

O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil*

Judith Martins-Costa**

“Em outras palavras, precisamos adotar o mundo real como pano de fundo” —Umberto Eco, Seis passeios pelos bosques da ficção.¹

Sumário: Introdução – I. Interpretação dos contratos entre autonomia e heteronomia: 1. As razões da concreção contratual; 2. O raciocínio por concreção; 3. Princípios da concreção contratual – II. Os postulados normativos da concreção contratual: 1. As circunstâncias do caso; 2. Os elementos de concreção das “circunstâncias do caso”: 2.1 Os usos do tráfego negocial; 2.2 Função econômico-social do negócio; 2.3 O motivo comum a ambas as partes – Conclusão.

* Este texto corresponde à apresentação que fiz no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado no Rio de Janeiro, em 2006. Originalmente o texto foi escrito em homenagem ao ilustre jurista Professor Renan Lotufo que tanto tem contribuído à renovação dos estudos civilistas no Brasil. Uma primeira versão foi publicada no livro *Questões Controvertidas sobre o Novo Código Civil*. (org.) Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo, Editora Método, 2005, pp.127-155. O texto foi republicado em: *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, v., p. 475-506 (org: NANNI, Ettore); e em *Tratado de la Interpretación del Contrato en la America Latina*. 1 ed. Lima-Perú: Ed. Juridica Grijley, 2007, v. 1, p. 683-719 (org. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto). O texto aqui republicado contém alguns acréscimos em relação ao original, visando tornar mais claras as minhas proposições.

** Livre-Docente e Doutora pela Universidade de São Paulo.

¹ Trad. Hildegard Feist. 6.ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 89.

Introdução

Por muito tempo considerada um método de “extração do sentido” e de “determinação do alcance” de uma significação que seria imanente a certo texto, a tarefa hermenêutica se encontra hoje revolucionada em seus próprios dados constitutivos.² Ponte entre a distância, histórica ou humana, entre espírito e espírito;³ momento normativo-constitutivo da verdadeira realização do direito;⁴ concretização, isto é, produção — e não “justificação” — de um texto normativo⁵ legal ou contratual, a interpretação é hoje considerada, constitutivamente, *uma questão de normatividade*, sendo tida como “momento da concreta e problemático-decisória realização do direito”.⁶

Uma tal mudança de orientação na teoria hermenêutica e, de modo especial, na hermenêutica jurídica, passou pela reformulação da antiga cisão entre posição, interpretação e aplicação do Direito. Entende-se, hoje em dia, serem *inseparáveis* o momento hermenêutico e o momento normativo,⁷ vindo este último distin-

2 Para uma síntese da trajetória da filosofia hermenêutica desde Schleiermacher (em cuja obra se localiza a origem das discussões da moderna hermenêutica filosófica) ver: SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 381-408.

3 Assim: “Si se ve la tarea hermenêutica como tender un puente que salve la distancia, histórica o humana, entre espíritu y espíritu (...)”. GADAMER, H. G. *Estética y hermeneutica*. 2. ed., reimpressão. Tradução espanhola de Antonio Gomes Ramos. Madrid: Tecnos, 2001, p. 55.

4 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 15.

5 MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução francesa de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993, p. 221 e ss.

6 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica*.... cit., p. 142.

7 Como registra Castanheira Neves, “o problema da interpretação não é hermenêutico, mas normativo” (*Metodologia jurídica*... cit., p. 143). Por sua vez, Eros Grau explica que interpretação é aplicação prática do direito, isto é: não existe um terreno composto de elementos normativos (= direito objetivo), de um lado, e, de

to, por sua vez, do momento positivo, ou momento de posição do texto normativo. Além do mais, *norma* e *texto normativo* não indicam a mesma realidade jurídica: este (o texto) é objeto da interpretação, aquela (a norma jurídica, legal ou contratual) é o resultado da interpretação,⁸ razão pela qual se afirma que as normas não “existem” como entidade verdadeiramente normativa antes do momento da interpretação, que é sempre contextual,⁹ isto é, informada e conformada por uma comunidade,¹⁰ uma tradição ou uma corrente de pensamento¹¹ que direcionam a *pré-*

outro, um terreno composto de elementos reais e empíricos. Assim, a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, X). Leia-se ainda: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios — da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22 e ss.

8 REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Questões de Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 9.

9 Na Filosofia da Linguagem escreveu Wittgenstein: “Assim com nós não podemos pensar objectos espaciais fora do espaço e objectos temporais fora do tempo, assim também não podemos pensar em *nenhum* objecto fora da sua possibilidade de conexão com os outros. Se posso pensar num objecto em conexão com um estado de coisas então não posso pensá-lo fora da *possibilidade* desta conexão” (*Tratado Lógico-Filosófico*, 20.121, p. 30). A teoria hermenêutica, por seu turno, assenta que toda a ciência jurídica “si constitue contestualmente” (VIOLA, F.; ZACCARIA, F. *Diritto e interpretazione — Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 1999, p. 428).

10 A idéia de “comunidade interpretativa” (*interpretative community* e *legal community*) serve para afastar as concepções voluntaristas que dominaram o século XIX, operando com as noções de que põem em relevo o papel da comunidade jurídica no momento hermenêutico, acentuando os vínculos intrínsecos entre a natureza da comunidade dos operadores jurídicos e a natureza do ato interpretativo à medida que a própria pré-compreensão (Gadamer) é fenômeno marcadamente cultural e comunitário. A propósito, ver: PARIOTTI, Elena. *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*. Turim: Giappicheli, 2000)

11 Assim: RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones — ensayos de hermenéutica*. Trad. Alejandrina Falcón. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 9. Sobre o espaço de liberdade do intérprete para a produção do sentido da norma ver: RODRIGUES, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica

compreensão — a ser entendida, simultaneamente, como condição da possibilidade da compreensão e fator de orientação da interpretação.¹² Descobre-se que a interpretação de um texto não diz apenas com o sentido de cada uma das palavras, nem mesmo apenas com a significação a ser atribuída a uma seqüência de palavras e frases, mas à significação dessas palavras e frases a partir de um *contexto* e das *funções* que a *experiência* indica serem atribuíveis ao que o texto descreve ou refere.

A ligação entre contexto, funções e experiência, resultante das novas reflexões sobre os nexos entre compreensão e interpretação, contribui para tornar “mais nítido o facto de a compreensão se fundar na *práxis* da vida”.¹³ Conduz, igualmente, a perceber que a interpretação não é “o ato”, mas “a atividade” ou processo de correlação entre palavras, frases, a tradição, o contexto do caso, e as funções da norma ou do instituto jurídico em causa,

jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT C.; RODRIGUEZ, J. R. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 277 e ss.

12 A referência é às idéias expostas por J. Esser e H. Gadamer. O termo “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), como elemento essencial do processo cognitivo indica, muito sinteticamente, o fator (ou conjunto de fatores), que *condiciona*, como momento inicial de uma projeção de sentidos, todo o *processo de compreensão* de um determinado problema jurídico, desde o modo de colocar-se o problema para o intérprete até a sua solução. Segundo Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende volta-se à abordagem de um texto já com uma pré-compreensão. A pré-compreensão constitui, portanto, *o âmbito que delimita o fluxo da interpretação*, seja a interpretação dos problemas que o Direito é chamado a resolver, seja a dos princípios e regras que direcionarão a solução dada (GADAMER, H. G. *Verdad y metodo*. Tradução espanhola de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1991, p. 331-332). Ajunta Esser que, ao interpretar um texto legislativo, o jurista não propriamente *revela* um sentido objetivo, preexistente na literalidade dos termos da norma em exame, mas *atribui* a esta norma um determinado sentido, que deriva de um sistema intrincado de significados jurídicos (*Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução de *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* por Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 4).

13 SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica cit.*, 2002, p. 387.

bem como a correlação entre aqueles e os valores jurídicos implicados. Como atividade que é supõe, portanto, um “ir e vir”¹⁴ entre o texto, os fatos e o valor que a ordem jurídica atribui, normativamente, aos fatos regulados por textos. Vista ao modo processual, a *atividade hermenêutica* inicia com a *qualificação* dos fatos (em si mesmo já resultante de uma prévia interpretação)¹⁵ — isto é, com a sua inserção em determinadas categorias jurídicas ou institutos — prossegue com a *confrontação* entre os dados normativos (resultantes daquela qualificação) e o caso; continua com a avaliação do caso *e de suas circunstâncias* à luz de elementos axiológico-normativos; e finaliza com a *ponderação* (que inclui a *organização* de todos esses dados) segundo escalas dadas pelo sistema, só então se podendo afirmar — e em vista do caso concreto — qual é o *sentido* da regulação jurídica proposta por um texto abstratamente vazado.

Pois bem: se em linhas muito singelas esse é o *perfil genérico* da atividade hermenêutica no Direito é preciso desde logo deixar claro que, no *campo específico* da hermenêutica contratual,¹⁶ essa atividade é ainda mais complexa.¹⁷

Este texto pretende demonstrar — ainda que com caráter de um *ensaio preliminar* — as razões dessa complexidade e as pautas que balizam a atividade hermenêutica no campo contratual se-

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y cit.*, p. 331.

15 Por exemplo, a determinação se determinada atividade é qualificável como gestão de negócios, ou mandato aparente; ou se há contrato de locação ou comodato, ou uma nova espécie contratual, ainda não nominada em lei etc.

16 Com razão Menezes Cordeiro ao assinalar que, conquanto integrar-se “nos vetores mais vastos da Ciência do Direito”, a interpretação negocial tem valores próprios, que ditam e justificam um regime particular (*Tratado de direito civil português*. I — Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I, p. 544).

17 A interpretação dos contratos é, como toda a interpretação balizada pela História, passando pelo prévio teste de responder “o que é” a atividade hermenêutica, “como se constitui” tal atividade, num passo e, em outro, o “que são” os contratos e “quais suas funções”. Essas questões não serão aqui enfrentadas, mas estarão subjacentes a cada linha.

gundo o Código Civil de 2002, examinando as razões que militam em favor do método por concreção no âmbito contratual, bem como os princípios incidentes (Primeira Parte) e os postulados normativos que pautam essa forma de raciocínio (Segunda Parte).

A fim de deixar mais claras minhas proposições, adianto que endossarei a idéia de a interpretação contratual não constituir a busca, *in abstracto*, da reconstrução da vontade (ou intenção) das partes subjetivamente considerada pela simples razão de não entender que os contratos são frutos da “autonomia da vontade”, mas da autonomia privada, que conota idéia diversa.¹⁸ Trata-se, mais propriamente, da busca *in concreto* dessa “comum intenção” a ser capturada segundo certas balizas.

