentos contraditórios não deve, porém, fazer perder de vista o resultado real de tal aceitação: todos os comportamentos humanos acabariam por ter acolhimento e protecção jurídicos. Pelo seguinte: o vincular uma pessoa às suas atitudes faz sentido, em particular, quando tenham um beneficiário; este, por seu turno, não poderia recusar as necessárias contrapartidas. As permissões normativas esgotar-se-iam no primeiro exercício e todo o relacionamento social converter-se-ia um edifício rígido de deveres irrecusáveis. A essência do jurídico contradiz, por si, tal possibilidade: numa crítica clássica mas ainda actual, às tentativas de redução do Direito à sociologia, deve ter-se presente que o Direito não sanciona o que está; tem uma vocação efectiva para dirigir, num sentido ou noutro, os comportamentos humanos. Entre os meios disponíveis para isso, e dos mais avançados pelo prisma da evolução social, está o não reconhecer relevância jurídica a determinados comportamentos. Assente a admissibilidade de tal orientação – e isso, há que sublinhá-lo, nos próprios campos ético, psicológico e social – não seria saída correcta aceitar, por norma, a total irrelevância jurídica de comportamentos que, no entanto, produziriam efeitos apenas contra o seu autor”. In: *op. cit.*, 2013, p. 751.

⁵⁵⁷ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 80 e 81.

Em sentido semelhante, de reconduzir a figura do *venire contra factum proprium* à boa-fé objetiva, se pronunciava FRANZ WIEACKER, no estudo “*Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*”, publicado pela primeira vez em 1955.⁵⁵⁸ Para o autor, a proibição ao comportamento contraditório estaria ligada de maneira essencial à “obrigação de se comportar de acordo com a boa-fé”, de tal modo que a sua compreensão permitiria ‘iluminar’ a “totalidade do princípio”.⁵⁵⁹ O autor, todavia, deu um passo além na concreção dos fundamentos da figura, apontando que “o princípio do *venire* é uma aplicação do princípio da ‘confiança no tráfico jurídico’”⁵⁶⁰.

Dessarte, WIEACKER ensina que proibir a realização de atos que sejam contraditórios com o comportamento anterior do mesmo indivíduo atende a mesma “exigência de *fides*” que impõe observar as promessas feitas e não ser obrigado a prestações injustas. A *fides* corresponderia a uma noção de direito romano que obrigava à atuação leal dos indivíduos, atendendo a “veracidade”, e que estaria radicado na ética e enraizado nas noções de “justiça pessoal”.⁵⁶¹ O *venire contra factum proprium* não equivale a uma questão meramente ética, uma vez que não se preocupa com a culpa ou as intenções do agente, mas enfoca “o valor de significação que à própria conduta pode ser atribuído pela outra parte”, ou seja, a confiança capaz de inspirar a conduta.⁵⁶²

MENEZES CORDEIRO, ainda que procure se afastar das noções ético-jurídicas da boa-fé, pois apenas criariam “dificuldades excessivas aos sistemas que (...) consagram uma distinção entre bons costumes e boa fé”⁵⁶³, sustenta que a “recondução do *venire contra factum proprium* à doutrina da confiança revela um estágio elevado nas tarefas ascendentes, da sistematização da casuística gerada em torno dos comportamentos contraditórios, e descendentes, da concretização da

⁵⁵⁸ Neste trabalho, foi consultada a versão traduzida para o espanhol por José Luis Carro, prólogo de Luis Díez-Picazo: **El principio general de la buena fe**. 2ª reimpressão. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1986.

⁵⁵⁹ WIEACKER, *op. cit.*, 1986, p. 60 e 61.

⁵⁶⁰ WIEACKER, *op. cit.*, 1986, p. 62. Ressalta este trecho de WIEACKER, quando discutindo o caráter de “expressão da confiança”, MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 754. No mesmo sentido, fundamentando o *venire contra factum proprium* em um “tipo de proteção da confiança”: CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 3.

⁵⁶¹ WIEACKER, *op. cit.*, 1986, p. 61.

⁵⁶² WIEACKER, *op. cit.*, 1986, p. 61 e 62.

⁵⁶³ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 757.

boa fé”⁵⁶⁴. Não se trata, portanto, simplesmente substituir “uma fórmula vazia por outra similar”, pois a referência à “confiança permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas”⁵⁶⁵. Resolver-se-ia também o problema de se vincular os indivíduos a seus comportamentos de maneira definitiva (sem que, explique-se, haja um negócio jurídico ou lei para tanto), já que eles ficariam vinculados por “situações de confiança, que de livre vontade, tenham suscitado”⁵⁶⁶.

Destarte, e apoiado na doutrina germânica e na jurisprudência, o autor entende que deve ser seguida uma linha de “actuação direta do próprio princípio em si”, que poderia ser concretizado através do seguinte esquema, retirado da jurisprudência por ele analisados:

a actuação de um facto gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica; a adesão do confiante a esse facto; o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua atividade posterior sobre a confiança gerada – um determinado investimento de confiança – de tal forma que a supressão do facto provoque uma iniquidade sem remédio. O factum proprium daria o critério de imputação da confiança gerada e das suas consequências.⁵⁶⁷

JUDITH MARTINS-COSTA, em sentido semelhante, explica que “é a deslealdade, além da contrariedade com a própria conduta, que está no núcleo da figura conhecida como *venire contra factum proprium non valet* (ou, simplesmente, *nemo potest venire contra factum proprium*)”⁵⁶⁸. Mais à frente, leciona a autora que “o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente para o bom desenvolvimento do tráfico negocial”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 755.

⁵⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 756.

⁵⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 756.

⁵⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 758.

⁵⁶⁸ MARTINS-COSTA, *op.cit.*, 2015, p. 616.

⁵⁶⁹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 617 e 618.

4.3. Fundamento legal

Pergunta-se qual a base legislativa, se há, para a figura do *venire contra factum proprium* no sistema jurídico brasileiro. Em Portugal, MENEZES CORDEIRO sustentava ser o artigo 334º do Código Civil local, que assevera ser “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.⁵⁷⁰

O equivalente brasileiro à disposição portuguesa acima referida é o artigo 187 do Código Civil, que dispõe a respeito do abuso de direito. O artigo é referido por parte da doutrina como um dos fundamentos legais da figura no direito brasileiro, ao lado da cláusula geral de boa-fé objetiva (artigo 422). Uma vez que a relação entre abuso de direito e boa-fé objetiva, todavia, é imbricada e, de certa forma, de sobreposição⁵⁷¹, parecem legítimas ambas as fundamentações.⁵⁷²

SCHREIBER identifica ao menos duas consequências da remissão da figura ao artigo 422, segundo ele comumente ignoradas pela doutrina. Em primeiro lugar, não se deve considerar o *venire contra factum proprium* um princípio geral do direito, mas sim como concretização de uma cláusula geral de âmbito de aplicação delimitado e, portanto, com o próprio escopo de atuação limitado pelos casos efetivamente abrangidos pela sua cláusula geral.⁵⁷³ Isso implica também a não

⁵⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 760.

⁵⁷¹ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 114 e ss. Especialmente interessante é o seguinte trecho: “Como se vê, o abuso do direito aparece, ao menos sob certo aspecto, como sinônimo do exercício de um direito tornado inadmissível por contrariedade à boa-fé. É certo que, na expressa dicção do artigo 187, o exercício pode ser ainda tornado inadmissível por contrariedade aos bons costumes ou ao fim econômico ou social do direito – e também aí haverá abuso do direito. O abuso do direito é, sob este ângulo, mais amplo que a boa-fé objetiva, porque não apenas impede o exercício de um direito contrário à boa-fé, mas também em outras situações em que o confronto se dá com os bons costumes ou com o fim econômico e social do direito. Sob outro ângulo, contudo, a boa-fé é mais ampla que o abuso, porque não apenas impede o exercício do direito que lhe seja contrário, mas também impõe comportamentos e serve de critério hermenêutico-interpretativo nas relações negociais. Conclui-se, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que boa-fé objetiva e abuso de direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé. (...). O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé. E não há que se discutir se sua natureza jurídica se enquadra numa ou noutra figura. In: *op. cit.*, 2014, p. 118 e 119.

⁵⁷² SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 102.

⁵⁷³ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 102 e 103.

aplicação para o caso do *venire* da regra inserida no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), que prevê uma aplicação supletiva e integrativa para tais princípios gerais – ou seja, sua aplicação é apenas autorizada no direito brasileiro se a lei, a analogia e os costumes não puderem solucionar o caso⁵⁷⁴.

Outro corolário da fundamentação do *venire* na cláusula geral de boa-fé objetiva “é a necessidade de se admitir que o princípio de proibição do comportamento contraditório sofre as mesmas limitações que a cláusula geral na qual se insere”⁵⁷⁵. Isto poderia ter reflexos, por exemplo, em sua aplicação às relações jurídicas de direito público.⁵⁷⁶

Além disso, SCHREIBER identifica na Constituição Federal, artigo 3º, um fundamento constitucional à proibição de *venire contra factum proprium*, que seria comum, à figura e à boa-fé objetiva. Este fundamento é a solidariedade social imposta pela regra constitucional, com “direta vinculação” ao *venire*⁵⁷⁷. Este dado constitucional, aliado à inexistência de regras expressas na legislação a respeito do *venire*, tem colaborado para a sua atuação em relações jurídicas nas quais a incidência da própria cláusula geral de boa-fé objetiva tem sido disputada, “como na esfera extracontratual e em face da Administração Pública”, casos em que também pode ser baseado em outros princípios constitucionais da administração pública, como igualdade e moralidade administrativa⁵⁷⁸.

Uma vez fundamentado o *venire contra factum proprium* na tutela da confiança, por sua vez albergada pela cláusula geral de boa-fé objetiva (ou pelo abuso de direito) e na solidariedade constitucional, forçoso reconhecer que os efeitos decorrentes do instituto têm uma natureza legal e não negocial. Esta afirmação, todavia, traz alguns problemas de regime relevantes, a saber, como lidar com a “simulação, reserva mental, falta de seriedade, falta de consciência ou

⁵⁷⁴ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 103. O autor, todavia, não afasta a utilização da terminologia “princípio” para se referir ao *venire contra factum proprium*, desde que utilizada em sentido mais amplo, com o “significado de um comando de conteúdo não-casuístico, genérico, abrangente de uma série relativamente ampla de situações” (p. 104).

⁵⁷⁵ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 104.

⁵⁷⁶ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 105 e 106.

⁵⁷⁷ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 107.

⁵⁷⁸ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 107 e 108.

coacção física, erro, dolo, coacção moral ou incapacidade acidental, aquando da produção do *factum proprium*".⁵⁷⁹

Para oferecer uma resposta a esta problemática, parte da doutrina procura a aplicação por analogia das normas legais a respeito da declaração negocial ao *factum proprium*, o que seria justificável pela "função semelhante" desempenhada por ambos no "tráfico negocial".⁵⁸⁰

Paralelamente a esta posição, propôs-se a remissão do *venire contra factum proprium* ao negócio jurídico, alegando tratar-se, na maioria dos casos, de uma forma de renúncia tácita por comportamento concludente⁵⁸¹. MENEZES CORDEIRO procura solucionar a questão recorrendo à noção de que o direito codificado português consagraria a exigência da consciência da declaração para a própria existência do negócio jurídico,⁵⁸² o que era negado pelos defensores desta corrente, pois nos casos de *venire* não há consciência de declaração (ou ela é despicienda).

No Brasil, parece difícil utilizar o mesmo argumento do autor português para afastar o enquadramento dos casos de *venire* no conceito de declaração tácita, uma vez que a consciência da declaração não é um elemento de existência do negócio jurídico, mas requisito para sua validade.⁵⁸³

Outro argumento, todavia, pode ser encontrado, uma vez que parece adequado manter a distinção entre os institutos (que é mote, ademais, da divisão de temas proposta para este trabalho).

SCHREIBEIR taxa a postura de remeter o *venire contra factum proprium* ao negócio jurídico de voluntarista, própria de quem crê ser

muito mais fácil enxergar na conduta inicial uma declaração tácita de vontade, pela qual se renuncia ao futuro exercício de um direito em contradição àquela conduta, que encontrar, às

⁵⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 761.

⁵⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 761.

⁵⁸¹ Artífice desta posição foi WIELING, segundo MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 761 a 769

⁵⁸² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 769. Trata-se para o autor português da disposição do artigo 246º do Código Civil daquele país, que textualmente dispõe simplesmente que: "A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário".

⁵⁸³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª. Ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32 e 43. Há posições contrárias, como se viu no capítulo sobre declaração tácita, no entanto, a posição de AZEVEDO parece ser a mais adequada ao direito codificado brasileiro.

margens das regras negociais, em conceitos abertos como o da boa-fé, legítima confiança e solidariedade social, um fundamento não-voluntário para a restrição ao exercício da liberdade individual.⁵⁸⁴

Desta forma, SCHREIBER recusa tal posição, por “gravemente equivocada”, afirmando que “importante atrativo do *nemo potest venire contra factum proprium* é justamente o seu caráter objetivo e não-negocial”. O autor, todavia, não apresenta argumentos técnicos para afastar esta posição, limitando-se a arrolar diversas ‘conveniências’ de regime que seriam perdidas com ela (razão pela qual ela não deve ser adotada).⁵⁸⁵

Entretanto, deve-se apresentar argumentos desta natureza para explicar o afastamento desta posição. Como já se disse, o negócio jurídico depende, para existir, de forma, objeto e “circunstâncias negociais”⁵⁸⁶. Ainda que se possa falar de forma e não seja completamente inadequado falar mesmo em objeto do *factum proprium*, ele não possui as “circunstâncias negociais”, uma vez que não possui “aquele *quid*, irreduzível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos”⁵⁸⁷.

Por não possuir este elemento de existência do negócio jurídico, o *factum proprium* não é uma declaração negocial e, desta forma, a posição negocial do *venire contra factum proprium* pode ser tecnicamente afastada também no direito brasileiro.

