



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Luis Cláudio Furtado Faria

**Cláusulas contratuais referentes ao litígio:  
a participação dos contratantes na formação da decisão judicial**

Rio de Janeiro

2009

Luis Cláudio Furtado Faria

**Cláusulas contratuais referentes ao litígio:**

**A participação dos contratantes na formação da decisão judicial**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F224

Faria, Luis Cláudio Furtado

Cláusulas contratuais referentes ao litígio: a participação dos contratantes na formação da decisão judicial/ Luis Cláudio Furtado Faria. – 2009.

146 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Processo decisório – Teses. 3. Cláusulas (Direito) – Teses. I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 347.447

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Luis Cláudio Furtado Faria

**Cláusulas contratuais referentes ao litígio:  
A participação dos contratantes na formação da decisão judicial**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Civil

Aprovado em 28 de agosto de 2009.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Paulo Nalin  
Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2009

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu Professor Orientador, Carlos Edison, pela permanente presteza, pela orientação precisa e, sobretudo, pelo entusiasmo quanto ao tema da dissertação.

Ao Willie Tavares, pela valiosa e incansável colaboração na revisão do texto e, especialmente, pelas instigantes sugestões para desenvolvimento do trabalho.

À Tatiana que, sempre atenta aos detalhes, se dedicou ao aperfeiçoamento do trabalho.

Aos colegas de Mestrado da UERJ e do escritório Pinheiro Neto Advogados, que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração dessa dissertação.

É possível resistir à invasão de qualquer exército, mas é impossível resistir à invasão das ideias.

*Victor Hugo*

## RESUMO

FARIA, Luis Cláudio Furtado. **Cláusulas contratuais referentes ao litígio**: os contratantes influenciando o ofício do juiz. Brasil. 2009. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Este estudo tem como propósito examinar a possibilidade de os contratantes, desejando ampliar a previsibilidade dos efeitos do contrato, influenciarem, mediante previsões mutuamente acordadas, o processo decisório do litígio contratual pelo juiz estatal. Pretende-se identificar e examinar mecanismos pelos quais os contratantes procuram tornar mais previsível a intervenção judicial no contrato, reduzindo a ampla margem de manobra do magistrado no exame de um litígio contratual.

Palavras-chave: Contrato; previsibilidade; processo decisório; cláusulas contratuais.

## ABSTRACT

FARIA, Luis Cláudio Furtado. **Contractual clauses relating to litigation**: contractors influencing the judge's role. Brasil. 2009. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

This study looks into the possibility of the contracting parties, when wishing to increase the predictability of the effects of the contract, influencing, by mutually agreed provisions, the decision-making process of the Judiciary concerning a contractual dispute. This paper further identifies and examines the mechanisms by which contracting parties attempt to make judicial intervention in the contract more predictable, reducing the broad latitude of action of the courts when entertaining a contractual dispute.

Keywords: Contract; foreseeability; procedure of a judicial decision; contractual clauses.



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
1	<b>O CONTROLE DO RISCO JUDICIAL PELOS CONTRATANTES</b> .....	14
1.1	<b>O TEMPO DA IMPREVISIBILIDADE</b> .....	14
1.2	<b>A EVOLUÇÃO DO CONTRATO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL</b> .....	17
1.3	<b>TRANSFORMAÇÕES DO PAPEL DO JUIZ EM RELAÇÃO AO CONTRATO</b> .....	24
1.4	<b>CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS</b> .....	28
2	<b>CLÁUSULAS CONTRATUAIS REFERENTES AO LITÍGIO</b> .....	38
2.1	<b>PREMISSAS NECESSÁRIAS</b> .....	42
2.2	<b>PROCESSO DECISÓRIO DO LITÍGIO CONTRATUAL</b> .....	45
2.3	<b>OS CONTRATANTES INFLUENCIANDO O EXAME JUDICIAL DO CONTRATO</b> .....	47
2.3.1	<u>OS CONTRATANTES INFLUENCIANDO A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO CONTRATO</u> .....	47
2.3.1.1	Cláusulas de definição de termos contratuais e legais.....	52
2.3.1.2	A escolha dos métodos de interpretação pelos contratantes .....	58
2.3.1.2.1	A. Criação de métodos de interpretação: as cláusulas de prioridade.....	59
2.3.1.2.2	B. A exclusão da interpretação do contrato contra o estipulante.....	61
2.3.1.2.3	C. A escolha pelo julgamento por equidade .....	62
2.3.2	<u>OS CONTRATANTES INFLUENCIANDO O EXAME JUDICIAL DAS PROVAS</u> .....	65
2.3.2.1	Cláusulas de constatação ou de declaração .....	67
2.3.2.2	Cláusulas de integralidade .....	71
2.3.2.3	Cláusulas excluindo valor contratual dos documentos preparatórios.....	74
2.3.3	<u>OS CONTRATANTES INFLUENCIANDO A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PELO JUIZ</u> .....	76
2.3.3.1	A cláusula penal e a cláusula resolutória.....	77
2.3.3.2	Exclusão da indenização com caráter punitivo.....	81
2.3.3.3	Cláusula restringindo o reconhecimento da lesão contratual .....	85
2.3.3.4	Cláusula de indivisibilidade.....	88
2.4	<b>SÍNTESE</b> .....	91

3	<b>OS CONTRATANTES INFLUENCIANDO A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA PELO JUIZ: O CONTROLE DO CONTROLE</b> .....	95
3.1	<b>INTRODUÇÃO: BOA-FÉ E ORDEM PÚBLICA</b> .....	98
3.2	<b>CLÁUSULAS MITIGANDO O CONTROLE JUDICIAL DA LEALDADE CONTRATUAL</b> .....	100
3.3	<b>CLÁUSULAS IMPONDO UM CONTROLE JUDICIAL REFORÇADO DA LEALDADE DOS CONTRATANTES</b> .....	103
3.4	<b>CLÁUSULAS DEFININDO OS CRITÉRIOS DE CONTROLE JUDICIAL DA LEALDADE CONTRATUAL</b> .....	107
3.4.1	<b>A. CLÁUSULAS REFERENTES AO AVISO PRÉVIO EM CASO DE RUPTURA DO CONTRATO</b> .....	110
3.4.2	<b>B. CLÁUSULAS DETERMINANDO OS CONTORNOS DA OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO</b> .....	114
3.4.3	<b>C. CLÁUSULA REFERENTE AO MOTIVO DA RESOLUÇÃO: A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL</b> .....	117
3.4.4	<b>D. CLÁUSULAS REFERENTES À INTERPRETAÇÃO DO COMPORTAMENTO DAS PARTES</b> .....	123
3.5	<b>SÍNTESE</b> .....	129
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	131
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	137

## INTRODUÇÃO

Só Deus pode ter o conhecimento do futuro.  
Nenhuma arte existiria para prevê-lo.  
*Santo Agostinho*

A curiosidade a respeito do futuro e o desejo de prever os acontecimentos vindouros são instintivos ao ser humano. Em praticamente todos os tempos e civilizações existem registros das tentativas da humanidade de desvendar os acontecimentos que afetarão a sua existência e o seu modo de viver.

Desde a Grécia antiga, onde seus habitantes se consultavam no oráculo de Delphos dirigindo suas indagações sobre o futuro à ninfa Pitonisia, até a era contemporânea, em que se assistiu à popularização dos mapas astrais, os homens procuram intensamente prever e, de alguma forma, controlar os acontecimentos com os quais irão se deparar.

Ao contrário do que se poderia imaginar, nem a expansão do uso da razão pelo Iluminismo, nem a evolução científica e tecnológica sem precedentes do século XX foram capazes de aplacar a curiosidade humana sobre o que ainda está por vir. Mesmo após as Revoluções Francesa e Industrial e o desenvolvimento da astronomia – que levou o homem para próximo dos astros, apontados pelos antepassados como reveladores do futuro – a humanidade continua a buscar mecanismos de previsão, antecipação e controle dos acontecimentos.

No mundo das obrigações civis e comerciais, que interessa diretamente a este trabalho, pode-se afirmar que, até o início do século XX, o contrato constituía uma forma adequada de prever e garantir a certeza de eventos futuros<sup>1</sup>. Na maioria dos casos, o contrato era executado em um período no qual eram poucas as mudanças radicais e a intervenção judicial no mecanismo contratual era muito limitada, de modo que os contratantes conseguiam antever os efeitos do acordo, sem maiores prejuízos. Quem contratava se assegurava que, no futuro, as cláusulas e condições contratuais seriam observadas doravante. Era o tempo das certezas, da estabilidade e da segurança.

A partir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), entretanto, o ritmo do tempo se acelerou em progressão geométrica. René Savatier constatou que o mundo progrediu mais entre 1900 e 1950 do que nos cento e cinquenta anos anteriores e que, por sua vez, o nível de

---

<sup>1</sup> VARELA, João de Matos Antunes Varela. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Lisboa: Almedina, 2000. p. 212.

civilização cresceu, em cerca de 1800 anos (do nascimento de Cristo até a Revolução Francesa), mais do que nos dez mil anos anteriores.<sup>2</sup> Na era contemporânea, a *internet* e a globalização conferiram uma velocidade inimaginável à circulação de informações.

Ao longo desse processo de intensificação e aumento da complexidade das relações sociais, o contrato foi sendo, pouco a pouco, flexibilizado e, se não perdeu a sua característica de prever e garantir a certeza de ocorrência de obrigações futuras, essa função foi drasticamente afetada. As transformações foram tão profundas que fizeram com que se definisse o contrato atual como “mais ou menos obrigatório; mais ou menos sinalagmático ou aleatório; mais ou menos sujeito à revisão; mais ou menos oponível a terceiros; sendo a sua nulidade ou resolução mais ou menos extensa”.<sup>3</sup>

O tema da presente dissertação não está em dissonância com tudo isto. Ao contrário: é exatamente em razão desse dinamismo atual, aliado à decadência do contrato como instrumento de certeza, que se deve cogitar sobre a possibilidade de os contratantes adotarem mecanismos contratuais para afastar uma parte da incerteza inerente ao julgamento, conferindo maior previsibilidade às decisões judiciais.

Não porque a flexibilização do contrato seja um mito, tampouco porque o princípio da autonomia da vontade deva ressurgir soberano, mas porque os contratantes, face ao que atualmente integra o exercício da atividade jurisdicional, podem pretender influenciar o exercício do ofício do juiz, no que tange à sua atuação em definir o destino do contrato e o futuro das obrigações firmadas pelos contratantes.

Embora as cláusulas contratuais por meio das quais os contratantes procuram assegurar uma maior previsibilidade dos efeitos da contratação, genericamente chamadas cláusulas referentes ao litígio, não representem propriamente uma novidade – as cláusulas penal e resolútorias, dentre outras, influenciam, de certa forma, o exercício de tradicionais funções jurisdicionais – o seu desenvolvimento pode ser considerado fruto de uma evolução na perspectiva do direito contratual, cujo dinamismo não permite a acomodação sobre um mesmo paradigma.

Em um cenário no qual os contratos se tornaram flexíveis e com resultados pouco previsíveis, essas convenções trazem uma indagação fundamental: os contratantes são livres para, convencionalmente, modificar, condicionar, amenizar, limitar ou, de forma mais

---

<sup>2</sup> SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. 2.ed. Paris: Dalloz, 1952. p. 14.

<sup>3</sup> WALD, Arnoldo. A Evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda (Coord.). *Aspectos controvertidos do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 70.

genérica, influenciar o ofício do juiz no momento em que o mesmo é chamado a intervir no contrato?

Partindo dessa questão central, o presente estudo será direcionado a investigar proposições que trazem uma inversão na perspectiva tradicional do estudo da relação entre o juiz e o contrato, buscando introduzir possibilidades em relação às quais interessa menos examinar os poderes de intervenção do magistrado na relação contratual, e mais a influência que os próprios contratantes podem exercer sobre a atividade judicial.

Embora autores estrangeiros já tenham se dedicado a esse tema<sup>4</sup>, e profissionais encarregados da elaboração de contratos complexos utilizem essa técnica intuitiva ou intencionalmente em seu ofício, no Brasil, ao menos nas pesquisas que ampararam o desenvolvimento do presente trabalho, não se tem notícia de monografia dedicada exclusivamente ao assunto. Este estudo não tem o propósito de preencher essa lacuna. Mas, fiel ao instinto humano de prever o futuro, procura antecipar a utilização de técnicas contratuais, por vezes ainda embrionárias, e de potencialidades ainda não completamente desenvolvidas.

Como o propósito desse trabalho é iniciar uma reflexão sobre o tema, o exame das cláusulas por meio das quais os contratantes tentarão influenciar a intervenção do juiz no contrato partirá da premissa de que as partes se encontram em igualdade de condições técnicas e econômicas. O cenário em que os contratantes tentarão influenciar a intervenção do juiz no contrato será o das grandes contratações, amplamente negociadas e que envolvam interesses econômicos relevantes. Além disso, em todos os casos examinados, estará subentendido que os direitos discutidos no contrato são, em regra, disponíveis.

O método utilizado na elaboração da dissertação será, predominantemente, o jurídico teórico, mediante pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais em Direito Civil. As fontes a serem utilizadas para a elaboração do trabalho serão, eminentemente, bibliográficas, mediante o exame de livros e artigos de periódicos nacionais e internacionais. Entretanto, dar-se-á igual importância ao exame de casos e situações práticas, ainda que por amostragem, a fim de aferir a aplicação dos conceitos examinados em casos concretos.

O escopo do trabalho limitou a dissertação a três capítulos.

---

<sup>4</sup> Vide, em especial, a obra publicada pela jurista francesa LAMOUREUX, Marie. **L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants**: Recherche sur un possible imperium des contractants. [S.l.]: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2006. p. 56. Essa obra, que é citada por diversas vezes ao longo do trabalho, embora examine a questão sob a ótica do direito francês, trouxe valiosas contribuições ao desenvolvimento do tema, razão pela qual foi objeto de referência ao longo de todo o trabalho.

No primeiro deles, dedicado às noções gerais sobre a matéria, realizar-se-á um breve apanhado das premissas que levaram ao desenvolvimento das cláusulas por meio das quais os contratantes procuram influenciar a intervenção do juiz no contrato. Serão examinados os seguintes tópicos: (i) os reflexos da imprevisibilidade do cotidiano e das decisões judiciais nas relações contratuais; (ii) a flexibilização contemporânea do contrato e o seu impacto nas atividades negociais, além de uma breve abordagem do Direito Civil constitucional; (iii) a evolução do papel do juiz no exame da relação contratual e o conseqüente afastamento dos contratantes da interpretação judicial do contrato; (iv) e, por fim, o surgimento dos métodos alternativos de solução de conflitos, amparados em um movimento de contratualização das relações sociais e econômicas.

No segundo capítulo, será examinado o conceito das cláusulas por meio das quais os contratantes procuram influenciar o exame judicial do contrato, bem como algumas dessas disposições contratuais em concreto. Objetivando sistematizar o estudo, os exemplos de cláusulas que procuram influenciar o exame judicial do contrato foram divididos de acordo com três principais etapas do processo decisório de um litígio contratual, quais sejam: (i) a interpretação do contrato e da vontade das partes; (ii) o exame e valoração judicial das provas; e (iii) a aplicação de sanções aos contratantes. Assim, estudar-se-ão cláusulas contratuais que procuram influenciar a atividade judicial em cada um desses campos.

Evidentemente, as hipóteses examinadas não são exaustivas. Considerando a fertilidade da imaginação dos contratantes e o atual estágio de complexidade dos negócios jurídicos, existe uma infinidade de matérias em relação às quais as partes podem pretender influenciar a atividade judicial. O presente estudo não tem a pretensão de abranger todas essas possibilidades, mas somente verificar algumas hipóteses em que os contratantes desfrutem de certos instrumentos, em situações específicas e bem delimitadas, de tornar mais previsível a intervenção judicial no contrato.

No terceiro capítulo, por fim, será examinada uma hipótese peculiar, representada pela tentativa dos contratantes influenciarem a aplicação judicial do princípio da boa-fé. Nesse capítulo, cogitar-se-á da possibilidade de os contratantes controlarem e interferirem na forma de aplicação desse princípio, que integra o próprio controle judicial do comportamento das partes. Assim, examinar-se-á se os contratantes conservam alguma liberdade para, também nesse campo, influenciarem a atividade judicial, reduzindo a ampla margem de manobra que o juiz tradicionalmente detém nessa matéria.

A esses três capítulos, acrescentou-se uma conclusão, que, na verdade, contém o resumo das primeiras reflexões a respeito da tentativa dos contratantes de influenciar parte do

ofício do juiz e obter uma relação contratual mais previsível e estável. Assim, espera-se iniciar uma discussão sobre o tema proposto e introduzir ideias que possam, de alguma forma, participar e incrementar o futuro da teoria contratual.

# 1 O CONTROLE DO RISCO JUDICIAL PELOS CONTRATANTES

## 1.1 O tempo da imprevisibilidade

Os historiadores são praticamente unânimes ao afirmar que o nascer do século 20 se deu em um clima de otimismo resplandecente. No início do século, esperava-se mais desse período do que jamais se havia esperado de outros. Tanto havia sido conquistado no século anterior, que parecia sensato acreditar que dali em diante os êxitos do mundo superariam em muito os desastres.<sup>5</sup>

Embora a relação numérica entre êxitos e desastres seja objeto de controvérsias, havendo quem afirme que estes últimos sem dúvida superaram os primeiros, poucos são aqueles que questionam a extraordinária velocidade com que as mudanças sociais, científicas e econômicas ocorreram ao longo desse acelerado século XX. Em um ritmo cada vez mais veloz, ondas de pensamento se chocaram contra conceitos pré-existentes, derrubando valores, superando preconceitos e transformando o tempo em unidades cada vez menores, fracionadas em segundos, centésimos, milésimos.

A incrível série de descobertas na medicina, o extraordinário impacto do automóvel, das comunicações sem fio e dos aviões, a evolução dos direitos da mulher, as duas grandes guerras mundiais e outras tantas que vitimaram milhões de pessoas e alteraram a geografia mundial, a evolução ou involução do cristianismo e do islamismo, o movimento tecnológico, a decadência do comunismo e as crises sistêmicas do capitalismo, além de alguns episódios pouco comentados, mas significativos, como o encolhimento das cozinhas nos lares, representaram uma tempestade de mudanças.<sup>6</sup>

Integrando mercados em velocidade avassaladora e propiciando uma intensificação da circulação de bens, serviços, tecnologias, capitais, culturas e informações em escala planetária, a globalização surgiu como uma enzima para catalisar as transformações ocorridas ao longo do século XX. Esse fenômeno complexo e multifacetado, com impactos nas mais variadas áreas do conhecimento e nos mais diversos setores da vida social, provocou a desconcentração, a descentralização e a fragmentação do poder.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> ARRUDA, José Jobson de. **História moderna e contemporânea**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1977.

<sup>6</sup> BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do século XX**. 1.ed. São Paulo: Fundamento Educacional, 2008.

<sup>7</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 7.



Concomitantemente à intensa aceleração do cotidiano e do crescimento do intercâmbio de informações entre diferentes culturas e agentes econômicos, verificou-se uma ampliação da complexidade das relações sociais e econômicas. As mudanças sociais e culturais, o dinamismo do mundo contemporâneo e a diversificação das atividades empresariais multiplicaram, em especial, a variedade e complexidade dos contratos.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, não traz surpresa o surgimento de novas figuras contratuais, por ser natural que novos contratantes requeiram novas avenças<sup>8</sup>. A comparação entre os negócios jurídicos celebrados no início e no final do século XX comprova que a atividade econômica floresceu vertiginosamente ao longo desse período. Novos problemas, demandando novas reflexões, emergiram por todos os lados.

Paradoxalmente para alguns, evidentemente para outros, nesse cenário de mudanças constantes e cada vez mais imprevisíveis, um artigo em “alta no mercado” – para utilizar uma expressão contemporânea – passou a ser, justamente, a previsibilidade. A perplexidade diante da velocidade estonteante das mudanças foi seguida de uma onda de preocupação – também frenética – com a estabilidade e a segurança.

O estudo e controle dos riscos econômicos ganhou espaço cativo nas agendas empresariais e nenhum planejamento sério dispensou esse componente fundamental para o desempenho da atividade econômica. No tempo da imprevisibilidade e das mudanças, a estabilidade das relações passou a ser extremamente valorizada e as técnicas para escapar das incertezas em um mundo globalizado e instável foram anunciadas em tom de novidade: “saiba como firmar contratos seguros que protejam os negócios e evitem riscos legais!”, dizia um folheto entregue no Centro do Rio de Janeiro àqueles que passassem em frente a um curso jurídico.

Nesse cenário, o direito positivo passou a enfrentar um dilema cruel: se permanecesse preocupado com a sua integridade lógica e com a sua racionalidade formal, corria o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos e, ao final, acabar sendo socialmente desprezado ou considerado descartável; caso se deixasse seduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores da vida social, econômica e política, poderia ver comprometida sua identidade sistêmica e, como consequência, terminar sendo desfigurado como referência normativa.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 241.

<sup>9</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 9.

O funcionamento do meio convencional de solução de litígios de que a sociedade dispõe – o Poder Judiciário – não tardou a apresentar evidências concretas de que não conseguiria fornecer uma resposta adequada a essa nova e crescente demanda, composta por negócios jurídicos cada vez mais complexos e personagens desejosos de respostas previsíveis, em contradição ao cenário do qual fazem parte.<sup>10</sup>

A imprevisibilidade das decisões judiciais passou a ser tema recorrente na doutrina e jurisprudência. O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado constatou esse fenômeno a partir das próprias decisões da Corte em que atuava<sup>11</sup>, relacionando-o com a realidade social: “não podemos pensar em previsibilidade da entrega da prestação jurisdicional sem analisarmos o momento de imprevisibilidade que nós estamos vivenciando”.<sup>12</sup>

Embora a doutrina tenha salientado com maior ênfase a crescente imprevisibilidade das decisões judiciais nas relações econômicas, todos os ramos do direito, e também da sociedade, foram, de alguma forma, afetados por esse cenário<sup>13</sup>. Como observado por André Jean Arnaud, quando o legislador do século XIX tomava uma decisão, sabia mais ou menos com exatidão, onde isto o levaria. Quando o magistrado – pelo menos até o início do século XX – tomava uma decisão, ele sabia igualmente como tomá-la, e podia prever quase todas as suas consequências. Desde então, contudo, as incertezas e a insegurança, em todos os ramos, somente aumentaram.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> WALD, Arnaldo. Oito anos de jurisprudência sobre arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 3, out-dez. 2001, p. 111.

<sup>11</sup> DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais**. Brasília: BDJur, 2009. p. 7. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20885>> Acesso em: 09 mai. 2009: “As decisões do Poder Judiciário também devem possuir esse conteúdo de segurança jurídica, para que possam ganhar credibilidade, para que possam ganhar aceitação, para que elas cumpram a missão que incumbe ao Poder Judiciário, que não é outra senão a missão de entregar a paz. O Poder Judiciário não entrega desordem, o Poder Judiciário não pode decretar instabilidade, não pode ser causa de empecilhos para o desenvolvimento econômico, não pode criar inquietudes através de suas decisões; essa não é e nem nunca foi à missão do Judiciário, nem na época em que ele era proibido de interpretar – nós sabemos que a autorização para o Poder Judiciário interpretar a lei só foi dada depois do século XIX, pois que antes o juiz não podia interpretar. Mas hoje não estamos vivendo essa época; nós estamos vivendo a época que o Poder Judiciário tem a responsabilidade de interpretar. Mas, para interpretar, deve fazê-lo com segurança e com certeza, e não gerando todas aquelas dificuldades: inquietude, intranquilidade [...] Fecho essa parte e abro-lhes a seguinte, para lhes demonstrar que o levantamento que efetuei, da semana passada para cá, preparando-me para esta palestra, mostra que o STJ, hoje, se depara com pelo menos 33 – vejamos bem, não terminei o levantamento – decisões conflitantes entre turmas, que por isso são, evidentemente, imprevisíveis, todos a demonstrarem incerteza.”

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>13</sup> TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>14</sup> ARNAUD, André-Jean. O Juiz e o Auxiliar Judiciário na aurora do pós-Modernismo. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 53, p. 223-237, nov./1991. Complementa o autor: “As coisas não acontecem mais assim. Durante longo tempo, as jurisprudências nacionais vaguearam em busca do compromisso dentro da oposição daquilo que se denominava o Direito e os fatos. Hoje, no processo de elaboração do Direito, qualquer que seja o nível em que

A imprevisibilidade da vida cotidiana e, em especial das decisões judiciais, gerou reações diversas dos personagens afetados por esse cenário, na tentativa de afastar as incertezas sociais, econômicas e, agora também, judiciais. Especificamente no direito contratual, a incerteza inerente ao julgamento, em especial quando estão presentes interesses econômicos relevantes, conduziu os contratantes a desenvolver algumas estratégias “antiimprevisibilidade”, procurando tornar o contrato mais estável e com efeitos mais previsíveis. Eis a primeira centelha que dará origem ao desenvolvimento de cláusulas contratuais que procuram influenciar a intervenção do juiz no contrato.

## 1.2 A evolução do contrato e a constitucionalização do Direito Civil

Embora o contrato continue sendo entendido como um instrumento de acordo de vontade entre as partes, que estabelece obrigações e direitos recíprocos, é inegável que o seu conceito sofreu significativas mudanças ao longo da história, até mesmo por ser o reflexo das influências socioeconômicas de sua época, traduzindo o comportamento do regime político vigente e das tendências econômicas de um país.<sup>15</sup>

A renovação da teoria contratual, como ocorre em quase todos os ramos científicos, não se deu por acaso, sendo reflexo de uma ruptura da estrutura social, econômica e política presente no século XIX, que deu origem a uma mudança de concepção do próprio direito privado e das relações obrigacionais encerradas no contrato.

Do ponto de vista histórico, a constituição da doutrina clássica dos contratos, baseada no liberalismo econômico e na liberdade contratual, remonta ao século XIX. À época, os fundamentos filosóficos do contrato, sustentados pela doutrina econômica do “laissez faire laissez passer”, atendiam aos interesses da burguesia, classe social que então se fortalecia através de relações comerciais, onde os contratos privados eram o principal mecanismo de circulação de riquezas.

Nesse contexto, a absoluta liberdade contratual era tida como o melhor critério para a aceleração do desenvolvimento social e econômico. Segundo essa ideologia, o contrato seria

---

nos situemos, os responsáveis encontram-se rodeados de sistemas (político, social, econômico, religioso, etc.) múltiplos, cambiantes, eles próprios complexos e obedientes às suas próprias leis; com relação ao sistema jurídico, eles devem contar com a incerteza, as lógicas contraditórias, as causalidades circulares. As decisões que sugerem – ou tomam – em um determinado setor acabam por ter repercussões, algumas vezes inesperadas, em outros âmbitos da vida social”.

<sup>15</sup> MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163/186.

justo na medida em que desejado pelas partes, o que garantiria que as prestações pactuadas estariam em conformidade com as pretensões dos contratantes. A liberdade que cada indivíduo possuía em decidir se deveria ou não celebrar o contrato, bem como, em certa medida, determinar o seu conteúdo, seria, dentro dessa ótica, a garantia do equilíbrio das prestações pactuadas<sup>16</sup>. Essa liberdade é a base, portanto, da denominada autonomia da vontade no direito contratual.

Foram imbuídas desse espírito que as primeiras codificações se iniciaram no séc. XIX, tendo como marco inicial o Código Civil Napoleônico, de 1804<sup>17</sup>, que em muito influenciou a elaboração do Código Civil brasileiro de 1916. Como bem destacou Teresa Negreiros, a figura desse Código representava “autobiografia do indivíduo burguês”.<sup>18</sup>

De fato, no *Code Civile* de 1804, o contrato foi concebido de modo a viabilizar a rápida e segura transferência das riquezas detidas pela nobreza e pelo clero para a fortalecida burguesia, não havendo maiores limitações à livre circulação de bens e valores. Segundo Enzo Roppo, a liberdade de contratar significava para a burguesia empreendedora a livre possibilidade de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e a oportunidade de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria.<sup>19</sup>

Assim, o contrato era tido como lei entre as partes e a vontade dos contratantes deveria ser respeitada independentemente de suas consequências, sendo emblemática e também ilustrativa a máxima *pacta sunt servanda*.

Para garantir a segurança jurídica almejada, as codificações do século XIX criaram verdadeiras constituições das relações privadas, já que se propunham a englobar a totalidade dos conceitos e regras da ordem jurídica, indicando-os de forma precisa e minuciosa, a fim de responder a qualquer questão que se apresentasse. Tratava-se, pois, de um sistema propositadamente fechado, onde todo caso jurídico podia ser enquadrado em um determinado conceito, formulado hipoteticamente, vigorando entendimento de que não havia solução para o caso concreto que não se encontrasse na lei.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> A afirmação de Kant resume, com clareza, o pensamento em questão: “Quando alguém decide alguma coisa a respeito do outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio. Seguindo esse pensamento, Fouillellé conclui: “Toute justice est contractuelle; Qui dit contractuel, dit juste” (Toda justiça é contratual; quem diz contratual, diz justo – tradução livre).

<sup>17</sup> **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses**. Rio de Janeiro: Record, 1962. Biblioteca de legislação estrangeira.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 15

<sup>19</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 45.

<sup>20</sup> Eventuais lacunas do texto legal deveriam ser preenchidas pelo recurso à analogia, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito, conforme também prescreve a nossa Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

Às normas constitucionais era, nessa época, reconhecido apenas o caráter programático, dirigindo-se tão-somente ao legislador infraconstitucional, servindo de limite à atuação do Estado. As relações entre indivíduos eram estabelecidas e tuteladas pelo Código Civil, livres de qualquer ingerência por parte das normas constitucionais. Havia uma *summo divisio* entre o Direito Público e o Direito Privado. Esse período foi denominado “era da certeza”, no qual todas as regras da atividade privada deveriam estar dispostas no código civil, que assumia o papel de “estatuto único e monopolizador das relações privadas”<sup>21</sup>, cuja função era defender e manter os valores liberais e individuais.

Sob essas premissas, constituiu-se o modelo de Estado Liberal típico do século XIX, marcado pelo não intervencionismo nas relações privadas. A sua atuação, na feliz analogia de Lassale, bem retomada por Gustavo Tepedino<sup>22</sup>, era equiparada a de um “veiller du nuit” (vigia da noite).

Nessa ilustração, o Estado Liberal é representado por um vigia noturno de uma obra em construção, devidamente munido de seu radinho de pilha, cuja intervenção se restringe a bloquear eventuais e inoportunos invasores. Sua função limitava-se à repressão do ilícito, sem que sequer lhe fosse dado a conhecer o que estaria a se erguer naquele canteiro de obras para cuja segurança devota, leal e cegamente, a sua proteção.

No século XX, entretanto, esse cenário começou a sofrer profundas transformações. Notadamente após as guerras mundiais e as eclosões sociais que as sucederam, as convicções liberais passaram a ser duramente criticadas e o modelo de Estado Liberal a sofrer alterações significativas.

O excesso de individualismo e voluntarismo haviam revelado desequilíbrios contratuais gritantes e passaram a ser questionados. A liberdade do indivíduo em contratar tendeu a ser vista com reservas, porquanto sua valorização criara distorções socioeconômicas indesejáveis já que se sustentava uma igualdade meramente formal, sem considerar as discrepâncias materiais<sup>23</sup>. Somaram-se a essas críticas dois outros importantes fatores que acabaram por levar à flexibilização da concepção individualista: o sentido solidarista da política contemporânea do Estado democrático e a crescente intervenção do Estado nas relações econômicas.

---

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **TEMAS de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3.

<sup>22</sup> TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: **TEMAS de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199

<sup>23</sup> BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do Século XX. In: **Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 279.

É no decorrer do século XX, então, que o Estado Liberal dá lugar ao Estado Intervencionista. O legislador, não mais impregnado pela ideologia burguesa, despe-se do papel de simples garante de uma ordem jurídica baseada na liberdade individual, para assumir um papel voltado para a consecução de finalidades sociais tutelando, para tanto, a atividade negocial.<sup>24</sup>

A estabilidade do sistema, traduzida pela figura do Código que a tudo englobava, foi revista, tendo início a chamada “Era da Incerteza”. Nascia uma tendência rumo à socialização do direito, baseada na efetividade dos princípios, destinada a corrigir as consequências nocivas da igualdade meramente formal dos contratantes, decorrente da clássica tutela da liberdade contratual. Caía por terra o dogma da autonomia da vontade.

Inicia-se o processo de descodificação do Direito Civil mediante a migração de categorias básicas do direito privado para a Constituição. A unidade do sistema do Direito Civil, que até então era restrita ao código, desloca-se para o texto constitucional, que passa a ocupar o centro das relações de direito privado. Verifica-se, assim, a ascensão política e científica da Constituição Federal, cujos valores e princípios passam a se irradiar por todo o direito infraconstitucional, conformando sua interpretação, aplicação e compreensão.

A concepção do Direito inflexível e fechado na figura do Código é permeada por um novo modelo, tanto menos rígido quanto mais aberto a elementos externos, em especial aos princípios e valores em que se baseiam o ordenamento jurídico. Por flexibilizar a visão positivista burguesa até então soberana, esse novo paradigma é por alguns denominado de “pós-positivismo”.

Independentemente da nomenclatura adotada, essa nova conformação parte do reconhecimento da normatividade dos princípios em que se fundamenta o ordenamento jurídico, os quais passam a ser aplicados de forma efetiva no sentido de flexibilizar a rigidez formal do texto legal, inserindo os valores de eticidade e justiça em toda e qualquer relação jurídica, em especial nas relações contratuais.

Para Luis Roberto Barroso, o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O

---

<sup>24</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Direitos Humanos e justiça social**: as ideias de liberdade e igualdade no final do Século XX. *Op.cit., loc.cit.*

pós-positivismo inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento jurídico, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.<sup>25</sup>

Nesse contexto, no decorrer do século XX, surgiram diversas leis e institutos destinados a restringir a liberdade contratual anteriormente vigente. A título de exemplo, as leis de ordem econômica, trabalhista e previdenciária; conceitos como o abuso de direito, cláusulas abusivas e contrato de adesão; institutos como a onerosidade excessiva e a lesão; e novos princípios contratuais como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Esse processo é acompanhado também por uma alteração profunda na técnica legislativa casuística empregada no movimento codificatório oitocentista, que além de isolar o sistema da influência de valores e princípios em prol de uma visão estritamente voluntarista das relações privadas, se mostrara inapropriada para regular a complexidade e dinamismo da vida social contemporânea.<sup>26</sup>

Nesse escopo, é que se dá a disseminação crescente utilização das denominadas cláusulas gerais. Como destaca Arnoldo Wald, essa técnica legislativa confere ao intérprete maior flexibilidade diante do caso concreto, permitindo a aplicação dos valores do ordenamento jurídico às novas situações que surgem nas relações sociais, contribuindo ainda para a estruturação de uma dogmática jurídica desprendida do apego exacerbado ao texto da lei.<sup>27</sup>

Assim, a nova dogmática jurídica que se firmou a partir da metade do século XX foi completamente distinta daquela anteriormente predominante e se baseou na percepção de que o Direito seria um sistema aberto de valores. A estrita vinculação ao texto da lei e aos princípios clássicos decorrentes da autonomia da vontade passaram a ser revistos pela influência efetiva de novos princípios e valores em que se fundamenta o ordenamento jurídico e cuja normatividade passou a ser reconhecida.

O processo de constitucionalização do direito civil implica na substituição do centro valorativo do sistema que flui do indivíduo e da sua autodeterminação para a pessoa e, principalmente, para a tutela da sua dignidade. Os princípios e valores passam a incidir diretamente sobre as relações privadas, funcionalizando-as à proteção e ao desenvolvimento da pessoa humana.

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 05-37, v. 225, 2001.

<sup>26</sup> WALD, Arnoldo. O Novo Código Civil e a Evolução do Regime Jurídico dos Contratos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 130, p. 39, 2003,.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 206

A repercussão dessa mudança dogmática foi especialmente notada no âmbito dos contratos, tradicionalmente vistos sob a égide da ótica liberalista do século XIX. A teoria contratual foi revitalizada, ganhando novos contornos, que marcaram o declínio do reinado absoluto da autonomia da vontade e a tentativa de se estabelecer uma nova visão do contrato, inspirada pelos valores da justiça e solidariedade.<sup>28</sup>

Como não poderia ser diferente, esse movimento de constitucionalização do direito civil trouxe grandes transformações no direito contratual, que passou a disciplinar-se não apenas pelas normas contidas ou derivadas do Código, mas, igualmente, por princípios e regras constitucionais.

Os institutos do direito contratual vêm sofrendo, assim, uma releitura, de forma a adequá-los aos valores constitucionais. Com base nos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da solidariedade social (CF, art. 3º, I), substitui-se a visão da competição livre entre os contratantes individuais, protegidos apenas formalmente por sua autonomia privada, pela ideia de um dever de solidariedade contratual, a impor um agir ético na relação contratual, ou seja, de acordo com a boa-fé em sua concepção objetiva.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, em conjunto com o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput), também atua de maneira a valorizar a noção de equilíbrio substancial existente entre os contratantes, realizando um contraponto à clássica ideia de igualdade formal. Trata-se do princípio do equilíbrio econômico que, tutelando os contratantes mais frágeis, garante uma mínima corresponsabilidade entre as prestações, por meio de institutos como a lesão, a revisão judicial e a resolução por onerosidade excessiva.

Da mesma forma, a liberdade contratual e a livre iniciativa são, sob essa perspectiva, funcionalizadas de forma a promoverem os valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal, deixando de ser um fim em si mesmo. O contrato também é funcionalizado, deixando de ser visto como uma relação que interessa apenas as partes, desvinculado da realidade social, para ter também uma dimensão social.

---

<sup>28</sup> Na “Exposição de Motivos” apresentada pelo professor Miguel Reale, presidente da comissão responsável pelo Projeto 118/84, que deu origem ao Código Civil brasileiro de 2002, esse propósito fica evidente: “Começamos pelo artigo fundamental relativo ao contrato. O poder de contratar, conforme a concepção de 1916, era uma expressão direta da autonomia da vontade, posta como princípio-chave de toda a vida civil. Suas balizas ou limites eram, por tal motivo, de natureza estrita, eis que deveriam resultar exclusivamente de texto exposto em lei ou do que estivesse implícito de norma legal: o que prevaleceria era a livre estipulação das partes contratantes, quaisquer que fossem suas consequências. Pois bem, essa orientação parece-nos incompatível com a socialização do Direito contemporâneo, e que melhor seria determinar a ‘humanização do Direito’, muito embora não me assuste a palavra ‘socialização’ quando bem entendida, isto é, quando não empregada como sinônimo de estatização.”



Como destaca Paulo Nalin,

[...] contrato, hoje, é relação complexa solidária, estando superada a formulação voluntarista e individualista, que, como destaca o autor, “não mais encontra exata ressonância na realidade fática”. Há, de acordo com o autor, uma “desconexão entre o discurso que insiste em sustentar um contrato nucleado na vontade dos sujeitos (liberdade contratual), sem a devida atenção para o fato de que esta manifestação de vontade é, quiçá, o dado menos significativo na composição do contrato contemporâneo.<sup>29</sup>

Na esteira dessas modificações, pode-se dizer que o ordenamento civil comporta, atualmente, maiores e amplas possibilidades de intervenção do Estado-juiz na relação obrigacional existente no contrato, seja para exigir uma conduta leal das partes, seja para promover o reequilíbrio das prestações estabelecidas, seja, ainda, para lhes impor limites à liberdade contratual em razão do interesse social.

Mas a construção desse novo paradigma no Direito Contratual não vem ocorrendo de forma instantânea, nem isenta de percalços e dificuldades. A evolução acima retratada e as profundas modificações sofridas pela concepção do contrato geraram, em cada setor social, uma reação ou um sintoma distinto, mesmo porque, como exposto, o contrato jamais consistiu em uma categoria isolada; ao contrário, está intimamente ligado ao tempo e ao espaço em que se insere, sofrendo influência direta dos eventos sociais.

Não por outra razão, contrapondo-se à crescente tendência de ampliação do dirigismo contratual, tem surgindo um movimento, cada vez mais forte, de reação à chamada “judicialização dos contratos”, expressão que pretende resumir a expansão do intervencionismo judicial no mecanismo contratual. Esse movimento, que é uma reação ao solidarismo contratual e da possibilidade de o Poder Judiciário intervir deliberadamente no mecanismo contratual em favor da preservação da justiça material, considera exorbitante a intervenção do Estado nos contratos, entendendo-a como foco de insegurança jurídica. Erigese, assim, atualmente, um contraponto à flexibilização dos contratos, fundamentado na alegação de necessidade de preservação da segurança jurídica.<sup>30</sup>

Esse debate, no qual se situam, de um lado, os defensores da liberdade contratual e, de outro lado, os que advogam pela garantia judicial da lealdade e justiça contratuais sempre ensejou e tende a ensejar uma inesgotável fonte de reflexão doutrinária. A controvérsia está na própria concepção do contrato e, como visto, no papel exercido pelo magistrado em

---

<sup>29</sup> NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2006. p. 25 - 252/253

<sup>30</sup> JAMIN, Christian; MAZEAUD, D. **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

relação ao mesmo, havendo argumentos fundamentados para se defender tanto a flexibilização do instrumento contratual quanto a preservação da rigidez desse instrumento.<sup>31</sup>

Mas, no presente estudo, não se pretende reforçar ou criticar nenhuma dessas posições. O que se quer é cogitar, face ao que atualmente constitui a concepção do contrato e diante dos poderes de intervenção que o juiz atualmente detém na relação contratual, acerca da possibilidade de os contratantes pretenderem influenciar a forma como se dará o exercício e o resultado dessa atividade judicial.

Se hoje o contrato não guarda muitas de suas características clássicas em razão do crescimento da intervenção estatal, como demonstrado na evolução anteriormente retratada, cumpre cogitar se, em determinados casos, nos quais as partes se ressintam de uma maior estabilidade do acordo por elas firmado e anseiem por uma maior previsibilidade dos efeitos da contratação, os contratantes possuem mecanismos para antecipar-se a essa intervenção controlando a forma como a mesma será realizada pelo juiz.

Não porque as modificações sofridas pela teoria contratual sejam nefastas ou porque os contratantes desejem restaurar uma relação pautada na imposição absoluta da autonomia da vontade, mas porque as partes de uma relação contratual, cientes das amplas possibilidades de intervenção no contrato pelo juiz, podem buscar uma maior participação e influência no resultado dessa atividade.

Assim, desemboca-se em um cenário no qual os contratantes procurarão indicar o seu ponto de vista sobre cada um das possíveis focos de modificação da relação contratual, tornando o contrato mais estável e com efeitos mais previsíveis, em um cenário no qual essas características se tornaram menos presentes.

