



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka

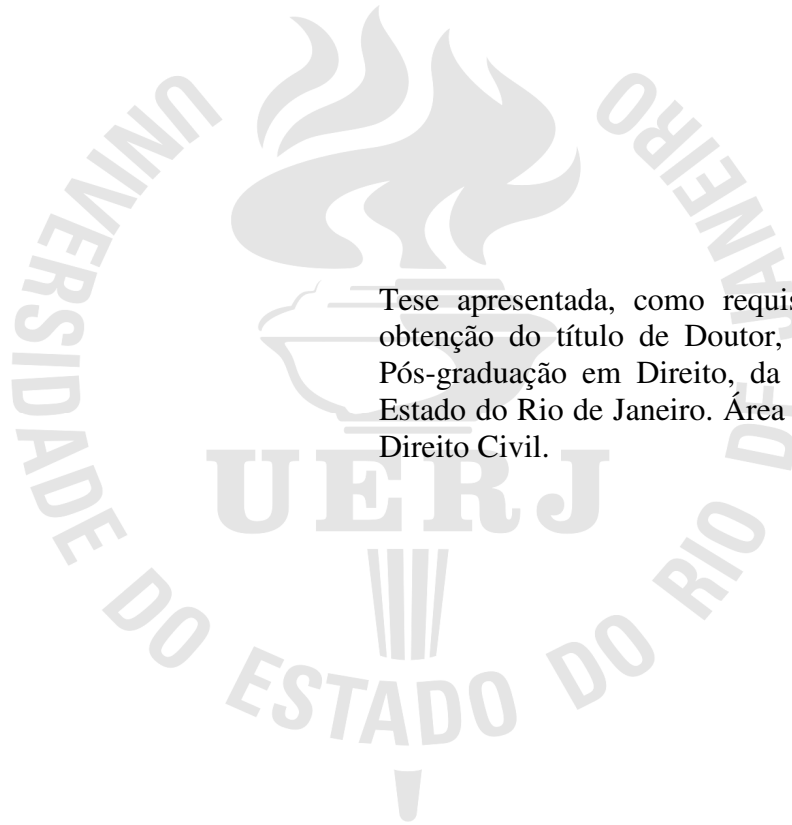
Elementos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual

Rio de Janeiro

2005

Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka

Elementos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Rio de Janeiro

2005

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

K19el Kataoka, Eduardo Takemi Dutra dos Santos.

Elementos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual / Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka . – 2005.
194 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Boa fé (Direito)- Teses. 3. Obrigações (Direito) – Teses. I.Tepedino, Gustavo José Mendes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

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

Assinatura

Data

Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka

Elementos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 06 de junho de 2005.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Regis Fichtner Pereira

Faculdade de Direito - UFRJ

Prof.^a Dra. Heloiza Helena Barbosa

Faculdade de Direito - UFRJ

Prof. Dr. João Baptista Villela

Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Antônio Junqueira de Azevedo

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2005

DEDICATÓRIA

A meus pais.

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas a quem devo uma palavra de agradecimento. Uma tese nunca é um trabalho individual, mas sempre pressupõe a colaboração de muitos.

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, a quem devo a vida e as condições de suporte necessário aos meus estudos.

Posso dizer que sou um homem feliz, se a felicidade se mede pelos amigos que vamos angariando pela vida. Tenho tantos que fica até difícil agradecer a todos sem esquecer de alguém.

Muitos incentivaram-me em momentos decisivos, quando estava já cansado da tese e sem forças para prosseguir. Flávio Galdino, irmão de academia e da vida. Gustavo Kloh, Leonardo Mattietto, Maurício Mota e Danilo Doneda, companheiros e amigos de muitos anos. A todos eles devo o incentivo, material, sugestões e tanto mais.

Uma palavra de agradecimento também àqueles que cederam material, leram o trabalho, deram sugestões, torceram ou todas as hipóteses anteriores: a Fabiane Verçosa, Gisela Sampaio, Caito, Paulinha, Patrícia Cardoso, Sérgio Savi, Daniela Bragança, Renata Streit, Keila, Elena Gomes, Marcos Alcino, André Fontes, Fabiana Ramos, Daniela Bragança, Bina, Victor Beloch, Elisa, Marcelo Franco, Sônia Bali, Carol Wetzlar, Nelson Saldanha, Ricardo Lobo Torres, Heloisa Helena, Fachin, Maria Cristina de Cicco e tantos outros.

As minhas estagiárias contribuíram decisivamente para a elaboração da tese, separando material, pesquisando jurisprudência e lendo pacientemente parte dos originais. Andréia, Izabela e Júlia, o meu obrigado.

Meus alunos de pós-graduação das turmas de Direito civil constitucional e de consumidor, por suas perguntas agudas e observações interessantes, contribuíram de modo importante para que eu pudesse escrever esta tese. O meu carinho e obrigado, em especial, aos meus orientados, que com sua inteligência e curiosidade, me fizeram passar por mares nunca dantes navegados.

A meus alunos de graduação da Universidade Cândido Mendes, também o obrigado e as desculpas pelas ausências e vôos na tese durante as aulas.

Outros amigos participaram, torcendo. Cláudio, Patrícia & Lu, Cris, Bernd & Anna, Jorge, Ana Isaura, Jô & Carol, Mariana e Gilda, Lu Doneda, Chris (a futura mãe dos Galdinhos), Fátima, Afonso e Gustavo, Andréa e Alan, CAF, Fabiana Barletta, Henrique

Freire, Keila, Luciana Menezes, Mariana Sequeira, Maria Thereza Werneck, Vicente Barreto, Toninho, Telmo e Sofia, Marcela Sardas, e tantos outros.

O meu agradecimento também ao meu orientador e responsável pela minha vida na academia e no Direito civil, Gustavo Tepedino. Sem a sua ajuda nada disso teria sido possível.

Uma palavra final a alguém que não está mais entre nós, mas que muito incentivou a minha vida acadêmica e a de outros tantos. Partiu deixando saudades em muitos. A Celso de Albuquerque Mello, jurista brilhante e homem de bem, a minha gratidão e homenagem, pelo exemplo.

É melhor ser alegre que ser triste
Alegria é melhor coisa que existe
É assim como a luz do coração
Mas pra fazer um samba com beleza
É preciso um bocado de tristeza
É preciso um bocado de tristeza
Senão, não se faz um samba, não
Fazer samba não é contar piada
Quem faz samba assim não é de nada
O bom samba é uma forma de oração
Porque o samba é a tristeza que balança
A tristeza tem sempre uma esperança
De um dia não ser mais triste não
Ponha um pouco de amor numa cadência
E vai ver que ninguém no mundo vence
A beleza que tem um samba, não
Porque o samba nasceu lá na Bahia
E se hoje ele é branco na poesia
E se hoje ele é grande na poesia
Ele é negro demais no coração

Vinícius de Moraes e Baden Powell
Samba da Benção

RESUMO

KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos. **Elementos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual**. 2005. 194 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

A presente tese de doutorado procura mostrar que a coligação contratual, entendida como sendo a possibilidade de interferências recíprocas entre contratos, dá-se por força da conjunção do ordenamento jurídico com os fatos, não bastando a simples integração econômica entre negócios subjacentes para caracterizar a coligação do ponto de vista jurídico. A primeira das fontes da coligação contratual é a vontade das partes, através de cláusulas contratuais. As partes, por meio de acordos privados podem fazer com que efeitos decorrentes de um contrato produzam efeitos em outro. A segunda fonte é a lei. Muitas vezes o legislador quer que dois ou mais contratos se conectem de modo a que produzam alguns efeitos entre si. Nestes casos afasta-se a vontade das partes e prevalece a determinação do legislador. Por último, a coligação contratual pode ser uma aplicação do princípio da boa-fé. A confiança despertada, nas relações onde haja uma elevada integração econômica deve ser protegida.

Palavras-chave: Coligação Contratual. Boa-fé. Interpretação dos Contratos.

ABSTRACT

KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos. **Elements to the legal effectiveness of the contractual plurality**. 2005. 194 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

This thesis aims to show that the contractual binding, understood as the possibility of mutual interference between contracts, occurs by virtue of the conjunction of the law to the facts, not just by the simple economic integration between the underlying businesses, to characterize such binding from a legal point of view. The first source of contractual binding is the intention of the parties through contractual clauses. The parties, through private agreements may cause effects arising from a contract to interfere in another one. The second source is the law. Often the legislator or two or more contracts to connect so that together produce some effects. In these cases deviates from the will of the parties and supersedes the determination of the legislation. Finally, the contract binding can be an application of the principle of good faith. The confidence awakened in relationships where there is a high economic integration must be protected.

Keywords: Contract. Contract Binding. Good faith. Contract Interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO ATOMISMO OBRIGACIONAL À NECESSIDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO DA COMPLEXIDADE ECONÔMICA	19
1.1 A abstração obrigacional	19
1.2 O estudo clássico da categoria contrato	25
1.3 A polarização da obrigação pelo adimplemento: novo paradigma nos direito dos contratos	35
1.4 Complexidade econômica e contratos	44
1.5 A insuficiência da teoria contratual tradicional na rede de contratos	53
2 A COLIGAÇÃO VOLUNTÁRIA	59
2.1 A coligação voluntária: aspectos gerais	59
2.2 As condições e a coligação voluntária	78
2.3 A função das cláusulas de coligação voluntária	88
2.4 A cláusula na prática: <i>cross default</i> e os planos de saúde anteriores à lei 9.656/98	94
3 A COLIGAÇÃO NECESSÁRIA	115
3.1 A coligação necessária: aspectos gerais	115
3.2 A coligação legal	134
3.3 A possibilidade de distribuição negocial do risco no ordenamento jurídico brasileiro	142
3.4 Boa-fé, pluralidade de contratos e coligação	151
CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

Im alten Regime der Routinezeit war es Adam Smiths Augen vollkommen klar, was ein Arbeiter jeden Tag an seiner Arbeitsstelle zu tun hatte. Im flexiblen Regime ist das, was zu tun ist, unlesbar geworden¹.

Richard Sennet

A idéia para esta tese nasceu de uma conversa com um advogado. Ele nos dizia que raramente, nos dias atuais, se via uma questão envolvendo exclusivamente um contrato isoladamente.

Começamos a estudar o tema e nos surpreendemos.

Realmente, pouco se encontra, na prática, a empreitada “pura”. A compra e venda um pouco mais freqüentemente, mas talvez ainda mais comum encontrar este contrato associado com um financiamento, principalmente quando os bens vendidos alçam a valores mais importantes.

As operações bancárias, tão diárias para boa parte das pessoas, não se estruturam em um só contrato. Há um para a abertura de conta corrente, outro para o limite de crédito, um terceiro para um cartão de crédito, um quarto para o plano de previdência, um quinto para um seguro de vida, etc.

Estamos cercados de pluralidades contratuais mesmo nas relações mais comuns de nossa vida. Chega até a ser irônico pensar que um dia já se declarou a morte do contrato².

Quando alçamos para as atividades empresariais isto se torna ainda mais marcado. Os negócios tornam-se cada vez mais sofisticados. Cada vez mais as operações econômicas abrangem um conjunto maior de bens mais complexos.

Os contratos de longuíssima duração, como os que organizam as relações de cooperação entre os parceiros contratuais de uma fábrica de automóveis – montadora, fábricas de autopeças, componentes elétricos, etc -, são uma realidade freqüente. Mesmo no Direito do

¹ Em vernáculo, na versão livre do autor: “No velho regime do tempo de rotina, era inteiramente claro para os olhos de Adam Smith, o que um trabalhador deveria fazer no seu local de trabalho. Tornou-se ilegível no regime flexível o que se deve fazer”.

² Cf., por exemplo, Gilmore (1999), mas com esperança no futuro do contrato. Veja-se o que escreve o autor na pág. 92: “Il contratto è morto, ma chissà se il vento di primavera non possa inopinatamente portarne la resurrezione?”

consumidor estes contratos estão presentes, como acontece com os planos de saúde. Nas origens da revolução industrial via-se um ambiente de competição entre fornecedores e entre estes e os consumidores, mas não de parceria.

As estruturas econômicas e a mentalidade dos atores do tráfico jurídico mudaram. De uma produção manufatureira, passou-se para a produção em massa e desta para a produção flexível do pós-fordismo. Mas não só.

Os bens se sofisticaram, sendo exemplo marcante os pacotes de turismo, envolvendo venda de passagem aérea de terceiros, transporte terrestre (traslados), hospedagem, prestação de serviços (passeios), etc.

Será que o Direito dos contratos – que afinal é a disciplina jurídica das operações econômicas – está preparado para isto? Será que as novas estruturas econômicas exigem novos paradigmas contratuais, ou bastam os antigos conceitos para dar conta dos problemas que daí surgem?

A resposta para esta questão parece ser negativa para a primeira questão e positiva para a segunda.

Várias são as adaptações que foram e que ainda são necessárias. O Direito do consumidor é uma resposta à produção em massa que coloca um dos contratantes em uma posição de vulnerabilidade.

O controle de conteúdo dos contratos é uma resposta à possibilidade de um dos contratantes abusar desta vulnerabilidade. A expansão do fenômeno da contratação por adesão, resposta jurídica à produção em massa, reforça tal necessidade de modo ainda mais acentuado.

Certos casos de responsabilidade civil objetiva surgem e são explicados pela dificuldade de prova de algumas situações para não prejudicar a vítima, ou ainda com base na teoria do risco – o importante caso no Brasil da responsabilidade civil das estradas de ferro é paradigmático. Note-se: como a vítima poderia provar a culpa da estrada de ferro em caso de acidente? Não seria adequado, diante do risco gerado pela atividade centralizá-lo na estrada de ferro? A vítima normalmente restaria sem indenização se não se procedesse assim. Esta inferioridade técnica explicava uma mudança de paradigma da responsabilidade civil³.

A responsabilidade civil objetiva também se desenvolve no século XX. A massificação de algumas relações, entre outros fundamentos para o mesmo efeito jurídico, faz

³ Cf., por exemplo, o comentário de Dias (1973, p. 49 e ss.)

com que o risco seja concentrado no produtor, para que possa dispersar o risco entre a massa de consumidores⁴.

A pluralidade de contratos em uma mesma operação econômica é outra destas realidades que precisa receber o devido tratamento jurídico. Nesta tese abordaremos alguns dos muitos problemas deste tema. E o tema fica particularmente dificultado diante das inúmeras possibilidades de desenho na operação resultantes da autonomia privada das partes.

A doutrina usa os termos mais variados para designar a realidade de que tratamos na presente tese. Até porque a temática dos contratos coligados é uma das mais ricas possíveis, havendo uma multiplicidade de situações que podem ser reconduzidas a este tema⁵.

Diante desta multiplicidade fática, acaba por não haver uma unidade terminológica no que concerne ao tratamento do tema. Isto, obviamente, leva a uma enorme confusão doutrinária e grande incerteza para quem começa a estudá-lo. Parte dos objetivos buscados na presente tese é justamente clarificar a questão terminológica apresentando as linhas fundamentais de estudo dos contratos coligados.

Observe-se que não pretendemos fazer um trabalho de direito comparado, na sua acepção própria, apesar de referirmos principalmente às doutrinas francesa, italiana e alemã, que foram as que mais profundamente se dedicaram ao nosso tema e alguns outros conexos que têm relevo para a nossa perspectiva de análise. Faremos apenas breves inserções instrumentais sobre o nosso tema nos diversos sistemas.

São estudados, ainda, os requisitos para a caracterização da coligação contratual, bem como alguns dos mais importantes efeitos ligados à coligação negocial.

Precisamos abordar algumas possibilidades fáticas relativas ao fenômeno para podermos fazer algumas indicações terminológicas com mais precisão.

Observe-se, preliminarmente, que a doutrina italiana usa o termo coligação (*contratti collegati*) para designar o fenômeno que ora nos ocupa. A Jurisprudência de língua espanhola

⁴ Cf., por exemplo o que escreve Silva (1999, p. 532.):

Postas as coisas neste pé, reconheça-se que só provisória e instrumentalmente há 'interiorização' da indemnização, pois em termos finais e definitivos acaba por se obter o resultado da sua 'exteriorização' no conjunto dos utentes. Exteriorização no conjunto dos utentes, sublinhe-se, e não só na vítima, o que reforça o acerto da opção legislativa pela concentração da responsabilidade no produtor – a única pessoa que pode tomar medidas preventivas contra os defeitos dos produtos e a que melhor pode repartir ou disseminar o seu custo pelos consumidores em geral, socializando-o, sem deixar de favorecer e assegurar a protecção daqueles que, no caso concreto, tiverem a infelicidade de serem lesados pelos produtos defeituosos. Grifou-se.

⁵ Como afirma generalizadamente a doutrina. Cf., por todos, Frías (1994.)

conexidade (*contratos conexos*). A Ciência Jurídica francesa grupos de contratos (*groupes de contrats*). A alemão contratos em rede (*Netzverträge*) Optamos por usar a expressão italiana no âmbito desta tese, sem prejuízo de serem sinônimas as expressões, designando, a situação na qual um contrato causa interferência em outro.

Este tipo de definição dos contratos coligados faz, contudo, que haja uma enorme confusão na doutrina, pois acabam-se reunindo realidades muitíssimo distintas sob o mesmo manto. É necessário um trabalho de depuração conceitual, *rectius* o estudo dos requisitos para a coligação contratual e os respectivos efeitos, para que se possa aprofundar a dogmática da figura.

Tal preocupação não é marcada na doutrina em geral, sendo uma minoria dos trabalhos que se dedica ao nosso tema. Predominantemente a doutrina trata de *hipóteses específicas de coligação negocial*, sem abordar os aspectos mais abstratos da coligação negocial de modo completo e sistemático.

Vejamos algumas estruturas econômicas que podem redundar na coligação negocial. Este, aliás, um ponto relevante que procuraremos demonstrar: nem todas as vezes que tivermos redes ou correntes contratuais haverá coligação no sentido jurídico do tema. Ou seja, a projeção de eficácia jurídica entre os contratos integrantes de uma mesma operação econômica não é uma decorrência necessária e automática de uma estrutura econômica.

Como veremos, a coligação negocial é o resultado do exercício de autonomia privada (coligação voluntária), de imposição legal, ou da incidência da boa-fé (coligação necessária).

Um primeiro modelo econômico que torna possível a coligação negocial, é a assim chamada corrente de contratos. A produção econômica no seu aspecto macroeconômico tendeu a especialização dos seus agentes produtivos. Ou seja, cada um dos participantes do processo produtivo passa a manufaturar exclusivamente um bem ou serviço, a partir da consideração de que isto contribuiria de modo decisivo para a eficiência na produção. Ou, em certos casos, um mesmo agente assume a responsabilidade pela produção de alguns poucos bens, mas certamente sem uma extensa verticalização produtiva, dominando todas as etapas desde a extração das matérias-primas, passando pelo fabrico das partes componentes e indo até a montagem do produto final.

A divisão do trabalho aumenta, segundo a doutrina econômica neoclássica, a eficiência na produção. O grande artífice desta corrente do pensamento econômico, Adam Smith inicia a sua obra primaz⁶ com o livro “As causas do aprimoramento das forças

⁶ (SMITH, 1985, p. 40 e seguintes)

produtivas do trabalho e a ordem segundo a qual sua produção é naturalmente distribuída entre das diversas categorias do povo”.

Do ponto de vista microeconômico são três os motivos que levariam a tal resultado: a) a especialização traz um melhor desempenho para o operário; b) economiza-se tempo na passagem de uma tarefa para outra; e c) a especialização faz com que seja possível para o operário imaginar modos mais eficientes de realizar aquele trabalho, favorecendo-se assim a inovação tecnológica⁷.

Os princípios da micro-economia, neste caso, aplicam-se, segundo o autor, também à macroeconomia. A divisão do trabalho entre diversos entes, que “vendem” o respectivo trabalho para aglutinadores do mesmo faz com que todos obtenham benefícios mútuos⁸.

O resultado positivo no que concerne à riqueza causada pelo aumento de produtividade, tanto no seu aspecto micro quanto no macroeconômico, são derivados da propensão dos seres humanos em trocar, ou seja, permutar uma coisa por outra. A experiência e a astúcia humanas mostram que é possível aprimorar a quantidade de bens obtidos por meio da especialização. Se alguém produz de modo mais eficiente um bem “A”, terá uma quantidade tão maior do bem “B”, quanto maior seja a sua eficiência na produção do bem “A”, em comparação com a produção do bem “B”.⁹

Em verdade, a especialização sustentada por Adam Smith como sendo natural ao homem racional, que visa à maximização dos seus benefícios com a mesma quantidade de trabalho, projeta uma realidade econômica. Na economia do pós-revolução industrial isto não se verificava, sendo freqüente uma elevada verticalização dos processos econômicos.

Verifica-se, contudo, na prática hodierna que os agentes econômicos tendem a especializar-se em uma etapa da produção em que eles podem ser mais eficientes e deixar as demais para outros atores que nelas sejam mais hábeis, ou tenham recursos suficientes para atuar em outro segmento. O mercado regula-se eficientemente neste caso¹⁰.

Obviamente isto não descarta, hoje, a intervenção do poder estatal no âmbito da economia, tanto diretamente, quanto por meio de seu poder regulatório, que tem como função

⁷ (SMITH, 1985, p. 43-44)

⁸ (SMITH, 1985, p. 46)

⁹ (SMITH, 1985, p. 50-51)

¹⁰ É uma aplicação do Teorema de Coase, segundo o qual os “atores econômicos privados podem resolver as externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição de direitos, as partes interessadas podem sempre chegar a um acordo em que cada uma das partes fique em melhor situação e o resultado seja eficiente”. (MANKIWI, 2001, p. 216). Observe-se que por externalidades entendem-se os impactos das atividades de um sujeito sobre as dos demais. O Teorema de Coase coloca que isto é verdade diante da ausência de custos de transação, podendo ser necessária a intervenção estatal para gerir tais externalidades.

justamente buscar o equilíbrio dos mercados regulados defendendo-o diretamente e indiretamente aos seus participantes, bem como ao interesse público envolvido nos mercados socialmente mais importantes¹¹.

Isto talvez seja ainda mais acentuado hoje, insista-se, diante da sofisticação dos bens que estão disponíveis no mercado. Há uma enorme complexidade envolvida na produção de bens comuns à nossa realidade de consumo, como, por exemplo, um aparelho de televisão, um microcomputador, ou um automóvel. A quantidade de partes integrantes e a respectiva sofisticação tecnológica tornam difícil, senão impossível, o domínio do conhecimento e recursos suficientes para uma total, ou pelo menos significativa, verticalidade da corrente produtiva.

O curioso nisto tudo é que o paradigma de Smith no que concerne aos trabalhadores mudou radicalmente: cada vez mais as pessoas precisam ser flexíveis para sobreviver no mercado de trabalho¹². O Toyotismo, a que aludiremos mais à frente, deseja justamente que os trabalhadores sejam capazes de controlar a produção de modo mais largo e menos especializado do que anteriormente¹³.

Assim sendo, economicamente falando, a produção dos bens, diante do ganho de eficiência, deve ser socialmente repartida. A verticalidade da produção pode levar, também, a questões relativas à concorrência, que evidentemente não podem ser abordadas nesta sede.

A corrente contratual forma-se, portanto, a partir da variedade de agentes nos diferentes níveis da cadeia produtiva, cada um especializado em uma tarefa. Note-se que tal fenômeno até era conhecido à época das grandes codificações. As referências a Adam Smith, um dos artífices do liberalismo econômico, cuja vertente jurídica produziu os códigos civis do oitocentos, mostram-no claramente. O fenômeno parece não ter sido incorporado às leis de modo intenso por conta da inspiração individualista de então: cada um deve cuidar das próprias relações.

O fundamento da relatividade contratual, que em última análise expressa a postura atomística das relações contratuais incorporada aos códigos, é o valor liberdade com a sua respectiva transposição para o mundo normativo, a autonomia privada¹⁴.

¹¹ Sobre a função da intervenção estatal na economia, especialmente *por meio* do processo regulatório. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *passim*.

¹² Como destaca Sennet (2000, p. 10)

¹³ Como reconhece um dos seus grandes artífices. Cf. OHNO, Taiichi. **O sistema Toyota de produção**: além da produção em larga escala. Porto Alegre: Bookman, 2004.

¹⁴ Trataremos sobre a questão do fundamento da relatividade contratual mais à frente. Adiantamos, porém, a informação de que se trata de um desdobramento da autonomia da vontade. Só está obrigado quem manifesta a

Portanto, denominamos de correntes contratuais a situação de fato que leva as partes à especialização econômica no sentido de dividirem as responsabilidades do processo produtivo em um sentido de verticalização. Isto pode ou não levar à coligação negocial. Mas a isto retornaremos no momento próprio.

Se a estrutura não é nova, o sentido de cooperação das partes, necessário para produzir quantidades médias de produtos o é.

Tratemos da segunda modalidade importante de integração econômica que pode redundar na coligação negocial.

Dentro de um só elo da corrente econômica – a que corresponde a corrente de contratos, a que aludimos nos parágrafos anteriores – há situações em que a especialização dos agentes econômicos também se mostra. As mesmas considerações concernentes à eficiência econômica da especialização, que fizemos anteriormente e cuja materialidade é fonte de benefícios sociais importantes, também são válidas para a situação que ora descrevemos.

A peculiaridade das redes contratuais, em seu cotejo com as correntes contratuais, é o fato de que as redes estão no mesmo degrau da cadeia produtiva.

Este, por sinal, o exemplo mais freqüentemente apontado e tratado pela doutrina de conexão contratual. Isto porquê trata-se de caso regulamentado no espaço da União Européia *ex vi* da Diretiva 87/102/CEE¹⁵, com posteriores alterações¹⁶, que trata do crédito ao consumo.

As cadeias de contratos regulam, então as relações entre diversos fornecedores de um grande produtor, o que é, por sinal, característico da sociedade em rede, a que aludiremos no corpo desta tese.

O que importa, porém, destacar nesta sede é que as estruturas econômicas sofreram, desde a época em que foi cunhada a teoria contratual, grandes mudanças, sendo necessária a construção de novos paradigmas para reger estas situações.

Evidentemente não pretendemos construir integralmente tal teoria, pois isto requereria um trabalho que superaria os estritos limites desta tese. O que queremos é simplesmente mostrar a importância e atualidade do tema, em primeiro lugar.

sua vontade. *Contrario sensu*, quem não o faz, não o está. Some-se a isto o fato de que a vontade é a única fonte de obrigações no mundo do Direito. O resultado concernente à relatividade contratual é apenas o desenvolvimento destas premissas.

¹⁵ Os textos de atos normativos (Regulamentos, Diretivas, etc) da União Européia estão disponíveis em: <<http://www.europa.eu.int/>>.

¹⁶ Diretivas 90/88/CEE e 98/7/CEE.

Em segundo lugar, desejamos chamar a atenção do leitor para a postura não científica da doutrina no que se refere à qualificação das coligações negociais, já que a sua definição se faz a partir dos efeitos e não das causas.

Pretendemos mostrar que as fontes da coligação negocial adequadas a uma construção verdadeiramente científica da teoria são: a) a autonomia privada; b) a lei; e c) a boa-fé.

Para tanto, a presente tese está estruturada em três capítulos.

No primeiro capítulo mostraremos que a realidade econômica e as estruturas jurídicas tradicionais não mais se adaptam uma a outra. As mutações econômicas e a transformação da sociedade – e do espírito do ordenamento jurídico – não atendem à necessidade das coligações contratuais, que são uma realidade presente no dia a dia das pessoas e das relações empresariais.

No segundo capítulo cuidaremos especificamente da coligação voluntária, que é aquela que deriva de cláusulas contratuais expressas. Procuraremos dar os contornos dogmáticos destas cláusulas a partir da categoria “condição” inserida na Parte geral do Direito civil. Debateremos ainda a função e o modo de interpretar das cláusulas de coligação. Por fim, daremos dois exemplos de coligação voluntária.

No último capítulo, cuidaremos de duas modalidades de coligação: a legal e a derivada da boa-fé. Como não é possível um tratamento exaustivo dos casos legais de coligação, daremos apenas alguns exemplos que nos parecem mais significativos.

Por último trataremos da coligação negocial derivada da boa-fé. Procuraremos demonstrar que as partes podem distribuir contratualmente os riscos negociais envolvidos, *por meio* de alguns elementos sistemáticos. Se não o fizerem, trata-se de uma questão de integração da disciplina contratual a determinação da existência de uma eficácia cruzada entre contratos em que haja uma profunda integração econômica. É certo que a interpretação contratual parte da boa-fé – tutela das expectativas geradas. Ou seja, a nossa construção parte da distribuição negocial do risco para mostrar como a pluralidade contratual pode ser usada para este fim.

Esclareçamos desde logo que em nossa tese não trataremos de Direito do consumidor. Os contratos aqui considerados são paritários, não havendo entre as partes contratantes vulnerabilidade.

Evidentemente os princípios contratuais de Direito do consumidor assemelham-se muito com os de direito civil geral e, portanto, haverá compatibilidade de algumas conclusões de um para o outro. Mas este não será o objeto central de nossas preocupações.

Por fim, uma observação final para dizer que a integração econômica elevada leva a esta necessidade social importante para eficiência econômica das transações: a transparência.

Quanto mais transparentes as relações, segundo os autores mais modernos de administração de empresas, mais adequada e produtivamente se darão as trocas. Por eficiência, que é algo que o Direito deve, em alguma medida, perseguir, entende-se retirar dos recursos escassos da sociedade o máximo de proveito possível.

A empresa deve tornar-se cada vez mais transparente tanto dentro de sua estrutura interna, como também com os seus parceiros comerciais, para que todos possam se beneficiar mutuamente das trocas.

Note-se que a transparência dos negócios incorpora um elemento juridicamente importante: a informação geradora de confiança e expectativas. Ser transparente em última análise, no domínio da administração de empresas, é informar e gerar confianças recíprocas, sendo certo que, se existe um campo privilegiado para a aplicação da transparência, este é o das redes de negócios¹⁷.

Uma nova mentalidade começa, portanto, a surgir no mundo dos negócios e o Direito não pode, se pretende efetivamente cumprir o seu papel de resolver e prevenir conflitos ficar alheio. É necessário construir uma nova dogmática dos contratos apta a dar conta dos novos problemas.

Esta tese pretende dar uma pequena contribuição no sentido de colaborar com a solução de alguns problemas resultantes desta nova postura das empresas, que cada vez mais se integram.

¹⁷ Cf. Tapscott e Ticoll (2005), mas especialmente na pág. 138, onde escreve:

Na antiga economia os relacionamentos com os fornecedores eram normalmente combativos. As empresas lhes diziam que reduzissem o seu preço ou abrissem mão do negócio. Compradores e vendedores utilizavam todo conhecimento privilegiado de que dispunham (o que os economistas chamam de assimetrias de informação) para obter vantagens imediatas no preço, no tempo de entrega ou na qualidade. Hoje, os fornecedores *participam* da rede de negócios. A competição frequentemente ocorre entre duas redes de negócios e não meramente entre duas empresas; nessas situações, os fornecedores funcionam como parceiros, e não como adversários. O sigilo indevido, as negociações em que um ganha e o outro perde e uma insistência na exclusividade tornam-se contraproducentes. A Cisco, por exemplo, sabe quanto os seus fornecedores pagam pelas peças, pela mão-de-obra e suas instalações. Ela enxerga através da cadeia de valores, negocia margens apropriadas entre os parceiros e ajusta seu interesse de curto prazo em minimizar custos a seu interesse de longo prazo na robustez de seus fornecedores. Estes últimos têm um novo tipo de poder que decorre, ironicamente, de sua vulnerabilidade. A transparência lhes permite detalhar os custos de suas operações para obter tratamento justo no terreno estratégico.

1 DO ATOMISMO OBRIGACIONAL À NECESSIDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO DA COMPLEXIDADE ECONÔMICA

Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Jean-Étienne Marie Portalis – Discours Préliminaire

1.1 A abstração obrigacional

O direito das obrigações envolve, na sua acepção clássica, uma enorme dose de abstração¹⁸. Com efeito, a Parte Especial dos códigos civis que adotam a divisão germânica¹⁹, costuma ser dividida em direito das obrigações, direito dos contratos, direito das coisas, direito de família e direito das sucessões. A doutrina já assinalou que tal divisão contempla, de um ponto de vista não científico e *grosso modo*, um duplice aspecto: de um lado têm-se tipos de direitos (direito das obrigações e direito das coisas) e de outro certas relações em que estes direitos surgem e circulam (contratos, família e sucessões)²⁰.

O tratamento das obrigações, portanto, é, para a doutrina, inspirado em um alto grau de cientificismo, algo de apartado da realidade concreta em que tal modalidade de direito surge e se desenvolve, ou seja, longe dos contratos, da responsabilidade civil, das relações

¹⁸ Cf., por todos, Saleilles (1901, p. 1), onde anota: “Dans toute œuvre législative, la matière des obligations continue une partie presque essentiellement théorique et abstraite”.

¹⁹ Ou seja, adotando uma parte geral, introdutória e abstrata contendo normas genéricas que se desenvolvem na parte especial. Particularmente, podemos destacar a correlação entre coisas e bens com direitos reais e obrigações. Não se pode nesta sede, sem embargo, aprofundar o tema da adequação, conteúdo e conveniência de uma parte geral. Veja-se, para ulteriores informações, CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral da relação jurídica**. Lisboa: Centelha, 1981. Também VASCONCELLOS, Pedro Pais de. Teoria geral do Direito civil – relatório. In: _____. **Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Coimbra: Coimbra, 2000.. Entre nós, ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986. Mais recentemente, MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teorias do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95 e ss. Sobre a correspondência entre coisas e bens com direitos reais e obrigações, as interessantes considerações de MEDICUS, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1997. p. 12. Não usamos a última edição, substancialmente alterada diante da reforma da Parte Geral e das Obrigações em 2001/2002, pois ainda não obtivemos acesso a ela, e neste ponto não houve mudanças, já que se trata de questão doutrinária.

²⁰ Por todos, Varela (2004, p. 35 e seguintes)

familiares, ou mesmo empresariais – se se adota uma postura de unificação ainda que parcial do direito privado - etc²¹.

A obrigação é estudada desligada de sua fonte²². As obrigações de dar, de fazer, de não fazer, solidárias²³, divisíveis, indivisíveis²⁴, alternativas, facultativas²⁵, bem como todas as demais modalidades das obrigações são tratadas como sendo exemplares típicos e submetidas a exames morfológicos descontextualizados, ligados prioritariamente à predeterminação dos respectivos efeitos jurídicos independentemente da fonte de que provenham²⁶.

Por fonte da obrigação²⁷ entende-se o fato jurídico que lhe deu origem. Todo efeito jurídico, de acordo com a doutrina, depende para a sua manifestação de um fato humano ou natural ao qual prenda o ordenamento jurídico efeitos jurídicos. Ou seja, da confluência de um fato – também denominado de suporte fático – com a norma jurídica surgem os efeitos jurídicos²⁸.

²¹ Sobre os modelos de codificação neste particular, consulte-se GALGANO, Francesco. *Presentazione a L'obbligazione e le sue fonti: il contratto*. In: SESTA, Michele. **Per i cinquant'anni del codice civile**. Milano: Giuffrè, 1994. p. 131-139.

²² Assim reconhece Mendonça (1956, p. 74), onde, comentando sobre as obrigações diz que “De um modo abstrato mais amplo, aí se devem encontrar os preceitos destinados a regular tôdas as relações de crédito que se diversificam e se acentuam de dia para dia na vida das sociedades modernas”.

²³ Sobre a solidariedade, consulte-se DIAS, Regina Bottentuit Gondim. **Natureza jurídica da solidariedade**. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

²⁴ Sobre estas modalidades de obrigação remetemos o leitor às fontes citadas nas notas 43 e 44 indicando a bibliografia específica de direito das obrigações.

²⁵ Sobre as obrigações alternativa e acompanhada de prestação facultativa, consulte-se LIRA, Ricardo Pereira. **Obrigação alternativa e obrigação acompanhada de prestação facultativa**. Rio de Janeiro: sem editora, 1970.

²⁶ Basta consultar a manualística que cuida do direito das obrigações para comprovar que em nenhum momento se trata, por exemplo, da compra e venda, ou da troca quando se estuda a obrigação de dar. Destacando o papel das construções jurídicas abstratas nas grandes codificações GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das obrigações**. São Paulo: RT., 1965. p. 4-5, no final do §2. Veja-se também, reconhecendo o artificialismo neste tratamento abstrato, com notas breves de Direito comparado, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione*. In: *I CENTO anni del Codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*. Padova: CEDAM (2002) ,p. 271-298, mas especialmente p. 276-277.

²⁷ Remetemos o leitor, interessado em um panorama atualizado do tema das fontes das obrigações, para ASSOCIATION HENRI CAPITANT. **Le renouvellement des sources du Droit des obligations**. Paris: LGDJ, 1997. t. 1.. Depois de um relatório introdutório conceitual sobre as fontes das obrigações discutem-se as várias fontes possíveis, tal como as normas comunitárias e diversas questões atinentes aos direitos nacionais, como as normas constitucionais, por exemplo.

²⁸ Vasta é a bibliografia sobre a fenomenologia do fato jurídico. Remetemos o leitor sinteticamente para Musielak (1999, p. 1 e seguintes) na Alemanha; Pugliatti e Falzea (1996), na Itália; e, em doutrina nacional, a excelente exposição de Mello, Marcos Bernardes (2000), para além da sempre merecida referência a Miranda (1954, p. 74 e seguintes.) Seja, também, consentido remeter para as considerações que tecemos em Kataoka (2002, p. 317-325)

As modalidades das obrigações funcionam como tipos jurídico-estruturais²⁹ aptos a cumprir as mais variadas funções, sendo certo que a autonomia privada, em sua expressão negocial, pode servir-se dos tipos obrigacionais – *rectius* das diversas modalidades de obrigações – para o atendimento dos interesses em jogo em determinado momento³⁰.

As partes podem, por meio da liberdade de contratar, selecionar as modalidades de obrigações que desejem inserir em certo contrato. Note-se que o contrato, como ato de vontade, considera-se a fonte por excelência das obrigações para a doutrina liberal clássica, já que a vontade, cuja proteção é transposta para o Direito por meio da autonomia da vontade, é o grande motor das relações jurídicas³¹.

Observemos, contudo, que este paradigma voluntarista não mais vigora no sistema jurídico atual, sendo bem diferente o papel da vontade. De motor do Direito privado, a vontade passa a coadjuvante da formação do negócio jurídico segundo algumas vertentes³².