4.4. Pressupostos para a aplicação

Reconduzida a figura à tutela da confiança, isolam-se elementos objetivos e elementos subjetivos do *venire contra factum proprium*. O elemento objetivo é o fato capaz de gerar confiança na outra parte.⁵⁸⁸ Para aferir esta potência de um

⁵⁸⁴ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 170.

⁵⁸⁵ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 170.

⁵⁸⁶ AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 32.

⁵⁸⁷ AZEVEDO, *op. cit.*, 2002, p. 32.

⁵⁸⁸ É importante ressaltar que este fato gerador de confiança não precisa ser necessariamente um comportamento da parte, mas deve simplesmente ser a ela imputável. A doutrina brasileira, como veremos abaixo, no entanto, não faz esta precisão, referindo-se comumente à conduta ou comportamento da própria parte como *facta propria*.

dado fato, MENEZES CORDEIRO propõe dois critérios – a “normalidade” e o “equilíbrio” – explicando que:

o *quantum* de credibilidade necessário para integrar uma previsão de confiança, por parte do *factum proprium*, é pois função do necessário para convencer uma pessoa normal, colocada na posição do confiante e do razoável, tendo em conta o esforço realizado pelo mesmo confiante na obtenção do factor a que se entrega.⁵⁸⁹

Para fundamentar tais critérios, o autor recorre à regra de interpretação objetiva das declarações negociais existente no Código Civil Português (artigo 236º, 1, deste diploma) e ao critério hermenêutico de prevalência do sentido que maior equilíbrio traga ao negócio jurídico oneroso (artigo 237º). Como se viu no capítulo dedicado à interpretação, a interpretação objetiva também é consagrada no direito brasileiro, pela disposição expressa do artigo 113 do Código Civil brasileiro. O critério da prevalência do equilíbrio não existe expressamente no direito positivado brasileiro, porém um princípio de equilíbrio (sob as mais diversas nomenclaturas) está consagrado no direito civil (e, sobretudo, contratual) brasileiro.⁵⁹⁰ Ou seja, parece tratar-se de solução aceitável ao direito brasileiro.

Ao lado do elemento objetivo, é necessário se destacar um elemento subjetivo, que é a adesão do confiante ao significado objetivo do ato criador da confiança.

O investimento de confiança, por fim, pode ser sinteticamente explicitado como a necessidade de, em consequência do *factum proprium* a que aderiu, o confiante ter desenvolvido uma atividade tal que o regresso à situação anterior, não estando vedado de modo específico, seja impossível, em termos de justiça⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 758 e 759.

⁵⁹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7ª Ed. rev., modif. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 90. Para uma obra de maior fôlego voltada à análise do princípio no direito contratual brasileiro: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁵⁹¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 758 e 759.

Para MENEZES CORDEIRO, é importante notar que, a aplicação destes elementos não deve ser “subsuntiva”, ou seja, a inexistência de um deles não necessariamente exclui a aplicação da figura, se puder ser satisfatoriamente compensada pela “intensidade especial” do outro⁵⁹².

Apoiada nesta doutrina, MARTINS-COSTA esclarece quatro requisitos para a aplicação da figura no direito brasileiro, a saber: (i) um ato capaz de gerar confiança tutelável pelo ordenamento; (ii) adesão do confiante ao fato; (iii) a tomada de alguma atitude ou ação por parte do confiante com base nessa confiança; e, por fim, (iv) a eliminação do fato que gerou a confiança, por um novo ato da mesma parte, causando danos ou injustiça ao confiante⁵⁹³.

SCHREIBER, em sentido semelhante ao de MARTINS-COSTA, discorre sobre quatro pressupostos, a serem informados sempre por sua função – a tutela da confiança.⁵⁹⁴ Assim, poder-se-ia falar em proibição à contradição quando houvesse (i) um comportamento (*factum proprium*), (ii) o surgimento na contraparte de uma confiança legítima na manutenção do “sentido objetivo”; (iii) a contradição a esse “sentido objetivo”, violando assim a confiança da contraparte; e (iv) o prejuízo, efetivo ou potencial.⁵⁹⁵

O *factum proprium*, explica o autor, é um comportamento humano, “cuja repercussão fático-social não é acompanhada por uma correspondente repercussão jurídica”. Ou seja, “por definição, uma conduta não-vinculante”, que não pode ser considerada como um ato jurídico no sentido tradicional. Há, no caso, uma “insuficiência do positivismo jurídico e das categorias dogmáticas tradicionais – insuficiência, em última análise, do próprio jusracionalismo positivista”, que abre espaço para a aplicação do *venire*. O autor arrola, como exemplos, “o comportamento concreto de uma das partes à margem das disposições contratuais, a sustentação de um certo sentido na interpretação de uma norma qualquer, as negociações preliminares a um contrato”⁵⁹⁶. Em suma, diz-se *factum proprium* de

⁵⁹² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 758 e 759.

⁵⁹³ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 621.

⁵⁹⁴ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 131.

⁵⁹⁵ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 132.

⁵⁹⁶ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 133 a 135.

uma conduta a princípio não vinculante, capaz de transcender a esfera do seu praticante para repercutir fática e objetivamente sobre outras pessoas, embora tal repercussão não seja formalmente reconhecida pelo direito, senão diante da presença dos demais pressupostos exigidos para a tutela da confiança.⁵⁹⁷

A legítima confiança corresponde à adesão do confiante ao “sentido objetivamente extraído do *factum proprium*”.⁵⁹⁸ SCHREIBER entende que apenas em um caso concreto é possível afirmar ou negar esta confiança, mas oferece alguns “indícios” que podem ajudar o intérprete:

(i) a efetivação de gastos e despesas motivados pelo *factum proprium*; (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas; (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial; (iv) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante⁵⁹⁹.

Esta confiança deve ser, como já se disse, legítima, o que implica dizer que “deve derivar razoavelmente do comportamento inicial”. Assim, “a ressalva expressa da possibilidade de contradição por quem pratica o comportamento exclui, a princípio, a legitimidade da confiança”⁶⁰⁰. A contradição, como terceiro pressuposto para a aplicação da figura ora analisada, não exige “intenção ou propósito íntimo de contrariar”. Afere-se, portanto, de maneira puramente objetiva. Ademais, o ato que contradiz o *factum proprium* deve ser lícito, pois se for ilícito sua sanção se dá por outros mecanismos jurídicos⁶⁰¹.

Por fim, como a proibição do comportamento contraditório visa a evitar a produção ou garantir a reparação de um dano, exige-se que este dano, efetivo ou em potência, esteja presente como quarto pressuposto. Ausente o dano – ou a

⁵⁹⁷ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 138.

⁵⁹⁸ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 141.

⁵⁹⁹ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 142.

⁶⁰⁰ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 142.

⁶⁰¹ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 144 e 145.

possibilidade de sua produção – não há razão para proibir o agente de atuar conforme sua determinação.⁶⁰²

4.5. Casos

Neste tópico, procura-se analisar casos escolhidos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que versaram, dentro do tema da tutela da confiança, sobre relações contratuais de longa duração.⁶⁰³

Um caso em que uma das partes acaba sendo proibida de se valer de uma permissão genérica de atuação, decorrente da própria autonomia privada – no caso, da permissão de não contratar, ou, mais precisamente, de não renovar um contrato após o advento do seu prazo, o Superior Tribunal de Justiça tem interessante precedente no Recurso Especial 880605/RN, relatado originalmente pelo Ministro Luís Felipe Salomão e, diante da derrota da posição deste magistrado,

⁶⁰² SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 152 e 153.

⁶⁰³ Em complementação, para uma análise de alguns julgados paradigmáticos no direito brasileiro sobre o assunto, veja a obra de MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 622 a 628. MENEZES CORDEIRO (*op. cit.*, 2013) procura oferecer uma sistematização para os inúmeros casos apontados pela doutrina como atuações da figura do *venire contra factum proprium*. Em primeiro lugar, o autor procura efetuar precisões com relação ao “âmbito externo” da figura, isolando-a da *suppressio*, do *tu quoque* e do dolo inicial, através da exigência de “contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor”, e da vinculação jurídica criada pela autonomia privada, na forma de um dever específico, pois nesta hipótese tratar-se-ia de responsabilidade puramente obrigacional e não do “exercício inadmissível de posições jurídicas” (p. 746). Com estas questões em mente, o autor apresenta duas hipóteses de comportamento contraditório: “quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue” (p. 747). Estas duas hipóteses seriam divisíveis em subgrupos. A primeira hipótese, da pessoa “que manifesta a intenção de não praticar determinado acto e, depois, o pratique”, pode ser dividida em três hipóteses parcelares. A primeira, daqueles casos em que o ato a não ser realizado corresponde ao exercício de um direito potestativo (resolver ou denunciar um contrato, por exemplo). A segunda, quanto o exercício é de direito subjetivo. E, por fim, quando “a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de actuação e não de um direito subjetivo, potestativo ou comum”. Esta última hipótese – negligenciada pela doutrina no ver de MENEZES CORDEIRO – se relaciona com “a possibilidade de constituir obrigações através de comportamentos concludentes ou com a simples discussão em torno dos modos de produzir declarações negociais”. (p. 747 a 748). Para o autor português, parece ser vantajoso reconduzir casos que se enquadrem neste terceiro subgrupo à figura da proibição do comportamento contraditório – ou seja, afastando-os de uma vinculação, por assim dizer, puramente negocial – pois tal mecanismo ajudaria a “esclarecer certos casos de fronteira”. (p. 749). Por outro lado, a segunda hipótese – da “pessoa que manifeste a intenção de praticar um acto e, a isso, não fique vinculada” – está em regra relacionada a um negócio jurídico inválido ou inexistente. (p. 749).

relatado pelo Ministro Massami Uyeda, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 17 de setembro de 2012.

A demanda foi trazida ao Poder Judiciário por Adelino Araújo de Medeiros, juntamente com outros dez litisconsortes ativos, contra a Caixa Seguradora S.A., sob o fundamento de que, como funcionários da Caixa Econômica Federal, haviam firmado contrato de seguro de vida em grupo, cujo prêmio era mensalmente debitado de suas contas bancárias. O contrato foi firmado pelo prazo certo de um ano, renovado sucessivamente durante dez anos (de 1991 a 2001), sem nunca impor ou solicitar qualquer reajuste ou comunicar qualquer forma de desequilíbrio ou prejuízo com as apólices. Após várias e sucessivas renovações, a seguradora os notificou informando que não renovaria as apólices vigentes, pois haveria um “desequilíbrio no cálculo atuarial”, e oferecendo novas condições de contratação, desvantajosas aos segurados, se houvesse interesse de sua parte.

A sentença de primeiro grau concedeu aos autores a indenização pelos danos materiais, de acordo com complexo cálculo proposto pelo magistrado, e afastou a indenização por danos morais.⁶⁰⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por sua vez, houve por bem reformar a sentença, negando provimento à ação, pois a conduta da seguradora teria ocorrido dentro do âmbito da legalidade. Os autores, então, interpuseram recurso especial.

Hipóteses semelhantes, de renovações sucessivas e periódicas de contratos de seguro de vida com prazo determinado, como mostra o voto vencido do Ministro Luís Felipe Salomão, foram decididas pelo Superior Tribunal de Justiça,⁶⁰⁵ todavia, o principal acórdão sobre o tema no âmbito dos seguros de vida individuais prefere argumentar diretamente com base nos deveres impostos pela boa-fé objetiva e na interpretação dos contratos de acordo com esta cláusula geral, sem recorrer expressamente à noção de *venire contra factum proprium*.⁶⁰⁶

O Ministro Luís Felipe Salomão entendeu haver no caso *venire contra factum proprium*, pois “o comportamento reiterado da Segurado de não reajustar o contrato em razão do acréscimo de idade é evidentemente contraditório, preferindo a

⁶⁰⁴ Para o cálculo, veja as páginas 4 e 5 do acórdão.

⁶⁰⁵ Vide o acórdão, páginas 6 a 9.

⁶⁰⁶ Veja o acórdão do Recurso Especial nº 1.073.595/MG, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e publicado no Diário de Justiça eletrônico de 29/04/2011, discutido no capítulo sobre interpretação.

denúncia vazia e inopinada de cancelamento da apólice, com justificativa em “desequilíbrio atuarial”. Ao lado do *venire*, o autor também destacava a ocorrência da “*supressio*” (sic), que “inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício, se presente, de outra parte, a boa-fé do contratante, como no caso em exame”.⁶⁰⁷ Assim, o Ministro condenou a seguradora a “indenizar os autores em quantia equivalente às reservas técnicas proporcionais aos prêmios pagos durante a vigência do contrato”.

O Ministro Massami Uyeda, abrindo a divergência que se sagrou vencedora, para negar provimento ao recurso especial, trouxe argumentos ligados ao direito securitário, que não têm pertinência direta com o tema deste trabalho. Referindo-se especialmente à boa-fé objetiva, todavia, o Ministro ressaltou que

não se concebe que o exercício, por qualquer dos contratantes, de um direito (consistente na não renovação do contrato), inerente à própria natureza do contrato de seguro de vida, e, principalmente, previsto na lei civil, possa, ao mesmo tempo, encerrar abusividade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, ou, ainda, inobservância da boa-fé objetiva, fundada, tão-somente, no fato de o contrato entabulado entre as partes ter tido vigência pelo período de dez anos⁶⁰⁸.

O argumento, a nosso ver, é frágil, pois equivale a dizer que o exercício de um direito decorrente do direito positivo é sempre legítimo, justamente por decorrer de previsão expressa na lei. A boa-fé objetiva, todavia, se coloca, sob certa perspectiva, em um mandamento a respeito do modo de exercício de tal direito (o que, ademais, também é a razão de ser da figura do abuso de direito). No caso do *venire*, se o exercício do direito se coloca em contradição com a legítima confiança criada pela própria parte em outrem, este exercício – que em si era lícito – passa a ser ilícito e vedado pelo ordenamento jurídico.

Mais forte parece ser o argumento subsidiário trazido pelo Ministro Uyeda no sentido de que “a temporariedade do pacto constitui elemento intrínseco ao

⁶⁰⁷ Vide acórdão, páginas 14 e 15.