### 1.3 Transformações do papel do juiz em relação ao contrato

Tradicionalmente, ou, pelo menos, com maior frequência, costuma-se estudar as modificações sofridas pelos contratos, sem que haja uma preocupação ou reflexão mais

---

<sup>31</sup> Em prol da flexibilização do contrato, normalmente, são invocados argumentos relacionados à justiça material, à igualdade efetiva das partes, à necessidade de se evitar o desequilíbrio entre os contratantes, dentre outros. Em outro extremo, defendendo a maior rigidez do contrato, são normalmente invocadas a segurança jurídica, a força obrigatória do contrato e preservação de sua função de instrumento de circulação de riquezas e garantia de direitos.

profunda sobre as transformações identificadas no ofício do juiz, no que diz respeito ao exame da relação contratual.<sup>32</sup>

Possivelmente porque os objetos de estudo são a teoria contratual e os seus princípios, a doutrina relacionada à evolução da concepção do contrato é particularmente abundante, se comparada àquela que se debruça sobre a evolução do ofício do juiz em matéria contratual. Como já visto, diversos são os estudos que retratam como o contrato deixou de ser o local de manifestação absoluta da vontade dos contratantes, ou como a relação contratual foi desestabilizada pela intervenção sistemática do legislador, manifestando a vontade do Estado seja de impor o conteúdo a certos aspectos dos contratos, seja de proibir a introdução de certas cláusulas, tidas como abusivas.<sup>33</sup>

Mas, afastando-se do prisma estritamente contratual, é possível identificar uma marcante transformação da função jurisdicional, em especial aquela exercida no momento do julgamento de um litígio contratual. De fato, a crise da concepção do contrato, amplamente retratada pela doutrina, ultrapassa o limite da relação contratual para atingir o magistrado propriamente dito e o desempenho da sua função.

As modificações sofridas pela concepção do contrato estão, indissociavelmente, atreladas às alterações do papel exercido pelo juiz na relação contratual. Se é possível se falar de uma “crise do contrato”, também se pode constatar uma “crise do juiz”, cuja atuação foi inteiramente transformada desde o declínio do pensamento jurídico liberal. Os dois fenômenos se encontram estritamente relacionados, configurando os dois lados de uma mesma moeda.<sup>34</sup>

Assim como o contrato, a forma de atuação do juiz em matéria contratual sofreu profundas alterações após o declínio da concepção estritamente liberal do século XIX. À época, a inserção da vontade como centro do mecanismo contratual, articulada à ideia de igualdade dos contratantes, obrigava a reconhecer que o juiz lhe devia fiel observância, não devendo intervir no que foi pactuado pelos contratantes.<sup>35</sup>

É bem conhecida, aliás, a desconfiança com que os burgueses da Revolução Francesa encaravam os magistrados de então, impondo-lhes a adoção irrestrita do princípio da força obrigatória dos contratos, inafastável não só pelos contratantes, como também pelos juízes.

---

<sup>32</sup> Ver, por todos: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>33</sup> GOMES, Orlando. AZEVEDO, Antonio Junqueira de, MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo (Atualizadores). **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>34</sup> LAMOUREUX, Marie. **L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants: Recherche sur un possible imperium des contractants**. [S.l.]: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2006. p. 19.

<sup>35</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84.

Nesse cenário, não por acaso, o magistrado possuía pouca ou nenhuma liberdade em seu ofício, cabendo-lhe apenas aplicar, da forma mais objetiva e automática possível, o texto legal ao caso concreto.

Mas, atualmente, tornou-se particularmente banal constatar que o juiz se libertou das amarras que a concepção clássica do exercício da função jurisdicional havia lhe imposto. Como refletem renomados estudos dedicados ao tema<sup>36</sup>, especialmente a partir da metade do século XX, o papel do magistrado em relação aos contratos foi consideravelmente ampliado, em razão da adoção de um modelo de Estado Social. O sentido solidarista da política contemporânea do Estado democrático e a crescente intervenção do Estado nas relações econômicas ensejaram uma revolução no ofício do juiz, em especial no que se refere ao exame da relação contratual.

O sentimento de onipotência do juiz em relação ao contrato privado, que atualmente encontra-se difundido na doutrina, comprova a incrível alteração da função jurisdicional em matéria contratual. Basta lembrar que um juiz onipotente no exame de um contrato contraria a concepção liberal do ofício do magistrado, em que o princípio da força obrigatória do pacto vinculava não somente as partes da relação, mas principalmente o julgador, que deveria aplicar estritamente o contrato, sem modificá-lo.<sup>37</sup>

Mas, hoje, constata-se com certa facilidade que o magistrado não atua mais como um simples “árbitro” da relação contratual, devendo tutelar os interesses envolvidos no caso concreto, os quais podem ser titularizados pela empresa, pelo proprietário, pela família, pelo menor e assim por diante. O ofício do juiz se multiplicou e extrapolou a simples aplicação de regras de direito, mediante um raciocínio silogístico, para atingir um ponto muito além dessa operação. O magistrado assumiu o papel de gestor dos interesses consubstanciados no contrato, devendo conciliar essa nova missão da melhor forma possível, o que conferiu uma dinâmica completamente nova às suas funções.

Com o estímulo do legislador ou por força do próprio ativismo judicial<sup>38</sup>, o juiz despiu-se do papel de simples garante de uma ordem jurídica baseada na liberdade individual

---

<sup>36</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed., 2001; TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 203. MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. *Op. cit.*, p. 163-186.

<sup>37</sup> LAMOUREUX, Marie. **L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants**. *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<https://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2009. Sobre o ativismo judicial, Galeno Lacerda afirmou categoricamente: “A verdade é que o juiz, no Brasil, exerce com plena eficiência e aceitação política e social papel proeminente na criação do Direito em concreto, através

e passou a tutelar a consecução de finalidades sociais intervindo, para tanto, na atividade negocial. Ao juiz foram atribuídos poderes de investigação da vontade das partes e a complexa função de zelar, efetiva e diretamente, pela justiça contratual.

Inúmeros foram os mecanismos criados para que o magistrado pudesse exercer o controle sobre as disposições contratuais: a exigência da prova da boa-fé dos contratantes; a possibilidade de reconhecimento do abuso de direito; a prerrogativa de determinar o reequilíbrio das prestações; e a verificação do atendimento à função social do contrato são apenas alguns exemplos que ilustram essa ascensão do poder judicial sobre a relação contratual.

A ampliação e o reconhecimento da normatividade de princípios aplicáveis às relações contratuais<sup>39</sup>, bem como a adoção das cláusulas gerais, que permitiram a introdução de elementos extra sistemáticos à teoria dos contratos<sup>40</sup>, reforçaram o quadro de instrumentos postos à disposição do magistrado para intervenção na relação contratual.

À previsão legal que impõe ao juiz atentar “mais à intenção consubstanciada nas declarações de vontade do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112, do Código Civil)<sup>41</sup>, somaram-se diversas outras prerrogativas e o magistrado passou a poder impor obrigações aos contratantes mesmo que eles próprios não as tenham previsto; anular obrigações e deveres expressamente estabelecidos pelo contrato; impor sanções não estipuladas pelas partes; manter os efeitos de um contrato extinto; e extinguir os efeitos de um acordo existente.

Institutos compostos por conceitos jurídicos indeterminados e legislativamente veiculados por meio de cláusulas gerais conferiram ao magistrado uma soberania sem precedentes sobre a relação contratual. O juiz se tornou, assim, um elemento central da relação contratual, podendo revisar, anular, rescindir, moderar, prolongar, extinguir e, até mesmo, “ressuscitar” o contrato.<sup>42</sup>

---

de um ativismo positivo, dentre o sistema constitucional e legal vigente.” (O juiz e a Justiça no Brasil. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 18, n. 53, p. 71, nov. 1991.

<sup>39</sup> Sobre o assunto, ver NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. *Op. Cit.*

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, jun./1992. Da mesma autora: O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, jul./1998.

<sup>41</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10/1/2002: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

<sup>42</sup> A título de exemplo, vale citar a hipótese de conversão do negócio jurídico, prevista no artigo 170, do Código Civil (Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade.). Para um exame profundo do assunto, confira-se DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do Negócio Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A ampliação das incursões do juiz no mecanismo contratual, e, sobretudo o desenvolvimento de seus poderes de acordo com a evolução anteriormente retratada, levou George Ripert a afirmar, com certa irreverência, que “o contrato já não é ordem estável, mas eterno vier a ser. O credor já não possui um direito adquirido, mas a simples esperança de que o juiz tenha as suas pretensões como legítimas”.<sup>43</sup> O jurista francês Jacques Mestre, por sua vez, chegou a indagar, de forma provocativa, se “o juiz ainda teria que respeitar a lei contratual” e se o princípio da intangibilidade do contrato teria se tornado parte da mitologia contratual.<sup>44</sup>

Mas, a exemplo do que ocorreu em relação à evolução do conceito de contrato, o crescimento dos poderes do juiz e o isolamento do magistrado no exame da relação contratual não ocorreu sem gerar reações dos personagens afetados por esse movimento. Uma dessas reações consiste, precisamente, na tentativa dos contratantes de influenciar a atividade do próprio magistrado no julgamento do litígio contratual.

Reação natural porque o nascimento e a consolidação da onipotência do juiz sobre o destino da relação contratual veio acompanhado do progressivo afastamento dos contratantes do processo de interpretação judicial desse contrato e, sobretudo, do processo decisório, exercido de forma isolada e soberana pelo magistrado. Os contratantes, pouco a pouco, se viram aliados da apreciação judicial do instrumento contratual e, gradativamente, passaram a pretender influir na decisão a respeito do contrato que firmaram.

Assim, o surgimento das cláusulas contratuais pelas quais os contratantes procuram influenciar o ofício do juiz ao examinar um litígio contratual configura, pois, uma reação ao isolamento do magistrado no exame da relação contratual, representando a vontade dos contratantes de participar, de forma mais ativa, da apreciação judicial da relação contratual, a fim de torná-la mais previsível e adequada ao projeto contratual traçado pelas partes.

#### **1.4 Contratualização das relações sociais: os métodos alternativos de solução de conflitos**

---

<sup>43</sup> RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 314.

<sup>44</sup> MESTRE, Jacques. **Le juge e l'exécution du contrat**. [S.l.]: Presses universitaires d'Aix-Marseill, 1993. p. 7.

Atualmente, a Sociologia reconhece a existência de uma tendência de “contratualização das relações sociais”, ligada ao declínio do centralismo do Estado como fonte reguladora da sociedade.<sup>45</sup>

A individualização crescente das relações sociais e a procura por soluções pessoais são marcos desse movimento, no qual se verifica a “desidentificação” do indivíduo com o mundo que o cerca. As novas formas de representação coletiva, a perda de crença na política partidária e nas ideologias de transformação social enfraqueceram o papel ideológico e funcional do Estado como elaborador de estratégias capazes de controlar e regular todos os aspectos e facetas da vida social.

O conceito de pós-modernidade, no sentido de forma póstuma da modernidade, ou, na expressão preferida pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman "modernidade líquida" – uma realidade ambígua, multiforme, na qual, como na clássica expressão marxiana, “tudo o que é sólido se desmancha no ar” – procura explicar o contratualismo crescente da sociedade, traduzido pela emergência de uma ordem jurídica negociada entre os atores sociais, ao lado da ordem jurídica imposta pelo Estado.<sup>46</sup>

No que interessa ao objeto deste estudo, a partir desse movimento de contratualização das relações sociais vem se assistindo a um vertiginoso desenvolvimento dos mecanismos alternativos de soluções de conflitos, como instrumentos privados que, por vezes, utilizam o contrato, por exemplo, para definir normas a serem aplicadas à solução de controvérsias fora da esfera estatal. Constitui-se o que vem se chamando “contratualização do processo”<sup>47</sup>, cuja expressão pretende resumir a crescente tendência dos personagens sociais de convencionarem e conduzirem o *iter* pelo qual será solucionada determinada controvérsia concreta.<sup>48</sup>

De fato, constata-se atualmente uma tendência privatizante da solução de conflitos<sup>49</sup>, haja vista o distanciamento da opção pela jurisdição estatal e uma maior aproximação de

---

<sup>45</sup> SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004, p. 60.

<sup>46</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1999; SANTOS, Boaventura de Souza. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 1996; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor – RT**, São Paulo, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000; RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. MARQUES FILHO, Wilson. **Direito e neoliberalismo: elementos por uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996; REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 94, p. 265.

<sup>47</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 160, p. 61-82, 2008.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 1171.

<sup>49</sup> Como assevera Barbosa Moreira: “Também se alude a ‘privatização’ a propósito do florescimento, bem maior em países estrangeiros que no Brasil, dos chamados ‘meios alternativos’ de solução extrajudicial de conflitos de

métodos privados de resolução de litígios. Ao lado da “processualização do contrato”, oriunda da ampliação dos poderes do juiz como se ilustrou na evolução anteriormente retratada, a ora invocada “contratualização do processo”, caracteriza-se pelo afastamento da tutela jurisdicional como meio de solução de conflitos e pela conseqüente aproximação e expansão dos mecanismos de solução de conflitos paraestatais. Como resumiu o jurista francês Loïc Cadiet, “o contrato se processualiza, ao passo que o processo se contratualiza”.<sup>50</sup>

As causas que ensejaram o desenvolvimento dos métodos alternativos de solução de conflitos são hoje bastante conhecidas, valendo realçar algumas delas, no que importa ao presente estudo.

Em primeiro plano, após assistirem a multiplicação dos poderes do juiz e a expansão de sua ingerência na relação contratual, as partes-contratantes passaram a desenvolver uma espécie de “crise de confiança” na Justiça, que as conduziu a um gradual afastamento da esfera de atuação do juiz na relação contratual, rejeitando voluntariamente a submissão de seus conflitos ao poder estatal.<sup>51</sup>

Paralelamente, outro fator de relevo que merece destaque refere-se ao esgotamento da capacidade do Poder Judiciário em absorver um número cada vez maior de demandas e o inconformismo dos jurisdicionados na capacidade da Justiça estatal de resolver os litígios de forma satisfatória, em termos de tempo e qualidade de julgamento, constatações estas que, áleas, não são novas nem tampouco decorrem de causas desconhecidas.<sup>52</sup> A crise da Justiça e do processo civil – bem ilustradas pela morosidade judicial, pelo excesso de burocracia e formalismos desnecessários, bem como pela dificuldade no acesso à Justiça – já foram amplamente constatadas e estudadas, sob os mais diversos aspectos.<sup>53</sup>

---

interesses – Alterative Dispute Resolution, ou abreviadamente ADR, na conhecida locução inglesa.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? *In: Temas de Direito Processual – Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 08.

<sup>50</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Op. Cit.*

<sup>51</sup> REALE, Miguel. Crise da Justiça e Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, Malheiros, v. 5, p. 11, abr./jul. 2005.

<sup>52</sup> Vale citar ARNAUD, André-Jean: “São cada vez mais numerosos os casos em que o Direito não responde às necessidades, às expectativas. Aumentam os casos em que as formas de regulação não jurídica se substituem ao Direito. Mais e mais numerosas são as hipóteses em que os modos formais de solução de conflitos não funcionam ou se revelam mal adaptados. Toda a matéria da sociologia jurídica, que versa precisamente sobre o Direito em sociedade, se resume, hoje em dia, a algumas questões mais relevantes: da regulação face à desregulação, da regulação jurídica face a outras formas de regulação social, do formal face ao informal, da opção pela decisão ótima face à opção pela decisão apenas mais satisfatória.” (O Juiz e o Auxiliar Judiciário na Aurora do Pós-Modernismo. *Op. Cit.*, p. 223-237).

<sup>53</sup> NALINI, José Renato. Morosidade do Judiciário: causas normativas, conjunturais e culturais. Propostas de enfrentamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 399, 2008, p. 129.



Dada a acelerada evolução das relações sociais, da tecnologia e da ciência, potencializada pelo intercâmbio transnacional de ideias, fruto de um mundo cada vez mais globalizado, emergem do seio social complexos e imbrincados negócios jurídicos que passam a exigir tratamentos e soluções diferenciados e consentâneos com as peculiaridades das situações concretas que progressivamente vão se desencadeando.

Nesse cenário, vem-se assistindo, gradativamente, a uma constatação de inoperância do processo civil em atender de forma adequada e efetiva a todas as demandas sociais que lhe são submetidas. As regras processuais, tal como abstrata e genericamente elencadas pelo legislador, mostram-se incapazes de acompanhar as necessidades surgidas nessa sociedade intitulada pós-moderna, aspecto este que, somado à incapacidade do julgador de, na qualidade de aplicador do Direito, amoldar tais normas às peculiaridades das lides postas a julgamento (por força dos fatores já acima elencados), foram responsáveis pela inviabilização de se produzirem decisões adequadas às nuances exigidas por cada situação concreta, obstaculizando a almejada pacificação social a que se propõe o processo civil.

Por força desses fatores, verificou-se a pretensão dos contratantes de contarem com uma alternativa à Justiça estatal, ou por outro ângulo, se sujeitarem a uma Justiça alternativa. De fato, o desenvolvimento dos mecanismos alternativos de solução de conflitos foi marcado pela exaltação do seu viés alternativo – alternativo à solução judicial, à jurisdição, ou, até mesmo, ao jurídico, de acordo com a confusão de termos utilizados na doutrina<sup>54</sup> – Alternativo, em todo caso, a uma solução de litígios dentro da esfera do Poder Judiciário.<sup>55</sup>

Abre-se aqui um parêntese, para elucidar que os meios alternativos já existem há mais tempo, mas vêm ganhando maior destaque e espaço recentemente. Michele Taruffo noticia que nos Estados Unidos verificou-se um maior desenvolvimento desses mecanismos nos anos

O mesmo Autor elucida que, sobretudo na Itália, os meios alternativos conquistaram espaço, dentre outros fatores, em razão da incapacidade do legislador em atender aos problemas que emergiam da profunda crise da justiça “pública” pela qual aquele país atravessava, o que levou edição de sucessivas normas incentivando os jurisdicionados a

---

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Rápidas observações sobre arbitragem e Jurisdição. **Revista Jurídica**. Rio de Janeiro: Notadez, v. 56, n. 373, nov. 2008.

<sup>55</sup> Os meios alternativos englobam diversas espécies, muitas vezes regidas por procedimentos bem distintos, como a mediação e a arbitragem por exemplo, mas que são enquadrados sob o mesmo gênero “meios alternativos” unicamente por representarem mecanismos “outros”, privados e paralelos à tutela estatal. TARUFFO, Michele. Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 152, p. 319/331, out./2008, de 1960/70, enquanto na Europa tal fenômeno ganhou maiores proporções uma década depois, como soluções mais acessíveis e mais eficientes frente à tutela judicial.

buscarem soluções para suas demandas fora do canal jurisdicional, indicando meios como a mediação ou arbitragem<sup>56</sup>.

Daí, a disfunção da Justiça prestada pelo Estado, somada a uma tendência, constatada naquele país, de ampliação da autonomia e disponibilidade privadas, verificou-se um incremento no desenvolvimento dos meios alternativos, no sentido de que os cidadãos encontrariam alguma solução, ainda que não a melhor, posto que não mais se mostrava possível ao Estado atender.

Com efeito, os meios convencionais de solução de conflitos foram geralmente enquadrados como um fenômeno decorrente do desenvolvimento da própria sociedade civil face ao formalismo imposto pelo Estado, seus órgãos e instituições, constituindo ícones do pluralismo jurídico, da informalidade. As formas alternativas de solução de conflitos, nessa perspectiva, representaram uma espécie de válvula de escape ao autoritarismo e formalismo que tradicionalmente regeram a forma de tutela prestada pelo Judiciário.<sup>57</sup>

Somados a tais aspectos, que favoreceram diretamente o desenvolvimento dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, permite-se verificar outra motivação, talvez menos notável, mas igualmente relevante para a expansão dos mecanismos contratuais de solução de conflitos, representada pela possibilidade que os contratantes gozam de participar ativamente da definição do procedimento de solução dos seus próprios conflitos.

É o que se verifica especialmente na arbitragem, em que as partes podem estabelecer regras próprias para o desenvolvimento do procedimento que será percorrido para o alcance da solução, tais como: se a solução a ser dada deverá amparar-se em regras de direito ou em equidade; o prazo para prolação da sentença arbitral; a legislação aplicável; o idioma no qual serão redigidas as manifestações das partes e o laudo arbitral; as verbas acessórias compreendidas na indenização a ser fixada pelo árbitro; dentre outros aspectos.<sup>58</sup>

De fato, o alto grau de liberdade para definição de aspectos ligados ao julgamento da controvérsia é um ponto marcante dos mecanismos alternativos de solução de conflitos. As convenções arbitrais, por exemplo, assumem frequentemente conteúdos complexos e detalhados a fim de adequá-las às especificidades da situação fática. Os contratantes definem diversos aspectos que deverão ser observados pelo terceiro que irá julgar o conflito,

---

<sup>56</sup> TARUFFO, Michele. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. *Op. Cit.*, p. 322/323 <sup>58</sup> *Ibidem*, p. 323

<sup>57</sup> JEAMMAUD, Antoine. *In*: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Claire (Coord.). **Études Juridiques**: Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends. Paris: Economica, 2001. p. 2.

<sup>58</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 51, p.32.

constituindo o contrato, nas palavras do Ministro Maurício Correa, “a fonte ordinária do direito processual arbitral”<sup>59</sup>.

Examinando-se as causas que ensejaram o desenvolvimento dos métodos alternativos de solução de conflitos poder-se-ia imaginar que os mesmos não encontrariam respaldo do Poder Judiciário. É interessante notar, entretanto, que, ao contrário do que se poderia imaginar, os mecanismos alternativos de solução de conflitos têm sido bem recebidos pelo próprio Poder Judiciário, cujas decisões, na maioria dos casos, referendam a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, notadamente da arbitragem.<sup>60</sup>

A começar pelo reconhecimento da constitucionalidade da compulsoriedade das cláusulas compromissórias pelo Supremo Tribunal Federal, as reiteradas manifestações judiciais favoráveis à adoção da arbitragem tiveram o condão de demonstrar que o Poder Judiciário, contrariando alguns prognósticos, não é avesso às disposições contratuais que, em última análise, têm por efeito privá-lo de sua própria competência para o julgamento de um litígio contratual, desde que presentes alguns requisitos essenciais, como a disponibilidade dos direitos envolvidos.<sup>61</sup>

A arbitragem, instituída pela Lei 9.437/96 (“Lei de Arbitragem”), teve ampla difusão no Brasil, especialmente após o afastamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da alegação de inconstitucionalidade de uma premissa fundamental da Lei 9.307/96, qual seja: a compulsoriedade da cláusula compromissória e a possibilidade de sua execução específica.<sup>62</sup> Desde então, tem-se assistido no Brasil um crescimento dos chamados meios alternativos de resolução de litígios (*ADR – Alternative Dispute Resolution*). A mediação<sup>65</sup>, ainda em fase embrionária, e os denominados *dispute boards*<sup>63</sup> (que consistem na designação, pelos próprios contratantes, de um corpo de especialistas conhecedores do objeto do contrato, responsáveis por elaborar decisões rápidas e essencialmente técnicas sobre questões surgidas ao longo do desenvolvimento contratual), se apresentam como novas alternativas que, assim como a arbitragem, provavelmente serão bem recebidas pelo Poder Judiciário.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7. Julgamento: 13/06/2002.

Data da Publicação: DJU 04/10/2002.

<sup>60</sup> Dentre outros julgados, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, SE n. 5.206-7. Data da Publicação: DJU 30.4.2004.

<sup>61</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: RT, 1997, p. 3948.

<sup>62</sup> GRACIE, Ellen. A importância da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.12, p. 13, 2007.

<sup>63</sup> MADERO, Cecilia Quintanilla. Introcucción a los dispute Boards. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, p. 173-175, jul./set. 2006; WALD, Arnoldo. A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, jul./set. 2005; VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os Dispute Boards no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.10, jul./set. 2006.

É certo que o ordenamento jurídico sempre admitiu e instituiu uma pluralidade de modos de solução de controvérsias, sendo que a mais tradicional dentre as soluções não jurisdicionais de conflitos é, precisamente, o acordo de vontade entre as partes.<sup>64</sup> Desde a transação ocorrida durante uma ação judicial, dotada da mesma eficácia de uma sentença, até a possibilidade de os contratantes convencionarem uma cláusula arbitral<sup>65</sup>, que afasta a competência do Poder Judiciário para a solução do mérito de um litígio, o Direito estatal não só autoriza como encoraja os personagens sociais a buscarem soluções convencionais para suas controvérsias<sup>66</sup>.

No entanto, em que pese os mecanismos alternativos de solução de conflitos apresentarem os benefícios acima descritos, a questão admite, sem dúvida, outro enfoque.

Ao afastarem a competência judicial para o julgamento do litígio contratual, os contratantes abrem mão de uma série de garantias fundamentais que devem ser obrigatoriamente resguardadas pelo Poder Judiciário, mas não necessariamente observadas pelos meios privados.

Assim, não obstante os benefícios encontrados pelos contratantes na adoção desses mecanismos contratuais de solução de conflitos, há determinados aspectos de suma importância da tutela judicial que não são observados pelos meios alternativos, o que pode

---

<sup>64</sup> A mediação, assim como a arbitragem, promove a interferência de um terceiro na condução do conflito de interesses. Entretanto, o mediador não tem o encargo de decidir o litígio, como ocorre na sentença arbitral proferida pelo árbitro, atuando apenas como “facilitador” para que as partes encontrem a solução para as suas divergências. Também não se pode confundir a mediação com a transação e a conciliação. A transação vem a ser o negócio jurídico por meio do qual os sujeitos interessados fazem concessões recíprocas com o objetivo de extinguirem ou prevenirem conflitos e obrigações; a conciliação, representa a composição amigável das partes interessadas sem que tenham feito concessões a respeito do direito pretendido ou alegado ou da obrigação exigida. A mediação, derivada do latim *mediatio* (intervenção, intercessão) vem a simbolizar a aproximação das partes interessadas através de um intermediário determinado mediador, com a finalidade que aquelas obtenham por si próprias a composição do conflito, seja através da conciliação, seja por meio da transação. A mediação tem como resultado final a auto composição efetivada pela conciliação ou pela transação. Para uma abordagem completa do assunto, ver: CADIET, Loïc. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in francia tra tradizione e modernità. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LX, ed. Giuffrè, Milano, p.1169-1194, 2006. *Ibidem*, p. 3.

<sup>65</sup> A cláusula arbitral, como se sabe, é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios eventualmente derivados do contrato. Distingue-se do compromisso arbitral, que é um contrato em que as partes se obrigam a remeter a controvérsia, já instaurada, entre elas ao julgamento de árbitros. O compromisso pressupõe, portanto, a existência de uma controvérsia presente, a partir da qual as partes irão convencionar a sua solução por um ou mais árbitros.

<sup>66</sup> Mostra-se relevante destacar as ideias de Pascal Ancel, ao defender que o respeito e estímulo a soluções negociais integraria o próprio conceito de Estado de Direito, entendido como a organização estatal que consagra e garante, por meio do respeito e do fazer respeitar, a liberdade e a força obrigatória das convenções privadas. Segundo o Autor, seria o próprio Direito que favoreceria e estimularia a prática de soluções convencionais no âmbito social, assumindo um caráter “subsidiário”, que atuaria como um regulador dos diferentes modos convencionais de solução de controvérsias e pacificador social. Como se existisse uma diversidade de “jurisdições” subsidiárias, cabendo ao Estado efetuar apenas o seu controle. V. L'encadrement de la juridiction par le contrat. *Le conventionnel et le juridictionnel dans les règlements des différends*. Paris: Ed. Economica. 2001.

fazer com que as partes sejam levadas a submeter o julgamento de suas controvérsias ao Poder Judiciário.

Além de constituir o mecanismo de solução de conflitos por excelência, o processo judicial assegura a observância de garantias constitucionais inafastáveis, como a imparcialidade dos magistrados, a observância do contraditório e da ampla defesa, além do fato de as decisões judiciais serem dotadas de maior certeza, coercibilidade e segurança jurídica, se comparadas com os meios alternativos de solução de conflitos.

A título ilustrativo, Michele Taruffo destaca, como uma das deficiências encontradas na solução dada pelos meios alternativos, a despreocupação com a igualdade concreta entre as partes. Diferentemente do papel que se atribui ao juiz, ao mediador ou árbitro não se espera que tenha um papel ativo para no sentido de tentar minimizar ou eliminar desigualdades existentes entre as partes, ao contrário, exige-se destes últimos que sejam os mais neutros possíveis para que alcance um acordo ou uma solução imparcial, ainda que isso represente a possibilidade da parte mais forte obter uma solução indevidamente vantajosa em detrimento da situação de inferioridade ou fraqueza do seu adversário<sup>6770</sup>.

Portanto, a fim de preservar a potencialidade e os benefícios da intervenção judicial, os contratantes, ao invés de afastarem a competência do poder estatal para o julgamento do litígio contratual, mostra-se de grande valia a preservação dessa competência, acrescida, contudo, da atribuição de poderes às partes de conferir ao magistrado alguns parâmetros a serem observados no julgamento do litígio contratual. Como se estabelecessem um “meio termo” entre a arbitragem e a solução judicial dos seus conflitos, aos contratantes seria conferida a possibilidade de indicar o seu ponto de vista sobre cada um dos possíveis pontos de intervenção do juiz no contrato.<sup>68</sup>

Ora, como visto, o reconhecimento da compulsoriedade da convenção de arbitragem fornece um contundente exemplo do estímulo que o Estado de Direito confere às soluções convencionais dos litígios, estimulando-as e exigindo o seu respeito, quando convencionada pelos contratantes na forma e com os requisitos exigidos por lei. Contundente porque, como dito, no caso da arbitragem a solução convencional adotada pelos contratantes é extremamente radical: pela cláusula compromissória, as partes afastam a competência judicial

---

<sup>67</sup> TARUFFO, Michele. Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. *Op. Cit.*, p. 323

<sup>68</sup> Tal aspecto foi não só identificado, como também objeto de preocupação pela doutrina processualista: “[...] é necessário e urgente salvar a jurisdição, pela sua importância para a construção de um regime verdadeiramente democrático. A tarefa exige que sejam exorcizadas ideias e instituições tornadas relíquias ideológicas, que a História há muito superou. [...] estou convencido de que um Poder Judiciário capaz de praticar uma jurisdição responsável e legitimada será a instituição que haverá de garantir-nos o exercício de uma democracia autêntica e universal.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Op. Cit.*, p. 18/19.

para conhecer e julgar o mérito do litígio contratual que eventualmente venha a se instaurar entre elas.

O papel da Justiça estatal fica, nesse caso, restrito ao reconhecimento da nulidade da sentença arbitral nas hipóteses legalmente previstas; aos casos em que um dos contratantes se veja forçado a executar a observância da própria cláusula arbitral; ou caso haja necessidade de uma medida cautelar preliminar à arbitragem.

Mas, se admitirmos que a cláusula arbitral surgiu como resposta a uma crise de confiança na Justiça, e se levarmos em consideração que evitar a interferência do juiz estatal é apenas elidir o problema e abrir mão de uma série de garantias fundamentais resguardadas pela tutela jurisdicional, parece razoável que as partes prefiram não optar por essa solução radical, mantendo competência do juiz estatal para solução de suas controvérsias, mas sem se sujeitar, em determinados aspectos, à imprevisibilidade das decisões judiciais.

Neste sentido, vislumbra-se a possibilidade de os contratantes, preservando as potencialidades e benefícios da intervenção judicial, influenciarem a atividade judicial, reduzindo a margem de manobra de que o magistrado normalmente desfruta quando da solução do litígio contratual. Gozando das garantias e direitos resguardados pela intervenção judicial, as partes tentarão assegurar e ampliar, em certa medida, a previsibilidade da decisão a ser proferida no caso concreto, por meio de convenções mutuamente acordadas que irão interferir em etapas fundamentais do ofício do juiz ao examinar uma controvérsia contratual.

Em outras palavras, sabendo que o juiz poderá intervir para interpretar o contrato, para se manifestar sobre a sua interpretação, assim como sobre a sua execução ou inexecução, as partes, quando da redação do contrato, procurarão, como maiores conhecedoras da situação de direito material envolvida, se debruçar sobre cada uma dessas questões para tentar influenciar o exame do magistrado sobre aquela relação, estabelecendo algumas diretrizes e premissas que buscarão interferir na forma e no resultado do julgamento.

Trata-se, portanto, de mais uma manifestação – não tão radical quanto a utilização da arbitragem, que pressupõe o afastamento da competência do juiz para exame do mérito do litígio – da utilização da técnica contratual para obtenção de uma justiça mais adequada ao caso concreto, mais previsível e com uma maior participação dos jurisdicionados.

É claro que os contratantes poderiam simplesmente pactuar uma cláusula arbitral e, na ocorrência de um litígio, instaurar um procedimento arbitral, no qual teriam ampla liberdade para estabelecer regras de procedimento e formas de julgamento do litígio. Entretanto, nesse

caso, se veriam privados dos benefícios e potencialidades da atividade jurisdicional prestada pelo juiz estatal.<sup>69</sup>

Portanto, seja para preservar uma série de garantias fundamentais asseguradas pelo processo judicial, não resguardadas nos meios alternativos, como, por exemplo, na arbitragem, entende-se de grande valia conferir-se aos contratantes a possibilidade de submeter a demanda decorrente de litígio contratual ao Poder Judiciário, estabelecendo, entretanto, algumas premissas e parâmetros a serem observadas no julgamento, que orbitarão o que se poderia chamar de esfera “dispositiva” da atividade judicial.

---

<sup>69</sup> Sobre as vantagens da Justiça estatal em comparação com a arbitragem, o processualista Luiz Guilherme Marinoni esclarece: “não há como deixar de destacar a diferença qualitativa entre a jurisdição e a arbitragem. Se a arbitragem pode ser preferida por contar com árbitros conhecedores de técnicas específicas relacionadas a determinados conflitos, além de ser sigilosa e mais rápida, não há como esquecer que a jurisdição é marcada, além de outros, pelos princípios da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural.” MARINONI, Luiz Guilherme. Rápidas observações sobre arbitragem e Jurisdição. *Op. Cit.*, p. 21

## 2 CLÁUSULAS CONTRATUAIS REFERENTES AO LITÍGIO

Nos litígios contratuais, uma das principais referências utilizadas pelo juiz para a solução de uma controvérsia havida entre os contratantes consiste no próprio conteúdo da relação contratual.<sup>70</sup> Embora o grau de influência do contrato sobre o julgamento possa variar de acordo com a natureza da relação ou com o seu objeto, todo contrato, ou mais especificamente, toda convenção nele contida, constitui, por princípio, um parâmetro que deverá ser levado em consideração pelo magistrado no momento da solução do litígio contratual.

Além das obrigações que o contrato faz nascer entre as partes – é conhecida a expressão “o contrato faz lei entre as partes” – ele também cria as referências e premissas que o magistrado deverá observar no momento do julgamento do respectivo litígio contratual<sup>71</sup>. Em outras palavras, “dizer o direito” para o juiz que irá examinar o contrato é dizer o direito conforme os termos da relação constituída, com a observância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico à liberdade contratual.<sup>72</sup>

Partindo dessa premissa – de que o contrato representa não a única, mas uma das primeiras e principais referências do juiz ao exercer o seu ofício – as partes podem procurar estabelecer disposições ou cláusulas que, direta ou indiretamente, exerçam alguma influência sobre a forma e o resultado do julgamento realizado pelo magistrado, tornando a atividade judicial de solução do litígio contratual mais previsível e com resultados razoavelmente esperados pelos contratantes.

A pretensão é justificável. A previsão e antecipação das partes reflete um exercício de sensatez contratual, de forma que os contratantes, ao invés de aguardarem o surgimento de um conflito para se preocuparem como o mesmo será dirimido, podem se valer do momento da própria formação do contrato para estabelecer parâmetros e premissas que serão aplicáveis

---

<sup>70</sup> ANCEL, Pascal. L'encadrement de la juridiction par le contrat. In: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Claire (Coord.). **Études Juridiques**: le conventionnel et le juridictionnel dans les règlement des différends. Paris: Economica, 2001. p. 6.

<sup>71</sup> Vale destacar que o artigo 1374 do Código Civil Italiano prevê a possibilidade de integração do contrato, obrigando as partes não apenas no que as mesmas acordaram expressamente na avença, como também nas consequências advindas conforme a lei, ou, na sua falta, conforme os usos e a equidade (*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*). Contudo, como destacado por Paolo Cendon e Augusto Baudassari, a jurisprudência italiana posiciona-se no sentido de que essa integração pelo Juiz só terá lugar se e quando as partes não houverem disciplinado expressamente algum aspecto da relação, haja vista que deve ser preconizado o conteúdo da obrigação tal como completa e inequivocamente previsto pelos contratantes. (**CODICE Civile annotato com la giurisprudenza**, 2. Ed. Italia: Wolters Kluwer, 2007)

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 8.



caso alguma controvérsia venha a ocorrer durante a relação contratual. Como a fase de tratativas representa um dos momentos mais propícios ao alcance do consenso entre os contratantes, é nessa etapa que as convenções que serão aplicáveis em eventuais e futuras controvérsias encontram um campo mais fértil de desenvolvimento.<sup>73</sup>

Essa antecipação das partes, aliás, como já visto no capítulo 1.4 acima, pode conduzi-las a convencionar uma solução extrajudicial para suas contendas, como ocorre com a celebração de uma cláusula arbitral, por meio da qual os contratantes evitam a instauração de um processo judicial para solução do mérito das controvérsias ocorridas ao longo do contrato, submetendo tais divergências à arbitragem.

Entretanto, caso desejem preservar a competência judicial e os benefícios inerentes à tutela judicial (vide capítulo 1.4), as partes podem procurar aliar essa escolha com a possibilidade de influenciar a atividade judicial de resolução do litígio contratual, a fim de alcançar uma maior previsibilidade da decisão a ser proferida pelo magistrado.<sup>74</sup>

Assim, guardando a potencialidade da apreciação judicial do contrato e cientes de que o juiz poderá intervir na relação contratual, os contratantes podem procurar influenciar, na medida do possível, o ofício do juiz em pontos fundamentais da sua intervenção no mecanismo contratual, como a interpretação, o exame das provas, a aplicação de sanções e a aferição da boa-fé dos contratantes.

Por meio de cláusulas mutuamente acordadas, as partes tentarão, tanto quanto possível, atrelar o magistrado ao seu próprio ponto de vista sobre esses aspectos fundamentais ao destino da relação contratual, buscando reduzir a ampla margem de manobra de que o juiz normalmente desfruta no exame e julgamento de um litígio contratual.

Com efeito, após assistirem ao surgimento de um juiz onipotente no exame da relação contratual, as partes procuram reagir a esse fenômeno, estabelecendo um contraponto aos poderes de intervenção do magistrado em matéria contratual. Evitando o isolamento do juiz na apreciação judicial do contrato, os contratantes procuram estabelecer convenções que contribuem com, mas, sobretudo, influenciam o resultado da atividade judicial, fornecendo ao magistrado parâmetros a serem levados em consideração no exercício do seu ofício.<sup>75</sup> Trata-se de uma reação coordenada ao gradativo desenvolvimento dos poderes do juiz em matéria contratual, cujo objetivo é assegurar que o magistrado não venha desvirtuar o projeto contratual traçado pelos contratantes. O contrato passa a ser visto também como um

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>74</sup> LAMOUREUX, Marie. *Op. cit.* p. 23.

<sup>75</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Op. Cit.* p. 61-82.

instrumento de gestão de riscos, sendo que o risco do exame judicial – ao lado do risco da inadimplência, de mudanças sociais, de fatores econômicos e políticos – torna-se objeto de controle.<sup>76</sup>

Como a solução de um litígio contratual, na maioria dos casos, abrange a interpretação do contrato e da vontade das partes, o exame das provas e a eventual aplicação de sanções, vislumbra-se, em cada uma dessas etapas, uma gama de possibilidades sobre as quais os contratantes podem se debruçar para tentar amenizar, limitar, controlar ou, de forma mais genérica, influenciar o poder de apreciação do magistrado sobre o mecanismo contratual.

Como será adiante examinado, essas convenções tenderão a atrelar o juiz às previsões estabelecidas pelas partes no contrato ou, quando menos, terão o efeito de exigir maiores esforços do magistrado em justificar a prolação de uma decisão em desacordo com as premissas que as partes estabeleceram quando da redação do acordo. Ainda como será visto, mesmo que o juiz não se sinta vinculado por essas previsões, as mesmas tornarão a sua atividade decisória mais próxima ao projeto contratual traçado pelas partes, tornando a atividade judicial de solução do litígio contratual mais previsível, em razão da redução da margem de manobra normalmente usufruída pelo magistrado.

Assim, por sua própria natureza, as cláusulas contratuais que objetivam controlar ou influenciar, direta ou indiretamente, a intervenção do juiz na relação contratual, aumentando a previsibilidade dos resultados dessa atividade, embora também vinculem as partes, frequentemente, podem possuir como único destinatário o próprio magistrado.<sup>77</sup> São convenções que encontram aplicação em caso de litígio entre os contratantes, pois, embora nem sempre diretamente, contém previsões que tenderão a influenciar o exame judicial do litígio contratual, ora modificando a forma como o mesmo é realizado, ora exigindo maiores esforços do magistrado para justificar a sua interpretação da relação contratual.<sup>78</sup>

Ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, essas convenções não partem da premissa de que os poderes do juiz são prejudiciais à relação contratual. Se os contratantes assim entendessem, poderiam, simplesmente, convencionar uma cláusula compromissória de arbitragem, evitando a intervenção judicial no contrato. Não há, de fato, uma tentativa de evitar o poder de intervenção do juiz sobre a relação contratual; quer-se, preservando os benefícios da Justiça estatal, que o resultado dessa intervenção se torne o mais previsível possível e adequado ao projeto contratual inicialmente traçado pelos contratantes.

---

<sup>76</sup> MOUSSERON, J-M. Le gestion de risque par le contrat. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 87, p. 481-482, 1988. p. 481.

<sup>77</sup> LAMOUREUX, Marie. *op. cit.*, p. 16.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p.16.

Assim, tais previsões, frequentemente, contribuem para um julgamento mais adequado aos interesses das partes de um litígio contratual e não figuram simplesmente como um limitador da atividade judicial. Os contratantes não só contribuem para uma melhor solução do litígio, como eliminam ou evitam parte da incerteza inerente ao julgamento, alcançando uma melhor e mais adequada pacificação do conflito. Em especial quando estão em jogo interesses econômicos relevantes e os contratos assumem características complexas e conteúdo extenso, essas previsões se tornam extremamente úteis, diminuindo algumas fontes de incerteza para os contratantes.

A doutrina que estuda o tema costuma classificar as previsões contratuais que pretendem influenciar o julgamento como pertencentes ao gênero “cláusulas referentes ao litígio”, “cláusulas de controvérsia” ou, de forma mais genérica, “cláusulas relativas à ação na justiça”<sup>79</sup>. Todas essas denominações englobam o conjunto de previsões contratuais que possuem como objetivo interferir, de alguma forma, no processo decisório do litígio contratual.

Esse gênero, porém, pode ser subdividido em, ao menos, duas espécies de disposições contratuais que, embora possam se confundir em determinadas situações, não possuem exatamente o mesmo propósito: (i) as cláusulas que têm por objeto o processo judicial propriamente dito, ou seja, disposições contratuais que pretendem regular o *iter* procedimental ou o curso da ação judicial; e (ii) as cláusulas pelas quais as partes procuram influenciar ou interferir na forma de solução do litígio contratual propriamente dita, indicando um parâmetro ou premissa a partir dos quais deverá ser realizado o julgamento.