O ocaso do voluntarismo mostra-se, por exemplo, por meio da consideração de que é possível a formação de negócios sem manifestação de vontade, mas sim por força de um comportamento concludente³³, como é o caso das relações contratuais de fato³⁴.

Observe-se que nesta tese usamos no que concerne ao surgimento dos efeitos jurídicos a partir da aplicação da lei uma postura metodológica tradicional, que nem sempre é a mais aceita contemporaneamente. Os fins didáticos justificam, contudo, esta postura. Cf., para a crítica da postura tradicional por nós ora empregada, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

²⁹ Cf. Sobre o conceito e para ulteriores aprofundamentos. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 664 e seguintes. Ou seja, são modelos com traços característicos dados pelo legislador, apesar de poderem, por vezes, ter alguns destes traços afastados pelas partes no exercício de sua autonomia privada. Não é este, contudo, o lugar para debatermos o tipo e a tipicidade.

³⁰ Cf., por todos, Saleilles (1901, p. 1) onde escreve:

les effets de la volonté humaine sont presque partout les mêmes et les mêmes nécessités juridiques suscient à peu près partout des conventions identiques ou analogues. La matière des obligations se dégageant de plus en plus du formalisme primitif et même des questions d'influence locale, tend à se présenter dans les législations modernes comme expression idéale de la logique juridique, en harmonie avec le principe supérieur du respect absolu de la liberté des conventions. (SALEILLES, 1901)

Observe-se, contudo, que Saleilles não é um autor completamente filiado a escola voluntarista, sendo um dos primeiros autores na França (juntamente com Geny) a atacar as bases metodológicas da escola da Exegese. Basta verificar, por exemplo, a posição do grande jurista francês em SALLEILLES, Raymond. **De la personnalité juridique – Histoire et théories**. Paris: Arthur Rousseau, 1910, abandonando a noção de ficção na teoria da pessoa jurídica e adotando a realidade técnica.

³¹ Cf, exemplificativamente, Groethuysen (1956), Hespanha (1997, p. 156 e seguintes) quando trata especificamente do voluntarismo. Criticando o voluntarismo, remetemos, ainda para Saleilles (1904, p. 43 e seguintes), quando trata do princípio da autonomia da vontade no BGB, mas em especial no primeiro parágrafo.

³² Por todos, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 86 e seguintes.

³³ Ou seja, um comportamento que seja socialmente visto como destinado à produção de efeitos jurídicos.

As diversas modalidades de obrigação desempenhavam, assim, uma função de possibilitar às partes a liberdade negocial, amarrando-se as conseqüências jurídicas e incrementando, assim, a presença da segurança jurídica.

A normativa abstrata das obrigações tutelava, assim, a segurança jurídica por força do desenvolvimento lógico matemático do sistema jurídico³⁴.

Independentemente do contexto em que se inseria uma obrigação de dar, as respectivas conseqüências jurídicas seriam idênticas. A perda culposa do objeto redundava em equivalente e perdas e danos, a não culposa na resolução do negócio em que estava a obrigação inserida, e assim sucessivamente. As regras inseridas no direito das obrigações não eram maleáveis de acordo com o negócio jurídico em que se inseriam, mas tinham, salvo disposição das partes, efeitos fixos, não adaptáveis ao caso concreto. A maleabilidade necessária para a autonomia privada estava na natureza dispositiva de algumas regras obrigacionais e na escolha das modalidades das obrigações. Estas funcionavam como peças de um jogo para montar, que assumia qualquer forma de acordo com a vontade dos seus artífices.

O tratamento legislativo das obrigações assemelha-se a um catálogo de casos concretos previstos abstratamente pelo legislador com soluções pré-determinadas – daí se falar em tipos jurídico-estruturais. A mediação da norma legal codificada com os suportes fáticos respectivos far-se-ia por meio da subsunção. Este papel do direito das obrigações protegia a segurança jurídica que deveria estar atrelada aos negócios atípicos criados pelas partes.

A técnica da subsunção, que reduz a aplicação da norma a um processo meramente lógico, desenvolvido por meio de um silogismo em que a norma é a premissa maior, o fato

³⁴ Como já reconheceu a doutrina, a forja da categoria relação contratual de fato só é possível diante de um declínio do voluntarismo no Direito alemão. Cf. RICCA, Lucio. **Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto**. Milano: Giuffrè, 1965, especialmente na pág. 9. Consulte-se, ainda, COSTA, Mário Júlio de Almeida. Aspectos modernos do Direito das obrigações. In: ALVES, José Carlos Moreira. et al. **Estudos de Direito civil brasileiro e português**. São Paulo: RT, 1980, p. 73-101, mas em especial, p 73-84.

³⁵ Ou seja, o conhecimento das conseqüências jurídicas da contratação por força do desenvolvimento lógico formal da casuística das obrigações em geral. Destacando esta relação conhecimento-segurança e ignorância-insegurança, cf. (LUÑO, 1994, p. 20) Cf., ainda, Zippelius (1982), onde destaca: “Die Rechtssicherheit hat als Komponenten die Orientierungssicherheit und die Realisierungssicherheit”, onde “Das Interesse an Orientierungssicherheit bedeutet daß man wissen muß, welches Verhalten von einem selbst gefordert wird und welches Verhalten man von anderen zu erwarten hat” e a *Realisierungsgewißheit*, sendo que significa “Man muß sich darauf verlassen dürfen, daß die bestehenden Normen beachtet und durchgesetzt, die ergangenen Urteile vollstreckt, die eingegangen Verträge gehalten werden”. (p. 159). Em vernáculo: “A segurança jurídica tem como componentes a segurança de orientação e a confiança na realização”. “O interesse na segurança de orientação significa que é necessário saber que comportamentos podem ser exigidos de cada um e que comportamentos pode-se exigir dos outros”. Já a confiança na realização traduz a “necessidade de confiança no sentido de que as normas jurídicas editadas serão cumpridas, as decisões serão cumpridas e os contratos mantidos”.

concreto a premissa menor e a conseqüência jurídica a conclusão³⁶. A premissa maior deveria ser o mais descritiva possível, para não deixar grande abertura para o juiz decidir discricionariamente³⁷.

Ou seja, nas suas origens a subsunção procura retirar toda atividade axiológica da interpretação e aplicação do Direito, centrando-se esta apenas na atividade legislativa, em que o mandato outorgado pela eleição dos representantes dentre os iguais garantiria a legitimidade, ao contrário do que acontece com o juiz, que é nomeado e não eleito.

Não é este, contudo o local para aprofundarmos a subsunção e o papel do juiz³⁸, pois isto escapa aos objetivos da presente tese. Frisemos apenas que a subsunção e a retirada deste poder discricionário do juiz fazem com que, na visão tradicional, se garanta em maior grau a segurança jurídica³⁹.

A doutrina, por sinal, já apontou como um dos aspectos nodais da segurança jurídica a previsibilidade das conseqüências jurídicas atreladas aos atos humanos⁴⁰. Os binômios segurança-conhecimento e insegurança-ignorância restam marcados.

Este modelo de segurança jurídica nas obrigações, contudo, não é perfeito, nem adequado para a determinação dos seus efeitos jurídicos⁴¹, uma vez que tamanha abstração acaba por poder gerar faculdades excessivas para uma das partes, normalmente o credor, e poder retirar uma momentosa proteção para a outra, normalmente o devedor.

³⁶ Sobre o silogismo, consulte-se, por todos, SALMON, Wesley. **Lógica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 57 e seguintes.

³⁷ O que remete, por sinal, para o tema da interpretação e das normas que a regem. Sobre este ponto, é indispensável, por se tratar de um dos melhores textos escritos em português para Torres (2000b) O autor, a propósito do Direito tributário, faz uma recensão completíssima do panorama da interpretação jurídica, sendo, no panorama nacional, de leitura obrigatória mesmo para os privatistas.

³⁸ Neste sentido, Gomes, Orlando. (1965, p. 3), ao comentar o positivismo científico no primeiro texto da coletânea.

³⁹ Sobre a subsunção e a sua crítica consulte-se ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. p. 75 e seguintes. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 68 e seguintes. Debatendo de modo relevante a legitimidade do juiz e o seu papel, o sempre atual CAPELETTI, Mauro. **Juizes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. Na história do Direito, HALPÉRIN, Jean-Luis. **Histoire du droit privé français depuis 1804**. Paris: PUF, 1996. p. 52-53. Afirmando que o declínio do formalismo levou a uma maior liberdade do intérprete, WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 626. Observe-se apenas que grafamos o nome de Karl Engisch propositalmente errado, por assim estar impresso na tradução da Calouste Gulbenkian; é necessário facilitar o acesso do leitor às fontes. Daqui para frente manteremos a grafia usada pela Editora e não a correta.

⁴⁰ Por todos, Zippelius (1982, p.137), onde anota que só a idéia de justiça não basta, já que a adequada coordenação das condutas sociais não é puramente instintiva.

⁴¹ Por todos, Giorgianni (1994, p.142-143)

A relação obrigacional resta desequilibrada em função da abstração das soluções, da igualdade meramente formal e da lógica matemática aplicada. Mesmo um inadimplemento insignificante, isto é o descumprimento meramente formal da obrigação, por exemplo, redundaria nas faculdades do credor de tolerar a mora ou resolver o negócio ao seu livre arbítrio.

A tendência de tratar a obrigação tão abstratamente é, contudo, marcadamente francesa. As doutrinas alemã e italiana tendem a dar uma importância muito maior à fonte de onde provém a obrigação⁴². Isto talvez se devesse à própria inspiração do *Code* de cunho marcadamente individualista, em que a propriedade aparece como Direito por excelência e os contratos – assim como os testamentos – como meros modos de circular a propriedade.

No panorama brasileiro parecia vigorar, até bem pouco tempo, uma postura muito mais francesa do que alemã ou italiana neste particular. Com efeito, basta consultar as obras didáticas mais correntes escritas antes do Código civil de 2002⁴³, e mesmo as mais sofisticadas⁴⁴ sobre o tema, para verificar que normalmente se apartam as obrigações em geral das respectivas fontes, tema que ocupa apenas algumas poucas páginas destas obras.

A obrigação era, e em grande medida continua a ser pelo menos nas obras antes mencionadas, vista de modo abstrato. Percebe-se, contudo, uma certa mudança nesta perspectiva. Os modernos manuais de direito das obrigações – *rectius*, os escritos

⁴² Como destaca Varela (2004, p. 21, nota 22)

⁴³ Cf., por exemplo, BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Campinas: Red Livros, 2000; o tema das fontes das obrigações ocupa 2 páginas – é bem verdade que o autor faz outras menções aos contratos e à responsabilidade civil posteriormente. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989; a matéria ocupa apenas 3 páginas. GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2002; o tema é tratado em 8 páginas. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direito das obrigações** 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.; cuida da temática em 14 páginas. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.; o tema é tratado em 4 páginas. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2000; o autor ocupa-se desta questão em 4 páginas. Por fim, VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001; desincumbe-se do tema em 5 páginas. É de se destacar que o panorama do tratamento do tema das fontes das obrigações não mudou radicalmente com as atualizações em cotejo com as primeiras edições, ou mesmo com o novo Código civil. O número de páginas, frise-se também, é apenas um indicativo da importância atribuída ao tema, mas o que em verdade mais relevante é a pouca importância dada à contextualização das obrigações no que concerne ao tratamento dos diversos pontos do estudo destas relações.

⁴⁴ Cf., exemplificativamente, MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Edição aumentada e atualizada por DIAS, José de Aguiar. As fontes das obrigações são enfrentadas pelo grande obrigacionista em apenas 1 página. Outro grande estudioso das obrigações também trata do tema ligeiramente e sem derivar maiores consequências da contextualização obrigacional. Trata-se de Lopes (1966). Repare-se que o livro de Serpa Lopes, apesar de ser um manual destinado ao ensino do direito, foi incluído na bibliografia específica do tema, em razão de suas excepcionais excelência e profundidade. Não destoia desta perspectiva, Nunes (1959).

recentemente – já possuem postura algo diversa⁴⁵. Certamente influência do contexto juscientífico de sua produção.

O fato objetivo é que o Direito das obrigações tradicional é abstrato, não preocupado com a vida concreta ao seu redor. Este perfil abstrato muda a partir da concepção da obrigação como processo. Aludiremos a isto no tópico 3 deste capítulo.

Passemos agora aos contratos.

1.2 O estudo clássico da categoria contrato

Se de um lado, o panorama do estudo das obrigações era dotado de um elevado grau de abstração, diferentemente não se passava com a teoria geral dos contratos clássica, fundada nos princípios da liberdade de contratar, da obrigatoriedade e da eficácia relativa dos contratos⁴⁶.

Neste contexto, os contratos são meras fontes obrigacionais que não têm qualquer impacto no que concerne à disciplina⁴⁷ obrigacional.

A mora é mora em qualquer modalidade contratual, o inadimplemento, é inadimplemento, e assim sucessivamente, sem que haja uma possibilidade de gradação das conseqüências jurídicas relacionadas às vicissitudes obrigacionais. Por outras palavras, a abstração obrigacional se projeta nos contratos.

O panorama contratual clássico aparece dominado por três princípios fundamentais, todos prestigiando o primeiro e mais relevante do ponto de vista axiológico: o da liberdade de contratar.

O princípio da liberdade de contratar traduz-se, na prática, nas faculdades que as partes têm de escolher se desejam contratar, selecionar o parceiro contratual, bem como determinar o

⁴⁵ Por todos, NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. Ressalve-se que o tratamento das obrigações não era abstrato em um dos grandes civilistas brasileiros, que é Espíndola (1945)

⁴⁶ Como reconhece generalizadamente a doutrina. Exemplificativamente, Marques (2002, p. 48 e seguintes.). Também Lobo, Paulo Luiz Netto (2002, p. 187-195)

⁴⁷ Cf. a aguda crítica de Perligieri, (1991, p. 491-506), mas especialmente na p. 496, onde escreve:

La pretesa separazione – acquista ou da acquire -, normativa e concettuale, tra il rapporto obbligatorio e le sue fattispecie costituisce si fonda su una concezione atomistica che attribuisce tutt'al più al fatto costitutivo il ruolo di un mero et occasionale fatto causativo, rilevante esclusivamente come *fonte* del rapporto e non già quale *titolo* ragione giustificatrice dello stesso, influente sulla sua nozione e sul suo regolamento.

conteúdo do contrato⁴⁸. Na doutrina que serviu de inspiração para a feitura e os desenvolvimentos posteriores das grandes codificações liberais, o fundamento do princípio repousava na proteção da vontade individual.

A vontade já teve um papel tão relevante na construção do sistema jurídico que se chegou a justificar o Estado e a possibilidade de imposição de normas cogentes que limitassem a liberdade das pessoas por meio do instrumento voluntário por excelência de então que era o contrato⁴⁹. Mesmo a sucessão *ab intestato* era vista como sendo um testamento implícito – isto é, o *de cuius* teria feito aquele testamento tacitamente⁵⁰.

O próprio silêncio era considerado manifestação de vontade para a doutrina clássica⁵¹. E isto era necessário para que pudesse produzir efeitos jurídicos, não bastando que fosse simplesmente um comportamento socialmente visto como destinado a produzir eficácia jurídica⁵².

As faculdades inerentes à liberdade de contratar concediam ao sujeito de Direito – *rectius* à “pessoa” da Parte geral dos códigos com inspiração germânica⁵³ – uma ampla gama de possibilidades que lhe emprestavam enormes possibilidades na condução de seus negócios⁵⁴.

⁴⁸ Semelhantemente Galgano (2001, p. 224-225). Destaca, ainda o autor a dimensão negativa da autonomia de contratar, a saber: ninguém pode na órbita do direito privado ter seus bens de si apartados sem que haja uma manifestação de vontade nesse sentido. Veja-se, também, ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 132. Entre nós AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do Direito, negócio jurídico e ideologia. In: _____. **Estudos e pareceres de Direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 38-54, mas especialmente na pág. 47.

⁴⁹ Ilustrativo sobre este ponto ROUSSEU, Jean-Jacques. **O Contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1999.

⁵⁰ Consulte-se para ulteriores aprofundamentos sobre o voluntarismo jurídico, por todos, o clássico Waline (1945, p. 168 e seguintes); estes e outros exemplos de exageros na fundamentação doutrinária voluntarista de certos institutos aparecem nas pág. 178/179, ao tratar da fortuna desta doutrina no século XIX, sendo que o exemplo do testamento aparece também em Silva, C. (1976, p. 18, nota 6). Semelhantemente Gomes, Orlando (1965, p. 65 e seguintes), no estudo Autonomia privada e negócio jurídico, bem como na pág. 10 e seguintes (Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras). A bibliografia sobre o tema é, contudo, excessivamente ampla para uma indicação exaustiva das fontes.

⁵¹ Cf. Lopes, M. (1944), mas particularmente nas pág. 150 e seguintes.

⁵² A vontade tem um papel significativamente diferente na dogmática jurídica atual. Migrou da existência – por sinal único elemento de existência – para os planos da validade ou da eficácia. Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁵³ Cf., por todos, Fachin, (2000, p. 77 e seguintes). O autor vai cuidar nesta passagem da transição de paradigma do indivíduo “pessoa natural” para a pessoa humana, dotada de dignidade da pessoa humana.

⁵⁴ Nosso tratamento das faculdades inerentes à liberdade de contratar, bem como dos demais princípios contratuais, só pode ser superficial, já que um excursão excessivamente longo sobre o tema não caberia para os fins da presente tese.

Por sinal, na sua concepção tradicional a liberdade de contratar, hoje enormemente mitigada como mostraremos, desenvolve-se paralelamente às doutrinas econômicas clássicas que pregavam a soma dos egoísmos privados para atingir a riqueza da sociedade e de todos⁵⁵.

A primeira faculdade associada à liberdade de contratar possibilita ao sujeito deliberar sobre a conveniência mesmo de celebrar um contrato. Diante das circunstâncias concretas escolhe o sujeito livremente se deseja obrigar-se por meio daquele contrato. Ninguém é, para o direito liberal, obrigado a contratar. Isto sofre certas mitigações no Direito contemporâneo, quando conhecemos diversas situações nas quais particulares podem ser obrigados a contratar ou a manter contratos, como acontece, por exemplo, nos contratos cativos de longa duração, como acontece com os planos de saúde⁵⁶, nos quais o fornecedor não pode romper o vínculo contratual⁵⁷. O tema do contrato coativo é recorrente na doutrina⁵⁸.

A segunda faculdade inerente à liberdade de contratar é a possibilidade de escolha do parceiro contratual. Ou seja, tenho liberdade para contratar com esta ou aquela pessoa, sem que haja necessidade de justificar a minha escolha. Ora, o próprio contrato coativo, que é aquele celebrado compulsoriamente já mostra como houve uma mitigação desta faculdade, que *grosso modo*, ainda existe, mas perdeu parte de sua opulência original.

Por exemplo, o próprio sistema penal, com evidentes impactos no sistema de Direito civil, obriga aos fornecedores a não “sonegar mercadorias, ou recusar-se a vendê-las” (art. 2º, I do Decreto-Lei 9.840/46, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular). Ou seja, o fornecedor não é mais livre para determinar se deseja ou não celebrar determinado contrato; se houver estoque e se lhe apresentarem interessados, coativa a venda.

Em síntese, nem sempre é possível, diante dos chamados contratos coativos⁵⁹ exercer as faculdades de contratar e de escolha do contratante asseguradas em geral pela liberdade de contratar.

⁵⁵ Waline (1945, p. 174), aludindo aos fisiocratas. Veja-se, ainda, DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificación social** – Tecnología y Derecho privado (Dos esbozos). Madrid: Cuadernos Civitas, 1987. p. 42 e ss.

⁵⁶ Cf. FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e Direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 144 e seguintes.

⁵⁷ Sobre este efeito dos contratos cativos de longa duração, remetemos o leitor para Marques (2002, p. 78 e seguintes), onde destaca que o poder do fornecedor em face dos contratos cativos de longa duração pode gerar uma nova abusividade pelo exercício de certos direitos previstos no clausulado contratual, entre eles o de extinguir o contrato. Cf., ainda, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁵⁸ Por todos, Gomes, O. (1965, p. 22)

⁵⁹ Sobre os contratos coativos, bem como para uma feliz síntese de das idéias que esposamos neste tópico, particularmente a vinculação do contrato ao liberalismo, os seus princípios fundamentais e a respectiva

Por fim, a possibilidade de determinação do conteúdo do contrato. Isto queria significar que as partes poderiam estipular as cláusulas que bem desejassem para reger as suas relações, contanto que não ferissem em seus ajustes a ordem pública e os bons costumes.

A liberdade de estipular contratos atípicos, ou seja, aqueles não previstos pelo legislador, também está inserida neste aspecto da liberdade de contratar⁶⁰. As normas sobre direito dos contratos no mais das vezes são dispositivas, cabendo o seu afastamento pelos ajustes das partes em um negócio jurídico específico.

Isto permitia que cada pessoa agisse livremente, de modo que as mais habilidosas, com as suas previsões certas do futuro, alcançassem a prosperidade e as menos hábeis enfrentassem as conseqüências negativas de sua falta de talento com diminuição de seu patrimônio proprietário⁶¹.

Retornaremos rapidamente a este aspecto da liberdade de contratar no último tópico deste capítulo, para mostrar que os agentes econômicos mudaram a sua postura de contratar, não mais bastando o modelo da tipicidade e atipicidade contratuais para dar conta de todos os problemas derivados dos contratos.

Como aconteceu com as demais faculdades associadas à liberdade de contratar, também esta determinação completamente livre de efeitos contratuais também sofreu uma importante mitigação. Muitos contratos têm cláusulas vedadas⁶², conteúdo imposto⁶³, ou estão sujeitos à aprovação estatal⁶⁴, etc. Mitigou-se, apesar de ainda estar presente de modo importante no domínio dos contratos.

Dentro de nosso tema, especificamente, a própria coligação contratual é uma expressão da autonomia privada⁶⁵. Explica-se⁶⁶.

flexibilização diante da intervenção estatal no domínio econômico, remetemos o leitor para Grau (2000, p. 125 e seguintes).

⁶⁰ Liberdade essa que ganha consagração expressa no novo Código civil brasileiro, no art. 425.

⁶¹ Já que a propriedade era o principal direito do sistema jurídico liberal. Basta olhar a divisão do Código civil francês para demonstrá-lo.

⁶² Como acontece, por exemplo, nos contratos de consumo em relação ao rol de cláusulas previstas no art. 51 do CDC. Sobre o tema, para uma referência ligada ao texto normativo, Nery Jr.(2001, p. 499 e seguintes).

⁶³ Nos contratos de locação, por exemplo, não é permitido afastar a garantia de reembolso pelas benfeitorias necessárias realizadas pelo locatário. Observe-se que há uma controvérsia jurisprudencial sobre este ponto, mas que não será abordada nesta sede. Remetemos o leitor interessado para SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação do imóvel urbano**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 227-228. Também VENOSA, Silvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 162.

⁶⁴ Como no caso dos contratos de plano de saúde, *ex vi* do art. 9º, II da Lei 9.656/98.

⁶⁵ Isto é de tom unânime na doutrina especializada. Por todos, Rapazzo (1998, p. 10 e seguintes)

Há uma importante classificação dentro do tema dos contratos coligados que é a que os divide a coligação entre voluntária e necessária⁶⁷. A coligação voluntária dá-se quando as partes inserem cláusulas contratuais em um ou mais contratos criando certas condições no sentido de que certos acontecimentos contratuais ligados a um deles produza eficácia jurídica no outro.

Por exemplo, quando um banco empresta dinheiro por meio de dois contratos de mútuo separados a um empresário e insere em ambos uma cláusula prevendo que o vencimento antecipado da obrigação em um deles faz com que o outro também se vença antecipadamente⁶⁸.

A coligação, que é definida pela doutrina como sendo a possibilidade de um contrato influir em outro⁶⁹, aqui é estabelecida por força da vontade das partes.

A expressão da coligação enquanto exercício da liberdade de contratar mostra-se, na medida em que as partes *deliberam sobre o conteúdo de um ou mais contratos, estipulam uma cláusula contratual que atende às suas necessidades negociais naquela situação*, com a peculiaridade de provocar a interferência de um contrato em outro ou em ambos reciprocamente.

A coligação contratual pode, ainda, ser necessária, quando há imposição pela norma jurídica expressa, ou, em certos casos, pela tutela da boa-fé objetiva⁷⁰. Observe-se que aqui também há uma importante expressão da autonomia privada, na medida em que as partes são livres para escolher se querem celebrar um contrato ou não. E são livres para celebrar *quantos contratos queiram*. Ou seja, a própria opção pela pluralidade contratual e não por um contrato misto ou atípico já é um exercício de autonomia privada. Aludiremos a alguns fatores que podem justificá-la posteriormente.

⁶⁶ Seja consentida pelo leitor uma inversão lógica no tratamento do tema, já que apresentaremos uma classificação antes mesmo de apresentar o fenômeno em toda sua inteireza, mas acreditamos que a didática do trabalho não ficará prejudicada.

⁶⁷ Cf., por exemplo, LENER, Giorgio. **Profili del collegamento negoziale**. Milano: Giuffrè, 1999.

⁶⁸ Este tipo de cláusula denomina-se *cross default* e será por nós abordada no momento próprio.

⁶⁹ Cf. por todos, Frías,(1994, p. 22).

⁷⁰ Cf. LENER, Giorgio. **Profili del collegamento negoziale**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 5. O autor divide o coligamento negocial em voluntário de um lado, quando a sua fonte for a vontade expressa ou tácita e necessário de outro, em que a fonte é a lei, não havendo qualquer papel para a vontade em termos de efeitos, apesar de haver no que toca a escolha – isto é a formação – de negócios que são coligados por força de lei. Repare-se que consideramos aqui, ao contrário de Lener, a cláusula geral de boa-fé, sistematicamente presente no Direito brasileiro, como fonte legal da coligação, assim como são fontes de coligação necessária algumas normas legais expressas. Reservamos a qualificação de coligação voluntária àquelas situações em que as partes estabeleçam condições contratuais que alcancem o efeito prático da interferência recíproca. A isto, contudo, retornaremos no próximo capítulo da presente tese.

Cada uma destas modalidades de coligação contratual, como parece ser claro, haure as suas condições para eficácia jurídica por fatores diversos. Nem toda “coligação” economicamente considerada, isto é, fática, produzirá eficácia jurídica idêntica. Por outros termos, por vezes a existência de uma rede ou de uma cadeia contratual⁷¹ não ocasionará a eficácia jurídica de contaminação diante de perturbações da prestação ou inadimplemento⁷².

Em alguns casos, o objetivo das partes será salvar uma parcela da operação econômica, disciplinada pelos contratos coligados, a todo custo, mesmo que outra(s) pereça(m), ao passo que também possível imaginar situações em que só interesse às partes a manutenção da operação econômica integralmente. Voltaremos a este ponto mais à frente nesta tese.

O segundo dos princípios contratuais clássicos é a obrigatoriedade do contrato, que tem o seu fundamento em um dúplice aspecto filosófico e em um outro aspecto eminentemente prático.

Antes, porém, assinale-se que por obrigatoriedade do vínculo contratual quer se significar que uma vez formado o contrato as obrigações que surgem vinculam os envolvidos que só estarão liberados pelos modos previstos para tanto pelo ordenamento jurídico⁷³; particularmente estarão liberadas as partes pelo pagamento. A doutrina, aproveitando a fórmula medieval⁷⁴, costuma sintetizar o princípio com a expressão *pacta sunt servanda*.

Profundos e relevantes são os temas envolvendo a obrigatoriedade dos contratos. Apenas exemplificativamente, a aplicação da teoria da imprevisão costuma ser colocada como uma exceção à obrigatoriedade dos contratos⁷⁵. Não pretendemos abordar aqui todas as questões a ele atinentes, pois o nosso tratamento aqui é meramente instrumental.

⁷¹ Enfrentamos os conceitos de rede e cadeia contratual na Introdução da presente tese.

⁷² Ou seja, fica afastado o conceito tradicional de coligação. Veja-se o que diz a doutrina:

Per ‘collegamento negoziale’ si intende, tradizionalmente una pluralità di negozi distinti per struttura, ma unilateralmente o bilateralmente dipendenti, sì che la nullità, l’annullamento e la risoluzione dell’uno si ripercuotono sull’altro o sugli altri, causandone la conseguente ‘caducazione’ per il medesimo titolo. Cf. LENER, Giorgio. **Profili del collegamento negoziale**. Citado, p. 1.

⁷³ O Código civil francês é uma mostra clara do prestígio da obrigatoriedade. Em feliz síntese: “Art. 1134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

⁷⁴ Para designar a idéia de que mesmo os pactos, desprovidos das formalidades originais, geravam obrigações. Sobre a diferença entre contratos e pactos, confira-se Bonfante (1987, p. 410). Veja-se, ainda, Van Weter (1876, p. 76 e seguintes). O brocardo, em sua inteireza, tinha a seguinte dicção: “*pacta cinque nuda, servanda sunt*”, ou seja mesmo os pactos “nus” deveriam ser cumpridos. Sobre as origens medievais, particularmente canônicas, do princípio, Berman (1997, p. 247). Específico em nosso tema, veja-se, ainda Meoli (1999, p. 176).

⁷⁵ Remetemos o leitor, *e.g.*, para o clássico Fonseca, A. (1958), nas considerações feitas na introdução. É interessante observar que Arnaldo Medeiros da Fonseca mudou de opinião quanto à aplicabilidade da teoria da

Antes, porém de tratar dos fundamentos modernos da obrigatoriedade dos contratos, é necessário esclarecer-se que os contratos já eram obrigatórios no Direito romano. A diferença estava na fundamentação da obrigatoriedade, que em Roma é diversa. Daí, por sinal, as enormes formalidades que então cercavam a formação do negócio⁷⁶.

O primeiro fundamento filosófico moderno para o princípio da obrigatoriedade dos contratos foi cunhado pelos canonistas da Idade Média, pois o 9º Mandamento obriga a que se diga a verdade. No momento em que alguém se compromete a desempenhar alguma prestação, automaticamente afirma isto; se não o fizer terá mentido, violando o Mandamento⁷⁷.

O segundo fundamento filosófico moderno para a obrigatoriedade dos contratos se liga ao pensamento de Immanuel Kant⁷⁸, que tanto influenciou o pensamento jurídico moderno. Para o filósofo alemão todo o Direito só poderia vir da liberdade e, portanto, somente a partir do exercício de seu livre arbítrio o homem poderia obrigar-se. A partir daí, a manifestação de vontade contratual, com todos os problemas que isto coloca a partir da filosofia kantiana⁷⁹, é a verdadeira fonte da obrigatoriedade dos contratos⁸⁰.

imprevisão no Brasil, pois na primeira edição desta obra era francamente contrário à mesma. A referência da primeira edição é Fonseca, A. (1932). Não logamos acesso à segunda edição da obra – a publicada pela Forense é a terceira – para verificar o posicionamento do autor. Mais modernamente o completo trabalho de Borges (2002, p. 62).

⁷⁶ Sem embargo, não aprofundaremos o estudo do Direito romano nesta sede, pois isto escapa aos objetivos do presente trabalho. Remetemos o leitor interessado para as considerações de Maine (1861, p. 179 e seguintes). Também Ortolan (1883, p. 128 e seguintes.)

⁷⁷ “The canonists started from the principle of penitential discipline that every promise is binding, regardless of its form: *pacta sunt servanda* (‘agreements must be kept’). Therefore it is not a defense to an action on a contract that the contract was not in writing or not made under oath. An oath and a promise without an oath are equal in the sight of God, they said; not to fulfill the obligations of a pact is equivalent to a lie”. Cf. (BERMAN, 1997, p. 246-247). Note-se que para os canonistas havia outros requisitos para a obrigatoriedade dos pactos, particularmente uma causa (ou fundamento justificativo, que tornasse o acordo justo). Note-se que esta aceção de causa tem, ainda hoje, projeção quando se verifica o significado de “causa” na sua aplicação ao instituto do enriquecimento sem causa. Seja consentido remeter para as nossas reflexões em Kataoka (2000). Também para a excepcional obra de Gomes, J. (1998). Entre nós, mais recentemente, a excelente obra de Nanni, (2004).

⁷⁸ Através da correlação indivíduo-liberdade-vontade-responsabilidade. Síntese interessante sobre como a idéia de indivíduo provocou importantes efeitos no domínio contratual em sede de obrigatoriedade e relatividade, encontra-se em Arnaud (1969, p. 197 e seguintes), quando trata especificamente da regra da autonomia da vontade e o seu impacto no domínio contratual.

⁷⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1995. p. 107 e seguintes.

⁸⁰ Cf. AMARAL NETO, Francisco. A autonomia privada como poder jurídico. In: BARROS, H. M. et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 292.

Por fim, o princípio da obrigatoriedade dos contratos funda-se em um aspecto eminentemente pragmático⁸¹. Sem ele o convívio social resta seriamente ameaçado. É necessário que as pessoas, para que possam negociar com desenvoltura, tenham certeza de que as promessas que lhes são feitas no mundo dos negócios serão cumpridas, ou que alguém possa compelir o devedor a fazê-lo. Caso não houvesse obrigatoriedade os negócios jurídicos só se celebrariam *inter vivos* à vista, com a evidente impossibilidade de se obter a sofisticação econômica que hoje conhecemos.

A análise econômica do Direito dirá que a função da obrigatoriedade dos contratos é reduzir os riscos de transação das partes quando da sua feitura⁸².

Por fim, o princípio da relatividade dos contratos. A doutrina é farta sobre os demais princípios contratuais – isto é a liberdade de contratar e a obrigatoriedade –, mas extremamente escassa no que concerne à relatividade. Talvez por ter sido sempre considerado como algo de evidente na Ciência do Direito⁸³.

Por relatividade dos contratos entende-se que um contrato só produz efeitos perante aqueles que o celebraram, sendo todos os demais “terceiros”, que não sofrem qualquer efeito do contrato. Em estreita síntese, a relatividade dos contratos causa a sua ineficácia perante terceiros⁸⁴.

É vedado, assim, a quem quer que seja alegar o contrato de que não faça parte para obter qualquer benefício. E isto pelo simples fato, e aqui a conexão com a liberdade de contratar, de não ter exercido a sua liberdade. Ora, se não empenhou a sua palavra, se não exerceu a sua liberdade, se não teve participação direta na relação para poder reduzir o seu risco de transação, não há porquê estar obrigado⁸⁵.

⁸¹ Considerações valiosas sobre a idéia de negócio jurídico, prescindindo mesmo do Estado, estão em Azevedo, Antônio (2004, p. 48-51). Para o autor, o caráter jurídico – e em última análise obrigatório – do negócio vem da própria sociedade, do próprio caráter social do homem, pois todos têm a percepção de tratar-se de algo diferenciado de um ato simples, sem qualquer significado especial. Em última análise, alguma lealdade é necessária entre os “sócios” de uma sociedade.

⁸² Cf., exemplificativamente, Stephen (1993, p. 143). Com esta colocação, mas também analisando até que ponto os contratos devem ser obrigatórios para que se atinja uma máxima eficiência social, Goetz e Scott (2003, p. 421-450).

⁸³ Como se reconheceu alhures, ao justificar a necessidade de um colóquio para se debater o tema: “La relativité du contrat? Une évidence qui ne mérite pas un colloque penserait sans doute tout civiliste, d’autant que les principaux flux et reflux de l’article 1165 du Code Civil semblent à present derrière nous”. Cf. FABRE-MAGNAN, Muriel. **La relativité du contrat**. Travaux de l’association Henri Capitant, Journées Nationales, Paris: LGDJ, 2000. t. 4., Nantes, 1999.

⁸⁴ Cf., por exemplo, Roppo (1988, p. 130)

⁸⁵ “L’obligation qui naît des conventions et le droit qui en résulte sont formés par le consentement et par le concours de volontés des parties; elle ne peut donc obliger les tiers ni leur donner un droit, puisque la volonté des tiers n’a pas concouru à former la convention”. Cf. (LAURENT, 1878, p. 424-425). Mesmo antes de Laurent,

A relatividade dos contratos constitui, diga-se de passagem, um dos grandes óbices ao reconhecimento de eficácia jurídica aos contratos coligados⁸⁶. Isto porque os contratos coligados, por maior que seja a respectiva unidade do ponto de vista econômico, estruturalmente preservam a individualidade, considerando-se as partes não participantes como terceiros. Ainda que sejam as mesmas, os contratos não produzem imissões⁸⁷ unilaterais ou recíprocas, se a relatividade dos negócios for aplicada em toda a sua pureza. Se não produzirem imissões unilaterais ou recíprocas teremos uma forte vinculação econômica, mas sem efeitos jurídicos. Por outras palavras, a coligação negocial com efeitos jurídicos é um *posterius* da aplicação do ordenamento jurídico e não um *prius* determinado exclusivamente pela integração econômica.

Observe-se que o problema se torna ainda mais agudo quando tratamos de coligações contratuais entre partes diferentes. Até que ponto poder-se-á impor a um “terceiro” a eficácia de um contrato em que ele não participa? Esta é a principal questão quando se discute a assim denominada ação direta, que é aquela fundada em um contrato, mas que se dirige a um terceiro não participante, que, por algum motivo particular, legitima-se passivamente para a ação. Este, por sinal, o principal foco de discussão de nosso tema na doutrina francesa⁸⁸.

Para que possamos falar de uma relevância jurídica das coligações contratuais, é necessário superar três grandes questões colocadas pelo Direito civil tradicional, tal como brevemente exposto neste primeiro tópico.

Pothier já escrevia: “(...) uma convenção não tem efeito, senão a respeito das cousas, que fizerão objecto da convenção e sómente entre as partes contrahentes (...). A razão da primeira parte deste princípio é evidente. A convenção sendo formada pela vontade das partes cobntrahentes, não póde ter efeito senão sobre o que os contrahentes quizerão e tiverão em vista. (...). A razão da segunda parte daquelle principio, não é menos evidente. A obrigação que nasce das convenções, o direito que dellas resulta, sendo formadas pelo consenso, e concurso das vontades das partes, não póde obrigar um terceiro, nem dar direito a terceiro, cuja vontade não concorreo para formar a convenção”. Cf. (POTHIER, 1906, p. 58-60).

⁸⁶ Cf. FRÍAS, Ana López. **Los contractos conexos**. Barcelona: Bosch, 1994. p. 27. Também o afirma Meoli (1999, p. 221), onde escreve:

Il nodo prolematico di maggiore interesse, a riguardo di tale aspetti, sembra costituito dalla possibilità di riconoscimento delle cosiddette azioni dirette. Al riguardo esistono, invero, dati normativi, tendenzialmente ostativi, costituiti principalmente da quelle disposizioni che sanciscono il cosiddetto principio di relatività dei contratti, consacrato nell’art. 1119 del *Code*, così come nell’art. 1372 del nostro *Código*.