⁶⁰⁸ Vide acórdão, página 33.

contrato de seguro de vida em grupo”. Este argumento é interessante, pois, como nota o Ministro, “levando-se em conta tais circunstâncias de caráter eminentemente objetivo, tem-se que a duração do contrato, seja ela qual for, não tem o condão de criar legítima expectativa aos segurados quanto à pretendida renovação”⁶⁰⁹. Se não há confiança legítima, como se viu acima, não há *venire contra factum proprium* pela mera contradição no agir da parte.

Outro caso interessante em que se discutiu a ocorrência de *venire* no âmbito do STJ é o Recurso Especial nº 1.112.796/PR, também relatado originalmente pelo Ministro Salomão e, diante da derrota de sua posição, relatado pelo Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 19 de novembro de 2010. Tratava-se de disputa entre a AMBEV e uma de suas distribuidoras, com atuação em dez municípios do Estado do Paraná. A distribuidora ajuizou ação de indenização por danos patrimoniais e morais contra a AMBEV em razão da denúncia de seu contrato. Segundo a autora, a AMBEV havia imposto a adesão dos distribuidores, no ano de 1995, ao “Programa de Excelência 2000”, que impunha diversos investimentos e, alegadamente, criaria a expectativa da continuação do contrato no novo milênio. Todavia, após a realização dos investimentos, em 3 de junho de 1998, a AMBEV notificou a distribuidora com o intuito de resilir o contrato a partir de 25 de janeiro de 1999.

Para o Ministro Salomão, teria ocorrido caso de *venire contra factum proprium*, por ter a AMBEV exigido a adequação da distribuidora ao Projeto Excelência 2000, e, algum tempo depois, resilido o contrato unilateralmente. As circunstâncias do caso – longa duração do contrato, renovado diversas vezes entre as partes – intensificariam, em conjunto com o referido Projeto, a confiança na duração do relacionamento.⁶¹⁰

O Ministro Honildo, todavia, acredita que este entendimento traria insegurança aos contratos comerciais, pois lhes atribuiria um caráter de “irrescindibilidade” inobstante autorização contratual.⁶¹¹ Para o Ministro, a denúncia seria legítima, pois escudada em cláusula contratual válida⁶¹² - argumento que, a

⁶⁰⁹ Vide acórdão, página 34.

⁶¹⁰ Vide acórdão, páginas 16 e 17.

⁶¹¹ Vide acórdão, página 28.

⁶¹² Vide acórdão, página 30.

nosso ver, como se falou acima a respeito da mesma construção usada pelo Ministro Uyeda, parece frágil, pois desconsidera a construção a respeito da boa-fé objetiva, do abuso de direito e do *venire contra factum proprium*.

Os informativos de jurisprudência do STJ sobre o tema do *venire*, ainda que não tenham casos tratando especificamente de contratos de duração, trazem algumas hipóteses interessantes para elucidar à amplitude que o tema assumiu, muito além das fronteiras do direito contratual – como, aliás, era previsto por SCHREIBER. Dessarte, o informativo nº 558/2015 se refere ao acórdão de Recurso Especial nº 1.461.301/MT, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha e publicado no Diário de Justiça eletrônico de 23/3/2015, em que se aceitou a penhora de bem de família indicado pelo devedor, por ocasião da celebração de acordo judicial com o credor. Ao Ministro João Otávio de Noronha, configuraria hipótese de *venire* a conduta de ofertar o bem à penhora e, em seguida, arguir a proteção legal ao referido bem⁶¹³. Outro caso, sumariado pelo informativo nº 545/2014, também pertinente ao afastamento da proteção legal ao bem de família em razão de conduta que atenta à boa-fé objetiva, foi o decidido pelo Recurso Especial nº 1.364.509/RS, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e publicado no Diário de Justiça eletrônico em 17/6/2014. No caso, os devedores, condenados por decisão transitada em julgado, providenciaram a doação do imóvel em que moravam – que haviam adquirido por meio de compromisso de compra e venda, sem, até o momento da penhora, que houvesse sido feito o registro no Cartório de Imóveis da transferência do imóvel para seus nomes – pela promitente vendedora para seu filho, menor impúbere, a fim de evitar que o bem ingressasse em seu patrimônio e pudesse responder pela dívida. Como único bem de seu filho e, naturalmente, local de sua residência, pleitearam a proteção do bem de família para evitar a penhora. Para a Ministra, a alienação do bem seria contraditória com a invocação da proteção legal, configurando caso de *venire contra factum proprium*⁶¹⁴. A Ministra, todavia, procura fundamentar a sua decisão na má-fé subjetiva dos devedores (pois se trata de conduta “ardilosa”, cujo “propósito” de fraudar credores é “evidente”), o que, a nosso ver, cria problemas para enquadrar o caso nas hipóteses de *venire*, que não envolveria um juízo desta natureza. Os

⁶¹³ Vide acórdão, página 6.

⁶¹⁴ Vide acórdão, página 8.

demais casos são em temas diversos, como direito processual⁶¹⁵, direito das sucessões e de família⁶¹⁶ e direito comercial⁶¹⁷.

5. *A suppressio e a surrectio*

A suppressio e a surrectio são duas figuras intimamente conectadas e que também visam tutelar a confiança de uma das partes em um dado estado de coisas – *in casu*, a inatividade da outra parte com relação ao exercício de um direito.

Com efeito, o termo *suppressio* foi cunhado por MENEZES CORDEIRO como tradução do termo *Verwirkung*, do direito alemão. Assim manifestou-se o autor, em sua obra sobre a boa-fé:

Pretende introduzir-se o termo *suppressio* para exprimir a *Verwirkung*. Na doutrina portuguesa já foram utilizados, com esse efeito, os termos caducidade e exercício inadmissível do direito. Mas sem razão: “caducidade” é a extinção de uma posição jurídica por decurso de um prazo a que esteja sujeita e que, nada tendo a ver com a boa fé, goza de regime explícito – art. 238º ss.; “exercício inadmissível do direito” é a expressão consagrada para, no domínio da doutrina da segunda codificação, designar o que em França se diz “abuso do direito”, embora em termos mais amplos. Poderiam ser feitas outras tentativas “decadência”, “inibição”, “paralisação”, preclusão” ou “perda”. Porém a “decadência” é usada por AA. brasileiros com o sentido de caducidade, a “inibição” implica uma ideia de não possibilidade transitória de exercício, tendo conotações técnicas com setores específicos, como ocorre com a inibição ao exercício do poder paternal, a inibição de exercício da advocacia ou a inibição do direito de conduzir, p. ex., a “paralisação” associa-se ao funcionar de uma exceção de direito material, podendo ser usada apenas em termos descritivos, a preclusão liga-se ao efeito emergente do decurso do prazo ou a outros efeitos igualmente impeditivos, mas sempre determinados e a “perda”, para além de já ter um sentido técnico específico nos

⁶¹⁵ Informativos nº 532/2013, nº 503/2012 e 380/2008.

⁶¹⁶ Informativos nº 581/2016 e nº 491/2012.

⁶¹⁷ Informativos nº 523/2013 e nº 368/2008. Sobre o informativo nº 523/2013, ainda que localizado pela busca do STJ sob o tema do *venire*, parece se encaixar, com mais precisão, nas hipóteses de *suppressio* – como é, aliás, a posição do voto condutor do acórdão. Por esta razão, o acórdão será discutido abaixo.

direitos reais, equivale à extinção, seja qual ela for, de um direito. O recurso a expressões compostas levaria à introdução de qualquer coisa como “extinção de um direito por exercício tardio contrário à boa fé” o que, sendo incómodo, postularia de imediato o tratar-se de uma extinção, o que não é certo. Para o progresso de uma ciência, há que, a realidades autónomas, atribuir expressões próprias e a conceptos novos, nominações novas, sem confusão com factores já existentes. Fique, pois, aguardado melhor, uma tradução latina de *Verwirkung*, não comprometida: a *suppressio*.⁶¹⁸

O transcurso do tempo mostrou que, ao menos no Brasil, a expressão *suppressio* (e sua corruptela *supressio*) foi largamente aceita e já serve de fundamento – acertadamente ou não – a centenas de decisões dos tribunais.⁶¹⁹ Antes da obra de MENEZES CORDEIRO, a doutrina brasileira vinha utilizando-se do próprio termo *Verwirkung*, com referências também à caducidade.⁶²⁰

A *surrectio*, também consagrada nas doutrina e jurisprudência brasileiras, equivale, por sua vez, à figura da *Erwirkung* do direito alemão, e se trata, como será visto abaixo, do “outro lado” da *suppressio*. Como explica MENEZES CORDEIRO:

Por *surrectio* pretende exprimir-se a ideia comportada pelo termo alemão *Erwirkung*. A *Erwirkung* é, ela própria, um neologismo proposto por CANARIS, em 1971, com sucesso crescente; foi, p. ex., adoptado por LARENZ, a partir da décima segunda edição do seu *SchuldR* e, com grande desenvolvimento, por JÜRGEN SCHMIDT, na décima segunda edição do comentário de STAUDINGER.⁶²¹

⁶¹⁸ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 797 e 798.

⁶¹⁹ Uma ‘pesquisa’ simples de jurisprudência no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, retornou 287 acórdãos localizados em que o termo “*suppressio*” foi empregado pelos julgadores na fundamentação de suas decisões (em 21 de agosto de 2016, às 18h00min). A pesquisa pelo termo “*supressio*”, por sua vez, retornou, na mesma data, 1839 acórdãos. Sem entrar no mérito de cada um dos acórdãos, tampouco no acerto – ou não – do recurso à *suppressio*, fato é que o termo, ainda que com grafia, consciente ou inconscientemente, adaptada, entrou no repertório de soluções jurídicas do juiz brasileiro.

⁶²⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A “*Verwirkung*”, a renúncia tácita e o Direito brasileiro**. In: DIAS, Adahyl Lourenço. *et. al. (Colab.). Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1982, p. 271 a 284.

⁶²¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 817.

5.1. Formulação dos conceitos

A *suppressio* nasceu da construção jurisprudencial dos tribunais alemães, ainda no final do século XIX, sobretudo para evitar o abuso por parte de uma das partes do exercício de direitos para os quais não havia prazo prescricional expresso, mas cujo exercício passado muito tempo poderia causar iniquidades patentes.⁶²² Ainda que tenha origem anterior, a *suppressio* ganha a atenção da doutrina alemã pela crise econômica que veio no bojo da Primeira Guerra Mundial e que trouxe dificuldades óbvias para o trânsito de bens e a instabilidade em seu preço – o que implicava, evidentemente, que a demora no seu exercício atuasse de maneira severamente iníqua à parte obrigada.⁶²³ Além disso, o fim da guerra trouxe, por diversas razões, uma crise hiperinflacionária à economia daquele país, que passou a mitigar o princípio nominalista das dívidas pecuniárias, autorizando o reajuste monetário destas prestações. Nessa hipótese,

a *suppressio* vai funcionar como contrapeso dessa protecção [do credor], assegurando, desta feita, o interesse do devedor: a boa fé requer, pela equivalência das prestações e pelo equilíbrio das situações das partes, que se proceda a reajustamentos destinados a compensar a depreciação monetária; a mesma boa fé exige que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, sem o que atingiriam montantes com que o devedor não poderia contar.⁶²⁴

Desta forma, a década de 1930 trouxe muitas obras dedicadas ao tema. Estas obras se bateram sobre a natureza jurídica da *suppressio*. Após algumas hesitações iniciais, o instituto acabou reconduzido à boa fé e, conseqüentemente, ao exercício abusivo de direitos, por via do *venire contra factum proprium*.⁶²⁵

⁶²² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 798 e 799, nas quais o autor analisa alguns dos casos que deram origem à formulação do instituto na Alemanha.

⁶²³ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 801. Também: OLIVEIRA, *op. cit.*, 1982, p. 280.

⁶²⁴ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 801 e 802.

⁶²⁵ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 805 a 810. Sublinham a aproximação da *suppressio* do *venire contra factum proprium*, por exemplo, FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, 2016, p. 206 – os autores, todavia, procuram evitar a confusão entre os institutos, ressaltando o que entendem ser a principal diferença entre ambas as figuras: a inexistência, na *suppressio*, de um verdadeiro *factum proprium* a ser contrariado posteriormente pelo titular do direito. FRANZ WIEACKER posiciona-se

A doutrina ensina que a *suppressio* corresponde à “situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”⁶²⁶. JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, apoiado na doutrina germânica, ensina que “embora usada por vezes em sentido mais amplo, a expressão *Verwirkung* é normalmente empregada no sentido estrito de inadmissibilidade do fazer valer pretensão cujo exercício tenha sido deslealmente retardado”.⁶²⁷ A *suppressio* atuaria, tendencialmente, sobre qualquer direito subjetivo⁶²⁸ – ainda que a doutrina procure ressaltar a sua aplicação em casos de prazos prescricionais muito curtos e casos legalmente excluídos de sua aplicação (no Brasil, não existem direitos expressa e previamente excluídos dos efeitos da *suppressio* – não é o caso da Alemanha, onde direitos oriundos de ‘contratos coletivos’ de trabalho e direitos existenciais dos trabalhadores não podem ser objeto dos efeitos da figura⁶²⁹).

Por sua vez, “na *surrectio*, o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro”.⁶³⁰ Ou seja, trata-se de fazer existir um direito que, anteriormente e sob o ponto de vista exclusivamente jurídico-formal, não existia, mas que, na prática específica das partes, era considerado atuante.⁶³¹

Explica-o bem MENEZES CORDEIRO, quando afirma que:

Perante um fenómeno de *suppressio*, o beneficiário pode encontrar-se numa de duas situações: ou, tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjectivo.⁶³²

no seguinte sentido: “*Hoy en día se acepta que son casos de aplicación del venire c. f. p. la caducidad (Verwirkung) y la inadmisibilidad de invocación de determinados vicios de forma. La nota particular de la caducidad reside en que la conducta previa a imputar es una inactividad, de la que no se puede separar el elemento de una determinada duración*”. In: *op. cit.*, 1986, p. 62.

⁶²⁶ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 797.

⁶²⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, 1982, p. 273.

⁶²⁸ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.* 2013, p. 810.