Como exemplos da primeira espécie, pode-se citar (a) a previsão pela qual uma das partes abdica do direito de recorrer contra a decisão judicial que homologar um determinado acordo extrajudicial, (b) a cláusula de eleição de foro<sup>80</sup>, (c) a convenção quanto à distribuição do ônus da prova<sup>81</sup>; e (d) a cláusula de eleição de lei aplicável ao contrato, dentre outras.<sup>82</sup>

Já no que se refere à segunda espécie – a qual constitui o cerne desse estudo – podem ser mencionados, dentre outras hipóteses que serão examinadas adiante, as cláusulas por meio das quais as partes (a) definem o conteúdo de termos contratuais e legais, influenciando na interpretação do contrato; (b) estabelecem mecanismos próprios de interpretação do contrato,

<sup>79</sup> CADIET, Loïc. Les accords sur la juridiction dans le process. *In*: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Clarie (eds.). **Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des differands**. Paris, França: [s.n.], 2001. (Études Juridiques)

<sup>80</sup> BRASIL. **Código Processual Civil**. Lei nº 5.869/73. Artigo 111

<sup>81</sup> BRASIL. **Código Processual Civil**. Lei nº 5.869/73. Artigo 333, parágrafo único

<sup>82</sup> CADIET, Loïc. Les clauses contractuelles relatives à l’ action en justice. *In*: **Les principales clauses des contracts conclus entre professionnels**, [S.l.]: Presses universitaires d’Aix-Marseill, 1990. p. 193.

definindo uma hierarquia ou prioridade entre os diversos elementos que o compõem; (c) excluem o valor contratual de certos documentos; (d) renunciam à possibilidade de aplicação de uma determinada sanção judicial, como os “danos punitivos”; (i) estabelecem que a declaração de nulidade de uma determinada cláusula do contrato deverá ensejar a nulidade de todo o acordo; e (e) interferem na forma de aplicação do princípio da boa-fé objetiva no controle do comportamento dos contratantes.<sup>83</sup>

Como será visto adiante, as manifestações das cláusulas que procuram influenciar o ofício do juiz são muito variadas, sendo algumas delas bastantes conhecidas<sup>84</sup>, e seus efeitos podem afetar as principais etapas do processo decisório do litígio contratual, como a interpretação do contrato, o exame das provas, aplicação de sanções em razão da inexecução de obrigações assumidas pelos contratantes e, ainda, a aplicação judicial do princípio da boa-fé objetiva no controle do comportamento dos contratantes, alcançando as principais fontes potenciais de litígio entre as partes.<sup>85</sup>

Antes de se examinar exemplos dessas convenções, cumpre apresentar, a seguir, as premissas nas quais as cláusulas referentes ao litígio serão estudadas.

## 2.1 Premissas necessárias

Embora nem todos os casos de cláusulas contratuais que procuram influenciar o julgamento do litígio contratual exijam a observância das premissas que serão a seguir examinadas, para os fins do presente estudo, considerar-se-á que essas convenções estão sendo adotadas sob circunstâncias fáticas e jurídicas comuns, as quais, ao mesmo tempo em que propiciam o surgimento do interesse dos contratantes de influenciar a atividade judicial de resolução da controvérsia contratual, também oferecem condições ideais para se alcançar esse objetivo.

---

<sup>83</sup> Essas últimas cláusulas serão examinadas em separado no capítulo 3.

<sup>84</sup> Ao contrário do que se possa imaginar, as cláusulas que procuram interferir no ofício do juiz, reduzindo a liberdade de que o magistrado tradicionalmente desfrutava no exame do contrato, não são tão raras quanto possa parecer. Algumas dessas disposições, de fato, são amplamente conhecidas como também é o caso da (i) cláusula penal, por meio da qual os contratantes pré-fixam o valor da indenização em caso de inadimplemento contratual; e (ii) da cláusula resolutória expressa; por meio da qual a resolução do contrato pode se operar extrajudicialmente em caso de inadimplemento, que também consistem em exemplos de previsões contratuais que, de alguma forma, reduzem ou influenciam o ofício judicial.

<sup>85</sup> CADIET, Loïc. Les clauses contractuelles relatives à l’action en justice. *In: Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. [S.l.]: Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1990. p. 193.

A primeira premissa adotada neste estudo é a de que a contratação está sendo celebrada entre profissionais<sup>86</sup>, havendo uma equiparação técnica e econômica dos contratantes. Afasta-se, assim, desde já, as contratações celebradas no âmbito das relações de consumo, bem como os contratos de adesão, entendido como aquele contrato pré-estabelecido, cujas cláusulas são fruto da estipulação de um dos contratantes apenas. Presumir-se-á, assim, que as cláusulas em exame neste trabalho foram objeto de ampla negociação entre as partes, não tendo sido estabelecidas em um contrato modelo, previamente concebido.

Como anteriormente mencionado no capítulo 1.1, nas frequentes hipóteses em que o contrato é detalhadamente discutido entre as partes e o objeto da contratação possui relevância econômica, o acordo assume a figura de um “instrumento de gestão de riscos”<sup>87</sup>, aí incluído o risco judicial. Assim, embora tais cláusulas não tenham seu campo de aplicação restrito a essas hipóteses, para os fins do presente trabalho, a discussão ficará limitada às contratações celebradas entre partes igualmente assessoradas e presumir-se-á que o contrato foi amplamente debatido entre os contratantes.<sup>88</sup>

De fato, os contratos celebrados entre profissionais constituem o campo mais fértil para o desenvolvimento de convenções que procuram influenciar o ofício do juiz. Nesses casos, o interesse das partes em contribuir com o julgamento do litígio contratual ganha maior relevância, tendo em vista a importância econômica que o acordo pode assumir e a maior complexidade que o instrumento contratual tende a apresentar, tornando mais complexa a sua interpretação e mais imprevisíveis os resultados da atividade judicial de resolução do litígio.

Além disso, o controle de abusividade das cláusulas contratuais tende a ser muito menos rígido do que aquele ocorrido nos contratos envolvendo relações de consumo, aos quais se aplicam as vedações instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente em seu artigo 51.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Para os fins do presente estudo, “profissional” significará aquele contratante que não se enquadra nos requisitos legais e jurisprudências de consumidor, sendo representado, geralmente, por uma pessoa jurídica, devidamente assessorada no momento da contratação e durante a execução do contrato, a qual estará celebrando um contrato para o desempenho de suas finalidades institucionais.

<sup>87</sup> MOUSSERON, J.-M. *Le gestion de risque par le contrat. Op. Cit.*, 403.

<sup>88</sup> Como será em alguns exemplos específicos adiante, mesmo quando a contratação é realizada por profissionais, e as circunstâncias acima descritas se encontram presentes, o controle judicial da validade dessas convenções, que podem limitar, reduzir ou retirar parte das atribuições do juiz no exame da relação contratual, se mostra existente, assumindo, entretanto, um papel mais discreto do que aquele exercido, por exemplo, nos contratos envolvendo relações de consumo.

<sup>89</sup> Artigo 51 da Lei nº 8094 de 20 de novembro de 1990: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

Embora existam registros na doutrina<sup>90</sup> de uma generalização do controle de cláusulas abusivas independentemente da qualidade das partes, quando as partes de um contrato são profissionais, presume-se, salvo prova em contrário, que as mesmas estejam acostumadas à celebração de contratos para realização de seus objetivos. Assim, os contratos concluídos entre profissionais, mais do que quaisquer outros, são instrumentos nos quais as cláusulas que procuram influenciar o julgamento do litígio encontram um cenário mais fértil de desenvolvimento. Essas contratações serão utilizadas como “laboratório de ensaio” para o presente trabalho.<sup>91</sup>

Em segundo lugar, o estudo partirá da premissa de que os direitos envolvidos no contrato serão, via de regra, disponíveis, excluindo-se, portanto, as relações contratuais envolvendo situações jurídicas não patrimoniais e direitos indisponíveis, como aqueles

- 
- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
  - II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
  - III - transfiram responsabilidades a terceiros;
  - IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
  - V - (Vetado);
  - VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
  - VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
  - IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
  - X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
  - XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
  - XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
  - XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
  - XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
  - XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
  - XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
- § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:
- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
  - II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
  - III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

(...)"

<sup>90</sup> CHRISTOPHE, Jamiun e MAZEAUD, Denis. Les clauses abusives entre professionnels. In: **Étude Juridiques**. Paris: Economica, 1998.

<sup>91</sup> As cláusulas de eleição de foro e as cláusulas compromissórias de arbitragem, amplamente aceitas pela jurisprudência quando celebradas entre profissionais, comprovam que os Tribunais reconhecem que a qualidade das partes contratantes têm influência no controle de validade das cláusulas contratuais. A título de exemplo, ver: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 304678, São Paulo, Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 28/08/2001, DJ 19/11/2001, p. 282.

relacionados à personalidade, à integridade física, aos interesses do menor, dentre outros<sup>92</sup>. Os contratantes deverão possuir, assim, a livre disposição sobre os direitos envolvidos no contrato, tal como ocorre, aliás, na arbitragem, também submetida a essa condição.<sup>93</sup>

Por fim, além dessas premissas fundamentais, considerar-se-á que as cláusulas que procuram influenciar a atividade judicial serão sempre objeto de convenção expressa e escrita, sendo formalizadas em um contrato escrito ou em um instrumento anexo, reunindo todas as condições de validade dos negócios jurídicos, previstas no artigo 104, do Código Civil, ou seja, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>94</sup>

## 2.2 Processo decisório do litígio contratual

As etapas que se desencadeiam ao longo do processo de resolução judicial de um litígio contratual variam de acordo com as circunstâncias do caso concreto, do método de julgamento adotado pelo magistrado, do pedido formulado na ação, dentre outros fatores. Assim como podem surgir diversas dificuldades para determinação dos direitos e obrigações dos contratantes em um litígio contratual, são igualmente variados os caminhos a serem percorridos pelo magistrado para chegar à solução judicial de uma controvérsia contratual.<sup>95</sup>

Para os objetivos do presente estudo, procurou-se identificar as principais etapas percorridas pelo juiz ao examinar um litígio contratual, para verificar se os contratantes podem exercer alguma influência ou controle, por meio de convenções mutuamente acordadas, no desenvolvimento de cada uma delas pelo juiz que vier a ser encarregado do exame do contrato.

Sem o objetivo de abranger todo o percurso do processo decisório judicial, o que seria impossível nos estreitos limites deste estudo, mostra-se cabível, para fins didáticos, dividir o julgamento do litígio contratual em três principais momentos, geralmente aplicáveis na

---

<sup>92</sup> Essa premissa será excepcionada apenas em relação às cláusulas contratuais que procuram excluir a atribuição de caráter punitivo à indenização por danos morais, a qual será examinada no capítulo II.3.3.2.

<sup>93</sup> BRASIL. Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “Art. 1º: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

<sup>94</sup> BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10/01/2002. “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

<sup>95</sup> Sobre o assunto, v. DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**: o que é o Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

seguinte ordem, pelo magistrado: (i) a interpretação do contrato, de suas cláusulas e da vontade das partes; (ii) o exame e atribuição de valor às provas; e, por fim, (iii) a aplicação de sanções decorrentes da inexecução contratual.<sup>96</sup>

Como destaca Carlos Maximiliano, no que tange à interpretação do contrato, de suas cláusulas e da vontade das partes, o magistrado procura “determinar o sentido e o alcance” das disposições contratuais e estabelecer “a relação entre o texto abstrato e o caso concreto”, perquirindo, também, a vontade das partes, seja na formação do contrato, seja nas demais etapas da relação contratual.<sup>97</sup>

Já a atividade probatória, como define Mário Guimarães, é desenvolvida com o propósito de “elucidar o juiz, formando-lhe a convicção mediante o emprego de processos lógicos”<sup>98</sup>. Trata-se de uma etapa fundamental e das mais importantes no processo judicial, por estar relacionada ao estabelecimento de fenômenos, circunstâncias e fatos concretos, que servirão de fundamento para a reconstrução da verdade fática, na maior medida possível para a construção da futura sentença.

Por fim, na aplicação de sanções, o magistrado determinará ou pronunciará as medidas necessárias para a conservação, preservação ou garantia de direitos dos contratantes, escolhendo a oportunidade, a espécie e a medida da sanção aplicável. Essa atividade poderá resultar na modificação das obrigações previstas no contrato, na manutenção do vínculo contratual ou, até mesmo, na sua extinção.

Todas essas etapas – sendo as duas primeiras preliminares à solução do litígio contratual e a última subsequente a esta – são, especialmente no cenário atual da teoria contratual, exercidas de forma consideravelmente livre pelo magistrado, que desfruta de amplos poderes para interpretar o contrato, avaliar e valorar as provas produzidas pelas partes e aquelas determinadas de ofício<sup>99</sup>, escolher e aplicar sanções aos contratantes<sup>100</sup>, bem como controlar a lealdade do comportamento das partes.

---

<sup>96</sup> Essas etapas são extremamente genéricas e comportam uma série de divisões internas, as quais não estão sendo abordadas, pois o objetivo único dessa divisão do processo decisório do litígio contratual ora proposta é sistematizar o estudo das cláusulas que procuram influenciar o exame judicial do contrato. Pretende-se, com a definição desses três momentos principais da solução do litígio contratual, classificar cada uma das cláusulas que serão estudadas, de acordo com a sua área de influência.

<sup>97</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

<sup>98</sup> GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 267.

<sup>99</sup> BRASIL **Código Processual Civil**. Lei nº 5.869/73. Artigo 131. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

<sup>100</sup> BRASIL. **Código Processual Civil**. Lei nº 5.869/73. Artigo 461. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”



Mas interpretar o contrato ou a vontade das partes pode, não raras as vezes, representar a modificação da ideia que os contratantes possuíam de seus direitos e obrigações; julgar insuficiente as provas carreadas pelas partes pode acarretar, para aquele que detém o ônus da sua produção, a rejeição de sua pretensão; escolher a sanção para uma inexecução do contrato pode resultar em uma frustração para uma ou mesmo ambas partes; avaliar a lealdade do comportamento dos contratantes pode resultar em uma apreciação distorcida do comportamento das partes antes, durante e após a relação contratual.<sup>101</sup>

Percebe-se, portanto, o interesse dos contratantes em influenciar o ofício do juiz em cada uma dessas etapas do processo decisório do litígio contratual, fornecendo a sua contribuição, ou, por assim dizer, “dando a sua palavra” a respeito de temas tão fundamentais ao destino da relação contratual, nos quais o juiz, geralmente, atua de forma pouco condicionada. Em prol de uma maior previsibilidade da atividade judicial, as partes procuram vislumbrar cláusulas contratuais que interfiram na forma como o juiz irá interpretar o contrato, avaliar as provas, aplicar as sanções e, por fim, aferir a lealdade do comportamento dos contratantes, reduzindo a ampla margem de manobra que normalmente atribuída ao juiz.

Como será demonstrado a seguir, as três principais etapas que fazem parte do processo decisório do litígio contratual – a interpretação, o exame das provas e a aplicação das sanções – podem ser objeto de cláusulas contratuais que procurem influenciar os poderes do magistrado no exame do contrato. A interferência dos contratantes no controle judicial do comportamento das partes será examinada ao final do estudo, no capítulo 3.

## **2.3 Os contratantes influenciando o exame judicial do contrato**

### **2.3.1 Os contratantes influenciando a interpretação judicial do contrato**

A interpretação judicial é um dos maiores riscos em matéria contratual em razão dos resultados aleatórios que ela pode produzir e dos amplos poderes que os juízes podem exercer a pretexto de interpretar o contrato ou a vontade das partes. Raros são os contratos que não apresentam alguma dificuldade de interpretação e, sob a alegação de estar interpretando o

---

<sup>101</sup> LAMOUREUX, Marie. **L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants**: Recherche sur un possible imperium des contractants. [S.l.]: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2006. p. 56.

contrato, o magistrado pode proporcionar a modificação substancial da ideia que as partes possuíam sobre determinada relação contratual.

Os redatores dos contratos demonstram, frequentemente, estarem cientes desses riscos, razão pela qual procuram desenvolver o uso de “cláusulas de interpretação”, que, em geral, podem ter como objeto a explicitação de termos contratuais, das premissas que ensejaram a contratação, do comportamento das partes, do objeto do contrato, dentre outros temas, em relação aos quais os contratantes procuram afastar eventuais dificuldades interpretativas.

Numerosas são as cláusulas que podem ser consideradas como cláusulas de interpretação, valendo citar, como exemplo, as disposições por meio das quais os contratantes declaram que um determinado comportamento, em particular suas abstenções ou concessões, não devem ser interpretadas como renúncia ao benefício de uma cláusula contratual ou a um direito ou, ainda, uma cláusula por meio da qual um contratante declare que uma certa informação pré-contratual não foi determinante para o seu consentimento.<sup>102</sup>

Entretanto, mesmo a redação mais precisa e hábil de um contrato dificilmente garantirá uma clareza suficiente para dispensar qualquer interpretação; ao contrário, o texto mais claro e objetivo será, de uma forma ou de outra, objeto de interpretação pelo juiz que vier a julgar um litígio contratual. Aos contratantes restará, portanto, tentar limitar as incertezas inerentes a esse processo, guiando o juiz em sua missão interpretativa, buscando controlar e aumentar a previsibilidade do resultado do exercício dessa atividade.

Nesse cenário, vale ressaltar que o Código Civil brasileiro, além das regras gerais dos artigos 112 e 113, não contém um elenco específico de normas sobre a interpretação dos contratos, como se dá em outros países, como na França (arts. 1.156 a 1.1164); Itália (arts. 1.362 a 1.371); Portugal (arts. 684 e 685); Espanha (arts. 1.281 a 1.289); Holanda (arts. 1378 a 1.387); Chile (arts. 1.560 a 1.566); Uruguai (arts. 1.219 a 1.296); e México (arts. 1.324 e 1.325).

Segundo a doutrina nacional em matéria de interpretação dos contratos, o legislador conjugou duas orientações distintas<sup>103</sup>. A primeira delas reflete a concepção *subjetiva ou da vontade*, na qual impera o princípio da comum intenção das partes, cabendo ao intérprete buscar na declaração negocial a real intenção dos agentes, colocando em segundo plano o sentido literal das palavras que materializaram o negócio.

---

<sup>102</sup> Essas cláusulas, que exercem uma influência específica sobre a intervenção judicial no contrato com base no princípio da boa-fé, serão examinadas com maior profundidade no capítulo 3.

<sup>103</sup> SANTOS, Carvalho J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**: volume 2..7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 284.

Essa tendência, que teria sido afirmada pelo artigo 112 do Código Civil segundo o qual “nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, é constantemente reafirmada pela jurisprudência, que tende a privilegiar a vontade real das partes, em detrimento do sentido literal da convenção pela qual os contratantes a manifestaram.<sup>104</sup>

Assim também é o direito francês, no qual o artigo 1156 do Código Civil estabelece que, nas convenções contratuais, deve-se procurar identificar sobretudo a comum intenção das partes, em detrimento do apego ao sentido literal dos seus termos<sup>105</sup>. O Código Suíço das obrigações, por sua vez, também contém prescrição similar: “para apreciar a forma e as cláusulas de um contrato, deve-se procurar a comum intenção das partes, sem se ater às expressões ou denominações inexatas que o contrato possa apresentar [...]”.<sup>106</sup>

A segunda orientação destacada pela doutrina, também acolhida pelo direito pátrio, seria a *objetiva ou da declaração*, segundo a qual a intenção do agente deverá ser preterida em face da maior relevância da vontade concreta, objetivada no contrato, isto é, como foi declarada ou como, numa interpretação literal, seria possível deduzi-la.

No direito inglês e norte-americano, por exemplo, prevalece a interpretação objetiva em que o foco não é propriamente a vontade das partes, mas o que uma pessoa razoável compreenderia dos termos do contrato em função das circunstâncias. A pesquisa da vontade real das partes é, aliás, apresentada pela doutrina inglesa quase como uma heresia e, raramente, se admite que os contratantes produzam provas das suas verdadeiras intenções, em

---

<sup>104</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2006.001.34535, Desembargador Relator Milton Fernandes de Souza. Julgamento: 05/09/2006. “Contrato. Navio. Construção. Obrigações. Dano material. Dólar norte americano. Correção monetária. Dano moral. Causa adequada. 1 - O ordenamento jurídico, como regra de interpretação dos atos jurídicos, determina que se atenda mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem. 2 - Nesse contexto, se pessoas acostumadas às atividades negociais avaliam as circunstâncias do momento e a oportunidade e conveniência da celebração de aditivo contratual, consciente do resultado do seu ato, emitem a sua vontade sem conflito entre o elemento volitivo e a declaração e manifestam a intenção no sentido de estabelecer um termo certo para a entrega de navio. 3 - Considerado esse aspecto, se as partes desconsideram o período de trinta dias, a entrega do navio dentro desse prazo afasta a mora do construtor. 4 - Se as partes aditaram o contrato com o objetivo de aumentar a capacidade operacional do navio e, em harmonia com o negócio jurídico, mantiveram a intenção original de entregá-lo apto à consecução da sua finalidade de operar em plena capacidade e providenciaram as medidas necessárias, a ausência de aquisição, montagem e instalação de quarto guindaste afigura a mora do construtor e enseja o dever de indenizar o dano material daí advindo. 5 - Se a sua conduta dá causa a reparo e reposição de itens desconforme as especificações do projeto e à paralisação do navio para instalação de três guindastes que já deveriam estar instalados, o construtor responde pelos prejuízos daí advindos. 6 - Se a sua conduta também dá causa à quebra do motor, mesmo que já cessada a garantia, o construtor responde pelos prejuízos daí advindos.”

<sup>105</sup> FRANÇA. **Código Civil**, Artigo 1156: “Dans l’interpretation du contrat, on doit dans les conventions rechercher de la commune intention des parties, plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes”

<sup>106</sup> SUIÇA. **Código Civil**, Artigo 893: “pour apprécier la forme e les clauses d’un contrat, il y a lieu de rechercher la réeççe er commune intention des parties, sans s` arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles on pu se servir [...]”

detrimento do texto do contrato.<sup>107</sup> Embora essa vertente comporte exceções, a escolha da interpretação objetiva é justificada pela obtenção de uma maior segurança jurídica (“*certainty*”), tanto entre as partes, como em relação a terceiros, que, em geral, não têm condições de conhecer as intenções subjetivas dos contratantes.

A doutrina pátria tem invocado o art. 113, do Código Civil, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” como o dispositivo legal que introduziu uma posição intermediária entre as tendências de interpretação subjetiva e objetiva, equilibrando a norma prevista pelo artigo 112 do Código Civil.<sup>108</sup>

Em um primeiro momento, a utilização de ambas as orientações pode parecer contraditória. Entretanto, a harmonia entre os elementos interno e externo da composição do ato jurídico é o objetivo desejado na normalidade dos atos jurídicos em geral. As duas orientações unidas permitem ao intérprete desenhar o negócio jurídico da forma mais completa possível, a fim de contemplar tanto o real conteúdo da vontade, quanto o seu sentido literal.<sup>109</sup>

Vicente Ráo ressalta, contudo, que, na hipótese de surgimento de conflito entre a vontade interna e a declarada, inexistem em nosso sistema jurídico uma regra geral e única para a solução do impasse, justamente porque não é possível submeter ao mesmo tratamento todas as espécies de fato ocorrentes.<sup>110</sup>

Segundo esse Autor, como forma de conduzir a interpretação de um negócio maculado pelo conflito de vontades, far-se-á necessária a construção de um sistema de regras, a começar pela delimitação do campo de conflito, prosseguindo-se com as mais adequadas as diferentes espécies, respeitando-se os princípios fundamentais da ordem jurídica, a teoria geral dos atos jurídicos e a natureza específica das diversas relações.

Nesse contexto, alguns princípios de interpretação contratual ganham especial relevância, podendo-se elencar alguns dos mais conhecidos e frequentemente destacados pela doutrina: (i) em caso de ambiguidade, o contrato deve ser interpretado contra o próprio estipulante; (ii) havendo alguma contradição, interpreta-se o contrato de maneira menos onerosa para o devedor; (iii) as cláusulas de um contrato deverão ser sempre analisadas em conjunto e não isoladamente; (iv) quando a interpretação de uma cláusula apresentar mais de

<sup>107</sup> ATIYAH, P. S. **An Introduction to contract law**. 5. ed. Oxford: Clarendon, 1995.

<sup>108</sup> TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 226/227.

<sup>109</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 502.

<sup>110</sup> RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 168-176.

um sentido, preferir-se-á aquele que produz algum efeito em detrimento do que não gerará efeito algum; dentre outros.<sup>111</sup>

A circunstância de o legislador brasileiro não ter definido no Código Civil uma regra específica sobre a interpretação dos contratos, como o fizeram os legisladores em diferentes países, não obsta a que, quando se oferecer a oportunidade, o intérprete se socorra desses princípios acima listados para dirimir a dúvida que se apresente na interpretação de um contrato ou de suas cláusulas.<sup>112</sup>

Mas, no que interessa ao presente estudo, cabe destacar que a maior parte desses princípios de interpretação reflete apenas diretivas de bom senso, destinadas a auxiliar os juízes em sua missão interpretativa. Essas disposições figuram mais como conselhos dados aos juízes em matéria de uniformização da interpretação de contratos, do que regras rigorosas e imperativas, inafastáveis diante das circunstâncias do caso concreto.

Carvalho de Mendonça, ao tratar do problema da interpretação dos contratos, assinala que as regras tradicionais de interpretação das convenções “não têm e não podem ter caráter algum obrigatório para o juiz. São puros preceitos teóricos”.<sup>113</sup> Igualmente, Clóvis Beviláqua aduz que “estas regras são sínteses que exprimem a experiência dos fatos, e merecem acatamento pela razão que as ilumina; são, porém, meramente doutrinárias, e não deveriam ser articuladas na lei. Por isso, o nosso Código, acertadamente as deixou para os livros de doutrina”.<sup>114</sup>

Os juízes desfrutam, portanto, de uma considerável liberdade para afastar a aplicação desses princípios de interpretação, pois nenhuma hierarquia apriorística é estabelecida entre eles, podendo o magistrado definir, com certa liberdade, o método de interpretação a aplicar, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Como frequentemente ocorre na prática processual, o juiz pode, até mesmo, criar novos métodos de interpretação, se isso se mostrar necessário, por exemplo, aplicando uma interpretação fundada na razoabilidade e proporcionalidade. Seja como for, a atuação judicial na matéria não obedece parâmetros rígidos; ao contrário, percorre caminhos diversos, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Partindo dessas premissas, serão examinadas a seguir como determinadas convenções contratuais podem influenciar a interpretação judicial do contrato, interferindo no amplo

---

<sup>111</sup> BARROS, Wellington Pacheco. A interpretação dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 79, n.660, p. 57-69, out. 1990.

<sup>112</sup> COSTA, Moacyr Lobo da. Interpretação de contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 59, n. 414, p. 39-42, abr. 1970.

<sup>113</sup> MENDONÇA, M. I. Carvalho de. **Contratos no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

<sup>114</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Volume I. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1956.

poder de apreciação que, normalmente, é atribuído ao magistrado, demonstrando que as partes, mesmo em se tratando de uma atividade na qual o poder do juiz é exercido de forma consideravelmente livre, podem exercer decisiva influência no resultado dessa atividade.

### 2.3.1.1 Cláusulas de definição de termos contratuais e legais

Determinadas cláusulas contratuais refletem a tentativa dos contratantes de minimizar controvérsias sobre o significado de determinados termos contratuais e legais utilizados no contrato, possuindo como único objetivo explicitar o conteúdo de uma expressão, a fim de uniformizar a sua compreensão e interpretação, seja no processo de formação do contrato, seja na sua execução.

Nesse cenário, ganham destaque as cláusulas de definição de termos contratuais e legais, que procuram reduzir as controvérsias futuras sobre a interpretação do contrato, pré-definindo, no próprio acordo, o significado de expressões nele contidas. Confira-se, a título de exemplo, duas cláusulas hipotéticas, nas quais as partes de dois contratos distintos explicitam a definição de diversos termos utilizados ao longo do acordo:

#### 1. DEFINIÇÕES

1.1. Os termos e expressões a seguir, quando utilizados no presente Contrato com letras iniciais maiúsculas, no singular ou no plural, terão os significados a eles especificamente atribuídos nesta Cláusula 1.1. Não obstante os termos e expressões abaixo, outros termos e expressões ora empregados e não relacionados abaixo terão os significados a eles atribuídos no presente Contrato e seus Anexos:

1.2. "Aperfeiçoamentos" significa atualizações, melhoramentos e modificações aos Conhecimentos Técnicos (conforme definido abaixo), desenvolvidos por qualquer uma das Partes, relacionados aos Produtos (conforme definido abaixo), incluindo sua produção e/ou uso.

1.3. "Data de Vigência" significa a data da averbação do presente Contrato pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial ("INPI").

1.4. "Conhecimentos Técnicos" significa toda a tecnologia, projetos, informações e dados de engenharia relativos à Tecnologia, desenvolvidos, detidos ou licenciados pela Concedente, ou que a Concedente tenha direito de colocar à disposição da Receptora nos termos deste Contrato.

1.5. "Preço Líquido de Venda" significa o preço faturado dos Produtos, baseado nas vendas efetivas, menos os impostos e outros encargos a ser ajustados pelas Partes, e menos o valor faturado de materiais ou equipamentos comprados da Concedente, relacionados à fabricação dos Produtos.

#### **Cláusula 1.1 Definições.**

Conforme utilizados neste Contrato de Compra e Venda, os seguintes termos terão os significados a seguir atribuídos a eles (em ordem alfabética):

"Assinatura" significa a assinatura do presente Contrato de Compra e Venda e a entrega dos documentos mencionados na Cláusula XX;

“Empregados” significa todos os empregados, representantes, operários e diretores da Sociedade ou que de alguma forma prestam serviços para a

Sociedade ou para os Vendedores com relação ao Negócio ou ao Projeto; “Gravame” significa qualquer hipoteca, penhor, tributação, penhor mercantil, encargo, gravame ou outros ônus de qualquer tipo sobre a propriedade.

“Lançamento” significa qualquer lançamento, derramamento, emissão, migração, vazamento, bombeamento, injeção, depósito, alienação ou descarte de quaisquer Materiais Perigosos no meio ambiente.

“Material Perigoso” significa cada substância designada como resíduo perigoso, substância perigosa, material perigoso, poluente, contaminante ou substância tóxica em conformidade com qualquer Legislação Ambiental e qualquer petróleo ou produtos relacionados ao petróleo que tenham sido lançados no meio ambiente em concentrações ou localidades para as quais ação corretiva seja necessária de acordo com qualquer Legislação Ambiental aplicável.

“Perda” significa todos e quaisquer julgamentos, perdas, responsabilidades, valores pagos em quitação, danos, multas, penalidades, custos e despesas (incluindo juros, custos legais, honorários advocatícios razoáveis, honorários de contadores e outros peritos ou outras despesas de litígio razoáveis ou outros procedimentos), porém apenas na medida em que o descrito não esteja coberto por seguro ou de outra forma passível de recuperação das partes, e líquidos de quaisquer benefícios associados resultantes de qualquer um dos precedentes, incluindo quaisquer benefícios fiscais associados.

“Planta do Projeto” significa a Propriedade Imóvel onde está localizado o Projeto, incluindo terras objeto de arrendamento, servidões e direitos de passagem.

“Preço de Compra” significa a soma do Preço de Compra das Quotas e do Preço de Compra dos Ativos Relacionados.

“Propriedade Imóvel” significa toda a propriedade e direitos relacionados à propriedade e às respectivas benfeitorias de propriedade, locadas ou de qualquer outra forma utilizada com relação ao Projeto.

“Representantes” significa com relação a qualquer Pessoa, seus diretores, conselheiros, funcionários, advogados, contadores, consultores financeiros.

Além das definições de expressões e termos utilizados ao longo do contrato, as cláusulas de definição também são comumente utilizadas pelas partes para precisar e definir, previamente, as suas interpretações sobre noções jurídicas tradicionalmente fluidas e que consistem em fontes potenciais de controvérsias entre os contratantes, como “inadimplemento”, “força maior”, “imprevisibilidade”, etc.

Não é raro, por exemplo, que os contratantes procurem ampliar, reduzir ou, simplesmente, definir, de forma positiva ou negativa, o conceito de “força maior”, enumerando os eventos que, dada a natureza e o objeto da relação contratual, não serão considerados como caracterizadores desse conceito jurídico que, normalmente, dispensa o contratante do cumprimento de sua obrigação. Nesse sentido, confira-se a seguinte cláusula hipotética na qual os contratantes definem o que deve e o que não deve ser entendido como caracterizador de um evento de força maior:

**Força Maior.** Nenhuma das partes é responsável perante a outra parte por qualquer falha ou atraso causado por motivo de Força Maior. "Força Maior" significa qualquer ato ou evento, previsto ou imprevisto, que atenda todos os três dos seguintes testes:

- a) O ato ou evento impede que qualquer das partes, no todo ou em parte:
  - i) cumpra suas obrigações de acordo com este Contrato; ou

- ii) satisfaça quaisquer condições das obrigações com a outra parte conforme este Contrato.
- b) O ato ou evento está além do controle razoável e não é falha da outra parte.
- c) A parte não teve como evitar ou superar o ato ou evento exercendo a devida diligência.

Força Maior inclui, porém não se limita a, eventos atribuíveis a incêndio, enchente, tormenta, tumulto, qualquer ato terrorista, qualquer ato de guerra (declarada ou não), ou de qualquer governo ou autoridade semelhante exercer a soberania de fato por hora em qualquer jurisdição pertinente, incluindo qualquer embargo ou restrição no embarque ou transporte. **Força Maior exclui tribulações econômicas, greves trabalhistas ou falta de mão-de-obra, alterações nas condições do mercado ou insuficiência de fundos.**

Seja em relação à definição de termos técnicos e expressões utilizadas no contrato, seja por meio da explicitação do conteúdo de noções jurídicas tradicionalmente amplas, os contratantes procuram minimizar as controvérsias sobre a interpretação que possam surgir ao longo da relação processual. A antecipação dos contratantes reflete um exercício de sensatez contratual, prevenindo controvérsias relacionadas à interpretação do contrato entre as partes.

Mas, em todos esses campos, as cláusulas de definição de termos contratuais, além de funcionarem como um mecanismo de uniformização da interpretação do acordo entre os contratantes, também apresentam uma função tão relevante ou mais do que esta, qual seja, a de amenizar ou reduzir o risco advindo da interpretação judicial do contrato.<sup>115</sup> Com efeito, as cláusulas de definição de termos contratuais exercem uma dupla função: facilitar a interpretação do contrato, prevenindo o surgimento de divergências entre os contratantes; e

---

<sup>115</sup> De fato, na ausência dessas cláusulas de definição, o juiz poderá atribuir, soberanamente, significado aos termos e expressões contidas no contrato, podendo essa atividade interpretativa resultar em uma interpretação não desejada ou inesperada pelos contratantes. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão cuja ementa se encontra abaixo transcrita, nos fornece um exemplo dos efeitos da ausência de definição de um termo utilizado no contrato. No caso, um contrato de divulgação de obra artística previa que o término da relação se daria 18 (dezoito) meses após o “lançamento do disco”. As partes, porém, não definiram, no acordo, o significado dessa expressão, o que inviabilizou a contagem do prazo prescricional para a propositura da ação de indenização decorrente da divulgação imperfeita da obra, reclamada pelo seu autor. Confira-se trecho do julgado: **“INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DECURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL. INOCORRÊNCIA. INEXATIDÃO DA DATA DO TÉRMINO DO CONTRATO. Pretensão indenizatória por danos materiais e morais resultantes da divulgação deficitária oferecida pela ré à obra musical produzida pelo autor. Sentença que acolheu a prejudicial de mérito de prescrição do direito de ação. Descabimento. Prazo prescricional de três anos. Art. 206, §3º, V c/c art. 2.028, ambos do NCC. **Termo inicial de sua contagem a partir do término do contrato, estabelecido, por sua cláusula décima-primeira, 18 meses após o lançamento do disco. Definição do ato de lançamento do disco que não encontra qualquer previsão jurídica e também não foi determinada pela vontade das partes. Ausência de uma data ou um evento definido que pudesse identificar o lançamento. Inviabilidade de se fixar com precisão a data em que ter-se-ia findado a contratação e, por conseguinte, desde quando seria contado o prazo prescricional, sendo, pois, inadmissível que, pelo irrisório prazo de cerca de 10 dias, admita-se a extinção do direito de ação do autor, tomando-se por base uma data indefinida e duvidosa para o início da contagem do prazo prescricional.** Afastamento da prescrição e anulação da sentença a fim de que o processo retome seu regular processamento até sua apreciação meritória. Anulação do julgado. Provimento do recurso.”** Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2003.001.27343, Des. Rel. Luiz Sveiter, j. em 25/11/2003. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 12 abr. 2009.



reduzir a imprevisibilidade da interpretação judicial do contrato, restringindo a ampla margem de manobra que o magistrado possuiria na ausência dessa disposição contratual.

Ao definir o significado de termos contratuais ou especificar o conteúdo de noções jurídicas tradicionalmente amplas, os contratantes tendem a reduzir a ampla margem de manobra do magistrado no momento da interpretação do contrato e dos seus elementos. A liberdade que o juiz tradicionalmente teria na matéria na ausência dessas cláusulas, tornar-se-á reduzida quando os próprios contratantes explicitarem, previamente, o seu entendimento sobre os termos e expressões utilizados no contrato.<sup>116</sup>

Em outras palavras, ao definirem o significado de determinadas expressões no próprio contrato, a atividade interpretativa do magistrado não será exercida da mesma forma que seria na ausência da cláusula de definição, que explicita o significado de uma determinada expressão para os contratantes. Mesmo que o juiz não se sinta vinculado por uma cláusula do gênero, no mínimo, deverá justificar porque, naquele caso concreto, o esforço dos contratantes em definir o significado de uma certa expressão utilizada no contrato não deve ser levado em consideração.

Quando os contratantes deixam de definir o conteúdo de termos fundamentais à interpretação contratual, se sujeitam à imprevisibilidade da interpretação judicial, possuindo o juiz ampla liberdade para definir o conteúdo dos termos e expressões do contrato; por outro lado, ao convencionarem cláusulas de definição de termos contratuais, contribuem para uma maior previsibilidade da interpretação judicial.

No que se refere ao controle dessas cláusulas pelo magistrado, pode-se vislumbrar, dentre os vários instrumentos de que dispõe o juiz atualmente, a aplicação da noção de ordem pública, que é um dos conceitos mais controvertidos na doutrina<sup>117</sup>, para negar validade às

---

<sup>116</sup> Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado: “Apelação cível. Ação monitoria. Contrato de fomento mercantil. Duplicata mercantil. Legitimidade ativa e passiva "ad causam". Possibilidade jurídica do pedido. (...) Se as partes firmam Contrato de Fomento Mercantil dispondo, expressamente, nas cláusulas contratadas sobre a responsabilidade de recompra do título de crédito pela contratante, **na hipótese de título viciado, cuja definição de vício, também esta' prevista no contrato, não ha' que se falar em ilegitimidade ativa ou passiva para a ação, sendo o Contratado o titular do direito material e o contratante a parte que ira' assumir os efeitos da sentença, no caso de procedência do pedido inicialmente formulado.** A denúncia da lide não se justifica na ação monitoria, em princípio, pelo procedimento especial e célere desta ação e, na hipótese, por não existir a obrigatoriedade sob perda do direito de regresso, tendo em vista a relação autônoma emanada do contrato firmado. Justifica-se a via monitoria para a persecução do crédito oriundo da Duplicata viciada, na forma clausulada no contrato, nos termos do que dispõe a Lei Processual Civil. Não se aplica as regras do Código de Defesa do Consumidor por não se estar diante da relação de consumo disposta em lei, sendo que a operação de "factoring" e' destinada `a atividade empresarial da Contratante. Os valores perseguidos na via monitoria, encontram respaldo no Contrato de Fomento Mercantil firmado, o qual deve ser observado (...). Preliminares rejeitadas. Recurso improvido. (Rev. de Direito do TJERJ., v. 62, p. 197).

<sup>117</sup> ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: Dos fatos jurídicos: arts. 104 a 232. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 359-365

cláusulas contratuais por meio das quais as partes pretendem definir o conteúdo de expressões legais de forma diametralmente oposta àquela prevista em lei ou que seja estabelecida pela jurisprudência.

Embora os contratantes conservem a possibilidade de definir, de acordo com as características da relação contratual, o alcance e os limites de determinados conceitos legais, em prol da maior previsibilidade dos efeitos da contratação, a ordem pública pode funcionar como um obstáculo àquelas cláusulas que violem o conteúdo essencial da expressão jurídica por elas definida.

Vale ressaltar que o artigo 122, do Código Civil, dispõe que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.<sup>118</sup> A consequência do desatendimento desses

Assim, caso os contratantes, sob o pretexto de definir o conteúdo de uma determinada noção jurídica, adotem uma previsão flagrantemente contrária à própria noção objeto de definição, pode-se afirmar que a ordem pública poderá ser invocada pelo magistrado para afastar essa previsão contratual, a qual, nesse caso, não o vinculará no momento do julgamento de um litígio contratual.<sup>119</sup>

De toda forma, como exposto, a existência da possibilidade desse controle, o qual consiste em uma parcela inapropriável da atividade judicial, não enfraquece o vigor das amplas possibilidades que os contratantes conservam de definir o conteúdo de termos contratuais e noções jurídicas. Na maioria dos casos, os contratantes poderão, mediante suas previsões, atrelar o juiz à definição que eles próprios previram no momento da redação do

---

<sup>118</sup> De acordo com Nelson Nery Jr., a condição vedada, puramente protestativa, distingue-se da condição protestativa (ou meramente protestativa), que é lícita. As protestativas são aquelas que, embora condicionadas à vontade de uma das partes, não dependem tão-só de seu arbítrio unilateral. Para essas condições, que dependem da vontade de uma das partes e também de outros fatores, objetivos e/ou subjetivos, dá-se o nome de condições preceitos, cujo conteúdo é de indicação abstrata (conceitos indeterminados), está prevista na própria lei: nulidade. protestativas, que, como já se disse, nos termos do CC 122, são lícitas. São exemplos de condição meramente protestativa, admitida pelo sistema do direito civil, as arras penitenciais (CC420), a retrovenda (CC 505), a venda a contento (CC 509), o direito de preempção ou preferência (CC 513). V. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 237/238.

<sup>119</sup> Outro instrumento de controle das cláusulas de definição também é representado pelo princípio da boa-fé, o que será aprofundado no capítulo III, valendo conferir o seguinte julgado no qual a noção de boa-fé foi invocada para afastar cláusulas de definição em um contrato de seguro: “CIVIL. 'SEGURO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – PLANO DE ASSISTÊNCIA INTEGRAL (COBERTURA TOTAL)', ASSIM NOMINADO NO CONTRATO. As expressões 'assistência integral' e 'cobertura total' são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 264562, Min. Relator Ari Pargendler, Terceira Turma, 12/06/2001. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 17 jul. 2008.)

contrato, devendo o magistrado observar tal definição no momento do julgamento do litígio contratual.

Primeiramente porque tal efeito é comum, em certa medida, a toda e qualquer cláusula do contrato. Como já examinado, as disposições contratuais constituem uma das principais referências do juiz no julgamento de um litígio contratual e, de alguma forma, acabam influenciando a atividade judicial. Se algumas previsões podem vincular o resultado da atividade judicial, por constituírem um parâmetro de julgamento determinante da decisão a ser adotada pelo juiz, tal fato não deve representar, *per si*, uma ofensa à ordem pública.