A primeira direção (a busca, *in abstracto*, da reconstrução da vontade) seria conseqüente à adoção de um conceito de contrato focado, estruturalmente, na idéia de um “acordo entre duas vontades válidas”, porém, não defenderei a idéia da existência de “um” conceito de contrato. Este termo estará a indicar, daqui para frente, um instrumento proteiforme cuja unificação conceitual opera pela interligação de três pontos ou perspectivas, a saber: i) *funcionalmente*, pelo que a experiência indica ser, na atual

18 Não se confunda “autonomia privada” com “autonomia da vontade”. Essa expressão traduz aquilo que, no Direito Civil, foi a mais conspícua manifestação do voluntarismo (movimento ideológico de base da estruturação do Direito obrigacional moderno, a operar, para o que aqui concerne, pela ligação da vontade aos efeitos negociais). Em síntese apertadíssima, “autonomia da vontade” revela a atribuição à vontade humana de um poder criador de efeitos jurídicos. A vontade é expressa por manifestações que se supõem sejam congruentes com o querido (congruência necessária entre vontade e declaração, com a prevalência da primeira, em caso de dúvida, razão pela qual a interpretação se voltará à pesquisa da vontade ou “intenção” das partes) de modo que, no sintagma, o pólo forte está na expressão “vontade”. Já no sintagma “autonomia privada” o peso está no primeiro termo, “autonomia”, o dar-se normas que designa o poder jurídico de autodeterminação na ordem econômica. No campo negocial a autonomia é expressa por atos de comunicação social, “fatos sociais” objetivamente apreensíveis, como as declarações negociais e os comportamentos concludentes.

estrutura econômica, a distribuição de riquezas segundo arranjos de interesses modelados com relativa liberdade de conformação pelos particulares, com base na autonomia privada, ou por particulares e o Estado; ii) *estruturalmente*, pela presença de dois ou mais contraentes ligados por uma *expectativa de confiança*, legitimamente amparada em dados fáticos e jurídicos decorrentes de um ato comunicativo, no sentido de que tal arranjo de interesses deve ser cumprido segundo sua função e sua finalidade concreta; e iii) pela *eficácia* geradora da vinculabilidade das partes à manutenção do que pactuaram e tal qual pactuaram, se a pactuação foi conforme com o ordenamento e se essa conformidade permanecer durante o tempo da vigência do contrato.

I. Interpretação dos contratos entre autonomia e heteronomia

Os contratos constituem, precipuamente, *atos de comunicação*¹⁹ pelo qual as pessoas intentam enquadrar a vida social dos negócios de acordo com os princípios da autonomia privada,²⁰ da imputação responsável dos próprios comportamentos²¹ e da confiança, pressuposto da própria sociabilidade.²² Bastam estes três

19 Para um exame aprofundado desta perspectiva de análise, ver: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, 2 vols.

20 Vide nota 20, *supra*.

21 FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado...* cit., prólogo, IX.

22 No Direito Privado vêm conotadas ao termo “confiança” distintas funções. A confiança se pode apresentar como *princípio*, como *fundamento*, como *finalidade*, como *postulado ético* e como *pressuposto* de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal (atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva), e, ademais, como uma *necessidade* desta mesma ordem, como referi em: MARTINS-COSTA, J. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. V, t. I, p. 28-30. Na sua diversa funcionalidade pode estar referida tanto à causa (ou pressuposto) de uma regulação jurídica (tutela da confiança) quanto aos seus efeitos (“responsabilidade pela confiança”). São vários os comportamentos dos sujeitos apreensíveis como “atitudes de confiança”, assim como é distinta a formalização jurídica da confiança, havendo uma pluralidade de formas de sua apreensão às quais estão ligados diversos papéis e diversas graduações. Há, ainda que se dife-

princípios para se concluir que, enquanto a interpretação dos textos legais opera apenas com o plano da heteronímia, a interpretação contratual está cifrada no entrecruzar (complexo, dialético, escalonado) entre *heteronomia* e *autonomia*, conduzindo, como diz Scognamiglio, “al cuore stesso dell’ autonomia privata”.²³

E assim é não apenas porque os contratos se formam com base em declarações receptícias ou em comportamentos concludentes. É fundamentalmente porque, na interpretação dos contratos, nos defrontamos com o momento em que as regras derivadas de uma *ordem de autonomia* entram em contato com a *ordem de heteronomia*, uma e outra compondo o ordenamento jurídico — “ordenamento” porque sua função primordial e típica é justamente a de “pôr ordem” (ordenando, isto é, compondo complexas escalas de valores) e “pôr em ordem” (re-arrumando o caos, vazio primordial, espaço onde o princípio material de todas as coisas espera o momento da humana criação).

Não que essas duas diversas ordens — autonomia e heteronomia — no passado andassem paralelas. A história do Direito é formada pelo seu contínuo entretecer. Esse entrelaçamento, porém, nunca repete igual desenho, pois segue fatores historicamente singulares. No Estado contemporâneo a ordem da autonomia veio a entrecruzar com a ordem da heteronomia, por conta, fundamentalmente: i) do reconhecimento, pelo Direito, da concreta diferença entre as pessoas; ii) da adoção de políticas públicas por

reenciar a confiança nos planos sociológico, psicológico e jurídico. Estas distinções são relevantes, pois do contrário, como resultado da indistinção funcional, resultará uma “certa evanescência da confiança no discurso jurídico” (CARNEIRO DA FRADA, M. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17). Na passagem acima aludi à confiança como pressuposto da convivência e das trocas sociais, pois seria impensável pensar-se numa comunidade juridicamente organizada que se não assentasse em grau mínimo de confiança entre seus membros.

23 *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Pádua: CEDAM, 1992, p. 1.

meio de instrumentos jurídico-econômicos;²⁴ e iii) a globalização da economia, com o estabelecimento de inter-relações jurídicas em nível mundial. Voltemos a nossa atenção a esses fatores (1), examinando, posteriormente, o que é a concreção (2) e os princípios que a polarizam no campo contratual (3).

1. As razões da concreção contratual

Vivemos, presentemente, o fenômeno da pluralização da subjetividade jurídica.²⁵ Diante desse fenômeno, o ordenamento jurídico reconhece que o postulado normativo da igualdade formal dos sujeitos, conquanto relevantíssimo como *garantia*, não tem correspondência no princípio da igualdade substancial. Não apenas um mesmo indivíduo pode, conforme as circunstâncias, desempenhar diferentes papéis sociais, como a igualdade de forças em relação ao *alter é dissimile*: ora são pactuados contratos em quadros sociais de simetria de poderes, ora em quadros marcados pela flagrante desigualdade ou assimetria dos sujeitos contratantes, inclusive quanto ao exercício da sua liberdade, o que terá reflexos no exercício da autonomia privada, em seu papel conformador do conteúdo contratual. Como consequência do acolhimento, pelas categorias jurídicas, dessa evidência sociológica, ao instituto do contrato (e a sua interpretação), é reconhecida ao contrato uma *dimensão conceitual plural* e não-homogênea.²⁶ O

24 Tais como as normas que disciplinam a concorrência; as que estabelecem ou limitam juros; a correção monetária; a política cambial; as medidas protetivas de determinados setores econômicos; normas de incentivo, para outros; política de exportações etc.

25 MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: Congresso Brasileiro de Filosofia, IV, ago. 2002, *Anais...* João Pessoa, ago. 2002. Com maior desenvolvimento Culturalismo e experiência no novo Código Civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra*, Coimbra, 2002, p. 1-25.

26 Há décadas já se alerta para a inadequação de buscar-se um conceito e um regime jurídico unívocos para o direito contratual. Na França, Denis Tallon sublinhava, já em 1990, não vivermos mais o tempo no qual “le contrat était présent com-

contrato são *os contratos*, empregando-se o mesmo signo linguístico como fórmula para designar: i) esquemas de ação exclusivamente interindividual, numa lógica econômica individualizadora (tais quais os contratos paritários, fundados no poder de auto-regulamentação e no dever de colaboração); ii) esquemas de ação interindividual e explicáveis, do ponto de vista econômico, numa “lógica de massa” (contratos formados por adesão e em escala massiva, mas admitindo, ainda, certa atenção à subjetividade dos contratantes, como os contratos de fornecimento de certos bens de consumo); iii) esquemas de ação metaindividual, compreensíveis, economicamente, numa lógica de massa ou grande escala (formados por adesão a condições gerais de negócios, sem considerações relevantes à individualidade dos contratantes, como os contratos bancários); iv) esquemas de ação transpessoal e cuja racionalidade ultrapassa a esfera do indivíduo, só se explicando numa dimensão comunitária (como os contratos de fornecimento de energia elétrica ou os de seguro), ou global (como contratos firmados no âmbito de grupos, redes, cadeias, ou conglomerados empresariais que ultrapassam as fronteiras nacionais).

Por seu turno a globalização²⁷ veio não apenas acentuar a tensão entre ordem normativa e ordem naturalista, entre Direito e mer-

me reposant sur un fondement sans faille” de modo a evidenciar-se, cada vez de modo mais claro, que “ le phénomène contractuel ne peut se contenter d’une explication unique” (L’évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif, *Revue Droits*, 12, 1990, p. 82 e 87). Na mesma época, na Itália, Guido Alpa acentuava: “ Il faut en conclure qu’on ne peut pas donner une définition générale et abstraite du contrat, mais plutôt une définition de chaque opération contractuelle conclue par les parties, comptue tenu des circonstances présentes au moment de la conclusion (Le contrat “individuel” et sa définition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, p. 331, 1988).

27 Veja-se a penetrante análise de Joaquim de Souza Ribeiro sobre as inflexões na proteção ao consumidor sofridas em razão do Direito comunitário europeu, passando-se de uma perspectiva de proteção à pessoa do consumidor à proteção do mercado e da concorrência, por meio de uma abordagem economicista, correspondente à edição de normas de modo fragmentário e não sistemático (RIBEIRO, Joaquim

cado, como a afastar, em numerosíssimos casos, a possibilidade de pensar-se o contrato como uma operação jurídica e econômica *bastante em si mesma*, atinente, exclusivamente, a dois pólos contratantes e desligada de um contexto que, não raramente, é supranacional.²⁸ Ajuntam-se *novos modos de negociar, novos modos de estabelecer contratos e novos modelos contratuais*.