⁶²⁹ Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 810, nota 603.

⁶³⁰ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, 2016, p. 207.

⁶³¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 816.

⁶³² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 821.

A *surrectio* pode ser entendida segundo uma noção ampla e uma noção restrita. Em sua noção restrita, fala-se especificamente do surgimento de um direito subjetivo ao beneficiário, pela inércia da contraparte. Em seu sentido amplo, a *surrectio* abarca também as simples liberações do beneficiário de obrigações ou deveres específicos, ou seja, a recuperação de uma “permissão genérica de actuação”. Os dois sentidos, ainda que separados pela doutrina especializada, são muito parecidos, razão pela qual a mesma doutrina repudia a autonomização de tais sentidos.⁶³³

5.2. Recondução à boa-fé objetiva e à confiança – relacionamento com a figura do *nemo potest venire contra factum proprium*

A doutrina, tal como ocorre com o *venire contra factum proprium*, costuma reconduzir a *suppressio* e a *surrectio* ao dever de agir conforme a boa-fé objetiva e à tutela da confiança.⁶³⁴ Isto porque as figuras têm papel de “minorar os efeitos de uma surpresa desleal”⁶³⁵.

Este ponto não levanta especial polêmica.

Parece importante ressaltar aqui que a melhor análise da *suppressio* procura a focar sob o ponto de vista de seu beneficiário, que seria, justamente, o prejudicado pelos “efeitos de uma surpresa desleal” – de maneira diferente de outras figuras (como a proibição de se valer da própria torpeza), não se trata efetivamente de uma punição àquele que omite, mas de uma proteção àquele que confia.⁶³⁶

As figuras, e sobretudo a da *suppressio*, foram reconduzidas pela doutrina ao *venire contra factum proprium* e ao exercício inadmissível de direitos.⁶³⁷ Surgiu a discussão, logo, a respeito da autonomia dogmática das figuras, uma vez que as

⁶³³ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 821.

⁶³⁴ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 649. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 807 e ss.

⁶³⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 649.

⁶³⁶ Para uma análise aprofundada das consequências de cada enfoque, vide MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 815 a 821.

⁶³⁷ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 807 a 810. OLIVEIRA, *op. cit.*, 1982, p. 282.

semelhanças entre elas são patentes (existência de comportamento contraditório, a princípio lícito, mas vedado por violar a confiança da outra parte, ausência de dever específico de agir ou de abster-se.⁶³⁸ A evidente ligação entre as figuras, todavia, não parece ser suficiente, para a doutrina, para retirar a autonomia da *suppressio*, transformando-a em mero agrupamento de casos de *venire contra factum proprium*.⁶³⁹ Para manter a distinção, parte da doutrina costuma ressaltar que a inatividade de uma das partes não configura, verdadeiramente, um *factum proprium*.⁶⁴⁰ MENEZES CORDERO acredita que este argumento é insuficiente, pois o “factum proprium pode ser qualquer eventualidade que, constituindo a base da imputação a uma pessoa, de certas consequências, lhe seja própria”, ou seja, pode ser uma omissão e não um agir ativo.⁶⁴¹ Assim, seria o tempo a marca distinta da *suppressio*, pois, ainda que exista um tempo também no *venire*, o seu papel é muito mais proeminente no *suppressio*.⁶⁴² Como ressalta MARTINS-COSTA, “embora possam estar superpostas, ambas as figuras guardam sua autonomia, na configuração e nos pressupostos, unificando-se, todavia, no fundamento, coibição à deslealdade, em razão do dever de agir segundo à boa-fé”⁶⁴³.

5.3. Fundamento legal

Estando unificados os fundamentos da *suppressio*, *surrectio* e do *venire contra factum proprium*, como se viu, em torno do agir de boa-fé e da tutela da confiança, parece forçoso que o fundamento legal das figuras também esteja nos artigos 187 e 422 do Código Civil, ou seja, na vedação ao abuso de direito e na cláusula geral de boa-fé objetiva.

Esse enquadramento legal dos temas parece repercutir nelas nos mesmos moldes do que foi dito sobre o *venire contra factum proprium*, ou seja, garantindo-lhes a mesma amplitude de aplicação que estes institutos, e, à toda evidência, os

⁶³⁸ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 808 a 810.

⁶³⁹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 650 e ss.

⁶⁴⁰ Reconhece a prevalência desta posição, ainda que a critique por superficial, MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 812 e 813.

⁶⁴¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 813.

⁶⁴² MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 650. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 812 e 813.

⁶⁴³ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 650.

mesmos limites materiais. Pergunta-se, de outro lado, se o fundamento constitucional a que se remeteu o *venire* é também aplicável às figuras, ou seja, se elas podem ser consideradas como uma concretização do princípio da solidariedade insculpido no artigo 3º da Constituição Federal. A nosso ver, o argumento que se utilizou para tanto, ou seja, de que a “o princípio da solidariedade social (...) impõe a consideração da posição alheia também na atuação privada”⁶⁴⁴, parece integralmente aplicável aos casos da *suppressio* e da *surrectio*, pois trata-se de limitar um comportamento contraditório em homenagem à confiança do outro. Destarte, a se aceitar o fundamento constitucional do *venire*, o mesmo fundamento deve embasar as soluções propostas pela *suppressio* e pela *surrectio*.

5.4. Pressupostos para a aplicação

Os pressupostos para a aplicação das figuras da *suppressio* e da *surrectio*, de certa forma, são, assim como as figuras, intimamente relacionados. Segundo ensina MARTINS-COSTA,

pode-se invocar a *suppressio* quando há o transcurso de razoável período de tempo desde o estabelecimento de certa situação, sem que haja o exercício do direito que poderia, licitamente, modificá-la, havendo, ao revés, indícios objetivos de que o direito subjetivo da contraparte não seria exercido.⁶⁴⁵

A *suppressio* possui, portanto, alguns requisitos para que possa ser encontrada em um determinado caso concreto. Em primeiro lugar, deve haver a inação do titular de um direito durante um certo período de tempo – não é possível fixar-se previamente a quantidade de tempo necessária à *suppressio*, que deverá variar conforme as circunstâncias do caso concreto – e também deve haver sinais de que o titular não exercitará o seu direito.⁶⁴⁶ Segundo a doutrina, a proteção à confiança daquela parte que acredita na manutenção da inércia do titular seria o

⁶⁴⁴ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 107.

⁶⁴⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 2015, p. 648.

⁶⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 811.

fundamento do instituto: “Em suma, a chave da *suppressio (sic)* está na tutela da confiança da contraparte e na situação de aparência que a iludiu perante o não exercício do direito”.⁶⁴⁷

A aplicação do instituto da *suppressio* independe da investigação de elementos subjetivos do titular do direito, ou seja, não se deve perguntar a respeito de culpa ou dolo na inércia do titular⁶⁴⁸ – afinal, o foco não está sobre a punição do titular inativo, mas na proteção da contraparte que lhe dedica sua confiança.

Como regra, os pressupostos da *suppressio* são aplicáveis à *surrectio* em sentido amplo. Todavia, a doutrina procura isolar, para a *surrectio* restrita, pressupostos próprios, a saber: (i) a criação de confiança no beneficiário a respeito de um estado de coisas, e (ii) um nexo de imputação desta confiança (“boa-fé subjetiva”) do beneficiário na estabilidade da situação criada, seja por culpa ou pelo risco, à contraparte.⁶⁴⁹

Diante da emergência da *surrectio*, MENEZES CORDEIRO pontifica que a *suppressio* seja “uma forma invertida de apresentar a realidade”. Logo, o foco na verdade estaria sobre a *surrectio*, que corresponde à visão do beneficiário – enquanto a *suppressio* corresponde, afinal, à visão do prejudicado. Para o autor, só há *suppressio* verdadeiramente quando se pode falar, ao menos, em *surrectio* em sentido amplo (seja enquanto liberação do beneficiário a uma adstrição prévia e específica em favor do prejudicado, seja enquanto novo direito que surge a tal beneficiário, ou, ainda, um direito que surge incompatível com o direito prévio do prejudicado). Por isso, pretende ampliar os pressupostos desenhados pela doutrina para a *surrectio* em sentido restrito, ressaltando um pressuposto objetivo, a saber, que o beneficiário esteja em tal contexto que qualquer pessoa normal acreditaria que o prejudicado não mais exerceria seu direito e que o próprio direito era legítimo e devidamente constituído, e um pressuposto subjetivo, a saber, que o beneficiário esteja de boa-fé (no sentido subjetivo), ou seja, acredita não prejudicar ninguém e ter cumprido todos os deveres para a regularidade do seu próprio direito. Por fim,

⁶⁴⁷ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, 2016, p. 206.

⁶⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 811. FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, 2016, p. 206. OLIVEIRA parece não concordar, limitando o âmbito da *Verwirkung* aos “casos de clara fundamentação ética e de repúdio à conduta de quem tenha feito da longa inércia forma de comportamento doloso”. In: *op. cit.*, 1982, p. 282.

⁶⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 822.

o contexto e a boa-fé do beneficiário devem ser imputáveis ao prejudicado, seja porque ele os cria diretamente, seja porque age reiteradamente de tal maneira que eles lhes possam ser imputados através da noção de risco.⁶⁵⁰

Mister manter em mente que, assim como no *venire*, os pressupostos ora apresentados são tidos pela doutrina como ‘móveis’, ou seja, a ausência de um deles pode ser compensada pela especial intensidade dos demais.⁶⁵¹

5.5. Casos

O Poder Judiciário brasileiro tem se deparado frequentemente com a situação em que um representante comercial, profissão regulada pela Lei 4.886/1965, sofre uma redução no valor de suas comissões por ato unilateral do representado, o que contraria o disposto o §7º do artigo 32 da referida lei, incluído pela reforma de 1992, que estabelece serem “vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência”.

Ainda que a contrariedade ao disposto na lei pudesse configurar um motivo justo para a resolução do contrato pelo representante comercial, este silencia até o momento em que o representado termina o contrato sem justa causa. Então, o representante ajuíza ação contra o representado, exigindo a complementação das comissões que foram reduzidas em desacordo com o aludido §7º. Além disso, e em paralelo, costuma surgir o pedido de complementação de comissões que tenham sido pagas tomando como base de cálculo o valor líquido das notas fiscais (como regra, sem a inclusão de tributos), para que elas sejam recalculadas sobre o valor bruto das vendas (incluindo tais tributos), o que estaria de acordo com a jurisprudência majoritária a respeito do §4º do mesmo artigo 32, que prevê que “as comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias”.

Um destes casos chegou ao Superior Tribunal de Justiça e foi relatado pela Ministra Nancy Andrighi. Trata-se do Recurso Especial nº 1.162.985/RS, em que

⁶⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 824 e 825.

⁶⁵¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 822.

litigavam a Sherwin Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Ilhéus Comércio e Representações Ltda., publicado o acórdão no Diário de Justiça eletrônico de 25 de junho de 2013. No caso, ainda que o contrato estabelecesse uma comissão de 4%, desde o início da sua vigência a representada havia pago apenas o valor de 2,5%. Estas comissões, ademais, teriam sido calculadas sobre o valor líquido das notas fiscais, em violação ao §4º do artigo 32.

No caso em comento, a sentença de primeiro grau e o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negaram provimento à pretensão do representante sob a alegação de concordância tácita do representante, ainda que sustentassem também suas decisões no “princípio da confiança”, que concederia tutela à confiança da empresa representada.⁶⁵²

O STJ entendeu que a situação de nunca ter sido paga a comissão no patamar de 4% implicava “a legítima expectativa na representada de que os pagamentos feitos estavam de acordo com o avençado entre as partes”⁶⁵³. Nesta toada, ainda que a relatora se refira também à anuência tácita por parte do representante⁶⁵⁴, procura ressaltar a função de impor “limite ao exercício de direitos subjetivos”, que seria inerente ao “princípio da boa-fé objetiva”⁶⁵⁵, que teria levado à construção de institutos como *tu quoque*, o *venire contra factum proprium*, a *surrectio* e a *suppressio*. Para a magistrada,

Para o deslinde da presente controvérsia interessa apenas a *suppressio* (sic), que indica a possibilidade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo. Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a sensação válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. (...). Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título da diferença, que sempre foram dispensados, frustrando

⁶⁵² Vide acórdão, páginas 7 e 8.

⁶⁵³ Vide acórdão, página 10.

⁶⁵⁴ Vide acórdão, página 10.

⁶⁵⁵ Vide acórdão, página 11.

uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual pela recorrida.⁶⁵⁶

Outro caso que pode ajudar a esclarecer a aplicação das figuras no direito brasileiro é o Recurso Especial nº 1.202.514/RS, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e publicado no Diário de Justiça eletrônico em 30 de junho de 2011.

No caso litigaram Danielevicz Advogados Associados e Indústrias Micheletto S.A. em torno da correção monetária sobre os valores dos honorários pagos pela Micheletto a Danielevicz, durante os seis anos de duração do vínculo contratual entre as partes. Danielevicz ajuizara ação de cobrança contra Micheletto ao argumento de que havia sido contratado para a prestação de serviços jurídicos, mediante remuneração de R\$ 8.000,00 por mês, reajustáveis anualmente de acordo com a inflação, no entanto, Micheletto teria deixado de pagar as diferenças do reajuste inflacionário e duas parcelas mensais (setembro e outubro de 2004).

A sentença condenou ao pagamento das parcelas vencidas e não pagas e pelas diferenças inflacionárias apuradas durante todo o período do contrato.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao argumento de que não se pode exigir cláusula que “nunca se fez valer”, reformou parcialmente a sentença, para manter apenas a condenação pelas parcelas vencidas e não pagas.

O caso foi ao STJ. Neste tribunal, a relatora designada verificou que a correção monetária efetivamente era um direito expressamente previsto em cláusula contratual, no entanto, Danielevicz havia deixado de exercer seu direito, razão pela qual deveria se considerar, em razão da *suppressio*, “suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo”.⁶⁵⁷

Por ter deixado de exigir o seu direito durante seis anos, Danielevicz teria criado a confiança em Micheletto de que o direito não seria exigido “retroativamente”.⁶⁵⁸ No caso, a relatora consigna ser aplicável apenas a

⁶⁵⁶ Vide acórdão, páginas 11 e 12.