Além disso, o conceito de ordem pública não deve ser identificado de forma abstrata e estática, mas, ao contrário, deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, ou seja, no caso, as circunstâncias da própria relação contratual, as quais serão determinantes para a validade das cláusulas que procuram influenciar a atividade judicial, sob a perspectiva do controle fundado na ordem pública.

De acordo com Pietro Perlingieri, a noção de ordem pública, embora passível de inúmeras e controvertidas definições, não deve ser constituída *a priori*, mas, sim, de acordo com os elementos extraídos do caso concreto. Em outras palavras, a ordem pública não deve ser entendida como uma premissa estática e imutável, devendo, ao contrário, sofrer a influência das circunstâncias fáticas presentes na relação jurídica. Confira-se:

A qualificação de derogabilidade ou inderrogabilidade não é um “antes”, mas um “depois”: revela-se insuficiente a perspectiva estruturalista, ainda hoje prevalente, que decide sobre o caráter cogente da normativa com base em elementos formais e extrínsecos (cominatória expressa de nulidade, tom imperativo do comando). A classificação das normas em derogáveis ou inderrogáveis é o resultado não de uma mera interpretação gramatical e literal de cada norma, mas de uma complexa interpretação que considera o interesse e o valor tutelado pela disposição, a intensidade de sua relevância e as garantias pedidas para que seja concedido aos sujeitos o poder de estabelecer por si as regras aplicáveis às próprias vicissitudes. A consequência desse enfoque é uma projeção do fenômeno com graduação e intensidade diversas e principalmente com fundamentos diversificados. Uma regra é inderrogável quando, por explícita escolha legislativa (legítima se coerente com o sistema constitucional) ou por efeito de (correta) interpretação, seja a única modalidade de atuação do princípio correspondente. Entre a inderrogabilidade absoluta e a total derogabilidade existem estados de inderrogabilidade de intensidade diversa, justificados pelo diverso modo de se comporem os interesses do problema concreto a ser regulado em relação a um determinado princípio. [...] O juízo sobre inderrogabilidade ou sobre o tipo de derogabilidade é, portanto, o êxito de um procedimento interpretativo acerca das modalidades de concretização do princípio em um contexto específico, valorando as oportunidades de realização do princípio em relação com outros princípios e com as concretas competências, conhecimentos, poderes e esferas de influência próprias de cada sujeito. É necessário, portanto, repensar a própria noção de inderrogabilidade, na convicção de que ela constitui sempre um expediente técnico ao serviço de opções de política do direito, e como tal a ser utilizado não com rígida dogmática, mas com

flexibilidade histórico-relativa, adequada às finalidades das normas que se tornam “atuais” mediante uma sua releitura global à luz dos princípios fundamentais.<sup>120</sup>

Assim, deve-se verificar se existe um valor a ser tutelado pelo ordenamento que permita, no caso concreto, reconhecer a adequação da disposição contratual à ordem pública, considerada não de forma rígida e estática, mas, como recomenda o autor, de acordo com a concretização desse princípio em um contexto específico.

Essa compreensão leva à constatação – mais realista e lógica do que a normalmente verificada na doutrina – de que a ordem pública somente pode ser definida após um processo de interpretação que leva em conta os interesses e os valores tutelados no caso concreto; contrariando a perspectiva de um conceito apriorístico de ordem pública, tem-se uma noção flexível, que poderá variar de acordo com as especificidades da relação contratual.

Portanto, a pretensão dos contratantes de influenciar a atividade jurisdicional por meio da definição do conteúdo de termos contratuais e legais, quando refletir uma pretensão legítima de obter uma maior previsibilidade dos efeitos do contrato, será merecedora de tutela, o que demonstra que a existência desse controle não afasta as amplas possibilidades de que os contratantes dispõem para influenciar a interpretação judicial.

#### 2.3.1.2 A escolha dos métodos de interpretação pelos contratantes

A aplicação dos métodos legais e jurisprudenciais de interpretação representa fonte de incerteza para os contratantes, tendo em vista a considerável liberdade que o magistrado normalmente possui para escolher o método ou mecanismo de interpretação aplicável ao caso concreto. Como os métodos de interpretação não assumem características rígidas e inflexíveis, os resultados dessa atividade judicial costumam ser pouco previsíveis.

Percebe-se, assim, o interesse que os contratantes podem possuir em pretender reduzir as incertezas decorrentes da interpretação do contrato, assegurando uma maior previsibilidade na sua interpretação judicial.

Mas, se, como anteriormente examinado, as regras de interpretação não são imperativas, isso significa que os contratantes são livres para controlar a aplicação dos

---

<sup>120</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 263-265.

diferentes métodos que o juiz dispõe no momento do julgamento do litígio contratual? Essa é a questão suscitada pelas cláusulas contratuais por meio das quais os contratantes (i) estabelecem um método próprio de interpretação do contrato e, sobretudo, pelas cláusulas que procuram (ii) excluir a aplicação dos métodos de interpretação normalmente utilizados pelo magistrado, as quais serão a seguir brevemente examinadas.

#### 2.3.1.2.1 A. Criação de métodos de interpretação: as cláusulas de prioridade

Uma situação particularmente frequente na prática contratual é a ambiguidade entre as cláusulas do contrato ou entre estas e os documentos anexos ao instrumento. Especialmente quando o contrato é extenso e complexo, não são raros os casos em que se verifica uma contradição entre os diversos elementos que integram o acordo, podendo surgir uma série de incongruências entre os mesmos, as quais podem ser fonte de litígios entre os contratantes.

Para evitar o risco decorrente dessas contradições, que representam uma fonte de insegurança para a relação contratual, as partes, de forma razoavelmente frequente, estabelecem uma hierarquia entre as cláusulas e documentos suscetíveis de conter informações contraditórias, precisando aqueles que devem prevalecer em caso de conflito ou qual deve ser entendido como prioritário na interpretação.

Esse é o objetivo das denominadas “cláusulas de prioridade”, inicialmente concebidas nos contratos internacionais, mas que hoje são comumente incorporadas aos contratos internos, especialmente quando os mesmos são muito longos ou possuem numerosos documentos anexos ou trocados pelas partes durante a fase de negociação, circunstâncias essas que costumam ampliar os riscos de contradição entre os diversos elementos contratuais.

Por meio das cláusulas de prioridade, as partes definem, previamente, uma hierarquia entre os diferentes elementos contratuais (cláusulas, anexos, documentos pré-contratuais, propostas, memorandos, etc), a fim de reduzir os riscos inerentes à decisão judicial sobre o valor interpretativo desses elementos, reciprocamente considerados. As partes procuram, assim, não se submeterem, ao menos integralmente, aos riscos da decisão judicial sobre a hierarquia ou valor dos diversos elementos do contrato, determinando, elas próprias, qual elemento deverá prevalecer em caso de conflito.

Na prática, as cláusulas de prioridade operam uma classificação de importância dos documentos contratuais, indicando aos contratantes, mas também ao magistrado, o

documento que deverá prevalecer em caso de contradição ou ambiguidade entre os elementos do contrato.

A título de exemplo, confira-se uma cláusula de prioridade hipotética:

Os documentos contratuais estão listados abaixo em ordem de importância decrescente:

1. o contrato;
2. os anexos ao contrato;
3. a carta de aceitação;
4. as demais cartas e e-mails trocados entre as partes;
5. o memorando de entendimentos firmado entre as partes

Em caso de contradição entre os diferentes documentos, o documento de nível superior prevalecerá para a determinação da obrigação.<sup>121</sup>

Como se pode antever, especialmente quando o contrato é extenso e integrado por diversos elementos, a adoção das cláusulas de prioridade é recomendável pelos contratantes, a fim de indicar quais documentos, na interpretação das partes, consubstanciam as previsões mais relevantes para a relação contratual. Essas cláusulas tendem a evitar as controvérsias entre as partes a respeito de qual documento ou previsão nele contida deverá prevalecer em caso de ambiguidade.

Mas cabe cogitar se essa previsão contratual, além de obrigar as partes, também tem por efeito vincular o juiz à hierarquia por ela estabelecida. Em caso de contradição entre os elementos do contrato, o juiz deverá tomar sua decisão com fundamento naquele que tiver maior hierarquia, de acordo com o previsto na cláusula de prioridade, ou o magistrado permanecerá livre para valorar, da forma que entender melhor, os diversos elementos do contrato?

Se na ausência dessa previsão o juiz normalmente dispõe de uma ampla liberdade para definir qual elemento do contrato deverá prevalecer em caso de conflito ou ambiguidade, quando os contratantes convencionam uma cláusula de prioridade, a margem de manobra do magistrado acaba sendo, de alguma forma, reduzida, pois o próprio acordo já estabelece uma solução prévia para a controvérsia interpretativa.

Embora o juiz tenda a se sentir vinculado por uma cláusula do gênero, ainda que isso não ocorra, essa previsão tornará mais complexa a sua desvinculação do juiz ao disposto no contrato, tornando a atividade judicial de interpretação menos discricionária e, portanto, mais previsível. A cláusula de prioridade, no mínimo, exigirá mais esforços do juiz para justificar outra valoração dos elementos contratuais, em contradição ao previsto pelas partes.

---

<sup>121</sup> Exemplo citado por MOUSSERON, J-M. **Technique contractuelle**: n° 1593. 3. ed. Paris: Lefris Lebfreuve, 2005.

As cláusulas que definem uma hierarquia entre os documentos que integram o contrato são levadas em consideração pelo julgador, exercendo uma influência considerável sobre o julgamento do litígio contratual. Mesmo que o magistrado não se sinta vinculado por essas cláusulas, a sua presença no contrato exige um ônus argumentativo maior do juiz que pretender se distanciar da vontade declarada pelos contratantes.

Assim, na presença de uma cláusula de prioridade, a tradicional liberdade do juiz na matéria tende a ser exercida de forma, por assim dizer, menos natural e espontânea, dificultando e tornando mais complexa a prolação de uma decisão que resolva as contradições do contrato em sentido diverso daquele previsto pelas partes.

Essas convenções, portanto, reduzem a incerteza a respeito da interpretação judicial dos diversos elementos que compõem o contrato, ampliando a previsibilidade da intervenção judicial, em uma matéria onde, tradicionalmente, se reconhece a soberania do juiz.

#### 2.3.1.2.2 B. A exclusão da interpretação do contrato contra o estipulante

Os contratantes podem pretender afastar a regra de interpretação, segundo a qual, em caso de ambiguidade, interpreta-se a disposição contratual contra aquela parte que a tiver estipulado?

Como se sabe, segundo essa diretiva de interpretação, uma disposição ambígua deve ser interpretada contra aquele que a estipulou.<sup>122</sup> Entretanto, especialmente nas grandes contratações, onde as partes discutiram detalhadamente o contrato, negociando separadamente as suas cláusulas, as partes podem ter interesse em excluir essa regra de interpretação, declarando, justificadamente, porque a mesma não se aplica ao contrato.

Confira-se um exemplo hipotético de uma cláusula com essa finalidade:

**Interpretação.** Este Contrato é o resultado de negociações em bases cumulativas entre as partes e cada uma delas concordou com o uso da redação específica neste Contrato. Outrossim, as partes reconhecem que quaisquer questões de interpretação duvidosa ou pouco claras não deverão ser resolvidas por qualquer norma ou interpretação contra os que o lavraram, e que cada parte participou no preparo deste Contrato. Assim sendo, este Contrato deverá ser interpretado sem levar em consideração a parte ou partes responsáveis por lavrá-lo ou prepará-lo.

A cláusula acima transcrita, embora vincule os contratantes no momento da execução do contrato, possui como destinatário direto o próprio magistrado que vier a ser encarregado

---

<sup>122</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral e contratos em espécie**. 3. Ed. Rio de Janeiro: RT, [s.d.].

de dirimir alguma controvérsia entre as partes. Por meio dessa disposição, os contratantes indicam ao magistrado que, em razão de características específicas presentes naquela relação contratual, as suas cláusulas não deverão ser interpretadas em desfavor daquela parte que as estipulou, uma vez que ambos os contratantes participaram na elaboração do acordo e de suas cláusulas.

Embora não tenham sido localizados precedentes jurisprudenciais sobre a validade dessa cláusula, a depender das características presentes no caso concreto, deve-se reconhecer que a mesma exerce alguma influência no julgamento de um litígio contratual, por informar ao magistrado que as partes, desde o início do vínculo contratual, manifestaram sua intenção de excluir um determinado método de interpretação, em razão da recíproca participação na elaboração do contrato.

Essa convenção tende, portanto, a vincular o magistrado ao seu preceito, retirando-lhe a prerrogativa de se utilizar do método de interpretação segundo o qual, em caso de ambiguidade, a cláusula se interpreta contra aquele que a estipulou, demonstrando que as partes podem, dentro de certos limites, excluir mecanismos de interpretação que, normalmente, estão à disposição do magistrado.

#### 2.3.1.2.3 C. A escolha pelo julgamento por equidade

Seguindo a linha de pensamento que vem sendo desenvolvida ao longo desse trabalho, busca-se introduzir propostas que confirmam aos contratantes uma maior participação e capacidade de influência sobre a forma de julgamento de eventual e futuro litígio contratual, sendo uma das justificativas para tanto a possibilidade de se produzir decisões mais consentâneas com as peculiaridades da situação concreta, isto é, em prol de decisões judiciais mais adequadas aos interesses das partes e ao projeto contratual.

Nesse cenário, cabe cogitar acerca da validade e dos efeitos de uma convenção contratual prevendo a adoção do julgamento por critérios de equidade. Essa possibilidade, embora se refira à alteração convencional do método ou forma de julgamento do litígio contratual, está sendo inserida no capítulo destinado às cláusulas que procuram influenciar a interpretação judicial do contrato, por ser esta a classificação que mais se aproxima dessa convenção, a qual, de certa forma, também terá influência sobre a interpretação judicial do contrato e das suas disposições.



Primeiramente, cumpre ressaltar que se trata de possibilidade de *lege ferenda*, na medida em que o Código de Processo Civil brasileiro expressamente prevê em seu artigo 127 que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.<sup>123</sup> Contudo, dada a constatação de que, frequentemente, os preceitos legais, concebidos de forma abstrata, não são capazes de abarcar a infinidade de situações e relações jurídicas decorrentes do dinamismo e complexidade das relações sociais que vêm se desenvolvendo, vislumbra-se um campo fértil para a introdução da possibilidade em tela.

Na legislação esparsa é possível identificar tendências direcionadas nesse sentido. A Lei de Arbitragem, por exemplo, dispõe expressamente no artigo 2º<sup>124</sup>, que as partes podem convencionar que a arbitragem se dê por equidade, permitindo-lhes, ainda, que as mesmas escolham as regras de direito que serão aplicáveis à demanda. Ou seja, o árbitro ficará adstrito ao que foi avençado pelas partes da arbitragem.

Trata-se de ampla liberdade facultada às partes, que podem definir que o julgamento da questão entre elas se dê tanto por equidade, quanto por regras de direito material por elas escolhidas. Ao assim proceder, as partes depositam confiança no julgador para permitir que o mesmo formule juízos alheios a critérios de estrita legalidade<sup>125</sup>, a fim de se obter uma solução judicial mais adequada e conforme as especificidades e necessidades da situação fática em exame.

Outro exemplo da possibilidade de julgamento por equidade é extraído da Lei dos Juizados Especiais, cujo artigo 6º prevê que “o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”. Em que pese tratar-se de faculdade atribuída ao Juiz e não às partes, não deixa de refletir hipótese do ordenamento pátrio em que se introduz a ideia do julgamento por equidade.

A título ilustrativo, aliás, mostra-se de grande valia destacar o direito italiano, cujo artigo 114, do Código Processual Civil, permite expressamente que o mérito da causa que

---

<sup>123</sup> BRASIL. **Código Processual Civil**. Lei nº 5.869/73. Artigo 127. “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

<sup>124</sup> BRASIL. Lei 9.307, de 23/09/96 (Lei de Arbitragem): “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

<sup>125</sup> GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. In: MEDINA, José Miguel et. al. (Org.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais estudos em homenagem à Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 290/304.

verse sobre direitos disponíveis seja decidido por equidade, a pedido conjunto de ambas as partes.<sup>126</sup>

Pietro Perlingieri, ao examinar o teor desse dispositivo, salienta que a utilização da fonte equitativa encontra maior aplicação no campo da dosagem e definição das consequências do fato jurídico, na medida em que, para o autor, a qualificação do fato deve ser extraído do sistema normativo.

Impõe mencionar, ainda, que a doutrina processualista pátria vem se debruçando sobre o tema, merecendo destaque, de um lado, a opinião de José Carlos Barbosa Moreira<sup>127</sup>, que, apesar de favorável às convenções das partes em diversos aspectos, mostra-se contrário à possibilidade de se estender tal hipótese ao julgamento por equidade; enquanto, por outro lado, Leonardo Greco defende, expressamente, essa possibilidade, invocando a previsão contida no direito italiano como fonte de seu entendimento<sup>128</sup>.

Ainda que se trate de medida de exceção (já que a regra continua sendo a aplicação da fonte legal) e circunscrita à disponibilidade dos interesses envolvidos, vislumbra-se um campo para discussão dessa possibilidade, permitindo-se extrair que o recurso à equidade representa mais um importante instrumento que pode ser colocado à disposição das partes em prol de uma maior adequação do julgamento do litígio ao interesse das partes e ao projeto contratual por elas traçado.

Embora se possa argumentar que essa previsão iria de encontro ao argumento da ampliação da previsibilidade da intervenção judicial no contrato, o fato é que, em determinadas circunstâncias, os contratantes podem possuir o interesse em obter um julgamento que não esteja, necessariamente, fundamentado na lei, mas, sim, em um juízo de valor equitativo, obtendo os benefícios decorrentes dessa escolha, tais como a maior adequação da solução ao caso concreto e a ampliação da celeridade do processo decisório.

A título de exemplo é possível se cogitar a respeito de um contrato de empreitada tendo como objeto a construção de um parque industrial, no qual as partes tenham interesse em resolver, de forma especialmente veloz, as controvérsias surgidas ao longo da execução do mesmo, a fim de que a realização das obras e o cronograma inicialmente previsto não seja afetado por longas demandas judiciais.

---

<sup>126</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 248/249

<sup>127</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 40, p. 87, 4º Trimestre de 1983.

<sup>128</sup> GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. *Op. Cit.*

Nessa hipótese, caso não desejem pactuar uma cláusula arbitral, preservando a potencialidade e benefícios da intervenção judicial, pode ser possível que as partes convençionem que o julgamento realizado pelo magistrado dar-se-á por equidade, a fim de obter uma solução mais célere do que aquela que seria produzida em um processo judicial ordinário e mais próxima, em um senso equitativo, ao interesse das partes.

Portanto, mesmo sendo uma hipótese ainda pouco explorada e de *lege ferenda*, percebe-se o interesse que as partes de um contrato podem possuir em convençioná-la, devendo-se reconhecer que, a depender das premissas e circunstâncias do caso concreto, essa disposição, mesmo se não vincular o magistrado ao critério de julgamento equitativo proposto pelos contratantes, poderá ter influência na interpretação do contrato e de suas cláusulas.

Ainda que o juiz não se sinta vinculado por essa previsão, até mesmo pela vedação legal do artigo 127, do Código de Processo Civil, anteriormente mencionado, essa convenção indicará ao magistrado que as partes priorizam, naquela relação contratual, uma solução mais próxima possível do juízo equitativo, demonstrando a vontade dos contratantes de que suas obrigações sejam avaliadas sob esse prisma.

### 2.3.2 Os contratantes influenciando o exame judicial das provas

Em um processo judicial, a atividade ou instrução probatória é um dos pontos fundamentais para a solução de qualquer litígio. A produção e valoração das provas consiste, salvo nas hipóteses em que a matéria é estritamente de direito, o ponto nevrálgico de uma controvérsia judicial, podendo essa atividade resultar na procedência ou improcedência do pedido formulado pelo litigante.

Como refletem renomados estudos doutrinários, a concepção tradicional dos poderes instrutórios do magistrado limitava a atividade do juiz à investigação do direito. De acordo com essa concepção tradicional, os sujeitos interessados objetivamente na solução do processo determinavam o seu objeto, promoviam o impulso do feito e forneciam todos os fundamentos de fato para a futura sentença.<sup>129</sup> Nessa concepção, na qual o processo era

---

<sup>129</sup> Como bem salientou Juan Montero Aroca, Catedrático de Direito Processual da Universidade de Valencia, Espanha, em estudo no qual examina a evolução dos modelos processuais: “(...) *para la concepción liberal la titularidad de verdaderos derechos subjetivos privados, es decir, la existencia de un amplio ámbito de autonomía de voluntad en las relaciones jurídicas materiales de derecho privado, extendía su virtualidad hasta comprender la titularidad de verdaderos derechos subjetivos procesales, consistentes, no ya en poder acudir al*

denominado de “coisa das partes”<sup>130</sup>, o juiz mantinha-se distante, atuando unicamente na aplicação do direito ao caso concreto.

Esse cenário, entretanto, se encontra atualmente superado, sendo particularmente comum se constatar como os poderes do juiz em relação à atividade instrutória desenvolvida ao longo de um processo judicial foram incrementados e ampliados. De fato, pouco a pouco, o magistrado foi investido de poderes de investigação da verdade real e o desenvolvimento desses poderes levaram à sua soberania no exame e valoração das provas produzidas no processo. O juiz deixou de ser mero espectador do duelo dos litigantes e passou a exercer um poder de direção do processo, marcado por uma maior iniciativa probatória.<sup>131</sup>

Dentre outras prerrogativas, reconheceu-se ao juiz o poder de ordenar, de ofício, a produção de elementos de prova necessários à resolução do litígio; indeferir diligências requeridas pelas partes (art. 130, CPC)<sup>132</sup>; atribuir hierarquia probatória aos elementos de prova, juntamente com o abandono do sistema de prova legal ou tarifada; e formar o seu convencimento de acordo com o princípio da livre convicção<sup>133</sup> (art. 131, CPC).<sup>134</sup>

---

*proceso, esto es, a pedir la tutela de aquellos derechos materiales, sino en poder determinar la manera de hacer ese proceso. Cuando se decía que las partes eran las dueñas del proceso se estaba diciendo algo que debía entenderse de modo prácticamente literal.”* AROCA, Juan Montero. “El proceso Civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Proceso Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 144.

<sup>130</sup> “Se liberal podia ser considerado o processo dessa época, deve entender-se que o era pela absoluta indiferença do julgador quanto à delimitação fática e jurídica do objeto litigioso, à prova dos fatos, ao drama humano, ao impacto das suas decisões sobre os interesses das partes.” GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out./2008.

<sup>131</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 74, n. 263, jul./set. 1978, p. 39-47.

<sup>132</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11/01/1973: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

<sup>133</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11/01/1973: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

<sup>134</sup> Conforme Humberto Theodoro Jr.: “Embora a verdade seja o desígnio do juiz, terá, não raro, que se contentar com a certeza formada à base das provas de que disponha, mesmo porque, diante da necessidade de compor o conflito de interesses por meio de uma solução rápida quanto possível para garantir a segurança indispensável ao convívio social, inadmissível seria a pesquisa ilimitada da verdade histórica dos acontecimentos relacionados com o litígio. Aliás, a finalidade mesma do processo não é a procura da verdade única e absoluta (a verdade material). O fim do processo, antes e acima de tudo, é a realização da ordem jurídica nas situações litigiosas. [...] a verdade absoluta é muito frequentemente inatingível para o conhecimento humano, de sorte que sempre seria possível por em dúvida a juridicidade do julgamento que a tivesse por único e indispensável fundamento. [...] Em realidade, somente nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, ou naquelas em que as partes se desincumbiram de forma incompleta ou contraditória e conflitando do onus probandi, é que o juiz deve exercer a faculdade de iniciativa de instrução da causa, determinando, de ofício, a coleta de prova que ele mesmo julgar conveniente e necessária para evitar julgamento em estado de perplexidade ou de incerteza jurídica. Sempre que as partes requererem todas as provas pertinentes ou que se fizerem presentes as presunções legais, não deverá prevalecer o poder do juiz de promover provas *ex-officio*. Por outro lado, mesmo quando entenda o juiz de completar a iniciativa probatória da parte, haverá de agir com grande cautela e parcimônia para não violar o dever da imparcialidade que é ponto altíssimo entre os requisitos da boa justiça. Se o direito material é disponível e a parte não cuidou de fazer a prova necessária para demonstrá-lo ou exercê-lo, a presunção lógica e

Mas, embora o juiz possua uma ampla discricionariedade na questão probatória, assim como se verifica na interpretação do contrato e de suas cláusulas, cabe cogitar se os contratantes ainda conservam a capacidade de influenciar, por meio do contrato, essa etapa fundamental do processo decisório do litígio contratual. Embora nessa matéria os limites da liberdade contratual possam ser considerados mais estreitos do que aqueles verificados na interpretação judicial, cabe verificar se os contratantes possuem instrumentos para influenciar a investigação probatória realizada pelo magistrado no exame de um litígio contratual.

A questão é delicada e, embora no campo processual sejam razoavelmente frequentes os estudos<sup>135</sup> acerca das convenções que procuram modificar as regras de distribuição do ônus da prova<sup>136</sup>, quando se trata de influenciar o próprio convencimento do juiz a respeito das provas que normalmente seriam deduzidas em juízo a questão assume contornos mais sensíveis.

Assim, com a cautela que a questão recomenda, verificar-se-á se algumas convenções tradicionalmente previstas no contrato podem influenciar, ainda que indiretamente, a atividade judicial de exame e valoração das provas, a qual é tradicionalmente exercida de forma livre pelo magistrado.

A seguir, serão examinadas duas espécies de cláusulas por meio das quais os contratantes procuram dar a sua contribuição e influenciar o ofício do juiz nessa matéria: (i) as já conhecidas cláusulas de constatação, por meio das quais as partes estabelecem premissas fáticas pré-constituindo um entendimento a respeito de elementos fáticos; e (ii) as cláusulas de integralidade, por meio das quais os contratantes procuram excluir o valor probatório dos documentos oriundos da fase de negociação.

### 2.3.2.1 Cláusulas de constatação ou de declaração

---

imediate é que abriu mão dele. Assim, não seria correto que o juiz viesse a sobre a essa vontade, passando a advogar a causa da parte.” THEODORO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. Op. Cit., p. 39/47.

<sup>135</sup> GRECO, Leonardo. A prova no Processo Civil: do Código de 1.973 ao novo Código Civil. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes, RJ: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.357/392.

<sup>136</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11/01/1973: “Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;  
 II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;  
 II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”

Por meio das denominadas “cláusulas de constatação” ou “cláusulas de declaração”, as partes de um contrato costumam declarar os motivos que ensejaram a contratação, consignando as premissas fáticas que foram levadas em consideração na redação do contrato e de suas cláusulas, assim como na definição das diversas obrigações nele previstas. Essas cláusulas podem assumir diferentes formatos, mas costumam ser inseridas no início do contrato, sob a denominação de “considerandos”.

Essas convenções tendem a conter premissas genéricas, mas podem apresentar informações mais específicas, prevendo, por exemplo, que uma determinada declaração pré-contratual ou publicitária emanada de uma das partes não foi fundamental para o consentimento da outra parte; que o adquirente examinou o bem vendido e anuiu com os seus vícios; que o preço fixado no contrato levou em consideração a qualidade dos serviços esperados ou determinadas características do serviço ou do bem contratado; etc.

Por oportuno, vale conferir um exemplo dessas cláusulas, em um contrato hipotético de prestação de serviços no qual uma indústria tenha contratado uma empresa especializada na implementação de medidas e equipamentos destinados à redução de emissão de gases poluentes emitidos por fábricas e unidades fabris. Confira-se:

- (I) a CONTRATANTE pretende implementar um programa de redução de emissões de gases em suas unidades, fábricas, depósitos, escritórios, demais instalações de sua propriedade e regiões externas sob influência de suas atividades, mediante o desenvolvimento de projetos específicos voltados para tal finalidade;
- (II) a CONTRATANTE identificou, por meio de pesquisas de campo previamente realizadas, oportunidades para a implementação de Projetos, conforme detalhado no relatório que integra o presente Contrato como Anexo A;
- (III) a CONTRATANTE pretende registrar e certificar cada Projeto junto às respectivas entidades governamentais e não-governamentais competentes;
- (IV) a CONTRATANTE pretende emitir e comercializar créditos de carbono oriundos de cada Projeto no âmbito dos respectivos sistemas de compra e venda existentes para tanto;
- (V) a CONTRATADA tem experiência no ramo de estruturação e implementação de projetos de redução de emissão de gases, atuando desde a concepção de tais projetos até a emissão e comercialização dos créditos de carbono correspondentes;
- (VI) a CONTRATADA apresentou proposta comercial para prestar à CONTRATANTE serviços de identificação, estruturação e implementação de Projetos;
- (VII) as Partes firmaram um termo de confidencialidade, e uma carta de intenção, ambos relacionados à intenção das Partes de identificar, estruturar e implementar esses Projetos; e

(VIII) a CONTRATANTE deseja contratar os serviços da CONTRATADA, e a CONTRATADA deseja prestar tais serviços à CONTRATANTE;

RESOLVEM as Partes celebrar o presente contrato de prestação de serviços de consultoria, que se regerá pelas cláusulas e condições a seguir.

Como se pode antever, essas cláusulas tendem a tornar mais complexa a contestação de elementos fáticos por qualquer uma das partes, reduzindo a controvérsia entre os contratantes. Ao definirem e declararem, em conjunto, os motivos que ensejaram a contratação e os elementos fundamentais considerados pelas partes para a definição de suas obrigações, os contratantes reduzem as possibilidades de negativa futura de algum desses elementos por uma das partes.

Mas, além desse efeito imediato, as cláusulas de constatação também conferem ao magistrado premissas relevantes para o julgamento da controvérsia, efetivando uma pré-constituição de prova relacionada a aspectos fáticos da contratação. As cláusulas de constatação proporcionam, assim, um início de prova daqueles fatos constatados convencionalmente pelos contratantes, influenciando a busca da verdade pelo magistrado. Como a contestação do que foi declarado por uma das partes nessas cláusulas constituirá, no mínimo, uma contradição em desfavor do contratante, essas cláusulas acabam por interferir na valoração judicial das provas pelo magistrado, além de tornarem despicienda a produção de prova sobre determinados fatos já declarados pelas partes no contrato.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou uma ação de cobrança objetivando o pagamento de importância decorrentes de contrato de empreitada, inadimplido pela parte ré. Como demonstra esse julgado, as previsões estabelecidas pelas partes nos denominados *considerandos* foram fundamentais para o desfecho da lide, tendo influenciado, decisivamente, o julgamento do litígio contratual pelo magistrado. Confira-se trecho do voto do relator:

**AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE EMPREITADA E DE SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE DA EMPREITANTE.** A empreitante é responsável pelo pagamento de créditos das subempreiteiras por ter formalizado aditivo contratual com a empreiteira através do qual assumiu a responsabilidade de pagar os créditos das subempreiteiras e dos fornecedores, sem qualquer ressalva quanto a credores, valores ou vencimentos, utilizando-se dos recursos da retenção de valores a título de caução prestada pela empreiteira. **DENUNCIÇÃO DA LIDE.** A denúncia da lide requerida pela empreitante de sua empreiteira pelos créditos das subempreiteiras não é procedente, tendo em conta a responsabilidade assumida pela empreitante junto à empreiteira pelos débitos para com as subempreiteiras. **INTEPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS.** Interpreta-se o aditivo contratual de acordo com a intenção das partes, especialmente se essa se encontra expressa nos *considerandos* do termo contratual.(...)  
Nos considerandos do contrato restou manifestado pelas partes que havia atrasos no pagamento, pela empreiteira, com fornecedores e subempreiteiros, o que leva a afirmar-se que o valor retido a título de caução seria utilizado, também, para

pagamento de tais dívidas, já em atraso. Não há possibilidade de extrair-se diversa interpretação do aditivo contratual. Pretendessem, as partes, estipular o uso da caução para pagamentos de compromissos futuros, certamente haveria expressa disposição a respeito, assim como a ressalva daquelas importâncias que a empreitante já pagara à Wysling relativamente aos créditos das autoras, e não fariam constar, as partes, nos considerandos a menção aos débitos já existentes, impagos, de compromisso da Wysling. A intenção das partes contratantes, de reverterem ao pagamento dos débitos já existentes a caução retida, está expressa no instrumento aditivo, e não permite qualquer interpretação diversa o acordo ajustado.

Não se acolhe a afirmativa da Ré de que a utilização da caução teria como destino o pagamento do que fosse necessário à conclusão da obra, visto que, em nenhum momento, em sua contestação a ré assim justificou os termos contratados. Não demonstrou, a demandada, que efetuara o pagamento integral da obra contratada à Construtora e que esta deixou de executá-la na integralidade.<sup>137</sup>

Portanto, mais do que criar uma aparência de realidade, as cláusulas de constatação tendem a ser observadas pelo magistrado, que enxergam nessas disposições uma espécie de prova pré-constituída pelo próprio contrato a respeito de elementos fáticos fundamentais à contratação e à definição das obrigações nele previstas.

Embora a atividade probatória do juiz não fique integralmente limitada por essas cláusulas, o que seria inviável diante da atual concepção dos poderes do magistrado na matéria, os contratantes reduzem a ampla margem de manobra de que desfruta o juiz nessa matéria, tornando a atividade judicial mais previsível. Em outras palavras, ainda que o juiz não se considere vinculado pelas declarações contidas nessas cláusulas de constatação, as mesmas tornarão menos natural e mais complexa a interpretação exercida pelo juiz acerca das provas produzidas pelas partes, as quais deverão ser consideradas *vis a vis* as declarações previamente estabelecidas pelas cláusulas de constatação, especialmente quando o contrato for celebrado entre partes igualmente assessoradas e os interesses envolvidos forem economicamente relevantes.

Constata-se, portanto, a influência dessas disposições no momento do julgamento de um litígio contratual, demonstrando como os contratantes, mesmo em uma matéria na qual os poderes do juiz são exercidos de forma consideravelmente livre, podem interferir e dar a sua contribuição para o julgamento que irá definir o futuro da relação contratual.

No que se refere à possibilidade de controle dessas cláusulas pelo magistrado, dentre os diversos instrumentos de que o juiz dispõe para tanto, deve-se destacar o controle fundamentado na verossimilhança.

A título de exemplo, o controle de verossimilhança pode ser aplicado à cláusula de constatação pela qual as partes declaram que todas as informações necessárias à celebração

---

<sup>137</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70004680328. Des. Relatora Ana Beatriz Iser. Data do Julgamento: 08/04/2003. Disponível em <http://www.tjrs.gov.br>. Acesso em 15 abr. 2009.



do negócio foram fornecidas anteriormente à conclusão do negócio. Embora essa cláusula exerça influência sobre a interpretação do contrato pelo juiz, a sua eficácia encontra-se sujeita a um controle de verossimilhança da previsão nela contida. Em outras palavras, caso a declaração contida nessa cláusula seja flagrantemente contrária à realidade fática, a mesma não deverá vincular o juiz no momento do julgamento do litígio contratual.<sup>138</sup>

O reconhecimento dessa possibilidade de controle, porém, não retira a eficácia das cláusulas de constatação, que tornam mais complexa a negativa futura dos fatos e premissas que foram consignados pelas partes, constituindo uma prova pré-constituída, que deverá ser levada em consideração pelo magistrado no momento do julgamento do litígio contratual. O efeito dessas cláusulas sobre o julgamento do litígio contratual, assim, não é afastado pela existência desse controle, sendo que o juiz, ainda que não se sinta vinculado por tais disposições, será pelas mesmas influenciado.

#### 2.3.2.2 Cláusulas de integralidade

Como visto no capítulo referente às cláusulas por meio das quais os contratantes procuram influenciar a interpretação judicial, as partes podem pretender definir, antecipadamente, a hierarquia entre os diversos elementos contratuais, a fim de reduzir as incertezas inerentes à interpretação judicial do contrato. Como já examinado, esse é o objetivo das cláusulas de prioridade, nas quais os contratantes elencam quais elementos do contrato devem prevalecer em caso de contradição entre as suas previsões.<sup>139</sup>

Ligeiramente diferentes dessas cláusulas, que influenciam a interpretação judicial do contrato, as partes podem pretender excluir, por completo, a influência dos documentos anteriores à celebração do contrato que, eventualmente, tenham sido trocados pelas partes. Neste caso, as partes procurarão restringir o valor probatório desses documentos ou modificar a sua valoração judicial.

Esse é o objetivo das “cláusulas de integralidade”, por meio das quais as partes estabelecem que somente o acordo definitivo por elas firmado é dotado de valor contratual, excluindo, assim, o caráter vinculativo ou obrigatório de todos os documentos e elementos

---

<sup>138</sup> Nesse particular, uma cláusula precisa, relatando de maneira detalhada as informações entregues, poderá tornar esse controle mais restrito, por constituir uma prova mais precisa do cumprimento do dever de informação.

<sup>139</sup> Vide seção 2.3.1.2.A.

anteriormente elaborados ou trocados pelas partes durante a fase de negociação. Por meio dessas cláusulas, as partes declaram que a fonte de suas obrigações é representada única e exclusivamente pelo contrato e que nenhum elemento oriundo da etapa de negociação preliminar poderá se sobrepor ao seu conteúdo. Daí porque a denominação de “cláusula de integralidade”: as partes declaram que o contrato contém a íntegra do acordo celebrado pelos contratantes, não havendo qualquer outro documento que obrigue as partes<sup>140</sup>.

Cabe citar um exemplo hipotético dessa previsão contratual: “o presente contrato representa a totalidade do acordo firmado entre as partes; ele anula e substitui todos os documentos trocados durante a fase de negociação”. Em outro formato, mas com o mesmo objetivo, essa cláusula também pode ser assim redigida:

o presente contrato contém a integralidade do acordo entre as partes e se sobrepõe a todos os acordos anteriormente firmados; cada parte tem pleno conhecimento de que firmando esse acordo abre mão de reivindicar qualquer compromisso assumido durante a fase de negociação, com exceção daqueles expressamente previstos no contrato.

Como se pode antever, o objetivo das cláusulas de integralidade é evitar que as partes fiquem vinculadas por algum elemento (seja um documento, uma declaração, uma correspondência, etc) oriunda da etapa das negociações preliminares à celebração do contrato. A cláusula de integralidade procura explicitar que o contrato reflete o resultado das

---

<sup>140</sup> A denominação é adotada no Artigo 2.1.17, dos Princípios Unidroit Relativos a Contratos Comerciais Internacionais de 2004 (Cláusula de integralidade): “Um contrato escrito que contenha uma cláusula, segundo a qual o escrito compreende a totalidade dos termos sobre que as partes acordaram, não pode ser contraditado ou complementado pela prova de declarações ou de acordos anteriores. **Estas declarações ou acordos podem, contudo, servir à interpretação do documento.**” Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004portuguese.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2009. Cabe esclarecer que a Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) é uma organização intergovernamental independente localizada em Roma, cujo propósito é estudar e desenvolver métodos para modernizar, harmonizar e coordenar relações comerciais privadas entre diferentes países. Nesse escopo, a Unidroit organizou um documento contendo uma série de princípios gerais aplicáveis aos contratos internacionais, os quais vêm sendo amplamente utilizados por Tribunais Arbitrais, mas também por Tribunais estatais encarregados de julgar litígios surgidos em contratos internacionais. O Preâmbulo desses Princípios da Unidroit esclarece o objetivo desse documento: “Estes Princípios estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais. Devem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles.(\*). Podem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela *lex mercatória*, ou similares. Podem ser aplicados caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato. Podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de direito uniforme. Podem ser usados para interpretar ou suplementar leis nacionais. Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais.” Esse princípios traduzem, assim, uma tendência global de harmonização do direito do comércio internacional por vias alternativas ao direito positivo elaborado pelos Estados nacionais, mediante tratados e convenções internacionais. Constituem o que a doutrina (SOUZA, Lauro Gama e, Os princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2002 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades) denominada de *soft law*, ou seja, prescrições sem natureza vinculante, que se destinam a atuar em conjunto com outras fontes do direito, em um contexto de pluralismo jurídico. Para maiores detalhes, ver <http://www.unidroit.org>.

negociações mantidas pelas partes e, por essa razão, substitui todos os elementos pré-contratuais ou negociais.

Essa previsão é de interesse inegável nos casos em que as tratativas se prolongaram durante um longo período de tempo, com a troca de numerosos documentos, memorandos e correspondências entre as partes. As cláusulas de integralidade são, assim, frequentemente adotadas quando o contrato foi precedido de uma fase de negociação complexa, existindo uma série de documentos trocados de parte a parte, os quais podem representar fonte de incerteza para os contratantes, após a celebração do contrato.

É comum, realmente, que os documentos trocados durante as negociações preliminares tragam informações contraditórias com o conteúdo do contrato, que costuma refletir o resultado final dessas negociações, após as tratativas efetivadas pelas partes. Como as informações trocadas durante a fase de negociação podem ser fonte de controvérsias futuras, trazendo insegurança aos contratantes em razão da imprevisibilidade da interpretação judicial sobre esses elementos, percebe-se o interesse que as partes podem possuir em afirmar que o contrato representa a única fonte das obrigações por eles firmadas.<sup>141</sup>

Ao estabelecerem que o contrato contém a integralidade das obrigações assumidas pelas partes e ao declararem que o mesmo substitui e se sobrepõe a qualquer elemento pré-contratual, as partes procuram influenciar a atividade judicial de busca da verdade dos fatos, indicando ao juiz que o contrato, por conter o resultado das negociações travadas pelas partes, é o único documento vinculativo firmado entre elas. Com isso, indiretamente, procuram

---

<sup>141</sup> Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro examinou uma controvérsia havida em um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, justamente porque o preço indicado no contrato divergia daquele presente em elementos extraídos da fase de negociação, **notadamente uma proposta oferecida por telefone e registrada pela prestadora de serviços de forma unilateral**. Confira-se trecho do julgado: “Apelação cível. Serviços de telecomunicações. Contratação de serviço de acesso à internet. Alegação de cobrança a maior. Sentença que julgou o pedido improcedente. Cobrança efetuada, levando em conta a fatura de fls. 55 que diverge do valor previsto no contrato. Valor cobrado à título de "locação da porta" que foi de R\$ 2.835,71, havendo previsão contratual de que o valor devido seria R\$ 2.192,03, de acordo com anexo I do termo aditivo firmado pelas partes. Diferença não justificada, não bastando para tanto a exibição de telas e a alegação de preço promocional. Contrato que prevê o preço, sem menção a qualquer promoção, conforme cláusulas 10, 8.2 e anexos. Repetição do indébito que se mostra viável, de forma simples, apenas em relação à diferença entre o valor cobrado, 2.835,71, e o valor previsto no contrato, R\$ 2.192,03. Sentença que merece parcial reforma, para que o pedido inicial seja julgado procedente em parte. Recurso parcialmente provido.(...)O fato de não ter sido adquirido equipamento, como considerado na sentença, não tem amparo contratual para a modificação do preço. Não há, também, menção nas cláusulas a preço promocional. As telas trazidas pela concessionária são unilaterais e não bastam para justificar a diferença cobrada, se as partes firmaram contrato e aditivo. Como se verifica, no caso em exame, a estipulação de uma cláusula de integralidade poderia evitar o surgimento da controvérsia acerca do preço do serviço contratado, ou, quando menos, tornar mais simples a solução dessa divergência havida entre os contratantes. Caso uma cláusula de integralidade houvesse sido convencionada, a divergência de preços que originou o litígio seria facilmente solucionada, devendo prevalecer o disposto no contrato. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2008.001.31847. Desembargador Relator Nanci Mahfuz Julgamento: 04/11/2008. Também demonstrando uma controvérsia entre um elemento extraído das negociações (o acordo de intenções) e o contrato, veja TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.20560, Des. Relatora Helena Belc, Julgamento em 29/07/2005. Disponível em <www.tj.rj.gov.br> Acesso em 22 abr. 2009.

impedir que o magistrado considere como fonte de obrigações para as partes alguma previsão contida em documento anterior ao contrato.