⁸⁷ Aproveitamos aqui o conceito de “imissão” do Direito de vizinhança moderno, por analogia. Em que pese originalmente só abranger as interferências físicas, a imissão hoje abarca todas as formas de interferência. Cf. sobre este tema o genial DANTAS, San Tiago. **O conflito de vizinhança e a sua composição**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. capítulo I, §9.

⁸⁸ Uma resenha importante sobre o direito comparado francês em matéria de *action directe*, lê-se em Meoli (1999, p. 219 e seguintes).

Em primeiro lugar, é necessário quebrar-se a abstração da obrigação. Ora, se falamos de uma obrigação abstrata e desligada da realidade circundante, não é possível se relevar, senão limitadamente, nem mesmo as demais prestações envolvidas em um contrato. Quanto mais se dirá em relevância de outros contratos para que fim seja. Trataremos desta questão no próximo tópico do presente capítulo.

Em segundo lugar, necessário superar-se a relatividade dos contratos, como já se colocou anteriormente.

Por último, é necessária a consideração no sentido de que as codificações e nossas leis extravagantes só conhecem do fenômeno de modo muito limitado. Há alguns casos de relevância jurídica de um contrato em relação a outro, mas somente em hipóteses especiais.

Um exemplo disto está nos efeitos da relação locatícia em relação à sublocação da Lei 8.245/91. Assim o sublocador-locatário não pode cobrar do sublocatário valor superior ao que paga ao locador (art. 21 da Lei 8.245/91). A preferência, na hipótese de venda do bem, é do sublocatário e não do locatário-sublocador (art. 30 da Lei 8.245/91). Repare-se: são todos casos, previstos em Lei, mas sem uma regulamentação genérica que permita a extensão a outros casos, por força da regra de hermenêutica que veda a extensão analógica a regras excepcionais⁸⁹.

Como veremos, a fundamentação da relevância jurídica dos contratos coligados permite transbordar dos casos específicos de coligação contratual para abranger outras situações, com fundamento na cláusula geral de boa-fé objetiva.

Não se pense que as coligações contratuais só se operam entre partes diferentes, pois pode acontecer que as mesmas partes celebrem diversos contratos. E é assente na doutrina que as noções de instrumento contratual e contrato não se confundem.

Assim sendo, é possível que haja mais de um contrato contido em um instrumento e vice versa, o que gera maiores problemas quando se pensa na hipótese de serem todos acordados pelas mesmas partes. Some-se a isto a relatividade dos contratos aplicada em sua pureza máxima e termos hipótese de limitação do inadimplemento de um dos contratos a ele mesmo, sem que haja extensão dos efeitos da perturbação da prestação para os demais.

Exemplos eloqüentes de pluralidade de contratos em um instrumento único as fianças nos contratos de locação, bem como as hipotecas nos contratos de compra e venda de imóveis.

⁸⁹ Sobre a regra, confira-se Maximiliano (1993, p. 225 e seguintes). Interessantes observações sobre a função tradicional desta regra de hermenêutica encontram-se em Tepedino, Gustavo (1999, p. 1-19)

Basta imaginar qualquer contrato em que haja um aditivo celebrado posteriormente para verificar-se que é possível haver um contrato em vários instrumentos diferentes⁹⁰.

Tal consideração, por corriqueira que seja, mostra um dos problemas fundamentais em nosso tema de pesquisa: como distinguir as seguintes situações: i) dois contratos celebrados em dois ou mais instrumentos diferentes, mas ligados em função de disciplinarem a mesma operação econômica; ii) um contrato atípico, ou mesmo um contrato misto, concretizado por meio de dois ou mais instrumentos. Isto é tema a que, contudo, não aludiremos na presente tese. Consideramos, em nossa delimitação temática que há pluralidade de contratos.

Mostra-se, portanto, com as considerações que desenvolvemos neste tópico, que o estudo tradicional do Direito dos contratos é um simples desdobramento da princípio de autonomia privada e os efeitos das obrigações, em larga medida, são simplesmente aplicação lógica dos princípios do Direito das obrigações (em geral).

No próximo tópico procuraremos mostrar como as obrigações mudam, a partir da mudança na postura da doutrina, bem como com as transformações econômicas ocorridas no seio das relações sociais.

1.3 A polarização da obrigação pelo adimplemento: novo paradigma nos direito dos contratos

Por adimplemento⁹¹ da obrigação entende-se, tradicionalmente, o fiel desempenho da prestação, ou seja, a realização exata do comportamento que é objeto da obrigação, no lugar adequado, tempo ajustado e em benefício da pessoa correta. E, complete-se o quadro, o adimplemento põe termo à obrigação, extinguindo praticamente⁹² todos os seus efeitos⁹³.

⁹⁰ A doutrina, seguindo a linha de Enneccerus, denomina de união (ou coligação) meramente externa a situação em que vários contratos, que não necessariamente produzem interferências recíprocas, estão inseridos em um mesmo instrumento. Cf. as considerações (ligeiras) de GOMES, O. (1998, p. 425-433).

⁹¹ Adimplemento é o fiel cumprimento das obrigações em geral. A doutrina mais tradicional costuma reservar o termo pagamento para as obrigações de dar e mais especificamente para as pecuniárias. Cf. MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 420. Nesta sede usamos os dois termos indistintamente.

⁹² Salvo algumas exceções previstas em lei, como é o caso dos vícios redibitórios e da evicção, que são complementos da obrigação visando a garantir fática e juridicamente o credor que recebe alguma coisa. Cf. sobre estes dois temas Dias (1955). Trata-se de obra apresentada para concurso à titularidade de Direito civil da Faculdade de Direito de Niterói. Sobre os vícios redibitórios e a evicção, consulte-se os ainda atuais comentários de Santos, J. (1958, t. 15, p. 334 e seguintes). Interessante, também fazer uma comparação com o sistema de vícios do produto no regime do CDC, uma vez que ele substitui, no âmbito das relações de consumo, as garantias jurídica e fática. Sobre o tema remetemos o leitor interessado para LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**. Brasília: Brasília jurídica, 1996. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto ou serviço**. São Paulo: RT, 1998.

A definição clássica de adimplemento estava ligada a um desempenho meramente formal da obrigação. Bastava que a prestação efetivamente fosse entregue, independentemente da obtenção da utilidade prática visada pela obrigação, para que o devedor estivesse exonerado.

No Brasil, a obra pioneira na contextualização das obrigações com as respectivas fontes é de Clóvis do Couto e Silva⁹⁴. Com efeito, a influência da obra do autor gaúcho é enorme em termos de doutrina brasileira, como se pode perceber do número de autores importantes que o utilizam, com destaque, em suas obras⁹⁵.

O autor começa o seu principal trabalho – isto é, principal no que concerne ao ponto que aqui queremos mostrar – explicando que a análise da obrigação deve ser encarada pelo ângulo da totalidade. Não se deve mais dividir a obrigação em diversas partes – pretensões, ações, etc. -, pois o conjunto é um todo orgânico e assim deve ser analisado⁹⁶.

Prossegue o autor, assinalando que a expressão “obrigação como processo” quer sublinhar dever-se analisar a dinâmica obrigacional. O que é mais relevante na obrigação é “o conjunto de atividades necessárias à satisfação do credor”⁹⁷.

A obrigação pode, portanto, comportar duas análises diferentes, a saber: uma estática e uma dinâmica⁹⁸. O estudo tradicional do direito das obrigações corresponde àquilo que é estudado por meio da análise estática da obrigação, pois faz-se um corte morfológico em um espécime padrão, sem preocupação com a fisiologia da relação. Já a concepção dinâmica da obrigação preocupa-se com tudo aquilo que é necessário para a efetiva obtenção do *objetivo prático do credor* ao formar o vínculo.

A obrigação é, nas palavras do autor, “polarizada pelo adimplemento”, sendo certo que este último termo tem, para Clóvis do Couto e Silva, um significado diverso do tradicional. Adimplemento é a satisfação efetiva do interesse prático do credor e não um mero

⁹³ Como reconhece a doutrina. Cf. MENDONÇA, Manuel Inácio. **Doutrina e prática das obrigações**. Citado, onde escreve: “Sendo válido o pagamento, extingue a obrigação principal com todos os seus acessórios em relação ao devedor e a todos os coobrigados secundários como fiadores, etc. (...)”.(MENDONÇA, 1956, p.420)

⁹⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

⁹⁵ Por exemplo, Marques (2002). A autora, por exemplo, nesta obra, refere ao livro nas p. 75, 87, 88, 117, 118, 181, 196, 208, 614, 646, 652, 671, 786 e 1058. Esta é uma das obras de referência em matéria de contratos de consumo Também Martins-Costa (2000). Obra brasileira de referência em matéria de boa-fé objetiva. O livro cita o trabalho de Clóvis do Couto e Silva nas p. 29, 33, 274, 373, 384, 389, 394, 396, 397, 400, 426, 428 e 430.

⁹⁶ Cf. (SILVA, 1976, p. 5-9)

⁹⁷ Op. Cit., pág. 10.

⁹⁸ Ou seja, como diz o autor, a obrigação pode ser fotografada ou filmada. A mesma imagem é usada por Carnelutti (1942, p. 21-22), mas com um significado diverso: a fotografia representa a forma e o filme o espaço.

desempenho formal de um comportamento, dar, fazer ou não fazer, vistos como objetos tradicionais da obrigação⁹⁹.

Não basta, portanto, para a doutrina contemporânea que estuda as obrigações um mero desempenho formal da prestação. A simples entrega da prestação não garante a satisfação do credor necessariamente. E, por outro lado, a não entrega total da prestação, também pode ter o efeito de satisfação do credor¹⁰⁰.

O exemplo da pós-eficácia das obrigações, hipótese de responsabilidade civil em que o devedor atua de modo a prejudicar de alguma forma a satisfação do credor, podendo ser condenado com base no contrato, que em tese já havia sido extinto pela entrega da prestação¹⁰¹.

A obrigação passa a ser vista como uma sucessão de atos que visam todos a satisfazer ao interesse prático do credor e não um simples direito a uma prestação. Por conta disto, inserem-se no âmbito obrigacional, os chamados deveres anexos de proteção¹⁰², que são tendentes à garantia do atendimento do benefício objetivo buscado legitimamente pelo sujeito ativo da relação obrigacional.

⁹⁹ Como de resto é o tom da doutrina contemporânea, mais preocupada com a satisfação do credor do que propriamente com o desempenho formal da obrigação. Cf., por exemplo, Varela (2007, p. 12), onde escreve:

O devedor não pode cingir-se a uma observância puramente *literal* das cláusulas do contrato, se a obrigação tiver natureza contratual. Mais do que o respeito *farisaico* da fórmula na qual a obrigação ficou condensada, interessa a colaboração *leal* na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita. Por isso ele se deve ater, não só à *letra*, mas principalmente ao *espírito* da relação obrigacional.

¹⁰⁰ Como acontece, por exemplo, no chamado adimplemento substancial. Cf. BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. v. 9, n. 1, nov. 1993. p. 60-77.

¹⁰¹ Cf. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da pós-eficácia das obrigações**. Estudos de Direito civil. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1. p. 143-197. Entre nós: MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 187-241. Veja-se, ainda, a monografia específica de DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código civil e no Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁰² Cf., por todos, Frada (1994, p. 32), onde vai destacar que há necessidade de responsabilização de um devedor que deixa de cumprir com os deveres necessários ao cumprimento do fim da obrigação. E mais à frente, tipifica os deveres resultantes de um contrato, nas págs. 37 e 38:

Trata-se dos *deveres principais ou primários de prestação* por via de cuja realização se pretende alcançar o fim determinante da constituição do vínculo obrigacional. Ao lado deles costumam os autores apontar outros deveres de prestação, quer os que encontram numa relação de acessoriedade com a prestação principal por visarem a satisfação cabal do interesse que nesta deposita o credor (*deveres acessórios da prestação principal*), quer os que constituem um sucedâneo ou complemento da prestação principal, ocorrida uma vicissitude desta que justifique o seu aparecimento (*deveres secundários substitutivos ou complementares*). (FRADA, 1994, sublinhamos; itálicos no original.)

Repare-se que o objetivo destes deveres acessórios é a satisfação efetiva do credor, ao lado da prestação propriamente dita.

Por sinal, em sede de Direito comparado, na Reforma do Direito das obrigações alemã realizada em 2000/2001, alargou-se o campo das perturbações das prestações (*Leistungstörungen*) nas obrigações, para também abranger os deveres anexos¹⁰³.

Em estreita síntese, a doutrina vem inserindo na obrigação a satisfação do credor como cerne para o achamento de todas as soluções obrigacionais. Daí se dever considerar que as soluções previstas pela abstração obrigacional, as quais aludimos no tópico anterior deste capítulo, não mais atendem às necessidades do tráfego jurídico, mais preocupado com a adaptabilidade do ordenamento jurídico positivo à realidade concreta do que com a garantia do princípio da segurança jurídica, por meio do desenvolvimento abstrato e igualitário das obrigações.

A obrigação, e particularmente os contratos, no Direito civil tradicional foram construídos a partir da idéia de indivíduos concorrendo entre si, lutando para ver quem ganharia o “jogo” da acumulação da propriedade¹⁰⁴, o que levou o legislador a igualar a todos como se tivessem as mesmas armas para lutar. Isto provocou desequilíbrios conhecidos e de triste lembrança na história¹⁰⁵. O Direito civil que vê a obrigação como uma totalidade, como um processo, possui uma base completamente diferente, que é a da cooperação e não da concorrência¹⁰⁶.

¹⁰³ Ainda que doutrinariamente isto já fosse uma realidade na Alemanha. O conceito mais amplo de *culpa in contraendo* adotado na Reforma suporta, além da violação dos deveres de proteção (*Schutzpflichten*), também a violação aos deveres de informação (*Aufklärungspflichten*), bem como a interrupção das negociações preliminares, a não prevenção, quando possível, de causas de ineficácia contratual que venham a prejudicar o correto desenvolvimento da vida obrigacional e, por fim, a responsabilidade de terceiros que devessem respeitar o contrato por conta dos deveres gerais do tráfego, mas nele interferem de modo a prejudicar um ou ambos os contratantes. Cf. EMMERICH, Volker. **Das Recht der Leistungsstörungen**. München: C. H. Beck, 2003. p. 84 e seguintes. Consulte-se também LORENZ, Stephan e RIEHM, Thomas. **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**. München: C.H. Beck, 2002. p. 175 e seguintes. Veja-se, ainda MEDICUS, Dieter. et al. **Das neue Schuldrecht**. München: C. H. Beck, 2002. p. 83, afirmando que o conceito de *Leistungstörung* (perturbações da prestação) “umfasst nämlich insbesondere auch die Verletzung bloßer Schutzpflichten (...)”, isto é “abrange nomeadamente e de modo especial também a violação de simples deveres de proteção”.

¹⁰⁴ Cf., por exemplo, Arnaud (1972, p. 83), onde destaca a superioridade da propriedade sobre os demais bens. E, em sede dominial, a propriedade imobiliária na linha dos fisiocratas. Para uma exposição da doutrina econômica fisiocrata, consulte-se GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica**. São Paulo: Pioneira, 1989.

¹⁰⁵ Que acabaram por provocar a reação da doutrina e da jurisprudência em uma importante onda de renovação do Direito e do pensamento jurídico que marcam o século XX. Sobre este tema a essencial referência de Wiecker (1993, p. 591). Por sinal, toda a parte sexta do livro é de leitura indispensável para a compreensão da crise do positivismo legalista e a incorporação de novas tendências menos conservadoras no Direito civil alemão.

¹⁰⁶ Interessante análise de Villela (1978, p. 32)

O contrato contemporâneo é um contrato de cooperação, um contrato de boa-fé¹⁰⁷. Daí surgirem os diversos deveres anexos a que aludimos anteriormente.

A boa-fé, que dentro do domínio contratual entende-se como a norma jurídica – que pode estar em seu perfil principiológico¹⁰⁸ ou de cláusula geral - que obriga os contratantes a se portarem de modo probo, leal, honesto e de acordo com os usos e costumes do tráfico jurídico, estando na base de várias soluções modernas em sede obrigacional, como é o caso dos deveres anexos.

Um exemplo é a revisão judicial dos contratos ocasionada pela lesão, que deita as suas bases na boa-fé objetiva. A lesão pode ser compreendida como sendo o desequilíbrio das prestações contemporâneas com a formação do vínculo contratual. A cooperação entre as partes rejeita a possibilidade de se tolerar um desequilíbrio econômico entre as posições contratuais que escape da razoabilidade¹⁰⁹.

¹⁰⁷ A boa-fé no Direito civil é um dos temas mais amplos e de mais larga bibliografia que se possa imaginar. Seria pueril tentar sintetizar toda a riqueza conceitual e de sub-temas associados, ainda que em uma perspectiva meramente dogmática. Digamos apenas que, de modo geral, podemos afirmar que a boa-fé pode: a) gerar situações jurídicas para um sujeito (o exemplo dos deveres anexos é significativo); b) pode eliminar situações jurídicas (a possibilidade do credor resolver o contrato quando há adimplemento substancial); e c) auxiliar na interpretação dos negócios jurídicos, isto é servir de padrão para a escolha do intérprete (delimitação do significado semântico adequado do clausulado entre os diversos possíveis). Da vastíssima bibliografia do tema, consulte-se o clássico em língua portuguesa Cordeiro (1997). Com perspectiva mais ampla, contendo estudos sobre a aplicação da boa-fé nos mais diversos campos da Jurisprudência, uma magnífica obra em dois volumes, consulte-se CORDOBA, Marcos M. **Tratado de la buena fé em el Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2004. Entre nós, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**. São Paulo: RT, 2000, na parte segunda do seu livro – a primeira é dedicada ao estudo do sistema e das cláusulas gerais.

Estamos nos referindo, fundamentalmente, à boa-fé em sua vertente objetiva, apesar de o princípio de tutela da confiança ter o condão de fundir as duas vertentes a partir de um único fundamento. Cf. (CORDEIRO, 1997, p. 1.234 e seguintes, mas especialmente p. 1.238).

¹⁰⁸ Vastíssimo o tema dos princípios. Evidentemente, contudo, não é este o lugar para discuti-lo. Remetemos o leitor, com ulteriores referências bibliográficas, para os seminários ALPA, Guido. **Principi generali. Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile**. Torino: UTET, 1992. v. 14. p. 355-369. ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004. BOBBIO, Norberto. Principi generali di diritto. In: _____. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1957. v. 13. p. 887-896. CANARIS, Claus-Wilhelm. **O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Concepto de principios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990. GUASTINI, Riccardo. Principi di diritto. In: DIGESTO delle discipline privatistiche: sezione civile. Torino: UTET, 1992. v. 14., p. 341-355. RESCIGNO, Pietro. Sui principi generali del diritto. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, ano 46, p. 379-396, 1992. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

¹⁰⁹ Fundando na boa-fé a rejeição da lesão nos contratos, juntamente com o princípio do equilíbrio das prestações, raciocínio que pode, por sinal, ser aplicado analogamente à onerosidade excessiva, consulte-se Becker (2000). A autora traça um interessante panorama do declínio do voluntarismo e uma ascensão da boa-fé como fundamento do contrato, relacionando isto com a aplicação da lesão nos contratos.

Em sentido paralelo, a onerosidade excessiva, e mesmo a teoria da imprevisão, têm fundamento na boa-fé. Em estreita síntese, o parceiro contratual probo, leal e honesto não permite que o desequilíbrio econômico prejudique a sua contraparte¹¹⁰.

Outro exemplo importante é a responsabilidade civil pré-contratual. Isto vem, inclusive, a demonstrar um aspecto muito relevante: a boa-fé e os seus deveres imbricam-se até mesmo na fase anterior à formação do vínculo contratual. Em estreita síntese, a responsabilidade civil pré-contratual dá-se quando um dos peticionantes provoca danos por meio de ações praticadas no período de formação do vínculo contratual, como, *e.g.*, quando ocorrer rompimento unilateral e injustificado das negociações preliminares com danos; ou, ainda exemplificativamente, quando ocorrer uma violação do dever de sigilo, revelando a parte segredos que tomou conhecimento por força das negociações, entre outras hipóteses possíveis. O fundamento desta modalidade de responsabilidade civil é a penetração dos deveres anexos resultantes da boa-fé objetiva na fase de formação do vínculo contratual¹¹¹.

Um dos mais célebres casos submetidos aos nossos tribunais nos anos 70 poderia, talvez, ter encontrado uma solução mais adequada se a responsabilidade civil pré-contratual tivesse sido aplicada¹¹².

Também muito relevante, o exemplo, que é particularmente paradigmático para o que queremos demonstrar neste tópico, da responsabilidade civil pós-contratual, ou *culpa post pacto finitum*. Esta modalidade de responsabilidade civil vai sancionar o devedor que toma atitudes contrárias à satisfação do credor *após o cumprimento dos deveres principais do contrato*¹¹³.

Isto significa uma total mudança no paradigma do Direito das obrigações, na medida em que sempre se afirmou que com o cumprimento dos deveres prestacionais o contrato se extinguiu não gerando mais efeitos para o devedor, o que é desmentido pela incorporação sistemática desta modalidade de responsabilidade civil. O devedor deve garantir com o seu

¹¹⁰ Cf. o pioneiro, ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula “rebus sic stantibus” no Direito contemporâneo. In: ESPÍNOLA, Eduardo; BEVILÁQUA, Clovis. **Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. v. 1. p. 7-34.

¹¹¹ Sobre o fundamento da responsabilidade pré-contratual, bem como para várias questões dogmáticas relacionadas, consulte-se Pereira (2001). Importante, ainda, sobre a aplicação da boa-fé nas diversas fases de desenvolvimento do contrato o artigo de Azevedo, Antonio (2000, p. 3-12).

¹¹² Trata-se do caso Disco e Pão de Açúcar, quando se discutia a qualificação jurídica de um documento – se pré-contrato ou apenas protocolo de intenções, com limitada eficácia jurídica. O acórdão, de lavra do Sr. Ministro Moreira Alves, é, até onde conhecemos, um dos melhores estudos sobre negociações preliminares em nosso Direito. Veja-se o Recurso Extraordinário 88.716/RJ, julgado pela E. 2ª Turma do STF, em 21/11/1978 e publicado na RTJ 92/251.

¹¹³ Já indicamos uma bibliografia a este respeito na nota 101.

comportamento, ou a sua omissão, quando for o caso, a obtenção pelo credor do resultado prático visado na obrigação.

Em estreita síntese, a satisfação do credor, e não a entrega formal da prestação, domina o paradigma obrigacional contemporâneo. Quebra-se assim a dogmatização do contrato a partir da concorrência de todos contra todos, em uma visão individualista do mundo, para uma dogmática que prestigia a colaboração de todos, estando no centro do sistema, ainda que sem hierarquia formal, o princípio da boa-fé objetiva.

Os exemplos que foram levantados mostram que o credor encontra proteção contra o devedor que pretenda atuar de modo contrário à sua satisfação.

Importante, contudo, destacar que nem só em favor do credor funciona a polarização da obrigação pelo adimplemento e a boa-fé objetiva, mas também em favor do devedor.

Exemplifica-se esta última hipótese com a doutrina do adimplemento substancial da obrigação. Por força desta doutrina fica tolhido o credor praticamente satisfeito em sua relação creditícia de resolver o contrato com perdas e danos. Por outras palavras, para que o credor tenha aquelas faculdades clássicas associadas ao inadimplemento – ou seja, a possibilidade de tolerar a mora, ou resolver o contrato em perdas e danos ao seu livre arbítrio – é necessário que o inadimplemento do devedor seja significativo.

Trata-se o adimplemento substancial da consideração de que é desproporcional para com o devedor permitir que um credor cujos interesses práticos com a obrigação estão praticamente todos atendidos aja de modo a provocar um prejuízo de monta ao devedor¹¹⁴.

A jurisprudência brasileira já consagrou a doutrina do adimplemento substancial com este fundamento. Veja-se a ementa do REsp.272.739/MG, julgado pela E. 4ª Turma em 01/03/2001, relator, o Sr. Ministro Ruy Rosado:

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

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

¹¹⁴ Cf. Becker (1993, p. 60-77), onde escreve:

Tratar da doutrina do adimplemento substancial significa trazer à discussão grande parte das proposições do moderno Direito obrigacional: o conceito de obrigação como processo, o princípio da boa-fé como reflexo do fenômeno geral de eticização jurídica – como limitador do princípio da autonomia da vontade –, a funcionalização dos direitos de crédito operada por meio da figura do abuso de direito, a relevância atribuída ao interesse do devedor e, ainda, a teoria da causa, compreendida no sentido que lhe dá a doutrina italiana, i.e. a causa como função econômico-social do contrato” (BECKER, 1993, p. 60).

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

Se a jurisprudência brasileira já adotou o remédio do adimplemento substancial, em que pese a sua não consagração expressa em termos de lei, algumas legislações mais recentes já o fizeram, como é o caso, por exemplo, do Código civil italiano, em seu art. 1.455¹¹⁵, bem como no Código civil português em seu art. 802, alínea 2¹¹⁶. O Código civil de 2002 não o incorporou expressamente, mas a presença de uma cláusula geral de boa-fé objetiva permite a sua aplicação no domínio obrigacional.

O controle de cláusulas contratuais abusivas também poderia funcionar como exemplo de instrumentos dogmáticos fundados na boa-fé, mas retornaremos a este caso posteriormente nesta tese.

O adimplemento substancial, a ampliação do domínio das perturbações das prestações e as responsabilidades pré e pós-contratuais, bem como o controle de cláusulas contratuais¹¹⁷, são demonstrações cabais da incorporação no domínio dos contratos do paradigma da satisfação efetiva do credor, ou seja, do desenvolvimento do processo obrigacional, para usar a expressão clássica, polarizado pelo adimplemento.

É necessário observar que o princípio da boa-fé foi usado para fundamentar estas soluções obrigacionais, mas há outros princípios aos quais se poderia reconduzi-las. O equilíbrio das prestações para a onerosidade excessiva e a lesão¹¹⁸ é um exemplo bastante patente. Isto se deve a uma importante característica dos princípios que é a mobilidade. Dois ou mais princípios podem inspirar a mesma solução¹¹⁹.

Na realidade, o paradigma da polarização da obrigação pelo adimplemento e a boa-fé objetiva trazem um importante campo de reflexão para o domínio dos contratos economicamente coligados, apesar de preservarem a sua autonomia estrutural.

¹¹⁵ Cf. GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Padova: CEDAM, 2001. p. 339-340, citando outras hipóteses previstas na lei italiana.

¹¹⁶ Cf., fundamentando a solução na boa-fé objetiva, LIMA, 1997, p. 59-60.

¹¹⁷ Repare-se que não é nosso objetivo no seio desta tese esgotar os temas. Eles aqui funcionam de modo meramente instrumental na qualidade de exemplos.

¹¹⁸ Por todos, o excelente texto de Larenz (1993, p. 76 e ss.), onde trata do princípio da equivalência nos contratos.

¹¹⁹ Cf. CANARIS, Claus-Willhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 127 e seguintes.

Nem toda coligação econômica terá efeito de coligar juridicamente os contratos, pois isto é um resultado da boa-fé¹²⁰, sendo que esta última também pode indicar o sentido oposto, quando a pluralidade de contratos for usada como fator de dispersão do risco de um negócio – as partes desejam assegurar a realização de uma parcela do negócio, ainda que outras venham a sofrer vicissitudes importantes. Até mesmo as perturbações que fossem tão graves a ponto de poder, caso não houvesse “isolamento do risco”, ameaçar o seu cumprimento, por estar integrada com outras parcelas negociais.

Suponhamos, por exemplo, que um mesmo fornecedor se comprometa a entregar quatro produtos diferentes, ainda que ligados do ponto de vista econômico, como aconteceria na entrega de bens em etapas para uma certa obra. Para cada um deles se celebra um contrato isolado e não um contrato único abrangendo todas as prestações, com o objetivo claro, expresso por exemplo nos documentos pré-contratuais, ou nos considerandos do instrumento contratual, de assegurar ao máximo o efetivo cumprimento de cada uma das prestações, a onerosidade excessiva ou a discussão em torno de valores por parte do credor de uma das prestações não deve ameaçar as demais. A utilização de múltiplos contratos pode ter o objetivo de dispersão de risco. Voltaremos, contudo, a isto em outro momento desta tese.

Por outro lado, se as partes devem agir de modo leal, respeitando os interesses recíprocos, será que, em uma situação em que haja a percepção de dependência e unidade econômica dos negócios, se afigura legítimo frustrar estes interesses por meio de uma atuação em um outro contrato do próprio parceiro contratual ou, eventualmente, de um terceiro? Será que a expectativa legítima de que todos os negócios serão cumpridos necessariamente de modo conjunto não encontra tutela jurídica?

A boa-fé, que tem uma dimensão que atinge até mesmo os períodos anterior e posterior ao contrato indica neste sentido. Se, para a eficácia da boa-fé não importa nem mesmo a obrigatoriedade do contrato, parece natural a superação da relatividade dos vínculos contratuais, na medida em que este segundo princípio não tem qualquer relevância sem o primeiro. De que adiantaria a relatividade de um contrato que não é obrigatório?

Funcionalmente a obrigatoriedade dos contratos tem clara prevalência sobre a relatividade¹²¹. Em sede axiológica, a origem comum, radicando na liberdade de contratar,

¹²⁰ Estamos aqui exclusivamente falando das coligações necessárias por força da boa-fé. As cláusulas expressas de coligação, bem como as resultantes de uma normativa expressa estão fora de nossas considerações nesta passagem.

¹²¹ Ainda que não possamos falar de hierarquia entre princípios. O tema é, contudo, controvertido, principalmente se colocado em cena o princípio de dignidade da pessoa humana. No sentido da ausência de hierarquia, com o que concordamos, veja-se Torres (2001). Em sentido diverso, consulte-se Sarmiento (2000).

mostra uma ausência de hierarquia; ambas, em que pesem as especificidades, tem o seu fundamento em comum e, neste sentido e apenas neste, são sub-princípios da liberdade de contratar, que, por sua vez, funda-se na autonomia da vontade na sua concepção tradicional. A obrigatoriedade contemporânea radicar-se-á, contudo, na tutela da confiança legítima, fundamento mesmo da boa-fé, conforme mostramos anteriormente.

As partes, por sua vez, têm, a partir da autonomia privada, a possibilidade de regular os seus interesses, contanto que isto não viole as normas de ordem pública e nem configurem um abuso de uma posição de superioridade em face da outra parte. Relembramos que uma das expressões da liberdade de contratar, que ainda está presente em nosso sistema, é justamente a possibilidade de determinar o conteúdo do negócio jurídico. Mostraremos neste tese, a partir de várias regras presentes em nosso sistema que é possível às partes distribuir negocialmente o risco, podendo usar a pluralidade contratual para dispersá-lo.

Há, portanto, um novo paradigma a reger o Direito dos contratos. E este deve influir na heurística jurídica das coligações contratuais.

1.4 Complexidade econômica e contratos

*Ex facto oritur ius*¹²². A operação econômica é o suporte fático sobre o qual incidem as regras de Direito dos contratos¹²³, também recebendo o nome de contrato. Também é assim denominado o negócio jurídico concreto celebrado entre duas partes determinadas, bem como as regras jurídicas abstratas que visam a regular a situação. As transformações fáticas da economia, juntamente com uma repersonalização¹²⁴ do Direito, devem refletir sobre o modo pelo qual a Ciência jurídica trata do contrato.

¹²² Este um brocardo muito conhecido, de origem medieval, e que tem uma significação política-constitucional e outra relativa à fenomenologia do fato jurídico. No que concerne à sua acepção político-constitucional, designa a circunstância de que os fatos podem moldar um sistema constitucional (uma revolução, por exemplo, muda o regime). No que toca ao segundo significado, várias são as matizações possíveis; desde o sociologismo de Eugen Ehrlich até o normativismo de Kelsen. Todas, porém, destacando a imprescindibilidade do fato social para o surgimento do fato jurídico. Importante destacar também que os fatos modificam o significado das normas jurídicas, ao dar combustível para a interpretação (mesmo por vezes superadora do sentido semântico) dos textos. Cf. a interessante abordagem de Bianca (1995, p. 787-804).

¹²³ Sobre as acepções da palavra contrato, entre elas o seu entendimento como operação econômica, Roppo (1988, p. 7 e seguintes). É bem verdade que os autores flutuam sobre este tema, mas pelo seu caráter instrumental nesta tese optamos por usar, por razões didáticas, na nossa exposição o autor italiano.

¹²⁴ (CARVALHO, 1981)

Tais transformações, que por sinal não só abrangem a figura do contrato, foram vistas de modo bastante variado pela doutrina. Muito se falou, por exemplo, de publicização¹²⁵, socialização¹²⁶ do direito. Já até se proclamou a “morte”¹²⁷, e o “declínio”¹²⁸ do Direito. Na doutrina brasileira há a análise – de resto em tom pessimista, que aliás marca quase todos os comentários “clássicos” do tema – que afirma o seu “desaparecimento”¹²⁹. De início diga-se: de fato *um certo Direito* declinou, acabou, morreu¹³⁰.

Fato é que a dogmática tradicional do Direito civil precisa de uma releitura que recoloca o sistema jurídico em condições de dar conta das novas necessidades da sociedade e também se pautar pelo respeito pelas situações jurídicas existenciais¹³¹.

Caso o sistema jurídico, seja pela reforma dos textos, seja pela reinterpretação dos já existentes¹³², não se modifique diante da realidade está fadado à obsolescência¹³³. E o legislador, a doutrina e a jurisprudência não estiveram imóveis, meros expectadores das profundas transformações econômicas e filosóficas do século passado¹³⁴.

¹²⁵ (GOMES, O. (1983, p. 40-51)

¹²⁶ Cf. GIORGIANNI, Michele. Il diritto privato ed i suoi attuali confini. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, ano 15, 1961. p. 391-420. Há versão brasileira com a referência GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

¹²⁷ Assim Carnelutti (1963, p. 177 e ss.)

¹²⁸ (RIPERT, 1949)

¹²⁹ (AZEVEDO, Antônio, 1975). O professor Antônio Junqueira de Azevedo não espousa mais esta opinião, mas ela é aqui referida como um registro histórico.

¹³⁰ Já o afirma GIORGIANNI, op. cit., p. 406, ao escrever: “(...) ormai la fase illuministica del diritto può dirsi tramontata da un pezzo”.

¹³¹ (PERLIGIERI, 1997)

¹³² Neste particular, as cláusulas gerais e conceitos juridicamente indeterminados têm um importante papel a desempenhar, em face da flexibilidade de que são dotados diante de um mundo em constante e acelerada evolução. Sobre o tema, consulte-se Rodotà (1967). Entre nós, com considerações de ordem geral e exemplos retirados da Parte geral do Código civil, o indispensável Tepedino, G. (2002). Sobre os conceitos juridicamente indeterminados, veja-se English (1988, p. 205 e seguintes).

¹³³ Este tipo de postura provocou, por exemplo, a superação da Escola da Exegese, que pregava um respeito vincado ao texto legal e à vontade do legislador. Cf., sobre este relevante tema da História do Direito, para uma síntese expositiva Neves (1995, p. 181-191). Sobre a crítica a Exegese, também contendo uma síntese exaustiva do movimento metodológico, Bonnacase (1933, p. 546 e seguintes). Mais sinteticamente consulte-se Halpérin (1996).

¹³⁴ Como já assinalamos nas notas anteriores, a doutrina lidou de modo bastante diversificado com as modificações do Direito privado, indo desde um marcado pessimismo (Ripert, Carnelutti, entre outros) a um renovado otimismo diante dos novos campos de atuação do civilista (Giorgianni). Veja-se, ainda, neste último sentido, Villela (1978).

Existe, portanto, uma estreita relação entre operação econômica (suporte fático) e direito dos contratos (norma jurídica), diante da necessidade do Direito de regular os fatos concretos.

Tipicidade contratual, por exemplo, é tema que está profundamente imbricada com a realidade, pois a cada modelo de operação econômica corresponde, *grosso modo*, um tipo contratual¹³⁵.

A doutrina já destacou que os tipos contratuais são elaborados a partir da imaginação das partes para os negócios¹³⁶. A liberdade de criar novos contratos, fora dos tipos expressamente indicados pelo legislador, presente no sistema jurídico contemporâneo, permite que os interessados criem novas operações econômicas, novos negócios anteriormente não existentes na realidade do mundo¹³⁷.

O mundo dos negócios sofisticou-se imensamente, de sorte que as formas contratuais – e a própria teoria geral dos contratos – precisaram adaptar-se para dar conta dos conflitos gerados pela aplicação de um sistema contratual pensado para uma realidade contratual/econômica neoclássica¹³⁸.

Tal sofisticação negocial foi incorporada pelo ordenamento jurídico a partir da vida dinâmica da economia por meio da liberdade de contratar, que tem um tríptico conteúdo, como já destacamos: possibilidade de contratar ou não, faculdade de escolha do parceiro contratual e determinação, por meio do consenso, do conteúdo do contrato.

O modo de produção muda. Se anteriormente o comum era uma pessoa celebrando com outra um contrato, agora, a complexidade das relações resta marcada, havendo um

¹³⁵ Cf. (ROPPO, 1988, p. 134)

¹³⁶ Cf. (VASCONCELOS, 2002)

¹³⁷ Assim surgem, por exemplo, *leasing*, *factoring*, *underwriting*, entre outros tantos.

¹³⁸ Cf. Macedo Junior (1999, p. 49-50), onde escreve:

“Embora as referências ao intervencionismo estatal e ao surgimento da sociedade de massas sejam freqüentes nos livros de direito brasileiro, a cultura jurídica dominante sobre o direito contratual ainda hoje tende a subestimar ou muitas vezes negligenciar a relevância das transformações econômicas ocorridas neste século, em particular a forma de organização da produção industrial, e seu papel na conformação e estabilização do paradigma contratual hegemônico. Ainda hoje são poucas as análises concretas do significado destas transformações para a teoria contratual. (...). Concluindo, as novas exigências de justiça social e as novas formas de organização do mercado oriundas de sua nova conformação, tendo em vista as mudanças econômicas ocorridas no século XX, notadamente o advento da produção em massa e posteriormente do pós-fordismo e o surgimento da especialização flexível, introduziram novas dimensões e a exigências que passaram a desafiar os princípios contratuais dominantes nas teorias contratuais clássicas e neoclássicas e a racionalidade jurídica neles pressuposta”.

intrincado jogo de contratos recíprocos, que são centralizadas, no plano internacional, por meio de multinacionais e suas filiais e empresas associadas ao redor do globo, coisa que se desconhecia anteriormente¹³⁹.