⁶⁵⁷ Vide acórdão, página 7.

⁶⁵⁸ Vide acórdão, página 8.

suppressio, mas não faz menções à surrectio. Esta opção parece-nos acertada se tivermos em mente o conceito restrito de surrectio – de surgimento de um direito subjetivo – uma vez que não se pode falar em direito subjetivo da Micheletto em exigir os serviços sem a devida correção monetária. Todavia, poderia ser localizada uma hipótese de *surrectio* se considerado o seu conceito amplo, ou seja, como mera liberação de uma adstrição prévia, pois evidentemente Micheletto se livrou de seu dever específico de pagar as diferenças inflacionárias a Danielevicz.

6. Conclusão do capítulo

O capítulo procurou abordar, ainda que de maneira restrita, uma das principais maneiras pela qual o direito contemporâneo tem valorizado e dado consequências jurídicas ao comportamento das partes posterior à celebração de um contrato de duração entre elas.

A tutela da confiança, por suas figuras do *venire contra factum proprium*, da *suppressio* e da *surrectio*, tem tido cada vez maior aplicação e penetração nos julgados brasileiros, de modo que é mister reconhecer que talvez seja hoje, ao menos quantitativamente, uma das principais esferas de discussão e relevância desse comportamento.

É importante, todavia, não exagerar o âmbito de aplicação das figuras, que, como visto, se de um lado é muito amplo, pois aplicam-se virtualmente a quase todas as relações jurídicas de direito público e privado, de outro lado estão limitadas pelo seu caráter “subsidiário”, ou seja, não devem ser aplicadas quando já houver uma solução condizente com a tutela da confiança construída pelo ordenamento jurídico, seja por força de lei ou de negócio jurídico. Afirmar este caráter “subsidiário”, entretanto, deve ser feito com muita cautela para que não se o confunda com um caráter “supletivo” das figuras, que não existe. As figuras de tutela da confiança não possuem um papel supletivo em um dado caso concreto, mas sim cogente – a sua aplicação se dá, inclusive, em prejuízo do regulamento contratual originário de fonte autônoma.

Logo, o que se quer dizer com a expressão caráter “subsidiário” é apenas que, se em um dado caso concreto, puderem ser aplicadas as figuras da tutela da confiança conjuntamente com outras soluções oferecidas pelo ordenamento jurídico (por assim dizer, ‘positivadas’), com o mesmo resultado prático – ou seja, com a garantia da tutela da confiança das partes – é de se priorizar a solução ‘positivada’, para evitar uma ampliação tal das figuras que levaria, provavelmente, à destruição de todo o seu conteúdo próprio (afinal, virtualmente, todo o direito privado está orientado, pelo menos até certo grau, à proteção da confiança).

CAPÍTULO 5 – HIPÓTESES DE FRONTEIRA

1. Introdução

Nos três capítulos anteriores, cumpriu-se uma análise não exauriente de três diferentes perspectivas pelas quais o comportamento das partes posterior à celebração de um contrato de duração pode ser aproveitado pelo aplicador do direito e operacionalizado em soluções jurídicas. Agora, é necessário aumentar a concretude da discussão, confrontando, diante de algumas hipóteses fronteiriças, as figuras sobre as quais se discorreu. Em primeiro lugar, mister ressaltar que a jurisprudência brasileira não costuma, salvo honrosas exceções, preocupar-se genuinamente com o âmbito preciso de aplicação de cada figura, recorrendo, muitas vezes, a mais de uma figura (às vezes todas) como fundamento de suas decisões. Evidentemente, não é trabalho da jurisprudência se preocupar com estas precisões, todavia, o cuidado com o espaço próprio de aplicação de cada figura parece-nos relevante, uma vez que aumenta o grau de segurança em sua aplicação. Ademais, existem diferenças práticas relevantes na aplicação de cada figura, que não podem ser negligenciadas pelo aplicado do direito. Assim, adverte ANDERSON SCHREIBER, ao tratar de casos de aplicação da figura do *nemo potest venire contra factum proprium*:

O crescente acolhimento pelos tribunais vem exigir com ainda maior urgência uma estruturação teórica adequada, a fim de evitar tentativas de aplicação imprópria, injustamente restritivas ou indevidamente alargadas, que já começam a aflorar nas cortes brasileiras⁶⁵⁹.

Notável exemplo da atual negligência com relação às diferenças conceituas e de âmbito de aplicação de cada figura pode ser retirado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na qual se encontram julgados que entendem abusiva a não-renovação de contratos de seguro de vida que tenham sido renovados

⁶⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 197.

diversas vezes pela seguradora, sem qualquer alteração de suas condições⁶⁶⁰. Embora os casos concretos possuam algumas variações entre si – de duração do período de vigência do contrato, entre dez e trinta anos, e do tipo de seguro, individual ou em grupo – o que importa destacar neste momento é que os argumentos utilizados pelos julgadores que davam razão aos segurados variam desde a interpretação conforme à boa-fé objetiva ao *venire contra factum proprium*. Ora, não parece possível concordar que a aplicação da interpretação segundo a boa-fé objetiva (artigo 113 do Código Civil) tenha lugar na mesma situação em que se recorre ao *venire contra factum proprium*. Evidentemente, ainda que ambas as figuras remetam à boa-fé objetiva, seus propósitos e momentos de aplicação são distintos. Enquanto a interpretação segundo a boa-fé objetiva ajuda a esclarecer o próprio conteúdo do contrato, o *venire contra factum proprium* já está a reprimir ou suprimir, em homenagem à boa-fé objetiva, parte dos efeitos deste mesmo conteúdo. A interpretação determina o que as partes pactuaram e, por isso, seu resultado tem natureza de regra contratual, podendo ser alterado apenas por outra regra negocial, ainda que os efeitos destas regras possam ser suprimidos por normas cogentes. O *venire contra factum proprium* dá por resultado uma solução justificada dentro de um dado contexto de proteção ao investimento na confiança, que pode ser alterado se as circunstâncias levarem ao desaparecimento desta.

O confronto que será proposto não será, de qualquer forma, definitivo, mas é um esforço para debelar a incerteza e o arbítrio na aplicação destas figuras, que, por vezes, corresponde a mero recurso linguístico empregado pelo aplicador para se desincumbir do ônus constitucional de fundamentação das decisões (artigo 93, IX, da Constituição Federal).

Por ora, limita-se o confronto a três hipóteses específicas, que parecem levantar mais dúvidas quando do estudo das figuras, sem prejuízo de quaisquer outros confrontos que sejam (e, efetivamente, são) possíveis e interessantes.

⁶⁶⁰ Tome-se, por exemplo, os Recursos Especiais nº 1.073.595/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, e nº 880.605/RN, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão (relator para acórdão Ministro Massami Uyeda).

2. Interpretação objetiva e tutela da confiança

Já se falou brevemente acima sobre o possível confronto entre a aplicação da interpretação objetiva e da tutela da confiança. O conflito parece provir do recurso feito pelas figuras à boa-fé objetiva, ainda que em funções diferentes. Enquanto a interpretação objetiva está apoiada sobre a função hermenêutica da boa-fé objetiva, a tutela da confiança está fundamentada sobre a função corretiva dessa boa-fé, limitadora do exercício de direitos em contradição com a cláusula geral. Isto quer dizer que se trata de diferenciar entre as funções interpretativas e integrativas da boa-fé objetiva.

Este fundamento comum – a boa-fé objetiva – facilita a confusão entre os institutos. Ainda que ninguém duvide da diferença entre interpretar um contrato segundo à boa-fé objetiva e integrar seus efeitos, na prática a aplicação dos institutos é complexa.

2.1. O pano de fundo: o comportamento conforme o sentido razoável e objetivo ou conforme a confiança do destinatário?

Como se viu acima, para a fase objetiva da interpretação de um contrato, o comportamento (não só ele, naturalmente, mas todos os elementos interpretativos) é tomado pelo aplicador de acordo com o sentido que uma pessoa razoável, colocada na mesma situação do destinatário, teria atribuído a ele. Esse sentido razoável atribuível a um comportamento não pode ser desconectado do texto contratual a se interpretar, pois se trata, efetivamente, de compreender este texto e suas potencialidades significativas. Não pretende reescrever o texto contratual e os efeitos, porventura, decorrentes. Ademais, a interpretação enfoca, mesmo quando recorre à análise sob a perspectiva da boa-fé objetiva do comportamento posterior à celebração, o momento genético do contrato. Deve-se buscar compreender o que ele significa no momento de sua celebração⁶⁶¹.

⁶⁶¹ Veja, a respeito do tempo relevante à interpretação, a posição de ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV**. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2014, p. 287 e 288.

Por sua vez, a tutela da confiança, considera o comportamento da parte como um fato próprio, potencialmente ensejador de confiança na contraparte. Aqui, a relevância do texto e do conteúdo contratual limita-se ao impacto que esse texto e esse conteúdo possam ter sobre a confiança das partes e o grau de exigência feito para considerar uma expectativa como merecedora de tutela.⁶⁶²

Dito isto, fica claro que, ainda que em privilégio à boa-fé objetiva e, portanto, sob certa perspectiva, a um valor social do contrato, e partilhando a proteção à segurança jurídica como valor, a interpretação objetiva não deixa de estar comprometida intimamente com a proteção à autonomia privada. A tutela da confiança, por sua vez, está comprometida com a proteção da confiança na sociedade e, para alguns, com a solidariedade social.

O fato de tutelarem valores, supostamente, opostos, pode servir de guia à aplicação de cada instituto – quando cumprir tutelar a autonomia privada, aplicar-se-ia a interpretação objetiva, quando interessar a proteção à solidariedade social, recorrer-se-ia às figuras de tutela da confiança. A nosso ver, tal escolha interessada dos institutos, conforme o seu resultado final e não de acordo com o âmbito de aplicação sistemática de cada um, repugna, pois cai, invariavelmente, no arbítrio do julgador, que pode escolher o instituto conforme a decisão que pretenda dar.

Ou seja, entender simplesmente os diferentes valores subjacentes não permite um controle efetivo da aplicação, logo, uma decisão assim ‘fundamentada’ não pareceria cumprir o mandamento constitucional referido acima.

Entende-se que o enfoque correto resida, como já se deixou antever, na distinção entre interpretação e integração do contrato⁶⁶³. Como regra, cumpre primeiro interpretar o contrato, para depois integrar seus efeitos. Ou seja, uma aplicação, por assim dizer, ‘sucessiva’ de cada instituto teria o condão de solucionar a disputa entre as figuras: em primeiro lugar, cumpriria interpretar o contrato, em

⁶⁶² Por exemplo, se for intenção de uma das partes afastar uma determinada cobrança feita no âmbito de um contrato, por não ter sido feito por um dado período de tempo, será menor o nível de exigência para a comprovação de sua configuração se o contrato não for claro a respeito dessa cobrança do que se o contrato estabelecer que a outra parte pode fazê-la em “x” anos.

⁶⁶³ A respeito do processo “interpretação”, “qualificação” e “integração”, para a determinação do regulamento contratual no caso concreto, de sua relação com as fontes autônomas e heterônomas destas regras contratuais e a possibilidade de, in concreto, haver inversões na ‘sequência’, vide a lição de ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. In: INDICA, Giovanni. ZATTI, Paolo (Org.). **Trattato di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 462 e 463.

toda a sua potencialidade, ou seja, em suas fases subjetiva e objetiva – na fase objetiva, a boa-fé deve ser considerada em sua função hermenêutica, considerando todos os comportamentos e demais elementos interpretativos que possam existir em um caso concreto. Delineado o conteúdo contratual, passa-se à sua integração. Se uma resposta já tiver sido possível através da interpretação, esta integração deve se limitar à análise da adequação de tal resposta aos deveres de agir conforme à boa-fé. Neste caso, analisa-se o comportamento conforme à boa-fé, para determinar se há espaço para a aplicação das figuras de tutela da confiança. Se houver, um passo adicional de harmonização dos resultados obtidos será necessário. Se os resultados forem, tendencialmente os mesmos, não haverá questões maiores. A maior disputa pode ocorrer quando os resultados forem tendencialmente contraditórios.

Quando eles forem contraditórios, deve prevalecer a solução obtida pela tutela da confiança, pois trata-se de integração cogente dos efeitos do ajuste. Evidentemente, dada a sua própria natureza algo fugaz, essa integração pode ser provisória e pode ser desfeita por comportamentos futuros que ‘derroquem’ a confiança. Nessa hipótese, ‘volta’ a prevalecer o resultado determinado pela interpretação, ou seja, o conteúdo do contrato, que, ademais, só pode ser alterado por meio de novo ajuste entre as partes.

3. Declaração tácita e interpretação objetiva

Outra hipótese de fronteira pode ser localizada entre o âmbito de aplicação da declaração tácita e da interpretação objetiva (sobretudo, quando se tratar da interpretação integrativa). Como se viu acima, a declaração tácita considera o comportamento como o seu dado objetivo – o comportamento concludente – enquanto a interpretação integrativa o considera como indício apto a permitir ao aplicador a dedução lógica do conteúdo do contrato não expresso pelas partes. Em última análise, a disputa é entre duas hipóteses de atuação da própria autonomia privada, entre a aferição de toda a potencialidade de um negócio jurídico já celebrado ou a celebração de um novo negócio para interferir no programa originalmente pactuado pelas partes.

3.1. O pano de fundo: novo negócio ou conteúdo implícito do negócio original?

Neste ponto, interessa saber se a assunção de determinado comportamento pelas partes leva à superveniência de um negócio novo ou simplesmente autoriza o intérprete a esgotar as potencialidades que já estavam no próprio conteúdo contratual, ainda que de modo implícito.

Para oferecer um princípio de resposta, é necessário retomar os pressupostos específicos de cada figura.