O juiz, na presença de uma convenção do gênero, não disporá da mesma liberdade para invocar um documento pré-contratual como um elemento de prova. A inserção de uma cláusula de integralidade no contrato torna, portanto, menos natural e mais complexa a utilização pelo juiz de um elemento exterior ao acordo como fonte de obrigação das partes.

Mas uma cláusula de integralidade seria capaz de afastar o valor probatório dos elementos advindos das negociações preliminares?

De fato, é difícil acreditar que o juiz responsável pelo julgamento de um litígio contratual se sentirá impedido de examinar um elemento pré-contratual, em razão de as partes terem convencionado uma cláusula do gênero, especialmente nos casos em que esse magistrado se deparar com uma ambiguidade passível de ser esclarecida por meio do exame de um elemento extraído da fase de negociação. Nesse caso, é provável que o juiz ignore essa cláusula, em prol de uma melhor solução para o litígio.

Mas tal fato não deve retirar, por completo, a eficácia dessa cláusula, nem tampouco afastar a sua influência no exame dos elementos probatórios pelo magistrado. Ora, se a cláusula de integralidade não impede que o juiz examine um elemento pré-contratual, ao menos estabelece uma evidente prevalência do contrato sobre esses elementos, de modo que, via de regra, o primeiro prevalecerá sobre estes últimos.

Assim, no que diz respeito à força probatória dos elementos examinados pelo juiz, a cláusula de integralidade terá o condão de reforçar o valor do contrato como prova primeira e fundamental, em detrimento dos documentos trocados durante a negociação, os quais, segundo as próprias partes declararam, não devem possuir natureza vinculativa. Essa cláusula terá o efeito de conferir maior valor probatório ao contrato, caso o juiz se sinta tentado a examinar um elemento pré-contratual.

### 2.3.2.3 Cláusulas excluindo valor contratual dos documentos preparatórios

Semelhante à hipótese acima citada, na qual as partes convencionam que o contrato contempla a integralidade das obrigações assumidas reciprocamente, excluindo aquelas que decorram da fase de negociação, os contratantes frequentemente inserem, nos documentos

trocados durante o período pré-contratual, uma cláusula indicando que tais documentos não configuram o contrato definitivo ou não possuem caráter vinculativo.

Como se sabe, o período pré-contratual, em especial quando o contrato em discussão possui grande importância econômica para as partes, é marcado pela troca de diversos documentos entre as partes, com as mais diversas finalidades: relatar as intenções das partes, o objeto da negociação, as condições preliminares do acordo, dentre outras informações prévias necessárias ao início das tratativas que podem resultar ou não no contrato definitivo.

São conhecidas as chamadas “cartas de intenção”, “memorando de entendimentos”, “*heads of agreement*”, dentre outros documentos pelos quais os contratantes consignam as premissas das negociações e tratativas que poderão desembocar na celebração do contrato definitivo.

Frequentemente, entretanto, esses documentos trocados pelas partes durante a fase de negociação se tornam uma fonte de insegurança, em razão da imprevisibilidade da sua qualificação judicial. Embora na visão das partes ou de uma delas os documentos trocados na fase de negociação não configurem um contrato, ou seja, não possuam caráter vinculativo, não raramente, verifica-se uma incerteza na matéria.

Especialmente quando o conteúdo desses documentos preparatórios se mostra complexo e detalhado, assemelhando-se ao contrato definitivo, percebe-se o interesse das partes em esclarecer, entre elas próprias, mas também ao juiz eventualmente encarregado de examinar esse documento, que o mesmo não representa um contrato, não possuindo caráter vinculativo.

Para evitar a incerteza quanto à qualificação dos documentos preparatórios, os negociadores costumam externar que se encontram apenas em fase de negociação, não havendo sido formada ainda uma relação contratual. Assim, declaram no bojo desses documentos que os mesmos não constituem o contrato definitivo. São exemplos dessa cláusula expressões colocadas ao final dos documentos preparatórios: *documento não contratual* ou *documento não vinculativo*.<sup>142</sup>

Essas previsões, que refletem um exercício de sensatez e previsão dos contratantes, além de permitir que as partes externem a vontade de não estarem vinculadas por um contrato, tendem a vincular o juiz quanto à qualificação não-contratual dos documentos

---

<sup>142</sup> As expressões são frequentemente encontradas em Memorandos de Entendimentos, Cartas da intenção, Heads of Agreements. A título de exemplo, pode-se citar a seguinte cláusula hipotética de um Memorando de Entendimentos: “Este Memorando é um documento não vinculativo e a transação está sujeita à documentação definitiva, se a mesma vier a ser celebrada entre as partes”.

preparatórios, tornando mais complexo o reconhecimento de um contrato contra a vontade expressamente declarada pelas partes no documento.

Se, na ausência dessa disposição, o juiz é livre para qualificar o documento como vinculativo ou contratual, conferindo-lhe um valor probatório condizente com essa qualificação, quando as partes expressamente declaram que tais documentos não configuram um contrato, reduzem ou limitam a atuação do magistrado na matéria, exigindo, no mínimo, maiores esforços do juiz para justificar o reconhecimento de um contrato, onde as próprias partes assim não desejaram.

### 2.3.3 Os contratantes influenciando a aplicação das sanções pelo juiz

No direito pátrio, as sanções relacionadas à inexecução de um contrato são múltiplas e, com a ressalva das sanções provisórias, possuem como ponto comum o fato de serem aplicadas exclusivamente pelo magistrado. A soberania do Estado implica em que a justiça privada, ao menos a que possua caráter definitivo, seja a mais discreta possível e, no âmbito do direito contratual, isso significa que as sanções de inexecução do contrato se encontram concentradas nas mãos do magistrado. O magistrado possui, assim, considerável liberdade de escolha na matéria e, uma vez provocado, seu poder de apreciação é particularmente extenso, possuindo o monopólio na escolha da sanção que deve ser aplicada e da sua medida.<sup>143</sup>

A amplitude desses poderes representa, com frequência, uma fonte de insegurança para os contratantes e, especialmente quando estão presentes interesses econômicos relevantes, a ampla margem de decisão do magistrado na escolha da sanção e da sua medida podem representar um risco significativo para as partes de um contrato. Diante disso, a exemplo do que se verificou em relação à interpretação contratual e à questão probatória, percebe-se o interesse que os contratantes podem possuir em tornar mais previsível o resultado dessa atividade pelo juiz.

Se os contratantes desejam apenas evitar que o juiz aplique uma determinada sanção, porque eles a consideram inapropriada àquela relação contratual, podem se animar a estipular uma cláusula afastando antecipadamente essa sanção indesejada, reduzindo, assim, o amplo poder de decisão do juiz na escolha das sanções contratuais.

---

<sup>143</sup> LAMOUREUX, Marie. *op. cit.*, p. 453.

As cláusulas de renúncia a uma das sanções de inexecução contratual têm, como primeiro e evidente efeito, afastar a possibilidade de um dos contratantes requerer a aplicação da sanção expressamente excluída pelo contrato. Mas, ao lado desse efeito primário, verificasse que tais disposições tendem a retirar do juiz a possibilidade de aplicação da medida que foi objeto de renúncia expressa pelas partes no contrato.

Mas os contratantes podem limitar a gama de sanções que a vítima de uma inexecução do contrato possui o direito de demandar e, indiretamente, aquelas que o juiz pode normalmente aplicar?

Essa questão fundamental – que se coloca diante de cláusulas por meio das quais os contratantes renunciam ao direito de pleitear uma determinada sanção contratual – traz perplexidade porque, tradicionalmente, se entende que o juiz é livre para escolher a sanção que entender mais adequada ao caso concreto, mas também porque dificilmente se indaga se os contratantes podem controlar as sanções que desejam ver aplicadas à relação contratual. Em outras palavras, se o juiz possui efetivamente um amplo poder de apreciação na matéria, isso não significa, de *per si*, que os contratantes não sejam livres para convencionar estipulações que influenciem o exercício desse poder.

A seguir, serão examinadas cláusulas contratuais por meio das quais as partes procuram influenciar e interferir na oportunidade, escolha e medida da sanção a ser aplicada pelo magistrado.

#### 2.3.3.1 A cláusula penal e a cláusula resolutória

Duas cláusulas tradicionalmente utilizadas nos contratos podem ser classificadas como convenções por meio das quais os contratantes procuram influenciar a aplicação de sanções judiciais em matéria contratual: (i) a cláusula penal compensatória e (ii) a cláusula resolutória.

Por meio da cláusula penal, os contratantes pretendem se apropriar da função judicial de fixar as perdas e danos decorrentes do inadimplemento, enquanto que convencionando uma cláusula resolutória os contratantes se investem do poder do juiz de decretar a resolução do contrato, em caso de inadimplemento ou descumprimento de uma ou mais obrigações previstas no contrato.

Iniciando pela cláusula penal compensatória, trata-se, na definição de Gustavo Tepedino, da disposição contratual que define uma soma a pagar ou prestação a ser cumprida pelo contratante inadimplente, com a função precípua de liquidar, antecipadamente, os danos decorrentes do descumprimento contratual.<sup>144</sup>

Como ressalta o autor, embora na doutrina tradicional, inspirada no direito romano, reconheça-se em tal cláusula, ao lado da função ressarcitória, natureza sancionatória ou coercitiva, na medida em que representa também uma espécie de pena pelo inadimplemento, a tendência que prevalece atualmente é a de que a cláusula penal compensatória é desprovida de caráter sancionatório. Sua função primordial é, portanto, pré-fixar as perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que, por meio da cláusula penal, os contratantes definem, eles próprios, o valor da indenização que será devida pela parte inadimplente, função essa que, na ausência da cláusula penal, caberia unicamente ao magistrado, que fixará o valor dos danos com base nas provas produzidas no processo. O exame da jurisprudência revela que os Tribunais pátrios tendem a respeitar a prefixação das perdas e danos pelos contratantes por meio da cláusula penal, a qual é amplamente admitida nas mais diversas espécies de contratação e especialmente reconhecida quando se trata de contratantes profissionais.<sup>145</sup>

Os contratantes, assim, se apropriam de uma função tradicional do magistrado em relação ao contrato, consistente na fixação do valor da indenização decorrente do seu descumprimento, valendo notar que esse efeito também ocorre quando a cláusula penal opera em favor do devedor, nas hipóteses em que o valor por ela estipulado é inferior ao dano efetivamente sofrido pelo contratante inocente e não tiver sido prevista possibilidade de complementação da indenização, nos termos do artigo 416, do Código Civil.<sup>146</sup>

Mas, como se sabe, o regime da cláusula penal compensatória compreende a possibilidade ou, para alguns autores<sup>147</sup>, o dever imposto ao juiz de reduzir o valor da

---

<sup>144</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 3-15, jul./set. 2005.

<sup>145</sup> Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação Cível 2008.001.42704. Desembargador Relator Reinaldo P. Alberto Filho. Data do Julgamento: 16/09/2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2009.

<sup>146</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10/01/2002: “Artigo 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

<sup>147</sup> No sentido de que o juiz tem o dever de reduzir o valor da cláusula penal nas hipóteses previstas no artigo 413, do Código Civil, o professor Gustavo Tepedino é categórico: “Como se vê, o Código Civil, reproduzindo a



indenização fixado no contrato, caso a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio, nos termos do artigo 413, do Código Civil.<sup>148</sup>

Poder-se-ia argumentar, portanto, que a prefixação do valor das perdas e danos pelos contratantes se mostra sempre limitada, por ter o artigo 413, do Código Civil, estabelecido a possibilidade ou o dever judicial de revisão da cláusula penal manifestamente excessiva, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio, ou desproporcional em razão do cumprimento de parte da obrigação.

Mas, como deflui da redação do próprio artigo 413, do Código Civil, a revisão do valor da cláusula penal tem caráter excepcional e, por consequência, deve ser interpretada restritivamente. Assim, para ensejar a revisão judicial da cláusula penal não basta que o valor previsto pelas partes e o valor do dano efetivamente sofrido não sejam semelhantes; é necessário que se esteja diante de uma desproporção evidente, isto é, “manifestamente” excessiva, como previsto no dispositivo.

A noção de “manifestamente excessiva” demonstra que a cláusula penal tem o condão de influenciar a atividade judicial de fixação das perdas e danos em caso de inadimplemento do contrato, pois, na ausência dessa cláusula, o juiz teria uma ampla liberdade na matéria. Quando as partes estipulam uma cláusula penal, a atuação do magistrado sofre uma limitação, devendo o juiz verificar se a previsão dos contratantes não se mostra manifestamente excessiva no caso concreto, o que é diferente de definir, livremente, o valor das perdas e danos.<sup>149</sup>

---

dicção do art. 812 do Código Civil português, inovou no que tange à exigibilidade da cláusula penal, ao impor ao juiz o dever de reduzi-la equitativamente [...]”. (Ibidem, p. 6).

<sup>148</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10/01/2002: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

<sup>149</sup> É o que revela recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual se constata que a redução da cláusula penal tem lugar quando manifestamente excessiva. Confira-se trecho do julgado: “Ação ordinária c/c indenizatória. Cláusula penal moratória. Possibilidade de redução. Configuração de danos morais. Recurso adesivo que se insurge contra a cobrança da multa, por considerar abusiva a cláusula penal. Nosso ordenamento jurídico permite o estabelecimento de cláusula acessória à obrigação principal que fixe sanção econômica para o caso de descumprimento de obrigação (cláusula penal compensatória) ou pelo atraso no cumprimento desta (cláusula penal moratória). O caso concreto enquadra-se na última modalidade, tendo em vista pretender o reforço de cláusula contratual específica. Aplicabilidade do artigo 411 do Código Civil que permite se exigir a satisfação da multa em conjunto com a obrigação principal. Assim, não obstante o cumprimento do contrato, resta íntegra a possibilidade de cobrança da multa referente aos dias de atraso, livremente pactuada pelas partes. No que tange ao recurso principal, não deve prevalecer a tese de impossibilidade de redução da multa, nos moldes efetuados. A limitação imposta no artigo 412 do CC e alegada pelo recorrente dirige-se aos contratantes, não vinculando o Juízo. O artigo 413 do Código Civil permite ao Magistrado reduzir equitativamente a penalidade se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante desta for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. No caso em análise, a obrigação foi integralmente cumprida, embora com atraso, e o valor cobrado **em muito excede** o valor

Se, na ausência dessa cláusula, o juiz teria ampla liberdade para fixar o valor devido a título de perdas e danos pelo contratante inadimplente, a prefixação do valor da indenização em uma estipulação contratual exerce influência relevante nessa matéria, ensejando a sua revisão apenas quando houver um desproporção manifesta, excessiva, entre o valor da pena e a obrigação prevista no contrato.

Assim, na presença de uma cláusula penal, o amplo poder de fixação do valor da indenização normalmente atribuído ao juiz nessa matéria não será exercido da mesma forma que seria caso as partes não pactuassem essa convenção. Não obstante a possibilidade de redução da cláusula penal, essa convenção influencia, de forma relevante, uma função tradicional do juiz, que é a fixação do valor da indenização, reduzindo a ampla margem de manobra do magistrado na matéria.

Já na cláusula resolutória – por meio da qual as partes convencionam que, em caso de inexecução, o contrato poderá ser resolvido de pleno direito sem a necessidade de intervenção judicial – os contratantes se investem do poder do juiz de decretar a resolução do contrato, em caso de inadimplemento ou descumprimento de uma ou mais obrigações, tornando despicienda, em princípio, a declaração judicial de resolução do pacto.<sup>150</sup>

No direito pátrio, adotando o sistema francês, a inserção de uma cláusula resolutória expressa no contrato afasta a necessidade de intervenção judicial para declaração de resolução da avença.<sup>151</sup> Diferentemente ocorre na falta de previsão resolutiva no contrato, em que, apesar de ser possível subentender-se que o inadimplemento da obrigação por uma das partes ensejaria a resolução do negócio contratual (cláusula resolutória tácita), a simples não inserção de tal cláusula impõe a resolução judicial, pressupondo a prova da infração do que fora estipulado ( art. 474, do Código Civil).

Assim, havendo cláusula resolutória expressa no contrato, a resolução opera-se de pleno direito, sendo dispensável a interpelação judicial, mormente quando as partes já indicam, de antemão, quais as obrigações cujo inadimplemento importará na resolução, hipótese que cerceia em larga medida a interferência judicial no contrato.<sup>152</sup>

---

do contrato estando correta a decisão o Juízo a quo de redução da cláusula penal, bem como o valor fixado. (...) Primeiro recurso ao qual se dá parcial provimento e recurso adesivo improvido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apelação cível nº 2007.001.58768, Des. Relator Mario Assis Gonçalves, Terceira Câmara Cível, julgamento em 29/01/2008).

<sup>150</sup> Para maiores detalhes sobre tais cláusulas, confira-se: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: v. IV. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 210.

<sup>151</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 208/209.

<sup>152</sup> Orlando Gomes reforça tal aspecto, ao destacar que, em que pese haver alguns autores que defendam que em qualquer hipótese a resolução do contrato deva ser precedida de intervenção judicial, a simples previsão que a cláusula resolutória expressa opera de pleno direito já impõe tratamento diverso da cláusula resolutória tácita, e

### 2.3.3.2. Exclusão da indenização com caráter punitivo

Um dos institutos típicos do sistema jurídico norte-americano que tem tido ampla repercussão em nosso país, fazendo-se acompanhar de grande polêmica, por sinal, é a atribuição de caráter punitivo – *punitive damages* – à reparação do dano extrapatrimonial<sup>153</sup>.

A tese da função punitiva da reparação do dano extrapatrimonial conta, atualmente no Brasil, com ardorosos defensores, tanto na doutrina<sup>154</sup>, quanto na jurisprudência<sup>155</sup>. Com efeito, diversos autores defendem a necessidade de fixação da indenização com caráter punitivo para prevenir ofensas futuras, servir de exemplo, desestimular a repetição da mesma prática, dentre outros argumentos invocados para justificar, além do caráter compensatório, uma punição exemplar ao ofensor.

Maria Celina Bodin de Moraes observou que, apesar da difusão dessa teoria na doutrina e jurisprudência, não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais. Ao contrário, como demonstra a autora, os (erroneamente) chamados “danos punitivos”<sup>156</sup> foram, em diversas oportunidades, rejeitados pelo legislador nacional.<sup>157</sup>

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça aderiu à tese do caráter punitivo da indenização, com fundamento na necessidade de desestimular a reiteração da conduta lesiva

conclui que: "havendo sido estipulada, seja dispensável a resolução judicial, pois, do contrário, a cláusula seria inútil". *Op. Cit.*, p. 209

<sup>153</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.

**Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

<sup>154</sup> São defensores da tese, dentre outros, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz. Contrários à teoria da indenização com caráter punitivo, José Aguiar Dias, Pontes de Miranda e Orlando Gomes. Admitindo a sua aplicação apenas em hipóteses excepcionais, Maria Celina Bodin de Moraes, *Punitive damages* em sistemas civilistas. *Op. Cit.*

<sup>155</sup> A título de exemplo, cita-se o seguinte acórdão: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 2009.001.09781, Des. Relator Jorge Luiz Habib. Data de Julgamento: 26/05/2009.

“Apelação cível. Ação indenizatória. Inclusão indevida do nome no SPC. Danos morais. A inclusão indevida, no rol dos devedores, é causa pacífica de entendimento, na jurisprudência a ensejar a indenização compensatória por dano moral experimentado. A indenização por dano moral, deve ser fixada em patamares comedidos, ou seja, não exhibe uma forma de enriquecimento para o ofendido, nem, tampouco, constitui um valor ínfimo que nada indenize e que deixe de retratar uma reprovação à atitude imprópria do ofensor, considerada a sua capacidade econômico-financeira. A reparação desse tipo de dano tem tríplice caráter: punitivo, indenizatório e educativo, como forma de desestimular a reiteração do ato danoso. Precedentes deste TJRJ. Apelações manifestamente improcedentes as quais se nega seguimento de plano, na forma do art. 557, caput, CPC.”

<sup>156</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a tradução correta de *punitive damages* é indenização punitiva. V. *Punitive damages* em sistemas civilistas. *Op. Cit.*

<sup>157</sup> O artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, contemplava a indenização punitiva, assim como o Projeto de Lei nº 6.960, apresentado em 12 de junho de 2002 pelo deputado Ricardo Fiúza, que intencionava acrescentar um parágrafo ao artigo 944, do Código Civil, abrindo a oportunidade para que a reparação do dano moral fosse fixada em montante “adequado ao desestímulo ao lesante”. Ambas as tentativas fracassaram, tendo sido objeto de veto.

pelo ofensor. Como refletem diversos julgados recentes da corte, esse novo critério jurisprudencial de fixação de indenização – desestímulo ao ofensor – passou a ser adotado com frequência, ocasionando a fixação do valor da indenização em patamar bastante superior àquele necessário à reparação do dano sofrido pela vítima da conduta lesiva.<sup>158</sup>

Paralelamente, verificou-se na doutrina<sup>159</sup> e jurisprudência<sup>160</sup> o surgimento de uma tendência ao reconhecimento da possibilidade da ocorrência de danos morais em razão de inadimplemento contratual. Com efeito, apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter pacificado o entendimento no sentido de que somente em casos excepcionais seria admissível o reconhecimento de danos extrapatrimoniais decorrentes de inadimplemento contratual, não são raros os julgados que adotam essa tese.

Por fim, parte da doutrina<sup>164</sup> passou a reconhecer também a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais, sendo que os Tribunais pátrios encamparam com razoável frequência essa tese, a qual, atualmente, é objeto do verbete da Súmula nº 227, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.<sup>161</sup>

Evidentemente, o risco do reconhecimento de danos extrapatrimoniais decorrentes de um inadimplemento contratual, conjugado com a possibilidade desses danos serem fixados com caráter punitivo, representa fonte de insegurança para os contratantes. Percebe-se, portanto, o interesse que as partes de um contrato, especialmente quando estão presentes interesses econômicos relevantes, podem possuir em afastar, de comum acordo, a possibilidade de aplicação de danos com caráter punitivo.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> V., por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental 425.317, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. em 24/06/2002, DJ de 02/09/2002 e Recurso Especial 265.133, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento: 19/09/2000. Publicado em: D.J., 23/10/2000.

<sup>159</sup> V., por todos, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**: volume 1. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. 193 p.

<sup>160</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2069/95 Desembargador (a) Rel. Narcizo Pinto. Julgamento: 30.05.1995: “Obra inacabada – Dano moral – Indenização – Dano moral. Presume-se a ocorrência de sofrimento psíquico em pessoa que, em virtude de inadimplemento de contrato de reforma no interior de sua casa, passa a ter transtornos e contrariedades na habitação. Cabimento de indenização a título de dano moral.”

<sup>164</sup> Ver, por todos, TEPEDINO, Gustavo. Prefácio à obra de ALVES, Alexandre Ferreira Assumpção. **A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1997.

<sup>161</sup> Com o novo Código Civil, essa questão se pacificou, tendo em vista o teor dos artigos 52 e 11 e ss., que proclamam pela possibilidade das pessoas jurídicas serem titulares de direitos da personalidade, no que couber, e da possibilidade de reparação do dano causado por ofensa a esses direitos.

<sup>162</sup> Nos contratos em que as partes inserem uma cláusula arbitral, a exclusão do caráter punitivo dos danos vem sendo adotada, ao lado de outras tantas cláusulas por meio das quais as partes estabelecem a forma e o rito do procedimento arbitral. Confira-se um exemplo hipotético de uma cláusula arbitral excluindo a possibilidade de fixação não só dos danos com caráter punitivo, como também dos danos indiretos: “Ressalvada avença escrita expressa em contrário havida entre as Partes do procedimento arbitral: (1) O procedimento arbitral será realizado no Rio de Janeiro Estado do Rio de Janeiro, República Federativa do Brasil; (2) O procedimento arbitral será conduzido em idioma inglês e o(s) árbitro(s) será(ão) fluente(s) nesse idioma; (3) Os custos do procedimento arbitral (inclusive honorários e custos advocatícios) serão suportados conforme decidido pelo árbitro; (4) **Perdas e danos indiretos, punitivos ou outros assemelhados não serão admitidos**; (5) A sentença incluirá juros a

A questão reside, então, em saber se a prerrogativa que o juiz possui de atribuir caráter punitivo à indenização, majorando o seu valor de forma a impor uma pena ao ofensor, pode ser objeto de controle ou amenização pelos contratantes. Em outras palavras, cumpre verificar se as partes podem se antecipar ao litígio contratual para reduzir parte do amplo poder de que o magistrado dispõe na fixação do valor dos danos morais.

É possível elencar, ao menos, dois principais argumentos contrários à licitude de uma cláusula que excluísse a possibilidade da fixação judicial dos *punitive damages*: (i) o juiz possui liberdade para atribuir o valor que entender razoável à reparação de danos morais, podendo cominar o caráter de pena à indenização, sendo inviável que os contratantes lhe retirem esse poder; e (ii) o fundamento da atribuição da indenização com caráter punitivo é desestimular o ofensor à repetir a prática da conduta lesiva, razão pela qual os contratantes não poderiam afastar, antecipadamente, essa possibilidade, eis que presente um interesse público no desestímulo de condutas lesivas em geral.

Embora ambos os argumentos se pautem em premissas consistentes, a decisão dos contratantes em afastar a possibilidade de aplicação de indenização com caráter punitivo pode constituir, a depender das circunstâncias do caso concreto, um limite válido à prerrogativa do magistrado de fixar o valor da indenização por danos morais.

Primeiramente porque a majoração do valor da indenização, nesse caso, não possui o condão de indenizar o dano propriamente dito sofrido pela vítima, mas sim de constituir um desestímulo ao ofensor na prática reiterada do ato danoso. Caso os contratantes, antes da produção do dano, optem por afastar essa possibilidade, não se verificaria uma restrição à fixação de indenização dos danos sofridos pelo contratante inocente, podendo-se, única e tão somente, a eventual atribuição de indenização suplementar, com caráter punitivo.

Considerando que, de acordo com o disposto no artigo 944, do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano, essa convenção não entraria em conflito com a referida previsão legal que exige uma correspondência entre o dano e a respectiva indenização. Em uma palavra, o caráter punitivo da indenização não se encontra abrangido nem é tutelado por essa previsão legal, podendo ser afastado pelos contratantes.<sup>163</sup>

---

partir da data de qualquer violação do presente Contrato, conforme determinado pela sentença arbitral, e a partir da data da sentença até o seu pagamento integral, à taxa máxima permitida em lei; (6) O árbitro que presidir o tribunal arbitral não será da mesma nacionalidade de qualquer das controladoras finais das Partes, salvo avença em sentido contrário”.

<sup>163</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10/01/2002 “Art. 944.: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Além disso, uma cláusula que subtraia a possibilidade de fixação da indenização com caráter punitivo não retiraria do magistrado uma prerrogativa elementar à sua função, pois o juiz ainda conservaria, mesmo diante dessa previsão contratual, o poder de fixar o valor da indenização por danos morais de forma proporcional à lesão sofrida, ficando limitado pela vontade das partes apenas no que se refere à atribuição de indenização suplementar, com caráter punitivo.

Em relação ao segundo argumento contrário à validade dessa cláusula – por se tratar de um desestímulo à reiteração da conduta os contratantes não poderiam afastar a incidência dos *punitive damages* – cabe ressaltar que não há, no ordenamento brasileiro, nenhuma norma legal ou princípio prevendo a atribuição de caráter punitivo à indenização. Ao contrário, as medidas de caráter punitivo, na tradição do nosso direito, exigem lei prévia que as estabeleça com expressa indicação e quantificação da pena. O princípio da *nulla poenae sine lege* também foi elevado à categoria de garantia constitucional<sup>164</sup>, pouco importando que aqui se esteja falando de penalidade civil e pretensamente privada.

Note-se, ainda, que, embora a fixação da indenização com caráter punitivo tenha como fundamento o desestímulo ao ofensor, o valor da mesma reverterá, via de regra, à parte atingida pelo inadimplemento contratual, razão pela qual deve-se admitir que esta possa, antecipadamente, renunciar a esse direito. Nesse caso, não há uma renúncia à indenização propriamente dita, mas apenas ao caráter punitivo da reparação.

Por fim, a cláusula em exame encontra respaldo também no legítimo interesse dos contratantes de obter uma relação contratual com efeitos mais previsíveis. Adotando uma previsão como essa, os contratantes anuem e concordam, previamente, que eventuais danos extrapatrimoniais que forem causados reciprocamente serão indenizados de forma estritamente correspondente à lesão sofrida, afastando-se eventuais incertezas na matéria.

Mas, por outro lado, poder-se-ia cogitar da situação inversa, qual seja, os contratantes indicando ao juiz a sua intenção de que condutas que possam ensejar danos morais a uma das partes deem ensejo à reparação com caráter punitivo. Por se tratar de uma possibilidade já existente mesmo na ausência dessa cláusula, e porque não parece ser proveitoso que os contratantes se sujeitem aos riscos inerentes a essa opção, é difícil vislumbrar o interesse das partes nessa convenção, sendo muito mais provável que os contratantes pretendam excluir essa possibilidade como anteriormente exposto. Em todo caso, cabe cogitar também se uma

---

<sup>164</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. “Artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

cláusula do gênero teria o condão de atrelar o juiz à escolha das partes no momento da fixação da indenização.

A esse respeito, embora seja difícil que o juiz se sinta obrigado a respeitar uma cláusula que imponha a majoração do *quantum* indenizatório a ser fixado pelo magistrado ao reconhecer o dano moral, é possível se admitir a validade, em tese, dessa estipulação, desde que devidamente justificada pelas partes em argumentos razoáveis, tais como a necessidade de se preservar, de forma especial, a honra ou reputação dos contratantes, e a contratação reúna as premissas necessárias, que demonstram a existência de um equilíbrio material entre os contratantes.

### 2.3.3.3 Cláusula restringindo o reconhecimento da lesão contratual

Apesar do exemplo fornecido no capítulo anterior apresentar grande utilidade, não é comum que os contratantes, de forma expressa e com todas as letras, excluam a aplicação de uma sanção pelo juiz, o que, em determinados casos, poderia desfavorecer a conclusão do negócio jurídico ou, até mesmo, gerar uma suspeita instintiva sobre as intenções do contratante beneficiado por essa disposição. Assim, as disposições que procuram afastar uma sanção judicial são, quase sempre, convenções que, de uma maneira indireta, tendem a excluir a possibilidade de utilização da sanção indesejada pelo juiz.

É o que ocorre, por exemplo, em relação às cláusulas por meio das quais as partes procuram afastar a possibilidade de reconhecimento da lesão, instituto positivado pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 157.<sup>165</sup>

Como se sabe, na lesão, a pessoa que contrata o faz sob "premente necessidade" ou por "inexperiência", ou seja, ajusta o negócio valendo-se de uma declaração de vontade enfraquecida ou turbada, e, nessa medida, se obriga a "prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta". Via de regra, para o reconhecimento da lesão,

---

<sup>165</sup> BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10/01/2002: “Artigo 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

a desproporcionalidade de uma das prestações comparada com a que lhe é oposta deve estar presente no próprio momento da sua pactuação.<sup>166</sup>

Nesse sentido, as partes podem procurar dificultar ou, até mesmo, excluir a possibilidade de reconhecimento da lesão pelo juiz, por meio de uma convenção contratual que, indiretamente, torne mais complexa ou, até mesmo, inviabilize a prova dos requisitos legais necessários à aplicação desse instituto pelo magistrado.

A título de ilustração, confira-se um exemplo hipotético de uma cláusula por meio das quais as partes procuram dificultar o reconhecimento dos requisitos legais ensejadores da lesão:

**“Preço de aquisição:**

- (a) o Preço de Aquisição foi mutuamente estabelecido pelas partes, com base nos resultados contidos no laudo de avaliação preparado por empresa especializada, que, rubricado pelas Partes, passa a integrar o presente contrato como Anexo 1. O Laudo de Avaliação foi elaborado a partir do Balanço Patrimonial, que, rubricado pelas partes, passa a integrar o presente contrato como Anexo 2.
- (b) as partes envidaram os melhores esforços para garantir a disponibilidade de todo e qualquer meio necessário ou exigido para a devida implementação de suas respectivas intenções na negociação e estruturação das transações contempladas neste instrumento, bem como para o completo adimplemento das obrigações ora assumidas; e
- (c) conduziram avaliação independente das transações contempladas neste Acordo, tendo realizado uma investigação apurada para verificar riscos existentes e potenciais que pudessem afetar a conclusão e a execução do previsto neste Acordo;
- (d) estabeleceram, de forma independente, os termos e condições deste Acordo, com base em dados e informações, planos e projeções que foram por elas apropriadamente elaborados e meticulosamente analisados, levando em conta, inclusive, os riscos inerentes e associados ao desenvolvimento do mercado em que atuam, bem como de aspectos políticos e regulatórios referentes aos setores específicos de suas atividades, os investimentos já realizados e aqueles a serem ainda realizados e o retorno sobre o capital investido e a ser investido até o término do período deste Acordo; e
- (e) foram assistidas por técnicos especializados e advogados, tendo tido a oportunidade de apurar todas as dúvidas e ponderações relacionadas ao cumprimento do aqui previsto.

Como se verifica, os contratantes podem pretender demonstrar, de forma justificada, que as obrigações estabelecidas pelo contrato, em especial a fixação do preço, caso se aplique à relação contratual, foram definidas após as partes conduzirem uma série de avaliações técnicas independentes e exames de documentos, que, em ambos os casos, podem ser anexadas ao instrumento contratual.

Ao convencionarem uma cláusula do gênero, as partes dificultam o reconhecimento da desproporcionalidade das obrigações, da premente necessidade de um dos contratantes ou de

---

<sup>166</sup> Sobre o instituto da lesão, v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.



sua inexperiência em relação ao objeto do contrato, tornando mais complexa a prova dos requisitos ensejadores da lesão, com fundamento no artigo 157, do Código Civil.

Indiretamente, essa cláusula tende a reduzir a margem de manobra do magistrado, tornando remota, senão inexistente, a possibilidade de utilização da sanção correspondente pelo juiz, qual seja, a determinação de reequilíbrio das prestações. Essas convenções possuem, assim, o potencial de tornar mais previsíveis os efeitos da contratação, reduzindo a imprevisibilidade da intervenção judicial.

No que se refere à possibilidade de controle da validade dessas cláusulas pelo magistrado, pode-se cogitar da utilização do princípio do equilíbrio econômico do contrato às hipóteses excepcionais, nas quais a cláusula em exame ensejar um desequilíbrio manifesto e injusto das prestações.

Como se sabe, o denominado princípio<sup>167</sup> do equilíbrio econômico do contrato<sup>172</sup> veda que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio injustificado entre as vantagens obtidas por cada um dos contratantes, não permitindo, à luz do princípio constitucional da<sup>168</sup> igualdade substancial, que o contrato sirva de instrumento para validar o lucro exagerado de um contratante em detrimento da outra parte.<sup>169</sup>

De acordo com o princípio do equilíbrio econômico do contrato, aplicável, principalmente, aos contratos bilaterais, sinalagmáticos e comutativos<sup>170</sup>, a intervenção do juiz na relação contratual é admitida para alterar o que os próprios contratantes decidiram, de forma que seja garantida uma paridade entre os direitos e deveres das partes. É possível se vislumbrar, assim, que um contrato, mesmo livremente pactuado entre partes em igualdade de condições, reflita um desequilíbrio manifesto e injustificado entre as prestações dos contratantes.

---

<sup>167</sup> Parte da doutrina não considera o princípio do equilíbrio econômico como um princípio autônomo, preferindo incluí-lo na concepção de boa-fé objetiva. Nesse sentido, entende a Professora Cláudia Lima Marques (*Op. cit.*, p. 289).

<sup>168</sup> Também chamado de princípio do equilíbrio contratual ou da justiça contratual. Nesse trabalho, será empregada a denominação de princípio do equilíbrio econômico, utilizada primeiramente pelo Professor Antônio Junqueira de Azevedo.

<sup>169</sup> Esse princípio encontra-se fundamentado no artigo 3º, incisos I e III, da Constituição Federal, que estabelece a igualdade substancial como um valor a ser promovido pelo Estado, de forma que as relações sociais sejam sempre justas e solidárias.

<sup>170</sup> Apesar de os contratos comutativos formarem o seu campo normal de atuação, admite-se, também, a aplicação do princípio do equilíbrio econômico aos contratos aleatórios. Nesse sentido, o Professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy afirma que: “(..) não se vê razão forte o suficiente para afastar a equidade contratual dos contratos aleatórios, mesmo admitindo, nesses ajustes, o risco que lhe é inerente, mas sem negar que sua contratação e desenvolvimento se devem dar de modo substancialmente igualitário, posto que preservada a álea que os caracteriza. Aliás, exatamente nesse sentido o Código Civil argentino, no art. 1.108, admitiu a revisão dos contratos aleatórios, por alteração das circunstância, desde que fora dos riscos próprio do ajuste.” (**Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 40).

Assim, nas hipóteses em que seja necessário evitar que o direito venha a tutelar uma situação de evidente injustiça, mesmo que, para tanto, seja necessário mitigar o princípio da obrigatoriedade dos contratos, as cláusulas contratuais que procuram influenciar a atividade judicial poderão ser objeto de limitação, com base nesse princípio.

Em todo caso, porém, deve-se reconhecer que esse controle, especialmente quando a contratação se dá entre profissionais, assume caráter residual, devendo apenas ser utilizado para coibir injustiças flagrantes. Considerando que a contratação hipotética objeto de estudo se realiza entre profissionais devidamente assessorados, deve-se reconhecer que o controle das disposições contratuais com base no princípio do equilíbrio econômico do contrato assume um caráter excepcional, visando coibir apenas casos de flagrante injustiça, não merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico.

Além disso, quanto mais detalhada for a cláusula prevista pelos contratantes, e quanto mais fundamentada for a justificativa por eles apresentada, mais difícil será a alegação de desequilíbrio contratual pelo juiz que vier a julgar o litígio contratual, o que demonstra que, não obstante a existência desse controle, os contratantes conservam grandes possibilidade de interferir no reconhecimento e aplicação das sanções contratuais, tornando a atividade judicial mais previsível.

#### 2.3.3.4 Cláusula de indivisibilidade

É comum se verificar nos contratos, uma cláusula prevendo que a nulidade de uma das suas diversas disposições não deve acarretar a nulidade das demais previsões nele contidas ou estabelecendo que, na hipótese de uma cláusula contratual vir a ser declarada nula ou se tornar inaplicável (por exemplo, em razão da extinção de um índice de reajuste nela previsto) as partes a substituirão por outra válida, a ser previamente negociada.

A título de exemplo, essa cláusula pode ser assim redigida: ***Independência entre as disposições.*** *Se qualquer disposição deste Contrato for considerada nula, anulável, inválida ou ineficaz, nenhuma outra disposição deste Contrato será afetada como consequência. As demais disposições deste Contrato deverão permanecer em total vigor e efeito como se tal disposição nula, anulável, inválida ou inoperante não tivesse sido aqui incluída e as Partes negociarão, de boa-fé, a substituição das disposições inválidas, ilegais ou inexequíveis por*

*disposições válidas, legais e exequíveis, cujo efeito seja o mais próximo possível do efeito das disposições inválidas, ilegais ou inexecutíveis.*

Por meio dessas cláusulas, os contratantes privilegiam a manutenção e conservação da relação contratual firmada. Essas previsões se encontram em linha com o princípio da conservação dos negócios jurídicos<sup>171</sup> e possuem o intuito de preservar o contrato como um todo, nas hipóteses em que isso se mostrar possível, evitando a sua extinção em razão da declaração de nulidade de uma de suas cláusulas.

Mas, quando o objeto da contratação é complexo e os interesses econômicos são relevantes, pode suceder que o interesse das partes seja exatamente o oposto, ou seja, os contratantes podem desejar extinguir todo o contrato, caso uma ou mais de suas cláusulas, consideradas pelas partes como fundamentais à celebração do acordo venham a ser declaradas nulas. Assim, as partes podem pretender convencionar uma cláusula prevendo que determinadas disposições contratuais foram determinantes para a contratação e que, por conseguinte, a sua nulidade ou ineficácia deverá acarretar a nulidade ou ineficácia de todo o contrato.

Esse é o objeto da denominada “cláusula de indivisibilidade”, valendo citar dois exemplos hipotéticos dessa previsão: *A cláusula em questão é condição determinante do contrato, sem a qual as partes não teriam entrado em acordo. A declaração judicial de sua nulidade afetará a validade e exequibilidade de todo o contrato.* Em um caráter mais genérico, o que terá influência sobre a sua validade, como será examinado oportunamente, essa cláusula poderá trazer a seguinte redação: *Todas as cláusulas do contrato são essenciais para os contratantes, sendo que a declaração de nulidade de qualquer uma delas desobrigará as partes contratantes.*

Mas seria lícito às partes condicionar a validade de todo o contrato à validade de uma ou mais de suas cláusulas? Além disso, o magistrado ficaria vinculado a essa cláusula e se veria obrigar a determinar a nulidade de todo o contrato, na hipótese de nulidade de uma das cláusulas expressamente indicadas pelas partes como fundamentais à contratação?

Iniciando pelo mais simples, se as partes podem convencionar que a nulidade de uma das cláusulas do contrato não acarretará a nulidade do restante do acordo, parece razoável que

---

<sup>171</sup> O princípio da conservação dos negócios jurídicos é invocado pela doutrina com fundamento nos artigos 170, 172 e 184 do Código Civil. Sobre o assunto, ver, dentre outros, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A Conversão dos Negócios Jurídicos**: seu interesse teórico e prático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. A respeito do princípio da conservação dos negócios jurídicos vale citar também o Enunciado 149, aprovado na III Jornada do Conselho da Justiça Federal: “149 – Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.”

a vontade dos contratantes em sentido inverso – isto é, a nulidade de uma cláusula importa na nulidade de todo o contrato – possa ser também objeto de convenção.

Com efeito, o interesse dos contratantes no contrato pode desaparecer na hipótese de declaração de nulidade de uma ou mais de suas cláusulas, sem as quais as partes sequer teriam celebrado o acordo. Como algumas cláusulas podem ser, efetivamente, fundamentais à contratação, é razoável se presumir que as partes tenham interesse em condicionar a validade de todo o contrato à validade de determinadas estipulações, consideradas fundamentais para o acordo.

Mas a questão mais complexa é, sem dúvida, a vinculação do juiz a essa cláusula, cabendo verificar se o magistrado, na presença de uma convenção dessa espécie, ficará vinculado ou não à vontade das partes. Em outras palavras, deve-se examinar se o juiz ficará obrigado a decretar a nulidade do contrato como um todo, na hipótese de nulidade de uma das cláusulas expressamente indicadas pelas partes na cláusula de indivisibilidade como fundamentais à contratação.