Com efeito, o século XX viu-se às voltas, no seu último terço, com um mosaico de tendências culturais, econômicas, científicas e sociológicas que, rapidamente, se vieram conectando e confirmando, de modo a configurar, em brevíssimo período, “uma verdadeira revolução no estilo de negociar”.²⁹ Confluíram-se, para tecer um inédito desenho social, o alargamento e a densificação dos mercados, a profusão dos produtos disponíveis e as técnicas (psicológicas, econômicas, jurídicas) que habilitam a sua circulação; as características tecnológicas dos meios permisivos de uma inacreditável velocidade das trocas; os modelos jurídicos autorizadores da multiplicação repetitiva dos atos jurídi-

de Souza. Direito dos contratos e regulação do mercado. Em *Studia Iuridica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 73, Coimbra, 2003, p. 225-241).

28 Com razão Avelãs Nunes ao pontuar que a globalização é um fenômeno complexo, que se apresenta sob múltiplos aspectos (de ordem filosófica, ideológica e cultural), “mas que tem no terreno da economia a chave de sua compreensão e a área estratégica da sua projecção”. Essa chave de compreensão está configurada em três características essenciais ao processo de globalização financeira que está no núcleo da globalização: a “desintermediação (substituição da tradicional intermediação da banca nos mecanismos de crédito pelo financiamento direto e o autofinanciamento dos grandes investidores institucionais); a descompartmentalização (a perda de autonomia entre os vários mercados, como o monetário, o mercado de câmbios, o financeiro, agora transformados num mercado financeiro único em escala nacional e transnacional); e a desregulamentação (plena liberalização dos movimentos de capitais) (Neoliberalismo, globalização e desenvolvimento econômico. *Boletim de Ciências Econômicas*, XVI. Coimbra, p.17-30, 2002). Ora, essas três características atinam diretamente com os contratos, formas jurídicas que as podem viabilizar.

29 FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado...* cit., prólogo, VIII e IX. Grifei.

cos, multiplicação conseqüente à contratação massificada por adesão; *formas moleculares* de associações interempresárias;³⁰ e o virtual anonimato dos contratantes (derivado da despersonalização dos vínculos, seja por conta da forma de contratação, seja pelo meio em que essa ocorre). Novas estratégias de convencimento são constantemente pensadas, formuladas e reformadas nos “*mercati senza confini*”.³¹

Ao novo “estilo de negociar” juntou-se a existência de novos modos de estabelecer contratos, conseqüentes à expansão, à sofisticação técnica e às peculiaridades dos meios eletrônicos. E a tudo se somou a criação de novos modelos contratuais. Basta pensar na existência de redes, cadeias e grupos contratuais, formas expressivas de operações econômicas múltiplas, complexas e não raramente conexas, porquanto marcadas por uma *unidade finalista*, por uma “supracontratualidade”,³² também o direito

30 A propósito, fala-se mesmo numa forma molecular de organização econômico-jurídica, derivada da “*a passagem da era atomística à era molecular do direito das sociedades*”, diz Rodière. O “átomo cedeu lugar à molécula”, reitera José Engrácia Antunes, para quem a fisionomia da prática empresarial contemporânea deixou de ser “fielmente retratada pela sociedade individual e isolada (empresa unissocietária) para passar a rever-se essencialmente na emergência de grupos societários” (ambas as passagens em: ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 42-44).

31 Assim o livro de: VICARI, Salvatore. *Nuove dimensioni della concorrenza — strategie nei mercati senza confini*. Milão: EGEA- Giuffrè, 1989 (ristampa, 1998). Já no final dos anos 80 o autor pesquisava os novos terrenos que vinham sendo abertos, arrolando como “tendências” — a final, concretizadas — i) a economicidade que passava a revestir a informação; ii) as novas tecnologias, originadas da microeletrônica, da informática, da bioengenharia e da expansão das formas comunicativas no espaço; iii) a globalização dos mercados; iv) o conseqüente alargamento da concorrência; as alianças e novas formas cooperativas interempresariais; e v) à renovada importância das fusões interempresariais.

32 LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contractos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t., I, p. 40. Explica o autor: “Assim como há uma finalidade perseguida através de um contrato, e isto motivou uma categorização muito útil para o Direito, há uma finalidade supracontratual. Nesta, as finalidades econômico-so-

dos contratos vivenciando, tal qual o Direito societário, o momento de “passagem do átomo à molécula”.³³

Por fim, quanto ao impacto das políticas públicas no espaço que há um tempo parecia assegurado ao mercado, forçoso é reconhecer que, embora enfraquecido o papel do Estado pela “desregulamentação” seguida ao predomínio das políticas neoliberais, o certo é que, ao menos no Brasil, e ainda, o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” (CF, art. 174, *caput*). Proferem assim, continuamente, normas que implementam políticas públicas e regulam setores, seja por meio de uma disciplina específica (leis de proteção da concorrência; do consumidor; do meio ambiente), seja por meio de *princípios e diretrizes* densificados pela atividade judicial.

De tudo resulta um novo modo de pensar-se a hermenêutica contratual. O intérprete não mais — ou não mais apenas — se vê às voltas da “comum intenção” dos contratantes, devendo considerar outros complexos elementos, pois o campo da autonomia não é pensável como se fosse uma mônada, restrita à irreduzibilidade do sujeito, mas é visto em sua concreta circunstancialidade. Cabe ao intérprete, portanto, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do “sistema contratual” em que eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contraentes, pois o princípio da desigualdade material convive com o da igualdade formal; ter presentes os motivos que ensejaram o ato comunicativo, percebendo, no espírito e na letra do Código Civil, o relevantíssimo papel reservado às “circunstâncias do caso”.

ciais são distintas ou mais amplas das que existem nos contratos social ou legalmente típicos, de modo tal que estes últimos são usados instrumentalmente para alcançar àquelas.”

33 Vide VICARI, Salvatore. *Nuove dimensioni della concorrenza — strategie nei mercati senza confini*. Milão: EGEA- Giuffrè, 1989 (ristampa, 1998).

Não que os chamados “elementos”³⁴ da interpretação (gramatical ou filológico, lógico, histórico e sistemático) sejam de ora em diante desprezíveis. Pelo contrário, são regras técnicas e *pautas argumentativas* que funcionam como poderosas ferramentas para o intérprete, sendo — conjuntamente com os “elementos” axiológico, finalista e funcional — verdadeiramente *imprescindíveis* para que a atividade hermenêutica não resvale para um perigosamente incontrolável subjetivismo, para um voluntarismo judicial em tudo oposto aos postulados da Democracia.³⁵ Instrumentos auxiliares para situar o processo interpretativo em níveis de objetividade compatíveis com a ordem democrática, esses elementos não esgotam, porém, a metódica da interpretação contratual. Em suma, agora, *o pólo da autonomia vem situado em sua circunstancialidade*. Essa é apreendida, no plano hermenêutico, mediante o raciocínio por concreção.

2. O raciocínio por concreção

Raciocinar por “concreção” não significa, como por vezes ingenuamente se figura, a mera “individualização” (como termo indica-

34 Também chamados “métodos”, os “elementos” e “tipos” de interpretação constituem regras técnicas que visam à obtenção de um resultado, possibilitando orientações para os problemas de ordem sintática, semântica e pragmática que dificultam a decidibilidade dos conflitos, como explica: SAMPAIO FERRAZ, Tércio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 286.

35 Tem inteira razão Marcos Ludwig ao assinalar: “De fato, o principal desafio que se impõe (...) é justamente o de fornecer elementos teóricos para que a prática jurisdicional, solta das amarras puramente lógico-dedutivas, não gere decisões arbitrárias. Diante de cada caso particular, mesmo dos mais rotineiros, não há dúvida alguma de que o intérprete traz consigo uma determinada compreensão dos fatos e do direito, uma determinada ‘conjetura’ ou ‘expectativa de sentido’. O que não se pode conceder, porém, em atenção à segurança jurídica, é que essa compreensão se limite ao subjetivismo do intérprete. Tem de haver, caso por caso, uma mediação entre direito (aspecto objetivo) e consciência jurídica (aspecto subjetivo), a ser obtida mediante a compreensão, pelo intérprete, do ambiente em que está inserido” (*Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005).

tivo de um particular indivíduo — como “o senhor fulano de tal, que mora na cidade de X”). Do mesmo modo a concreção não se opõe à noção de *sistema*, essencial para a racionalidade do Direito, cabendo razão a Humberto Ávila quando anota: “Quando se aplica, sem valorar sistemática e problemáticamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do Direito”.³⁶ Não constitui, bem por isso, nenhum passaporte para o subjetivismo, para uma livre “produção de sentidos” por parte do intérprete,³⁷ para o estabelecimento, pelo juiz, de decisões *ad hoc*.

A concreção é um método hermenêutico pelo qual as normas de dever-ser, consideradas como “modelos de ordenamento materialmente determinados”,³⁸ são compreendidas “em essencial coordenação com o caso concreto, que os complementa e lhes garante força enunciativa”,³⁹ assim se possibilitando a sua *determinação* ou *especificação*.⁴⁰ Como assegura Friedrich Müller, trata-se de um *processo multidirecional* em que direito e realidade se complementam e interpenetram continuamente, fornecendo os elementos necessários à decisão final.⁴¹ Em tal sentido, o termo “concreção” designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em conside-

36 *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Porto Alegre: UFRGS, 1994, inédito, p. 55-56.

37 Sobre o espaço de liberdade do intérprete para a produção do sentido da norma ver: RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos... cit., p.277 e ss.

38 Isto porque os princípios têm valência numa dimensão de ponderação com outros princípios e regras, isto é, o seu conteúdo é atendido ponderadamente em confronto com outros princípios e com as circunstâncias concretas. Para o desenvolvimento, ver: MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho constitucional*. 2. ed. Trad. Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 34 e ss.

39 MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho...* cit., p. 54.

40 Reconhece Engisch a relação de reciprocidade entre concretização e determinação e especificação, ainda que esses termos não se confundam (ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Navarra, 1968, V, p. 98 e ss).

41 *Métodos de trabalho...* cit., p. 49.

ração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) *em sua correlação* com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica *sopesar* os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao “tornar concreto” o intérprete adota uma *atitude de ordenação e de estabelecimento de relações*⁴² compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa. A questão está em estabelecer *como* se realiza a construção do significado por via da concreção.