A interpretação objetiva é útil ao aplicador do direito quando não for possível obter pela análise dos materiais interpretativos a disposição a efetiva intenção comum consubstanciada pelas partes na declaração negocial (artigo 112 do Código Civil), seja porque faltam elementos, seja porque os elementos se contradizem. Nessa hipótese, o intérprete deve analisar o texto e o contexto (comportamento incluído) contratual de acordo com a boa-fé objetiva e os usos do local de celebração (artigo 113 do Código Civil). Novamente, se restar uma lacuna relevante – ou seja, uma lacuna no regulamento contratual que seja essencial para o deslinde de uma questão concreta – o intérprete pode levar adiante a sua tarefa interpretativa, através da pesquisa do que as partes teriam aceitado, se houvessem previsto a lacuna. Esta análise, para que não descambe em arbitrariedade, deve ser feita com atenção redobrada às potencialidades significativas do texto e do contexto, do interesse concreto das partes na contratação e do modo como elas se comportaram diante do texto que haviam construído.

Por sua vez, a declaração tácita que vem a modificar o acordo entre as partes independe, de certa forma, do sentido deste texto. Ou seja, a declaração tácita modificativa não rivaliza com a interpretação, até porque se colocará em momento lógico distinto – a saber, o momento em que o intérprete avalia quais os textos a serem interpretados. Concluindo pela existência desta declaração tácita modificativa, o intérprete já não pode mais ler o texto original sem ter atenção ao texto incluído por meio da declaração tácita entabulada pelas partes.

A sobreposição surge, efetivamente, quando a declaração tácita complementa o conteúdo do contrato. Isto porque, se há algo a complementar, é porque existe – ou melhor, existiu em algum momento (tanto que as partes se preocuparam em ‘preenchê-la’) – uma lacuna relevante. A diferença, portanto, com relação à interpretação integrativa, é que a lacuna não existe mais, pois as partes já a preencheram com o seu comportamento concludente.

Disso, parece lícito retirar que a interpretação integrativa deve estar adstrita ao sentido dos textos e demais materiais interpretativos à disposição, ou seja, uma conclusão completamente dissonante destes não pode ser obtido pela via da interpretação integrativa. Por outro lado, a declaração tácita que complemente os termos do contrato pode vir de maneira absolutamente desvinculada dos termos anteriores e dos demais elementos interpretativos, ainda que esta situação, naturalmente, não pareça ser a mais comum.

Ademais, a determinação da existência de uma declaração tácita depende de um juízo de ilação que permita atribuir ao comportamento um determinado sentido objetivo, com razoável grau de certeza. Este juízo é feito através da apuração de um nexos de conclusão, feito por critérios de continência ou incompatibilidade. Esse nexos de conclusão é, naturalmente, irrelevante para a interpretação integrativa, ainda quando esta considere entre os elementos interpretativos relevantes o comportamento das partes. Ou seja, se de um lado impõe-se rigor na análise dos resultados obtidos pela interpretação integrativa, que não podem destoar do conteúdo do contrato, de outro lado, o grau de exigência de certeza para se poder alcançar uma resposta por via da interpretação integrativa é menor do que o exigido para a declaração tácita.

3.2. Caso prático

Um exemplo prático pode ser útil para que delimitar a problemática ora discutida. Imagine-se o caso em que as partes entabulam um contrato de fornecimento de trigo para panificação. O vendedor é uma empresa especializada na importação de trigo de diversas localidades do mundo, como da Argentina e do Canadá. Por sua vez, o comprador é um moinho que produz, principalmente,

farinha de alta qualidade para ser vendida apenas para padarias e, por essa razão, tem interesse em farinhas cuja resistência à extensão e a extensibilidade sejam adequadas para sua atividade.⁶⁶⁴ Subsidiariamente, o comprador também produz farinhas para a produção de biscoitos.⁶⁶⁵

No contrato de fornecimento, as partes incluem uma cláusula que prevê que o vendedor “fornecerá trigo nas quantidades informadas com no mínimo 60 (sessenta) dias de antecedência pelo comprador, para a produção de farinhas para uso exclusivo na panificação”. Sabe-se que o trigo que reúne as características necessárias à panificação é o trigo tipo “duro”.⁶⁶⁶

Com o passar dos anos, diante da excelente qualidade do trigo entregue pelo vendedor, sempre apto à atividade de panificação, e de sua pontualidade, o vendedor torna-se o principal fornecedor do comprador. Todavia, em um certo momento, o comprador percebe que a margem de lucro obtida com a atividade de venda de farinhas para biscoitos é sensivelmente melhor do que aquela obtida com a venda de farinhas para panificação. Sem qualquer informação ao vendedor, o comprador passa a emitir pedidos de compra para trigos do tipo “mole”. O vendedor, sempre consciencioso em atender bem seus clientes, ainda que um pouco surpreso, mas sem discussão, passa a entregar o trigo solicitado. Alguns meses depois, vendo que o seu estoque de trigo duro está perto do fim, o comprador emite um pedido ao vendedor para a entrega de “trigo”, sem especificar a qualidade (afinal, ele não havia abandonado esta atividade, apenas dado maior enfoque à outra). O vendedor entrega, então, o trigo mole e é surpreendido com a

⁶⁶⁴664 “Resistência a Extensão (R): É o valor expresso em unidades extensográficas (U.E.) obtido no ponto mais alto da curva a 50mm, depois que a curva foi iniciada. É a altura do extensógrafo. Em termos práticos é o indicativo da capacidade da massa de reter o gás carbônico (CO₂), formado durante a fermentação. Esta característica esta relacionada com a proteína glutenina, que possui alto peso molecular e tende a formar ligações dissulfídicas intermoleculares e intramoleculares”. Para a atividade panificadora, deve estar entre 250 – 350 U.E. “Extensibilidade: É um valor expresso em mm, obtido através da medida do comprimento do extensograma desde o início até o fim da curva. A extensibilidade da massa nos mostra o quanto ela consegue se esticar, sem se romper. Esta propriedade esta relacionada com a proteína gliadina, que possui baixo peso molecular, e tende a formar ligações dissulfídicas intramoleculares”. Para a referida atividade, deve estar entre 140 – 180 mm. Sobre os conceitos e as informações referidas, vide: <http://www.ufrgs.br/napead/repositorio/objetos/avaliacao-farinha-trigo/2b.php>, consulta em 12 de setembro de 2016, às 17h04min.

⁶⁶⁵ A Resistência a Extensão da farinha necessária para esta atividade é bem inferior, de 150 a 200 U.E., e a extensibilidade também, de 120 a 160 mm.

⁶⁶⁶ Neste sentido, por exemplo: <http://www.deag.ufcg.edu.br/rbpa/rev132/Art13211.pdf>. Consulta em 12 de setembro de 2016, às 17h14min

exigência de substituição do produto pelo comprador. A pergunta é: quem tem razão e porquê?

A nosso ver, trata-se de caso em que a interpretação pura e simples do texto contratual, ainda que considerando o seu contexto, cria um impasse. O texto foi frontalmente negado pelo comportamento das partes, de modo que a interpretação deve recorrer, forçosamente, à fase objetiva da interpretação, como vimos acima. Há uma ambiguidade entre o texto e o contexto, que deve ser endereçada pelo intérprete.

A prática das partes mostra que a especificação sobre a qualidade do trigo foi efetivamente ampliada para abarcar também o trigo mole, de modo que, se a prática tivesse sido estabelecida desde o início do contrato, a interpretação de boa-fé levaria a ampliar o sentido da cláusula de qualidade e aceitar que a qualidade do trigo aceita no contrato abarcava tanto o trigo mole, quanto o duro.

Todavia, a prática de anos do contrato foi justamente reforçar a cláusula, sempre adquirindo trigo do tipo duro. Assim, a nova prática não trata mais do texto do contrato originalmente estabelecido pelas partes, mas de um novo texto.⁶⁶⁷ É evidente que, ao tempo da contratação, o significado da cláusula mencionado não podia incluir a entrega de trigo mole. Deve haver uma modificação tácita da cláusula, para incluir também essa qualidade de trigo. Parece possível inferir que existe um nexo de concludência entre a conduta das partes (do comprador, emitir pedidos de trigo mole, do vendedor, entregar o novo tipo de trigo) e o sentido que se pretende à declaração tácita, isto é, ampliar o objeto do fornecimento para estes dois tipos de trigo. Note-se que esta resposta não soluciona o caso. Afinal, podia ou não o vendedor entregar o trigo mole? A nosso ver, incluindo no texto do contrato a hipótese de entregar tanto trigo duro quanto trigo mole, torna-se a obrigação uma obrigação de dar coisa incerta. Desta forma, a resposta para o caso dependerá, à falta de outros elementos, da integração do contrato pelas regras do Código Civil. O artigo 244 determina que esta escolha caiba ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação. Por essa regra, o fornecedor podia eleger qual qualidade de trigo entregaria e não deveria ser obrigado a arcar com os custos de substituição da mercadoria. A nosso ver, todavia, justamente diante do fato de que

⁶⁶⁷ ALMEIDA, *op. cit.*, 2014, p. 287 e 288.

a alteração do conteúdo do contrato só se deu em razão das escolhas do próprio credor, parece aceitável concluir que esta alteração, além de incluir o trigo mole, deu ao comprador o direito de especificação. Tendo este deixado de o fazer, cumpria ao vendedor, em razão de um dever de diligência mínima, que se pode derivar da própria boa-fé objetiva, tê-lo contatado para sanar a dúvida. Não o fazendo, deve arcar com o prejuízo de substituir a carga.

4. Declaração tácita e tutela da confiança

Um outro confronto polêmico, diagnosticado inclusive pela doutrina, é o relacionamento entre a declaração tácita e a tutela da confiança.

Isto porque falar de declaração tácita é discorrer, afinal, sobre conferir vinculação jurídica a um comportamento, que é dito concludente, quando, sob certas circunstâncias, for possível afirmar a sua concludência com razoável grau de certeza. Por outro lado, as figuras que tutelam a confiança e foram discutidas neste trabalho, nomeadamente, o *nemo potest venire contra factum proprium*, a *suppressio* e a *surrectio* são teorizações construídas sobretudo a partir de comportamentos e do seu significado objetivo e acabam conferindo a estas condutas, ainda que não pela via da responsabilidade negocial, poder de vinculação jurídica.

Ainda que, como nos tópicos acima, seja possível e tenha sido um dos propósitos deste trabalho, isolar razoavelmente os pressupostos de aplicação de cada figura, na prática, as áreas de sobreposição serão várias. Ilustrativo MENEZES CORDEIRO, quando discorrendo sobre uma das hipóteses de *venire contra factum proprium*, que afirma que

finalmente, a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de actuação e não de um direito subjectivo, potestativo ou comum; nesse âmbito – autonomia privada, liberdade de deslocação, por exemplo – declara não ir tomar determinada atitude, mas acaba por assumi-la. Esta hipótese de *venire contra factum proprium* não tem sido suficiente esclarecida pela doutrina e pela jurisprudência. De facto, ela

prende-se com a possibilidade de constituição de obrigações através de comportamentos concludentes ou com a simples discussão em torno dos modos de produzir declarações negociais. A sua recondução ao *venire contra factum proprium* permitiria, com vantagem, esclarecer certos casos de fronteira.⁶⁶⁸

4.1. O pano de fundo: a hipertrofia do negócio jurídico e o carácter subsidiário da tutela da confiança

O pano de fundo que subjaz a esta discussão compõe-se, de um lado, de um legítimo receio doutrinário com relação a ficções de negócio jurídico, utilizadas como meras facilitadoras linguísticas para permitir decisões, no fundo, pouco escudadas no direito objetivo e muito escudadas na vontade dos próprios julgadores. De outro lado, parte da doutrina procura afirmar um carácter subsidiário para as figuras específicas que tutelam a confiança de maneira genérica, como o *venire contra factum proprium*, a *suppressio* e a *surrectio*. Ou seja, o seu espaço de atuação seria o vazio deixado pelo sempre insuficiente direito positivo.

Se de um lado não é possível afirmar existir um vazio quando se puder falar de declaração tácita, pois se trata diretamente de uma manifestação da autonomia privada das partes, por outro lado, é legítima a preocupação com a ‘hipertrofia do negócio jurídico’.

Um breve passar de olhos por julgados brasileiros é suficiente para observar o recurso à “anuência tácita” como apoio linguístico à decisão concretamente tomada, sem qualquer preocupação com os efetivos pressupostos desta figura (que é forma de declaração tácita, submetendo-se, destarte, a todos os pressupostos desta).

Muitas vezes esta referência vem acompanhada mesmo de uma referência a uma das figuras específicas de tutela da confiança, como o *venire* ou a *suppressio*, por vezes com maior desenvolvimento neste ponto.

⁶⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manual da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5ª Reimpr. Coimbra: Almedina, 2013, p. 748 e 749.

Um singelo exemplo deste recurso às figuras da declaração tácita e do *venire contra factum proprium* como recurso meramente linguístico para apoiar a decisão tomada pelo julgador com base em outros fundamentos pode ser encontrado na apelação nº 0142901-41.2007.8.26.0100, relatada pelo Desembargador Artur Marques, da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo e julgada em 12 de setembro de 2016. Neste caso, contendiam Enerpeixe S.A. e Construtora Almeida Neves Ltda. a respeito de contrato de empreitada por preço global. A Construtora Almeida Neves havia sido contratada pela Enerpeixe para a construção de uma estrada de acesso a seu estabelecimento comercial pelo preço global de R\$ 3.479.248,20. Em razão de um acréscimo de volume de terraplanagem bastante sensível (segundo o laudo pericial, no total de 107.000 m³, que resultaria em gasto adicional no valor de R\$ 1.215.822,16 à empreiteira), a Construtora pleiteou um pagamento adicional ao preço, para fazer frente a este custo. O relator recorreu à interpretação de natureza teleológica dos artigos 619 e 620 do Código Civil e ao princípio do enriquecimento sem causa para dar a solução ao caso. Uma vez que já havia uma solução ao caso, devidamente fundamentada na legislação aplicável ao caso, o relator finaliza sua argumentação recorrendo aos institutos da declaração tácita e do *venire contra factum proprium*, que não são analisados, tampouco aparecem em qualquer outra parte da decisão, consignando que:

Assim, por tudo o que foi exposto, não se pode conceber que a apelante, acompanhando os trabalhos, e realizando solicitações de alterações no projeto, pretenda se furtar a complementar os custos adicionais que a construtora apelada suportou para poder entregar a obra, pois isso importaria em evidente enriquecimento indevido, violando inclusive os princípios da boa-fé objetiva, notadamente o *nemo potest venire contra factum proprium*, pois a apelante estaria se locupletando de uma cláusula contratual que não foi estritamente cumprida sob sua aquiescência tácita.⁶⁶⁹ (grifou-se).