Mesmo dentro de um Estado nacional, as associações econômicas são uma realidade econômica com importante impacto jurídico¹⁴⁰. Por exemplo, o modo de produção *just in time*¹⁴¹, em que a produção se dá de modo coordenado entre uma empresa responsável pela montagem dos elementos produzidos por diversos fornecedores que muitas vezes se situam geograficamente em um mesmo local¹⁴².

A organização produtiva *just in time* traz vantagens para todas as partes envolvidas. O produtor final, que monta as partes componentes fornecidas pelos diversos participantes, não gasta seu capital com estoques desnecessários¹⁴³, bem como ganha flexibilidade em termos de prazo de entrega, dando-lhe vantagens competitivas nos seus próprios prazos de entrega perante terceiros. Ganha também na confiabilidade da entrega das matérias primas ou partes componentes usadas no seu próprio produto¹⁴⁴.

¹³⁹ Sempre útil a lição de Castells (1999, p. 163), onde escreve: “Cada vez mais, a produção global de bens não é realizada por empresas multinacionais, porém por redes transnacionais de produção, das quais as empresas multinacionais são componentes essenciais, porém componentes que não funcionariam sem o resto da rede”. E continua, na mesma página: “(...) as multinacionais são cada vez mais, redes internas descentralizadas, organizadas em unidades semi-autônomas, segundo os países, os mercados, os métodos e os produtos. Cada uma dessas unidades se liga a outras unidades semi-autônomas de outras multinacionais, na forma de alianças estratégicas *ad hoc*. E cada uma dessas alianças (na verdade redes) é um nó de redes secundárias de pequenas e médias empresas. Essas redes de produção têm uma geografia transnacional, que não é indiferenciada: cada função produtiva encontra local próprio (em termos de recursos, custos, qualidade e acesso ao mercado) e/ou se liga a uma nova empresa da rede que esteja em local apropriado”. O autor vai caracterizar este fenômeno, ainda como “uma teia”, cuja “geometria muda constantemente” (CASTELLS, 1999, p. 164).

¹⁴⁰ Para uma síntese da história da produção e a sua imbricação com o Direito dos contratos, remetemos o leitor para Macedo Junior (1999, p. 97 e seguintes). O autor divide a história da produção em fase manufatureira, fase fordista e fase pós-fordista, cada uma com características próprias.

¹⁴¹ A produção *just in time* é um dos pilares do chamado método Toyota – o outro é a autonomização – ou automação com um toque humano. O grande artífice de seu desenvolvimento assim o explica: “*Just in time* significa que, em um processo de fluxo, as partes corretas necessárias à montagem alcançam a linha de montagem no momento em que são necessários e somente na quantidade necessária. Uma empresa que estabeleça este fluxo integralmente pode chegar ao estoque zero”. Cf. OHNO, Taiichi. **O sistema Toyota de produção – além da produção em larga escala**. Porto Alegre: Bookman, 2004. p. 26.

¹⁴² Cf. Rohe (1998, p. 384), onde anota: “Die just in time-Produktion ist eine spezielle Form arbeitstelligten Zusammenwirkens zwischen einem Endhersteller und Zulieferern. Sie ist gekennzeichnet durch ein hohes Maß an Integrationsbeteiligter, die in standartisierten und auf massenhafte Wiederholung angelegten Abläufen zusammenarbeiten”. Em vernáculo, em versão livre do autor: “A produção *just in time* é uma forma especial de divisão do trabalho envolvendo um responsável pela montagem final e fornecedores. Ela se destaca através de um alto grau de integração entre os seus integrantes, que trabalham com altíssimo grau de padronização e repetição mecânica das suas tarefas”.

¹⁴³ (OHNO, 2004, p. 26)

¹⁴⁴ (ROHE, 1998, p. 385)

Os fornecedores de matérias primas e partes componentes¹⁴⁵, por seu turno, ganham em termos de uma maior segurança de médio prazo no que concerne a garantia de encomendas, possibilitando-lhe um melhor planejamento estratégico, o que reverte em menor risco – já que o trabalho conjunto de todos faz com que a possibilidade de substituição rápida de um fornecedor com o mesmo padrão e especificações seja menor – e, portanto, maior lucratividade. Economiza-se também com políticas de *marketing*¹⁴⁶, que se fazem desnecessárias, assim como gastos com espaços para estoques do fornecedor¹⁴⁷.

O grau de cooperação na produção *just in time* pode variar, desde o desenvolvimento de produtos conjuntamente entre todos os participantes, indo até a simples produção de materiais com todas as especificações previamente dadas, ou simples matérias primas brutas para a sua transformação. A integração espacial dos participantes, isto é, a montagem de uma fábrica do produtor central com todos os seus fornecedores instalados em uma mesma grande planta industrial é muito freqüente na prática – particularmente no setor de automóveis – e ocasiona uma boa economia em transportes¹⁴⁸.

É este tipo de cooperação era inteiramente desconhecido do Direito privado tradicional e necessita de estudo, pois as partes reciprocamente envolvidas, o produtor final e os diversos fornecedores acabam por ter expectativas legítimas nas suas relações mútuas, que devem ser tuteladas. Não parece, à luz do princípio da boa-fé – já adiantando algo a que aludiremos no capítulo III desta tese – que se possa dar idêntico tratamento a um fornecedor qualquer e um dos fornecedores envolvidos em um processo de produção *just in time*, em que vigore uma integração tão profunda que seja geradora de expectativas de lealdade e probidade.

Aliás, lembrando a referência que fizemos na Introdução deste trabalho a repartição de tarefas fica marcada, cada vez mais, pela transparência entre empresas que operam em

¹⁴⁵ Chamadas por OHNO de firmas ou empresas colaboradoras, ressaltando-se o aspecto de parceria entre todos. A Toyota nas origens do sistema, no início dos anos 50, discutiu até mesmo participações com capital, mão de obra e materiais para melhorar o relacionamento com os parceiros. Maior vínculo de colaboração, e não de competição, é difícil de imaginar. Cf. (OHNO, 1998, p. 33).

¹⁴⁶ O tema do *marketing* é muito relevante para o Direito em geral e não só o do consumidor, onde é tradicionalmente tratado no Brasil. O *marketing* tem profundas repercussões jurídicas, na medida em que lida com a concepção, distribuição e colocação no mercado de bens – que podem mesmo ser empresarias – em geral. Não é este, contudo, o local para aprofundarmos nesta temática. Chamando a atenção para inúmeros aspectos relevantes para o sistema jurídico em geral, remetemos o leitor para Santos, F. (2000). A maior parte deste trabalho se centra em questões atinentes ao Direito do consumidor, mas há importantes considerações iniciais de índole geral.

¹⁴⁷ (ROHE, 1998, p. 385-386)

¹⁴⁸ (ROHE, 1998, p. 386-387)

conjunto, gerando-se uma confiança recíproca que pode encontrar tutela jurídica em certos casos a que aludiremos mais à frente.

Duas das grandes questões tratadas na presente tese são justamente: Eventuais perturbações da prestação¹⁴⁹, envolvendo um dos fornecedores, poderão repercutir de algum modo sobre os demais e seus respectivos contratos com o produtor final? E será que há deveres anexos de proteção oponíveis entre os diversos fornecedores, além daqueles já existentes para com o produtor final? Voltaremos a este tema quando tratarmos da eficácia jurídica da coligação negocial.

Mas não só na produção *just in time* a nova realidade econômica, a demandar por soluções jurídicas não encontráveis no paradigma tradicional dos contratos exposto no item 1 deste capítulo, se manifesta. São várias as relações que podem ser configuradas.

Panorama semelhante, só que no plano da comercialização e não da produção, pode ser reproduzido em uma rede de franqueados e uma franqueadora, quando houver um elevado grau de integração entre os participantes¹⁵⁰.

As mesmas partes podem, para dar outro exemplo, celebrar vários contratos para disciplinar a mesma operação econômica, de modo que o resultado final de todos os contratos, do ponto de vista econômico, seja diferente do que é cada um deles. Um exemplo disto, que encontrou importante tratamento em sede de Recurso extraordinário junto ao STF, são os casos de postos de gasolina e os respectivos contratos com as distribuidoras de combustível no Brasil dos anos 60/70¹⁵¹.

Apenas exemplificativamente transcrevemos uma ementa:

¹⁴⁹ Estamos usando o conceito de perturbações da prestação – *Leistungstörung* – de acordo com o seu universo mais amplo adotado após a reforma do Direito das obrigações alemão de 2002. Sobre o tema, remetemos o leitor para o muito citado Emmerich (2003, p. 3 e 14-15). Segundo o autor: “Unter der Begriff der Leistungstörung fällt mithin im Grunde jede Unregelmäßigkeit bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses, die nicht allein in der bloßen Nichterfüllung besteht. Die wichtigsten Erscheinungsformen sind die Unmöglichkeit, der Verzug, das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Culpa in contraendo, c.i.c) und die positive Vertrags- oder besser Forderungsverletzung, jetzt Pflichtverletzung genannt”. (p. 3). Em português, na versão livre do autor: “Sob o conceito de perturbações da prestação enquadra-se, deste modo, em princípio qualquer excepcionalidade no desenvolvimento de uma relação obrigacional, que não se restringem ao simples não cumprimento. As formas mais importantes são a impossibilidade, a mora, a culpa na formação do contrato (*culpa in contraendo*, ou c.i.c.) e a violação positiva do contrato, ou melhor a violação dos exigíveis, agora nomeado violação dos deveres jurídicos contratuais”. cf., ainda sobre este conceito, em português CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. A reforma alemã de 2001/2002. In: _____. **Da modernização do Direito Civil**. coimbra: almedina, 2004. t. 1. p. 67-134, mas particularmente sobre as perturbações da prestação nas p. 97-116. em italiano, diurni, amalia e kindler, peter. *il codice civile tedesco “modernizzato”*. torino: giappichelli Editore, 2004, p. 47 e seguintes. Entre nós há texto que não aborda a generalidade da reforma, mas se propõe a tema altamente parcial, qual seja a proteção ao consumidor. Veja-se (MARQUES, 2002)

¹⁵⁰ Cf. (ROHE, 1998, p. 412 e seguintes)

¹⁵¹ Extremamente bem cuidado em Wald (1976).

Contrato de promessa de compra e venda mercantil ligado a contrato inominado (dito de comodato). Coligação de contratos, em que o primeiro é o principal, e o segundo acessório. Coligação, todavia, que, em face da finalidade econômica dos contratos, se configura como coligação com dependência bilateral, segundo a classificação dos contratos coligados de Ennecerus. Em tais casos, quando o inadimplemento diz respeito à finalidade econômica dessa coligação, aplica-se, apenas a cláusula penal do contrato principal, ou seja, do de promessa de compra e venda mercantil. A cláusula penal do contrato acessório só poderia ser aplicada se, também, tivesse sido cumprida uma de suas obrigações específicas – e portanto, desvinculadas do inadimplemento da função econômica da coligação, como, a título exemplificativo, a recusa da restituição dos equipamentos dados em empréstimo. Recurso extraordinário conhecido e provido em parte. (RExt. 87.629/BA, sendo relator o Sr. Min. Moreira Alves, julgado pela E. 2ª Turma em 25/11/1977).

Ainda, muito freqüente, com tratamento inclusive em sede de Diretiva comunitária para o âmbito da União Européia, são os contratos celebrados em sede de crédito ao consumo¹⁵², em que há uma associação de um fornecedor de produtos e serviços, com um fornecedor de crédito, formando-se uma relação triangular entre consumidor e fornecedores. A indagação que surge é: como fica o contrato de financiamento diante de perturbações na prestação do contrato de fornecimento de outros bens e serviços?

Os casos poderiam se multiplicar, mas estes exemplos bastam para demonstrar irrefutavelmente a atualidade do tema aqui tratado. Apesar disso, não existem, no Direito brasileiro, pelo menos até onde sabemos, obras sistemáticas tratando destes problemas¹⁵³.

Observe-se, porém, que o tema de tese eleito pertence à Teoria geral dos contratos e não especificamente ao Direito do consumidor. Em nossa delimitação temática não levamos em conta, senão acidentalmente, o regime jurídico do CDC, já que uma das partes envolvidas na relação de consumo está em situação de vulnerabilidade¹⁵⁴, ao passo que na presente tese não consideramos assim.

¹⁵² Diretiva 87/102/CEE, com posteriores alterações.

¹⁵³ A bibliografia brasileira sobre o assunto, além de passagens esparsas em alguns livros resume-se a MOREIRA, José Carlos Barbosa. Unidade ou pluralidade de contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 62., n. 448., fev. 1973. p. 61-60. AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Contratos coligados de sublocação de imóvel e franquias comerciais. Aplicabilidade do artigo 21 da Lei 8.245/91. **Revista trimestral de Direito civil**, Rio de Janeiro, n. 8., p. 213-232, out./dez. 2001. WALD, Arnoldo. Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 253., p. 94-104, jan./mar. 1976. Por fim, tratando especificamente de uma questão, LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁵⁴ O tema do conceito de consumidor e de fornecedor e o modo de acesso à relação de consumo é um dos mais apaixonantes do Direito do consumidor. Isto porque as análises doutrinárias mais tradicionais são marcadas por um formalismo excessivo, que tanto é criticado pelos próprios consumeristas. Apesar disto há o hábito recorrente da doutrina de não ir aos fundamentos dos institutos quando se trata de proteção ao fornecedor, ficando-se com uma interpretação meramente gramatical, ao estilo da Escola da Exegese. A presunção absoluta de vulnerabilidade da pessoa natural destinatária final de um produto ou serviço, por exemplo, pode levar a distorções enormes. Faz-se importante crítica aos casos em que “le consommateur ne se situe pas en situation de vulnérabilité ou d’infériorité par rapport au professionnel. Par conséquent, la protection générale et abstraite instruite par le droit de la consommation se révèle injuste, lorsqu’elle vient au secours d’un consommateur qui n’en

Não é que não haja contratos conexos de consumo. Eles existem e têm imensa relevância, mas não podemos nos propor ao seu tratamento por uma questão de tempo. Sem embargo, muito do que dissermos servirá, diante dos fundamentos comuns do Direito privado, para os contratos de consumo.

Mutatis mutandis, como acontece com o controle de cláusulas contratuais, que é outra grande preocupação que este tema dos contratos conexos ocasiona. Afinal, a obtenção de uma causa – em seu sentido bettiano¹⁵⁵, a que aludiremos no próximo capítulo – que transcenda dos contratos individuais, pode ocasionar que haja cláusulas combinadas nos diversos negócios objetivando fraudar a lei. Apesar de não serem vedadas se o ponto de observação é não a coligação, mas sim o contrato individualmente considerado.

O controle de cláusulas contratuais, observe-se, tem como objetivo a manutenção do equilíbrio jurídico entre as partes contratantes, visando a evitar que uma delas se aproveite de sua situação de domínio sobre a outra para obter vantagens desarrazoadas.

Apesar de no Brasil apenas a doutrina consumerista tratar do problema sistematicamente, anote-se que este é um problema geral do direito dos contratos, como, por exemplo, se pode perceber da experiência alemã. Primeiro houve a ampliação do âmbito de aplicação da Lei de Condições gerais dos negócios dos contratos (*Allgemeinen Geschäftsbedingunggesetz* – AGBG). Pelo texto original aplicava-se a Lei aos contratos celebrados entre consumidores e fornecedores (§§ 24 e 24-a da AGBG).

Ocorre que a jurisprudência do BGH (*Bundesgerichtshof*, o Tribunal infraconstitucional alemão que desempenha, *grosso modo*, as funções e nosso STJ) alargou este âmbito de aplicação até atingir a totalidade das relações civis. Assim, a AGBG que se

a, effectivement, nul besoin”. Cf. CHAZAL, Jean-Pascal. *Vulnerabilité et Droit de la consommation*. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnerabilité et Droit**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 261. E remata em outro trecho dizendo que “ces phénomènes sont largement ignores du Droit de la consommation qui privilegie une protection générale et abstraite”. (p. 247). Sobre o conceito de consumidor no Brasil, em perspectiva clássica, remetemos o leitor para as considerações de MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos Contratos no Código de Defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2000. p. 252 e seguintes. Consulte-se, ainda, FILOMENO, José Geraldo Brito. et al. **Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 23 e seguintes. A bibliografia sobre o conceito de consumidor é vasta, não sendo exaustivamente indicada nesta tese. Recomendamos, ainda, a consulta a vários volumes da Revista de Direito do consumidor publicada pela RT, onde há importantes artigos sobre este tema. Seja consentido, ainda, remeter para as nossas considerações com a referência KATAOKA, Eduardo Takemi. Apresentação. In: SAAVEDRA, Thomas. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.13-18.

¹⁵⁵ Ou seja, como função econômico-social do negócio. Cf. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969.t. 1. p. 329 e seguintes, em capítulo já sugestivamente intitulado “A função do negócio jurídico”.

destinava aos contratos de consumo acabou por reger o controle de cláusulas de todos os contratos¹⁵⁶.

Posteriormente, com a Reforma do Direito das obrigações de 2002, acabou-se por incorporar a AGBG ao BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil alemão) para fins de consolidar-se tal posição. O tema está regulado nos §§ 305 a 310 do Texto reformado¹⁵⁷.

Isto demonstra, que o controle de cláusulas contratuais é um tema afeito à Teoria geral dos contratos e não exclusivamente ao Direito das relações de consumo, assim como acontece com o tema dos contratos coligados. No caso do controle de cláusulas contratuais poderíamos dizer que se trata de uma questão de proteção à vulnerabilidade do contratante¹⁵⁸, bem como se trata de uma vedação ao abuso de direito.

O próprio Código civil brasileiro, quando insere normas como a do art. 424 no que se refere aos contratos por adesão e a cláusula geral de boa-fé do art. 422¹⁵⁹ já permite que o intérprete opere um sistema de controle de conteúdo contratual. O mesmo se diga no que se refere às tradicionalíssimas regras jurídicas que vedam o pacto comissório em matéria de garantias reais (art. 1.428)¹⁶⁰, a usura (Decreto 22.623/33 – Lei da Usura)¹⁶¹, a negociação envolvendo a herança de pessoa viva (art. 426)¹⁶², etc. Mostras de que o legislador sempre esteve, por variados motivos, preocupado com o conteúdo dos contratos.

¹⁵⁶ Para um completo panorama do surgimento e desenvolvimento do controle de conteúdo dos contratos no Direito alemão antes da reforma do Direito das obrigações, bem como para uma interessante perspectiva comparada na Europa, remetemos o leitor para o excelente Rizzo (1994).

¹⁵⁷ Cf. Artz e Büllow (2003, p. 139-140), esclarecendo que na regulamentação germânica dos contratos por adesão é possível “Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs”, ou seja, uma ampliação do âmbito pessoal de aplicação para qualquer contrato por adesão, mesmo não sendo celebrado por consumidor e fornecedor.

¹⁵⁸ A vulnerabilidade tem enormes repercussões jurídicas e não só no Direito do consumidor. Nem todo vulnerável será (formalmente falando por subsumir-se a sua situação ao conceito abstrato) consumidor e nem todo consumidor vulnerável. Importantes reflexões sobre a vulnerabilidade estão na coletânea COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnerabilité et Droit**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.. Repare-se que aí encontramos reflexões sobre a vulnerabilidade e o seu papel em vários ramos do direito (por exemplo, penal, administrativo, etc.).

¹⁵⁹ Um dos efeitos da boa-fé é justamente o de retirar a eficácia situações jurídicas desconformes com um comportamento leal e honesto. Cf., por todos, Cordeiro, António (1997, p. 651 e seguintes). O autor destaca, interessantemente, em trecho mais à frente que o próprio reconhecimento de um controle de cláusulas contratuais pelo juiz fundado na boa-fé já demonstra um abandono do paradigma voluntarista em sua máxima pureza no campo do Direito dos contratos. No mesmo sentido o importante livro de FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 32.

¹⁶⁰ Visando a evitar o enriquecimento sem causa. Cf., por todos, SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. t. 10. p. 90 e ss.

¹⁶¹ Sobre o tema da usura no Direito brasileiro, veja-se a síntese histórica em Jansen (2002). O fundamento para a vedação da usura é, antes de mais nada, moral e inspirado na doutrina católica. Interessantemente, mostrando o sentido da aceitação dos juros, veja-se, ainda, Weber (2001, p. 47 e ss.)

¹⁶² A vedação à negociação de herança de pessoa viva tem um sentido também moral. Visa a evitar que haja desejos pouco recomendáveis entre as pessoas.

Ora, nos contratos coligados é importante a determinação do conteúdo da coligação, que transcende ao conteúdo de cada um dos contratos. A este tema retornaremos, contudo, no próximo capítulo.

Fica perceptível das observações que fizemos até aqui que a economia mudou, assim como a inspiração doutrinária para o tratamento dos temas de Direito civil, considerando a edição das grandes codificações como marco inicial. Da autonomia da vontade em seu grau máximo parte-se para um sistema inspirado na boa-fé, por um lado. E por outro as estruturas econômicas mudaram profundamente, superando-se o modelo de capitalismo nascente para um modelo pós-industrial.

Mostraremos no próximo tópico como o sistema de contratos, com a sua grande dicotomia – contratos típicos e contratos atípicos – não mais consegue dar conta da realidade econômica, preparando os desenvolvimentos do capítulo II desta tese.

1.5 A insuficiência da teoria contratual tradicional na rede de contratos

Como destacamos até aqui, o Direito nasce dos fatos e a eles precisa adequar-se.

Com esta categoria “contrato” o Direito procura regular a circulação de bens entre vivos realizadas sob o signo da autonomia privada¹⁶³. Instituto, portanto, extremamente dinâmico diante da criatividade dos atores do tráfego econômico autorizados, por meio da liberdade de contratar, a criar novos negócios a todo tempo.

A atipicidade contratual – *rectius* a possibilidade de realizar negócios não previstos em lei – protege o interesse fundamental da livre iniciativa econômica¹⁶⁴. A criatividade dos agentes gera novos bens passíveis de serem objeto de contratação¹⁶⁵.

Ocorre que tais bens podem ser tão diferentes daqueles existentes à época da formação da teoria geral dos contratos, que esta passa a ser insuficiente para dar conta das relações surgidas. A estrutura econômica do século XIX baseava-se em trocas instantâneas ou, no máximo, de curta duração.

Isto provocou uma necessidade nova no que concerne ao modo de estruturar a teoria contratual. Os fatos revoltaram-se contra o Direito, para parafrasear autor célebre. Novas

¹⁶³ O que parece assente na doutrina de modo geral, pela própria definição de contrato comumente encontrada.

¹⁶⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125 e seguintes.

¹⁶⁵ Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, *passim*.

regulações jurídicas surgem em todo momento para dar conta deste novo rol de problemas que derivam da realidade prática. O direito do consumidor é um exemplo claro: da massificação das relações no mundo do comércio surge a necessidade de proteção do ente mais vulnerável da cadeia econômica¹⁶⁶.

A intervenção estatal nas locações também: a urbanização da sociedade faz com que os problemas de déficit habitacional passem a estar na ordem do dia do legislador, que intervém para regular este mercado.

O mesmo se diga no que concerne aos contratos celebrados por meios eletrônicos, em que a intervenção legislativa se faz cada vez mais necessária diante da insuficiência do instrumental tradicional para lidar com a nova matriz tecnológica¹⁶⁷.

O aparecimento de novos bens que são objeto de contratos faz aparecer os contratos relacionais (chamados por parte da doutrina de cativos de longa duração): estes negócios jurídicos têm a peculiaridade de alongarem-se por longuíssimos períodos de tempo, ou estarem sujeitos a algum tipo de incerteza, de sorte que o seu conteúdo não é exclusivamente regulador dos direitos e deveres das partes, mas em grande medida programático e constitucional, na medida em que há disposições para os modos de renegociação permanente das condições de contratação diante das mutações fáticas¹⁶⁸.

A doutrina em torno dos contratos coligados é uma resposta a um novo modo de estruturar as operações econômicas. As práticas dos atores do tráfego contratual mudaram radicalmente. De contratos isolados e relativamente enxutos em seu clausulado, passou-se a uma prática de vários contratos todos dirigindo-se à estruturação da mesma operação econômica, de clausulado mais longo.

A doutrina tradicional do Direito dos contratos sempre operou com a liberdade de contratar, como já tivemos oportunidade de mostrar. E isto implicava operar com a atipicidade contratual, já que desta forma torna-se possível aos operadores do tráfego jurídico, entre outras coisas, determinarem que cláusulas regerão as suas condições.

O modelo contratual tradicional operava, portanto, com a dicotomia entre contratos típicos e atípicos para resolver todos os problemas atinentes à determinação do regime jurídico aplicável a cada um dos contratos em concreto. Ou bem o contrato era típico e,

¹⁶⁶ Cf., por todos, DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 46 e ss.

¹⁶⁷ A bibliografia é muito vasta. Por todos, Ascensão (2001, p. 83-104).

¹⁶⁸ Cf., além do já citado MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais...**, MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. Citado anteriormente. Repare-se que as categorias contrato cativo de longa duração e contrato relacional aproximam-se enormemente, mas não se confundem.

portanto, tinha a respectiva regulamentação prevista em lei, ou bem era atípico e dependia de cláusulas contratuais ou mesmo de aplicação analógica da lei para a obtenção do conjunto de normas abstratas que regeriam a situação¹⁶⁹.

Algumas observações devem ser feitas no que concerne a este modelo. Em primeiro lugar, o fato de que há poucos contratos completamente típicos, assim como poucos contratos inteiramente atípicos. Esta classificação, tal como estudada na Teoria Geral dos Contratos, induz muitas vezes o aluno a erro¹⁷⁰. Isto porquê, faz com que se acredite que as valências tipicidade e atipicidade podem ser avaliadas por meio de uma lógica binária, de sim ou não¹⁷¹. Em verdade a tipicidade e atipicidade dos contratos só pode ser entendida por meio da lógica *fuzzy*, que trata os casos em termos de mais ou menos semelhante.

Este tipo de lógica, ao contrário da matemática, opera, assim, com grandezas de semelhança e não de exclusão. O exemplo do contrato de compra e venda é significativo e bem ilustra o que queremos dizer. A compra e venda completamente típica prevista no Código civil abrange as garantias contra os vícios redibitórios e contra a evicção. Contudo, é possível às partes acordar que tais garantias serão excluídas de determinado negócio jurídico. Assim sendo, os contratos em que se ajuntaram tais pactos, apesar de preservarem a sua qualificação como compra e venda, não correspondem integralmente ao contrato de compra e venda previsto pelo legislador.

Sob a égide do Código civil de 1916, por exemplo, em terras brasileiras, tornou-se hábito negocial recorrente afastar o assim chamado “benefício de ordem” em caso de fiança. Tal benefício, contido no art. 1.491 do antigo Código, queria significar ser a obrigação oriunda do contrato subsidiária para o fiador. A prática dirigia-se em sentido diverso, pois por força de cláusula contratual modificava-se a fiança legal para tornar o fiador um devedor

¹⁶⁹ Por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

¹⁷⁰ Por exemplo, Diniz (2002, p. 93-96), onde faz transparece o que ora queremos demonstrar.

¹⁷¹ Ou seja, através da lógica matemática. Vejamos: “Como qualquer área do conhecimento, a lógica matemática também assenta-se em princípios, a partir dos quais se estrutura, vertendo estes princípios à simbólica matemática. Tais princípios são os clássicos: *princípio de não-contradição* – o que é, enquanto é, não pode não ser – que na sua aplicação à lógica matemática recebe a seguinte formulação: uma proposição não pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo. *Princípio do terceiro termo excluído* – entre o ser e o não ser não há meio termo, que na sua aplicação desdobra-se da seguinte maneira: toda proposição ou é verdadeira ou é falsa, isto é, verifica-se sempre um destes casos e nunca um terceiro. Em função destes princípios pode-se constatar que tal lógica é essencialmente binária, o que quer dizer que uma proposição terá apenas um dos dois valores possíveis: será verdadeira ou falsa”. Cf. BASTOS, Cleverson; KELLER, Vicente. **Aprendendo lógica**. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 89-90.

solidário. A fiança ainda se qualificava como tal, porém, afastava-se do modelo previsto pelo legislador¹⁷². O novo Código civil contempla regra equivalente.

Por sinal, neste passo, deve-se introduzir uma noção da mais alta relevância para a questão da tipicidade contratual. A tipicidade dos contratos pode ser legal, social ou jurisprudencial. A tipicidade legal refere-se ao contrato *tal como previsto pelo legislador*. A fiança, por exemplo, é um contrato, em sua tipicidade legal, em que o fiador responde de modo subsidiário.

Por outro lado, a tipicidade social toca *àquilo que as pessoas efetivamente fazem na prática*. Ou seja, ainda usando o exemplo da fiança, na sua tipicidade social o contrato induz a solidariedade entre devedor principal e fiador. A fiança socialmente típica é solidária e não subsidiária no que concerne a garantido e garantidor. A doutrina¹⁷³ fixa como requisitos para o aparecimento de um tipo social a repetição reiterada de situações, o reconhecimento no sentido de que todas estas situações pertencem a uma hipótese comum e, por último, o tratamento vinculante dado por todos àquela prática. Outro exemplo de tipicidade social referido pela doutrina é a do contrato de *engineering*¹⁷⁴.

Por fim a tipicidade jurisprudencial, construída a partir das decisões judiciais, permitindo-se verificar qual é o regime jurídico dado a determinado tipo contratual pelos tribunais. Assim, por exemplo, há uma vedação nos contratos de plano de saúde, celebrados antes da vigência da Lei 9.656/98, de limitar o tempo de internação. Tal vedação contraria os princípios do contrato de seguro, aplicáveis plenamente ao plano de saúde neste particular em nossa opinião, mas foi adotada generalizadamente pela jurisprudência. Ora, quem quer que seja titular de um contrato de seguro saúde nestas condições sabe que a jurisprudência tenderá a tratar de modo idêntico quaisquer hipóteses submetidas à sua apreciação. Assim sendo, integra, de fato, a regulamentação jurídica do respectivo tipo¹⁷⁵.

¹⁷² Conforme informa Venosa (2003, p. 429-430).

¹⁷³ (VASCONCELOS, 2002, p.. 60-61)

¹⁷⁴ O contrato de *engineering* é contrato de engenharia civil em grandes obras – particularmente aquelas dos anos 70, quando se fizeram as grandes hidrelétricas, pontes, aeroportos e portos brasileiros –, que seguem padrões algo diversos da empreitada normal, bem como dos demais contratos de construção comumente celebrados. Uma peculiaridade sobre o contrato de empreitada, por exemplo, é a chamada cláusula *turn key*, que designa a situação em que a obra é entregue com todos os equipamentos instalados e pronta para funcionar imediatamente. Engloba-se, igualmente, a consultoria sobre aspectos técnicos que tenham passado despercebidos e assim sucessivamente. Sobre o tema, cf. SILVA, Clóvis do Couto e. O contrato de engineering. In: FRADERA, Vera Maria Jacob. **O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 115-135.

¹⁷⁵ Isto coloca, diga-se de passagem, uma interessante possibilidade de reflexão sobre um velho tema: a jurisprudência como fonte do Direito. Não é este, contudo, o lugar para abordar a temática por fugir do objetivo desta tese.

Um segundo aspecto que devemos destacar é o decréscimo na importância da lei como fonte de regulamentação nos contratos mais complexos. Isto se explica em face da postura na redação do instrumento contratual.

Segundo a doutrina, há dois tipos de modelos técnicos para a redação dos instrumentos contratuais. Um primeiro modelo é o chamado europeu. Neste as partes propositadamente são lacônicas nas suas cláusulas, não prevendo minuciosamente todas as possibilidades de situações que imaginam possa ocorrer. A solução para as lacunas repousa na própria lei e não na autonomia privada. Isto resultado do laconismo das disposições contratuais.

Um segundo modelo técnico redacional é o americano, ou anglo-saxão. Por este, que é muito utilizado na prática negocial dos dias atuais, as partes procuram detalhar ao máximo todas as hipóteses de fato que consigam imaginar, prevendo as conseqüências jurídicas de sua materialização¹⁷⁶.

Este segundo modelo tem sido usado largamente no mundo dos negócios, pois permite a circulação internacional dos contratos em toda a sua plenitude. Dizer que a economia internacionalizou-se de modo acentuado ao longo do século XX chega a ser um truísmo. Ora, parte da mundialização refere-se ao aproveitamento de esquemas negociais em países diferentes daqueles em que foram concebidos.

A timidez dos judiciários locais faz com que os modelos internacionalmente aceitos também o sejam em diversos países sem maiores considerações de fundo no que concerne à compatibilidade daqueles tipos com o ordenamento jurídico local. O grande detalhamento dos instrumentos também contribui para a desejada uniformidade internacional dos contratos para as multinacionais. A uniformidade, como já destacou largamente a doutrina especializada no tratamento dos contratos por adesão¹⁷⁷, é uma forma de racionalização das relações a provocar economias de escala.

As redes são organizadas de modo racional, pois visam a produzir melhoras na produção. O produtor que reúne os seus fornecedores em uma ordem *just in time*, ou o franqueador que organiza os seus franqueados, obviamente o faz de modo ordenado¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Sobre os modelos técnicos de redação contratual e a circulação internacional dos tipos contratuais, Cf. CORAPI, Diego; TORINO, Raffaele. *Evoluzione dei sistemi economici e nuovi modelli contrattuali*. In: CENDON, Paolo. **I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale**. Torino: UTET, 2004. t. 1. p. 25-47.

¹⁷⁷ Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 32. Também, MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002. p. 64-65, onde cuida das vantagens e perigos dos contratos por adesão. *Last but not least* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2001. p. 101.

¹⁷⁸ Cf. CASTELANS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, *passim*.

A analogia entre os contratos por adesão e os contratos coligados é interessante, pois tanto um, quanto o outro, são modos de realizar contratos. O contrato por adesão não é um tipo contratual, mas sim um modo de celebrar velhos e novos tipos contratuais – compra e venda, locação, prestação de serviços, etc.

Não essencialmente, do mesmo modo, os contratos coligados estão associados a novos tipos contratuais, podendo ser utilizados para celebrar *quaisquer tipos de contrato*. É possível, por outro lado, celebrar contratos por adesão coligados entre si, como é o caso, a que aludiremos no capítulo III da presente tese, do financiamento ao consumo, nas condições previstas na respectiva Diretiva europeia e individuais transposições para os diversos direitos nacionais.

Parece, portanto, lícito dizer que o esquema doutrinário da tipicidade e atipicidade contratual não está apto a dar conta dos problemas relativos à coligação contratual. Esta classificação foi pensada para resolver as questões relativas a um contrato isoladamente, compreendido no seu atomismo obrigacional e não inserido na complexidade econômica resultante da pluralidade contratual.

Diante de tamanhas mudanças fáticas e de pano de fundo jurídico, faz-se necessário tentar uma dogmatização dos contratos coligados, sob um ponto de vista científico e não meramente formal. A isto nos dedicaremos nos próximos capítulos.

2 A COLIGAÇÃO VOLUNTÁRIA

Na sistemática jurídica, as condições são dos expedientes mais eficientes da *autonomia privada*; se a condição se concebe sem essa autonomia deixou de ser condição para ser *conditio iuris*: faz parte do suporte fático ‘legal’. Acomodam, ajustam, adaptam os atos jurídicos à necessidade humana de pensar em que certos fatos se podem dar, ou podem deixar de dar-se. A imprevisibilidade mesma do futuro torna-as necessárias à atividade inter-humana.

*Francisco Pontes de Miranda*¹⁷⁹

2.1 A coligação voluntária: aspectos gerais

A coligação negocial é um resultado da incidência de uma entre três possibilidades. A lei pode determinar que um contrato produza imissões em outro, em primeiro lugar. Em segundo lugar, as partes podem assim confiar e em função disso ter uma legítima expectativa, ainda que não reste expressa no clausulado contratual¹⁸⁰. Por último, e é disto que nos ocuparemos agora, as partes podem regular os seus interesses por meio de estipulações contratuais que estabeleçam este tipo de eficácia jurídica. É precisamente isto que queremos demonstrar nesta tese de doutorado.

Em estreita síntese, as cláusulas de coligação voluntária são aquelas em que se estipula que os acontecimentos de um contrato produzirão efeitos sobre outro(s)¹⁸¹.

Quais são os acontecimentos que produzirão eficácia jurídica, bem como quais os efeitos produzidos são questões fixadas pelas próprias partes no bojo do contrato, em particular na cláusula de coligação.

¹⁷⁹ MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. São Paulo: Borsóí, 1955. p. 105. Itálicos no original.

¹⁸⁰ Trataremos estas duas primeiras hipóteses sob o *nomen juris* de coligação necessária. Optamos por reunir estas duas modalidades sob o mesmo signo, pois ambas decorrem em última análise do ordenamento jurídico e não do exercício de autonomia privada. Seja consentida a digressão, para afirmar que evidentemente não estamos a dizer que a autonomia privada isoladamente produz efeitos jurídicos, o que depende da intermediação do ordenamento jurídico. Sem embargo da força social do negócio jurídico. Sobre este último ponto, confira-se Azevedo, Antônio (2004, p. 38-54). Veja-se também, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo: [s.n.], 1986. p. 3-9.

¹⁸¹ Partindo da noção de coligação negocial que já destacamos no capítulo anterior, como sendo a situação em que um contrato produz interferência em outro, ou todos o fazem reciprocamente.

Frise-se, entretanto, que o aspecto dispositivo do contrato só pode ser descoberto a partir de sua interpretação integral e não de uma só de suas cláusulas¹⁸².

A interpretação contratual deve, à semelhança do que acontece com a legal, levar em conta o sistema do contrato e não apenas o que ficou expresso em uma das suas cláusulas. A interpretação gramatical também não é a melhor que existe, apesar de certamente ter um papel importante como ponto de partida para a descoberta da carga dispositiva contratual¹⁸³. Isto é, não é somente a partir da mera leitura do contrato e de uma aplicação lingüística de suas cláusulas que se descobre o conjunto de direitos, deveres, pretensões, ações, etc que decorrem de seu caráter obrigatório¹⁸⁴.

A doutrina¹⁸⁵ vai fundar, por vezes, a própria coligação contratual em uma idéia de sistema¹⁸⁶. Ocorrerá a coligação toda a vez que as operações econômicas forem dotadas de unidade e ordem como sói acontecer em todo sistema.