Para Engisch — talvez o primeiro a dedicar obra específica à concreção no Direito⁴³ — esse modo de raciocínio se realiza “através da pesquisa da valoração conforme ao espírito da época, mas sem retirar essa determinação do conceito como tal”, tomando-se em consideração — “nos limites em que tal é possível e faz sentido” — a configuração especial do caso *sub judice*.⁴⁴ Ao referir os princípios Esser chega a dizer que o seu conteúdo só pode ser determinado mediante “síntese judicial”, de acordo com o caso concreto e com as concretizações sofridas pelo princípio nos precedentes judiciais.⁴⁵ Já Canaris, tendo presente que os princípios “necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio”,⁴⁶ assegura que a atividade de concreção implica em cruzar valorações com dados sistemáticos.⁴⁷ Na doutrina brasileira Humberto Ávila arrola critérios integradores da

42 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* cit., p.90.

43 *La Idea de concreción...* cit.,.

44 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 241.

45 *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial de derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 195.

46 *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 96.

47 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...* cit., p. 44.

concreção,⁴⁸ concluindo, muito acertadamente, que o sistema é fator de legitimação e de limite para a aplicação (concreção), sendo essa o processo que compõe “um conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhes sentido diante do caso concreto, com base em valores sistemáticos e problemáticos”.⁴⁹

Efetivamente, o método da concreção não afasta — antes requer — a referência ao sistema e aos seus princípios. Por isso mesmo não se apresenta como substitutivo do método da subsunção nem da *lógica da inferência*, peculiar ao raciocínio dedutivo. Conquanto uma subsunção rigorosa seja rara no Direito das Obrigações (que opera em grau mínimo com o princípio da tipicidade), na redação de contratos se tem utilizado com frequência a “técnica da proteção literal”, pela qual as partes ajustam a exclusão convencional da polissemia, seja pactuando previamente o significado a ser atribuído aos termos e expressões empregados, seja inventando novas unidades lingüísticas com valência no contrato ajustado. Nesse caso, as próprias partes *convencionam a interpretação* a ser conferida a palavras, frases e eventos, reduzindo ao máximo a vagueza e possibilitando, em tese, uma subsunção, isto é, uma correspondência entre identidades (a que está prevista *in abstracto* e a que pode se realizar *in concreto*).

Caberá, então, o emprego dos elementos da interpretação antes referidos justificando-se até mesmo a busca da “comum intenção” dos contraentes ao convencionarem a interpretação. Mesmo nesse caso, porém, poderão remanescer zonas de indefinição de significado que necessitarão ser concretizadas, cabendo ainda — e sempre — a concretização da norma de dever-ser contratual segundo os princípios constitucionais estruturantes da ordem jurí-

48 Nomeadamente, as idéias de i) finalidade concreta da norma; ii) pré-compreensão; iii) valoração judicial dos resultados da decisão; iv) precedente judicial; v) consenso como fundamento parcial da decisão (*Subsunção e concreção... cit.*).

49 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção... cit.*

dica democrática; os princípios informadores da ordem econômica; os princípios específicos da hermenêutica contratual e os postulados fático-normativos da concreção.

3. Princípios da concreção contratual

O direito contratual contemporâneo tem, entre suas características, o fato de vir situado num “quadro de referências principiológicas”,⁵⁰ além da atenção às “circunstâncias do caso” que têm uma dimensão objetiva e outra subjetiva⁵¹.

Expressa aquela primeira característica o Código Civil de 2002 que inaugura com o explícito arrolamento dos princípios o Livro dos Contratos considerando princípios *contratuais*, o da liberdade contratual (art. 421, primeira parte); da função social do contrato (art. 421, segunda parte); o da proibição (art. 422, primeira parte); o da boa-fé (art. 422, segunda parte); o da proteção ao aderente, nos contratos formados por adesão (arts. 423 e 424); o da atipicidade (Código Civil, art. 427); o da equidade, que não está expresso, mas vem suposto em inúmeras regras e é informador do princípio da proteção do aderente, e o do equilíbrio contratual, deduzido de certas regras e com valência nos contratos comutativos.

Os princípios *contratuais* propriamente ditos podem ser sistematizados em dois grandes grupos: de um lado, os princípios da dogmática contratual, ou “princípios dos contratos” que se dirigem *imediatamente* ao legislador e às partes e *mediatamente* ao intérprete; de outro, os princípios da hermenêutica contratual⁵²

50 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205.

51 Ver, *infra*, parte II.

52 Os princípios da dogmática e os da hermenêutica contratual poderão vir nominalmente superpostos, como o princípio da boa-fé que no Código Civil atua como princípio hermenêutico (art. 113) e como princípio da dogmática contratual, seja balizando a ilicitude (art. 187), seja criando deveres de conduta (art. 422). Conquanto a identidade facial, haverá, todavia, distinção funcional.

que se dirigem *imediatamente* ao intérprete. Estes, por sua vez, podem ser sistematizados em torno de três grandes eixos valorativos: a liberdade, a confiança legítima e a utilidade do contrato.

(i) A liberdade contratual é sempre *liberdade situada*.⁵³ Desde as descobertas de Marx e de Freud sobre os condicionantes econômicos e psíquicos que acabam por ser constituintes do sujeito, as palavras “liberdade”, “autonomia” e “autodeterminação” devem ser compreendidas circunstancialmente, sob pena de se tornarem, para o Direito, palavras encantadas.⁵⁴ Portanto, para assim não se tornar, o princípio da liberdade atuará em medidas de intensidade escalonadas segundo a situação fático-normativa.

(ii) A confiança é a matriz do princípio hermenêutico da *boa-fé* que importa em interpretar e integrar os contratos segundo os valores da legítima crença e da conduta proba, correta e leal. Na concretização do que seja a legitimidade da crença e a correção da conduta importa, obviamente, ponderar a normalidade social dos comportamentos, dos papéis sociais desempenhados pelos contraentes e o sentido das representações recíprocas a respeito,⁵⁵ para o que critério da maior relevância é detectar o *campo de vida* em que inserido o ajuste: será uma relação de consumo?

53 Isto é, que considera os efetivos poderes sociais de expressão da liberdade de ação, sendo sempre modulada, no caso, pela incidência de outros princípios e regras. Por exemplo, a proteção da parte contratualmente frágil; a proteção da livre iniciativa que implica a formulação de regras garantindo a livre concorrência; a atenção a bens de interesse comunitário, como o meio ambiente sadio; a função social do contrato etc. (aludi ao tema em: MARTINS-COSTA, Judith Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, n. 1, p. 41-66, maio de 2005).

54 A expressão “palavra encantada” foi usada em 1935 por Felix S. Cohen no âmbito do realismo jurídico norte-americano ao apresentar o “método funcional” que visava afastar uma concepção metafísica do Direito, traduzida, entre outros fatores, pelo emprego de “conceitos desprovidos de significado”, isto é, que não poderia ser traduzidos em termos de experiência efetiva (COHEN, F. S. *El método funcional en el derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 55).

55 CARNEIRO DA FRADA, M. *Teoria da confiança...* cit., p. 448.

Um contrato interempresarial? Um ajuste entre particulares que não caracteriza relação de consumo? Um ajuste que tipifica relação de emprego ou relação de direito administrativo?

Conforme a resposta dada a essas questões não apenas outros princípios se combinarão, mas a lógica econômica e social do contrato será diversa, o que terá reflexos imediatamente no investimento de confiança concreta e objetivamente daí derivado.

(iii) A utilidade socioeconômica deriva da própria razão de ser do contrato como instituto jurídico, instrumento de circulação de riquezas,⁵⁶ cuja utilidade pode ser individual e geral. Evidentemente, as regras da utilidade econômica (como maximização ótima dos recursos) não podem explicar, por si sós, o regramento jurídico dos contratos, sob pena de serem afrontados critérios de justiça comutativa, corretiva e distributiva. Isto não obstante, a utilidade econômica (individual ou geral) pode e deve ser considerada na interpretação, importando em vários subprincípios, como o da conservação do negócio, expresso no brocardo “*utile per inutile non vitiatur*” e em regras, como a do parágrafo único do art. 395 do Código Civil.

A esses princípios se acrescentam certos princípios *constitucionais* relevantes para a hermenêutica contratual. São os princípios da asseguaração à *dignidade da pessoa humana*,⁵⁷ à *liberdade*, à *justiça* e à *solidariedade social*, à *existência digna*,⁵⁸ os quatro

56 GHESTIN, Jacques. Le juste et l'utile dans les contrats. *APD*, 26, p.36 e ss, 1981. Também em *La notion de contract*. Dalloz, Cr., 1990, 23.º cahier, p. 147. Nestes textos que tiveram larga fortuna, propôs o autor a conciliação dos critérios da utilidade e da justiça, pois se só o critério da utilidade (econômica) fosse utilizado, haveria a oposição concreta entre o justo e o útil. (ver Ainda: COIPEL, Michel. La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile. *Rev. Jur. Thémis*, 24, n. 3, p.486, 1990.

57 CF, art. 1.º, III, para a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos” do Estado Democrático de Direito; e art. 3.º, I, sendo a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, objetivos da República Federativa do Brasil.

58 CF, art. 170, *caput*. Os incisos do art. 170 consignam, sob o nome de “princí-

primeiros ditos “estruturantes”, por estruturarem a própria ordem jurídico-democrática e o seguinte por estar posto como um dever-ser, finalisticamente orientado, da ordem econômica, na qual se inserem os contratos. A Constituição ainda alberga *garantias e diretivas políticas*, como a garantia à livre concorrência, à defesa do consumidor e à defesa do meio ambiente (art. 170, incisos V a VI) e ao livre exercício das atividades econômicas (art. 170, parágrafo único). As garantias e as diretivas econômicas, a par de atuarem como pautas argumentativas no plano hermenêutico, terão ainda expressão constitucional e infraconstitucional em normas principiológicas (como a que garante a livre concorrência), em regras (como a que regula a responsabilidade objetiva em decorrência de dano ambiental) e em postulados fático-normativos (como o da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo).

Todos esses princípios convocam, para o contrato, uma ordem normativa que, embora situada num plano distinto ao da estipulação das partes, o envolve⁵⁹ e modela, sujeitando os contraentes à sua observância pelo modo como são observados os princípios. Porém, esses eixos valorativos não dizem *como* a interpretação deve ser feita. Esta é tarefa própria aos postulados normativos.