⁶⁶⁹ Vide acórdão, página 10.

MOTA PINTO relembra que a crítica à utilização inadequada da categoria do negócio jurídico para justificar soluções para casos em que, na realidade, estavam em disputa outras questões, já era feita em EUGEN EHRLICH, em 1.893, tendo se tornado, após EHRLICH, “lugar comum” nas obras que trataram do tema⁶⁷⁰.

Não vamos, pois, enveredar, aqui pelo caminho de repetir pormenorizadamente essas denúncias, desejando antes observar que a atribuição de efeitos a uma actuação negocial, através do esquema dos efeitos “tácitos”, e conduzindo, portanto, ao resultado de uma ‘hipertrofia’ do domínio jurídico-negocial, constitui uma das grandes constantes na história da ‘declaração tácita’. Tal expediente não é, aliás, apenas próprio da doutrina oitocentista, antes tendo origem já nas fontes romanas.⁶⁷¹

Para o autor português, debelar a hipertrofia do negócio jurídico passa por bem delimitar o âmbito desse, como veículo principal da autonomia privada dos indivíduos, ou seja, afastando do negócio jurídico efeitos que, em realidade, sejam decorrências de imposições heterônomas aos indivíduos⁶⁷². Nesta toada, MOTA PINTO enumera, exemplificativamente, diversas situações em que se recorre ao negócio jurídico como ficção para encobrir, na verdade, vínculos de natureza legal⁶⁷³. Assim as “condições tácitas”, como a “condição resolutiva tácita” e a condição “rebus sic stantibus”⁶⁷⁴. A respeito destas, é bom dizer que se tratam, no Brasil, ao menos sob o regime do Código Civil de 2002, de decorrências do próprio texto de lei, em seus artigos 474⁶⁷⁵ e 478⁶⁷⁶. Além das condições, MOTA PINTO ressalta a utilização destas ficções para integrar o conteúdo contratual, por meio e acordos ‘tácitos’, para obter garantias especiais a uma das partes, como

⁶⁷⁰ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 71 e 72.

⁶⁷¹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 72.

⁶⁷² MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 72

⁶⁷³ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 101 e ss.

⁶⁷⁴ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 101 e 102.

⁶⁷⁵ Art. 474: A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

⁶⁷⁶ Art. 478: 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.

“promessas tácitas de garantia”, deveres pré-contratuais, de deveres de proteção, ou garantia de qualidade de produtos⁶⁷⁷. Diante destes e de outros casos de excesso, o autor explica que:

Estes problemas mostram, pois, como o conceito de declaração tácita (designadamente as “condições tácitas” e as “garantias tácitas”), não sendo de afastar globalmente como mero instrumento propiciador de ficções e, portanto, meio de ocultamento da verdadeira fundamentação das decisões (uma vez que haverá, com certeza, entre os exemplos referidos, casos de verdadeiras declarações negociais, *se presta particularmente*, no entanto, a um *abuso*, que podemos dizer restrito ao ‘contexto de justificação’ da decisão (grifos no original).⁶⁷⁸

Quando confrontado com a sobreposição da renúncia tácita com as figuras do *venire contra factum proprium* e da *suppressio*, o autor nota que, ainda que “a tolerância tácita” seja comumente compreendida como “renúncia tácita”, “o realmente decisivo não era a vontade abdicativa do credor e antes a confiança do devedor”⁶⁷⁹. Para o autor, este esquema, ainda que fictício, teve um importante papel de trazer, ainda que sub-repticiamente, a boa-fé para dentro das decisões judiciais, em casos em que não era, à época, possível a sua invocação de maneira direta. “A declaração de vontade tácita assume, deste modo, um papel de esquema de legitimação para, no desenrolar de uma relação, deixar entrar valorações correspondentes à boa fé”⁶⁸⁰.

MOTA PINTO não desconhece que algumas correntes doutrinárias tenham procurado remeter as figuras da *suppressio* e do *venire* ao negócio jurídico. Para ele, todavia, está bem assentada em Portugal a fundamentação, de modo que resta garantida sua autonomia⁶⁸¹.

Estas observações do autor português, ainda que não deem efetivamente o critério pelo qual aplicar cada instituto, servem de alerta para a necessidade de

⁶⁷⁷ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 103 e ss.

⁶⁷⁸ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 110.

⁶⁷⁹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 122.

⁶⁸⁰ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 125.

⁶⁸¹ MOTA PINTO, *op. cit.*, 1995, p. 128 a 130.

preservar a autonomia dogmática de cada figura, pelo respeito a seus pressupostos.

A pergunta que fica é a seguinte: pode haver casos em que estejam presentes, nos mesmos fatos, os pressupostos necessários para mais de uma figura? Parece que sim, todavia, quando tal ocorrer, a possibilidade de ver em um determinado caso a conclusão de um comportamento implicaria em ver também uma declaração negocial. A existência de uma declaração negocial, entendemos, afasta a possibilidade de se utilizar do comportamento para fins de *venire*, *suppressio* ou *surrectio*, uma vez que estas figuras, como visto acima, depende da ausência de vinculação prévia e específica da parte responsável. Se houver esta vinculação prévia, a confiança será tutelada pelo esquema clássico do negócio jurídico, sem necessidade de recurso à cláusula de boa-fé objetiva para a sua tutela.

Esta também parece ser a posição de CARNEIRO DA FRADA, ainda que em um âmbito mais restrito (responsabilidade indenizatória pela confiança), quando afirma que

[m]as também a ‘responsabilidade’ pela confiança se confronta com os limites do negócio. Onde os efeitos de uma conduta logrem ainda explicar-se como decorrência de um acto de autonomia privada, a protecção indemnizatória das expectativas não é susceptível de desempenhar papel algum: tudo se reconduz à violação de uma adstricção negocial. Se o sistema da protecção da confiança se confundisse com o negócio, tal implicaria a perda da sua independência dogmática. (...). Pode afirmar-se que o princípio da protecção das expectativas se ergue com autonomia e especificidade aí onde os efeitos jurídicos de uma conduta já não possam ser atribuídos ao exercício da liberdade de autodeterminação da pessoa mediante a conformação de consequências jurídicas⁶⁸².

⁶⁸² CARNEIRO DA FRADA. Manuel Antônio de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 66 e 67. Afirma também a atuação da tutela da confiança nas lacunas deixadas pelo ordenamento positivo, no Brasil, SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 100.

De todo modo, a resposta deve ser considerada *cum grano salis*, pois diante da tendência a ficções na área, a análise dos pressupostos do comportamento concludente deve ser rigorosa, para evitar justamente o abuso da figura e a dissimulação das reais razões de decidir. É importante ressaltar a diferença fundamental em concluir pela existência de uma declaração tácita ao invés de aplicar uma das figuras de tutela da confiança. Como já dito, a confiança é tutelada pela boa-fé objetiva na medida em que as circunstâncias de um determinado caso concreto a justifiquem e mantenham. Mudam-se as circunstâncias e deve retirar-se, forçosamente, desta confiança a sua proteção. O mesmo não se passa com a declaração tácita, que funda uma vinculação negocial, mas perene a mudanças de circunstâncias do que as soluções baseadas na tutela da confiança. Além disso, a declaração tácita funda uma alteração ou uma inclusão no próprio conteúdo contratual, o que a tutela da confiança não faz, nem pode fazer.

4.2. Casos práticos

A jurisprudência nacional tem debatido com alguma frequência a possibilidade ou não de cobrança de taxas (de manutenção, limpeza, segurança etc.) por associações de ‘proprietários e moradores’ de ‘condomínios fechados’ daqueles ‘proprietários e moradores’ que não tenham aderido à associação.

A polêmica se instaurou porque o ‘condomínio fechado’, ainda que sejam prática muito comum nas cidades brasileiras, mormente por razões de segurança e lazer, aproxima-se, ainda que também não se encaixe completamente, ao loteamento nos moldes da Lei 6.766/1979, mas não tem quase nenhuma ligação com os condomínios regidos pela Lei 4.591/1964. Por esta razão, o ‘condomínio fechado’ não tem legitimidade para impor taxas condominiais⁶⁸³.

Em razão das inúmeras controvérsias que surgiram em todo o país, o Superior Tribunal de Justiça procurou pacificar o assunto pelo julgamento de recurso especial repetitivo (Tema 882), que teve como paradigmas os recursos

⁶⁸³ Neste sentido, veja o acórdão paradigma do STJ, Recurso Especial nº 1280871/SP, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, sobre o assunto, página 9.

especiais nº 1.280.871/SP e nº 1.439.163/SP. Nesta ocasião, o STJ firmou a tese de que “as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram”. De acordo com o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, esta tese deve passar a ser aplicada a todos os casos semelhantes que sejam levados à apreciação do Poder Judiciário, em todo o território nacional.

Neste contexto, tem surgido jurisprudência no Tribunal de Justiça de São Paulo que procura diferenciar faticamente os casos submetidos à sua apreciação para permitir decisões destoantes da tese firmada pelo STJ. Tem-se, em alguns casos, procurado encontrar uma forma de anuência tácita à associação e de *venire contra factum proprium* por terem os proprietários ciência dos serviços prestados pela associação e não terem, previamente, contra eles se insurgido⁶⁸⁴.

De toda forma, um caso bastante interessante emerge desta corrente jurisprudencial, que pode servir para ilustrar as dificuldades da aplicação das figuras da declaração tácita e do *venire contra factum proprium*. Trata-se da apelação nº 4001626-27.2013.8.26.0132, relatada por Viviani Nicolau, da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, e julgada em 31 de agosto de 2016. No caso, a Associação dos Moradores e Proprietários de terrenos do Loteamento Residencial Acapulco ingressou com ação de cobrança contra Carlos Roberto Bonilio Zapparoli e Carmem Cecília Borghi Zapparoli objetivando justamente a cobrança de taxas de manutenção referentes ao loteamento⁶⁸⁵. Condenados em primeiro grau, os réus apelaram pedindo a aplicação da tese firmada pelo STJ. Ficava provado, entretanto, que o réu Carlos Roberto “não apenas participava das reuniões da associação, como também se candidatou e foi eleito membro da diretoria da autora”⁶⁸⁶. Além disso, os réus haviam quitado algumas mensalidades

⁶⁸⁴ Neste sentido, por exemplo, a apelação nº 1056285-02.2014.8.26.0100, da 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator Alexandre Lazzarini, julgada em 2 de agosto de 2016. É importante ressaltar que o STJ expressamente afastou a tese do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva de que aquele que adquire o lote em ‘condomínio fechado’ após a constituição da associação declara de maneira tácita a sua concordância com a sua participação nesta associação (vide acórdãos dos REsp 1280871/SP e 1439163/SP, páginas 10 e 11, para a opinião do voto-vencido, e 21 e 22 para o voto vencedor).

⁶⁸⁵ Em sentido semelhante, com recurso também ao *venire contra factum proprium*, inclusive com bases fáticas próximas – participação da proprietária do lote de assembleias da associação e de suas deliberações – vide apelação nº 0001445-33.2014.8.26.0238, relatada pelo Desembargador Silvério da Silva, da 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, e julgada em 26 de agosto de 2016.

⁶⁸⁶ Vide acórdão, página 5.

cobradas pela Associação, sem que haja no acórdão referência a qualquer ressalva a este respeito⁶⁸⁷. Diante destes fatos, os julgadores entenderam que os réus haviam produzido uma “expectativa” de terem aceitado a Associação, não sendo, neste caso, “aceitável” contradizer o próprio comportamento: “Desse modo, diante da vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) e diante do princípio da boa-fé que deve nortear as relações em geral, no caso dos autos a cobrança da taxa de manutenção é adequada”⁶⁸⁸.

O caso nos interessa, pois parece ser possível sustentar existirem pressupostos para a aplicação não apenas da figura do *venire*, como feito pelo acórdão, mas também para a aplicação da figura da declaração tácita. Isto porque, para além da confiança, evidentemente despertada pelo comportamento do autor e posteriormente contraditada, parece lícito concluir pela existência de uma coerência lógica entre a conduta (pagar as taxas e se candidatar a um cargo na diretoria da associação) e o sentido deduzido socialmente dela (aceitação da associação). Ou seja, satisfaz um critério de coerência lógica entre sinal (conduta) e sentido. Trata-se, sem sombra de dúvida, de um caso de fronteira em que o réu Carlos Roberto age diante de uma permissão geral (não estava de qualquer forma adstrito à associação), mas acaba despertando a confiança em um determinado sentido objetivo de sua conduta⁶⁸⁹.

Desta forma, se possível enquadrar a conduta como uma hipótese de declaração tácita, de maneira irrefutável, não parece haver lacuna do direito objetivo apta a ensejar a aplicação do *venire*. É dizer, o ordenamento jurídico possui uma solução legalmente estabelecida para solucionar o caso em tela – não é necessário recorrer à cláusula geral de boa-fé para construir esta solução.

Além disso, é importante notar que os efeitos pretendidos ao *venire contra factum proprium*, ainda que de maneira não-declarada, no caso, ultrapassam, e muito, o âmbito normalmente reconhecido de potencialidades de eficácia da figura. A decisão referida implica a adesão de um indivíduo a uma associação, levando a sua submissão a um feixe de relações obrigacionais e de direitos, consubstanciado

⁶⁸⁷ Vide acórdão, página 5.

⁶⁸⁸ Vide acórdão, página 5.

⁶⁸⁹ Refere-se a tal hipótese, MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 2013, p. 748 e 749.

no Estatuto Social (artigo 54, III, do Código Civil), que superam o simples pagamento das mensalidades. Não há uma palavra na decisão a este respeito.