A resposta a essa questão dependerá de dois elementos distintos: a natureza da cláusula de indivisibilidade e a forma de sua utilização pelos contratantes. A cláusula de indivisibilidade que poderá vincular o juiz é aquela por meio da qual os contratantes indicam, com fundamento em justificativas razoáveis expressamente previstas na cláusula, a razão pela qual entendem deva o contrato como um todo ser tido como nulo na hipótese de decretação de nulidade de uma de suas cláusulas.

As partes devem comprovar a razão pela qual elegeram algumas previsões contratuais para serem abrangidas pelos efeitos da cláusula de indivisibilidade, demonstrando ao juiz que as mesmas foram, efetivamente, fundamentais à celebração do contrato. Nesse caso, a cláusula de indivisibilidade deverá ser respeitada pelo magistrado, que tornar-se-á vinculado à vontade das partes, desde que a mesma se encontre justificada em argumentos legítimos e consistentes.

Mas é possível que os contratantes façam uma má utilização da cláusula de indivisibilidade, tornando-a um instrumento contratual para impedir a declaração de nulidade de cláusulas ilícitas do contrato. A cláusula de indivisibilidade redigida em caráter genérico, dispondo que a nulidade de qualquer cláusula do contrato ensejará a nulidade de todo o instrumento, pode pretender impedir que um dos contratantes questione uma cláusula em específico do contrato, pois, nesse caso, todo o instrumento seria também objeto de nulidade.

A título de exemplo, essa situação pode se dar em um contrato de locação, no qual seja pactuada uma cláusula de reajuste do preço contendo um índice manifestamente ilícito, aliada

a uma cláusula de indivisibilidade que estabelece que a nulidade dessa cláusula ensejará a nulidade de todo o acordo. Nesse caso, a cláusula de indivisibilidade poderá intimidar o contratante afetado pelo índice de reajuste ilegal (no caso, o locatário) a requerer a nulidade da respectiva cláusula. Há que se reconhecer que, nessa hipótese, a nulidade da cláusula de indexação não deverá ensejar a nulidade de todo o contrato, tal como previsto na cláusula de indivisibilidade, por representar esta última previsão uma tentativa de fraude.

Igualmente, nas hipóteses em que os contratantes adotem uma cláusula de indivisibilidade genérica, definindo todas as disposições contratadas como fundamentais para a celebração do acordo, haverá uma propensão maior ao afastamento dessa cláusula. De fato, a excessiva abrangência da cláusula de indivisibilidade pode revelar que, na verdade, nenhuma das cláusulas contratadas é realmente fundamental ao acordo. Nessas hipóteses, a cláusula de indivisibilidade também poderá ser privada de seus efeitos.

Nesse contexto, dentre os vários instrumentos de controle à disposição do juiz, cabe destacar a aplicação do instituto do abuso de direito, positivado no artigo 187, do Código Civil. Embora tais convenções sejam em princípio válidas e eficazes, as mesmas podem ser utilizadas por um dos contratantes de forma abusiva, a fim de desestimular o outro contratante a pleitear o reconhecimento da nulidade de uma ou mais cláusulas do contrato, apesar da sua ilicitude.

Não obstante essa possibilidade de controle, verifica-se que, observados certos limites, as cláusulas de indivisibilidade condicionarão o magistrado à solução prevista pelas partes no contrato, devendo-se admitir que o juiz ficará vinculado à mesma, desde que presentes as premissas que legitimam a pactuação dessa cláusula e a mesma não tenha sido utilizada de forma abusiva pelos contratantes.

Portanto, a indicação das principais cláusulas sem as quais os contratantes não teriam entrado em acordo por meio das cláusulas de indivisibilidade deverá, salvo hipótese de abuso de direito, condicionar a atuação do magistrado à vontade das partes de tornar nulo todo o contrato em caso de nulidade daquelas disposições indicadas como fundamentais para a celebração do acordo.

#### 2.4 Síntese

Como examinado até aqui, o ofício do juiz em matéria contratual sofreu profundas mutações durante o séc. XX. A doutrina reconhece, atualmente, a drástica transformação da relação entre o juiz e o contrato, bastando lembrar o desmoronamento da concepção absoluta do princípio da autonomia da vontade, a expansão do controle das cláusulas abusivas e a importância do princípio da boa-fé objetiva na aferição do comportamento dos contratantes.<sup>172</sup>

Os desequilíbrios contratuais manifestos foram atacados pelo legislador e pelos próprios magistrados, que viram suas prerrogativas de intervenção no mecanismo contratual serem profundamente ampliadas e diversificadas. Os próprios juízes souberam fazer largo uso desses mecanismos que lhe foram sendo outorgados, pouco a pouco, pelo legislador, sempre em busca da ampliação da justiça material no direito contratual.

A começar pelo poder de desvendar a vontade das partes além do texto do contrato (artigo 112, Código Civil), até a prerrogativa de revisão das cláusulas penais manifestamente excessivas ou desproporcionais (artigo 412, Código Civil), inúmeros são os exemplos de instrumentos colocados à disposição do magistrado para desempenhar esse novo papel, mais amplo e, sem dúvida, mais complexo, no exame da relação contratual.

No início do séc. XXI, pode-se afirmar que a “onipotência do juiz” – em contraste com a “onipotência dos contratantes” verificada no início do séc. XX – difundiu as ideias de justiça contratual, equidade do contrato e até mesmo de solidariedade contratual, noções invocadas para consagrar a expansão dos poderes do juiz sobre o contrato e os contratantes.<sup>173</sup> A jurisprudência e a doutrina<sup>174</sup> comprovam a emergência de uma filosofia contratual renovada, fundada em princípios de lealdade, de equilíbrio, de proporcionalidade, dentre outros, que configuram, em conjunto, um amplo campo de desenvolvimento para a intervenção do juiz no mecanismo contratual.

O magistrado teve o seu papel completamente renovado e, atualmente, se encontra investido de uma missão de garantir a justiça e zelar por uma espécie de moralidade contratual, não somente nas matérias em que o próprio legislador lhe impôs esse dever, como também de uma forma geral. Todos esses poderes do juiz têm em comum o viés de

---

<sup>172</sup> LAMOUREUX, Marie. *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*. Recherche sur un possible imperium des contractants. *Op. Cit.*, p. 490.

<sup>173</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: autonomia privada, boa-fé justiça contratual. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 224.

<sup>174</sup> No direito pátrio, ver, dentre outros, NALIN, Paulo (coord.). *Contrato & Sociedade*: A autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006 e, do mesmo autor, *Do contrato*: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

moderação e regulação para remediar os excessos decorrentes do excessivo liberalismo contratual.

Todas essas transformações apresentaram um impacto sobre a concepção tradicional do contrato e, como não poderia deixar de ser, também geram reflexos sobre as cláusulas que procuram influenciar, controlar ou, quando menos, reduzir a ampla margem de manobra de que o magistrado dispõe no momento do julgamento de um litígio contratual.

Deve-se admitir que tais previsões encontram temperamento no papel moderador desempenhado pelo magistrado no direito contratual contemporâneo.<sup>175</sup> Aliás, as cláusulas que buscam influenciar o ofício do juiz são particularmente visadas pelos instrumentos moderadores colocados à disposição do magistrado contemporâneo.<sup>176</sup>

Mas o exame realizado demonstra que, apesar da amplitude desse controle, as partes conservam grandes possibilidades de influenciar etapas fundamentais do processo decisório judicial, modificando, de uma forma ou de outra, o julgamento de um litígio contratual. Seja na interpretação do contrato e da vontade das partes, seja no exame dos fatos subjacentes ao litígio, assim como na escolha e aplicação das sanções, os contratantes, por meio de convenções contratuais específicas, podem atrelar o juiz a alguns parâmetros e premissas que irão afetar o resultado do julgamento do litígio contratual, em prol de uma maior previsibilidade dos efeitos da relação.

Os mecanismos de controle à disposição do magistrado contemporâneo figuram como instrumentos que não anulam a possibilidade das partes influenciarem a atividade judicial em aspectos fundamentais do processo decisório do litígio contratual. Em diversos casos, o juiz ficará atrelado à previsão das partes, ou se sentirá por elas vinculado no momento do

---

<sup>175</sup> ANCEL, Pascal; RIVIER, M. C. **Le conventionnel et le juridictionnel dans les règlement des différends.** *Op. Cit.*, p. 141.

<sup>176</sup> Para o jurista francês Pascal Ancel “o juiz deverá recuperar seu poder cada vez que a solução que lhe foi imposta pelas partes parecer manifestamente contrária à realidade.”<sup>180</sup> No seu entender, quando essas cláusulas se mostrarem “manifestamente abusivas ou fraudulentas”, ou quando o juiz verificar que tais disposições revelam o exercício de uma justiça unilateral, sendo reflexo de uma imposição de forças, o apelo a essas noções poderá ser utilizado para que o magistrado afaste a previsão contratual. Cabe destacar que a censura judicial às cláusulas por meio das quais os contratantes procuram reduzir a liberdade do magistrado no momento de um julgamento contratual é mais propensa a ocorrer quando a flexibilização dos poderes do juiz não tiver como propósito promover a segurança jurídica dos contratantes e aumentar a previsibilidade das decisões judiciais. Esses objetivos funcionam como premissas que, embora não assegurem, por si só, a legalidade dessas cláusulas contribuem para legitimar a adoção de cláusulas por meio das quais os contratantes buscam interferir no julgamento do litígio contratual. Tal propósito deverá estar presente para justificar a adoção das referidas cláusulas, sendo certo que o atual papel desempenhado pelo magistrado na relação contratual não permite a chancela de uma justiça unilateral, não comprometida com os reais objetivos dessas cláusulas.

juízo do litígio contratual, tendendo a observar essas premissas que lhe foram impostas pelos contratantes.<sup>177</sup>

Em outras palavras, respeitados certos limites, na grande maioria dos casos, os mecanismos de intervenção judicial no contrato e de controle do comportamento das partes, apesar de bastantes presentes na relação contratual atual, não representarão impedimento para que as partes convençam previsões que tornarão a atividade judicial de resolução do litígio contratual mais previsível e adequada ao projeto contratual previsto pelos contratantes.

Como será visto adiante, um dos principais instrumentos de controle do comportamento dos contratantes de que o magistrado atualmente dispõe – o princípio da boa-fé objetiva – pode ser ele próprio objeto de convenção pelas partes, que procurarão reduzir, ampliar ou, simplesmente, controlar a sua aplicação pelo juiz no exame da relação contratual.

---

<sup>177</sup> ANCEL, Pascal e RIVIER, M. C. L'encadrement de la juridiction par le contrat. *In: Le conventionnel et le juridictionnel dans les règlement des différends*. Paris: Ed. Economica, 2001. p. 21.



### 3 OS CONTRATANTES INFLUENCIANDO A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA PELO JUIZ: O CONTROLE DO CONTROLE

Atualmente, doutrina e jurisprudência conferem uma grande importância ao papel desempenhado pelo princípio da boa-fé objetiva na relação contratual. Como refletem profundos estudos sobre o tema<sup>178</sup>, o princípio da boa-fé objetiva impõe a observância de deveres anexos<sup>179</sup> aos contratantes, veda o exercício de condutas abusivas, além de auxiliar na interpretação das cláusulas contratuais.<sup>180</sup>

Os estudos sobre o tema se multiplicaram de forma tão notável que se tornou particularmente usual se constatar que o princípio da boa-fé objetiva alterou profundamente a concepção clássica do direito contratual, impondo um novo paradigma, segundo o qual deve existir uma efetiva cooperação entre as partes, cuja conduta se encontra sujeita ao controle judicial, de acordo com critérios ou *standards* de lealdade, probidade e precaução com os interesses e expectativas legítimas da outra parte.<sup>181</sup>

Mas o reconhecimento da aplicação do princípio da boa-fé objetiva à relação entre os contratantes também é acompanhado, com frequência, da constatação de que o juiz exerce um papel bastante amplo na determinação da extensão e medida de aplicação desse princípio, identificando, por meio de critérios que podem variar de acordo com as circunstâncias do caso concreto, se as partes violaram ou não os seus preceitos.

O reconhecimento de um amplo campo de exercício do poder judicial na matéria encontra amparo no fato de a boa-fé objetiva ter sido inserida no Código Civil por meio de uma cláusula geral (artigo 422, do Código Civil), a exemplo do ocorrido no Código Civil

---

<sup>178</sup> Sobre o assunto, ver, na doutrina estrangeira, CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Portugal: Livraria Almedinha, 1984. No Brasil, ver MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. *Op. Cit.*

<sup>179</sup> São encontradas diversas denominações para os deveres jurídicos criados pela boa-fé. Os mais usados são: deveres laterais, acessórios, secundários (Célia Barbosa Abreu Slawinski e Regis Fichtner Pereira), anexos (Clovis Couto e Silva), acessórios de conduta, laterais de conduta (Maurício Mota) e instrumentais (Judith Martins-Costa). Neste trabalho, será utilizada a denominação “deveres anexos”.

<sup>180</sup> A jurisprudência vem considerando como principais meios para a consecução desse objetivo interpretativo os seguintes: (i) a aplicação do princípio da conservação do contrato, segundo o qual se deve preferir, entre os diversos sentidos possíveis, o que assegure a preservação do contrato; (ii) a aplicação do princípio do menor sacrifício, interpretando o contrato no sentido mais favorável à parte que assume obrigações; e (iii) a aplicação do princípio da interpretação contra o predisponente, a fim de interpretar o contrato sempre no sentido menos favorável a quem redigiu o contrato, muito importante nos contratos de adesão.

<sup>181</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato - novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Alemão<sup>182</sup>. Como se sabe, a norma jurídica que contém uma cláusula geral deve ser entendida como a disposição normativa que, em seu enunciado, propositadamente, faz uso de uma linguagem aberta, vaga, que permite ao julgador a realização de uma atividade de criação, ao avaliar o comportamento das partes em um caso concreto.<sup>183</sup>

Segundo Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais constituem técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, presente no movimento codificatório do séc. XIX, foi radicalmente transformado.<sup>184</sup> O emprego de cláusulas gerais em diversos sistemas legislativos marca, definitivamente, o abandono do papel limitado pelo juiz como aplicador mecânico da lei, figura esta atribuída ao magistrado pela ótica liberalista.

A ideia de um sistema jurídico fechado em que o código englobaria a totalidade das hipóteses jurídicas, havendo pouco ou nenhum lugar para aplicação de elementos exteriores ao sistema, foi derrubada, dando lugar a uma técnica normativa farta em modelos jurídicos abertos, que permitem a formulação constante de novas normas, através da incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente não presentes no *corpus* codificado. Nas palavras de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais constituem “as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis”.

Com efeito, a cláusula geral de boa-fé objetiva inserta no Código Civil de 2002 é fundamentalmente dirigida ao juiz, que terá maior liberdade em buscar soluções jurídicas para o deslinde do caso concreto.<sup>185</sup> Por esse motivo, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma

---

<sup>182</sup> A boa-fé objetiva teve seu conceito advindo do Código Civil Alemão, que em seu parágrafo 242 previu: “O devedor deve (está adstrito a) cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico”. Antes do Código Alemão, o Código Civil Napoleônico e o Código Civil Italiano também faziam referência à boa-fé objetiva. Mas, foi após a Segunda Guerra Mundial que a jurisprudência alemã construiu a teoria da boa-fé objetiva, que veio a ser alçada à condição de princípio geral. O Código Civil Holandês também trata da cláusula geral da boa-fé, em seu artigo 248 do Livro das Obrigações, que prevê: “... que as partes devem respeitar não só aquilo que convencionaram como também tudo que resulta da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.” (tradução livre)

<sup>183</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 753, ano 87, p. 29, jul/1998.

<sup>184</sup> Vale ser feita uma distinção entre cláusula geral (ou aberta) e normas com conceitos indeterminados. A cláusula geral exige que o julgador trabalhe ativamente para a formulação da norma, averiguando não só a possibilidade de subsunção do caso à *fattispecie*, mas também as consequências advindas desta subsunção. Nos casos de normas com conceitos indeterminados, o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento vago indicativo na *fattispecie*, sem a necessidade de indicar quais os efeitos da subsunção, que já estão expressamente previstas na norma. Judith Martins-Costa indica, como exemplo de cláusula indeterminada, o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em que as consequências da aplicação da norma já estão previstas, bastando ao juiz configurar o que é fato contra a boa-fé e depois aplicar a norma. “A solução não é criada pelo juiz, já estando pré-configurada na lei: o que ocorre é, tão-somente, um preenchimento do significado de boa-fé pelo julgador.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. *Op. Cit.*, p. 327. Frise-se que a operação intelectual do juiz é mais completa na cláusula geral.

<sup>185</sup> O Art. 422 do Código Civil é uma norma legal aberta; com base no princípio ético que ela acolhe, fundado na lealdade, confiança e probidade, cabe ao juiz estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante,

que as cláusulas gerais representam para o juiz “os instrumentos necessários para a realização da justiça material”.<sup>186</sup>

Mas, voltando ao que importa ao presente estudo, o fato da boa-fé ter sido positivada por meio de uma cláusula geral, sem que o legislador tenha fornecido parâmetros para a sua aplicação<sup>187</sup>, tornaram o seu campo de atuação propício ao exercício de um amplo poder judicial, tanto na definição do seu conteúdo, quanto na aferição do seu entendimento pelos contratantes. Como esse tipo de normatização permite ao julgador maior liberdade de atuação, servindo como um meio de abertura do sistema legal a valorações equitativas reconheceu-se que o magistrado teria considerável margem de atuação na definição do conteúdo do princípio da boa-fé objetiva.<sup>188</sup>

Diante disso, cabe cogitar se o amplo poder de decisão do juiz nessa matéria não deixa algum espaço de atuação para que as partes forneçam também nesse aspecto tão fundamental ao destino da relação contratual, a sua contribuição. Não teriam os contratantes alguma possibilidade de participar do processo de aplicação judicial do princípio da boa-fé? Essa função exercida de forma quase soberana pelo magistrado, poderia ser, de alguma forma, objeto de influência dos contratantes?

Como já visto, os contratantes guardam possibilidades de interferir no ofício do juiz nas principais etapas do processo decisório do litígio contratual; o juiz conserva, todavia, o poder de controlar a lealdade do comportamento das partes, mediante a invocação do princípio da boa-fé objetiva. Mas esse controle do comportamento dos contratantes não pode

---

naquelas circunstâncias. Estabelecido esse modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado. Se houver contrariedade, a conduta é ilícita porque violou a cláusula da boa-fé, assim como veio a ser integrada pela atividade judicial naquela hipótese. Somente depois dessa determinação, com o preenchimento do vazio normativo, será possível precisar o conteúdo e o limite dos direitos e deveres das partes. Esse método é indispensável para a aplicação da cláusula geral.(...)” AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 248/249.

<sup>186</sup> Sobre o assunto, ver TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: **A PARTE geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>188</sup> Vale conferir trecho da lição de Ruy Rosado Aguiar Jr: “O conteúdo da norma de dever, derivada esta do princípio da boa-fé, não está na lei, devendo ser construído pelo juiz, caso a caso. Assim, exige atividade judicante que, sem mediações normativas deixa face a face o sistema global e o caso a resolver. Sua aplicação depende de uma técnica judicial apropriada, que não se limita ao simples trabalho de subsunção do fato à norma, ordinariamente adotado no ato de julgar (verificação do fato e da lei vigente que o regula), mas exige do juiz procedimento especial, que passa pelo trabalho preliminar de definir a regra de conduta que – de acordo com a boa-fé (isto é, de acordo com o princípio ético-jurídico de lealdade e confiança, inerente ao sistema) – deveria ter sido obedecido pelas partes, na circunstância do caso. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução). *Op. Cit.*, p. 248.

ser, ele próprio, controlado, reduzido, ampliado ou, simplesmente, influenciado por convenção das partes no momento da contratação?

Cabe verificar, assim, se os contratantes podem ou não modificar, de certa forma, o próprio mecanismo de controle utilizado pelo juiz para verificar a juridicidade de suas condutas à luz do princípio da boa-fé. Em outras palavras, busca-se perquirir se os contratantes possuem, de alguma forma, possibilidade de interferir naquilo que, em última análise, consiste no próprio controle exercido pelo juiz sobre a conduta das partes na relação contratual.

Nesse contexto, três questões principais serão a seguir examinadas. A primeira, que traz à tona a questão da obrigatoriedade da observância do princípio da boa-fé objetiva na relação contratual, refere-se à possibilidade de os contratantes afastarem o controle judicial da boa-fé. No outro extremo, cogitar-se-á da hipótese exatamente contrária, ou seja, de os contratantes, ampliarem a abrangência do controle tradicionalmente exercido pelo juiz, estimulando-o a sancionar determinados comportamentos que, normalmente, não seriam reprovados à luz do princípio da boa-fé.

Por fim, há a questão central, que é a mais relevante e de maior utilidade prática: os contratantes podem influenciar ou modular o controle judicial da boa-fé nas hipóteses onde, normalmente, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a possibilidade de sua invocação apenas pelo juiz para controlar o comportamento das partes? Em outras palavras, as partes podem indicar ao juiz, o sentido, o conteúdo e os critérios para a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, interferindo no grau de boa-fé exigido, na aferição do cumprimento das obrigações decorrentes desse princípio, influenciando a aplicação do princípio da boa-fé pelo juiz ?

Essas são as questões que serão a seguir examinadas. Em todos os casos adiante estudados, cabe ressaltar que o propósito dos contratantes será o de assegurar a previsibilidade do tratamento judiciário da noção de boa-fé, mediante o estabelecimento de parâmetros que irão tornar mais previsível qual será a interpretação adotada pelo juiz nessa matéria, que, dado seu grau de generalidade e amplitude, representa, com frequência, fonte de insegurança e incerteza para as partes de um contrato.

### **3.1 Introdução: boa-fé e ordem pública**

O caráter de ordem pública da boa-fé objetiva é praticamente intuitivo e, provavelmente por essa razão, não se costuma justificá-lo. Mas a afirmação pode ser comprovada.<sup>189</sup>

Primeiramente, o artigo 422, do Código Civil enuncia, sem realizar quaisquer concessões à liberdade das partes, que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato e em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Embora o dispositivo tenha restringido a aplicação da boa-fé a apenas duas etapas do contrato, como se sabe, a interpretação dispensada pela doutrina a esse artigo amplia a sua aplicação a todas as etapas da relação contratual, incluindo a pré e a pós-contratual.<sup>190</sup>

Pautado nessa disposição, a jurisprudência se apresenta amplamente favorável ao reconhecimento do caráter público da boa-fé objetiva. Os Tribunais pátrios já tiveram a oportunidade de afirmá-lo implicitamente<sup>191</sup>, ao considerarem que a obrigação de boa-fé é percebida como um princípio geral diretor do direito contratual, bem como expressamente<sup>192</sup>, ao declarar que a boa-fé faz parte de um conjunto de princípios de ordem pública, de observância imperativa.

Ora, pode-se também argumentar que, se o princípio da boa-fé não fosse de ordem pública, seria possível excluir ou afastar a sanção da conduta de má-fé. Assim, o próprio bom senso conduz a rejeitar a possibilidade de se entender a boa-fé como um princípio supletivo, passível de ser afastado pelos contratantes.<sup>193</sup>

Nesse grau de generalidade, é evidente que a obrigação de boa-fé é e sempre será, entendida como imperativa e inafastável, e a questão trazida pelas cláusulas que pretendem excluir ou limitar a sua aplicação seria facilmente rejeitada, tornando-se inviável reconhecer qualquer margem de manobra aos contratantes na matéria.

---

<sup>189</sup> LAMOUREUX, Marie. *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*. *Op. Cit.*

<sup>190</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. O princípio da boa-fé objetiva exige que os contratantes, mesmo depois do término da relação contratual, abstenham-se de toda a conduta mediante a qual possa frustrar ou reduzir as vantagens oferecidas pelo contrato à outra parte. Exemplo de responsabilidade pós-contratual é a do artigo 10, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece o dever de realizar aviso público para todo fabricante que, após a venda, venha a ter ciência de algum fato que possa causar prejuízo ao consumidor. Outro exemplo é o artigo 32, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a obrigação dos fornecedores de produtos industriais de continuarem a produzir ou manter em estoque peças para reposição por algum tempo. Fora do âmbito das relações de consumo, pode-se citar, como exemplo de responsabilidade pós-contratual, o dever de manter sigilo sobre informações adquiridas em razão de determinado contrato.

<sup>191</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 681856 / RS, Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa. Julgamento: 12/06/2007. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>, Acesso em: 10 fev. 2009.

<sup>192</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 841942/RJ. Ministro Relator Luiz Fux. Julgamento: 13/05/2008. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

<sup>193</sup> LAMOUREUX, Marie. *op. cit.*, p. 505.

Mas, encarando-se a situação de um ponto de vista mais próximo à relação entre o contrato e o juiz, será possível verificar que existem especificações importantes a se fazer na matéria, as quais revelarão que a noção de boa-fé, por possuir contornos bastante amplos, pode sujeitar-se, de alguma forma, à influência dos contratantes, por meio de cláusulas que influenciam a aplicação desse princípio à relação contratual.

Nesse contexto, como será demonstrado, o reconhecimento de que o princípio da boa-fé integra a ordem pública não impede que se cogite se, em alguns casos, a imperatividade da obrigação de boa-fé poderá sofrer algum tipo de flexibilização pelos contratantes.

### **3.2 Cláusulas mitigando o controle judicial da lealdade contratual**

Se a obrigação de agir de boa-fé imposta aos contratantes pode ser considerada como de ordem pública, esse fato deveria ter por consequência necessária a nulidade de todas as cláusulas contratuais que procurassem afastar a observância desse princípio na relação contratual.

Mas, evidentemente, não é comum, senão praticamente inexistente, uma cláusula que autorize o seu beneficiário, de forma expressa e com todas as letras, a agir de má-fé ou que dispense os contratantes de toda obrigação de agir de boa-fé. Uma cláusula que assim dispusesse ensejaria uma suspeita instintiva e não favoreceria a conclusão do negócio jurídico, além de fazer pesar sobre o seu beneficiário variadas presunções de má-fé da sua conduta. Essa disposição, além de ser facilmente taxada de ilícita, antes de proteger o contratante da intervenção judicial, o tornaria alvo de uma censura judicial ainda mais enérgica.<sup>194</sup>

Assim, as disposições contratuais que procuram afastar o controle judicial da lealdade contratual serão, quase sempre, convenções que, de uma maneira indireta, tendam a excluir a necessidade de um dos contratantes de observar um dever que, normalmente, lhe seria imposto pelo princípio da boa-fé, considerando-se uma determinada situação concreta.

Com efeito, há um campo em que é possível se cogitar a respeito de cláusulas contratuais que, de alguma forma, procurem reduzir o espectro do controle judicial da lealdade dos contratantes, qual seja, o período pré-contratual.

---

<sup>194</sup> LAMOUREUX, Marie. *Op. Cit.*

Como se sabe, o período anterior à celebração do contrato é apontado pela doutrina como sendo palco do nascimento de uma série de obrigações recíprocas derivadas da boa-fé, tais como, dentre outras, os deveres de informação, de lealdade, de não frustração das expectativas e do rompimento abrupto das negociações<sup>195</sup>. Interessa examinar esse último dever decorrente da boa-fé: a vedação do rompimento abrupto do contrato, frustrando as expectativas de uma das partes na continuidade do negócio.

Quando o contrato envolve grandes interesses econômicos, o acordo quase sempre é objeto de maturação pelas partes, sendo discutido em detalhes. As tratativas podem ser exaustivas, precedidas de estudos, ponderações diversas e análises técnicas e jurídicas sobre as implicações da contratação. Essas tratativas podem transcorrer unicamente sob a forma oral, mas também podem ser documentadas, com correspondências entre os interessados, minutas, contraminutas, atas, anotações, memorandos, etc. Por vezes, há interesse das partes em consignarem seus entendimentos por escrito nesta fase pré-contratual, elaborando um esboço ou rascunho do que poderá vir a ser o futuro contrato.

Como se sabe, enquanto não firmado o contrato, as negociações preliminares, em regra, não obrigam<sup>196</sup>, constituindo as concordâncias sucessivas obtidas na fase de negociação meras tratativas. Mas o fato é que a elaboração de determinados documentos durante a fase de tratativas, tais como as “Cartas de Intenções”, “Memorando de Entendimentos”, “Heads of Agreement” podem servir de subsídio para uma alegação futura de recusa injustificada de contratar ou rompimento abrupto das negociações, fazendo emergir a responsabilidade pré-contratual. Assim, percebe-se o interesse que os contratantes podem possuir em reduzir esse risco, influenciando o reconhecimento, pelo magistrado, da chamada ruptura abusiva ou abrupta das negociações preliminares.

É exatamente para evitar esse risco que as partes costumam prever as chamadas “cláusulas limitadoras de responsabilidade pré-contratual”, frequentemente inseridas nos acordos e documentos firmados na fase de negociação. Essas previsões enfatizam o caráter aleatório das negociações e, por consequência, retiram, ou quando menos reduzem, a responsabilidade que pode recair sobre o autor de uma ruptura unilateral das negociações, sob a alegação do descumprimento da boa-fé objetiva.

---

<sup>195</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP**, n. 87, p. 79-90, 1992.

<sup>196</sup> Nesse sentido, RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1988.001.03871. Desembargador Relator Humberto de Mendonça. Julgamento: 18/10/1988. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em 24 mar. 2009. Vide também RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 4469/97. Desembargador Relator Sylvio Capanema de Souza. Julgamento: 22/06/1998. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em 24.03.2009

Confira-se, por oportuno, um exemplo hipotético dessa cláusula, comumente utilizada nas negociações de contratos complexos: *as partes entendem e declaram que o presente documento não é vinculativo, constituindo o seu conteúdo apenas uma base de discussão e não tendo, de forma alguma, os efeitos de um contrato. Cada parte pode interromper a presente negociação sem sofrer nenhuma responsabilidade, arcando cada parte com os custos decorrentes incorridos até o momento da interrupção da negociação.*

Uma cláusula que reforce a provisoriedade das negociações preliminares e, sobretudo, a possibilidade de os negociantes interromperem as negociações a qualquer momento, sem que isso represente uma violação ao princípio da boa-fé, tem o condão de tornar mais complexo o reconhecimento da abusividade da desistência de uma das partes à celebração do contrato definitivo.

Essa convenção contratual funciona como uma advertência aos contratantes no sentido de que as negociações podem não resultar na formação de um contrato. Atingem, assim, o cerne do surgimento da legítima expectativa dos negociantes na concretização do vínculo, pois ambas as partes possuem, por meio dessa previsão, conhecimento de que o negócio pode não ser concretizado, tornando mais complexa a prova da frustração de uma legítima expectativa na celebração do contrato que não veio a ocorrer.

Vale lembrar que, de acordo com a jurisprudência, não incorre em violação aos deveres de boa-fé nas relações pré-contratuais aquele que advertir a contraparte, com a devida antecedência, de que a celebração do contrato constitui mera eventualidade e der por findas as relações pré-contratuais ao constatar a impossibilidade do prosseguimento do negócio.<sup>197</sup>

Verifica-se, portanto, que na presença dessa cláusula, ocorre, senão uma exclusão, uma notável redução da possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé, em um campo no qual, normalmente, a jurisprudência reconhece a sua incidência, vedando aos contratantes o rompimento das negociações preliminares, quando houver sido criada uma expectativa legítima da outra parte na celebração do contrato definitivo.

Constata-se, portanto, que as partes, de uma forma indireta, podem, sem anular a obrigação de agir de boa-fé, reduzir ou limitar o campo de aplicação desse princípio, tornando

---

<sup>197</sup> Nesse sentido, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, processo 4386, Relator Loureiro Pipa, 21/06/1995, Boletim do Ministério da Justiça, n. 457, p. 308 e ss., 1996. Ainda sobre o rompimento de negociações, vide os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça Português, de 8 de fevereiro de 2001. Disponível em: <www.dgsi.pt/jstj>, de 8 de fevereiro de 2001, Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, p. 102 e ss, 2001; de 27 de março de 2001 e de 28 de fevereiro de 2002. Disponíveis em: <www.dgsi.pt/jstj> Acesso em 15 jan. 2009; e da Relação de Lisboa de 23 de Janeiro 1977, Coletânea de Jurisprudência, 1977, t. 1, p. 213 e ss., e de 18 de Janeiro de 1990, Coletânea de Jurisprudência, 1990, t. 1, p. 144 e ss.; bem como a sentença do 3º Juízo Cível de Lisboa de 16 de outubro de 1992, Coletânea de Jurisprudência, t. 4, p. 336 e ss, 1992.



mais difícil, ou menos natural, o reconhecimento da sua violação pelo magistrado ao examinar a relação e o comportamento adotado pelas partes.

### 3.3 Cláusulas impondo um controle judicial reforçado da lealdade dos contratantes

Se, por um lado, como anteriormente exposto, as partes podem procurar reduzir a abrangência do controle judicial pautado no princípio da boa-fé, em outro extremo, deve-se cogitar se às partes é dado, ao contrário, reforçar a sua vinculação a esse princípio, exigindo um controle judicial da lealdade dos contratantes ainda mais rigorosos do que aquele que seria exercido em circunstâncias normais.

Na prática contratual, em especial quando estão presentes interesses econômicos relevantes, são estipuladas cláusulas que procuram lembrar aos contratantes da sua obrigação de agir de acordo com os ditames da boa-fé. São as denominadas cláusulas de execução leal do contrato, valendo citar um exemplo hipotético para ilustrar essa espécie de convenção: *no desempenho das suas obrigações no contrato, as partes agirão de acordo com a boa-fé e lealdade recíproca. As partes confirmam o seu espírito de cooperação mútua no qual as obrigações assumidas neste contrato deverão ser desempenhadas.*<sup>198</sup>

Nos sistemas jurídicos onde a boa-fé é consagrada, como no ordenamento brasileiro, a validade dessas cláusulas se mostra justificável, até mesmo porque essa previsão existe dentro de todo contrato sem que isso seja necessariamente convencionado pelas partes. A obrigação de boa-fé se aplica a ambos os contratantes e o juiz tem o dever de sancionar as violações a esse princípio, prescindindo de uma autorização das partes para exercer essa função. E, se a cláusula de obrigação de boa-fé se limita a evocar uma observância a esse princípio, ela não altera de forma alguma o poder de apreciação do juiz.

Mas, se as partes convencionarem uma cláusula mais específica, demonstrando de forma concreta e detalhada a sua vinculação ao princípio da boa-fé em razão da relação contratual específica que firmaram, pode-se entender que o juiz deverá atuar de forma mais

---

<sup>198</sup> Essas cláusulas são comuns no direito norte-americano, podendo ser assim redigidas “*The parties agree to proceed with the implementation of this agreement in good faith; that decision-making with regard to the applications and resolutions to be considered by virtue of this agreement will be undertaken in good faith, utilizing the criteria set forth in this agreement and generally accepted standards of dealing and good business practice.*” Em tradução livre: “*As partes celebram o presente acordo de acordo com princípios de boa-fé; presumir-se-á a boa-fé nas assertivas e resoluções relacionadas ao presente documento de acordo com as premissas de lealdade e clareza nas práticas comerciais*”.

exigente no controle da aferição da lealdade do comportamento dos contratantes, por terem as próprias partes eleito a boa-fé como um pilar da contratação.

Nesses casos, mesmo que essas disposições contratuais pareçam desnecessárias diante da previsão legal que obriga os contratantes a atuarem de acordo com o princípio da boa-fé, elas apresentam o benefício de reforçar a obrigação geral de boa-fé, tornando inequívoco o desejo dos contratantes de observar, de forma particularmente enfática, esse princípio naquela relação contratual.

Uma hipótese particularmente frequente, na qual uma cláusula de boa-fé tende a reforçar a aferição judicial da lealdade do comportamento dos contratantes ocorre em relação às obrigações de sigilo/confidencialidade, exclusividade e não concorrência.

Frequentemente, os documentos elaborados pelas partes na etapa de negociação, assim como o contrato definitivo, apresentam cláusulas prevendo essas obrigações, as quais normalmente podem ser até entendidas como decorrentes da boa-fé, mas não integram, necessariamente, o escopo do controle judicial da lealdade dos contratantes.

De fato, a jurisprudência tem entendido que, na ausência dessas cláusulas, os negociadores não são obrigados a adotar a exclusividade<sup>199</sup>, nem devem observar o dever de confidencialidade<sup>200</sup>, demonstrando que esses deveres anexos, embora normalmente relacionados à boa-fé, não são derivados, automaticamente, desse princípio.

Assim, ao convencionarem, expressamente, uma cláusula de confidencialidade ou exclusividade, os contratantes ampliam o escopo do controle judicial da boa-fé do comportamento das partes, indicando ao juiz que, naquela relação contratual específica, a noção de boa-fé deve conter obrigações mais amplas do que aquelas, normalmente, já reconhecidas pela jurisprudência.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgado recente, afirmou a validade da cláusula de confidencialidade e também da cláusula de não concorrência, quando firmada por contratantes em igualdade de condições. Confira-se:

APELAÇÃO. Ordinária. Reparação de danos. **Contratos de transporte de gases comprimidos, nos quais as duas primeiras apeladas comprometeram-se a manter em sigilo todas as informações, know-how e dados que viessem a lhes ser**

---

<sup>199</sup> Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Agravado interno. Decisão monocrática em apelação cível que negou seguimento ao recurso interposto pelo ora agravante, mantendo a sentença de improcedência do pedido de cobrança de comissão por corretagem. **Inexistência de cláusula contratual de exclusividade de venda no contrato estabelecido entre as partes.** Imóvel ofertado a várias imobiliárias do ramo. Corretagem paga ao real intermediário da venda, conforme recibo e prova testemunhal colhida em sede judicial. recurso conhecido e improvido.” RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AC nº 2008.001.54613. Desembargador Relator Marco Aurélio Bezerra De Melo. Julgamento: 13/01/2009 (grifos nossos)

<sup>200</sup> V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** *Op. Cit.*

**revelados no curso dos contratos, como, também, a não concorrer com a contratante, apelante, pelo período de dois anos após a rescisão dos contratos.** Constituição da terceira ré, cujo propósito foi o de competir com a autora, o que se deduz dos fatos de: haver sido criada na mesma data em que os contratos foram denunciados; ter como sócios o pai dos sócios das primeiras apeladas, como, também, um ex-empregado da autora; haverem as primeiras apeladas encerrado suas atividades. Admissão pela terceira apelada de ser concorrente direta da autora, com a prática de preços inferiores, fato que, como observado por laudo pericial, acarretou queda no faturamento desta. **Cláusulas contratuais de sigilo, de não competitividade e de pena convencional válidas e eficazes**, que não se submetem ao Código de Defesa do Consumidor. Inexistência de violação ao princípio da livre concorrência. Restrições que observaram limites materiais e temporais. Conduta das rés que se enquadra no art. 195, III, da Lei nº 9.279/96. Provedimento do recurso.

TRECHO DO VOTO:

[...] Aos 02.07.2002, White Martins Gases Industriais Ltda., aqui apelante, firmou com as duas primeiras apeladas, Transportes Irmãos Pissaia Ltda. e Transportes LP Ltda., contratos de transporte de gases e equipamentos, renováveis por períodos sucessivos de um ano, tendo por objeto o transporte de oxigênio, acetileno, argônio, nitrogênio e outros gases comprimidos, quer na forma gasosa, quer na forma líquida, em cilindros apropriados e objeto das atividades comercial e industrial da autora. Além das obrigações especificadas na cláusula 6ª dos aludidos contratos, **as Transportadoras obrigaram-se a, também, manter em sigilo todas as informações, know-how e dados que viessem a lhes ser revelados no curso da execução dos contratos (cláusula 6ª).**[...]

**Ao contrário do asseverado pelas duas primeiras apeladas, as cláusulas contratuais que estabeleceram o sigilo, a não competitividade e a pena pelo descumprimento, são válidas e eficazes (CC/02, arts. 104 e 138 a 184)**, por isto que firmadas entre sociedades empresárias de porte, a revelar que dispunham de discernimento o bastante para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual, não se submetendo a questão ao Código de Defesa do Consumidor.

As cláusulas de sigilo (6º) e a de não competitividade (13) não violam o princípio da livre concorrência. As restrições que delas resultam observam o limite material, ou seja, o ramo em que as apeladas estariam impedidas de atuar, como, também, o temporal (dois anos), o que afasta a alegação de ofensa ao princípio mencionado.

Assim, diante do descumprimento contratual, às duas primeiras apeladas deve ser imposta a multa prevista na cláusula 14 dos contratos de fls. 19-97, no total de R\$ 200.000,00, a teor do que dispõe o art. 411 do CC/02 e, em conjunto com a terceira apelada, a indenização por perdas e danos que suportou a autora, em correspondência ao faturamento que esta deixou de auferir em decorrência da perda de sua clientela.

Em verdade, a conduta das rés se enquadra no art. 195, III, da Lei nº 9.279/96, reguladora de direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, no que respeita à livre concorrência que o art. 170, IV, da CR/88 alinha entre os princípios da ordem econômica. Nos termos do indigitado preceptivo legal, comete crime de concorrência desleal quem: III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.<sup>201</sup>

Também nesse sentido, embora envolvendo relação de contrato de trabalho, vale conferir o seguinte julgado:

**"DOCTRINE OF INEVITABLE DISCLOSURE". CLÁUSULA DE NÃO DIVULGAÇÃO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE SIGILOQUANTO ÀS INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS E OU PRIVILEGIADAS CONHECIDAS EM RAZÃO DO CONTRATO DE**

<sup>201</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2009.001.04727. Desembargador Relator Jesse Torres. Julgamento: 18/02/2009. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2009. (grifos nossos)

TRABALHO. Ensina o MM. Ministro José Delgado, do C. Superior Tribunal de Justiça, que "o típico da Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociadas, quer não negociadas. É na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência" (Questões controvertidas do novo Código Civil, coordenadores Mario Luiz Delgado e Jonas Figueiredo Alves, pág. 177, editora Método). Funda-se o direito, pois, no valor da pessoa como fonte de todos os demais valores, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos. Deste princípio decorrem, entre outros, os artigos 113 e 422 do Código Civil, pelos quais "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração" e "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Acerca do princípio da boa-fé, ensina Paulo Luiz Netto Lôbo que "a boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento". (Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42, p. 193). **Tem-se, portanto, que as partes devem pautar sua conduta de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, que deve perdurar não apenas na parte pré-contratual e na sua execução, mas também quando de seu término. Enquadra-se no princípio geral da boa-fé objetiva o dever de respeito à cláusula de não divulgação, conhecida como *doctrine of inevitable disclosure*, segundo a qual as pessoas que, por força de contrato de trabalho, tiverem acesso a informações confidenciais ou privilegiadas, são obrigadas a manter o sigilo daquilo que souberem por força desta circunstância.**<sup>202</sup>

Como se verifica do trecho do julgado acima transcrito, as cláusulas que previam a observância do dever de sigilo e de não concorrência tiveram o condão de ampliar o controle judicial da boa-fé sobre o comportamento dos contratantes, impondo a observância de obrigações que, embora possam decorrer desse princípio, não seriam objeto de controle na ausência das respectivas previsões contratuais.