II. Os postulados normativos da concreção contratual

Postulados normativos são normas que “estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”.⁶⁰ Com rigor intelectual exemplar Humberto Ávila distingue entre princípios

pios”, princípios e diretrizes políticas, a saber: soberania nacional, proteção à propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

59 Assim a imagem utilizada, a respeito do princípio da boa-fé contratual, por: CARNEIRO DA FRADA, M. *Teoria da confiança...* cit., p. 432.

60 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* cit., p. 88.

e postulados afirmando que, em vez de promoverem, como os princípios, um determinado fim, os postulados não impõem a promoção de fins, mas “estruturam a aplicação do dever de promover um fim”, prescrevendo — em vez de comportamentos — modos *de raciocínio e de argumentação* relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.⁶¹ No Código Civil as “circunstâncias do caso” constituem um postulado fático-normativo (1) a ser observado segundo determinados elementos de concreção (2).

1. As “circunstâncias do caso”

O Código Civil determina, em variadas passagens, a relevância das “circunstâncias do caso”, verdadeiro postulado normativo que transparece, com essa ou com similares denominações, em várias passagens (v.g., “conforme as circunstâncias exigirem”;⁶² “conforme as circunstâncias” (do caso) ou “conforme os usos”;⁶³ “uso a que se destina” ou “fim a que se destina”;⁶⁴ “usos convenionados ou presumidos”;⁶⁵ “costumes da localidade”⁶⁶).

Qual seria a razão de ser deste postulado fático-normativo?

Linhas atrás aludi ao fenômeno da pluralização da subjetividade jurídica e em sua importância para o Direito contratual. Essa pluralização é marcante nas relações contratuais abrangidas pelo Código Civil, cujo destinatário é a *pessoa*. Desde que abolida a escravidão, trata-se de uma noção *absoluta* cujo universo é am-

61 *Teoria dos princípios...* cit., p. 89.

62 Art. 690.

63 Arts. 24, 138, 151, parágrafo único; 152, 156, parágrafo único, 233; 311; 320, parágrafo único; 327; 500, § 1.º; 569, inciso I; arts. 113, 445, § 2.º; 529; 628, parágrafo único; 658; 695, *caput* e parágrafo único; 699; 700; 701; 724; 753, § 1.º; 869, § 1.º; 869, § 1.º; 953, parágrafo único .

64 Arts.566, inciso I; 567.

65 Art. 569, inciso I.

66 Art.1.297, § 1.º.

plíssimo, uma vez que o designativo de “pessoa” vale para todos os seres humanos (fortes e fracos, informados e desinformados, pessoas físicas e pessoas jurídicas, compradores e vendedores) e para todas as entidades personalizadas, em todos os momentos de sua existência.⁶⁷ Para tornar mais clara essa consideração, basta pensar, comparativamente, no destinatário do Código de Defesa do Consumidor. “Consumidor”, para efeitos daquela regulação jurídica, configura uma noção estatutária e relacional,⁶⁸ isto é: só pode ser chamado de consumidor quem estiver situado numa determinada relação (relação de consumo) e numa determinada posição (ou *status*), ou quem for equiparado, para certos efeitos, a consumidor, o que significa dizer que o universo do Código de Defesa do Consumidor é muito menos extenso que o abrangido pelo Código Civil.⁶⁹

Pois bem: no âmbito dos contratos regidos pelo Código Civil se impõe o postulado normativo das *circunstâncias do caso* justamente em razão do cunho absoluto e hipercomplexo da noção de pessoa que está em sua base: *todos* somos pessoas, em *todas* as circunstâncias de nossas vidas; *todos* somos consumidores *apenas* quando atuarmos no mercado de consumo (ou formos atingidos por ele). Por isso a importância, para a aplicação do Cód-

67 Passo ao largo da questão de saber se o embrião é pessoa, não porque não seja importante, mas porque foge aos objetivos deste estudo. Remeto a: ALVES, Cristiane Avancini. *O estatuto jurídico do embrião humano*. Dissertação de Mestrado, Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005.

68 Para o conceito de “consumidor” no Direito brasileiro ver: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 252-325. Ainda a excelente tese com uma fina análise dos vários “conceitos de consumidor” vigentes no Direito brasileiro (BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *O conceito jurídico de consumidor: análise comparada entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino*. Porto Alegre, 2004, no prelo).

69 Não se trata de mundos apartados, pois o consumidor é pessoa (no Direito brasileiro, pessoa física e jurídica). Porém, a distinta destinação e o distinto raio de abrangência das regras de um e de outro Código demarca uma diferença no modo de interpretação das normas legais e contratuais incidentes num e noutro “campo jurídico”.

go Civil do postulado fático-normativo das “circunstâncias do caso”, pois em cada caso, em cada contrato, serão as circunstâncias que *darão o tom*, vale dizer — *constituirão o filtro* — pelo qual devem ser ponderados e sopesados os princípios e as regras contratuais, por isso, tendo importância decisiva no *modo e na escala de aplicação dos princípios*, permitindo discernir entre o seu valor facial, ou meramente nominativo, e o seu valor propriamente hermenêutico.⁷⁰

70 Daí a inadequação, a meu juízo, da proposição adotada pela maioria dos juristas integrantes da III Jornada de Estudos sobre o Código Civil (Conselho da Justiça Federal — Brasília, dezembro de 2004), ao aprovarem proposição de enunciado aos arts. 421 e 422 vazado nos seguintes termos: “Enunciado: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”. No meu entendimento, aí ocorreu indevida confusão entre o “nome” dos princípios e o seu valor propriamente normativo. Exemplifico com o princípio da boa-fé que prescreve (como princípio da dogmática contratual) um “estado de coisas ideal”, a saber, uma conduta contratual recheada pelo cumprimento de deveres de cooperação e atenção aos interesses legítimos do *alter*: enquanto numa relação interempresarial a cooperação pode não implicar na dação de informações completas, minudentes, quase “óbvias” sobre o produto a ser comercializado (pois os comerciantes conhecem o mercado), cingindo-se a uma *atitude de lealdade* (que pode *supor* o compartilhamento de informações e dados sobre o produto e não é obstada por atitudes omissivas quanto ao emprego de estratégias empresarias que implicam o sigilo), nos contratos realizados “em qualquer setor da economia em que se trabalha com a captação da poupança popular, todas as informações devem ser claras, a fim de evitar que incautos sejam ilaqueados em sua boa-fé” como recentemente o Judiciário decidiu (TJRS, 14.^a C. Civ., Ap. Civ. 70010979599). Por esta razão, nestes últimos, o contratante “forte” deve esclarecer não apenas as características do produto comercializado (um automóvel) mas, inclusive, ocupar-se em informar o comprador sobre as distintas eficácias das formas contratuais “compra-e-venda parcelada”; “consórcio” e “títulos de capitalização sujeitos a sorteios”, para que o contratante fraco saiba em que medida e em quais condições poderá fruir o bem expectável, nos termos da declaração negocial. Por isso, no mesmo caso judicial acima referido, compôs o raciocínio judicial conclusivo da responsabilidade contratual da empresa, a consideração da circunstância da lesada pela declaração negocial da empresa ser “pessoa(s) de poucos recursos financeiros ou culturais — como a maioria do povo brasileiro” e, por isso, subjetiva e objetivamente suscetível a uma fácil per-

Impõe-se o postulado normativo das “circunstâncias do caso” em matéria contratual porque que em cada contrato — disse-o bem Pontes de Miranda —, o intérprete “ está diante de manifestação de vontade de A e de manifestação de vontade de B, *cercado pelo modo de conduzir-se de A e de B e pelas circunstâncias*”.⁷¹ Por isso mesmo, como observa Marcos de Campos Ludwig, a atividade de interpretar não se restringe ao que consta no eventual instrumento contratual. O intérprete deve ter presente que o negócio jurídico “jamais é formado tão-somente por manifestações de vontade, nem mesmo apenas por condutas, mas igualmente por determinadas circunstâncias que o cercam”.⁷² Como veste jurídica das operações econômicas⁷³ os contratos estão fortemente atados às exigências práticas, por isso estando ligados aos *dados contextuais*, alguns deles extrajurídicos: no exame de contratos interempresariais, hão de ser considerados, por exemplos, dados atinentes aos interesses empresariais estratégicos e econômicos que o ajuste visou instrumentalizar. Por esta razão o intérprete deve ter presente inclusive as regras que regem o setor econômico no qual inserida a operação (econômica) a que o contrato visa instrumentalizar.

O exame das “circunstâncias do caso” implica na consideração do *inteiro comportamento dos contraentes* avaliando-se inclusive *efeitos* que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia, concretamente considerada, seja a conduta anterior à conclusão do negócio, seja a posterior, por conta do *princípio da confiança*. É também importante atentar para outros atos, atividades, comportamentos ou circunstâncias que tenham *conexão finalística* com o negócio, considerado em sua funcionalidade

suasão, aludindo o acórdão à circunstância de as pessoas dotadas de parques recursos culturais serem “facilmente persuadidas” por uma publicidade agressiva.

71 *Tratado de direito privado*. § 4.202, I. Rio de Janeiro: Borsóí, t. 38, Rio de Janeiro: Borsóí, 1962, grifei.

72 *Usos e costumes...* cit., p. 122.

73 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 1989.

econômico-social (*princípio da utilidade*). Essas circunstâncias formam o contexto da declaração permitindo detectar, com caráter de objetividade, a “intenção *consubstanciada* na declaração” (art. 112, *in fine*), pois o Código acolheu a teoria da confiança⁷⁴ que configura, em termos de ciência jurídica, a adstrição a um princípio objetivo, mas sujeito à determinação no caso,⁷⁵ isto é, sujeito à concretização.⁷⁶

O postulado normativo das “circunstâncias do caso” é integrado por elementos fáticos e normativos. Os primeiros podem ser subjetivos (ligados à pessoa dos contraentes ou ao seu papel social) e objetivos (relacionados ao objeto contratual e aos seus demais

74 Entendo que, ao modificar o teor do art. 85 do Código de 1916 e introduzir no art. 112, que lhe corresponde, a expressão “intenção nelas consubstanciada” (referindo-se às declarações de vontade negocial) o Código de 2002 não acolheu nem a teoria da vontade nem a teoria da declaração, mas a teoria da confiança que decorre de um amoldamento conferido à teoria da declaração. No mesmo sentido é também o entendimento de: LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. Parte Geral. 2. ed. Coord. Everaldo Cambler. São Paulo: RT, 2003, vol. 1, p. 231 e ss. A teoria da confiança sintetiza uma espécie de ponto de equilíbrio entre a “teoria da vontade” e a “teoria da declaração” (designação para variados pontos de vista que, sobretudo no Direito alemão, vieram, a partir da obra de Jhering, já nos finais dos oitocentos, atender à necessidade de proteção dos interesses do declaratório e também de terceiros). Primeiramente, a declaração passou a ser vista de modo autônomo, adquirindo, aí — como observa Mota Pinto — quase que um valor equivalente ao que tinham as palavras no formalismo arcaico do Direito Romano. A declaração negocial passou a imputado, em suma, um sentido *objetivo e geral*, isto é, abstratizante. Porém, “tamanho formalismo não se compactua com as necessidades sociais, que o Direito visa proteger”. Assim é que, expurgados também esses excessos, passou a ser conferida à declaração negocial um *valor autônomo*, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor “objetivo e geral” e sim aquele *que o declaratório podia retirar da declaração*, segundo os usos e as circunstâncias do caso, segundo padrões de razoabilidade (MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 26 e ss).