A doutrina brasileira ensina que o *venire contra factum proprium* possui dois efeitos amplamente reconhecidos, a saber, “tornar inadmissível o comportamento posterior” e “gerar o dever de reparar o prejuízo derivado da contradição”. Por impedir o comportamento contraditório deve-se entender uma eficácia próxima a do abuso de direito, com um “caráter primordialmente preventivo”⁶⁹⁰. Esta paralisação, todavia, nem sempre é possível, pois a tutela jurisdicional pode (i) chegar muito tarde, depois de consumado o fato; (ii) decidir privilegiar outros valores de igual estatura constitucional, como sói ocorrer em casos de ruptura das negociações; e (iii) a decisão judicial pode ser descumprida pela parte a ela adstrita⁶⁹¹. Neste caso, justifica-se, naturalmente, uma tutela indenizatória.

Nos casos da associação de moradores, entender a paralisação do comportamento contraditório como implicando a proibição de se negar a participar na associação é, a nosso entender, extrapolar as próprias potencialidades da figura. De toda forma, se ainda assim não fosse, parece-nos que era o caso de privilegiar a autonomia privada neste caso, não obrigando a participação – ainda que seja possível entender que houve a declaração tácita de adesão à associação, como já se disse, mas nesta hipótese não há preocupação com a autonomia privada, uma vez que a declaração tácita já é, em si, manifestação dela.

Um outro caso comum na jurisprudência brasileira diz respeito a alterações impostas pela representada em contratos de representação comercial, que diminuem a média da remuneração do representante nos seis meses anteriores de contrato, ou ainda cláusulas insertas que calculem as comissões com base nos valores líquidos das notas fiscais, ao invés de considerarem seus valores totais. A jurisprudência tem repudiado as ações movidas pelos representantes para o recebimento de eventuais complementações, ao argumento de que haveria uma anuência tácita dos representantes e/ou que haveria um caso de *suppressio*.

Como visto acima, concluir pela anuência tácita implica afastar a hipótese de *suppressio*. Todavia, em muitos casos, não parecem estar presentes os

⁶⁹⁰ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 162.

⁶⁹¹ SCHREIBER, *op. cit.*, 2012, p. 164 e 165.

pressupostos para a declaração tácita. Como regra, em muitos casos a alteração é unilateralmente imposta pela representada, que passa a efetuar, com ou sem concordância do representante, o pagamento dos valores inferiores. Desta forma, o simples fato de continuar cumprindo a sua prestação contratual típica não pode ser considerado efetivamente um comportamento concludente por parte do representante, mas mero cumprimento de obrigações contratualmente estabelecidas. Desta forma, o simples fato de cumprir o contrato já entabulado não contém em si a anuência para qualquer alteração proposta pela outra parte, tampouco é incompatível com a intenção de reaver estas diferenças nos pagamentos no futuro. Se fosse assim, é importante destacar, que o primeiro ato de cumprimento do contrato após a alteração já seria o suficiente para 'aceitar' tacitamente a mudança, raciocínio que não parece ter acolhida na jurisprudência brasileira, que tem se firmado sobretudo sobre o longo período de tempo transcorrido sem contestação.

Pode haver, e muitas vezes há, todavia, espaço para a aplicação da *suppressio*. Isso porque a omissão do representante pode ser tão duradoura que crie uma expectativa legítima na representada de que não existirá mais o exercício. Com isso, evita-se iniquidades, como, por hipótese, o caso de um representante que passe cinco anos sem reclamar do desconto e depois exija o pagamento da complementação de todas as comissões deste período (o que, a se considerar simplesmente o prazo prescricional destas pretensões, seria lícito, segundo o parágrafo único do artigo 44 da lei 4.886/1965).

5. Conclusão do capítulo

Neste capítulo, procurou-se abordar algumas das inúmeras hipóteses em que pode haver confronto entre as figuras analisadas no trabalho. Espera-se ter mostrado que, ainda que difíceis, esses confrontos não devem ser evitados pela doutrina, que deve procurar guiar a atividade dos aplicadores do direito, ressaltando a diferença conceitual, de âmbito de aplicação e de consequências de cada figura.

Não pode ser equivalente aplicar em um dado caso concreto, por exemplo, a interpretação objetiva e as figuras de tutela da confiança. Há diferenças não

apenas conceituais entre elas, mas também de resultado prático. A intenção de ressaltar essa diferença visa escancarar a utilidade de se precisar as figuras.

Cada figura protege e acolhe valores próprios e caros ao ordenamento jurídico. Seja a autonomia privada, a segurança do tráfico, a confiança ou a solidariedade social, todos são valores presentes no ordenamento jurídico brasileiro e que devem conviver em pé de igualdade. Por isso, aplicá-las corretamente, respeitando o seu âmbito de aplicação sistemática estabelecido pelo ordenamento jurídico, implica também respeitar e valorizar a escolha, feita pelo legislador – constitucional ou infraconstitucional – de qual valor tutelar em cada momento de aplicação do direito.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou analisar o comportamento das partes após a celebração de um contrato de duração, para, sob este tema, debruçar-se sob três diferentes perspectivas, a saber, a da interpretação, a da tutela da confiança e a da declaração tácita.

Por essa razão, optou-se por uma divisão de capítulos que privilegiasse a análise aprofundada e isolada de cada uma das perspectivas propostas, além de um capítulo próprio aos contratos de duração, para então, em um capítulo conclusivo, procurar correlacionar as conclusões parcelares obtidas a cada fase da pesquisa.

Após essa jornada, a primeira conclusão a que se chega é a de que o papel do comportamento das partes posterior à celebração do contrato não pode ser menosprezado em inúmeros casos que envolvam disputas em torno do sentido de uma disposição contratual, de sua vigência ou mesmo dos efeitos que dela emanam. Pela própria conformação dos contratos de duração, que aliam à incompletude o perdurar no tempo, que cambia as condições objetivas e as expectativas sob as quais as partes pactuaram o contrato, poucas vezes o recurso ao conteúdo expresso do contrato e à sua interpretação literal serão suficientes para obter uma solução satisfatória – do ponto de vista jurídico – para um problema real.

Desta forma, viu-se que o comportamento compõe os elementos extratextuais que serão considerados pelo intérprete para obter a real intenção consubstanciada nas declarações de vontade, afastando-se do sentido literal do texto, se for necessário, como preconiza o artigo 112 do Código Civil. Esse afastar-se do texto pode ser tão radical que crie mesmo um empecilho à determinação, pelo intérprete, da real intenção comum das partes. Nesse caso, o comportamento será o vetor que forçará a abertura de uma nova fase da interpretação, conhecida como interpretação objetiva.

Nessa interpretação objetiva, o comportamento será considerado para a análise das expectativas razoáveis que a contraparte pode ter com relação ao

sentido de uma declaração de vontade, o que atende a regra do artigo 113 do Código Civil.

Por outro lado, o comportamento que contenha em si certo sentido negocial, ou a incompatibilidade clara com dado sentido, pode ser considerado como compondo uma declaração tácita, desde que dele se possa inferir um juízo de conclusão. Nessas hipóteses, uma determinada regra contratual pode ter sido alterada, tacitamente, pelas partes. Por isso, o intérprete precisa investigar esse comportamento, antes de adotar uma posição firme a respeito de determinado conflito contratual, para evitar a aplicação de uma regra que foi alterada ou revogada pelas partes.

Por fim, pode ser que a interpretação do texto contratual tenha sido levada a cabo de maneira satisfatória, que não se identifiquem comportamentos modificativos ou extintivos de posições jurídicas, mas que existam comportamentos que, tendo insuflado confiança razoável na outra parte, não possam mais ser contraditados, ainda que destoem, frontalmente, do conteúdo e dos efeitos do contrato desenhados pelas partes. Nessas hipóteses, o intérprete deve privilegiar a confiança construída a partir do comportamento e o investimento da parte confiante, em detrimento do regramento dado pela autonomia privada. Mais uma vez, o comportamento se coloca como essencial para a determinação da solução do caso concreto.

O trabalho procurou descrever de maneira clara cada uma das figuras acima, para procurar auxiliar na atividade de distinguir a sua aplicação em um determinado caso concreto. Essa tarefa é com certeza a mais complexa e procurou-se contribuir, ainda que de maneira incipiente, com ela no quinto capítulo do trabalho. Quer parecer que o intérprete não deve procurar atalhos em sua atividade: diante da complexa relação entre interpretação, a função mitigadora da boa-fé objetiva e a declaração tácita que se mostrou acima, o intérprete não deve adotar qualquer posição prévia que seja imutável, mas sim proceder à uma ampla investigação dos pressupostos de cada figura no caso concreto, lembrando sempre que qualquer análise contratual deve principiar sempre pela interpretação da vontade das partes e de eventuais negócios modificativos ou extintivos existentes, ainda que tacitamente pactuados, para que possa colocar diante de si o quadro completo

desenhado pelas partes, no uso da autonomia que lhes foi garantida pela Constituição Federal e pela legislação brasileiras. Desenhado esse quadro, exploradas as potencialidades de seus efeitos, a análise deve, forçosamente e em respeito à cláusula geral de boa-fé objetiva, nessa sede, pelas figuras parcelares de tutela da confiança, que tampouco podem ser menosprezadas pelo intérprete.

No limite, haverá casos de conflito. A riqueza da vida em sociedade constantemente submete ao intérprete situações em que parecem se verificar os pressupostos de mais de um instituto jurídico.

Quando isso ocorrer, caberá ao aplicador do direito muita prudência e uma análise aprofundada dos âmbitos e pressupostos de cada figura para evitar que se aplique uma pela outra, prejudicando assim a certeza jurídica e a própria tutela que foi desenhada pelo legislador constitucional e infraconstitucional para cada caso. Aplicar uma figura pela outra, ainda que por vezes pareça inofensivo, por vezes leva a resultados incongruentes com o sistema jurídico e pode, inclusive, prejudicar a parte, por lhe dar menos do que ela efetivamente mereceria, que se pensa estar protegendo.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV**. Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, v. I e II.

ALPA, Guido. **Corso di diritto contrattuale**. Padova: CEDAM, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7ª Ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 94, n. 832, p. 115-137, fev. 2005.

_____. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª. Ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of Legal Studies**, Chicago: The University of Chicago, vol. XXI, 1992.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BETTI, Emilio. **As categorias civilistas da interpretação**. In: _____. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Generale della Interpretazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1955, Tomo I, p. 304.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, Campinas: Servanda Editora, 2008.

_____. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 6ª ed. atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile**. Il contratto. Vol. III, ristampa. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

BURTON, Steven J. **Elements of contract interpretation**. New York: Oxford University Press, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. GRIGOLEIT. Hans Christoph. **Interpretation of Contracts**. Acesso em <http://ssrn.com/abstract=1537169>.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. **Contrato e deveres de proteção**. Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

_____. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

CERQUETTI, Paolo. **Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto**. Perugia: Università degli Studi di Perugia. Monografie di Diritto e processo a cura di Antonio Palazzo. 2008.

CLERICO, Giuseppe. **Analisi economica del contratto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008.

COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), p. 386-405.

_____. **The problem of social cost**. 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2016, às 17h03.

EGGLESTON, Karen. POSNER, Eric A., ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. **Northwestern University Law Review**, Vol. 95, No. 1, 2000, p. 91 – 132.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie. Vol. IV. 6ª Edição revista e atualizada.** Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano.** O mundo globalizado no século XXI. 3ª atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Os fundamentos do antitruste.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

GIERKE, Otto Von. **Dauernde Schuldverhältnisse.** Jährings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 64, 2. F., Bd. 28, p. 355 a 411, 1914.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 8ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

KÖTZ, Hein. **Vertragsrecht.** 2ª Ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

LARENZ, **Metodologia da Ciência do Direito.** 6ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

_____. **Derecho Civil**. Parte general. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**: parte general. 2. edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. Critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da Existência. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do fato jurídico**: Plano da Eficácia. 1ª Parte. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MELLO FRANCO. Vera Helena de. **Aspectos da Integração dos Contratos no Direito Comercial**. Biblioteca Pioneira de Direito Empresarial. São Paulo: Livraria Pioneira Editora. 1979.

MENEZES CORDEIRO. António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.

MESSINEO, Francesco. **Il contratto in genere**. Tomo primo. Ristampa emendada. In: CICU, Antonio. MESSINEO, Francesco. (Org.). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

_____. **Contratto**. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1961.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)**. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados**. São Paulo: Saraiva, 1986.

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

MUCCIOLI, Nicoleta. **Studio sul contegno concludente**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A “Verwirkung”, a renúncia tácita e o Direito brasileiro**. In: DIAS, Adahyl Lourenço. *et. al.* (Colab.). **Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

OPPO, Giorgio. **I contratti di durata**. In: _____. **Obbligazioni e negozio giuridico**. Scritti giuridici III. Padova: CEDAM, 1992.

_____. **Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico**. In: _____. **Obbligazioni e negozio giuridico**. Scritti giuridici III. Padova: CEDAM, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. Rio de Janeiro: 1959, Tomo XXV.

POSNER, Eric, **Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?** [tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola]. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIEZLER, Erwin. **Venire contra factum proprium**. Studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht. Leipzig, Duncker und Humblot, 1912.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. In: INDICA, Giovanni. ZATTI, Paolo (Org.). **Tratatto di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2001.

SACCO, Rodolfo. DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. Tomo Secondo. Terza edizione. Torino: UTET, 2004.

SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de tradução: GREBLER, Eduardo. FRADERA, Vera. PEREIRA, César Guimarães. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar.

SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 69, No. 1., pp. 99-118, (Feb., 1955). Disponível em: <http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>, acesso em 3 de julho de 2016, às 17h07min.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª Ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SZTAJN, Rachel. **Direito e economia dos contratos – os conceitos fundamentais**. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial**. Teoria Geral do Contrato. Fundamentos da Teoria Geral do Contrato. Vol. 4. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria Jurídica da Empresa**. 1. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Volume I. Parte Geral e Obrigações (arts. 1º ao 420). 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial**. Teoria Geral do Contrato. Fundamentos da Teoria Geral do Contrato. Vol. 4. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**. Ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. 2ª reimpressão. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1986.