¹⁸² O tema da interpretação contratual é um dos mais complexos que há na teoria geral do contrato. Digamos apenas que a atividade de interpretação contratual tem como objetivo descobrir quais são os direitos e deveres recíprocos resultantes do contrato a partir dos possíveis significados semânticos que restaram expressos na forma. Ao lado da interpretação dos contratos, há outro procedimento, que é o de integração do mesmo, que visa a colmatar lacunas nas suas disposições. Não é, contudo, objeto de nossa tese esgotar o tema da interpretação e integração do contrato. Remetemos o leitor para uma sintética bibliografia, em que poderão ser encontradas ulteriores referências. Esta divisão, estamos cientes da crítica certeira de Rodotà, não pretende afirmar um domínio exclusivo da auto-integração contratual em matéria de interpretação. Os contratos devem efetivamente ser interpretados à luz de alguns instrumentos típicos da integração contratual, como a boa-fé, a confiança e a tutela do equilíbrio econômico-financeiro. Por sinal, em nosso tema de tese é fundamental, para justificar a eficácia jurídica da coligação contratual que, de modo geral, se supere o esquema de auto-integração contratual. Cf. RODOTÀ, Stefano. **Le fonte di integrazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 2004. O clássico BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1949. RIZZO, Vito. **Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole**. Napoli: ESI, 1996. Para uma definição de auto e hetero-integração, remetemos o leitor para CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do Direito**. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1942. p. 174 e seguintes. Falaremos brevemente dos métodos de interpretação dos negócios jurídicos – e conseqüentemente dos contratos – em momento posterior.

¹⁸³ Assim como acontece com a lei. A este propósito, seminais as considerações de Larenz (1997, p. 450), onde remata: “Toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal. Por tal entendemos o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras de uso lingüístico geral ou, no caso de que seja possível constatar tal uso, no uso lingüístico especial do falante concreto (...)”. Note-se que a linguagem é o ponto de partida, mas não o de chegada, da interpretação da lei, ou do negócio jurídico.

¹⁸⁴ Cf. (RODOTÁ, 2004)

¹⁸⁵ Por todos, LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

¹⁸⁶ Sobre a questão do sistema na Jurisprudência, que não podemos analisar no âmbito da presente tese, remetemos o leitor para a seguinte bibliografia, contendo ulteriores indicações. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. CARACCILO, Ricardo. **La noción de sistema en la teoría del Derecho**. México: Fontamara, 1999. MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo Eugenio. **Orden jurídico y sistema jurídico**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. Por fim, com uma perspectiva diferente de sistema, mas também importante, TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. Deixamos aqui de referir à tópica propositadamente, pois em Canaris (1996) já há considerações a respeito desta vertente metodológica.

Um sistema, dentro do campo que nos interessa, vai se caracterizar, quando houver uma pluralidade de elementos dotados de unidade e ordem. Por unidade¹⁸⁷ entende-se a recondução de todos os elementos componentes do sistema a um valor comum, que no caso da Ciência do Direito é a idéia de justiça¹⁸⁸. E por ordem, entende-se que estes diversos elementos componentes podem encontrar algum tipo de arrumação de um ponto de vista orgânico¹⁸⁹.

Os valores e princípios que compõem a base do sistema jurídico devem poder sair de seu isolamento aparente e articular-se entre si de forma a auto-limitar-se racionalmente.

Em matéria de coligação contratual, os diversos contratos devem poder ser reconduzidos a uma unidade, que neste caso é econômica. Os vários contratos integram uma mesma operação econômica unitária.

E, do ponto de vista do segundo elemento caracterizador de um sistema, os diversos elementos componentes, que neste caso são os vários contratos, devem, também, ser ordenados¹⁹⁰. Ou seja, devem poder fundar uma causa supercontratual¹⁹¹. Cada contrato desempenha uma função integrada, assim como cada engrenagem o faz em uma máquina. O conjunto de contratos não é um acaso, mas sim uma série cuidadosamente arquitetada visando à obtenção de uma finalidade econômica.

É preciso que as partes possam atingir um objetivo comum que supere os simplesmente alcançáveis por meio do somatório dos contratos individuais. É necessário que

¹⁸⁷ Sobre a unidade do ordenamento jurídico com importantes considerações históricas, remetemos o leitor para Baldus (1995). Com efeito, o autor procura mostrar que a idéia de unidade do ordenamento jurídico data historicamente da Escola do Direito natural moderno, tendo encontrado algumas justificações no Direito privado desde então. Em primeiro lugar, a partir do Direito natural (Feuerbach e Zacharie, por exemplo). Depois por meio de um código, que unificaria a totalidade do Direito (Thibaut). Ainda se fundou no espírito do povo (o *Volksgeist* de Savigny e Puchta). Posteriormente por meio de uma série de conceitos genéricos de teoria geral do Direito que permitiam abstrações que unificassem o tratamento jurídico (Merkel). Dentro de cada uma destas posições, há outras intermediárias e ainda outras ecléticas. Não é nosso objetivo esgotar a unidade do ordenamento jurídico aqui. Apenas indicamos, ainda, para o Direito medieval e a pluralidade de ordenamentos paralelos, Berman (1997).

¹⁸⁸ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito**. 1996. p. 75.

¹⁸⁹ (Canaris, 1996, p. 76 e ss.)

¹⁹⁰ Sobre a ordem, além do livro já indicado de Canaris, veja-se Saldanha (1992), com largas considerações. Na realidade o livro de Nelson Saldanha, apesar de conter no seu título a expressão hermenêutica trata fundamentalmente da ordem.

¹⁹¹ Retornaremos à idéia de causa supercontratual em alguns momentos desta tese. Por ora, digamos apenas que causa do contrato quer designar, na linha de Emílio Betti, função econômico social deste contrato – ou, no caso da coligação, do conjunto de contratos. Cf. sinteticamente sobre as diversas divergências doutrinárias no que concerne ao conceito de causa na teoria do negócio jurídico, Tepedino, M. (1990, p. 34-61).

cada contrato desempenhe uma função própria, mas que o conjunto seja mais do que o somatório.

Temos como excelente exemplo o contrato de franquia. Quanto maior a rede franqueada, até o limite em que as lojas não compitam entre si, melhor para o franqueador e os franqueados, pois maior será a penetração dos produtos e serviços distribuídos no mercado de consumo. A rede de franqueados gera uma sinergia positiva, que faz com que o conjunto de contratos seja benéfico para todos. Isto para não falar na produção *just in time*, ou no *project finance* que mencionamos no corpo desta tese.

Esta perspectiva meramente econômico-sistemática desvia-se, contudo, de algo que é fundamental: para a produção de efeitos jurídicos é necessária a intermediação do ordenamento jurídico.

E isto é particularmente visível nos casos de coligação voluntária. Não existe qualquer necessidade de unidade econômica e ordem no sentido da obtenção de uma função supercontratual para que se caracterize a coligação. Basta a autonomia privada das partes, inserindo uma condição, no sentido da parte geral do direito civil, para que a coligação se produza¹⁹².

A coligação voluntária, já destacamos anteriormente, é uma expressão da liberdade de contratar. As partes podem, por força deste princípio, determinar se desejam contratar, com quem contratar, bem como *determinar o conteúdo do contrato*. Este último aspecto releva para o ponto que ora tratamos.

Como as partes podem regular os seus interesses, nada impede a fixação de condições em seus contratos que ocasionem a interferência de um em outro, de sorte que a coligação voluntária figura como expressão possível da autonomia privada.

A relatividade das convenções¹⁹³, que é flexibilizada na coligação contratual, é estabelecida, como já vimos, em benefício das partes, que não podem ser privadas de seus

¹⁹² Parece-nos que na prática apenas as condições sejam utilizáveis para a coligação, apesar de que em abstrato o termo também poderia ser usado. Não vislumbramos, entretanto, nenhum caso prático de termo que possa provocar a coligação, apesar de não repugnarmos a idéia em abstrato.

¹⁹³ Que, por sinal, tem um sabor mais de axioma do que propriamente de uma elaboração doutrinária, como já destacou parcela importante da doutrina. Cf. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 619 e ss., onde escreve:

Adivinha-se, na origem de um contrato com eficácia protectora de terceiros, a quebra do chamado princípio do contrato pelo qual, do convénio entre partes determinadas, não poderia advir ação alguma contra terceiros ou a seu favor. Na erosão desse princípio – que correspondeu sempre, aliás, mais a um postulado central de tipo axiomático, do que uma expressão dogmática efetiva, ditadas por necessidades jurídicas pensadas – foram decisivos, no espaço alemão, o instituto do

bens na ordem negocial sem que tenham participado dos atos tendentes a tanto¹⁹⁴. Terceiros, em geral, não podem ser atingidos por negócios *inter alius*.

O que dizemos não é, contudo, absoluto, pois os negócios podem, em alguns sistemas em maior grau e em outros em menor, provocar interferências nas situações alheias¹⁹⁵.

Mais até do que isto, na doutrina francesa contemporânea, afirma-se que a qualidade de terceiro é algo de construído e não mais unitário. A imbricação de relações contratuais derivadas da sofisticação da vida social atual gera mesmo a necessidade de produções de efeitos contratuais para “terceiros”, ou seja não participantes do ato jurídico¹⁹⁶.

Exemplo eloqüente de diferenças na produção jurídica de conseqüências perante terceiros é o sistema de transferência da propriedade privada¹⁹⁷. Há países onde a translação do domínio se faz pelo simples acordo de vontades, como é o caso do Direito francês.

Em outros são necessários dois negócios distintos. Um obrigacional e outro para a transferência da propriedade, como é o caso do Direito alemão. Este sistema ainda tem uma importante peculiaridade, que é o fato do segundo negócio ser submetido ao princípio da abstração¹⁹⁸. Ou seja, não importa que o negócio obrigacional seja inválido, invalidado ou ineficaz. Se o segundo negócio for válido e eficaz não sofre qualquer das vicissitudes dos negócios jurídicos que lhe deram causa.

Por último, o sistema de transmissão da propriedade no Direito brasileiro, que é uma combinação dos dois anteriores, pois se exige uma *causa* e um *modo*. Causa tem um sentido de um título justificativo e o modo uma providência publicitária complementar.

A “causa” mais tradicional para a transmissão negocial da propriedade é o contrato¹⁹⁹.

Ao lado dos atos jurídicos causais²⁰⁰, cuja eficácia depende do exame de sua validade material, há os atos jurídicos abstratos, em que a sua eficácia produz-se independentemente do exame de seu conteúdo, mas simplesmente de aspectos formais.

contrato a favor de terceiros e, mais tarde, o repensar do sistema jurídico-privado, dinamizado em torno da boa-fé. (CORDEIRO, 1997)

¹⁹⁴ Já citamos a este propósito o *Diritto Privato* de Galgano.

¹⁹⁵ Considerações importantes a este respeito podem ser encontradas em Goutal (1981, p. 33 e ss.). Deve-se tomar, por outro lado, muito cuidado com o uso da doutrina francesa no que concerne à questão relatividade do contrato e sua correlação com o sistema de transmissão da propriedade, diante da peculiaridade do sistema francês em face do brasileiro. O contrato, em França, transmite a propriedade, ao contrário do que acontece no Brasil.

¹⁹⁶ Cf. SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. **Le tiers à l'acte juridique**. LGDJ: Paris, 2000. p. 8.

¹⁹⁷ Seguimos aqui de perto as considerações desenvolvidas na tese clássica de Rocha (1958).

¹⁹⁸ Sobre o *Abstraktionsprinzip* e o seu par o *Trennungsprinzip*, confira-se Medicus (1997, p. 91 e ss.)

¹⁹⁹ Veja-se, ainda, na doutrina portuguesa, Cristas e Gouveia (2001, p. 15-137).

Um exemplo disto tem-se em algumas modalidades de títulos de crédito quando transmitidos para terceiros²⁰¹. O devedor não pode alegar contra o terceiro endossatário eventuais invalidades decorrentes do negócio base.

O modo adequado à transferência da propriedade – ou para falar mais amplamente para a constituição de qualquer direito real – depende fundamentalmente de que bem se está falando. Normalmente a tradição para os bens móveis e a transcrição para os imóveis, apesar disto não ser uma regra absoluta, se considerarmos a aquisição da propriedade como um todo²⁰².

O sistema brasileiro, ao contrário daquele alemão, concede ao eventual proprietário prejudicado com a alienação *a non domino* a ação reivindicatória. Uma vez invalidado, ou ineficaz o título, automaticamente cessam os efeitos do *modus*, de sorte que a devolução faz-se compulsória.

Uma importante exceção a este princípio, adotando a norma jurídica que consagra o fato de que a posse dos móveis vale título do Direito francês²⁰³, foi incluída, em nosso

²⁰⁰ Usamos aqui a categoria do ato jurídico, que é mais ampla do que a do negócio jurídico, em função de certas hipóteses em que opera a abstração qualificarem-se como atos jurídicos em sentido estrito, na classificação ponteano (ou atos jurídicos lícitos na dicção do art. 185 do CC/02, que são categorias correspondentes). Cf., sobre o tema, MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. p. 3 e seguintes. Exemplo de ato jurídico em sentido estrito é o reconhecimento voluntário de paternidade. Veja-se, ainda, a este propósito, Villela (1982, p. 251-266).

²⁰¹ Sobre a relativa abstração no Direito brasileiro dos títulos de crédito, significando que muitas vezes o crédito que nele se incorpora desliga-se de sua causa, ou seja, a relação jurídica que o origina, complementando a independência, o clássico Borges, J. (1976, p. 16-17). Ainda sobre o endosso, bem como sobre as possibilidades de defesa do devedor, na mesma obra, p. 73, onde destaca que o endosso se submete a duas normas fundamentais: “a) a inoponibilidade ao endossatário das exceções pessoais do devedor contra o tomador e anteriores endossatários” e “b) a responsabilidade do endossador pelo pagamento da soma cambial”.

²⁰² Já que há meios não negociais de aquisição da propriedade, como o caso do usucapião, acessão (em suas vertentes imóvel e móvel), etc. Para um panorama completo da aquisição da propriedade remetemos o leitor, por todos, para a clássica obra de Pereira (1924, p. 88 e ss.). É de se destacar, também, Santos, J. (1956, p. 324 e ss.) no que concerne à aquisição da propriedade imóvel. No que se refere à propriedade móvel, consulte-se Santos, J. (1958, p. 210 e ss.) Especificamente, para uma abordagem contemporânea, ainda que antes do novo Código civil da usucapião, confira-se SALLES (1999). Mais recentemente, Viana (2003, p. 71 e ss. (aquisição da propriedade imóvel) e p. 167 e ss. (aquisição da propriedade móvel)).

²⁰³ Destaca a doutrina francesa que os fundamentos desta regra são: a) a necessidade do comércio dos móveis que não permitem uma investigação detalhada da titularidade do bem; b) quando acontece de ser o proprietário que voluntariamente cede a posse do seu bem a alguém e este maliciosamente o cede a um terceiro, o proprietário escolheu mal e deve suportar os malefícios desta escolha; c) quando, diferentemente, o proprietário é desapossado contra a sua vontade, é a segurança nas transações que entra em cena como fundamento da regra. É bem verdade que esta regra comporta exceções, mas ela “confère une sécurité presque totale au possesseur. Comme il est exceptionnel qu’un meuble a été volé ou perdu, l’acquéreur a la quasi-certitude de ne pas être exposé à une action en revendication”. Cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. et al. **Leçons de Droit civil**. Deuxième volume. Paris: Montchrestien, 1994. t. 2. p. 269 e seguintes. Citação retirada da pág. 270.

Excetua-se da incidência da regra a situação aludida no item b) do parágrafo anterior. A reivindicação é possível neste caso, mas o reivindicante precisa indenizar o prejudicado com o valor do preço pago. O prazo decadencial é de 2 anos para fazê-lo, depois do que não mais cabível a reivindicatória. Há outras exceções, como é o caso do

Ordenamento jurídico por meio do art. 1.268, *in fine* do Código civil de 2002. Neste caso, o antigo proprietário terá uma ação fundada no enriquecimento sem causa contra o alienante. Esta uma aplicação da abstração da translação do domínio em nosso sistema.

Por sinal, justamente em função desta necessidade de existência de uma causa justificativa para o *modus* translativo do domínio, é interessante destacar que o enriquecimento sem causa como fonte obrigacional tem um papel muito maior a desempenhar no sistema alemão do que no brasileiro. Aliás, nos sistemas onde vigora a abstração o enriquecimento sem causa tem um papel de destaque²⁰⁴.

Em estreita síntese, a produção de eficácia jurídica de negócios perante terceiros depende, portanto, em geral²⁰⁵, de uma providência publicitária, para que todos os interessados saibam que determinado negócio se deu e pode afetá-los²⁰⁶. Sem esta providência não há que se falar para o Direito civil tradicional, em geral, de quebra da relatividade²⁰⁷,

alienante ser o proprietário, etc. – a regra poderia ser mais ampla do que a aplicação à alienação *a non domino* – mas não é este o lugar para um tratamento exaustivo da regra *En fait de meubles la possession vaut titre* do Direito francês.

Ainda no que concerne a esta função publicitária da regra, veja-se o sempre útil Saleilles (1907, p. 67), onde anota: “La règle célèbre empruntée à Bourjon par l’article 2279 du Code civil français a pour but de remplir, en matière de meubles, la même fonction protectrice du crédit que celle dont le système de l’immatriculation et des livres fonciers se trouve faire l’office lorsqu’il sagit d’immeubles. En matière immobilière, on part de cette idée que, dans l’intérêt du crédit, il faut faire prédominer le fait apparent et public sur le droit resté occulte, qu’il faut, dans l’intérêt des tiers, s’en tenir à l’extériorité du droit, au lieu de sa réalité”. O autor, continua, ainda, mais abaixo na mesma página afirmando que a publicidade em matéria de móveis é “à l’état brut et inorganique, sous sa forme élémentaire et naturelle, telle que la vie nous la présente”.

Anote-se que também se protege, apesar de não referido anteriormente, a boa-fé do adquirente. Neste sentido, veja-se Chamoun ([199-?, p. 4).

²⁰⁴ Cf. CAMPOS (2005, p. 231), onde escreve: “De que deriva esta diferente importância do papel desempenhado pelo instituto do enriquecimento sem causa no direito alemão e no francês (italiano e português)? Explica-se, fundamentalmente, pelo causalismo destes últimos e pelo anti-causalismo do direito alemão”. Explicando a abstração tedesca, nas págs. 238 e seguintes. Mesmo nestes sistemas – e podemos acrescentar também no brasileiro – há casos de abstração, como por exemplo os títulos de crédito endossados em relação aos que estão mais ao final da cadeia de endossos.

²⁰⁵ Uma exceção é a própria transmissão da propriedade móvel nos termos da parte final do art. 1.268 do CC/02.

²⁰⁶ Afinal, a publicidade é fator de segurança jurídica. Cf. MENDES, Isabel Pereira. **O registro predial e a segurança jurídica nos negócios imobiliários**. Coimbra: Almedina, 1992. A autora destaca que com o registro e a sua obrigatoriedade são atingidos dois elementos de segurança: uma estática (descrição dos imóveis correspondendo à realidade) e outra dinâmica (titularidade e circunstâncias relevantes sobre os bens).

²⁰⁷ Repare-se que a doutrina francesa vai distinguir a chamada relatividade da oponibilidade do contrato. Relatividade significa que terceiros não participam dos efeitos do contrato, ao passo que oponibilidade designa o fato de que terceiros não podem agir como se o contrato não existisse, pois a situação que dele nasce pode ser alegada frente a todos. Assim, reconduz-se à noção de oponibilidade a questão, por nós já abordada, da produção de eficácia perante terceiros da transmissão da propriedade. Sobre o tema, Rieg (1961, p. 457 e seguintes). Entre nós, com interessantes observações somando a boa-fé e a função social dos contratos a esta abordagem clássica Azevedo, Antônio (2004b, p. 137-147). Mais recentemente, no Direito francês, distinguindo entre os efeitos internos, que são aqueles produzidos entre as partes, e os externos, produzidos perante terceiros, do contrato, Fontaine (1992, p. 40-66). Na mesma coletânea, o texto de Marchessaux, (1992, p. 67-99).

entendida como produção de eficácia jurídica perante terceiros por força de um negócio jurídico.

O sistema polariza-se, portanto, a partir de direitos reais oponíveis *erga omnes*, mas dependentes de publicidade²⁰⁸ por um lado e direitos pessoais, relativos, mas não vinculados a nenhuma providência complementar por outro.

Mesmo nos negócios que transferissem ou criassem direitos reais, só haveria produção de efeitos entre os contratantes até o registro; só após perante terceiros.

Assim, por exemplo, a Súmula 621 do STF afirmava que não cabiam embargos de terceiro para proteger bens que haviam sido vendidos, ou prometidos vender, mas cujo título não estava registrado. Eis o seu texto: “Não enseja embargos de terceiro a penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis”.

O contrato, ainda que em tese fosse título suficiente para gerar um direito real só o faria se fosse realizada a providência complementar.

Note-se que existe uma certa tendência a quebrar o rigor destas dicotomias: de um lado direitos reais / oponibilidade *erga omnes* e de outro direitos pessoais / oponibilidade *inter partes*. Mas isto não é tema que iremos tratar aqui, pois escapa aos estritos objetivos da presente tese de doutorado²⁰⁹.

Por outro lado é necessário esclarecer-se que, mesmo em um Direito civil absolutamente tradicional, contanto que não se gerem obrigações para os terceiros, são admissíveis algumas estipulações que os envolvam²¹⁰.

São hipóteses interessantes, no sentido da flexibilização da relatividade contratual a estipulação em favor de terceiro e mantendo o efeito relativo dos negócios a promessa de fato de terceiro²¹¹.

Os dois exemplos que ora tratamos, ainda que superficialmente diante de seu caráter absolutamente instrumental para a finalidade da presente tese, são paradigmáticos para mostrar as possibilidades da eficácia contratual perante terceiros em sede de Direito civil tradicional.

²⁰⁸ Ou seja, direitos dotados de seqüela. Sobre o tema, consulte-se FREITAS ([1896], p.25).

²⁰⁹ Observemos apenas que, no exemplo que citamos, houve uma mudança de posicionamento da jurisprudência. Com efeito, a súmula 84 do STJ espousa posição diametralmente oposta. “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

²¹⁰ Ao contrário do que acontecia no Direito romano, em face de seu formalismo original.

²¹¹ No mesmo sentido, dando o exemplos da estipulação em favor de terceiro, Goutal (1981, p. 132 e ss.)

Na estipulação em favor de terceiro, alguém celebra um contrato com um parceiro com a peculiaridade de que a prestação do parceiro não beneficiará o contratante, mas sim a um terceiro²¹². É o caso, por exemplo, do seguro de vida para o caso de morte, em que o beneficiário não se confunde com o estipulante, como é evidente.

O Código civil brasileiro regula a estipulação em favor de terceiro²¹³ em seus artigos 436-438, em seção autônoma inserida no capítulo sobre os contratos em geral. Isto mostra claramente a opção pelo legislador brasileiro da estipulação em favor de terceiro como figura contratual²¹⁴.

Dos próprios requisitos para a caracterização da estipulação em favor de terceiro já se vê que se trata de uma hipótese de contrato que produz a sua eficácia perante partes não contratantes. São eles: a) que o terceiro (beneficiário) seja completamente estranho à relação contratual formada; b) que o segundo contratante (promitente) se obrigue com o primeiro contratante (estipulante) a uma prestação em favor do terceiro; e c) que o contrato não seja qualificável como doação, não se constitua em uma gestão de negócios²¹⁵, e que não haja representação do terceiro pelo estipulante²¹⁶.

Some-se, ainda a isto, a impossibilidade de exoneração do devedor pelo estipulante se está prevista a ação direta do terceiro contra o devedor²¹⁷. Diga-se de passagem, isto significa que o contrato produziu uma pretensão autônoma, a qual está dotada de ação, para um não participante do negócio. Aqui a flexibilização da relatividade dos contratos.

No que concerne ao nosso tema, e ainda tendo em vista os objetivos instrumentais no tratamento da estipulação em favor de terceiro, há dois aspectos a serem ressaltados.

²¹² Esta a noção contida em Campos (1991, p. 13).

²¹³ Repare-se que por paradoxal que possa parecer a estipulação em favor de terceiro já foi usada para a construção da dogmática da aplicação dos deveres de proteção perante terceiros no domínio da doutrina alemã. Cf., por todos, Cordeiro (1997, p. 622 e ss.) Indicamos bibliografia alemã no capítulo III.

²¹⁴ Não é nosso objetivo esgotar o tema da estipulação em favor de terceiro, mas apenas, em linhas muito gerais, mostrando a respectiva dogmática, demonstrar como mesmo no Direito civil tradicional ela representa uma flexibilização da relatividade dos contratos. E de como este “terceiro” tem um estatuto jurídico muito peculiar. Para uma análise exaustiva da promessa de fato de terceiro, veja-se, além da monografia específica de Diogo Leite de Campos citada na nota anterior. Entre nós, sinteticamente, Miranda (1959, p. 207 e ss.). Veja-se, ainda, a monografia específica de Papaleo (2000).

²¹⁵ Sobre a gestão de negócios remetemos o leitor para as extensas considerações de Gomes, J. (1994). Naturalmente não podemos discutir os contornos dogmáticos da figura nesta sede.

²¹⁶ Cf. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 288.

²¹⁷ (MIRANDA, 1959, p. 210)

Em primeiro lugar, portanto, a normativa da estipulação em favor de terceiro traduz uma flexibilização da relatividade dos contratos, na medida em que permite que uma terceira pessoa passe a gozar de um direito em razão do contrato²¹⁸.

Lembramos que a relatividade dos contratos em sua maior pureza – referimos a Laurent e a Pothier no primeiro capítulo desta tese – não só veda que decorram obrigações para terceiros que não participaram da formação do vínculo, *como também nega que possam haver direitos resultantes destes contratos para quem não anuiu*. Por sinal, deve ter sido esta consideração que fez os redatores do Código civil francês fazerem a ressalva na parte final do art. 1.165²¹⁹.

Devemos frisar, contudo, que não se trata de uma coligação contratual na estipulação em favor de terceiro, mas sim uma cláusula que permite a eficácia jurídica de um negócio diante de não contratantes, de “terceiros”. Optamos por destacar tal fato, pois ele mostra que há um ponto de abertura da relatividade contratual reconhecido no próprio sistema legal permitindo tal tipo de eficácia jurídica²²⁰.

A razão de inexistência de coligação nesta hipótese é muito simples: não há dois negócios, mas tão somente um produzindo efeitos em benefício do terceiro.

Em segundo lugar, a regulamentação jurídica da estipulação em favor de terceiro contém uma hipótese legal de ação direta. Em estreita síntese, a ação direta²²¹ pode ser

²¹⁸ Este caráter da estipulação em favor de terceiro como exceção à relatividade das convenções aparece no próprio texto do Código civil francês. O art. 1.165, que é uma síntese feliz da relatividade dos contratos em sua acepção clássica faz referência ao dispositivo legal destinado a reger a estipulação em favor de terceiro. Eis o texto da Lei: “Art. 1.165 Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1.121”. Em sentido semelhante, também referindo a estipulação em favor de terceiro, o art. 1372, 2^a alínea do Código civil italiano. Comentando a origem dos dispositivos, bem como o seu caráter retrógrado. (MIRANDA, 1959, p. 214 e ss.)

Sobre a promessa de fato de terceiro na codificação francesa, veja-se, em uma perspectiva clássica, Laurent (1878, p. 360 e ss.). O autor, inclusive trata conjuntamente da promessa de fato de terceiro e da estipulação em favor de terceiro, mostrando o paralelismo das duas figuras, tal como pretendemos aqui. A consideração voluntarista é bastante simples: quem manifesta a sua vontade se obriga, quem não a manifesta está liberado. Excepcionalmente a estipulação em favor de terceiro está liberada, por apenas beneficiar o terceiro. Também fazendo uma conexão entre as duas figuras, ao tratar dos efeitos dos contratos perante terceiros. (LOPES, Miguel, 1964, p. 121).

²¹⁹ Interessante destacar que o princípio do efeito relativo dos contratos é considerado algo de tão evidente para a doutrina liberal, que não se faz uma única crítica nos trabalhos preparatórios ao Código civil francês ao dispositivo que hoje está no art. 1.165 do *Code*. Cf. (GOUTAL, 1981, p. 30)

²²⁰ Efetivamente, colocando a estipulação em favor de terceiro como exceção ao princípio dos efeitos relativos do contrato. (RIEG, 1961, p. 470 e ss.)

²²¹ Não pretendemos tratar aqui exaustivamente da ação direta, que é este mecanismo. Até porque o seu tratamento exigiria cuidar de todas as hipóteses legais e jurisprudenciais, o que poderia ser objeto de uma tese autônoma. Nesta sede nos preocuparemos exclusivamente com o seu fundamento e ainda assim de modo limitado.

entendida como sendo aquela proposta por um terceiro para haver para si um direito fundado em contrato celebrado por outrem.

Note-se, e o exemplo que ora damos é eloquente, que a ação direta não é derivada exclusivamente da coligação contratual, apesar de ter nela o seu mais expressivo campo de aplicação²²². Por sinal, por conta desta vinculação importante da ação direta com a coligação é importante mencioná-la. Muitas vezes a eficácia da coligação será a concessão para um terceiro de uma ação direta.

Por exemplo, se um franqueado se vê prejudicado pela ação de outro franqueado que está lesando a imagem da marca do franqueador, parece claro que, diante de sua situação peculiar de integrante de uma rede de contratos, ele tem legitimidade passiva para responder a eventual ação do franqueado prejudicado.

A ação direta não é, portanto, novidade no ordenamento jurídico. Também não o é na doutrina, pois desde o século XIX discute-se o tema, com diferentes matizes doutrinárias²²³.

A estipulação em favor de terceiro poderia, diga-se de passagem, ter sido fundamento para explicar dogmaticamente os arestos de uma das hipóteses de ação direta que foram mais recentemente reconhecidas: a do terceiro que sofre o sinistro em face do segurador contratado pelo causador do dano em um seguro de responsabilidade civil²²⁴.

²²² Cf. JAMIN, Christophe. **La notion d'action directe**. Paris: LGDJ, 1991. p. 251. Contra, fundando a ação direta necessariamente na coligação negocial, a obra pioneira em nosso tema na França, TEYSSIE, Bernard. **Les groupes de contrat**. Paris: LGDJ, 1975. p. 239 e seguintes.

²²³ Cf. a recensão completa feita por Jamin (1991, p. 9 e seguintes). Logo ao início de seu livro escreve o autor:

“La doctrine s'intéresse en effet au mécanisme particulier de l'action directe depuis maintenanat près de deux siècles, probablement depuis que *Duranton* le premier ait tenté d'em cerner l'originalité. Sans compter les ouvrages généraux qui en traitent au cours du XIX siècle, de nombreux ouvrages spéciaux lui sont consacrés à la charnière des XIXe et XXe siècles: pas moins de 26 thèses traitant du sujet paraissent entre 1892 et 1928 (...).”(JAMIN, 1991, p.1)

²²⁴ Cf. Negreiros (2002, p. 224 e seguintes), funda a justificativa no complexo princípio da função social do contrato. A autora procura defender em sua tese que os princípios contratuais contemporâneos – boa-fé, equilíbrio das prestações e função social – renovam o contrato e fazem, juntamente com a dignidade da pessoa humana, que os bens mais existencialmente relevantes tenham preferência na tutela jurídica por meio do contrato. Com a devida vênia, ousamos discordar da autora, em que pese a sua cultura jurídica, pois se o chamado paradigma da essencialidade fosse aplicável em toda a sua força, não haveria mais tutela proprietária para o locador quando o seu locatário estivesse exercendo o seu direito fundamental de habitação, o que evidentemente criaria uma instabilidade sistemática intolerável. A autora sustenta, ainda, que a explicação dogmática a partir da estipulação em favor de terceiro é voluntarista, mas não explica os motivos que levam a esta afirmação (NEGREIROS, 2002, p. 227).

Observemos que a função social do contrato é uma fonte interminável de discussões e de insegurança jurídica – *rectius* incerteza – se positivada tal como aconteceu no art. 421 de nosso Código civil. A cláusula geral sem pautas de preenchimento corresponde a um modelo, desde pelo menos a AGBG (Lei de condições gerais dos negócios) alemã dos anos 70, não mais desejável, pois não há na cláusula geral pautas para o seu preenchimento pelo intérprete, como acontece, por exemplo, com o art. 51 do CDC. Mas este é um tema a que não podemos aludir nesta sede, sob pena de um desvio excessivo dos objetivos aqui traçados. Cf., para observações certas,

Neste sentido, a acertada a decisão do STJ no Resp. 257880/RJ, julgado pela 4ª Turma em 03/04/2001, relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. BENEFICIÁRIO. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. OCORRÊNCIA. ART. 1.098, CC. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I – A legitimidade para exercer o direito de ação decorre da lei e depende, em regra, da titularidade de um direito, do interesse juridicamente protegido, conforme a relação jurídica de direito material existente entre as partes celebrantes.

II – As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina.

III – Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro.

IV – O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor.

V – Tendo falecido no acidente o terceiro beneficiário, legitimados ativos *ad causam*, no caso, os seus pais, em face da ordem da vocação hereditária.

Na realidade, trata-se o caso de estipulação em favor de terceiro indeterminado, como bem destaca a ementa. Afinal, não há obrigatoriedade de que a titularidade das obrigações seja definida desde o seu nascimento, bastando que seja determinável no momento da solução²²⁵. A estipulação em favor de terceiro é modalidade geradora de obrigações.

Rizzo (1994, p. 63 e ss.). Ainda no que concerne às cláusulas gerais – como a da função social do contrato – com uma importante proposta para o seu preenchimento o seminal TEPEDINO, G. (2000).

Uma crítica certa, também, contra a postura do Judiciário, que, com um ativismo indevido, quebra a segurança jurídica, tratando como hipossuficientes partes que não mereceriam tal qualificação. (GRAU, 2001, p. 73-82). Talvez o mais interessante do texto seja destacar o papel de negócio de circulação de bens que é o contrato, não se podendo desviar a intervenção legislativa ou jurisprudencial desta realidade, sob pena de se inviabilizar a própria figura. Os contratos devem ser entendidos como “vínculos jurídicos que possibilitam a fluência das relações de mercado”. (p. 75). Também publicado in FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

²²⁵ Como é assente na doutrina. A determinação absoluta em termos de pessoa é um formalismo excessivo para a maior parte das obrigações. Apenas as personalíssimas devem nascer já com o seu sujeito – e mesmo assim apenas o do pólo em que há essa necessidade – completamente determinado. Grande prova da variabilidade subjetiva das obrigações – possível pela concepção patrimonial no que concerne ao vínculo obrigacional – é a possibilidade de cessão de crédito, assunção de dívida, ou ainda de cessão de posição contratual, resultado da objetivação do vínculo obrigacional. No que concerne a este último aspecto, as momentosas considerações de Nunes (1959)

Sobre o tema da possibilidade de abertura subjetiva no momento da formação do vínculo contratual remetemos o leitor, por todos, para Mendonça (1956, p. 94 e ss.). Note-se que este panorama é o mesmo desde as primeiras edições da obra de Carvalho de Mendonça (a que citamos é a quarta e foi atualizada por DIAS, José de Aguiar, sendo póstuma ao autor). Na primeira edição, ainda em um único tomo, publicada pela Typ. E Lith. A vapor Imp. Paranaense de Curitiba em 1908, veja-se a pág. 20 e s. Na segunda edição, a última cuidada pessoalmente pelo autor, publicada em 1911 em Paris pela Alillaud, Alves & cia e no Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte pela Francisco Alves & cia, veja-se a pág. 120 do Tomo I. Por fim, na terceira edição, aumentada e atualizada por SANTOS, J. M. de Carvalho, publicada pela Freitas Bastos Editora na cidade do Rio de Janeiro

A estipulação em favor de terceiro, do ponto de vista da eficácia, gera para o terceiro a possibilidade de se aproveitar de um negócio jurídico para cuja existência ele não colabora. Outros o celebram, mas geram-se efeitos para o terceiro beneficiário.

Não adentraremos nas questões dogmáticas sobre a estipulação em favor de terceiro, pois isto não vem ao caso. Queríamos apenas destacar que este “terceiro” participa da relação como beneficiário. A maior prova disto é que o estipulante não pode liberar o obrigado sem anuência do terceiro, salvo estipulação em contrário. Até em razão dos direitos do terceiro estarem limitados àquilo que se estipula no contrato *inter alius*. Não é possível adquirir mais direitos do que o que as partes do contrato que é celebrado em seu favor contratam²²⁶.

O terceiro neste caso participa do “paraíso” do ato, para usar a expressão da epígrafe de nosso capítulo III. Por outro lado, na promessa de fato de terceiro ele não participa de seu “inferno”²²⁷.

A promessa de fato de terceiro, em estreita síntese, é um caso específico de obrigação em que alguém se compromete a que um terceiro desempenhe certa prestação. É certo que não há, na promessa de fato de terceiro, representação, não produzindo o negócio qualquer tipo de efeito obrigacional passivo perante o terceiro, conforme destacamos.

Se houvesse representação, poderia haver para o terceiro uma obrigação de desempenhar uma prestação eventualmente ajustada, pois a eficácia jurídica da representação é justamente fazer com que o ato de vontade praticado por alguém tenha impactos na esfera

em 1938, veja-se no Tomo I a pág. 86 e s. Note-se que não houve alterações entre as edições, o que mostra que em nosso Direito não se coloca este ponto em causa pelo menos desde o início do século XX.

Sobre a cessão de crédito, não conhecemos nenhuma monografia específica, mas remetemos o leitor para os manuais de Direito das obrigações já citados (por exemplo, Orosimbo Nonato e Carvalho de Mendonça), bem como para os comentários aos Códigos de 1916 e de 2002 que tratam dos dispositivos respectivos.

Sobre a assunção de dívida, remetemos o leitor, exemplificativamente, para as seguintes monografias específicas. Entre nós Gomes, L. (1998). No Direito luso, com amplas considerações sobre a utilização da assunção de dívida com função de garantia e as respectivas relações com a fiança, Gomes, M. (2000). Na Itália, com uma perspectiva semelhante, Biscontinini (1993).

Por fim, no que concerne à cessão de posição contratual, a única obra específica que conhecemos é assim referenciada: PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 2003.

²²⁶ Cf. (MIRANDA, 1959, p. 217)

²²⁷ Cf. NUNES, Orosimbo Nonato. **Curso de obrigações**. 2. parte, Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. p. 23, onde, ao tratar da promessa de fato de terceiro, escreve: “O terceiro estranho à obrigação, não se poderia sentir vinculado sem a eversão de princípios cabedais de direito, sem a violação da liberdade civil, insucetível de limitada senão por si mesma (...)” Indica nas páginas seguintes numerosos autores que corroboram a opinião ora citada. Mostra-se, assim, como a promessa de fato de terceiro é local privilegiado para a incidência do princípio da relatividade dos contratos.

patrimonial de outrem²²⁸. Isto é uma situação, como é evidente, absolutamente excepcional, pois os atos de uma pessoa devem repercutir no seu patrimônio.