75 Diversamente da teoria da declaração, polarizada por um princípio objetivo e generalizante, como anota: MOTA PINTO, Paulo. *Declaração...* cit., p. 27.

76 Daí a razão pela qual as circunstâncias não devem ser consideradas apenas no caso de vinculação negocial pelo silêncio, a teor do art. 111.

elementos objetivos). Exemplificativamente, entre os primeiros, estarão certas características subjetivas dos contraentes⁷⁷ ou a conduta pré-contratual das partes; entre os segundos, os usos do local da contratação; o tipo contratual; a ambiência econômica na qual desenvolvida a relação contratual; a função econômico-social do negócio etc.

2. Os elementos de concreção das “circunstâncias do caso”

Façamos referência a três dos elementos fáticos expressamente nomeados no Código Civil, qual seja, a relevância atribuída aos “usos”, coligadamente à boa-fé hermenêutica (art. 113), a “finalidade econômico-social” do direito (art 187, *in fine*) e os “motivos determinantes do negócio, comuns a ambas as partes” (art. 166, inc. III).

2.1 Os usos do tráfego negocial

O art. 113 do Código Civil determina sejam os negócios jurídicos “interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Trata-se, bem entendido, de uma atuação dos usos — também chamados “usos do tráfego jurídico”, que não se confunde, para os efeitos aqui examinados, com a sua operatividade como *norma* consuetudinária, nem como fonte de produção normativa (modelos consuetudinários, na dicção realeana),⁷⁸ mas

77 Exemplificativamente, o STJ, ao não acolher recurso de decisão que rejeitara o pedido do agente do sistema financeiro de habitação de execução do contrato, alegando vencimento antecipado do saldo devedor em razão de o mutuário possuir duplo contrato de financiamento pelo SFH na mesma localidade. O mutuário alegou, por sua vez, que se desfizera do primeiro imóvel, por meio de contrato particular, o que, para o SFH seria indevido. No caso considerou-se que embora a transferência do imóvel tenha se operado por instrumento particular, é de se ter por cumprida a exigência contratual de alienar o imóvel, notadamente em face de que, por uma questão de razoabilidade, do mutuário, pessoa humilde e de poucas posses, não se pode exigir interpretação técnica da disposição contratual (STJ, REsp 396745/PR, 1.ª T., j. 15.02.2005, DJ 18.04.2005, p. 213).

78 Reportamo-nos à teoria realeana das fontes e dos modelos do direito exposta

como elementos para interpretação dos negócios jurídicos, valendo recordar a distinção tradicional entre os “usos negociais” e os “usos normativos” (ou usos como fonte de produção jurídica direta).⁷⁹ O art. 113 direciona, porém, aos usos como critério hermenêutico. Abrange, assim, aqueles elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusulas habitualmente utilizadas em determinados setores da economia ou “ramos do comércio” ou por categorias profissionais⁸⁰ etc.

Coligados à boa-fé subjetiva (de quem “acreditou” no *id quod plerunque accidit*) e à boa-fé objetiva (como *standard* de conduta leal na relação contratual) os usos terão, na acepção do art. 113, função hermenêutica e inclusive integrativa do contrato, neste caso colmatando lacunas e, inclusive, com possibilidade de derogar normas dispositivas.

É interessante observar que os usos, como relevantíssimo critério de concreção, já haviam sido reiteradamente acolhidos nas famosíssimas doze “*règles pour l’interprétation des conventions*” que Pothier⁸¹ formulou com base na sabedoria do *jus commune*. Essas regras se prestam — desde que devidamente atualizadas em sua forma expressiva e deslocadas de seu fundo ideológico voluntarista — a auxiliar a concreção. A *quarta regra*,⁸² por exemplo, é determinativa de atribuição de sentido “conforme

em: REALE, Miguel. *Fontes e modelos no direito — para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

79 LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes...* cit., p. 122 e ss.

80 ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. *L’interpretazione del contratto — Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2001, p. 158-159.

81 *Traité des obligations*. Paris, 1835, p. 53-54, n. 91 e ss. As regras a seguir transcritas estão em: ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. *L’interpretazione del contratto...* cit., p. 16-20.

82 “Ce qui peut paraitre ambiguë dans un contrat, s’interprète par ce qui est d’usage dans le pays.” “Semper in stipulationibus et in coeteris contractibus id sequimur quod actum est; aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione, in qua actum est, frequentatur.”

os usos do país”. Aí se evidencia que a própria palavra “contrato” tem um significado lingüístico só apurável contextualmente (o que um jurista da *civil law* chama de “contrato” será *agreement*, *contract* ou *deed* para o jurista da *common law*?). Atualizando a regra de Pothier em tempos de globalização, podemos dizer, como o faz o art. 113 do Código Civil brasileiro, que a boa-fé nos contratos deve ser interpretada conforme os usos habituais no local da contratação ou, como faz o § 242 do BGB, “conforme os usos do tráfico jurídico”.⁸³ A *quinta regra*⁸⁴ volta-se à de integração de lacunas, situando como critério também os usos que devem ser considerados *subentendidos*, como verdadeiramente deve ser subentendido o contexto em cada texto, em cada trecho de qualquer linguagem.

Os usos coligam-se, na dicção do art. 113 com a boa-fé,⁸⁵ como, aliás, também estava no Código Comercial de 1850.⁸⁶ Isto significa dizer que antes, como agora, nas relações civis, interempresariais e paritárias, a boa-fé hermenêutica é uma boa-fé a ser mensurada segundo os *mores*, consoante a concreta configuração do contexto contratual em causa e, de modo especial, com a função econômico-social do negócio, outro critério de concreção das “circunstâncias do caso” que logo adiante referirei. Deve, pois, o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência

83 *In verbis*: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern” (grifei).

84 “L’usage est d’une si grande autorité pour l’interprétation des conventions, qu’on sous-entend dans un contrat les clauses qui y ... d’usage, quoiqu’elles ne soient pas exprimés: *in contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*.”

85 Não devemos ignorar a importância que tem a inserção da boa-fé no texto legal — e justo na Parte Geral do Código Civil — no campo de função hermenêutico-integrativo. Essa inserção demonstra, a nosso juízo, a valência própria da boa-fé como critério hermenêutico e integrativo. Numa época em que, na dogmática civilista, foram abandonadas as teorias voluntaristas e, na teoria do direito, percebe-se que o Direito é o que *resulta da interpretação*, não se pode confinar a boa-fé ao papel de uma regra meramente subsidiária ao estatuído pela “vontade das partes”.

86 Código Comercial, art. 130 (importantíssima regra de concreção ao referir “o modo pelo qual os comerciantes se costumam explicar”), e art. 131.

ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual.

2.2 Função econômico-social do negócio

Foram os autores do realismo jurídico norte-americano os responsáveis por evidenciar que, por detrás dos conceitos jurídicos não se escondiam causas ocultas nem princípios transcendentais, mas, no mais das vezes, construções e funções, complexos ou pautas, ou arranjos de coisas cujo sentido radica na experiência efetiva. Entre nós, há muito Fábio Konder Comparato averbava, com integral razão, não se fazer ciência jurídica “senão aplicada, ou aplicável”, razão pela qual “todo o conceito em Direito ou é operacional ou não tem sentido”,⁸⁷ razão pela qual propõe a obrigatória adoção, no trabalho hermenêutico, do critério funcional, que leva a perquirir — notadamente nas relações de direito empresarial — “as finalidades da regra” pois, “não há inteligência exata das regras jurídicas empresariais sem a compreensão dos interesses econômicos em causa”.⁸⁸

Conquanto possam servir para alcançar necessidades essenciais da pessoa humana, como a moradia, a alimentação, a educação, o ensino, os contratos constituem, funcionalmente, a “veste jurídica de operações econômicas de circulação de riqueza”. Possuem, portanto, uma função econômico-social detectável concretamente. Porém, é preciso atenção: vivemos uma época em que a função das categorias jurídicas ou econômicas “corre o risco de ser desviada”.⁸⁹ O intérprete deve buscar, pois, a materia-

87 Alienação de controle de companhia aberta. *Direito empresarial*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 75.

88 COMPARATO, Fábio Konder. Alienação de controle... cit., p. 76.

89 CUNHA RODRIGUES. As novas fronteiras do problema do consumo. *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 1, Coimbra, 1999, p. 49.

lidade dos esquemas negociais e não a *abstracta* causa-função do negócio. Além do mais, a referência à finalidade (ou função) econômico-social do contrato não deve ser compreendida como o acolhimento, pelo Código Civil, do método propagado pelos adeptos do movimento da *law and economics*,⁹⁰ mas como a um *elemento de fato*, isto é, à função econômica que o negócio opera, concretamente, na ordem jurídica.

Aliás, as velhas regras de Pothier são aqui também de valia: a *terceira regra*⁹¹ determina a atribuição de sentido conforme “à natureza do contrato”. Hoje a leríamos: conforme a função econômica concreta, pois parece indiscutível que um contrato de doação entre amigos obedece a uma racionalidade distinta, por exemplo, de um contrato de financiamento interempresarial. Por sua vez, a *sétima regra*⁹² (que está expressamente acolhida no

90 Quando se fala em análise econômica do Direito (ou ainda, “economic analysis ou law and economics”), sem maiores qualificações, está-se a referir ao modelo de análise econômica do Direito utilizado pela Escola de Chicago. Como explica Mariana Pargendler, “a análise econômica do Direito consubstancia-se (...) em movimento acadêmico que surgiu em meados do século XX nos Estados Unidos com o objetivo de compreender ou explicar o fenômeno jurídico utilizando as ferramentas teóricas de microeconomia e que teve como precursores os trabalhos do economista e prêmio Nobel Ronald Coase sobre os custos sociais e do jurista Guido Calabresi sobre os custos dos acidentes”. Esse movimento “atingiu sua mais famosa formulação com a primeira publicação da obra *Economic analysis of law*, de Richard Posner”. A conclusão que permeia a sua obra “é a de que nem a justiça, nem a sociologia, nem qualquer teoria filosófica trazem um modelo verdadeiramente útil para a compreensão do sistema jurídico como um todo; a *common law*, sustenta Richard Posner, seria mais bem compreendida como um sistema que favorece a eficiência econômica na alocação dos recursos” (PARGENDLER, Mariana Souza. *A responsabilidade civil sob a perspectiva econômica: uma introdução à análise econômica do Direito*. Porto Alegre, 2004, no prelo).