Pode-se vislumbrar, ainda, um outro exemplo no qual os contratantes procurariam estimular o juiz a exercer um controle mais rigoroso do atendimento ao princípio da boa-fé do que aquele que seria normalmente exercido: uma convenção prevendo que a cláusula resolutória somente poderá ser invocada por uma das partes em caso de um inadimplemento substancial da obrigação pelo outro contratante.

Assim, os contratantes demonstram ao juiz seu desejo de que, naquela relação contratual em específico, o controle da lealdade dos contratantes no momento de invocação da cláusula resolutória seja exercido de forma mais enfática, vedando a sua utilização em caso de inadimplemento não substancial da obrigação. Embora a possibilidade desse controle

---

<sup>202</sup> SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. Apelação Cível nº 20080368837. Julgamento: 19/03/2009. Disponível em <<http://www.trt.gov.br>>. Acesso em: 03 abr. 2009. (grifos nossos).

judicial esteja sempre presente mesmo na ausência dessa cláusula, uma previsão do gênero teria como condão estimular o magistrado a exercer esse controle que, na ausência da convenção das partes, poderia deixar de ser exercido.

Em outro ângulo da mesma questão, os contratantes podem definir, eles próprios, o que entendem estar abrangido pela definição de adimplemento substancial. Pode-se cogitar que os contratantes, antecipando-se a um eventual litígio, definam, no próprio contrato, o que entendem ser o adimplemento substancial da obrigação, retirando do credor a possibilidade de pleitear a resolução do contrato, desde que cumpridas as obrigações especificadas na convenção.<sup>203</sup>

Em outras palavras, na ausência dessa cláusula, esse controle, que decorre de uma aplicação particularmente enfática do princípio da boa-fé à relação contratual, pode não ser, necessariamente, realizado pelo juiz. Nesse caso, porém, os próprios contratantes demandam, expressamente, ao juiz que avalie se o inadimplemento foi significativo a ponto de justificar a aplicação da cláusula de resolução, o que demonstra a influência que essa previsão pode acarretar à atividade judicial.<sup>204</sup>

Portanto, as cláusulas por meio das quais os contratantes reforçam ou ampliam o controle judicial do princípio da boa-fé não operam apenas como uma simples lembrança para as partes e para o juiz de uma obrigação que, a rigor, já decorre da lei; ao contrário, essas previsões podem ensejar um controle judicial mais rigoroso desse princípio, seja estimulando o juiz a efetuar-lo, seja prevendo obrigações que, embora decorram da boa-fé, podem não ter seu cumprimento aferido pelo juiz, na ausência de uma cláusula que demonstre a intenção dos contratantes nesse sentido.

### **3.4 Cláusulas definindo os critérios de controle judicial da lealdade contratual**

Possivelmente, as cláusulas por meio das quais os contratantes procuram influenciar os critérios de controle judicial da lealdade das partes na relação contratual consistem no ponto

---

<sup>203</sup> O assunto será detalhado no capítulo III. 4.C, especificamente destinado às cláusulas contratuais que procuram afastar a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

<sup>204</sup> Como será visto no capítulo III. 4.C adiante, essa cláusula estabelece um contraponto àquela pela qual os contratantes procuram afastar a aplicação da teoria do adimplemento substancial da obrigação, indicando ao juiz que as partes somente se contentam com uma prestação perfeita, completa e integral da obrigação prevista no contrato.

mais interessante a ser examinado na jornada dos contratantes em busca de tornar mais previsíveis os resultados da atividade judicial envolvendo o princípio da boa-fé.

A questão é particularmente instigante porque a noção de boa-fé, apesar dos esforços doutrinários visando à sua maior concretude<sup>205</sup>, é reconhecidamente bastante ampla, sendo que o juiz costuma desfrutar de uma ampla margem de manobra na definição do seu conteúdo e critérios de controle. Assim, a noção de boa-fé, ao mesmo tempo que configura um vetor de flexibilização do contrato, representa uma fonte de insegurança para os contratantes, até mesmo por representar uma das principais, se não a principal, porta de entrada do juiz no mecanismo contratual.

Assim, é até mesmo natural que se cogite a respeito da possibilidade de os contratantes tentarem definir o conceito dessa noção fluida, por meio da qual o juiz controla o comportamento das partes e aplica sanções decorrentes de sua inobservância. Não é de se estranhar que os contratantes possam pretender interferir nessa matéria, sendo fácil se vislumbrar o interesse que os contratantes podem possuir em dar sua contribuição na aplicação do princípio da boa-fé à relação contratual.

Cabe verificar, portanto, se é aceitável que os contratantes pretendam, por assim dizer, “dar a sua palavra” também nesse campo. Indaga-se: o caráter de ordem pública da obrigação de boa-fé não representa obstáculo à tentativa dos contratantes de determinar o conteúdo desse princípio, interferir nos critérios de controle normalmente aplicados pelo magistrado ou influenciar a atividade judicial de verificação da lealdade das partes?

Como será visto em exemplos concretos, o caráter de ordem pública da boa-fé não impede, necessariamente, que as partes interfiram no conteúdo das obrigações decorrentes desse princípio, pois as exigências dele decorrentes não são as mesmas em todos os contratos. Sem afastar por completo a aplicação do princípio da boa-fé, o que representaria ofensa à ordem pública, as partes, tendo conhecimento das aplicações do princípio na relação contratual por elas firmada, poderão canalizar e influenciar a sua aplicação pelo juiz.

A questão é, sem dúvida, delicada e, em um primeiro exame, pode-se parecer mais simples rejeitar essa pretensão. De fato, se a boa-fé não é definida por lei, pode-se argumentar que essa opção legislativa foi adotada exatamente para que ela conserve uma maleabilidade em cada caso concreto e também para que o magistrado possa defini-la de acordo com a relação contratual que lhe for submetida a exame. Se o legislador não definiu o conteúdo desse princípio, deve-se indagar se é aceitável que as partes possam fazê-lo quando da

---

<sup>205</sup> V., por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *op.cit.*

redação do contrato, reduzindo a margem de manobra que o juiz possui na matéria. Novamente, cabe a indagação: permitir que as partes definam o conteúdo da boa-fé não seria eventualmente o mesmo que permitir que elas contornem a proteção estabelecida pelo legislador?<sup>206</sup>

Considerando a questão de forma tão genérica, dificilmente se poderia reconhecer alguma liberdade aos contratantes nesse campo. Mas, descendo à realidade do contrato, isto é, examinando-se a contratação em si, o exame muda radicalmente de figura, pois, quando o juiz aprecia o comportamento das partes à luz da boa-fé, ele o faz em um contexto dentro do qual se situam as relações mantidas pelas partes. E Esse contexto é representado, primeiramente, pelo próprio contrato.

De fato, o conteúdo do acordo exercerá influência nesse exame, caso se trate, por exemplo, de uma obrigação pautada na confiança existente entre os contratantes, em que a boa-fé seja um pilar da relação; ao contrário, o contrato pode revelar um ambiente de não cooperação entre as partes, no qual, desde o início, os contratantes atuaram de forma a proteger exclusivamente os seus próprios interesses.

Tudo isso constituirá um palco ou um cenário que influenciará a atividade judicial de controle da lealdade das partes. Se a boa-fé é uma noção de conteúdo variável, é porque ela pode ser adaptada ao contexto no qual será invocada. E esse contexto poderá ser criado pelos próprios contratantes.

Sabe-se que a matéria não é propícia a definições convencionais adotadas pelas partes. Mas, observados certos limites, será possível identificar algumas alternativas abertas aos contratantes para dar a sua contribuição na atividade judicial envolvendo o princípio da boa-fé. Se os critérios adotados pelas partes no contrato não contrariarem por completo a definição doutrinária e jurisprudencial da noção de boa-fé, nem retirarem, por completo, o poder de apreciação do juiz na matéria, alguma influência os contratantes poderão exercer também nesse aspecto tão importante à relação contratual. Verificar-se-á que as partes são, ocasionalmente, autorizadas a especificar, elas próprias, os contornos da atividade judicial de controle da boa-fé.

Com a cautela que a questão recomenda, serão examinados a seguir alguns exemplos concretos, os quais podem ser assim elencados: (a) cláusulas referentes ao aviso prévio em caso de ruptura do contrato; (b) cláusulas determinando os contornos da obrigação de

---

<sup>206</sup> LAMOUREUX, Marie. *op. cit.*, pág. 455.

informação; (c) cláusulas referentes ao motivo da resolução; e (d) cláusulas de não renúncia a direitos.

#### 3.4.1 A. Cláusulas referentes ao aviso prévio em caso de ruptura do contrato

Como se sabe, a jurisprudência invoca, com frequência, o princípio da boa-fé objetiva para vedar ou punir o exercício do direito subjetivo da rescisão contratual, quando o mesmo caracterizar abuso da posição jurídica. Diversas são as decisões que consideram abusiva o rompimento abrupto de um contrato, especialmente quando a relação contratual perdurou ao longo de anos a fio.<sup>207</sup>

Assim, pode-se afirmar que a ruptura de um contrato firmado por prazo indeterminado, segundo a jurisprudência, é submetida a um controle da lealdade do comportamento do contratante que pretende resilir o acordo. Em termos práticos, os Tribunais pátrios costumam verificar se esse contratante forneceu um prazo razoável à sua contraparte anteriormente à efetivação da rescisão; do contrário, essa atitude pode ser considerada abusiva, por violação ao dever de lealdade contratual.

Entretanto, como ocorre com frequência nas aplicações jurisprudências da boa-fé, não há uma uniformidade no tratamento da questão, sendo extremamente difícil se precisar qual a antecedência que o contratante deve adotar para que o seu pedido de rescisão do contrato por prazo indeterminado não seja considerado abusivo, sob a perspectiva da violação da boa-fé.

---

<sup>207</sup> A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AGRAVO RETIDO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. RESILIÇÃO UNILATERAL. **AUSÊNCIA DE PRAZO RAZOÁVEL PARA REORGANIZAÇÃO DAS ATIVIDADES. BOA-FÉ CONTRATUAL. AGRAVO RETIDO. PERÍCIA. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. (...) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL.** Apelação Cível. Direito Privado não especificado. Agravo Retido. Contrato de distribuição. Resilição Unilateral. Ausência de prazo razoável para reorganização das atividades. Boa-fé contratual. Perícia. Nulidade não caracterizada. Violação ao princípio da boa-fé contratual. (...) O arcabouço probatório constante dos autos permite concluir que as partes firmaram um contrato de distribuição para a formação de uma clientela regular na região metropolitana de Porto Alegre com o intuito de aumentar a lucratividade e consolidar a marca do fabricante. **A rescisão contratual de forma unilateral sem concessão de um prazo razoável, certamente surpreendeu a distribuidora, violando o princípio da boa-fé contratual, pois a extinção do negócio jurídico deveria ter sido previamente discutida com a demandante, concedendo-lhe um tempo razoável para que esta pudesse reorganizar as suas atividades antes de perder a condição de distribuidora dos produtos da vendadora, que desenvolvia por 21 anos.(...)**” (Apelação Cível nº 70019570597, 9ª Câmara Cível, j.em 02/07/2008, DJ de 11/07/2008. Disponível em <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 25 jan. 2009) (grifos nossos)



A possibilidade de a rescisão ser considerada abusiva é, assim, fonte de insegurança para os contratantes, percebendo-se, portanto, o interesse que as partes podem possuir em influenciar a apreciação judicial da abusividade do pedido de resolução.

Nesse contexto, cumpre examinar a função das cláusulas contratuais que especificam um aviso prévio a ser cumprido pelo contratante que pretende resiliir o contrato. A questão a examinar é a seguinte: o fato de o contratante respeitar o aviso prévio contratual pode restringir a possibilidade de o pedido de rescisão do contrato ser considerado abusivo, sob a alegação de rompimento abrupto do acordo?

O exame da jurisprudência sobre a matéria revela que, embora em alguns casos no qual foi convencionado um aviso prévio ainda exista espaço para a censura da oportunidade da rescisão, como será visto mais adiante, são mais frequentes os julgados que consideram que a cláusula que estabelece um aviso prévio afasta a possibilidade de alegação de violação da boa-fé pelo contratante atingido pela rescisão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro teve a oportunidade de examinar uma medida cautelar visando a sustar os efeitos de uma rescisão de um contrato de prestação de serviços, firmado por prazo indeterminado, contendo cláusula permitindo a denúncia unilateral mediante o aviso prévio, por escrito, de sessenta dias. No caso, o Tribunal entendeu que a observância do aviso prévio pelo contratante interessado na rescisão do contrato afastava a procedência da alegação de violação ao princípio da boa-fé e, até mesmo, inviabilizava a aplicação do disposto no artigo 473, parágrafo único, do Código Civil<sup>208</sup>.

Confira-se, por oportuno, trecho do julgado:

AGRAVO INOMINADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS. 2. AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA. 3. LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS. IMPOSSIBILIDADE. 4. VERBETE 58 DO TJRJ. 5. RECURSO QUE NÃO SEGUE. 1. A questão trazida à baila refere-se à denúncia de contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, cuja vigência é por prazo indeterminado, e a rescisão unilateral depende de aviso prévio, por escrito, de sessenta dias, à outra parte, conforme sua cláusula 24. A empresa agravada, em 26/09/2008, enviou notificação à agravante, pretendendo cancelar o contrato de prestação de serviços, em 19/10/2008, bem como depositar o montante referente ao pagamento dos 38 dias adicionais de aviso prévio, em pleno acordo à cláusula contratual e à legislação civil, não havendo, inclusive, qualquer prejuízo à recorrente. Inexiste, portanto, qualquer descumprimento do acordo celebrado, uma vez que os sessenta dias de aviso prévio estão sendo cumpridos, sendo parte na continuidade da prestação dos serviços contratados, e parte objeto de pagamento pela denunciante. **Assim, obedecidos aos requisitos contratuais e legais, poderá uma parte denunciar o contrato, sem que isso atente, de forma alguma, contra os princípios da boa-fé e da função social do contrato (artigos 422 e 421 do CCB), como alegou a recorrente.** Precedentes

<sup>208</sup> BRASIL. **Código Civil**, Art. 473: “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

deste Tribunal. Insta salientar que o parágrafo único do artigo 473 do CCB somente se aplica (para fins de limitação ao direito protestativo de rescisão contratual) quando configurar abuso do direito (artigo 187 do CCB), de modo que se impeçam condutas formalmente lícitas, mas que não o sejam materialmente, ultrapassando os limites éticos do sistema. **Importante frisar que é plenamente lícito à demandada utilizar-se da rescisão unilateral do negócio jurídico, mormente diante da expressa previsão contratual, o que invariavelmente levará à manutenção da decisão recorrida. Ora, no caso em tela, a agravada cumprindo a lei civil e o pacto celebrado há mais de trinta anos -, como antes afirmado, notificou por escrito a recorrente, denunciando o contrato, responsabilizando-se pelo pagamento dos serviços nos sessenta (60) dias seguintes, o que leva à conclusão de que a recorrida agiu no exercício regular de um direito: o de não ser obrigada a permanecer vinculada contratualmente. E isso afasta, a princípio, a probabilidade de que o direito que afirma ter a agravante realmente exista, ou, em outras palavras, que, aparentemente, não há o *fumus boni iuris* invocado pela recorrente.** 2. Igualmente, não restou demonstrado o segundo requisito para a obtenção de liminar - o *periculum in mora* -, uma vez que não há probabilidade da recorrente sofrer dano irreparável até o julgamento do processo principal. Precedentes do STJ. In casu, inexistente a urgência, uma vez que o contrato vigora desde 1978, e quando da sua formação as partes anuíram com a possibilidade de rescisão unilateral da avença. Deveras, somente agora, trinta anos depois, quando a recorrida decidiu pôr fim ao negócio jurídico, **fazendo valer a cláusula contratual, é que a agravante se insurge contra disposição que ela mesma convencionou. Portanto, não pode, a agravante, querer ser amparada pelo art. 473, parágrafo único, do Código Civil, pois tal dispositivo visa proteger uma das partes de eventual surpresa, para que não sofra prejuízos financeiros com os investimentos realizados e se depare, repentinamente, com a rescisão unilateral realizada pela outra parte.**<sup>209</sup>

Assim, como se verifica, a cláusula prevendo um aviso prévio contratual tende a afastar as chances de êxito da alegação de violação à boa-fé na hipótese de rescisão unilateral do contrato por prazo indeterminado, exigindo do contratante que a exerceu apenas a observância do período mínimo previsto pelas partes.<sup>210</sup> É importante notar como a cláusula em questão foi fundamental para que o Tribunal concluísse que a conduta do contratante que resiliu unilateralmente o contrato não poderia ser sancionada à luz da boa-fé. Essa disposição contratual, como também se verifica, influenciou, ainda, o afastamento da aplicação do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil, tornando muito mais complexo o reconhecimento da abusividade da rescisão.

<sup>209</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2008.002.34511. Desembargador Relator José Carlos Paes. Julgamento: 05/11/2008. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 02 mar. 2009. (grifos nossos)

<sup>210</sup> Em outro julgado, o mesmo Tribunal adotou uma postura até mais radical entendendo que, na presença de uma cláusula prevendo aviso prévio, é direito protestativo do contratante extinguir o contrato, mediante prévia denúncia, no prazo contratualmente previsto. Confira-se: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXTINÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL DIREITO POTESTATIVO. Constitui direito protestativo líquido e certo de qualquer das partes extinguir o contrato de prestação de serviços, firmado por prazo indeterminado, mediante prévia denúncia imotivada, no prazo previsto, desde que ancorada em cláusula expressa do instrumento negocial. Corolário da denúncia imotivada, exsurge a obrigação de indenizar do denunciante, no valor correspondente ao montante das prestações mensais no período do aviso prévio, com os acréscimos legais. Desprovimento do recurso.” RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2002.001.13643. Desembargador Relator Roberto de Abreu E Silva. Julgamento: 15/10/2002. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 02 mar. 2009.

Verifica-se, assim, que essa convenção, desde que cumprida pelo contratante que deseja resilir unilateralmente o contrato, tende a ser encarada pelo juiz como um forte indicativo de atendimento aos ditames da boa-fé no que diz respeito à ruptura do contrato, sendo mais provável o reconhecimento de que o contratante agiu no exercício regular de um direito na presença dessa cláusula.

Em contrapartida, como dito anteriormente, a jurisprudência também apresenta, embora em menor número, exemplos de julgados considerando que, mesmo quando as partes convencionaram um aviso prévio expressamente no contrato, a rescisão pode ser considerada abrupta e contrária aos ditames da boa-fé.

Especialmente quando a relação contratual perdurou durante um grande período de tempo, ou os interesses econômicos envolvidos no contrato são de grande importância, ou, ainda, a conduta de um dos contratantes forneceu fortes indicativos à outra parte no sentido da continuidade do negócio, o aviso prévio contratualmente previsto pode ser considerado insuficiente. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

Apelação Cível. Contrato de Distribuição. Aplicação analógica da Lei n. 6729/79. Rescisão contratual. Ausência de aviso prévio razoável. Caracterizada a exclusividade da espécie do produto comercializado, aplicasse, analogicamente, a Lei n. 6729/79 (Lei de Concessão Comercial) ao contrato de distribuição, cujo artigo 22 prevê prazo de 120 dias para a rescisão do pacto. Não obstante a possibilidade de a empresa ré por fim à relação jurídica entre as partes, deveria a mesma respeitar as expectativas de lucro da sociedade com quem contratou, **sendo certo que a solução do contrato com pequeno aviso prévio de 30 dias frustrou todas as possibilidades de ganho. A necessidade da concessão de um maior lapso temporal decorre da necessidade de se evitar a interrupção abrupta do contrato e a inativação de uma estrutura adaptada especialmente para o desenvolvimento da atividade. A lealdade e a confiança recíproca, princípios básicos que orientam a formação do contrato, não deixam dúvidas acerca da necessidade da concessão de um prazo razoável.** Mormente quando considerado o vulto do empreendimento e sazonalidade do produto, cujos índices de vendas registram alta na estação primavera/verão, sendo indubitável, portanto, que a rescisão do pacto, ocorrida em agosto de 1998, frustrou as expectativas de lucro. Pedido de indenização que se faz procedente somente em parte, qual seja, indenização **por falta de razoável aviso prévio** e as verbas rescisórias dos empregados contratados para a realização das atividades. Recurso parcialmente provido.<sup>211</sup>

Mas, como se verifica, mesmo nesses casos em que o aviso prévio contratualmente previsto não enseja, por si só, um critério válido para a aferição da abusividade da ruptura, pode-se notar que essa convenção exerce alguma influência sobre a apreciação judicial da oportunidade da rescisão, a qual não será realizada exatamente da mesma forma que seria na ausência dessa cláusula.

---

<sup>211</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2002.001.30313, Desembargador Relator Jose C. Figueiredo. Julgamento: 28/05/2003. (grifos nossos)

Quando os contratantes já indicaram o prazo do aviso prévio, o mesmo somente será desconsiderado pelo juiz caso se mostre manifestamente insuficiente ou irrazoável, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, nas quais se considera, dentre outros elementos, o prazo de duração da relação contratual, a expectativa gerada por um dos contratantes na manutenção do vínculo, dentre outros elementos que, se provados, tenderão a afastar o prazo de aviso prévio contratualmente previsto.

Assim, na presença da cláusula de aviso prévio, o juiz normalmente irá verificar se o mesmo, diante das circunstâncias do contrato, não é evidentemente insuficiente, o que é diferente de verificar se ele é suficiente. A estipulação das partes, portanto, não é ignorada pelos juízes simplesmente porque as mesmas fixaram um prazo menos razoável do que aquele que seria fixado pelo magistrado na ausência dessa cláusula. Somente quando o juiz reconhece a fixação de um prazo manifestamente desproporcional, tendo em vista, por exemplo, a expectativa criada por um dos contratantes na continuidade da relação, o aviso prévio contratual deixará de ser um critério válido para aferição da boa-fé dos contratantes na rescisão unilateral do contrato.<sup>212</sup>

Portanto, verifica-se que os contratantes, ao convencionarem uma cláusula de aviso prévio, modificam, de alguma forma, o exame judicial envolvendo a aferição da boa-fé do contratante que pretende rescindir unilateralmente o contrato, o que demonstra a participação que os contratantes podem ter na aplicação judicial desse princípio.

#### 3.4.2 B. Cláusulas determinando os contornos da obrigação de informação

Como se sabe, a função criadora ou integrativa da boa-fé objetiva parte da premissa de que os deveres das partes em uma relação contratual não se limitam à prestação principal a que se obrigaram, mas também impõem a observância de diferentes deveres de conduta que são secundários ou laterais ao desempenho dessa obrigação principal.<sup>213</sup>

Sob a perspectiva da relação obrigacional como um processo voltado ao adimplemento<sup>214</sup>, o princípio da boa-fé objetiva regula o reconhecimento de deveres anexos ao objeto do contrato e que, embora não estejam necessariamente consignados em quaisquer

---

<sup>212</sup> LAMOUREUX, Marie. *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*. Op. Cit., p. 672

<sup>213</sup> SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>214</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

cláusulas ou disposições contratuais, devem ser igualmente observados pelas partes. São deveres que não se originam da vontade declarada dos contratantes e que excedem o dever da prestação principal, mas, mesmo assim, são considerados essenciais ao correto processamento da relação obrigacional.<sup>215</sup>

Um dos deveres anexos impostos pela boa-fé é o dever de informação, segundo o qual os contratantes possuem a obrigação de prestar informações adequadas e completas reciprocamente, a fim de preservar a utilidade e os benefícios legitimamente esperados com a celebração do acordo. Trata-se de um dever de transparência normalmente aplicável ao momento da negociação e celebração do contrato, no qual são prestadas informações de parte a parte acerca do objeto do acordo, da forma de cumprimento das obrigações etc.<sup>216</sup>

Como ocorre com grande parte dos deveres decorrentes da boa-fé, verifica-se uma grande insegurança dos contratantes em relação ao seu conteúdo e forma de exercício do controle judicial. A quantidade de decisões judiciais em que a matéria é discutida revela que o cumprimento ou descumprimento da obrigação de informação torna-se, em muitos casos, o ponto fundamental da demanda, como fator decisivo para a solução do litígio em favor de um dos contratantes.

Assim, percebe-se o interesse que as partes podem possuir em definir o conteúdo da obrigação de informação ou, quando menos, indicar os critérios de aferição do cumprimento dessa obrigação, assegurando uma maior previsibilidade no tratamento judicial da questão. Embora os contratantes não possam excluir o dever de informação, tal como não podem simplesmente afastar a exigência de cumprimento da boa-fé, algumas previsões contratuais

---

<sup>215</sup> Judith Martins-Costa elenca, a título de exemplo, os seguintes deveres acessórios: a) os deveres de cuidado, providência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu desideratum, o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entre em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, art. 12, in fine, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares(...).” MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 439.

<sup>216</sup> AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 248-249.

podem exercer uma influência decisiva na matéria, interferindo na atividade judicial envolvendo o exame do cumprimento desse dever pelas partes.

Nesse contexto, os contratantes costumam convencionar uma cláusula contratual denominada de “cláusula de divulgação”, na qual declaram que todos os elementos e informações que um contratante poderia transmitir ao outro sobre o objeto do contrato foram adequadamente prestados. Cumpre apresentar um exemplo hipotético dessa cláusula: *Divulgação. Todas as declarações, afirmações ou garantias prestadas pelos Vendedores no presente Contrato ou em qualquer Anexo ao mesmo são corretas, completas e verdadeiras. Não há fatos relevantes envolvendo as atividades da empresa que não tenham sido divulgados por escrito e todas as divulgações feitas por qualquer integrante da companhia são corretas e verdadeiras em todos os aspectos relevantes.*

É possível se cogitar também de as partes precisarem o conteúdo da obrigação de informação, delimitando os seus contornos na relação contratual que firmaram. Assim, o contrato pode especificar que aquele contratante sobre o qual recai o dever de informação não detém o dever de informar este ou aquele elemento precisamente definido, ou que a obrigação de informação foi cumprida disponibilizando à outra parte este ou aquele documento ou conjunto de documentos, ou, ainda, que foram realizadas diligências nas quais foram examinadas informações necessárias à conclusão do negócio. Vale conferir um exemplo hipotético de uma cláusula do gênero, dessa vez mais específica e detalhada:

As Partes neste ato declaram, garantem e reconhecem que:

- (a) estabeleceram, de forma independente, os termos e condições deste Acordo, com base em dados e informações, planos e projeções que foram por elas apropriadamente elaborados e meticulosamente analisados, levando em conta, inclusive, os riscos inerentes e associados ao desenvolvimento do mercado em que atuam, bem como de aspectos políticos e regulatórios referentes aos setores específicos de suas atividades, os investimentos já realizados e aqueles a serem ainda realizados e o retorno sobre o capital investido e a ser investido até o término do período deste Acordo; e
- (b) foram assistidas por técnicos especializados e advogados, tendo tido a oportunidade de apurar todas as dúvidas e ponderações relacionadas ao cumprimento do aqui previsto.

As modalidades e o conteúdo da obrigação de informação podem, portanto, ser, dentro de certos limites, definidos pelas partes, desde que as estipulações sejam claras e precisas, não excluam por completo o dever de informação, nem contrariem a própria finalidade do contrato. Dessa forma, na superveniência de um litígio contratual, essas cláusulas tornarão mais complexa a prova do descumprimento da obrigação de informação em relação aos elementos expressamente citados nessa convenção, o que demonstra que os contratantes

podem influenciar a definição do conteúdo do dever de informar, se considerada a relação contratual em concreto.<sup>217</sup>

### 3.4.3 C. Cláusula referente ao motivo da resolução: a teoria do adimplemento substancial

Como já amplamente estudado pela doutrina, se sob a vigência do Código Civil de 1916 a relação contratual podia ser concebida de forma bipolarizada e estática, figurando credor e devedor em posições antagônicas, após a edição do novo Código Civil esse conceito foi amplamente relativizado.<sup>218</sup> A relação obrigacional passou a ser entendida como um vínculo dialético entre credor e devedor, que devem cooperar para a realização do fim contratual almejado, ou seja, o adequado adimplemento da obrigação.<sup>219</sup>

Essa nova ordem conceitual é trazida em grande parte pelo reconhecimento, em um primeiro momento, pela doutrina civilista e posteriormente pelo legislador, da incidência do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais. Ao prever expressamente que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução,

---

<sup>217</sup> Nesse sentido, embora em relação de consumo, vale conferir o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que levou em consideração uma previsão contratual expressa para afastar a alegação de violação do dever de informação por parte de prestadora de serviço de telefonia: “APELAÇÃO CÍVEL. Sumário. Consumidor. Dano Moral. Operadora de telefonia móvel celular. Alegação de ausência de cobertura em "zona de sombra". Impossibilidade esporádica de efetuar ligações em determinadas áreas. **Cláusula contratual expressa acerca da existência de limitação (cláusula 16.4 - fls.92)**. Descumprimento contratual que gera mero inconveniente, não suscetível de atingir a dignidade do consumidor, premissa básica para configuração do dano moral (Art.5º,X,CF). Princípios da Reserva do Possível e Razoabilidade.// A moderna interpretação do núcleo princípio lógico do dano moral não se compadece com espíritos exacerbados ou sentimentos de extrema fragilidade, sendo imprescindível a conspurcação da dignidade da pessoa do consumidor (Art.5º,X,CF). Inexistência de prova, ademais, de que a linha telefônica (erradamente informada pela autora na inicial) não tenha funcionado regularmente ao longo dos quatro primeiros anos de contrato (fls.83/89). Quadro fático que determina a incidência da súmula 75, TJRJ.// Não é razoável exigir-se da operadora de telefonia celular que forneça cobertura em toda e qualquer área, devendo ser consideradas as especificidades geográficas do terreno coberto, **circunstância expressamente consignada em cláusula contratual. Não violação aos deveres anexos oriundos do Pr. da Boa-Fé Objetiva** (Arts.6º;30;31 e 35,CDC). Inexistência de propaganda enganosa. Inversão do ônus da prova incabível. Cerceamento de defesa não observado. Dano moral não configurado. Confirmação da sentença. Improvimento do Apelo.” (TJRJ, Apelação Cível nº 2008.001.39006, Des. Orlando Secco, Oitava Câmara Cível, Julgamento em 28/10/2008. Disponível em <www.tj.rj.gov.br> Acesso em 15 mar. 2009.)

<sup>218</sup> A antiga concepção estática da relação obrigacional se baseava na ideia de que a obrigação é um vínculo jurídico em que o polo credor tem o poder de adstringir o polo devedor a solver a obrigação, existindo dois polos (credor e devedor) rigidamente opostos entre si.

<sup>219</sup> SILVA, Clóvis do Couto. **A Obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 6: “Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos”.

os princípios da probidade e boa-fé<sup>220</sup>, o ordenamento civil atribuiu às partes contratantes um modelo de conduta a ser seguido, sob pena de sua atuação ser considerada antijurídica.

É justamente esse princípio que temperou o desenvolvimento estrito ou abusivo da relação obrigacional. Ao equacionar o conteúdo da obrigação, a boa-fé objetiva poderá atuar como: (i) cânone interpretativo; (ii) fonte criadora de deveres jurídicos ou (iii) limitadora do exercício de direitos subjetivos dos contratantes. No primeiro caso, a boa-fé objetiva irá conferir adequada interpretação ao conteúdo das cláusulas contratuais, sendo que, em seu viés integrador, este princípio irá gerar uma série de deveres anexos ou secundários, a serem observados pelos contratantes juntamente com a obrigação de adimplir a prestação principal.

Mas é em seu caráter limitador, vedando ou punindo o exercício abusivo de uma posição jurídica, que o princípio da boa-fé objetiva atua como fundamento de uma teoria, que possui raízes no direito inglês, denominada “teoria do adimplemento absoluto” (*substantial performance*).

Segundo essa teoria, que vem sendo reiteradamente aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados<sup>221</sup>, ainda que uma disposição contratual ou legal preveja a resolução do contrato na hipótese de inadimplemento, o fato de a prestação ter sido substancialmente satisfeita veda ao credor, de acordo com os ditames da boa-fé, o exercício do direito de resolução. Trata-se de uma limitação ao exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de uma obrigação não cumprida.

Embora o Código Civil de 2002 não defina qual espécie de descumprimento pode dar ensejo ao pedido de resolução por parte do credor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que somente a violação substancial do contrato faz surgir o direito à resolução do pacto.

Em outras palavras, para o Superior Tribunal de Justiça, apenas o inadimplemento que atinja consideravelmente a expectativa legítima do credor em relação ao cumprimento da avença é capaz de fazer emergir o direito deste último extinguir o contrato. A prestação imperfeita, mas que implicou no adimplemento substancial de uma obrigação, autoriza o pedido de indenização, porém não o de resolução.

Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça negou pedido formulado em ação de resolução contratual movida por uma empreiteira contra a proprietária da obra, na qual a autora, alegando atraso no pagamento das duas últimas prestações do contrato,

---

<sup>220</sup> BRASIL. **Código Civil**, Artigo 422.

<sup>221</sup> V., dentre outros, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 469577 – SC. Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 25/03/2003, DJ 05/05/2003.



requereu a extinção da avença. Nesse caso, considerando a grandiosidade do empreendimento e o valor das prestações pagas até então, o inadimplemento da ré, que atrasou apenas as duas últimas prestações, não foi considerado causa suficiente para a extinção do contrato, cabendo apenas indenização do dano decorrente do atraso <sup>222</sup>.

Em outra oportunidade, aquele mesmo Tribunal negou busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente para garantia de financiamento, em que o devedor não honrou a última prestação. Ao credor minimamente insatisfeito assegurou-se, logicamente, o direito de exigir o cumprimento do contrato, cobrando o débito remanescente, sem prejuízo de eventual ressarcimento por perdas e danos, não lhe sendo garantido, entretanto, o direito à resolução do contrato, substancialmente cumprido pela contraparte <sup>223</sup>.

Nessas hipóteses, entendeu-se que o comportamento do credor – que insistia na extinção do contrato minimamente inadimplido – seria contrário à boa-fé objetiva, que atuaria protegendo o contratante que cumpriu quase a totalidade da prestação a que estava adstrito. O exercício do direito do credor de resolver o contrato, nessas condições, embora formalmente lícito, representaria um comportamento desleal e inflexível, contrário aos ditames da boa-fé objetiva.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a fim de limitar o exercício do direito do credor de resolver o contrato, muitas vezes expressamente previsto no instrumento contratual, em razão da ocorrência de um inadimplemento que não retira a utilidade da prestação para o credor.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o magistrado verificará se o contrato atingiu substancialmente os objetivos para os quais foi criado, decidindo se este deve ou não ser mantido. A existência do inadimplemento absoluto da obrigação irá ensejar a resolução do contrato inadimplido. O adimplemento substancial, por outro lado, retirará do credor a faculdade de requerer a resolução do contrato, garantido-lhe apenas exigir o cumprimento da obrigação acrescido do ressarcimento dos danos eventualmente sofridos.

Como se verifica, esse tema suscita especial atenção dos contratantes e, especialmente quando estão presentes interesses econômicos relevantes, as partes podem entender inconveniente se sujeitar à imprevisibilidade da definição jurisprudencial do que vem a ser adimplemento substancial. De fato, quando se tratar de uma grande contratação entre partes

---

<sup>222</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 191.802 – SP. Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 2.2.1999.

<sup>223</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 272.739 – MG. Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 4.5.2002.

profissionais, pode haver a necessidade de afastar a insegurança sobre a definição da natureza do adimplemento da obrigação, o que afetará a possibilidade do credor resilir o contrato.

A jurisprudência oscilante na matéria contribui para aumentar a utilidade dessa antecipação dos contratantes a um futuro litígio. Os Tribunais pátrios adotam critérios distintos e frequentemente imprevisíveis sobre o grau de cumprimento da obrigação que daria ensejo à aplicação da teoria do adimplemento substancial. Embora uma ligeira diferença de critério seja aceitável em razão dos diferentes tipos de contrato em que a teoria se aplica, o exame da jurisprudência revela que os Tribunais pátrios não possuem um parâmetro uniforme sobre o que viria a constituir o adimplemento substancial da obrigação.<sup>224</sup>

Mais do que justificável, pois, o interesse dos contratantes em definir, eles próprios, o que vem a ser o adimplemento substancial da obrigação objeto do contrato, reduzindo as incertezas nessa matéria. Nesse caso, os contratantes procurariam retirar do juiz a faculdade de arbitrar qual o grau de cumprimento da obrigação ou quais obrigações, desde que cumpridas, excluiriam a possibilidade de o credor obter a rescisão do contrato. Uma cláusula que assim dispusesse teria influência marcante sobre a aferição da boa-fé do pedido de rescisão contratual, uma vez que as próprias partes teriam definido, previamente, em que hipóteses tal pedido não seria considerado como exercício abusivo de uma posição jurídica.

A título de exemplo, vale citar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual ilustra, com clareza, os riscos a que se sujeitam as partes ao deixarem de definir, no contrato, o que entendem por adimplemento substancial da obrigação. No caso, tratava-se de uma promessa de compra e venda de loja em *shopping center*, cujo promitente comprador ingressou com ação visando à resolução dessa promessa, com fundamento na alegação de inadimplemento contratual da ré, responsável pela construção e entrega da loja.

O inadimplemento desta última, de acordo com a causa de pedir, consistiu no fato de ter alterado unilateralmente o projeto de construção modificando os locais de instalação das escadas rolantes, as quais, como legitimamente esperava o promitente comprador da loja no momento da celebração do contrato, deveriam ficar em frente à loja adquirida, garantindo um fluxo de potenciais compradores maior do que em outro local do *shopping*. Embora a

---

<sup>224</sup> A título de exemplo, nos contratos de seguro, embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha afirmado expressamente que "apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, sob pena de comprometer as atividades empresariais" (Recurso Especial 415.971. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acessado em 12.04.2009) encontra-se, com certa facilidade, na jurisprudência julgados que aplicam a teoria do adimplemento substancial aos mesmos contratos de seguro, na hipótese de inadimplemento de três parcelas RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2003.001.24579. Desembargador Relator Des. Gamaliel Quinto de Souza. Julgamento: 11.11.2003. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 12 abr. 2009.

sentença de primeira instância tenha acolhido o pedido de resolução formulado pelo promitente comprador, o Tribunal de Justiça reformou essa sentença, sob o argumento de que a obrigação teria sido substancialmente inadimplida, o que retiraria do promitente comprador a possibilidade de resolução da avença. Confira-se trecho do julgado:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOJA EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. É INEGÁVEL QUE HOUE UMA INFRAÇÃO CONTRATUAL NO QUE DIZ RESPEITO À MUDANÇA DA POSIÇÃO DAS ESCADAS E POR ELA DEVE RESPONDER A RÉ, RESSARCINDO OS PREJUÍZOS DAÍ DECORRENTES. TODAVIA, SE HOUE SUBSTANCIAL ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELA RÉ - O EDIFÍCIO FOI CONSTRUIDO, ENTREGUES AS UNIDADES, IMPLANTADO O SHOPPING E PROMOVIDA A INSTALAÇÃO, LANÇAMENTO E FUNCIONAMENTO, COM GRANDE CAMPANHA PROMOCIONAL - NÃO SE PODE RESCINDIR O CONTRATO, O QUE AGREDIRIA O PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE E SEGURANÇA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS, COLOCANDO EM RISCO O EQUILÍBRIO SOCIAL. PROVIMENTO DO SEGUNDO APELO, PREJUDICADO O PRIMEIRO.

Cuida-se de ação ordinária cuja pretensão é rescindir o contrato de promessa de compra e venda celebrado entre as partes, tendo por objeto a aquisição da loja nº 304 situada no Nilópolis Shopping Center. Alega o autor, como causa de pedir, o inadimplemento contratual da ré, que alterou unilateralmente o projeto de construção do shopping em relação às escadas rolantes, as quais passaram a ser paralelas, fato este que prejudicou seu exercício comercial, visto que tal alteração desconsiderou o projeto original e comprometeu o fluxo de pessoas que circulariam em frente à loja.

(...)

**Houve substancial adimplemento das obrigações assumidas pela ré: o edifício foi construído, entregues as unidades, implantado o shopping e promovida a instalação, lançamento e funcionamento, com grande campanha promocional. A alteração da posição das escadas nem de longe pode ser considerada como causa direta e eficiente do fracasso comercial do autor.** Quando muito, traduziria uma concausa.”<sup>225</sup>

Como se verifica, a ausência da definição do que vem a ser considerado adimplemento substancial pode, em determinados casos, representar um risco considerável para um ou até mesmo ambos os contratantes. Assim, deve-se reconhecer a validade de uma cláusula por meio da qual as partes definam quais obrigações são e quais não são essenciais ao adimplemento do contrato.

Mas, se as partes podem definir o que entendem configurar o adimplemento substancial da obrigação, cabe cogitar se as mesmas poderiam simplesmente afastar essa possibilidade, para impedir a resolução do contrato a partir de determinado grau de adimplemento. A indagação é a seguinte: os contratantes, pretendendo afastar a insegurança decorrente da aplicação dessa teoria, poderão efetuar uma contratação na qual ambas as partes

---

<sup>225</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2003001.18299. Desembargador Relator Odete Knaack de Souza. Julgamento: 13/04/2004.

sabem, previamente, que a obrigação haverá de ser integralmente cumprida, sendo possível a resolução do contrato mesmo em caso de inadimplemento não substancial?

Inicialmente, do ponto de vista subjetivo, ou seja, considerando as partes do contrato, uma cláusula que assim dispusesse não se afiguraria ilícita, especialmente ao se considerar que o contrato está sendo celebrado entre profissionais, devidamente assessorados e envolvendo interesses econômicos relevantes. Nessas circunstâncias, parece ser razoável que as partes estabeleçam um contrato cuja obrigação deverá ser cumprida integralmente.

Em outras palavras, no âmbito de uma relação contratual amplamente negociada entre partes equilibradas e envolvendo interesses econômicos relevantes, essa convenção pode representar uma pretensão legítima dos contratantes de permitir que a resolução contratual seja exercida sempre que a obrigação não for cumprida em sua totalidade.

Entretanto, a questão torna-se mais complexa ao se examinar a restrição que essa cláusula pode exercer sobre a atividade do magistrado. Cabe verificar, assim, se o juiz ficará impossibilitado de reconhecer o exercício abusivo da resolução do contrato em razão da convenção por meio da qual as partes definem que a obrigação deverá ser executada de forma absolutamente integral, afastando previamente a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Embora o exame seja mais delicado nesse ponto, deve-se reconhecer que uma cláusula do gênero vincula o juiz à decisão dos contratantes, retirando do magistrado a possibilidade de afastar o direito do credor à resolução do contrato sob o argumento do adimplemento substancial da obrigação. De fato, se afigura lícito que as partes, sem excluir diretamente a aplicação do princípio da boa-fé à relação contratual, restrinjam a sua aplicação especificamente na hipótese de resolução do contrato por inadimplemento.

Nesse caso, não há uma exclusão total da obrigação de agir de boa-fé, mas, tão somente, a restrição de uma aplicação jurisprudencial desse princípio, a qual será devidamente motivada pelo interesse das partes em firmar um contrato cujo cumprimento da obrigação deverá ser integral, sob pena de o credor conservar o direito de resolução do contrato.