Este ponto introduz algo que é necessário cuidar para o correto desenvolvimento desta tese: o conceito de terceiro encontra-se em franca mutação. Apesar de comportar uma explicação doutrinária tradicional, o fato de se conceder uma ação direta do terceiro que sofre o dano contra o segurador, em razão do contrato de seguro celebrado, mostra que terceiros podem sim decorrer efeitos dos contratos celebrados por outros.

Na realidade, essa eficácia jurídica coloca o terceiro em uma situação jurídica ativa e não passiva, da qual a outra figura que ora trataremos é paradigmática para confirmar a teoria tradicional. O terceiro obrigado na estipulação em favor de terceiro, aquele contra quem se concede uma ação direta, está vinculado em razão de sua situação de contratante.

Nosso objetivo, ao tratar destes dois institutos é mostrar que a rede de contratos, por meio de um desenvolvimento meramente lógico e técnico do Direito das obrigações tradicional, impede que haja uma flexibilização da relatividade das convenções a ponto de permitir uma eficácia da pluralidade de contratos, ocasionando a coligação. Para que a pluralidade contratual possa produzir os seus efeitos é necessário um *plus*, que é resultado da aplicação do ordenamento jurídico.

Seja consentido insistir: o fenômeno econômico da pluralidade de contratos não implica necessariamente a produção de eficácia jurídica entre eles – que nesta sede denominamos de coligação contratual. Isto é resultado do exercício de autonomia privada das partes, da lei, ou da tutela da boa-fé nas obrigações.

Afirmá-lo se torna particularmente grave, quando pensamos na elevada integração econômica resultante das estruturas de correntes e cadeias contratuais a que aludimos na

²²⁸ A bibliografia sobre representação é vasta e não é objetivo desta tese esgotar este tema, tão rico de aspectos. Por exemplo, o mandato sem representação, já que no Código Bevilacqua não havia uma divisão autônoma para a representação, sendo esta tratada conjuntamente com o mandato, formando-se a dúvida se esta figura existiria. A representação atípica da pessoa jurídica é outro tema importante, além de outros. Para ulteriores questões, confira-se DÍEZ-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho privado**. Madrid: Cívitas, 1979. PUGLIATTI, Salvatore. **Studi sulla rappresentanza**. Milano: Giuffrè, 1965. Esta última obra contém vários estudos sobre a representação e apresenta um quadro com vários problemas pontuais, além de ensaio sobre a questão conceitual da representação. Sobre o mandato e as suas relações com a representação, veja-se JORGE, Fernando Pessoa. **O mandato sem representação**. Coimbra: Almedina, 2001. Sobre a apresentação da pessoa jurídica e a teoria organicista, criticando a idéia de representação para a pessoa jurídica, entre nós, MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. t. 1. p. 412 e ss. Entre nós, sinteticamente, remetemos ainda para o excelente estudo de MATTIETTO, Leonardo de Andrade. A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração. **Revista trimestral de Direito civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 4., p. 55-71, out./dez. 2000.

Introdução desta tese²²⁹. O Direito dos contratos baseia-se nas operações econômicas²³⁰ – dado de fato –, mas não pode se confundir puramente com a economia.

Por outro lado, esta integração faz surgir pessoas profundamente envolvidas na relação contratual, apesar de não participantes. Interesses na correta execução para os terceiros, ou geração de confiança por parte de um ou ambos os contratantes em que os terceiros não prejudicarão a relação e desempenharão o seu papel de modo probo, leal e honesto.

Mas isto é tema a que retornaremos no próximo capítulo. Por enquanto, digamos que a relatividade dos contratos é flexibilizada com a coligação contratual. Isto não quer significar, por outro lado, que o princípio do efeito relativo dos contratos esteja morto. A complexidade que marca o Direito moderno faz com que os princípios tradicionais da disciplina jurídica do contrato convivam com os contemporâneos²³¹.

O sistema, por vezes, retoma, como no caso da promessa de fato de terceiro a relatividade dos negócios. No sistema jurídico devem conviver a coligação, que pode ser resultado da autonomia privada, da lei ou da cláusula geral de boa-fé, e a separação dos efeitos dos contratos, que muitas vezes pode ser consequência de negociações entre as partes. As partes podem distribuir negocialmente o risco de insucessos econômicos como veremos no próximo capítulo.

Exemplo eloqüente da relatividade das convenções com grande força dentro do sistema jurídico é a vedação da alegação da compensação de dívidas com terceiros em uma relação triangular. A é credor de B, que é devedor de C, que por sua vez é devedor de A, todos com dívidas líquidas, certas, exigíveis e com prestações fungíveis entre si. O texto legal (art. 1.019 do CC/16 e art. 376 do CC/02) veda esta compensação, limitando a oponibilidade das obrigações²³².

²²⁹ Mencionamos ao final do Capítulo I o importante estudo de Castells (1999). Isto, por sinal, é um autêntico lugar comum em todas as referências que já trouxemos à colação sobre coligação contratual. Isto é, todos os autores vão sustentar que o fenômeno da coligação contratual é resultado de uma integração econômica. Cf., por todos, FRÍAS, Ana López. **Los contratos conexos**. Barcelona: Bosch, 1994. p. 21 e ss.

²³⁰ Conforme ensina Roppo (1988)

²³¹ Cf. LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

²³² Cf. sobre o tema, exemplificativamente, BEVILAQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** – Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. v. 2. p. 139-140. Também NUNES, Orosimbo Nonato. **Curso de obrigações**. 3. Parte. São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. p. 225.

Na promessa de fato de terceiro, nosso segundo exemplo de vedação da geração de efeitos externos das obrigações, o que acaba por acontecer é que obrigado resta aquele que promete o desempenho do fato de terceiro²³³.

Por fato de terceiro entende-se qualquer prestação obrigacional – dar, fazer ou não fazer – que possa ser efetuada por aquele sujeito. Ou seja, uma pessoa compromete-se a que alguém desempenhe em favor do credor uma prestação obrigacional²³⁴.

Em estreita síntese, esta convenção não atinge ao terceiro, só gerando, para o eventual não desempenho da prestação por sua parte, perdas e danos dirigidos contra aquele que prometeu. Eventualmente o terceiro pode se vincular, mas isto só acontece se ele ratificar a promessa. E, ainda assim, a solução é praticamente a mesma: terceiro e promitente respondem ao promissário pelo inadimplemento.

Por pressuposto, também aqui, que não haja representação para o promitente. Se o houver, a promessa gera efeitos obrigacionais para o terceiro, que se obriga em nome próprio, só que por meio de seu representante²³⁵.

Não se gera ação direta do credor contra o terceiro não participante. Não há, no geral, deveres de proteção por parte do terceiro que não desempenha a prestação que foi prometida por outrem. É a relatividade das convenções aplicada em sua inteireza.

Poderíamos, ainda, para pensar em efeitos jurídicos perante terceiros em tratar da obrigação *propter rem*, bem como da tipicidade aberta dos direitos reais, mas isto é tema que seguramente não podemos, por razões de fidelidade aos nossos objetivos primários explorar²³⁶. Repare-se, contudo, que a eficácia dos direitos reais perante terceiros depende fundamentalmente de providências de caráter publicitário.

²³³ Já se discutiu mesmo a própria validade da estipulação em favor de terceiro nos diversos sistemas jurídicos. Não é, contudo, nossa intenção fazer aqui um trabalho de Direito comparado a este propósito. Veja-se para ulteriores informações, o clássico Laurent (1878, p. 361 e ss.). O autor possui uma outra célebre obra sistemática de Direito civil intitulada *Principes de Droit civil*, de muito maior porte do que a que ora citamos – são 33 tomos ao invés dos 4, mas à qual, infelizmente, não obtivemos acesso. Sobre a bibliografia e as grandes obras da Escola da Exegese, remetemos o leitor para Halperin (1996). Balanço interessante da doutrina francesa nos primeiros 100 anos que se seguiram à promulgação do *Code* pode ser encontrada em Charmont e Chausse (1904, p. 131-172).

²³⁴ Cf. NUNES, Orosimbo Nonato. **Curso de obrigações**. 2. parte, Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. p. 23 e ss. Por sinal, este §2º do Capítulo I do livro do Min. Orosimbo Nonato é certamente um dos melhores textos a este respeito no Direito brasileiro. Por sinal, esta é, em nosso modo de ver, talvez a melhor obra sistemática de Direito das obrigações que já tenha sido publicada no Brasil.

²³⁵ Remetemos o leitor para nota de rodapé 227, de poucas páginas atrás onde indicamos uma breve bibliografia sobre a representação.

²³⁶ Para tanto, veja-se, por todos, ASCENSÃO, José de Oliveira. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: Morais Editora, 1962.

Em estreita síntese, a resposta sistemática para as estipulações obrigacionais que não gerem direitos reais é a relatividade, não se atingindo terceiros. Veremos no próximo capítulo, contudo, que isto pode ser, em certos casos, tomado de modo relativo.

Na coligação voluntária, não é, portanto, possível gerar obrigações para terceiros. Por outro lado, é viável “internalizar” fatos relacionados com terceiros, como veremos no item 4 deste capítulo ao tratarmos das modalidades de cláusula de *cross default*. Não há, portanto, flexibilização da relatividade dos contratos, tal como se afigura possível nas demais modalidades de coligação contratual.

A geração de obrigações para terceiros é possível exclusivamente por força de lei, ou da tutela da legítima expectativa gerada pelo comportamento dos terceiros em suas relações²³⁷.

A coligação voluntária estrutura-se na modalidade de cláusula contratual contendo uma condição – em seu sentido técnico da parte geral do Direito civil – de sorte que acontecimentos produzidos em outros contratos repercutam naquele em que se insere a condição. A recíproca, por outro lado, não será verdadeira, pois, haveria neste caso uma inversão de polaridade no princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Os acontecimentos futuros e incertos, previstos por força de do exercício de autonomia privada das partes, que geram a eficácia do direito ou a suspendem, dependendo da modalidade de condição, são fatos advindos de outros contratos. E aqui a interferência mútua.

Este é, diga-se de passagem, o grande problema da teoria da coligação contratual tal como posta hoje: a enorme abertura de sua incidência reunindo hipóteses extremamente diversificadas em seu seio²³⁸.

Note-se que tanto é possível haver uma coligação unilateral, como bilateral nos contratos. Por coligação unilateral entende-se aquela em que só um dos contratos produz efeitos no outro. E por coligação bilateral a situação em que ambos produzem efeitos recíprocos²³⁹.

²³⁷ Configurando-se, no último caso, autêntico *venire contra factum proprium*. Para uma sintética visão desta manifestação do princípio da boa-fé objetiva, com ulteriores referências bibliográficas, consulte-se SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²³⁸ Isto aparece de modo mais ou menos unânime na doutrina referente à coligação. Por todos, Colombo (1999, p. 31), onde leciona: “Si è visto in precedenza che la doutrina più recente, ravvisando l'estrema eterogeneità delle ipotesi riconducibili al collegamento negoziale, afferma che non di un'unica figura di *collegamento* bisogna parlare, bensì di una pluralità di *collegamenti* negoziali (...)”. O principal tema tratado nesta obra é a existência de unidade ou pluralidade de negócios, sendo referência importante para este fim.

²³⁹ Esta é uma classificação tradicional em sede de coligação contratual. Por todos, veja-se o clássico SCHIZZEROTTO, Giovanni. **Il collegamento negoziale**. Napoli: Jovene, 1983. p. 161 e ss.

Um exemplo facilita a compreensão das modalidades. Suponha-se que um credor bancário empresta dinheiro a uma empresa por força de dois contratos de mútuo. Se houver a inserção de uma cláusula apenas em um deles fazendo com que o inadimplemento no outro contrato implique o vencimento antecipado também deste, estamos diante de uma coligação unilateral. A situação na prática é a seguinte: se houver inadimplemento apenas neste contrato em que está inserida a cláusula, não haverá vencimento antecipado do outro, pois assim não se previu. Por outro lado, se houver inadimplemento daquele em que não se inseriu a cláusula, ocorre o vencimento antecipado. Apenas as vicissitudes de um dos contratos produzem efeitos jurídicos no outro.

Por outro lado, se há a colocação de uma cláusula neste sentido em ambos os negócios, há coligação bilateral, pois ambos podem produzir efeitos jurídicos recíprocos.

As partes podem, sintetizando o que dissemos até aqui, por força de sua liberdade de contratar criar cláusulas contratuais, que incluem a possibilidade de abranger condições que, na prática, façam com que os contratos produzam interferências recíprocas. E aqui se configura a coligação, já que é definida de modo amplo como sendo a produção de efeitos de um contrato em outro.

A nossa tese afasta-se da doutrina em geral, e aqui o ineditismo necessário, por tentar ordenar os casos de coligação a partir de um critério científico e dogmático.

Por outro lado, esta liberdade evidentemente não é absoluta, pois se é dado às partes ajustar as condições que regerão as suas relações, esta liberdade deve ser usada de modo conforme ao ordenamento jurídico²⁴⁰.

Não é dado praticar-se, por força de da coligação contratual, a fraude à lei²⁴¹, ou simulação²⁴². As partes encontram no ordenamento jurídico certos limites que devem ser respeitados.

²⁴⁰ Como expressão da autonomia privada, que é controlada por meio da inserção no domínio dos negócios jurídicos e nos atos jurídicos em sentido estrito (ou atos lícitos na dicção do Código civil de 2002) de um plano extra, que é o da validade. Em estreita síntese, o plano da validade é um plano de controle. A própria estruturação de *requisitos* de validade, ou seja, certos adjetivos que se devem, ou não se devem, prender aos *elementos* (partes componentes) o mostra muito bem. Para uma abordagem sobre os planos do negócio jurídico, veja-se, entre nós, AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁴¹ Sobre o tema, por exemplo, com ulteriores indicações bibliográficas o importante trabalho de PEREIRA, Regis Fichtner. **Fraude à lei**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

²⁴² Sobre a simulação veja-se, sinteticamente, com ulteriores indicações bibliográficas MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico** – plano da validade. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 153 e ss. Para uma perspectiva da simulação na teoria das invalidades e a diferença de regime jurídico entre novo e antigo Códigos civis. (MATTIETTO, 2002, p. 309-343).

Por exemplo, não deve ser dado às partes, por meio de um contrato de mútuo coligado com uma promessa condicional de compra e venda superar a vedação ao pacto comissório, pois elas procuram atingir uma finalidade que é vedada por lei.

Mesmo nos negócios fiduciários, em nosso sistema, é vedado ao credor adquirir a propriedade dos bens transmitidos fiduciariamente em caso de inadimplemento²⁴³. Ou seja, o que não é dado às partes fazer diretamente, não se pode obter por meio da coligação.

Se por um lado a fraude à lei não é admissível, parece-nos que o negócio jurídico indireto não deve ser vedado nas relações civis. Em primeiro lugar, por não haver uma vedação expressa, salvo se isto constituir uma elisão tributária²⁴⁴.

Por negócio jurídico indireto entende-se aquele usado com finalidade diferente da prevista pelo legislador. Todo negócio tem uma finalidade econômico social, ou simplesmente não é um negócio digno de tutela pelo ordenamento jurídico²⁴⁵.

O legislador, quando cria um tipo negocial legal, prevê que este tipo desempenhará uma função. Mas as partes podem, por motivos de conveniência, usar destes negócios para outras funções. Quando o fazem, estão praticando um negócio jurídico indireto.

Não é nossa intenção aqui, contudo, esgotar o tema do negócio jurídico indireto, apesar de ser um dos temas conexos a nossa tese de maior relevância, pois não é o tema principal. Digamos apenas que as partes podem usar da coligação para a prática de negócios jurídicos indiretos²⁴⁶.

²⁴³ Excetuada as hipóteses legalmente previstas. Por exemplo, aquela inserida no regime jurídico da alienação fiduciária de imóveis. Seja consentido remeter para as considerações específicas que tecemos em Kataoka (2001, p. 163-182).

²⁴⁴ É o parágrafo único do art. 116 do CTN. Sobre o tema remetemos o leitor para Troianelli (2001, p. 27 e ss.). Na realidade, trata-se de uma norma antielisão fiscal que concede à Receita poderes exagerados, segundo o autor. A elisão fiscal não se confunde com o negócio jurídico indireto, mas muitas vezes este último é usado com esta finalidade. Repare-se, ainda que existe diferença importante entre elisão e evasão fiscal. Na primeira o fato gerador do tributo não ocorre, ao passo que no segundo evita-se, por meio da prática de outro negócio jurídico a sua materialização.

²⁴⁵ Cf. por exemplo, GALGANO, Francesco. **Il negozio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1988. p. 85 e ss.

²⁴⁶ Sobre o tema do negócio jurídico indireto, remetemos o leitor, para a seguinte bibliografia: Para uma síntese genérica sobre os diversos matizes doutrinários, veja-se Carvalho (1998, p. 31-164). Mais sinteticamente: Ascarelli (1969a, p. 91-163). Tocando incidentalmente no tema, mas de leitura recomendável, Gennario (1934, p. 71-102). Nos livros gerais sobre negócio jurídico, consulte-se GALGANO (1988), ao falar de negócios com causa típica e atípica. Cuidando didaticamente sobre a questão histórica – são dezoito lições de história do negócio jurídico – do surgimento da própria noção de causa (Bettiana) e explicando-a, consulte-se CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico**. Milano: Dott. A. Giuffrè ed., 1967. p. 38 e ss.

Entre nós, tratando da questão a propósito da retrovenda com função de garantia, de modo extremamente didático, Alves (1967, p. 15 e ss.), mostrou que os negócios jurídicos indiretos se dividem em negócios fiduciários, negócios indiretos em sentido estrito e negócios por interposta pessoa. Não é preciso ir muito longe para mostrar que, na prática, os negócios indiretos são amplamente admitidos entre nós, pelo menos no que concerne aos negócios fiduciários. Sobre esta última modalidade, há jurisprudência do STJ no sentido de sua

Trataremos, a partir do próximo item da condição, na qualidade de modalidade do negócio jurídico, já que, como dissemos, ela é o instrumento que é usado pelas partes contratantes para obter a coligação voluntária de dois negócios jurídicos.

Discutiremos, ainda, a função da cláusula de coligação contratual. Isto é, quais são os motivos negociais que podem levar as partes a desejar uma coligação.

Por fim, encerramos este capítulo com o tratamento de dois exemplos de cláusulas de coligação voluntária. A primeira a cláusula de *cross default*, ou inadimplemento cruzado, comumente inserida em financiamentos. E a segunda a cláusula de correção dos planos de saúde celebrados antes da Lei 9.656/98 a partir da variação dos custos médicos.

2.2 As condições e a coligação voluntária

Por condição entende a doutrina aquele elemento particular do negócio jurídico que, derivando da autonomia privada, submete os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e incerto²⁴⁷.

validade, quando não se trate de infração à norma de ordem pública (por exemplo, como ocorreu no caso julgado no Agravo Regimental no Agravo 375.914/RJ, relatado pelo Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado pela E. 4ª Turma em 18/12/2001), ou se tratar de simulação.

Reconhecendo a legalidade do negócio jurídico indireto, em sua modalidade fiduciária, e, ainda declarando que ele se distingue do simulado, veja-se o que diz a ementa do Resp. 155.242/RJ, julgado pela E. 4ª Turma em 15/02/1999, relator o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

DIREITO CIVIL. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO. SIMULAÇÃO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, COM PROMESSA DE DEVOLUÇÃO. PAGAMENTO DE PARTE DO FINANCIAMENTO PELO VENDEDOR. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. NEGÓCIO REAL E NÃO APARENTE. ARTS. 102, 103 E 104, CC. VALORES JURÍDICOS. HERMENÊUTICA. RECURSO PROVIDO.

I - O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega de um bem, geralmente em garantia, com a condição, *verbi gratia*, de ser evolido posteriormente.

II - Na lição de Francesco Ferrara, "o negócio fiduciário, com o querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido" (FERRARA, Francesco. **A simulação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1939. p. 76).

III - No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade manifestada, ao contrário do negócio fiduciário, no qual a vontade declarada corresponde à realidade.

IV - No cotejo entre dois valores protegidos pelo Direito, cabe ao julgador prestigiar o de maior relevo e que no caso se manifesta com maior nitidez.

²⁴⁷ A própria Lei contempla uma definição de condição, no art. 121 do CC/02, seguindo o disposto no art. 114 do CC/16. Cf., em doutrina, exemplificativamente, AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2., p. 116 e ss. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro:

Não há que se falar em condição, no sentido técnico que ora desejamos destacar, para as prescrições legais que submetem certos efeitos dos negócios a acontecimentos futuros e incertos, sem que haja uma estipulação neste sentido²⁴⁸.

Por exemplo, é normal que na compra e venda, caso haja perda do objeto por força de uma decisão judicial incida a responsabilidade pela devolução do preço – hipótese de evicção²⁴⁹. A perda do objeto por força de decisão judicial, apesar de ser acontecimento futuro e incerto no momento da formação do contrato de compra e venda não se qualifica como condição. Isto porque não deriva de um exercício de autonomia privada, mas sim de um mandamento legal.

Por sinal, esta concepção já gerou problemas de natureza grave para alguns instrumentos que visam à obtenção de certos efeitos jurídicos, como é o caso da assim denominada condição resolutiva tácita²⁵⁰, que não é verdadeira condição, mas sim norma jurídica expressa que decreta certo efeito jurídico. Neste caso, a criação de um direito formativo extintivo para o credor possibilitando-o extinguir a obrigação por meio do equivalente e mais perdas e danos²⁵¹.

Freitas Bastos, 1962. v. 1. p. 487. MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1955. t.5. p. 97 e ss., mas especialmente pág. 99. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 555. RAO, Vicente. **Preleções de Direito civil**: publicadas pelo aluno Newton Caldeira Ferraz sem responsabilidade da Cátedra. São Paulo: [s.n.], 1937. pág. 122. E, finalmente, VELOSO, Zeno. **Condição, termo e encargo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 18.

Por sinal, seja consentida a digressão, o CC/02 inseriu, do ponto de vista sistemático, a condição em um capítulo intitulado “Da condição, do termo e do encargo”, substituindo a denominação anterior “Das modalidades do ato jurídico”. Esta última expressão foi criticada pela doutrina, por abranger o capítulo menos do que o título sugeriria. Repare-se que no projeto Bevilacqua era este o título. Com detalhadas informações sobre o processo legislativo do CC/16, consulte-se Coelho, (1925, p. 208 e ss.), mas especialmente, sobre este ponto específico, p. 224 e ss.

²⁴⁸ Estas são as chamadas *conditio iuris* e não são propriamente condições. Na realidade, toda proposição normativa completa, em última análise, comporta, para a metodologia jurídica tradicional, uma forma de “condição”. Cf. sobre a qualificação dos mandamentos jurídicos como *conditio iuris*, por todos, Veloso (1997, p. 48 e ss.)

²⁴⁹ Sobre a evicção, veja-se a obra clássica de Dias (1955). Registre-se apenas que a jurisprudência nos tempos recentes tem equiparado à “decisão judicial” também ato de autoridade administrativa para efeito de incidência da garantia da evicção. Por exemplo, a apreensão por autoridade policial. Veja-se, por todos, o Resp. 259.726/RJ, julgado pela E. 4ª Turma em 03/08/2004, relator o Sr. Min. Jorge Scartezzini. Mais recentemente na doutrina, consulte-se COSTA, José Eduardo da. **Evicção nos contratos onerosos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁵⁰ Cf., na doutrina, para o fundamento (a condição implícita é um deles) do direito de resolução do negócio jurídico por força do inadimplemento. (ASSIS, 2004, p. 54 e ss.). Ainda sobre resolução do contrato pelo inadimplemento, tratando da condição resolutiva tácita, veja-se o grande clássico do Direito brasileiro sobre o tema: ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949. Mais modernamente, AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

²⁵¹ Sobre esta qualificação e eficácia jurídicas veja-se Aguiar Junior (2003), mas especialmente pág. 21 e ss.

Os elementos particulares são sempre inseridos nos negócios jurídicos por força da autonomia das partes e são em número ilimitado, pois vigora para este fim uma ampla gama de liberdade – é conhecido o adágio que afirma ser permitido tudo o que não é vedado. A condição, como espécie de elemento accidental – ou particular como prefere, com razão em nossa opinião, parte da doutrina, é inserida nos negócios jurídicos por meio do exercício da autonomia privada²⁵².

A doutrina é unânime, diga-se de passagem, em afirmar que a condição só é elemento “accidental” até a sua inserção no negócio jurídico. Depois disto é tão essencial quanto os demais que caracterizam o negócio²⁵³.

Há mesmo vertente doutrinária que afirma serem as condições elementos inexas dos negócios jurídicos e não anexos. Inexas uma vez que se incorporam ao negócio jurídico e deles não mais são destacáveis²⁵⁴.

Na linguagem corrente nem sempre se utiliza a expressão condição com o sentido que ora empregamos. Há usos vulgares da expressão condição²⁵⁵.

Importante, para as finalidades aqui buscadas, relacionar o termo condição, como elemento particular do negócio jurídico, com as cláusulas contratuais, já que pretendemos demonstrar que a condição é, na parte geral, a *fattispecie* abstrata usada na cláusula de coligação.

Não devemos fazer, em linguagem rigorosamente técnica, confusão entre uma cláusula contratual e uma condição. Basta consultar a citação do Dicionário Caudas Aulete, que

²⁵² Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁵³ Trata-se de verdadeiro truismo doutrinário afirmá-lo. Basta consultar qualquer das obras que referimos sobre condição para vê-lo.

²⁵⁴ Utiliza-se da denominação elementos inexas do negócio jurídico, Miranda (1955, p. 98).

²⁵⁵ Por exemplo, veja-se o verbete do dicionário Caldas Aulete: “**Condição**, s.f. classe a que pertence uma pessoa por hierarquia, riqueza, qualidade, emprego, profissão: a desigualdade das *condições*; pessoa de baixa *condição*. || *Pessoa de condição*, pessoa nobre. || Distinção, categoria elevada. || Maneira de viver resultante das condições em que cada um se acha: aquela família está atualmente em más *condições*. || Índole, gênio, caráter; natural: D. Henrique, que reputavam frouxo e de *condição* imprópria para tão elevado cargo... (R. da Silva); Juntava à nobreza de sangue *condição* liberal e grande magnificência (Fr. L. de Souza); generoso por *condição*. || A maneira de ser; estado (falando das coisas): este prédio está em más *condições*. || Qualidades requeridas: *condições* de capacidade e moralidade. || Posição vantajosa ou desvantajosa em um negócio: de todos os sócios foi ele que ficou em melhores *condições*. || Cláusula, encargo, obrigação, que se impõe ou que se aceita: as *condições* de um contrato. || *Pôr condições*, propor alguma coisa de vantagem própria, antes de se ultimar um ajuste. || (...)”. Cf. (AULETE, 1958, p. 1078)

O uso técnico de condição nem mesmo aparece neste excelente dicionário. Em sentido muito semelhante, veja-se o verbete condição em Grave e Netto ([1928], p. 621).

Diferentemente, indicando outros significados, inclusive o técnico jurídico, HOUAISS, Antônio. et al. **Dicionário Houaiss da Língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2001. verbete condição.

fizemos na nota de rodapé número 254 para verificar que esta é um dos usos leigos da expressão condição.

A cláusula contratual é uma unidade dispositiva do contrato, uma forma de redução lingüística do conteúdo material do mesmo²⁵⁶. Para usar uma linguagem filosófica da escolástica, o conteúdo do contrato é a essência e a cláusula o acidente²⁵⁷.

Mutatis mutandis, como um artigo de lei não se confunde com a norma jurídica²⁵⁸. A condição, paralelamente, é uma das possíveis notas dispositivas que podem estar contidas dentro de uma ou algumas cláusulas contratuais²⁵⁹.

O que vai singularizar a condição frente às demais regras dispositivas do contrato é justamente a sua estrutura, na medida em que vincula a produção ou a cessação de efeitos jurídicos a acontecimento futuro e incerto.

Podemos configurar exemplos de cláusulas contratuais que criem, modifiquem ou extingam direitos imediatamente, como é o caso de uma obrigação vencível à vista. Ou mesmo direitos cuja eficácia esteja sujeita a um acontecimento futuro e certo, quando haverá termo²⁶⁰. As condições são apenas uma das várias possíveis modalidades de elementos particulares dos negócios jurídicos e, portanto, passíveis de figurar em um contrato, que é espécie de negócio jurídico²⁶¹.

²⁵⁶ Cf., em sentido algo diverso, Miranda (1958), onde escreve:

As cláusulas são *acordos*, se o acordo, por si só não é negócio. Para o *acordo* basta a coincidência de manifestações de vontade. Porém as cláusulas dos negócios jurídicos unilaterais não são acordos: fazem parte da manifestação de vontade que produz o efeito jurídico querido, isto é, que entra no mundo jurídico como negócio jurídico.

Para o autor a cláusula é o acordo de vontades e o conjunto de cláusulas o contrato. Note-se que a perspectiva de Pontes de Miranda é justamente a oposta da nossa: cláusula como substância e não como acidente.

²⁵⁷ Usada, em teologia para explicar a presença de Cristo na hóstia consagrada. O trigo é o acidente, mas a essência é o corpo d'Ele. Inclusive, a teologia católica denomina o que ocorre na consagração de transubstanciação, ou seja, uma mudança na substância, ainda que sem modificação no acidente. Veja-se o Catecismo da Igreja Católica §§ 1373-1381. No Brasil, a edição do Catecismo é conjunta das Editoras Vozes (Petrópolis), Paulinas (São Paulo), Paulus (São Paulo), Loyola (São Paulo) e Ave-Maria (São Paulo).

²⁵⁸ Cf., por todos, LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 450 e ss.

²⁵⁹ Cf. Miranda (1955, p. 114 e ss.), admitindo até mesmo que haja condições tacitamente estabelecidas. Na realidade, isto vem em reforço à idéia antes defendida: o clausulado contratual é apenas o ponto de partida da interpretação contratual, mas não o ponto de chegada da atividade hermenêutica.

²⁶⁰ Que é, juntamente com o encargo, a outra modalidade de elemento particular do negócio jurídico (ou elemento inexo, na terminologia Ponteana, ou ainda elemento acidental para grande parte da doutrina), que é estudada de modo particularmente especial.

²⁶¹ Esta relação contrato-negócio jurídico influenciou muito a própria elaboração da categoria negócio jurídico, que foi construída, em larga medida tendo o contrato como paradigma. Isto influencia até mesmo a estrutura dos

Neste passo, devemos introduzir uma noção de enorme importância: nem sempre as condições atingem a integralidade do negócio jurídico em que se inserem. É possível que façam surgir efeitos jurídicos – a condição e o termo estão sempre no plano da eficácia – relativamente a certos aspectos do negócio celebrado.

Não se deve imaginar que a condição é um tudo ou nada no que se refere à integralidade do negócio jurídico. Pode haver condição quando as partes prevejam acontecimentos – *rectius* fatos – futuros e incertos como produtores de eficácia jurídica²⁶².

Este outro aspecto que se deve destacar: a condição e o termo existem desde que são criados – normalmente contemporaneamente com a constituição do negócio. Eles passam pelo plano da validade no momento em que são criados. Mas os efeitos jurídicos previstos só entram no plano da eficácia, respectivamente, quando o acontecimento futuro e incerto ocorre, ou quando chega o acontecimento delimitado. A condição e o termo alteram o mundo jurídico no plano da eficácia e não da existência²⁶³.

As condições podem ser suspensivas ou resolutivas. Suspensivas, quando fazem produzir um efeito jurídico diante do acontecimento incerto que foi previsto pelas partes. Resolutiva, quando faz cessar os efeitos do negócio²⁶⁴.

As cláusulas de coligação negocial preenchem estes requisitos todos: são estipulações das partes inseridas no bojo de um negócio jurídico contratual fazendo com que certos efeitos sejam produzidos diante de acontecimentos futuros e incertos. A peculiaridade que se apresenta é que estes acontecimentos futuros e incertos são efeitos jurídicos decorrentes de outros contratos, que neste caso, já destacamos anteriormente, são tratados como simples fatos.

Não existe uma vedação legal para condições deste tipo. Realizar este tipo de negócio está dentro do âmbito de autonomia privada das partes. Afinal, tudo o que não é proibido pelo ordenamento jurídico é permitido²⁶⁵.

O efeito jurídico de um contrato é tratado, para que seja categorizado como condição em outro, como um fato.

livros jurídicos. Veja-se, por exemplo, o papel que desempenha o contrato no livro de Galgano (1988). Parte substancial do livro é dedicada à figura contratual.

²⁶² Cf., admitindo que dentro de contratos simples haja partes condicionais, Miranda (1955, p. 104).

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ A classificação é tradicional na Ciência do Direito e não parece ser colocada em causa. Cf., por todos, Veloso (1997, p. 49 e ss.)

²⁶⁵ Evidentemente não se quer dizer com isto que as partes possam praticar fraude à lei ou simulação. Mas podem, seguramente, praticar negócios jurídicos indiretos, como mostramos no final do item 1 deste capítulo.

Por sinal o contrato é, antes mesmo de ser um negócio jurídico, um fato, querendo significar um acontecimento da realidade, um acontecimento do mundo real. O adjetivo jurídico só se coloca em algo que já é²⁶⁶.

As cláusulas de coligação, portanto, constituem-se como condições na acepção da parte geral do Direito civil e na prática tratam os contratos alheios como simples fatos e não na qualidade de negócios jurídicos.

Qualificar as cláusulas de coligação negocial como condições no sentido da Parte geral do Direito civil traz pelo menos um importante desdobramento: a teoria das invalidades aplicável às condições, também são aplicáveis às cláusulas de coligação que se submetam a esta categorização.

Afinal, a parte geral é um repositório de normas abstratas e genéricas que se projetam nos diversos ramos da parte especial²⁶⁷. E se isto é assim, logicamente, partindo da idéia de que os predicados do geral aplicam-se aos casos particulares, parece natural a aplicação das normas sobre condição, com particular interesse aquelas sobre invalidades, às cláusulas de coligação negocial²⁶⁸.

²⁶⁶ Afinal, o Direito é um sistema de 2ª ordem. Trabalha com fatos, mas possui relativa autonomia. Cf., neste sentido, Azevedo, Antônio (2002).

²⁶⁷ Cf., por exemplo, Nonato (1940, p. 38-46), onde escreve, na p. 42: “A ‘Parte Geral’ reúne materiais diferentes com um traço, porém, de união: o de se referirem a todas as outras partes do Direito civil. Congrega os elementos comuns a todas as relações jurídicas, cuidando, essencialmente, do sujeito do direito, do objeto do direito e do fato jurídico”.

O tema da parte geral de um código civil – o seu conteúdo e conveniência – é extremamente discutido. Historicamente a parte geral surge como uma elaboração da padencística alemã do século XIX, quando se procurou decantar conceitualmente as noções fundamentais do Direito civil. Segundo Medicus (1997, p. 11), aparece a divisão entre parte geral e parte especial, em obras de ensino do Direito, pela primeira vez na obra de Georg Arnold Heise, cuja primeira edição é de 1807, visando a facilitar a explicação do material romano contido nas Institutas.

Sobre o tema das origens históricas de uma parte geral do código civil, veja-se, sinteticamente, Wiecker (1993, p. 558 e ss.). De um ponto de vista sintético Rescigno (1991, p. 228 e seguintes). Veja-se também Azevedo, Antônio (1973, p. 31-37). Por fim, ainda entre nós, a coletânea de textos e ensaios de Alves (1986). Ainda o ensaio específico de Jayme (2002, p. 141-154), havendo também versão alemã na mesma publicação nas pág. 807-819, sendo o original em italiano e a tradução (com ligeiros incrementos) feita pelo próprio autor. Na mesma coletânea, Gandolfi (2002, p.237-247). Versão alemã às pág. 909-920.

Um dos argumentos contra a parte geral do Direito civil é justamente a introdução de um caráter excessivamente científico-abstrato no seio do Código. A este propósito veja-se REIS, Carlos David Aarão. A matematização do direito e as origens da parte geral do direito civil. **Revista de informação legislativa**, [S.l.], v. 34., n. 133., jan./mar. 1997. p. 35-40.

Não podemos, contudo, esgotar este relevante tema de Direito civil, por escapar dos objetivos da presente tese. A bibliografia indicada, porém, parece-nos suficiente para uma introdução ao tema bastante adequada.

²⁶⁸ A idéia de parte geral tem um sabor muito marcado de jurisprudência dos conceitos ao estilo de Puchta. Cf., para esta página da história da metodologia jurídica, LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 21 e ss.

O CC/02 dispõe que em alguns casos as condições invalidam integralmente o negócio jurídico. A sistemática respectiva decorre da interpretação dos arts. 123 e 124 do CC/02²⁶⁹.

Seria concebível, partindo-se desta premissa, por meio de um desenvolvimento simplesmente lógico formal, que o contrato ficasse integralmente invalidado se houvesse a inserção de uma cláusula de coligação que estivesse dentro deste campo de incidência (condições suspensivas física ou juridicamente impossíveis, condições ilícitas, ou condições ilícitas ou de fazer coisa ilícita, segundo os incisos do art. 123 do CC/02). Não é este o caso, contudo.

Isto porque, este é um campo extremamente fértil para a aplicação da redução do negócio jurídico.

A redução do negócio jurídico é uma das técnicas utilizadas para garantir a conservação dos negócios jurídicos²⁷⁰. Em estreita síntese, os negócios jurídicos, por serem socialmente úteis devem, dentro da medida do possível, ser preservados. Não se deve decretar a invalidade integral de um negócio jurídico sem necessidade²⁷¹.

Em uma perspectiva voluntarista, poderíamos, ainda, acrescentar: deve-se, dentro da medida do possível preservar a manifestação de vontade das partes. Os efeitos queridos devem ser, ao máximo, mantidos. Afinal, se a vontade é o grande motor do Direito e o Estado apenas deve ter um papel de garantia de sua eficácia, nada mais natural que preservar a vontade²⁷².

²⁶⁹ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. et al. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004. v. 1. p. 249 e ss.