91 “Lorsque, dans un contrat, des termes sont susceptibles de deux sens, on doit les entendre dans le sens qui convient le plus à la nature du contrat.”

92 “Dans le doute, une clause doit s’interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose, et à la décharge de celui qui a contracté l’obligation. *In stipulationibus cum quoeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt; e fere secundum promissorem interpretamur.*”

art. 423 do Código Civil) recomenda a interpretação do contrato pelo viés da *assimetria de poderes contratuais* — ao menos do poder de ditar as cláusulas contratuais — efetivamente escondida sob a capa do postulado da igualdade, razão pela qual, dizia o jurista francês, ao credor — titular da posição contratual preponderante — deveria ser imputado o ônus de “não ter melhor se explicado”.⁹³ Era, também, uma regra atinente à função econômico-social concreta, pois o modo de formação do contrato, por imposição de uma parte e adesão da outra, muito tem a dizer sobre a função econômica. A *sexta regra*⁹⁴ é, por sua vez, determinativa da interpretação sistemática. Porém, não se trata aqui de presumir um “sistema imanente”, mas de observar que “uma cláusula se interpreta pelas outras”. Hoje bem podemos transplantar a *ratio* desta regra hermenêutica para os grupos de contratos e para as cadeias contratuais, para afirmar que, nesses casos, “um contrato se interpreta pelo outro”.

Imensa será a relevância da determinação da função econômico-social concreta no âmbito dos negócios atípicos: aí não é a forma, mas a função que será determinante para a interpretação. Porém, a função econômica é contrastada com elementos axiológicos, compondo-se os *princípios da liberdade* e da *utilidade* (que estão no fulcro da atipicidade) com o *princípio da confiança* e com os princípios constitucionais que incidem na interpretação contratual.⁹⁵

Tal qual os demais elementos concretizadores das “circunstâncias do caso” a função econômico-social pode levar o intérprete

93 Na sétima regra ajunta Pothier: “Le créancier doit s'imputer de ne s'être mieux expliqué”.

94 “On doit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l'acte, soit qu'elles précèdent ou qu'elles suivent.”

95 Um bom exemplo está em decisões do STJ que conferem ampliativa aos destinatários do bem de família para vedarem a execução de contrato de mútuo, considerando que a moradia é condição de implemento da “existência divina” (STJ, REsp 377901/GO, 2.ª T., j. 22.02.2005, DJ 11.04.2005, p. 215; também STJ, REsp 569025/TO, 6.ª T., j. 02.03.2004, DJ 06.06.2005 p. 377).

a mensurar, por exemplo, se, no caso, a prestação prestada tardiamente tornou-se, ou não, “inútil para o credor” para os fins do art. 395, parágrafo único, do Código Civil. Por sua vez, a função integrativa da boa-fé (desde que corretamente discernida do juízo por equidade) está amarrada à concreta função econômico-social do contrato, isto é, a sua “causa” concreta, e não abstrata (como seria a consideração de idêntica causa para todos os negócios de um mesmo tipo).⁹⁶

A referência à causa (como função econômico-social concreta) leva a referir ainda um outro elemento de concretização das “circunstâncias do caso” posto no Código Civil, qual seja, o “motivo comum a ambas as partes”.

2.3 O motivo comum a ambas as partes

Ao arrolar os requisitos gerais da invalidade do negócio jurídico, no art. 166, o Código Civil de 2002 comina a sua nulidade quando

“III — o *motivo determinante*, comum a ambas as partes, for ilícito.” (grifei).

Temos, aí, um aparente paradoxo: como uma teoria contratual (e uma teoria da hermenêutica contratual) enucleada (s) na consideração de o contrato consistir um fato social, socialmente reconhecível e até mesmo socialmente “tipificável” pode valorizar o motivo, tradicionalmente apodado como “elemento subjetivo”? Como se pode articular a consideração do motivo comum às partes com as bases filosóficas e metodológicas do Código, fundadas no apelo ao método da concreção? Mais ainda: considerando que o termo “motivo” é freqüentemente utilizado para indicar a

96 Nesse sentido a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supracontratual.

“causa” do negócio, como considerar relevante o “motivo” se o Direito civil brasileiro sequer é causalista?⁹⁷

Para responder a essas perguntas — e sustentar a conclusão segundo a qual *o motivo integra as* “circunstâncias do caso”, conformando um dos elementos de sua concreção — é preciso distinguir entre o significado da palavra “motivo” e aquele atribuído ao termo “causa”,⁹⁸ discernindo-se, outrossim, entre a opera-

97 Diferentemente de outros sistemas jurídicos integrantes da chamada “família romano-germânica,” o Código Civil brasileiro de 1916 não situou a causa como requisito de validade dos atos jurídicos. Entre nós, a influência francesa, marcadamente causalista, encontrou dois poderosos concorrentes: o direito germânico, anticausalista, e a tradição consolidada nas Ordenações do Reino, também pouco afeita ao modelo causal. Assim, para a validade dos negócios jurídicos, o art. 81 do Código de 1916 exigia tão-só a capacidade do agente; a licitude do objeto; e a forma, prescrita ou não defesa em lei. Essa regra, cânone central da validade dos negócios jurídicos, foi repetida quase *ipsis litteris* pelo Código Civil de 2002 no art. 104 (*in verbis*: “A validade do negócio jurídico requer: I — agente capaz; II — objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III — forma prescrita ou não defesa em lei”), parecendo dar razão à doutrina que há mais de século repete, em monocórdio, ser o sistema brasileiro decididamente anticausalista.

98 “Motivo” seria equiparável à expressão “causa” (do negócio) para significar *a razão de ser* do acordo de interesses, aquilo que leva as partes a contratar o objetivo direto e imediato da obrigação contraída. A causa-motivo seria, na voz de Demolombe, o elemento que “(...) détermine essentiellement la partie à s’obliger, et qui est le but direct et immédiat, que cette partie se propose d’atteindre en s’obligeant; c’est en un mot, la cause finale de l’obligation elle-même” (*Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Paris: Imprimerie Générale, 1877, t. I, p. 330). Mais expressivo foi, ainda, o seu contemporâneo Frédéric Mourlon: “La cause de l’obligation est ce pourquoi l’on s’oblige, c’est-à-dire le but immédiat qu’on se propose d’atteindre en s’obligeant” (*Répétitions écrites sur le code civil*. Paris: Garnier Frères, 1885, t. II, p. 608). Porém, a técnica jurídica também *distingue* entre motivo e causa quando se quer aludir i) ao objetivo do contrato, isto é, o *fim almejado* pelas partes contratantes; ou ii) a função econômico-social que o contrato veicula. Conquanto o termo “motivo” viesse historicamente associado ou equiparado com o termo “causa”, necessidades práticas e viragens ideológicas levaram a que, no transcurso do século XIX ao século XX, a doutrina francesa modificasse essa noção, afirmando ser a causa não o “motivo” (então considerado apenas como dado psicológico), *mas a sua finalidade* (“*le but*”), isto é, o fim concreto, *o interesse ou utilidade* buscada pelo contrato. Mais tarde e por força, notadamente, da

tividade do motivo no plano da validade dos negócios jurídicos e no plano da sua hermenêutica.⁹⁹ O que aqui importará será, exclusivamente, detectar a relevância hermenêutica do motivo comum a ambas as partes, determinante do negócio.

Não há dúvidas — é a própria letra da lei que o diz — que o motivo comum a ambas as partes, determinante do negócio, se ilícito for, conduz à nulidade do negócio. Como o motivo *não é o mesmo que o objeto* (sendo o objeto ilícito, por sua vez, causa também de invalidade, *ex vi* do inciso II do mesmo art. 166) é evidente que a lei está, aqui, a valorizar algo distinto do objeto. Esse “algo distinto” é, efetivamente, o motivo como causa ou “razão de ser”, isto é, aquilo que, ao longo do século XX, veio a

doutrina italiana, objetivou-se ainda mais essa noção. Já nos meados do século XX assentou Emilio Betti ser a causa a *função social típica* do negócio (“causa-função”). Para uma síntese das várias correntes permito-me reenviar a: MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista Ajuri*, vol. 45, Porto Alegre, p. 213-244, 1989.

99 Vários estudos mais recentes têm se ocupado do problema da causa no plano da validade na doutrina brasileira. Por vezes se trata a questão sob o viés italiano, da causa-função, por outras é proposta uma peculiar significação da causa (que seria o “o reconhecimento social do jurídico”) ou se busca, ainda, uma relativa aproximação com a doutrina anglo-saxã da *consideration* por meio da idéia de causa sinalagmática. Por estes caminhos suscitou-se renovada bibliografia que, lembrando as formulações do passado e inserindo-as em novos contextos, permite dar base consistente para a compreensão do art. 166, inciso III, do Código Civil, pois, como anota com integral pertinência Luís Renato Ferreira da Silva: “Parece resultar indubitável (...) que não se pode abrir mão da causa (...). Esta inafastabilidade do tema tem feito com que, apesar do repúdio do sistema codificado, os autores aceitem a figura, ainda que com sentidos, por vezes, distintos” (ver, em especial: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*. Tese no concurso para a Cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, 1986; ANDRADE, Fábio. Causa e *consideration*. *Revista Juris*, vol. 53, Porto Alegre, p. 276-284, 1991; FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa). Tese de doutorado defendida junto à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, USP, agosto de 2001).

doutrina denominando como *causa-fim, finalidade ou utilidade concreta* buscada pelo negócio.