Constata-se, portanto, que as partes podem afastar ou, quando menos, reduzir, por convenção, a discussão a respeito dos motivos que ensejaram a ruptura do contrato, evitando a apreciação da abusividade dessa conduta, o que demonstra, em última análise, que os contratantes estão aptos a interferir nos critérios do controle judicial a ser exercido sobre o seu comportamento, com fundamento no princípio da boa-fé.

#### 3.4.4 D. Cláusulas referentes à interpretação do comportamento das partes

O exame da jurisprudência revela que, de forma razoavelmente frequente, os Tribunais pátrios consideram como violação à boa-fé o fato de o credor, após ter tolerado durante considerável espaço de tempo a execução imperfeita do contrato, surpreender o devedor com a exigência de observância da cláusula contratual anteriormente descumprida durante a execução do contrato. De acordo com esse entendimento jurisprudencial, essa conduta pode se tornar obstáculo à aplicação da cláusula resolutória.<sup>226</sup>

Também como se verifica na doutrina<sup>227</sup>, o princípio da boa-fé objetiva assume uma função controladora, vedando ou punindo o exercício de direito subjetivo, quando caracterizar abuso da posição jurídica. Atualmente, são conhecidas algumas modalidades do exercício abusivo de posição jurídica, em razão da violação ao princípio da boa-fé objetiva, tais como o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*.

Na primeira delas, o *venire contra factum proprium*, protege-se a parte do contratante que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com comportamento assumido anteriormente. É que, após criar a expectativa de que determinado comportamento irá se repetir no futuro, a prática de ato contrário a esta conduta inicial, à luz do princípio da boa-fé, pode representar quebra da confiança e expectativa criada na contraparte.

A título de exemplo, cita-se o credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em tempo e lugar diversos do convencionado, e,

---

<sup>226</sup> Nesse sentido, vale conferir julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ORDINÁRIA CONDENATÓRIA. Contrato de compra e venda. Fumo. Pleito de pagamento de diferenças advindas de supostamente errônea classificação do fumo. Agir do autor vai de encontro à boa-fé objetiva e sua função limitadora. Instituto da SUPRESSIO. APELAÇÃO IMPROVIDA. (...) Com efeito, o autor não logrou demonstrar fato constitutivo de seu direito. A sua conduta, a meu ver, fere a boa-fé objetiva, na sua função limitadora, sob as vestes da teoria da supressivo. **É a hipótese em que uma das partes envolvidas em uma relação jurídica deixa de poder exercer uma posição jurídica (direitos subjetivos, direitos protestativos, etc.), em razão de ter se mantido inerte por longo tempo, gerando a justificada convicção, na parte contrária, de que tal posição jurídica não mais seria exercida.** E esta não se confunde com a prescrição ou a decadência. Vamos ao caso concreto. O autor, durante muitos anos, efetuou negócios com a demandada, a qual comprou a produção de fumo deste, não tendo o demandante se insurgido antes da perfectibilização do negócio, pelo contrário, celebrou inúmeras transações ao longo dos anos. Destarte, a meu ver, não pode agora vir a juízo se insurgir contra a demandada, notadamente sob a alegação de que não concordara com os valores pagos pelo seu produto, em virtude de errônea classificação. Por isto é que a sua afirmação de que não foi respeitada “sua expressão de vontade”, fl. 186, não pode ser acolhida.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70019571983. Desembargador Relator Glênio José Wasserstein Hekman. Julgamento: 18.2007. Disponível em <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em 18 mai. 2009.

<sup>227</sup> Ver, dentre outros, SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: Venire contra factum proprium e tutela da confiança.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor:** resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

subitamente, surpreende o devedor com a exigência literal do contrato. Essa conduta poderá, assim, ser censurada por violar os limites impostos pela boa-fé ao exercício do direito subjetivo do contratante.<sup>228</sup>

No *tu quoque*<sup>229</sup>, por sua vez, tem-se a inadmissibilidade de o contratante que violou determinada norma legal ou contratual, atingindo determinada posição jurídica, exigir da outra parte o cumprimento do preceito por ele próprio descumprido. A aplicação dessa teoria é observada na hipótese do contratante que, em mora, pretende obter a revisão ou resolução judicial do contrato por alteração da base jurídica do negócio.<sup>230</sup>

Já na *supressio*<sup>231</sup>, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. Tutela-se, aqui, por exemplo, o devedor que, em contrato de prestação duradoura paralisado durante longo tempo pela inércia do credor, vem a ser exigido, quando tudo lhe indicava que o pacto já se encontrava extinto.<sup>232</sup>

A *surrectio* consiste no nascimento de um direito oriundo da prática continuada de determinados atos, aliada à confiança legítima da parte que essa situação jurídica irá se manter no futuro. A título de exemplo, pode-se citar a duradoura distribuição de lucros de

---

<sup>228</sup> Nesse particular, confira-se o seguinte julgado: “*Venire contra factum proprium*. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.(...) no caso dos autos, estes deveres especiais, acessórios ou anexos, consistiam em impor à vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo autor, dependente – como é sabido – do recebimento de mercadoria adequada para cada estação, previamente encomendada, pois à época da comercialização pelas indústrias é bem anterior à venda no varejo. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 589073956. Desembargador Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 19.12.1989.

<sup>229</sup> O *tu quoque* é consagrado na fórmula inglesa *equity must come with clean hands*. Também é consagrado no brocardo latino *turpitudinem suam allegans non auditur*. *Tu quoque* significa, literalmente, “até tu”, expressão normalmente utilizada como forma de designar espanto, surpresa, decepção com a autuação de outra pessoa.

<sup>230</sup> Anderson Schreiber afirma que o *tu quoque* seria, na verdade, uma subespécie ou hipótese especial de *venire contra factum proprium*, pois haveria no núcleo do *tu quoque* uma ideia de contradição relacionada à utilização de critérios valorativos diferentes para situações objetivamente similares ou até idênticas (SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 177).

<sup>231</sup> A consagração dogmática da *supressio* ocorreu na Alemanha, em razão das perturbações econômicas causadas pela Primeira Grande Guerra, pois as alterações imprevisíveis nos preços de certas mercadorias pela inflação determinavam que o exercício retardado de certos direitos levava a situações de desequilíbrio entre as partes, permitindo a aplicação da *supressio*. (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 1984. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra, Portugal, 1984. p. 801)

<sup>232</sup> A título de exemplo, confira-se o seguinte julgado: “Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre a área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o status quo. Aplicação do princípio da boa-fé (supressivo).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 214680/SP. Desembargador Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr. Julgamento: 16.11.1999.

sociedade comercial em desacordo com os estatutos sociais, o que pode gerar o direito dos sócios de recebê-los do mesmo modo no futuro.

Como se verifica, em todas essas hipóteses, o exercício de um direito que, em princípio, se encontra previsto regularmente no instrumento contratual, poderá ser entendido como abuso da posição jurídica e, por conseguinte, sofrer limitação pelo princípio da boa-fé objetiva.

Mas, diante disso, cabe cogitar se os contratantes podem prever alguma disposição contratual que influencie o reconhecimento de cada uma dessas situações pelo juiz. A indagação é a seguinte: os contratantes podem limitar a utilização, pelo juiz, do critério da contradição do comportamento no âmbito da relação contratual, exercendo alguma influência sobre a apreciação judicial desse comportamento?

O interesse das partes contratantes, em especial do credor, de convencionar uma cláusula do gênero é evidente. O critério de apreciação do comportamento contraditório do credor pautado na boa-fé pode assumir feições imprevisíveis e ser fonte de insegurança jurídica, a qual, especialmente quando os interesses econômicos envolvidos são relevantes, pode se mostrar extremamente prejudicial à relação contratual.

Com efeito, a aplicação do princípio da boa-fé pela jurisprudência pode obrigar ao credor tolerar uma inexecução mínima do contrato pelo devedor, sendo contrária à boa-fé, no sentido de cooperação e lealdade, o exercício estrito do direito de resolução do contrato em razão desse descumprimento insignificante.

Mas, por outro lado, o mesmo princípio da boa-fé é invocado pela jurisprudência para retirar do credor a possibilidade de, após ter tolerado o descumprimento do contrato pelo devedor durante um certo período de tempo, exigir a fiel observância do pactuado, sendo tal conduta, como já visto, caracterizadora de um comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico.

Percebe-se, pois, a situação delicada em que se encontra o credor. Por força da boa-fé, deve tolerar pontuais descumprimentos do contrato pelo devedor, sob pena de sua conduta ser considerada abusiva e estritamente formal, mas não pode, todavia, se mostrar por demais condescendente com tais descumprimentos, sob pena de que a mesma boa-fé lhe retire a possibilidade de exigir que o devedor adote a conduta expressamente prevista no contrato.<sup>233</sup>

É precisamente esse conflito que a cláusula de não renúncia, por meio da qual as partes afirmam que eventual tolerância com o descumprimento pontual do contrato não retirará da

---

<sup>233</sup> LAMOUREUX, Marie. **L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants**: Recherche sur un possible imperium des contractants. [S.l.]: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2006.

parte contrária a possibilidade de requerer a correção desse comportamento no futuro. Por oportuno, confira-se um exemplo dessa previsão contratual, frequentemente adotada: *a tolerância da contratante com qualquer descumprimento do presente contrato ou de suas cláusulas não importará em renúncia, perdão, novação ou modificação das obrigações ora pactuadas entre as partes neste instrumento.*<sup>234</sup>

Por meio dessa convenção, os contratantes procuram advertir-se mutuamente de que a inação de uma das partes diante de uma violação ao contrato não deve conduzir à conclusão de tal descumprimento será tolerado indefinidamente, tampouco que a parte que o tolerou em determinado momento abrirá mão de exigir a observância daquela obrigação contratual inicialmente pactuada.

É evidente que a simples estipulação dessa cláusula de não renúncia não será suficiente para afastar a aplicação dos diversos institutos utilizados pela jurisprudência para sancionar o comportamento contraditório. A cláusula de não renúncia, ainda que consista em um alerta evidente ao devedor, especialmente nas contratações amplamente negociadas e com partes em igualdade de condições, não terá o condão de, em todos os casos, operar a uma abstração do comportamento efetivamente adotado pelos contratantes na realidade contratual.

Mas essa convenção, estipulada antes mesmo da ocorrência de alguma controvérsia, pode ter considerável influência na interpretação judicial do comportamento dos contratantes, que demonstram *ab initio* sua tendência em limitar as impressões subjetivas que as partes podem retirar do comportamento reciprocamente adotado durante a relação contratual.

Quando houver uma dúvida a respeito da eventual contradição do comportamento de um dos contratantes, a cláusula em questão poderá representar um obstáculo àquele contratante que tiver que provar a sua legítima expectativa na conduta adotada pela outra parte, pois a mesma dificulta a alegação de incoerência do comportamento do credor: o próprio contrato prevê, antecipadamente, que a tolerância deste último não significa, ao menos não de forma tão natural, o abandono dos seus direitos.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão recente, entendeu que uma cláusula do gênero, denominada “cláusula de tolerância”, impedia que o fato de um dos contratantes ter tolerado o pagamento impontual das obrigações pecuniárias assumidas pela outra parte lhe impedisse, posteriormente, de cobrar os encargos da mora. No caso, embora um dos contratantes tenha invocado que o comportamento da outra parte, ao

---

<sup>234</sup> No direito norte-americano, essa cláusula pode ser assim redigida: “*Failure by either party to strictly enforce any term or provision of this Agreement shall not constitute waiver of such term or provision.*” (em tradução livre: “O descumprimento de quaisquer das partes em exigir o cumprimento estrito de qualquer termo ou cláusula deste Contrato não deve representar renúncia desse termo ou cláusula”)



aceitar o pagamento com atraso deveria excluir a possibilidade de cobrança futura da mora, o Tribunal invocou a “cláusula de tolerância” para afastar essa alegação. Confira-se trecho do julgado:

Apelação Cível. Embargos à execução. Título extrajudicial. Exclusividade de cessão de espaço destinado a merchandising e fornecimento e revenda de produtos para a divulgação e a comercialização dos produtos da empresa embargante e cessionária, ficando o embargado-cedente nomeado fiel depositário dos bens destinados à execução do objeto contratual. Contrato de natureza híbrida. Pagamento pela cessionária de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), além do ressarcimento de R\$ 1.780,00 (um mil setecentos e oitenta reais) decorrente da aquisição de peça padrão de merchandising. Instrumento contratual redigido exclusivamente pela cessionária, ora embargante, estabelecendo obrigações para ambas as partes.

**Cláusula de tolerância. Abstenção ou atraso no exercício de direito que constitui mera liberalidade de qualquer das partes, não importando em extinção de obrigação, podendo a qualquer tempo ser cobrada. Prazo para pagamento contado da data da assinatura do contrato e não do reconhecimento de firma deste.** Mora caracterizada. Incidência da multa contratual estabelecida na cláusula penal, independentemente da demora no exercício de tal direito, como estabelecido na cláusula de tolerância. Multa diária que indubitavelmente tem natureza de astreintes. Incidência enquanto não satisfeita a obrigação, o que implica no reconhecimento do dies ad quem como o do depósito do valor contratado. Sentença correta que se mantém. Desprovimento de ambos os recursos.

(...) De fato o contrato fora redigido exclusivamente pela cessionária, ora embargante, estabelecendo obrigações para ambas as partes, não tendo o cedente descumprido qualquer das prestações que lhe foram impostas, **sendo oportuno destacar que a cláusula 8ª estipula que a abstenção ou atraso no exercício de direito, constitui mera liberalidade de qualquer das partes, não importando em extinção de obrigação, podendo a qualquer tempo ser cobrada.**

**Ora, o mesmo instrumento contratual estabeleceu prazo para o pagamento do valor estipulado 2ª, razão porque a multa contratual estabelecida na cláusula 9ª é de todo devida, independentemente da demora no exercício de tal direito, como estabelecido na cláusula 8ª.**<sup>235</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, igualmente, entendeu que uma cláusula contratual por meio da qual as partes, em um contrato de locação, declararam que eventual tolerância no descumprimento do contrato não importaria em renúncia ao direito previsto no contrato possuía o condão de afastar a alegação de um dos contratantes no sentido de que a inércia da sua contraparte retiraria desta última o direito de exigir o pactuado. Por oportuno, confira-se trechos do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO E COBRANÇA DE ALUGUÊRES E ENCARGOS. CONTRATO VERBAL DE COMODATO NÃO COMPROVADO. RELATIVIZAÇÃO DA FORMA DE RESCISÃO DO CONTRATO. INVIABILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESOBRIGAÇÃO DOS FIADORES. ILEGITIMIDADE ATIVA DO LOCATÁRIO PARA POSTULAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. SENTENÇA *CITRA PETITA* NÃO VERIFICADA. MORATÓRIA. **A simples alegação de que os locadores aguardaram três anos e quatro meses para ajuizar a demanda executiva não permite o reconhecimento de perdão**

<sup>235</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.001.54065. Desembargador Relator Gilberto Dutra Moreira. Julgamento: 16/04/2008. Disponível em <www.tj.rj.gov.br >. Acesso em 10 fev. 2009. (grifos nossos)

**tácito ou de moratória, já que direito seu efetuar a cobrança enquanto não verificada a prescrição. FATO DO CREDOR. TOLERÂNCIA RELATIVA AOS ATRASOS NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE DOS FIADORES. CLÁUSULA EXPRESSA. CASO CONCRETO. EXONERAÇÃO DA FIANÇA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. O fato de o fiador ter firmado contrato por prazo determinado com cláusula expressa prevendo eventuais prorrogações, significa que tinha plena ciência da possibilidade da avença passar a valer por período indeterminado. Validade da previsão contratual da garantia prestada até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação. ALTERAÇÃO DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. EXTINÇÃO DA ORTN. Fato alheio à vontade dos locadores, que não enseja a rescisão do contrato.**

**POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO, E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO. TRECHO DO VOTO**

Argumentou a primeira apelante, em suas razões (fls. 331/338), que a cobrança é indevida, pois foi firmado contrato verbal de comodato, por acordo entre as partes. Reclamou da prorrogação do contrato por prazo indeterminado, aludindo que a teoria da imprevisão relativiza a forma com que os contratos podem ser rescindidos ou modificados. Alegou cerceamento de defesa, uma vez que não houve o depoimento de testemunha, e porque foi indeferido o pedido de intimação pessoal da mesma, tendo a Juíza determinado que a ré a levasse à audiência por seus próprios meios. Aduziu a desobrigação dos fiadores, haja vista a tolerância com relação aos pagamentos. Protestou, por fim, pelo afastamento da condenação em litigância de má-fé. Pediu o provimento do recurso, para fins de se reformar a sentença nos termos descritos. (...)

Por igual motivo, não prospera a alegação de fato do credor, que, ao ajuizar a demanda após três anos de inadimplemento, retirou dos fiadores a possibilidade de efetuar o pagamento dos aluguéis em atraso, e sub-rogar-se nos direitos daquele.

**Até porque há cláusula expressa no contrato de locação, o qual foi livremente pactuado entre as partes, que inviabiliza tal tese. Dispõe a cláusula décima quinta do referido que “qualquer tolerância ou concessões do/a locador/a para com o/a locatário, quando não manifestadas por escrito, não constituirão precedentes invocáveis por este/a e não terão a virtude de alterar as obrigações estipuladas neste instrumento”.**<sup>236</sup>

Como se verifica, a cláusula de tolerância ou não-renúncia a direito previsto no contrato pode, em certas circunstâncias, representar um grande obstáculo ao reconhecimento do comportamento contraditório do credor, impedindo ou, quando menos, dificultando a prova da crença legítima do devedor na sua benevolência. A estipulação dessas cláusulas, por representarem um alerta exposto ao devedor, influenciam o exame da lealdade do comportamento dos contratantes.

Assim, embora em princípio, a estipulação de uma cláusula de não-renúncia possa parecer uma precaução inútil e não seja mesmo incomum a afirmação de que essa cláusula seria apenas “de estilo”, não operando efeitos práticos, o fato é que a sua previsão no contrato influencia a aplicação, no caso concreto, do princípio da boa-fé, demonstrando, portanto, que os contratantes podem, também nesse aspecto, interferir na atividade judicial.

---

<sup>236</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020277679. Julgamento: 21/11/2007, DJ de 28/11/2007. Disponível em <www.tjrs.gov.br>. Acesso em 20 fev. 2009. (grifos nossos)

### 3.5 Síntese

Embora tradicionalmente a definição da noção de boa-fé seja entendida como um campo de atuação exclusivo do juiz, com a prerrogativa de definir o seu conteúdo, assim como avaliar o comportamento dos contratantes à luz desse princípio, a prática contratual revela que a questão é muito mais complexa do que esse entendimento possa sugerir inicialmente.

Desde que os contratantes ajam dentro de certos limites, verifica-se que as partes são livres para estabelecer convenções que interferem nos critérios de aferição da boa-fé ou até mesmo sobre o seu próprio conteúdo na relação contratual em que se inserem, o que irá influenciar a apreciação judicial do seu comportamento e a eventual aplicação de sanções decorrentes do descumprimento desse princípio.

Como visto, iniciando pelo mais simples, as partes possuem meios para reforçar o controle judicial da lealdade contratual, adotando um conceito deliberadamente extensivo dos critérios que serão utilizados pelo juiz para aferição do comportamento dos contratantes. É o que se verifica, por exemplo, quando os contratantes convencionam que a cláusula resolutória somente poderá ser invocada em caso de um inadimplemento substancial da obrigação, definindo o que entendem estar abrangido por essa definição. Nesses casos, os contratantes adotam uma concepção mais exigente da boa-fé contratual.

Por outro lado, como também examinado, as partes podem procurar amenizar o controle da boa-fé, desde que a convenção não seja excessivamente restritiva ou redutora da noção tradicional desse princípio, de acordo com a jurisprudência e com a doutrina. Os contratantes não podem, assim, simplesmente afastar o controle judicial da boa-fé, tampouco estabelecer critérios excessivamente restritivos do princípio, contrariando a noção tradicional do princípio. Mas, a par dessas disposições, muitas outras cláusulas que, indiretamente amenizam o controle da boa-fé contratual, podem ser estipuladas, especialmente quando procuram incidir sobre aplicações jurisprudenciais do princípio. É o que demonstram as cláusulas de não renúnciação, bem como aquelas disposições que limitam o conteúdo das obrigações derivadas da boa-fé de forma justificada, como ocorre em relação à obrigação de informação.

Verifica-se, portanto, que, mesmo em se tratando de noções amplas como a boa-fé, em relação as quais o juiz exerce um poder soberano e praticamente ilimitado, os contratantes conservam possibilidades para influenciar o ofício do juiz, modificando a sua margem de

manobra no exame do litígio contratual. Quando a vontade das partes for definida de forma justificada e não contrariar por completo a noção de boa-fé, haverá algum espaço para que os contratantes forneçam a sua impressão sobre a forma de aplicação ou o conteúdo do princípio na relação contratual levada à juízo.

## CONCLUSÃO

Por mais que diga,  
Mais me há-de ficar inda por dizer  
(*Camões, Os Lusíadas, Canto III, 5*)

Ao final desse estudo, que procurou lançar novas luzes sobre a relação existente entre os contratantes, o contrato e o juiz, é possível compendiar, de forma sumária, as ideias expostas ao longo do trabalho nas seguintes proposições:

1. A imprevisibilidade da vida em sociedade e, em especial das decisões judiciais, gerou reações diversas dos personagens afetados por suas consequências, os quais passaram a desenvolver mecanismos variados na tentativa de afastar ou reduzir as incertezas sociais, econômicas e, também, judiciais. Em praticamente todos os setores da sociedade, verificou-se o incremento da preocupação com o controle dos riscos, a prevenção de suas causas e a minimização dos seus efeitos.

2. Especificamente no direito contratual, a incerteza inerente ao julgamento de um litígio decorrente de um contrato, em especial quando presentes interesses econômicos relevantes, conduziu os contratantes a desenvolver algumas estratégias “antiimprevisibilidade”, procurando tornar a relação contratual mais estável. Ao controle dos riscos sociais, trabalhistas, econômicos, dentre outros que tradicionalmente constituem objeto de preocupação dos contratantes, somou-se a tentativa de controle dos riscos advindos da intervenção do juiz no contrato.

3. As profundas alterações sofridas pela teoria contratual e a ampliação do papel exercido pelo juiz em relação ao contrato contribuíram largamente para o desenvolvimento desse fenômeno. Se, como visto, a teoria contratual foi amplamente modificada ao longo do século XX, de modo que a concepção atual do contrato diferisse, sobremaneira, daquela erigida sob a ótica liberal, o papel do juiz em relação ao contrato também sofreu modificações radicais. O magistrado assumiu a figura de gestor dos interesses consubstanciados no contrato, tendo recebido poderes de investigação da vontade das partes e a complexa função de zelar, efetivamente e materialmente, pela justiça contratual. Essas novas atribuições conferiram uma dinâmica completamente nova às funções desempenhadas pelo magistrado, exercendo reflexos diretos na sua forma de relação com o contrato.

4. Na medida em que o contrato foi sendo flexibilizado e os poderes de intervenção do juiz no mecanismo contratual sofreram uma notável expansão, os contratantes se viram, paulatinamente, afastados do processo decisório do litígio contratual. Como uma reação natural ao monopólio do juiz no exame da relação contratual, os contratantes passaram a desenvolver mecanismos objetivando participar, de forma mais efetiva, do julgamento do litígio contratual.

5. Esse movimento, como foi possível demonstrar, guarda relação com o desenvolvimento dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, em especial a arbitragem, que se insere em uma tendência contemporânea de contratualização das relações sociais. Verificou-se que, embora os métodos paraestatais de solução de conflitos tenham se expandido visivelmente graças à constatação da incapacidade da Justiça de atender às demandas sociais, a sua disseminação foi também impulsionada pela possibilidade de os contratantes influenciarem o julgamento do litígio contratual, definindo, com maior liberdade, aspectos relacionados ao seu procedimento e forma de julgamento.

6. Todavia, apesar dos benefícios encontrados pelos contratantes na adoção desses mecanismos contratuais de solução de conflitos, demonstrou-se que as partes podem preferir que o julgamento de suas controvérsias seja realizado no âmbito do Poder Judiciário. Além de constituir o mecanismo de solução de conflitos por excelência, o processo judicial assegura a observância de garantias constitucionais inafastáveis, como a imparcialidade dos magistrados, a observância do contraditório e da ampla defesa, dentre outras garantias fundamentais.

7. Assim, preservando a potencialidade e os benefícios da intervenção judicial, os contratantes, ao invés de afastarem a competência do poder estatal para o julgamento do litígio contratual, passaram a vislumbrar a possibilidade de manter essa competência, mas atribuindo ao magistrado alguns parâmetros a serem observados no julgamento do litígio contratual. Como se estabelecessem uma espécie de meio-termo entre a arbitragem e a solução judicial dos seus conflitos, os contratantes procuraram indicar o seu ponto de vista sobre cada um dos possíveis pontos de intervenção do juiz no contrato.

8. Constatou-se que essa pretensão não parte da premissa de que os poderes de intervenção do juiz no contrato são nefastos, até mesmo porque, se as partes assim entendessem, poderiam convencionar uma cláusula arbitral, afastando a competência do juiz estatal para conhecer do litígio. Essa pretensão tampouco demonstra que os contratantes desejam restaurar uma relação pautada no império absoluto à autonomia da vontade. Ao contrário. Como o retorno a essa perspectiva é inviável de acordo com o cenário atual da

teoria contratual, os contratantes, face ao que atualmente integra a possibilidade de intervenção judicial no contrato, procuram influenciar a forma e o resultado dessa atividade estatal, na medida do possível, a fim de torná-la mais previsível e adequada ao projeto contratual inicialmente traçado.

9. Assim, procurando ampliar a previsibilidade dos efeitos da intervenção judicial, sem, entretanto, afastá-la, os contratantes irão se debruçar sobre cada uma das etapas do processo decisório do litígio contratual para tentar influenciar a forma de intervenção judicial no contrato. Como demonstrado, as convenções contratuais firmadas nesse sentido podem ter como objetivo interferir na interpretação judicial do contrato, de suas cláusulas e da vontade das partes; no exame e atribuição de valor às provas; na aplicação de sanções pelo juiz; e, por fim, na aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Em todos esses domínios, nos quais tradicionalmente o poder judicial é exercido de forma ampla, os contratantes procuram limitar a margem de manobra do magistrado, indicando soluções ou parâmetros que eles próprios, previamente, conceberam por ocasião da celebração do contrato.

10. Como se procurou demonstrar, no campo destinado à interpretação judicial do contrato, os contratantes procuram influenciar a atividade judicial definindo, por exemplo, o conteúdo de termos contratuais e legais, uniformizando e pré-definindo a interpretação de conceitos que, na ausência dessas cláusulas, poderiam comportar diferentes aplicações. Em outros casos, as partes procuram escolher os métodos de interpretação aplicáveis ao contrato, seja afastando um método de interpretação em específico que poderia ser normalmente utilizado pelo juiz, seja criando métodos particulares de interpretação, como se verificou em relação às cláusulas de prioridade, que estabelecem uma hierarquia valorativa entre os elementos que compõem o contrato.

11. Já no que se refere ao exame das provas, os contratantes procuram influenciar o exame judicial por meio das cláusulas de constatação e declaração da vontade das partes, que propiciam uma pré-constituição de prova em relação aos fatos nelas descritos. Além disso, como se demonstrou, as partes podem estipular as chamadas cláusulas de integralidade e de exclusão do valor probatório dos elementos pré-contratuais, que afastam o valor probatório e interpretativo dos documentos trocados pelas partes na fase de negociação, que eventualmente não vieram a integrar o acordo firmado.

12. Em relação à aplicação de sanções judiciais, os contratantes buscam influenciar a fixação dos danos e dos efeitos do inadimplemento, por meio das já conhecidas cláusula penal e cláusula resolutória, respectivamente. Mas, além dessas hipóteses, as partes podem pretender afastar a aplicação de indenização por danos extrapatrimoniais com caráter

punitivo (*punitive damages*), ou, ainda, renunciar ou escolher antecipadamente uma determinada sanção contratual em específico. Por fim, como demonstrado, as partes podem convencionar, por meio da denominada cláusula de indivisibilidade, que a nulidade de algumas disposições específicas do contrato devam ensejar a nulidade de todo o acordo.

13. Assim como se verifica em relação a qualquer cláusula de um contrato, as convenções que procuram influenciar a intervenção do juiz no mecanismo contratual também deverão ter sua validade submetida a um controle judicial. Demonstrou-se, assim, ao longo do trabalho, que o juiz poderá fazer uso de uma série de mecanismos de controle, tais como a ordem pública e o abuso de direito para verificar a juridicidade das disposições contratuais e do comportamento dos contratantes.

14. Não obstante o vigor desse controle judicial, constatou-se que os contratantes conservam muitas possibilidades para interferir na atividade judicial de resolução do litígio contratual. Mesmo diante dos diversos mecanismos de controle à disposição do juiz, verificou-se que as partes de um contrato podem se utilizar de variadas fórmulas para reduzir a margem de manobra do juiz no exame do contrato, sem que as mesmas se submetam a uma censura judicial.

15. Constatou-se, por fim, que os contratantes podem exercer sua influência sobre o próprio mecanismo de controle judicial. Como se verificou, de forma indireta, as partes procuram, em situações concretas, afastar a obrigação de cumprimento do princípio da boa-fé em uma relação contratual específica; em outro extremo, as partes podem demandar que o juiz exerça um controle mais rigoroso da lealdade do comportamento dos contratantes em situações que, na ausência da cláusula por eles convencionada, esse princípio não seria necessariamente aplicado pelo juiz. Em uma situação intermediária, comprovou-se que os contratantes influenciam a definição e aplicação jurisprudencial do conceito de boa-fé, interferindo no reconhecimento da abusividade da resolução contratual; nos contornos do dever de informação; na aplicação da teoria do adimplemento substancial; e na vedação ao comportamento contraditório.

16. Conclui-se, portanto, que, mesmo em se tratando de noções de difícil concretização como a boa-fé objetiva, em relação a qual o juiz exerce amplos poderes de definição do seu conteúdo na relação contratual, vislumbra-se a possibilidade de os contratantes influenciarem a intervenção do juiz no contrato, aumentando a previsibilidade dessa atividade também nessa matéria.

Realizada essa breve síntese das questões examinadas ao longo desse trabalho, passasse, adiante às conclusões e arremates finais:



O exame realizado demonstra que, em matéria contratual, a porta aberta à liberdade das partes, assim como à criatividade das mesmas, costuma ser muito mais ampla do que as janelas por meio das quais o controle jurisdicional adentra à relação contratual.

Como se sabe, o Direito se forma e se desenvolve com a evolução da sociedade. Ele muda com a sociedade e com o movimento dos seus costumes. A Justiça reflete, pois, uma ordem cujos limites estão ligados ao tempo, ao espaço e às mudanças econômicas, sociais e culturais. O Poder Judiciário, e o próprio Direito, se exprimem dentro desse quadro.

De acordo com a evolução retratada ao longo desse estudo, a profunda transformação pela qual atravessa a relação entre o contrato e o juiz acabou culminando com o alijamento dos contratantes do exame judicial do contrato e ensejou uma reação coordenada, por meio da qual os contratantes passaram a pretender influenciar a própria intervenção judicial no projeto contratual.

O objetivo dos contratantes é alcançar uma decisão judicial mais alinhada com os objetivos e planos por eles próprios traçados no momento da celebração do contrato, evitando, na medida do possível, as incertezas inerentes ao julgamento. Assim, por meio do contrato, que consiste em uma das principais referências do juiz no julgamento do litígio contratual, as partes procuram atrelar o juiz a determinados parâmetros comuns que irão influenciar a atividade judicial.

Preservando a potencialidade do exame judicial de um litígio, ao invés de simplesmente afastarem a competência do magistrado para solucionar o conflito – o que poderiam fazer, por exemplo, mediante a convenção de uma cláusula arbitral –, os contratantes passam a convencionar cláusulas que têm como objeto principal influenciar a apreciação a ser realizada pelo magistrado acerca do litígio contratual.

Esse movimento, que pode ser entendido como uma reação ao crescimento dos poderes de intervenção do juiz no contrato, também revela a busca por uma prestação jurisdicional “otimizada”, mais adequada ao projeto contratual traçado pelos contratantes e, sobretudo, mais previsível.

Além de evitarem o seu afastamento da interpretação e apreciação judicial do contrato, mediante o estabelecimento de parâmetros para o exercício dessa atividade, os contratantes contribuem para uma melhor solução do litígio e, ao final, para uma melhor pacificação do conflito. Em um cenário no qual os contratos se tornaram extremamente flexíveis e os poderes de intervenção judicial cresceram exponencialmente, essa pretensão, além de legítima, pode ser extremamente útil aos contratantes, especialmente quando os interesses econômicos em jogo são relevantes.

As possibilidades que se descortinam na matéria são tão variadas quanto a imaginação dos contratantes. Essa constatação se, por um lado, frustra aquele que se dedica a examinar um tema que apresenta possibilidades aparentemente inesgotáveis, por outro lado, deixa o sentimento de que o pouco que se avançou na matéria permite uma ampla rediscussão da relação entre o juiz, o contrato e os contratantes.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.
- ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte Geral do Projeto Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ALVIM, Arruda. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 815, set. 2003.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANCEL, P. **L'encadrement de la jurisdiction par le contrat**, [S.l.]: Presses universitaires d'Aix-Marseill, 2001.
- ANDERSSON, Jeanette. **Interference with contractual relations**. Göteborg, Suécia: Department of Law, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.handels.gu.se/epc/archive/00003085/01/1998102.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2007.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral das obrigações**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1958.
- ARNAUD, André-Jean. O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. **Renovar**, Rio de Janeiro, 1999. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor – RT**, São Paulo, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.
- \_\_\_\_\_. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor - RT**, São Paulo, v. 3, pp. 78-87, set./dez. 1992.
- \_\_\_\_\_. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração de terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina de terceiro cúmplice. *In*: **ESTUDOS e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Os Princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquilina do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *In*: **ESTUDOS e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro, Renovar: 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: Comentado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste C.J. Santos. 9. Ed. Brasília: UNB, 1997. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico.

CABRAL, Rita Amaral. A tutela delitual do direito de crédito. *In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gomes da Silva*. Lisboa, Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. p. 1.034.

CADIET, Loïc. Les accords sur la jurisdiction dans le process *In: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Clarie (eds.). Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des differands*. Paris, França: [s.n.], 2001. (Études Juridiques)

\_\_\_\_\_. Les clauses contractuelles relatives à l' action en justice. *In: Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. [S.l.]: Presses universitaires d'Aix-Marseill, 1990.

\_\_\_\_\_. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LX, ed. Giuffrè, Milano, p.1169-1194, 2006.

\_\_\_\_\_. Les jeux du contrat et du process: esquisse. *In: FARJAT, Gerard. Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue?.* [S.l.]: Frision-Roche, 2003.

\_\_\_\_\_. **Liberté de conventions et clauses relatives au règlement de litiges**. [S.l.]: PA, 2000, n. 90.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa, Portugal: Gulbenkian, 1989. Título original: Systemdenke und systembegriff in der jurisprudentz.

CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos determinante responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil – Padma**, Rio de Janeiro, v. 20, out/dez 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

CARVALHO, Gláucia (org.). **Código Civil: (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAYROL, Nicolas. **Les actes ayant pour objet l' action en justice**. Paris, França: Economica, 2001.

CHASE, Oscar G. A excepcionalidade americana e o direito processual comparado. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo - RT**, São Paulo, v. 110, ano 28, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What has been learned? What has been accomplished?. *In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (eds.). The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Torino, Itália: G. Giappichelli Editore, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COLLINS, Hugh. **The Law of Contract**. 3. ed. London, Inglaterra: Butterworths, 1997

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

CORDEIRO, António Menezes **Direito das Obrigações**. Lisboa, Portugal: AAFDL, 1980.

\_\_\_\_\_. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1984.

\_\_\_\_\_. **Direito das obrigações**: vol. I. Lisboa, Portugal: AAFDL, 1980.

COSTA JUNIOR, Olimpio. **A Relação Jurídica Obrigacional (situação, relação e obrigação em direito)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRAWFORD, James. Interference with contractual rights: a brief review of the comparative law experience. **Internacional Law Comission**, fifty-first session, Geneva, mai./jul. 1999. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/272251/usage?ln=ar#record-files-collapse-header>>. Acesso em: 20 jan. 2005.

DANTAS, F.C. de San Tiago. **Problemas de Direito Positivo**: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1953.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificación social**: tecnologia y derecho privado. Madrid, Espanha: Civitas, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Constitucionalidade do Parágrafo Único do Artigo 2035 do Novo Código Civil**. Disponível em <[http://www.esmarn.org.br/mossoroNoticias.php?noticia=not\\_03.07.05.](http://www.esmarn.org.br/mossoroNoticias.php?noticia=not_03.07.05.)> Acesso em 15 jul. 2005.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Ícone, 1996.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução: J. Batista Machado. 6. ed. Lisboa, Portugal: Gulbenkian, 1983. Título original: Einführung in das juristische denken.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao Código Civil brasileiro**: volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 757, p. 64-69, nov. 1998

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FORGIONI, Paula Andréa. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLII, n. 130, abr./jun. 2003.

FRAGA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro de. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2004.

GARCEZ NETO, Martinho. **Obrigações e Contratos (Doutrina e Prática)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. **Revista de Direito Comparado Lusobrasileiro**, Rio de Janeiro, n. 7, jul. 1988.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual: Primeiras Reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 1. ed., out./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade: volume 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAUSER, Jean. Le juge et la loi. **Pouvoirs**, v. 3, n. 114, 2005.

JAMIN, C.; MAZEAUD, D. **La nouvelle crise du contract**. Paris, França: Dalloz, 2003.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**. Paris, França: Dalloz, 1927.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAMOUREUX, Marie. **L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants: Recherche sur un possible imperium des contractants**. [S.l.]: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2006.

LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Version española y notas de Jaime Santos Briz. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, Espanha, 1958.

LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes. **Direito das obrigações**. vol. I. 3. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

LIMA, Claudio Vianna de. **Curso de Introdução à Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

LOPES, M.M. de Serpa. **Curso de Direito Civil, Fonte das Obrigações: Contratos**, vol III. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MARTINS, Pedro Batista. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

\_\_\_\_\_. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 27 mai. 2005.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATIETO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.

\_\_\_\_\_. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZEAUD, D. Le juge et le contract, variations optimistes sur un couple "illegitime". *In*: **Propos sur les obligations et quelques autres themes fondamentaux du droit**. [S.l.]: Dalloz, 2005.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos Contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil - Padma**, Rio de Janeiro, v. 21, jan/mar 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *In*: **TEMAS de Direito Processual**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Doutrina e Jurisprudência**, n. 56, jul/set 2003.

MOUSSERON, J-M. Le gestion de risque par le contrat. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 87, p. 481-482, 1988.

NALIN, Paulo. **Responsabilidade civil**: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996

\_\_\_\_\_. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2006.

\_\_\_\_\_. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 173-210

\_\_\_\_\_. O Contrato em movimento no Direito Pós-Moderno. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 10, ano 3, abr./jun. 2002.

NEGREIROS, Tereza de Abreu Trigo Paiva de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Contratos**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros: volume 2. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1995.

NEVES, Rodrigo Santos. O Estado regulador: a dignidade humana com princípio informador da regulação do mercado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 377, jan./fev. 2005.

NORMAND, J. **Le juge et le litige**. Paris, França: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1965.

\_\_\_\_\_. Principes directeurs du process, office du juge. Fasc. 150 à 152. *In*: CADIET, Loïc. **Dictionnaire de la justice**. [S.l.: s.n.], 1995.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 836, p. 11, jun. 2005.

\_\_\_\_\_. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. **Revista de Processo**, v. 137, p. 07-37, jul. 2006.

PAGE, Henri de, **Traité élémentaire de droit civil belge**: volume 2. 2. ed., Bruxelles, Bélgica: Émile Bruylant, 1950.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGERI, Pietro et al. **Manuale di diritto civile**. Nápoles, Itália: ESI, 1997.



PERLINGERI, Pietro. **Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall' adempimento**: Commentario del Codice Civile: libro quarto – delle obbligazioni art. 1230-1259. Bolonha, Itália: Zanichelli, 1975.

\_\_\_\_\_. **“Depatrimonializzazzione” e diritto civile**. Scuole, tendenze e metodi: problemi del diritto civile. Napoles, Itália: ESI, 1989. p. 175-178.

\_\_\_\_\_. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Perfis de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (colbs.). **Código Comercial**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Legislação Brasileira).

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. Napoli, Itália: Jovene Editore, 1999.

\_\_\_\_\_. Público e Privado no Processo Civil na Itália. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 23-42, 2001.

PLANIOL, Marcel. **Traite elementaire de droit civil**. Paris, França: LGDJ, 1908.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas, SP: Servanda, 2001.

PRADO, Rodrigo Leite. Introdução à teoria econômica dos “Property Rights”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, out. 2002. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/3206/introducao-a-teoria-economica-dos-property-rights>> Acesso em 10 abr. 2004.

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

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. Parecer – Diretrizes de Hermenêutica Contratual. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986

\_\_\_\_\_. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra, Portugal: Almedina, 1999.

RIPERT, Geoges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **Il terribilediritto: studi sulla proprietà privata**. 2. ed. Bolonha, Itália: Il Mulino, 1990

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1988.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens do. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. **Revista Forense**, v. 364, p. 83-102, nov./dez. 2002.

SANTOS, J.M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. Vol. XIII. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado. Direito das Obrigações**. Volume XV. 5. ed. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1952.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 30-40, 1960.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A Crise dos Paradigmas do Direito Constitucional?. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, p. 19-34, jan./mar. 1999.

SAVATIER, René. **Traite de la responsabilite civile en droit français**: volume 1. 10. ed. Paris: LGDEJ, 1951.

SILVA, Clóvis Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. **Principes Fontementaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé**: Cours fait à la Faculté de Droit de St. Maur, Paris XII. Paris: [s.n.], 1988, datilografado.

SODRÉ, Paulo Cezar Alves. Justificativa aos Enunciados. *In*: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002, Brasília, DF. **Anais eletrônicos** [...]. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2003. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 27 mai. 2005.

STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions. **Iowa Law Review**, n. 473, mar. 1987.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo - RT**, v. 110, ano 28, abr./jun. 2003.

TAVARES, Willie Cunha Mendes. **A aplicação da exceção do contrato não cumprido aos contratos conexos**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *In: TEMAS de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. **Revista dos Tribunais - Forense**, Rio de Janeiro, v. 377, 2005.

\_\_\_\_\_. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-Constitucional *In: TEMAS de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237-250.

\_\_\_\_\_. As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *In: TEMAS de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. *In: TEMAS de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In: TEMAS de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective**. Torino, Itália: G. Giappichelli Editore, 2005.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral: volume I**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral: v. I**. 9. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998.

WALD, Arnoldo. A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002. **Revista Forense**, v. 364, p. 21-30, nov./dez. 2002.

WALTER, Gerhard. The german civil procedure reform act 2002: much ado about nothing? *In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino, Itália: ed. G. Giappichelli, 2005

WEILLER, L. **La liberté procédurale du contractant**. [S.l.]: Presses universitaires d'Aix-Marseill, 2004.

WIEACKER, Frank. **El principio general de la buena fe**. Tradução: José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ; H. **An Introduction to Comparative Law**. Tradução: T. Weir. 3. ed. Estados Unidos: Oxford: 1987.