²⁷⁰ Cf. na doutrina portuguesa, incidentalmente, Fernandes (1993, p. 531 e ss.), ao falar da “delimitação negativa” da conversão substancial, afirmando que a redução e a conversão podem aproximar-se. Diga-se, apenas de passagem, que as relações entre conversão e redução vão mais para além do simples binômio conversão-invalidade total e redução-invalidade parcial do negócio jurídico. Entre nós, BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor** – conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. São Paulo: RT, 2002. Consulte-se do mesmo modo VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. *Last but not least*, MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Org.). **A parte geral geral do novo Código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁷¹ Aplicando-se o brocardo, bastante conhecido em matéria de invalidades processuais, *utile per inutile non vitiatur*.

²⁷² Afirmação justificável a partir de duas premissas básicas: de um lado o papel do Estado, que deveria ser não intervencionista nos negócios privados e de outro o papel da vontade na criação das obrigações. Cf. Waline (1945, p. 170), onde escreve: “Le contrat librement conclu s’incorpore à ordonnance juridique. Le contractant qui n’obtient pas l’exécution de son engagement par l’autre partie a droit à la protection de l’autorité publique pour contraindre le débiteur à s’exécuter, avec la même force que s’il s’agissait d’exécuter la loi elle même”.

A vontade torna-se medida e sua tutela a função por excelência de todo ordenamento jurídico.

Mais modernamente, a boa-fé e a tutela das expectativas, juntamente com a consideração de que os negócios jurídicos produzem efeitos sociais positivos, na medida em que propiciam a pujança econômica de uma sociedade, tem papel decisivo na fundamentação da conservação dos negócios jurídicos.

Isto ocasiona a aplicação de diversos remédios para a manutenção dos negócios jurídicos, como a conversão substancial²⁷³ e a redução do negócio jurídico.

Por redução do negócio jurídico entende-se a amputação de partes inválidas que não prejudiquem a integralidade do negócio, mantendo-se as partes restantes.

Para que se possa falar de redução do negócio jurídico, já intuitivo, é necessário que haja um negócio com partes destacáveis, pois se houver um todo unitário e incidível não é possível aplicar-se este método de conservação do negócio jurídico.

Uma invalidade referente, por exemplo, ao cerne do objeto não pode ser sanada por meio de redução do negócio jurídico.

Porém, a cláusula de coligação é apenas uma parte do negócio. Já mostramos anteriormente que as condições podem atingir a integralidade do negócio jurídico ou apenas partes destacáveis deste. Assim sendo, se apenas uma parte do negócio é condicional, não há, em linha de princípio, quaisquer problemas na amputação da parte condicional, *rectius* na amputação da coligação, tratando os dois negócios separadamente.

Por exemplo, isto poderia acontecer em matéria de reajustes de preços usando-se índices de reajustes de outros contratos. Se há uma espécie de “gatilho”, que permite reajustes se houver aumentos em outros contratos e, por qualquer circunstância houver uma invalidade neste mecanismo, imaginemos uma lei posterior de aplicação imediata²⁷⁴ que o vedasse, não haveria impedimento para a amputação desta cláusula contratual e manutenção do negócio.

²⁷³ Sobre a conversão do negócio jurídico, veja-se, além da obra citada anteriormente, DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁷⁴ Por mais que fosse de constitucionalidade duvidosa esta norma atingindo contratos celebrados anteriormente e violando as garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. O exemplo, contudo, é bom por ser bem simples e ilustrativo do que queremos demonstrar.

Veja-se, por exemplo, o paradigma de Direito intertemporal julgado pelo E. STF no Rext 104.183/RJ, relator o Sr. Min. Néri da Silveira, sendo órgão julgador a E. 1ª Turma, em 24/11/1987.

O tema do direito intertemporal aplicável aos contratos comporta, contudo, grande complexidade, que não podemos esgotar nesta tese. Uma excelente síntese da doutrina esposada no STF pode ser encontrada no inteiro teor da ADIN 493/DF, julgada pelo Tribunal Pleno em 25/03/1992, relator o Sr. Min. Moreira Alves. A Corte adotou a tese de Matos Peixoto das retroatividades máxima, média e mínima, mas isto é tema que não podemos aqui abordar.

Apenas para esclarecer, cf. PEIXOTO (1955, p. 204 e ss.), onde escreve:

Dá-se a retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova prejudica a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os atos jurídicos consumados.

A redução do negócio jurídico é, portanto, outra expressão do princípio da conservação dos negócios, quando se pode separar uma parte destacável do negócio.

O negócio passível de redução envolve diversas partes destacáveis, apesar de ser um negócio unitário. A invalidade – ou ineficácia – de uma das partes não implica na nulidade de todas, desde que, obviamente, não se trate de aspecto central concernente a todas as partes do negócio; apenas extrai-se a parte inválida do contexto negocial, continuando as demais válidas e eficazes²⁷⁵.

(...). A retroatividade é média, quando a lei nova atinge as prestações exigíveis mas ainda não cumpridas na data de sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos. Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor. (...).

Não destoa do entendimento do STF o E. STJ, que desposa tal entendimento, por exemplo, no Resp. 302.896/RS, julgado pela E. 4ª Turma em 18/04/2002, tendo como relator o Sr. Min. Aldir Passarinho Jr.

Na doutrina, muito sinteticamente, remetemos o leitor para o clássico Rao (1991, p. 283 e ss.). Veja-se, de modo mais completo, o magistral Espínola e Espínola Filho (1939, p. 137 e ss.)

Mais recentemente, remetemos o leitor, no Direito constitucional, para Castro (2003, p. 226 e ss.), mas especialmente, no que concerne à doutrina esposada pelo STF, p. 229 e ss.

No âmbito do Direito privado, veja-se TOLOMEI, Carlos Young. **A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁷⁵ Diz a doutrina especializada, especificamente no que concerne ao Direito do consumidor, mas com aplicabilidade ao Direito civil em geral: “Como regra, somente é possível falar de redução quando o negócio jurídico em foco for único (unitário), podendo ser simples ou complexo, cingindo-se a invalidade a uma parte do seu conteúdo. O negócio reduzido é ainda o mesmo, apenas amputado numa parte do seu conteúdo originário, notadamente, a parte inválida” (p. 23).

O mesmo autor prossegue mais à frente: “A divisibilidade objetiva decorre da lei ou da própria natureza ou conteúdo do contrato. Tal requisito para aplicação da redução consiste na necessidade de que o negócio jurídico unitário possa dividir-se em partes, pressupondo que as disposições que o compõem podem ser tratadas independentemente uma das outras, no sentido de que *a parte válida seja passível de existir autonomamente. A parte válida há e ter possibilidade de permanecer no ordenamento jurídico em termos jurídico-formais e, ademais, que possuir aptidão para realizar sua função econômica-social, independentemente da parte inválida do conteúdo contratual.* (...) Em termos específicos de redução, para que seja reconhecida divisível, *é necessário que o negócio possa dividir-se em partes, sem que varie seu caráter, e que a parte restante seja ainda um negócio jurídico considerado por si só.* Assim, a rigor, o negócio será materialmente indivisível quando a parte válida, remanescente após o expurgo da inválida, *for carente de elementos correspondentes os essenciais aos negócios jurídicos em geral, ou dos elementos específicos caracterizadores do negócio firmado pelos contratantes. Trata-se da situação em que a amputação da parte inválida fez com que o negócio originário não pudesse subsistir por falta de elemento indispensável a todo de qualquer negócio jurídico ou, especificamente, àquela contratação*”. Grifos no original. (p. 26 e 27).

E, por fim, remata destacando que a redução do negócio jurídico é uma forma da preservação da funcionalidade original do negócio jurídico: “O que devemos buscar, e cremos que a redução contribui para tanto, é uma forma de controle contratual que forneça uma efetiva preservação dos interesses do consumidor sem prejuízo das relações de comércio e sem sufocar o crescimento econômico do país, permitindo uma coexistência entre os interesses contratuais dos consumidores e dos fornecedores, empresários comerciantes ou prestadores de serviços, atendendo aos reclamos de justiça contratual”. (p. 191).

O próprio legislador do Código civil, *e.g.* no art. 1.428, cria hipóteses de redução do negócio jurídico, sem prejuízo de outras a serem adotadas nos casos concretos não previstos por meio da aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico.

A redução é perfeitamente aplicável, em linha de princípio, nos casos de cláusulas de coligação. A parte condicional do negócio pode ser retirada, desde que isto não venha a prejudicar o negócio jurídico em seu aspecto nodal.

Em matéria de contratos internacionais, os princípios UNIDROIT prevêm, inclusive, a redução do negócio jurídico²⁷⁶.

Há várias outras questões que poderiam ser abordadas por nós a propósito da cláusula de coligação, como por exemplo, o problema da (ir)retroatividade da condição suspensiva²⁷⁷.

Porém, não é nosso objetivo nesta tese desenvolver completamente o tema da condição a propósito da cláusula de coligação. Desejamos apenas mostrar que a coligação contratual pode ter por fonte a lei, a tutela da boa-fé, ou a autonomia privada. Neste último caso, as partes se utilizam o remédio técnico da condição, no sentido da Parte geral do Direito civil, – ou eventualmente do termo – como instrumentos para obter esta finalidade econômica.

Frise-se, por fim, que há certas cláusulas de coligação que podem conter algumas estipulações mistas, como é o caso da *pari passu* utilizada com freqüência na reestruturação de dívidas²⁷⁸.

A cláusula *pari passu* faz com que o devedor se obrigue a não privilegiar qualquer dos devedores de uma mesma categoria mesmo estando em uma situação de solvência, o que afasta a incidência do princípio do *par conditio creditorum*. Ou seja, os eventuais pagamentos feitos aos diversos credores devem ser *pro rata*.

Acessório à cláusula está, normalmente, o dever de informar os pagamentos eventualmente realizados, o que não constitui evidentemente nenhuma condição no sentido que tratamos.

²⁷⁶ “Article 3.16 (annulation partielle). L’anulation se limite aux seules clauses du contrat visées par la cause d’annulation, à moïn que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autrs dispositions du contrat”. Por sinal, os princípios do UNIDROIT são destinados à aplicação nos contratos internacionais, mas contêm uma excelente síntese da disciplina contratual em âmbito mundial, construídos a partir de uma vasta troca de experiências comparadas. Cf. CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) **Contratos internacionais e Direito econômico no MERCOSUL**. São Paulo: Letras Trabalhistas, 1996. p. 95-105.

²⁷⁷ Sobre o tema a monografia clássica Amaral Neto (1984).

²⁷⁸ Sobre a cláusula *pari passu*, veja-se, por todos, Casella e Freire (1994, p. 54 e ss.). Em inglês, consulte-se ainda Buchheit e Reisner (1988, p. 493-517).

Não é nossa proposta, contudo, esgotar este tema. As cláusulas de coligação podem ser de infinitos tipos, diante de todas as possibilidades abertas pela autonomia privada para a atuação dos agentes econômicos.

Passemos a falar das possíveis funções da cláusula de coligação contratual.

2.3 A função das cláusulas de coligação voluntária

As cláusulas de coligação voluntária podem desempenhar várias funções diferentes. Aliás, o número de cláusulas de coligação voluntária é ilimitado, pois são incontáveis os efeitos jurídicos que a autonomia privada pode prender a situações acontecidas em outros contratos.

Nas condições suspensivas e resolutivas as partes envolvidas podem prever um número praticamente infinito de situações que ocasionam uma quantidade indeterminável de efeitos jurídicos.

Assim sendo, uma tipificação completa dos efeitos possíveis das cláusulas de coligação é também impossível. Ainda que houvesse possibilidade, não é o nosso tema demonstrá-la, pois o nosso objetivo é mais modesto: queremos elaborar uma teoria científica das causas de coligação. Vejamos apenas algumas delas, em listagem não exaustiva, mas que procura dar alguns exemplos que colaborem para uma melhor compreensão das cláusulas de coligação.

Uma primeira função destas cláusulas é reforçar a situação do credor diante do inadimplemento do devedor. Ou seja, reduzir o risco a que está exposto o credor de um devedor.

Isto se torna particularmente agudo em hipóteses como as de *project finance*, quando o insucesso do empreendimento normalmente acarretará no inadimplemento, diante da descentralização que marca este tipo de operação.

O *project finance*²⁷⁹ caracteriza-se por ser uma técnica de financiamento que se baseia no sucesso do empreendimento, já que não existe um patrimônio suficiente para cobrir o investimento em caso de insucesso do mesmo²⁸⁰.

²⁷⁹ “Project finance is used by private sector companies as a means of funding major projects off balance sheet (...). At the heart of the project finance transaction is the concession company, a Special Purpose Vehicle (SPV) which consists of the consortium shareholders who may be investors or have other interests in the project (such as contractor or operator). The SPV is created as an independent legal entity which enters into contractual agreements with a number of other parties necessary in a project finance deal”. Ou seja, a partir da criação de uma SPV o conjunto de acionistas limita os riscos negociais do insucesso do empreendimento específico ao

Observaremos mais à frente das possibilidades de distribuição negocial do risco entre os diversos atores econômicos participantes de um empreendimento. O *project finance* é uma destas modalidades.

Ao se constituir uma SPV (*special purpose vehicle*) ou SPE (sociedade com propósito específico), isola-se o risco de um empreendimento por meio da separação patrimonial resultante da personalidade jurídica distinta²⁸¹. Note-se que ambas as designações são sinônimas e são usadas indistintamente neste texto.

Uma empresa²⁸² – sociedade, grupo de sociedades, etc – bem sucedida em outras áreas pode desejar investir em um empreendimento qualquer sem arriscar uma grande parte de seu patrimônio. Para isto, constitui pessoa jurídica separada (o SPV, ou a SPE), que recebe um aporte financeiro de um banco, para desenvolver o empreendimento específico.

O *project finance*²⁸³ é uma modalidade de financiamento em que há um enorme complexo de contratos ligados entre si pela sua finalidade econômica comum²⁸⁴ e que podem

patrimônio investido naquele negócio, sem comprometer os demais ativos da sociedade. Citação disponível em: <<http://www.ipfa.org>> Acesso em: 29 nov. 2004.

²⁸⁰ Cf., por exemplo, Mattout (1992, p. 345-359). Na p. 345, escreve: “C’est sans doute un signe des temps que le financement de projet soit apparu en tant que catégorie autonome de financement dans la pratique bancaire au moment où les économistes commencent à parler du capitalisme sans capital. Les sens le plus général donné à cette expression est celui où le prêteur intervient, non pas dans le cadre du développement courant d’une entreprise pour les différents projets qu’elle conduit à mettre en œuvre, mais pour financer une opération précise et importante, isolée, au plan juridique comme un plan financier, de la marche courante des affaires des promoteurs et dont seuls les revenus escomptés serviront à assurer réellement le remboursement”. Há tradução para o português, publicada com a seguinte referência: MATTOUT, Jean-Pierre. O financiamento de projeto ou o poder do contrato. **Revista de Direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 2., n. 4.:jan./abr. 1999. p. 71-79.

²⁸¹ Por meio do dogma da separação patrimonial entre sócios e sociedade, que só pode ser afastada pontualmente por meio da desconsideração da personalidade jurídica. Cf., por todos o sempre útil Oliveira (1962). Em verdade, a pessoa jurídica existe mesmo antes de seu registro, segundo o autor paranaense, pois o Direito empresa eficácia jurídica, por exemplo, à sociedade em comum do CC/02 (art. 986 e ss). Isto demonstra que na realidade a sociedade pré-existe ao registro, que é ato meramente declaratório do ponto de vista substancial e constitutivo da eficácia jurídica perante terceiros de certas cláusulas inseridas no contrato social.

²⁸² Sobre a distinção entre pessoa jurídica, grupos de sociedades e empresa remetemos o leitor, em uma perspectiva clássica, para Barreto Filho (1988). Consulte-se também Lobo (1978).

²⁸³ A bibliografia sobre *project finance* no Brasil não é muito vasta. Citamos alguns artigos de doutrina que localizamos, na fase de pesquisa para a elaboração da tese de doutorado. Após, encontramos ainda alguns outros, que não são aqui referidos, por não termos tido a oportunidade de consultá-los. Veja-se, além da bibliografia que referimos nestas páginas, BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants – instrumentos de garantia em *project finance*. **Revista de Direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 123-135, jun. 1999. Veja-se também BORGES, Luiz Ferreira Xavier. *Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas*. **Revista de Direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 123-134, jun. 1999.

²⁸⁴ Cf., por exemplo, Finnerty (1999), onde escreve:

Os arranjos do *project finance* envolvem, invariavelmente, fortes relações contratuais entre múltiplas partes. O *project finance* somente funciona para aqueles projetos que possam estabelecer tais relações e mantê-las a custos toleráveis. Para montar um *project finance*, deve existir uma verdadeira ‘comunidade de interesse’

vir a sofrer uma coligação voluntária. A cláusula de *cross default* a que aludiremos mais à frente é um exemplo marcante de possibilidade. Principalmente se houver mais de um credor bancário envolvido no financiamento.

Note-se que a separação patrimonial isola, deste modo, jurídica e financeiramente os riscos, inerentes ao empreendimento financiado por meio do *project finance*, dos demais negócios da empresa.

Aliás, o próprio *project finance* é uma técnica de distribuição contratual de riscos de um empreendimento entre diversas partes contratantes²⁸⁵.

Ressalte-se a importância da coligação voluntária no *project finance*: uma SPV pode contratar com um banco um financiamento comprometendo parte dos seus recebíveis para o serviço da respectiva dívida.

Por uma questão de segurança, pode-se estabelecer, por exemplo, que a extinção de um contrato de concessão com um ente estatal, fonte primária de receitas do financiado, provoquem o vencimento antecipado das obrigações, de sorte a melhor proteger os interesses do credor-financiador do projeto.

A importância de tal cláusula neste caso mostra-se em face da situação da própria SPV. Trata-se de uma sociedade constituída para um fim específico, para um negócio concreto²⁸⁶, sendo muito freqüentemente um desdobramento de uma outra sociedade, ou grupo de empresas.

entre as partes envolvidas no projeto. O *project finance* somente terá sucesso se for do interesse de todas as partes envolvidas que tal aconteça; somente assim as partes farão tudo que puderem para assegurar tal sucesso. Para praticantes experientes, a prova de fogo da solidez de uma proposta do *project finance* é se todas as partes podem razoavelmente esperar benefícios sob o arranjo de financiamento proposto. Para que alcance um arranjo do *project finance* bem-sucedido, portanto, o engenheiro financeiro deve projetar uma estrutura de financiamento – e embutir aquela estrutura em uma série de contratos – que possibilitará a cada uma das partes realizar um ganho decorrente do arranjo. (FINNERTY, 1999, p. 16)

²⁸⁵ Cf. Finnerty (1999, p. 9), onde anota:

Freqüentemente, os riscos associados a um projeto são tão grandes que não seria prudente que uma única parte os assumisse sozinha. O *project finance* permite o compartilhamento de riscos operacionais e financeiros entre as várias partes interessadas, e o faz de forma mais flexível do que o financiamento com base no crédito geral dos patrocinadores. O compartilhamento de riscos é vantajoso quando os riscos econômicos, técnicos, ambientais ou decorrentes de regulamentação são de tal magnitude que seria impraticável ou imprudente que uma única parte os assumisse. Uma estrutura de financiamento que facilite a propriedade e o compartilhamento de riscos múltiplos é especialmente atraente para projetos como instalações de geração de energia elétrica, em que significativas economias de escala são possíveis e o projeto traz benefícios a várias partes.

²⁸⁶ Na realidade a constituição da SPV, usando-se o *project finance*, tem uma série de vantagens, mas é de sua essência que o negócio que será financiado por seu meio seja gerenciável independentemente, ou que tenha

A SPV, do ponto de vista societário, pode ser o resultado de uma associação entre empresas diferentes²⁸⁷, hipótese na qual será preciso estabelecer regras para a renegociação contínua da participação na operação, pois os projetos em que se utiliza o *project finance* normalmente são de longo prazo, particularmente para o investimento em infra-estruturas (estradas, portos, etc), energia (geração ou distribuição de energia elétrica), ou na área de petróleo e gás²⁸⁸. O empresário-concessionário pode, também, servir-se da subsidiária integral como forma societária, quando estiver disposto a gerir e financiar uma parcela dos custos sozinho, sem comprometer o restante do patrimônio da empresa.

Por sinal, é esta a relevante função da limitação da responsabilidade dos sócios quando da constituição da pessoa jurídica. Ao permitir-se que alguém arrisque apenas uma parcela dos seus bens e não a integralidade destes em uma empresa, automaticamente reduzem-se os riscos envolvidos para o empresário, que se vê estimulado.

A técnica de constituição da SPV funciona de modo análogo. O problema fundamental aqui é, naturalmente, o da desconsideração da personalidade jurídica²⁸⁹. Apesar de não podermos abordar o tema da desconsideração da personalidade jurídica nos estreitos limites da tese aqui proposta, impende gizar que a limitação patrimonial cumpre uma importante função social ligada à livre iniciativa e de estímulo à atividade econômica, o que em si produz bons resultados.

acesso garantido – por exemplo, por meio de relações contratuais de longo prazo – a fontes de matérias-primas e *assets* necessários para o funcionamento da operação.

²⁸⁷ Muitas vezes o(s) credor(es) banqueiro(s), que banca(m) parte do projeto é (são) convidado(s) a participar na composição societário da SPV, que abarca o empreendimento, ainda que com uma participação simbólica.

²⁸⁸ Sobre o *project finance* na indústria petrolífera no Brasil, remetemos o leitor para MOURA, Marcelo Viveiros; SILVA, Leonardo Miranda da. Algumas considerações jurídicas sobre financiamentos de projetos de petróleo e gás no Brasil sob a modalidade de *project finance*. In: VALOIS, Paulo. **Temas de Direito do Petróleo e do gás natural**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 185-203. O texto ainda dá uma boa noção introdutória do funcionamento desta modalidade de financiamento.

²⁸⁹ Para ulteriores aprofundamentos tanto sobre a função social da limitação da responsabilidade, quanto para um adequado tratamento da desconsideração da personalidade jurídica, remetemos o leitor para o indispensável Oliveira (1979). O autor já comentava neste livro aquilo que viria a se tornar o art. 50 do CC/02, que consagra a desconsideração da personalidade jurídica. Deixamos, por uma questão de objetividade, de indicar ulteriores referências sobre a dogmática atual da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. Sobre algumas técnicas de gestão da responsabilidade individual, veja-se SALOMÃO FILHO, Calixto. Formas societárias e não societárias de limitação da responsabilidade do comerciante individual. In: _____. **O novo Direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 43-75. Neste mesmo livro há estudo específico sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

Acrescente-se o fato de que normalmente a equação financeira quando há um *project finance* vai no sentido de que o operador da SPV investe um capital menor²⁹⁰ do que o mutuante²⁹¹.

A coligação neste caso serve a um propósito: ao antecipar-se a exigibilidade das obrigações contratuais evita-se que o credor sofra o risco de concorrer com credores mais privilegiados e mesmo os de mesma categoria em caso de insolvência/falência do devedor. Daí afirmarmos que a coligação contratual pode servir para reduzir o risco a que se submete um credor.

Não é nosso objetivo, aqui, tratar especificamente de *project finance*, até porque esta modalidade de operação é rica o suficiente para comportar um trabalho autônomo. Digamos apenas que com o *project finance* em suas linhas gerais, são necessárias avaliações precisas do risco de construção do empreendimento e de sua operação, para que o credor bancário tenha certeza de seu reembolso. Sem uma avaliação precisa do risco, o credor corre riscos extremamente elevados de ver-se não pago.

O *project finance*, assim, é, sob certo prisma, uma modalidade de transferência do risco de insucesso de um empreendimento do empresário para os credores da SPV, particularmente dos credores bancários. As peculiaridades do caso concreto podem, evidentemente, relativizar esta afirmação, pois é muito freqüente a co-participação do empreendedor no financiamento do projeto, quando concorrerão conjuntamente no risco todas as partes²⁹².

²⁹⁰ Cf. Maisto (2000, p. 69-70), onde destaca que o *project finance* é um modo de dividir os lucros de um empreendimento alavancado financeiramente por um agente bancário que empresta uma quantia proporcionalmente maior ou menor em face do investimento dependendo do risco a que esteja disposto a correr naquele negócio específico.

²⁹¹ Do ponto de vista jurídico, vários são os caminhos possíveis para a operacionalização da “dívida” relativa ao financiamento, sendo que nem sempre será viável o vencimento antecipado da dívida dependendo da escolha realizada para aquele negócio específico. Alguns envolvem participação societária, podendo-se usar de mecanismos como o das ações preferenciais, ou o das debêntures emitidas para subscrição particular, ou mesmo pública, entrando o agente financeiro como colocador dos títulos por meio do contrato de *underwriting* (que pode ser firme), etc. Também é possível o mecanismo contratual não societário, servindo-se as partes, por exemplo, de um contrato de mútuo. Relava de modo particular o problema do poder de controle na utilização dos mecanismos societários, onde as partes envolvidas podem usar de diversos mecanismos para discipliná-lo. Entre eles contam-se acordos de acionistas/cotistas, voto múltiplo para certas deliberações, vantagens políticas para certas categorias de ações, entre outros. Cf., sobre o tema do poder de controle e os mecanismos para a respectiva disciplina, o clássico Comparato (1977). A disciplina específica do *project finance* e as suas diversas modalidades não é tema que possamos abordar aqui.

²⁹² Nos livros que tratam de *project finance*, são vários especialmente em inglês, há quase sempre casos concretos que mostram a estruturação da operação que foi realizada. Em português, remetemos o leitor para o já citado Finnerty (1999), bem como para Bonomi e Malvessi (2004).

De toda sorte afigura-se, diante da característica de basear-se o *project finance* em uma engenharia de ativos específicos de um projeto, com uma clara insuficiência dos mesmos para saldar o seu endividamento total nos curto e médio prazos, que se tem aí uma técnica de para alavancar recursos e distribuir-se contratualmente o risco de insucesso do empreendimento²⁹³.

Aliás, nada mais convincente para estimular, de fato, um financiamento do que a colocação de recursos próprios do empreendedor visando à consecução do projeto.

O *project finance* envolve muitas vezes parcerias de detentores de técnicas específicas no negócio que se vai desenvolver, além de capitalistas e outros parceiros especializados. Por exemplo, respectivamente, uma empresa com experiência na gestão de estradas, bancos e construtoras em um investimento de infra-estrutura deste tipo.

A confiança que se gera entre os participantes do *project finance* deve impedir que algum dos parceiros licitamente aja de modo a prejudicar os interesses dos demais participantes. Mas a este ponto específico retornaremos no capítulo III desta tese.

Retornemos, contudo, à coligação voluntária.

O segundo exemplo a que aludiremos no item 5 do presente capítulo é um exemplo de distribuição de custos entre os participantes de uma relação, visando à manutenção mesma do sistema econômico fundado na pluralidade de contratos entre partes diversas.

A cláusula de coligação contratual nos contratos de planos de saúde serve especificamente para garantir que a característica relacional do contrato de plano de saúde não prejudique o sucesso econômico da operação.

A relação nos planos de saúde é triangular: operadora de plano de saúde – consumidor; consumidor – prestador de serviços; e, por fim, prestador de serviços – operadora. Pela imbricação destas relações inserir uma cláusula garantindo a coligação nas relações é uma garantia de que caso haja vicissitudes em um dos vínculos isto pode atingir aos demais garantindo uma posição estática do ponto de vista econômico.

O sistema de planos de saúde, veremos com mais vagar no próximo item, está fundado em um modelo securitário. E o modo de ser econômico da própria estrutura dos seguros exige, para a sua sustentação no longo prazo, que os contratos se ajustem a alguns fatores, sendo esta a segunda das funções da cláusula de coligação que destacaremos nesta tese.

²⁹³ O que em si não é novo, pois no contrato de sociedade com responsabilidade limitada isto é o que se faz em última análise. A técnica é nova, mas não o seu objetivo.

A listagem de funções das cláusulas de coligação negocial não é exaustiva, pois todos os dias a imaginação das partes cria novos negócios possíveis, podendo também criar novas funções para a cláusula de coligação negocial. Afinal, a autonomia privada serve, justamente a este importante propósito: dinamização das atividades econômicas. Cada vez que alguém cria um novo negócio (em seu sentido econômico mais amplo) cria também um novo tipo contratual, ou utiliza-se de velhos tipos com novas funções.

A função dos negócios jurídicos e dos instrumentos que a ordem jurídica coloca a disposição dos interessados é coisa que, sem prejuízo do legislador pensar em uma função específica, é de competência das partes – lembremos a admissibilidade dos negócios jurídicos indiretos.

Passemos, agora, a cuidar dos exemplos de cláusulas de coligação negocial.

2.4 A cláusula na prática: *cross default* e os planos de saúde anteriores à lei 9.656/98

O inadimplemento gera um direito potestativo para o credor de provocar o vencimento antecipado das dívidas. Isto não é qualquer novidade em nosso sistema jurídico. Na realidade, quando se permite que o devedor pague uma dívida em partes, ou afastado temporalmente de sua formação, isto é um benefício em seu favor, que não deve reverter de modo grave contra o credor²⁹⁴.

A doutrina assinala, em matéria de direitos reais de garantia, que a impontualidade em um compromisso é uma demonstração de uma situação de pré-insolvência. Diante disto, o ordenamento jurídico mesmo, visando a proteger aquele credor individualmente prende a este fato o vencimento antecipado de toda a dívida²⁹⁵.

²⁹⁴ Cf., por todos, ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: RT, 2004.

²⁹⁵ A teor do art. 1.425, II e III do CC/02. No CC/16, a norma equivalente era o art. 762, II e III. Cf. SANTOS, J. (1960, p. 74 e ss.). Ao comentar o dispositivo, o autor sustenta que o fundamento para o vencimento antecipado da dívida é a garantia de que o credor não ficaria sem a garantia. Uma de três possibilidades: Ou se vence o todo da dívida e excute-se o direito real, solução adotada pelo Código. Ou se permite a excussão das parcelas vencidas, caso em que o credor ficaria sem a garantia em relação às demais. Ou, ainda, só se permite a excussão do bem empenhado ao final do vencimento de todas as parcelas, com grande inconveniente para o credor. A primeira solução evidentemente é, a todas as luzes, a melhor.

Veja-se, ainda, no que se refere às garantias pessoais, o art. 954 do CC/16 e art. 333 do CC/02. Comentando o dispositivo, veja-se SANTOS, J. (1955). Sustenta ele que o vencimento antecipado tem o mesmo fundamento do art. 762 CC/16, a que acabamos de aludir.

O sistema jurídico, inclusive, prevê esta consequência em mais de um local²⁹⁶. Genericamente falando, o vencimento da obrigação funda-se na chamada cláusula resolutiva tácita, que não é verdadeira cláusula contratual, mas sim direito formativo extintivo do credor diante do inadimplemento do devedor. Ou seja, o credor pode optar por tolerar a mora do devedor recebendo a prestação fora do tempo do pagamento, ou resolver a obrigação pedindo o pagamento do equivalente e mais perdas e danos.

Em um contrato, portanto, quando ocorre o inadimplemento, o credor pode optar, ao seu livre arbítrio, por tolerar a mora percebendo os respectivos juros ou resolver o contrato com perdas e danos²⁹⁷.

Na realidade, isto representa uma garantia do credor que ganha a possibilidade de cobrar o seu devedor em caso de inadimplemento evitando a eventual insolvência futura do devedor.

O vencimento antecipado funciona, portanto como uma garantia. Repare-se que o dito nesta sede não se afasta em larga medida da cláusula resolutiva expressa, que é aquela prevendo certas situações em que o contrato se resolverá.

Nos contratos internacionais, este tipo de cláusula se denomina, quando expressa prevendo que em caso de inadimplemento certos remédios podem ser adotados pelo credor de *acceleration*²⁹⁸.

E como tudo isto se articula com a cláusula de *cross default*?

A peculiaridade da cláusula de *cross default*²⁹⁹ está no fato de que o “inadimplemento” eleito como condição resolutiva não está no contrato onde está a cláusula, mas sim em outro,

²⁹⁶ Basta verificar as regras sobre a chamada cláusula resolutiva tácita. Cf., por exemplo, o art. 475 do CC/02 e parágrafo único do art. 1.092 do CC/16. Já assinalamos anteriormente a inconveniência da dogmática da resolução pelo inadimplemento através da expressão cláusula. Na verdade trata-se de um direito potestativo (ou formativo) de resolução do contrato resultante da ordem jurídica. Sobre a categoria dos direitos potestativos, remeta-se o leitor para Messina (1965). Entre nós, para um panorama completo das situações jurídicas subjetivas, consulte-se Miranda (1970, p. 29 e ss.). Seja consentido remeter, ainda, para Kataoka (1998).

²⁹⁷ Ainda que esta afirmação seja relativa, diante da possibilidade de aplicação do adimplemento substancial na obrigação, bem como no que concerne aos deveres de proteção contratual a que aludimos nesta tese. Veja-se, além da bibliografia já indicada (Anelise Becker), Assis (2004, p. 129 e ss.). Na realidade, o tema do adimplemento substancial é fascinante, principalmente em uma perspectiva comparada dos direitos inglês e brasileiro, por conhecer o primeiro sistema a distinção entre obrigações principais e acessórias (chamadas de *warranty*). A existência de duas classes de obrigação diferentes poderia levar a uma rica reflexão, mas isto não é coisa que possamos fazer no âmbito estreito desta tese.

²⁹⁸ Cf. CASELLA, Paulo Borba; FREIRE, José Renato Corrêa. **Contratos financeiros internacionais**. São Paulo: RT, 1994. p. 103 e ss.

²⁹⁹ São poucas as referências que logramos obter acesso no Brasil sobre cláusula de *cross default*. O único artigo localizado tem a seguinte referência: GIFFONI, Adriana de Oliveira. As cláusulas de “cross default” em contratos financeiros. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano 40 (nova série), jan./mar. 200. p. 148-149.

o que funciona, como já mostramos, para reduzir o risco sofrido por um dos credores envolvidos na operação econômica considerada do ponto de vista global, ou mesmo para garantir resultados adequados do ponto de vista negocial em outros.

Exemplo da primeira situação é justamente o financiamento, pois ao primeiro sinal de inadimplemento do devedor, a dívida vence-se antecipadamente garantindo a exigibilidade imediata do pagamento a tempo de recuperar os créditos antes de eventual situação de insolvência. É um mecanismo de gestão contratual do risco de um financiamento, ou de um empreendimento em que seja feito um investimento empresarial.

Sobre o segundo aspecto, a cláusula de *cross default* pode significar a obtenção de taxas de juros mais reduzidas para o financiamento quando se apõe esta cláusula no bojo do contrato. Isto porque, a vantagem desta cláusula, insista-se, é permitir uma ação prematura para recuperação do crédito, com evidentes vantagens.

Ora, na teoria econômica, *grosso modo*, as taxas de juros dependem fundamentalmente do risco sofrido pelo credor³⁰⁰. Quanto mais elevado o risco, mais elevada será a taxa de juros. Assim sendo, por haver redução do risco sofrido pelo credor de não recuperação de seu crédito, a cláusula de *cross default*, que aparentemente é em detrimento do devedor, pode funcionar a seu favor, caso a relação se cumpra de modo esperado, sem perturbações prestacionais.

Este, por sinal, um dos problemas da doutrina brasileira, em nosso modesto entendimento, no que concerne à avaliação de cláusulas contratuais vedadas. Não se observa o contrato como um todo, ou mesmo a operação econômica como um todo, mas exclusivamente uma das cláusulas contratuais de modo isolado. Tem-se uma postura de abstração injustificável em pleno século XXI. Exemplo eloqüente do que dissemos são as reiteradas decisões judiciais declarando inválidas por abusivas as cláusulas de correção nos planos de saúde a que aludiremos mais à frente³⁰¹. Trata-se de um desconhecimento do funcionamento do sistema de planos de saúde.

³⁰⁰ Esta é uma explicação neoclássica da taxa de juros praticada individualmente. Veja-se o que diz um dos grandes historiadores da Ciência econômica:

O retorno do capitalista sob a forma de juros também passou a ser explicado da mesma forma: este seria estabelecido pela última e menos recompensadora unidade de investimento. Dada a sua inegável mobilidade, haveria uma movimentação tal do capital que todos os retornos se reduziriam a este nível, sujeitos sempre a uma grande e imponderável bonificação pela diversidade dos riscos.(GALBRAITH, 1989, p. 99)

³⁰¹ Em sede liminar, mas demonstrando o que dizemos, veja-se <<http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=2691>>

No que concerne à cláusula de *cross default*, há algumas possibilidades mais ou menos benéficas para o credor financiador, e que constituem verdadeiros padrões no tráfego jurídico, particularmente o internacional.

Uma primeira modalidade³⁰² de cláusula de *cross default* permite que o financiador corte imediatamente outras linhas de financiamento que estivessem a disposição do empresário financiado quando ele inadimplir outros contratos de crédito, bem como provoque o vencimento antecipado de dívidas por ventura já existentes por força de outros contratos. Esta a cláusula de *cross default* em sua concepção clássica.

O objetivo de tal cláusula, neste caso, é o de evitar prejuízos em caso de dúvida quanto à solvabilidade do devedor causada pela impontualidade. De resto, isto não é novo na Ciência jurídica e está mesmo incorporado em certos pontos do Direito Civil tradicional. Por exemplo, o art. 1.425, II e III do CC são hipóteses de vencimento antecipado da dívida garantida por um direito real, com a precípua finalidade de proteção aos interesses creditórios³⁰³. O mesmo se diga em relação ao art. 333 do CC, que se liga a idêntico princípio no campo obrigacional.

Outra modalidade de cláusula de *cross default* amplamente usada na prática comercial permite que o credor cobre antecipadamente a sua dívida se o devedor, ou uma de suas filiais ou controladas, assim como um de seus garantidores inadimplirem uma obrigação pecuniária causando o vencimento antecipado da mesma.

Note-se que neste caso a condição envolve o inadimplemento de pessoa distinta do devedor e que isto reduz ainda mais o risco do credor em ver na prática insatisfeito o seu crédito.

Este tipo de cláusula pode ser usado nos casos em que a insolvência de uma filial ou controlada do devedor possa levar a colocar em causa a própria solidez financeira do devedor. A inserção dos garantidores da dívida dá-se por motivos bastante claros. Em certos casos a segurança efetiva do credor é o garantidor, em face da situação patrimonial do devedor. Em casos de empresas nascentes, por exemplo, em que o credor financia a respectiva abertura sem que haja cobertura patrimonial para a eventual dívida contraída, mas em que o credor aposta no sucesso da empresa instalada, porém deseja segurança em relação ao pagamento efetivo da dívida.

³⁰² Seguimos de perto nesta sistematização das modalidades de cláusula de *cross default* GRUBER, Joachim. Cross-default clauses in finance contracts. **International business law journal**. n. 5, 1997. Disponível em: <<http://www.iblj.com>>. Acesso em: 15 nov. 2004. Algumas das considerações aqui feitas sobre as diversas modalidades de cláusula de *cross default* também vêm desta referência.