Ora, já da valorização, pela lei, dessa finalidade ou razão de ser do negócio, distinta do seu objeto — e distinta, também, pelo emprego do termo “motivo”, da causa objetiva ou “causa-função” — não pode senão demonstrar que há certa eficácia decorrente desse elemento por tanto tempo submerso no limbo do não-Direito. Essa demonstração mais clara ficará se procedermos a uma leitura *a contrario sensu* da regra do art. 166, III.

Se assim procedermos, chegaremos à conclusão que não é nulo o negócio jurídico quando o motivo determinante, comum a ambos os contratantes, for lícito. E, se não é nulo o negócio, isso significa que o motivo determinante *tem eficácia ao menos como regra de interpretação, para indicar qual foi a base contratual levada em conta pelos pactuantes*. Em outras palavras, o motivo determinante, comum a ambas as partes, não pode ser descartado como irrelevante, antes formando uma espécie de “base subjetiva”, *pressuposto condicionante da compreensão* do concreto negócio jurídico considerado como fato social e regulamento de interesses econômicos.

A História do Direito fornece elementos que permitem melhor compreender o possível sentido da regra do art. 166, III. É que a doutrina civilista trabalha, há mais de um século, com a idéia da *relevância dos motivos* (no sentido de causa-fim, ou concreta razão de ser do negócio), seja para afirmá-la, seja para rejeitá-la, mas, em todo caso, para indicar uma espécie de base ou “plataforma” contratual a partir da qual a concreta razão de ser do negócio pode ser mais bem compreendida.

A relevância dos motivos como “base contratual” surge, no Direito moderno, no curso dos debates preparatórios à codificação civil que resultaria no BGB, por obra de Bernardo Windscheid, tomando, então, o nome de “teoria da pressuposição” (*Voraussetzung*). A idéia central vinha assim explicada por seu autor:

“La presupposizione è una condizione non isvolta [*unentwickelte*] (una limitazione della volontà, che non si è svolta fino ad essere una condizione). Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al par di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, *che l'effeto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti*”.¹⁰⁰

Em linhas gerais, defendia Windscheid que aquele que tivesse declarado vontade, a fim de produzir os seus efeitos típicos, declarava na presuposição de que a declaração perderia sua força obrigatória se as suposições se revelassem inexatas. A presuposição consistia, pois, numa espécie de condição não-desenvolvida,¹⁰¹ podendo confundir-se com a causa sempre que essa fosse o fundamento da manifestação de vontade.¹⁰²

O traço mais importante é o seu pensamento sobre a própria configuração de uma presuposição. Entendia Windscheid que essa podia, é certo, ser expressa mas também se afigurava tacitamente, determinando-se, então, “per via del restante contenuto della dichiarazione di volontà”.¹⁰³ Porém, assinalava,

“(...) una presupposizione può risultare voluta non solo dal restante contenuto della dichiarazione di volontà, *ma anche dalle circostanze, che l'accompagnano, senza che essa sia espressamente manifestata come voluta*”.¹⁰⁴

100 WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Tradução italiana de Fadda e Bensa. Turim: UTET, 1902, p.394-396. Grifei.

101 Daí a ligação com a teoria da causa, pois uma de suas formulações é “produto do conceito de causa no direito das *condictiones*”, como observa: COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 45

102 Assim a observação de: FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 102-103.

103 *Diritto...* cit., p.397.

104 WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto...* cit., p. 40, grifei.

Se relido com *distanciamento* — isto é, sem a indesejada familiaridade que só permite enxergar o que mostra o senso comum — perceberemos que o pensamento do autor está adequado não apenas às mais recentes conquistas hermenêuticas da Filosofia do Direito quanto à expressa letra do vigente Código Civil. Os “motivos determinantes comuns a ambos os contraentes integram as circunstâncias do caso indicando pautas para a concreção da “ética da situação”, sobrepondo-os à estrita literalidade do pactuado e repondo a questão de saber em que medida as circunstâncias implícitas ou explícitas têm influência na declaração negocial.

Esse não é, absolutamente, um tema novo — embora possa e deva ser tratado de modo *renovado* ou *inovador*. Conquanto uma evolução posterior da ciência jurídica, já da segunda metade do século XX, procurasse afirmar com caráter de dogma a irrelevância dos motivos (concentrando a atenção na noção de causa, por considerar os motivos concernentes tão-só ao plano psicológico), desconsiderando a idéia de pressuposição, o certo é que a doutrina de Windscheid encontrou ressonância em outros sistemas jurídicos. Como vimos, no Direito germânico deu subsídios à teoria da base do negócio subjetiva, também se manifestando no Direito italiano,¹⁰⁵ que viria a ter importância central na codificação civil de 2002.

Assim, muito embora no Direito brasileiro anterior ao Código de 1916 a teoria da pressuposição tenha sido rejeitada (entendendo-se constituir óbice ao seu acolhimento o disposto no art. 90, segundo o qual o motivo (“causa”) só teria relevância para o efeito de anulação por erro quando expresso como razão determinante

105 Como exemplo de tal ressonância, veja-se a decisão da Corte di Cassazione de 1.º de julho de 1947, *in verbis*: “Il vigente cod. civ. há introdotto all’art. 1467 in modo espresso ed in via gnerale in materia contrattuale il principio della presupposizione che rappresenta quindi ormai un istituto del nostro diritto positivo. La presupposizione è una condizione non sviluppata da cui dipende la efficacia del rapporto”. SACCO, Rodolfo. *Rivista del Diritto Commerciale* anno XLVI (1948). Parte Seconda, p. 163, com..

do negócio¹⁰⁶) hoje em dia não está mais circunscrita à teoria do erro e nem sujeita aos lindes negativos do antigo art. 90. Apesar daquela regra subsistir praticamente repetida no art. 140 do vigente Código Civil,¹⁰⁷ o inciso III do art. 160 confere ao tema uma portada antes inexistente.

Agora, os motivos passam a ser inseridos no texto que alberga as regras gerais de invalidade do negócio jurídico. Assume novo relevo, pois, a idéia de pressuposição que, a rigor, nunca ficou totalmente afastada, principalmente no que diz com certos casos de impossibilidade ao prestar. Clóvis do Couto e Silva recordava, ainda nos anos 60, a hipótese de venda que dependia de licença de autoridade administrativa.¹⁰⁸ Conquanto alguns insiram a hipótese nos quadros da impossibilidade inicial, prévia, a figura deve ser parificada, dizia Couto e Silva, com a da venda sob condição, no caso, sob condição de que a licença seja concedida. E ensinava:

“Nesse tipo de negócio, como é por todos sabido que eles dependem de licença, presume-se que a vontade declarada estava na dependência dessa mesma concessão, através da *interpretação integrativa*, porque esse é o uso (venda civil), ou da aplicação do uso como meio legal de hermenêutica (direito comercial)”.¹⁰⁹

106 Assim, exemplificativamente, a opinião de Clóvis Couto e Silva, segundo o qual “tem colaborado na desatenção ao problema da base do negócio jurídico entre nós (...) em primeiro lugar, a proposição negativa expressa no art. 90” (*A obrigação... cit.*, p.133).

107 Código Civil brasileiro, art. 140, *in verbis*. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante. A palavra “causa” vinha aí posta como indicativa de motivo. Como explica Ruy Rosado de Aguiar, para os efeitos do art. 90, a causa falsa não é a “causa fictícia”, mas é a que equivale ao erro nos motivos, consagrando o dispositivo a velha máxima romanista segundo a qual *falsa causa non nocet* (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 148, nota 286).

108 COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação... cit.*, p. 127 (editada em 1976, a obra foi escrita nos meados da década de 60).

109 Idem, *A obrigação... cit.*, p. 128, grifei.

Aí está, claramente, a aceitação da idéia da valência dos motivos *como base contratual implícita*, base a ser detectada pelo que sugere o *id plerumque accidit*, pelo que a inteligência normal em certo setor indica, em suma, pelo que deriva da própria natureza do negócio e de suas circunstâncias fáticas e normativas, para além do que se estampa na declaração formal, na “letra do contrato”. É o que no ensaio Diretrizes de hermenêutica contratual¹¹⁰ Miguel Reale acentuava, já no preâmbulo:

“é sobretudo nas épocas de freqüentes e aceleradas mutações sociais e econômicas que é dever do intérprete, e especialmente do juiz, escapar à tentação de resolver as questões judiciais tão-somente em função de *declarações formais*, tidas como claras, *quando elas devem ser situadas no complexo unitário de seus motivos e circunstâncias*”.¹¹¹

Esse valioso ensinamento doutrinário está, de resto, em acordo com os desenvolvimentos conferidos à idéia de pressuposição, já não mais fixados exclusivamente numa valoração de ordem psicológica aos motivos interiores, mas *sobre a motivação como elemento da expectativa legítima* e, por isso mesmo, passível de contraste com o *quod plerumque accidit* e com os critérios derivados da proteção da confiança de ambos os partícipes da relação e da concreta utilidade econômico-social do negócio.

Conclusão

Se a teoria da interpretação exposta por Savigny na primeira metade do século XIX pode sobreviver até hoje como um portentoso monumento à atividade intelectual, isso decorreu de seu *ajuste à vida*, vale dizer, da genial capacidade do grande jurista para pensar uma estrutura hermenêutica adaptada e adaptável à reali-

110 REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1-19.

111 Diretrizes de hermenêutica... cit., p. 1.

dade.¹¹² É de *ajuste à vida*, e não de rígidos tipos que trata a atividade hermenêutica. Bem por isso, é que carecemos no mundo dos contratos de uma teoria da hermenêutica contratual ajustada à paradoxal realidade que conecta a *despersonalização* consequente à globalização com “a subjetividade como presença concreta”¹¹³ — assim se indicando “o eu não independente de particularidades”.¹¹⁴

Para lidar com tão fundo paradoxo o Código Civil oferece o postulado fático-normativo das *circunstâncias do caso*. Que os intérpretes logrem, pois, atendê-lo, entreouvindo, pelas linhas do sistema, *o eco do mundo real*, pano de fundo de uma partitura a ser laboriosamente composta entre Direito e realidade.

112 Observa Souza e Brito: “Esta teoria era tão diferenciada e ajustada à vida — nisso mesmo se mostra a original intuição jurídica de Savigny — que pôde sobreviver até hoje, nas suas grandes linhas e em muitas teses particulares, às mudanças de estrutura social e das ideologias” (Da teoria da interpretação de Savigny e da sua influência, *BFUDC*, vol. LXII, 1986, p.183).

113 Da “subjetividade como distância” fala Barcellona, citado por: RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p 95.

114 RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato...* cit., p. 98.