³⁰³ Remetemos o leitor para as considerações que fizemos *retro*.

Uma terceira modalidade de cláusula corrente é a que prevê a antecipação do vencimento em caso de medidas conservatórias – arrestos, seqüestros, etc – ou penhora de bens do ativo do devedor, não sendo estas medidas constritivas levantadas em certo prazo fixado contratualmente. A segurança estabelecida para o credor neste caso parece ser evidente. Em caso de inadimplemento ou qualquer outra medida relacionada com este fato, o credor pode antecipar-se e recuperar o seu crédito.

Uma quarta modalidade de cláusula de *cross default* é, ainda, aquele que prevê a possibilidade de resolução do negócio se o devedor, ou alguma de suas filiais ou controladas, for impontual com qualquer obrigação em relação a terceiros.

Esta a mais comum das cláusulas de *cross default* e denomina-se cláusula de “*capable of*”. Todos os credores, independentemente de suas próprias possibilidades de resolução em face de inadimplemento, encontram-se na melhor situação possível, pois todos estão em pé de igualdade em relação um com os outros. Ou seja, se o devedor inadimplir a respectiva obrigação com um dos credores o benefício da extinção antecipada do crédito atinge a todos eles, igualando-se no benefício gerado por este efeito jurídico.

A cláusula permite que em casos de impontualidade, que começam a mostrar um agravamento na situação financeira do devedor, o credor, particularmente o bancário, antecipe o recebimento de seu crédito, antes que se acabem totalmente as possibilidades de pagamento do devedor, recuperando a maior parte possível do seu crédito.

Repare-se que na prática, também, é comum a inserção de um dever acessória nas diversas modalidades de cláusula de *cross default* no sentido de obrigar o devedor a informar qualquer dos motivos que ensejam a extinção antecipada do negócio, ou seja, o inadimplemento de algum dos negócios jurídicos previstos contratualmente.

A cláusula de *cross default* é muito freqüente nos contratos bancários para o financiamento de empreendimentos empresariais, mas isto não quer significar que não possa ser introduzida em outros negócios. Isto porquê, como já tivemos oportunidade de destacar anteriormente, a referida cláusula nada mais é do que uma condição. Ela pode se configurar como suspensiva, se conferir ao credor o direito formativo extintivo³⁰⁴ em relação ao contrato. Ou pode ser uma condição resolutiva, se os seus efeitos se operarem automaticamente, quando teremos uma cláusula resolutiva expressa, para usar a terminologia da teoria geral dos contratos.

³⁰⁴ Ou seja, um direito potestativo de extinção do contrato. Pontes de Miranda usa, entre nós, a expressão direito formativo. Na realidade são termos sinônimos.

Note-se que evidentemente a primeira das opções, ou seja, permitir ao credor a resolução do negócio se ele assim aprover é a melhor delas, pois permite uma maior flexibilidade na avaliação da situação do devedor, que pode inadimplir as suas obrigações por vários motivos mais ou menos graves no que concerne à respectiva situação patrimonial.

Como pudemos perceber do breve tratamento da cláusula de *cross default*, trata-se de modalidade de condição (no sentido técnico da parte geral do Direito civil), em que o inadimplemento de um contrato geral possibilita de resolver outro(s). É um caso típico de coligação contratual, já que uma circunstância de um contrato produz efeitos em outro.

Note-se, ainda, que é irrelevante, para a criação do direito formativo extintivo para o credor por meio da cláusula de *cross default*, a culpa do devedor. O inadimplemento é um fato objetivo e não voluntário.

Podem acontecer, do mesmo modo, variantes da cláusula de *cross default* em relação aos seus efeitos jurídicos. Imaginemos, por exemplo, que em caso de inadimplemento de um dos garantidores a taxa de juros praticada no contrato se modifica. Afirmar isto vem, justamente, ao encontro de algo que já insistimos: não é possível determinar integralmente os efeitos jurídicos da coligação contratual, pois isto é objeto da autonomia privada das partes, com infinitas possibilidades.

Dito isto, passemos ao segundo exemplo de cláusula de coligação contratual, encerrando o presente capítulo.

Escolhemos para mostrar o segundo exemplo de cláusula de coligação negocial justamente uma hipótese de Direito do consumidor.

Isto se faz propositalmente para demonstrar que a aplicabilidade de tal mecanismo não significa o desejo – que de resto seria vedado pela boa-fé – de lesar ao parceiro contratual, mas sim a necessidade, diante de um ambiente mutável e uma relação tendente a ser de longuíssimo prazo, de garantir a viabilidade financeira do próprio negócio, a cooperação em sua máxima acepção.

Nos contratos de plano de saúde anteriores ao marco regulatório em termos de saúde suplementar, a Lei 9.656/98, vigorava a liberdade para a estipulação de critérios de reajuste, o que levava que em cada modelo de contrato vigorasse uma cláusula diferente³⁰⁵.

³⁰⁵ Nos contratos celebrados atualmente, à semelhança do que acontecia anteriormente, a mensalidade inicial (prêmio) é fixada livremente. A diferença está na correção do prêmio que é controlada pela ANS.

Apesar disto, uma cláusula muito freqüente era a que estipulava que os reajustes das mensalidades – autênticos prêmios do contrato de seguro-saúde – seriam feitos por meio da “variação de custos médicos”.

A prestação de serviços de plano de saúde é estabelecida, muito freqüentemente, por meio de uma operação contratual triangular. De um lado há uma relação entre consumidor e operadora de seguro saúde. De outro uma relação do consumidor com o prestador de serviços (médicos, clínicas, etc). Por fim, uma relação do prestador de serviços com o plano de saúde.

Ou seja, temos aqui três relações contratuais visando à operacionalização da mesma operação econômica: a prestação de planos de saúde.

É de se observar, contudo que, pela designação genérica “planos de saúde” estão abrangidas diversas modalidades contratuais que se aproximam pela sua finalidade, mas que se afastam pela respectiva disciplina jurídica. Podemos citar como exemplo o chamado seguro-saúde, em que a empresa operadora compromete-se a reembolsar, dentro de certos limites, as despesas eventuais que o segurado faça em função de gastos médico-hospitalares. Há também a prestação em forma de cooperativas. Há ainda o pagamento direto para os prestadores de serviços: o associado faz o pagamento das mensalidades e requer que a empresa operadora pague as despesas efetuadas diretamente ao profissional de saúde credenciado. E a lista não é exaustiva. É o que se pode verificar da doutrina: “São diversos os modelos contratuais que se abrigam sob a denominação ‘plano de saúde’”³⁰⁶.

Nesta tese consideraremos apenas o chamado plano de saúde, em que há uma rede credenciada – e aqui a relação contratual entre operadora de plano de saúde e prestador de serviços – que é utilizada pelos consumidores.

Apesar de que o panorama pouco se altera quando mudamos o tipo de contrato de seguro-saúde, no que concerne ao aspecto de formação do preço da mensalidade³⁰⁷.

Isto porque as palavras essenciais em termos de planos privados de saúde são mutualismo e probabilidade e nisto o contrato que ora tratamos aproxima-se dos seguros. Ou seja, por meio de contribuições menores do que o malefício causado pela materialização do risco coberto, todos o partilham e suportam; há sempre a cobrança de valores a mais, que são a remuneração do segurador, entidade centralizadora do risco. Note-se: do ponto de vista

³⁰⁶ Cf. FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 126

³⁰⁷ Cf. Lorenzetti (2000, p. 144), que escreve: “El pago del precio puede ser anticipado en forma periódica y también complementado con refuerzos posteriores a la prestación. Sin embargo, el pago anticipado es de la esencia del sistema y las otras formas son complementarias”.

econômico-financeiro, o prêmio do seguro mantém o risco nos segurados, com a única diferença de que, ao invés de um segurado suportar a materialização do sinistro, todos o partilham. É uma técnica de solidariedade social, de dispersão (*rectius*, difusão) do risco entre todos os segurados³⁰⁸.

Aliás, diga-se de passagem, é, do ponto de vista econômico, completamente equivocada a afirmação de que o segurador suporta o risco, como será mostrado mais à frente. Quem cobre o risco no contrato de seguro é a coletividade dos segurados, por meio do repasse ao segurador³⁰⁹. O segurador apenas o centraliza, gerindo os recursos retirados da comunidade e destinados à satisfação das indenizações por sinistros. E ao fazê-lo deve ser diligente e cuidadoso, pois eles são a garantia de que todos os que necessitarem terão efetivo acesso às indenizações cabíveis. A liberação de recursos para a cobertura de riscos não previstos é uma atitude que prejudica diretamente à comunidade e não deve ser permitida pelo segurador.

A concentração dos riscos nos segurados mostra-se ainda mais efetiva diante da característica relacional do contrato de plano de saúde. Como o contrato relacional é uma aposta no resultado prático da contratação para ambas as partes, a lucratividade é essencial, sob pena de inviabilização da prestação de serviços, com grave prejuízo para o mercado e para os consumidores.

E neste aspecto a cooperação em termos de contrato de plano de saúde se faz fundamental: A conexão entre os contratos celebrados com os prestadores de serviços e os celebrados com os consumidores é patente. A variação dos custos em razão dos primeiros terá impacto nos segundos.

³⁰⁸ Cf. Lorenzetti (2000, p. 143-144):

Desde el punto de vista económico se trata de una actividad que se basa en el ahorro de los pacientes, es decir en el capital del cliente. En la economía contemporánea hay muchas empresas que funcionan de esa manera, es decir, mediante la captación del ahorro de un grupo de personas. (...). Tanto en la medicina prepaga como en el seguro hay un riesgo que es la enfermedad, que puede o no demandar el cumplimiento de la prestación y que exige un cálculo estadístico para determinar el valor de la prima. Es cierto que los cálculos probabilísticos se han perfeccionado de tal manera que el alea para la empresa se ha reducido de manera importante en toda la actividad asegurativa, pero cualquier decisión jurídica no puede escapar de la calificación legal.

³⁰⁹ Isto não quer, por outro lado, dizer que o segurador pode opor o inadimplemento de vários segurados como defesa para o não pagamento. Queremos dizer que o cálculo do prêmio deve ser feito em função de cálculos atuariais e que os segurados financiam a atividade. Porém, em caso de elevado inadimplemento, até o prazo final da apólice, o risco deste corre contra o segurador. Note-se, porém, que só de modo provisório, pois haverá, certamente, o repasse para os segurados em tempo futuro. Afinal, a empresa privada tem como objetivo a geração de excedentes para serem distribuídos aos seus acionistas.

Isto acontece e não deve ser interpretado como uma postura abusiva pela operadora de planos de saúde, pois o contrato de plano de saúde aproxima-se, portanto, como já se reconheceu generalizadamente, do contrato de seguro, o que autoriza a utilização das regras sobre esta modalidade contratual na solução de problemas práticos dele derivados³¹⁰.

O contrato de plano de saúde, assim como acontece com o seguro, baseia-se no mutualismo, na divisão da sinistralidade, como já destaca o José Reinaldo de Lima Lopes antes citado, assim como Lorenzetti no trecho antes transcrito, que aqui se traduz em necessidade de utilização de procedimentos médicos/hospitalares, entre toda a comunidade de associados à operadora de plano de saúde.

A mensalidade do plano de saúde está para o prêmio pago no contrato de seguro, assim como a empresa operadora está para o segurador, assim como o associado para o segurado, assim como os procedimentos previstos na cobertura estão para o risco.

Logo, é normal que alguns usuários paguem as mensalidades sem usar o plano de saúde, ou usando-o menos intensivamente do que aquilo que é pago, a fim de que quem se utiliza, por exemplo, de uma unidade de tratamento intensivo, não tenha que cobrir a integralidade dos seus custos. Não há mágicas, os bens não nascem em árvores.

O mesmo ocorre em qualquer modalidade securitária. Quem paga um prêmio de um seguro de automóvel não necessariamente receberá a indenização quando se chega ao fim do prazo de cobertura. O plano de saúde tem como finalidade repartir economicamente o risco entre todos os associados. É o aspecto de álea do contrato de plano de saúde; podemos nos utilizar da cobertura dependendo da nossa necessidade.

³¹⁰ Cf. Lopes, J. (1999, p. 31-32)

Os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes de contratos de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de forma semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição destes fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público que tem para com ela relações episódicas. As relações não *one-shot*, como diz de modo feliz a expressão inglesa. (...) Uma seguradora ou uma administradora de planos de saúde em primeiro lugar deve ser percebida como uma intermediária e uma gestora. Trata-se de gerir recursos captados do público em geral. Ao lado do aspecto financeiro que a atividade adquire, sua função é nitidamente distributiva, ou seja, alocar a cada segurado ou participante do plano, segundo as cláusulas de adesão ao fundo, parte suficiente da receita capaz de cobrir os riscos contratados. Isto dá ao seguro o caráter de *mutualidade*(...).

No mesmo sentido, opinam, exemplificativamente, Antonio Joaquim Fernandes Neto, na sua obra já citada Plano de saúde e direito do consumidor, p. 128 e 129. Ainda vale a referência a Ricardo Luis Lorenzetti, na obra referida anteriormente, p. 148 e 149, afirmando a natureza securitária no Brasil. Não discrepa deste entendimento, também, Bonatto (2002, p. 15), aparecendo a idéia difusa em todo o texto. Por fim, ainda exemplificativamente, Cunha (2003, p. 248-251).

A não utilização ou a sub-utilização por alguns é que permitem não ser a mensalidade do mesmo valor das despesas médicas dos outros que se servem do plano de saúde mais intensivamente. Por sinal isto vai mesmo justificar a existência de faixas etárias que ensejam aumentos: quem está em um grupo de sinistralidade maior – estatisticamente quem é mais velho adoece mais – deve contribuir com valores mais elevados para o custeio da medicina de todos os associados.

A coligação contratual desempenha neste caso específico um papel muitíssimo relevante, pois é exatamente o conjunto de contratos que permite o acesso aos serviços médicos por meio de um custo significativamente inferior. A maior utilização de um interfere em todos. E, dentro da estrutura triangular que caracteriza os contratos de plano de saúde, com rede credenciada, os contratos da operadora com os prestadores de serviços evidentemente acabam por impactar negativa ou positivamente os custos que são repartidos por todos os associados.

Os contratos de seguro têm este aspecto de gravitarem sempre entre a coletividade e a individualidade contratual em relação ao conjunto de segurados. Isto, diga-se de passagem, coloca uma série de problemas de proteção ao consumidor, que são particularmente graves quando se pensa em matéria de planos de saúde³¹¹.

Não é este, contudo, o lugar para discutirmos de modo profundo a proteção ao consumidor nos planos de saúde. Aqui nos restringimos a tratar da coligação contratual.

Na realidade, o plano de saúde é um contrato de seguro *menos típico*, mas ainda assim preserva a sua natureza securitária, especialmente no que concerne ao mutualismo necessário para a vida da própria operação do plano de saúde, sob pena de transformar-se o contrato em jogo e aposta, com enorme prejuízo social causado pela incerteza nos negócios.

³¹¹ Veja-se o que diz a doutrina mais autorizada: “Em muitas situações, o interesse individual do consumidor opõe-se ao interesse transindividual da coletividade de consumidores, presentes (determinados) e futuros (indeterminados), de um plano de saúde”.

“Um exemplo ajuda a compreender a dinâmica dessa categoria de problemas. Suponha-se que um consumidor deseja submeter-se a uma série de exames, sofisticados e caros, para avaliar suas condições de saúde, com custeios por um plano coletivo. Os exames são pagos e apresentam resultados negativos em relação a agravos à saúde. O consumidor, então, decide repetir os exames três ou quatro vezes, visando a confirmar o diagnóstico obtido, e a administradora nega-se a autorizá-los”.

“Há nesse caso, além do conflito evidente entre a operadora e o consumidor, um outro interesse ferido: o interesse transindividual da coletividade de consumidores. A falta de critério no controle dos gastos implica em custos que serão rateados por todos. Não há como individualizar, em um ou mais consumidores o interesse na boa administração dos recursos destinados ao custeio da saúde do grupo presente e dos potenciais aderentes”. Cf. (FERNANDES NETO, 2002, p. 66-67, grifou-se).

Já se assinalou em doutrina que tipicidade e atipicidade dos contratos não são algo que se possa julgar em uma lógica binária, mas apenas por meio da lógica *fuzzy*, que vai operar com conceitos de mais semelhante e menos semelhante.

Quanto maior a semelhança, maiores as conexões de causa-consequência, tão importantes na técnica jurídica. Ou seja, quanto mais semelhante ao tipo legal (contrato previsto em lei), maiores os impactos desta regulamentação sobre o negócio jurídico concreto celebrado pelas partes, maior a incidência das regras sobre aquele tipo contratual³¹².

Os contratos de planos de saúde são modalidades, com pequenas variantes, do contrato de seguro e devem ser regidos por algumas de suas normas. Notadamente no que concerne ao seu aspecto econômico. Na melhor técnica da teoria geral dos contratos pode-se ver especificamente que um contrato completamente típico é raro.

Normalmente as partes acabam, por força das negociações preliminares por inserir algumas cláusulas que acabam por se afastar do tipo legal, permanecendo, contudo, a causa do contrato a mesma, habilitando-o a ser regido pelas normas atinentes àquele tipo legal.

Por exemplo, uma compra e venda civil, fora da órbita dos contratos por adesão, ou de consumo, hipóteses nas quais isto seria vedado, em que as partes estipulam afastar a garantia dos vícios redibitórios, ainda assim é um contrato submetido ao tipo da compra e venda. Porém é ele *menos típico* do que a compra e venda pura, celebrada com esta garantia.

Por causa do contrato entende-se a sua função econômico-social. Ora, a função econômica do contrato de plano de saúde é a pulverização, por meio de uma entidade centralizadora que é remunerada por isto, dos riscos consistentes na necessidade de atendimento de prestações de saúde previstas contratualmente.

A não cobertura dos riscos, ou a ausência de remuneração por parte do segurado individual, acaba por determinar desvios na causa original do contrato, podendo, inclusive, alterar a respectiva qualificação, ou seja, fazendo com que outro seja o tipo contratual a que o negócio corresponde.

Por sinal, é de se destacar que quando nos contratos de plano de saúde, anteriores ao marco regulatório da saúde complementar no Brasil, havia a referência à “variação de custos médicos”, dois aspectos deveriam ser levados em conta. Em primeiro lugar o preço individual de cada procedimento, ou seja, quanto se paga por uma consulta, por um exame determinado, etc. E, em segundo lugar, qual o grau de utilização destes procedimentos por grupo de

³¹² Cf., especialmente, com ulteriores indicações bibliográficas e maior profundidade, VASCONCELLOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 2002. Também consulte-se DUARTE, Rui Pinto. **Tipicidade e atipicidade dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2000.

segurados, vale dizer, quantas consultas são pagas por mês por grupo de “n” associados, quantos exames, etc, bem como qual a dispersão possível dos resultados nesta estatística.

Não é correto afirmar-se, como se poderia decorrer do senso comum, que, por não haver reajuste substancial nos preços dos procedimentos médicos, os custos dos planos de saúde não aumentariam, pois isto é uma visão apenas parcial do problema.

Importa também verificar se a utilização da cobertura se faz de modo mais ou menos freqüente pelos seus associados. Ou alguém duvida, por exemplo, que o prêmio do seguro automóvel aumenta se aquele modelo específico de carro é mais roubado do que outro de mesmo valor? Um número maior de roubos e furtos de determinado modelo faz com que os segurados acionem o seguro com maior freqüência; aumenta a sinistralidade – quantidade de eventos danosos que devem ser indenizados pelo segurador – e *pari passu* aumenta o valor do prêmio.

O mesmo acontece no plano de saúde: quanto maior a utilização (sinistralidade), maior deve ser o prêmio (que na técnica do plano de saúde é chamado de mensalidade), pois maior o número de eventos indenizáveis, dada uma cobertura estática³¹³.

O risco abrangido pela cobertura do contrato de seguro equivale à cobertura nos planos de saúde. Algumas das cláusulas contratuais que havia nos contratos antigos aludiam, inclusive, à imprevisão e à sinistralidade como elementos do reajuste de preços, o que mostra claramente que, na realidade, trata-se de uma adequação da cobertura abrangida do contrato de plano de saúde (*rectius*, o risco), com o valor do prêmio (*rectius*, a mensalidade), em face da sinistralidade aumentada em certo grupo de contratos.

³¹³ Em matéria de contrato de seguro traz-se à colação o clássico do Direito brasileiro no tema: “Juridicamente, o seguro é a transferência do risco do segurado para o segurador; tecnicamente, é a divisão, entre muitos segurados, dos danos que deveriam ser suportados por um deles”.

“O contrato de seguro é uma operação isolada entre segurado e segurador, mas a multiplicação desses contratos, dando a mesma garantia sobre o mesmo tipo de risco, para muitas pessoas, constitui sua base técnica. A contribuição dessas pessoas formará o fundo comum de onde sairão os recursos para pagamento dos sinistros. O segurador funciona como gerente do negócio: recebe de todos e paga as indenizações”.

“O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Sem a cooperação de uma coletividade seria impossível, ou melhor, não se distinguiria do jogo. Não alcançaria, também, seu objetivo social, pois, ao invés do patrimônio do segurado seria sacrificado o patrimônio do segurador. A insegurança permaneceria para um e para outro. Importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que ameaça a todos. Isto só é possível por meio do processo do mutualismo que reparte os prejuízos para muitos em pequenas parcelas que não afetam sua estabilidade econômica. O patrimônio de todos é resguardado. Já foi dito que o seguro é a técnica da solidariedade”.

“O mutualismo é necessário, mas não suficiente, segundo a linguagem dos matemáticos. A parcela de contribuição de cada um para o fundo comum depende do montante dos sinistros, isto é, das obrigações que o segurador irá cumprir”. Cf. (ALVIM, Pedro, 2001, p. 59-60, grifou-se).

Aqui a coligação voluntária, por estar expressa nos contratos de adesão celebrados entre as empresas operadoras de planos de saúde e consumidores. As eventuais repercussões econômicas de incremento de custos que houvesse nos contratos celebrados entre operadoras de planos de saúde e prestadores ocasionariam repercussões paralelas nos contratos celebrados entre operadoras e consumidores.

Diga-se de passagem, os contratos de planos de saúde celebrados anteriormente à Lei 9.656/98 são um caso muito interessante de tipicidade jurisprudencial.

Certas posições jurisprudenciais, que acabaram se consolidando no Brasil, causaram impactos no regime jurídico das operadoras de planos de saúde, bem como afetaram os seus custos. Muito freqüente nos contratos celebrados antes da Lei 9.656/98 a exclusão de certas coberturas, como, *e.g.*, a AIDS³¹⁴³¹⁵ e a limitação ao tempo de internação. O STJ já resolveu, portanto, reiteradas vezes que tais cláusulas que excluem o tratamento da AIDS ou que limitam o tempo de internação são abusivas no sentido do art. 51 do CDC.

Ora, apesar de não concordarmos com tal posicionamento em função da natureza securitária do contrato de plano de saúde e da consideração no sentido de ser atribuição dos entes estatais o dever de prestação ampla da saúde, tais eventos representam pacificamente riscos adicionais a serem cobertos pelas empresas. Ora, não é necessário ir muito longe na realidade econômica das coisas para verificar-se que um doente de AIDS internado é um paciente oneroso, assim como um doente que fique na CTI por muitas semanas também o é.

São todas hipóteses de imposições de conteúdo contratual e, portanto, de custos adicionais impostos em função da jurisprudência, não previstas no contrato. Recentemente, acrescente-se, veio a lume a súmula 302 do STJ impossibilitando a limitação de coberturas no que concerne à internação, equiparando economicamente, os planos antigos aos planos novos.

Não nos parece muito razoável, diante de uma perspectiva de boa-fé, fundamento contemporâneo da lesão nos contratos e da onerosidade excessiva, que um ente privado seja obrigado a suportar custos que não tenham uma contrapartida financeira. E frise-se: tais custos evidentemente não estavam incorporados ao cálculo inicial da mensalidade paga à guisa de prêmio. A insegurança que é de ser evitada no contrato de seguro aparece como um fantasma, por força da jurisprudência.

³¹⁴ veja-se, por exemplo, como a exclusão foi declarada abusiva no STJ, através do paradigma julgado pela E. 4ª Turma, em 19/09/2003, com relatoria do Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, AGRESP 265872 / SP

³¹⁵ Exemplificativamente, ainda no STJ, o acórdão exarado pela E. 3ª Turma no REsp 402727/SP, julgado em 09/12/2003, com relatoria do Sr. Min. Castro Filho.

Isto deve, por sinal, ocasionar mudanças nas relações entre segurados e operadoras, até mesmo por força da boa-fé objetiva. Isto se justifica a partir da base que já colocamos no Capítulo I da presente tese. Um contratante leal não permite que se altere o equilíbrio econômico financeiro dos contratos – a fundamentação contemporânea da lesão nos contratos e da onerosidade excessiva, que já assinalamos anteriormente, bem o mostra.

Nítida e necessária, portanto, a correlação entre risco, sinistralidade e valor das mensalidades em sede de plano de saúde.

O contrato de seguro, assim como acontece com o plano de saúde, não é, por conseguinte, integralmente aleatório. A álea existe efetivamente no que concerne à utilização, submetida à condição de haver sinistro, que no plano de saúde são as despesas médicas a serem pagas. Esta a parte aleatória do seguro.

Porém, no que concerne à relação prêmio e riscos assumidos pelo segurador, que na técnica do plano de saúde poderia ser expressa entre mensalidade e cobertura oferecida, o contrato é comutativo, devendo esta característica manter-se ao longo de toda a vida da relação.

Os cálculos tendentes a aferir o prêmio do seguro ou a mensalidade dos planos de saúde são extremamente complexos, referindo-se a valor do bem segurado, probabilidade de dano e dispersão matemática dos resultados estatísticos a partir da lei dos grandes números.

Porém, apesar de complexos, como já se mostrou com a citação de Lorenzetti anteriormente feita, os cálculos são dotados, dada a técnica atual, de grande precisão. Isto evidentemente anula qualquer subjetivismo ou insegurança na sua utilização como fator de reajuste técnico, que é assim adjetivado, justamente por ser fruto de uma ciência altamente desenvolvida. Não parece, por outro lado, haver possibilidade de um leigo nas ciências matemáticas e estatísticas aferir a correção ou não no cálculo dos aumentos.

A circunstância de haver precisão nos cálculos matemáticos e estatísticos para cálculo dos prêmios nos contratos de seguro, é que torna, inclusive, possível falar de lesão nesta modalidade contratual³¹⁶.

A comutatividade do contrato é algo de fundamentalmente comparativo. Não existe uma comutatividade pura, sem comparar as prestações derivadas de um negócio jurídico, quando exista correspondência, já que contratos há em que só há benefícios para uma das

³¹⁶ “(...) embora atribuídos ao segurador os riscos relativos à ocorrência do sinistro – ou da doença, no caso do ‘seguro-saúde’ – e à sua extensão, *sempre que o prêmio pago pelo segurado for desproporcional à cobertura oferecida*, o contrato poderá ser lesionário”. Cf. (BECKER, 2000, p. 97, grifos no original).

partes como a doação. Isto é, necessário analisar-se a equivalência necessária entre as prestações existentes para definir a comutatividade ou aleatoriedade do contrato³¹⁷.

Em estreita síntese, há uma comutatividade entre cobertura e sinistralidade e mensalidade é característica essencial do contrato de seguro saúde, sob pena de alteração da causa do contrato, passando a ser qualificável como outro negócio jurídico diferente, mas não seguro saúde, tal como contratado originariamente.

A necessidade de equilíbrio da relação contratual ao longo de toda a sua vida se torna ainda mais relevante quando se pensa que os contratos de plano de saúde são contratos cativos de longa duração, ou, como também são chamados, contratos relacionais.

E neste ponto, deve-se destacar: o equilíbrio deriva basicamente da coligação. A ausência de coligação dos contratos, somado à instabilidade econômica típica da realidade brasileira e ao longuíssimo prazo dos contratos de plano de saúde normalmente ocasionará o desequilíbrio das situações contratuais.

As mudanças na economia, como reflexo, trazem a mudança na própria figura do contrato que necessita adaptar-se para dar conta das novas necessidades geradas, como procuramos destacar no Capítulo I da presente tese. Note-se o contrato é operação econômica, mudando-se os processos – *rectius* modos de circular os bens na sociedade – muda também o contrato. E, naturalmente, o Direito dos contratos precisa adaptar-se.

As características essenciais de um negócio não devem, apesar da necessária proteção ao consumidor, que é reflexo destas novas necessidades econômicas, ser sacrificadas em prol da proteção ao consumidor, nem modificadas unilateralmente em seu detrimento.

O fato de um aluguel ficar mais caro não pode, por exemplo, obrigar ao locador a simplesmente abrir mão do preço de mercado em prol de um pretendo benefício do locatário. Por sinal, a ação revisional de aluguel tem precisamente este objeto: recolocar o valor de locação na realidade de mercado, garantido a comutatividade e justiça do contrato de locação ao longo da respectiva vida de relação. E note-se: a ação revisional de aluguel é uma daquelas que visa à adaptação do contrato de locação imobiliária à realidade diante de sua característica de não instantaneidade (ou, para usar a expressão doutrinária, descontinuidade).

Uma proteção consciente do consumidor, bem como uma interpretação de acordo com a boa-fé objetiva só podem apontar no sentido da manutenção do equilíbrio contratual

³¹⁷ Cf. MILLET, Florence. **La notion de risques et ses fonctions en droit privé**. Paris: LGDJ, 2001. p. 232-235. A autora afirma que o contrato de seguro pode ser aleatório no que concerne ao aspecto individual, mas é comutativo no que se refere ao coletivo, sem qualquer espaço para a álea, devido à estatística e à lei dos grandes números, que apresentam grande precisão. Consulte-se também, as p. 221-222 da mesma obra.

também em benefício do fornecedor, e não só do consumidor, sob pena de inviabilizar-se o negócio e provocar a retirada de atores do mercado, com prejuízo diretamente para a concorrência e indiretamente para os consumidores.

A coligação negocial é essencial para a preservação dos próprios contratos, do próprio sistema de saúde privada complementar.

A livre concorrência, por sinal, que é preservada com a manutenção do equilíbrio de todos os contratos de todas as operadoras de planos de saúde, é uma garantia dos próprios consumidores, uma conquista de toda sociedade a ser preservada. O monopólio estatal ou privado no mercado de consumo já se mostrou ineficiente e restritivo para garantir o acesso amplo e adequado aos produtos e serviços.

A livre concorrência que há de existir entre operadoras é uma relevante garantia dos consumidores. Quem for mais eficiente em termos de custos, necessitaria de menos aumentos, beneficiando ao seu consumidor e ganhando vantagens competitivas. Com o aumento igualado, este benefício anula-se³¹⁸.

Não há, do mesmo modo que se falar em controle de cláusulas contratuais por força do Direito do consumidor para invalidade a cláusula de coligação à luz do CDC, já que esta cláusula é essencial para a manutenção do equilíbrio negocial e preservação das características originárias do contrato.

Funda-se o sistema de controle de cláusulas contratuais na boa-fé objetiva, particularmente nos deveres anexos resultantes deste importante princípio. Com efeito, a boa-fé objetiva traduz uma regra que impõe um comportamento leal e honesto para com os co-participantes das relações sociais – note-se que a boa-fé não é nem mesmo exclusiva ao domínio dos contratos, constituindo-se em autêntico princípio geral do Direito.

Há mesmo obras que cuidam da boa-fé em domínios outros que não o direito civil, mas isto não será objeto de considerações nesta sede³¹⁹.

Com efeito, o dever de lealdade, decorrência da boa-fé e que tem a sua origem na tutela da confiança, impõe que todos os contratantes ajam de modo a não prejudicar as expectativas legítimas da contraparte negocial.

E o dever de segurança, impondo, dentro da medida do possível, que a parte abstenha-se de causar danos lícitos à contraparte do negócio³²⁰.

³¹⁸ Sobre a livre concorrência como garantia do consumidor, Cf. GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

³¹⁹ Veja-se, com extensivas considerações em diversos ramos do Direito, por todos, Córdoba (2004).

O controle de cláusulas contratuais encontra o seu fundamento primeiro neste aspecto. Quem predispõe as cláusulas contratuais por uma questão de racionalização econômica, que, diga-se de passagem, não é em si ruim para o consumidor, deve portar-se de modo a proteger as expectativas legítimas da contraparte e evitar causar danos, sem prejuízo de obter vantagens lícitas e não abusivas para si.

A fundamentação do controle de cláusulas contratuais por meio da aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva é postura tipicamente germânica³²¹.

A vertente dominante na França, por outro lado, vai, segundo os mesmos autores, em uma direção diferente. Qual seja, o fundamento do controle de cláusulas contratuais seria a efetiva autonomia da vontade. Seria um artificialismo indevido pensar-se que alguém celebraria um contrato contrário aos próprios interesses sem que houvesse um bom motivo para tanto.

Note-se que, no Brasil, adota-se em maior medida a fundamentação alemã para o controle de cláusulas contratuais abusivas, o que permite uma maior flexibilidade, ao contrário do que acontece com a doutrina francesa.

As diferenças entre modelos de controle de cláusulas contratuais, ainda que de relevo e momento para uma perspectiva doutrinária da questão, não serão objeto de maiores considerações nesta sede, pois delas podemos prescindir para o bom deslinde dos quesitos que nos foram formulados³²².

Parte da doutrina funda ainda o controle de cláusulas contratuais na vedação ao abuso de direito. Com efeito, seria um uso indevido do direito de redigir cláusulas contratuais a inserção de algumas que violassem os direitos dos demais participantes das relações sociais. Isto seria um desvio de finalidade em relação ao objetivo de racionalização econômica que fundamenta a possibilidade de predispor cláusulas contratuais.

Por fim, o controle de cláusulas contratuais poderia estar vinculado ao equilíbrio das prestações. Com efeito, as cláusulas abusivas geram um *desequilíbrio jurídico* do contrato, ao contrário da onerosidade excessiva e lesão que geram um *desequilíbrio econômico*. A cláusula abusiva concede ao predisponente das cláusulas contratuais, no mais das vezes no contrato por adesão, em uma posição de vantagem desproporcional com as desvantagens que tem de suportar. Os limites entre a onerosidade excessiva e o controle de cláusulas contratuais não

³²⁰ Didaticamente explica os deveres decorrentes da boa-fé objetiva Cordeiro (1997, p. 603 e seguintes), tipificando-os em deveres de lealdade, de informação e de segurança.

³²¹ Conforme explicam Calais-Auloy e Steinmetz (2003, p. 180-181).

³²² Remetemos o leitor para o livro clássico, por nós já citado ao longo desta tese, de Rizzo (1994).

podem, contudo, ser por nós abordados no âmbito desta tese, pois isto escapa aos objetivos aqui propostos.

Se estes os possíveis fundamentos do controle de cláusulas contratuais abusivas, no que concerne à sua função, deve-se dizer ser a limitação da posição de poder de uma das partes quando usada para abusar do outro contratante.

As cláusulas abusivas são aquelas que colocam uma das partes, particularmente o fornecedor, em benefício exagerado. Assinale-se que o fenômeno das cláusulas abusivas não se confunde com o modo de contratação por adesão, como já sinalizamos anteriormente. Há contratos paritários de consumo que podem conter cláusulas abusivas e contratos por adesão sem rigorosamente nenhuma cláusula vexatória.

Feitas estas observações iniciais, que em si já bastam para a finalidade aqui buscada, cumpre dizer que não existe possibilidade de um controle de cláusulas contratuais que retire do contrato elemento ou característica essencial. Não se pode, por exemplo, imaginar uma compra e venda sem preço, ou uma locação sem aluguel e assim sucessivamente.

A qualificação de um determinado contrato como sendo de consumo – seja por que modelo for, maximalista, finalista ou posição intermediária – não tem o condão nem deve ter a possibilidade de alterar o respectivo tipo contratual. Um contrato de compra e venda pode ser civil, ou *de consumo*. Um contrato de locação pode ser civil, ou *de consumo*. A qualificação de uma relação contratual como sendo de consumo é um *plus* e um *posterius* em relação ao tipo contratual, que permanece inalterado³²³.

Assim, a retirada, por força de uma pretensa proteção ao consumidor, de um elemento essencial, seria uma verdadeira excrescência no que concerne à técnica e limites do controle de cláusulas contratuais das relações de consumo.

Já se mostrou anteriormente que o sinalagma é essencial para o contrato de plano de saúde. Ora, se isto é assim, como se pode imaginar que a proteção ao consumidor retire o sinalagma do contrato, em prol de uma pretensa proteção ao consumidor?

A característica relacional e não meramente instantânea do contrato de plano de saúde e a necessária proteção ao consumidor, diante da circunstância de que ele efetivamente fica mais vulnerável com a fluência do tempo e duração da relação contratual, não pode, assim, transformar o contrato em outro tipo.

³²³ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2002, por exemplo, na p. 358.

O plano de saúde deve, do princípio da relação, até o seu fim, permanecer um contrato sinalagmático, com as mesmas características fundamentais. Ou haverá surpresa e caos para todos os participantes das relações, o que obviamente não é o pretendido pelo CDC, quando erige o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores como um dos princípios fundantes da política nacional das relações de consumo (art. 4º, *caput* e inciso III).

O reajuste técnico, de acordo com o risco coberto e a sinistralidade a que está submetida a carteira das empresas operadoras de planos de saúde, tal como previsto nos contratos que eram padrão anteriormente à Lei 9656/98, não se afigura abusiva, por visar a proteger o sinalagma do contrato de plano de saúde, característica essencial deste.

A cláusula ainda se torna mais relevante, quando se pensa na duração do plano de saúde, que normalmente é de muitos anos, apesar de que dados estatísticos mostram uma queda acentuada no tempo de permanência dos associados nos planos individuais nos últimos anos.

Por sinal, tal dado parece ser coerente com a necessidade de aumento dos planos de saúde, já que normalmente as pessoas associam-se aos planos para usá-los e logo a seguir deixá-los, sem permanecer tempo suficiente para contribuir com o fundo comum, às expensas do qual se utiliza o consumidor dos serviços oferecidos³²⁴.

Naturalmente tais gastos correm por conta do fundo comum e criam um impacto nos custos dos planos. Porém, o quanto isto deve se traduzir em termos percentuais de aumento, só se pode aferir por meio de análise técnico-estatística para a qual não estamos habilitados.

Sobre a finalidade do papel do Poder Judiciário, a doutrina³²⁵ já anotou com grande propriedade:

Entende-se que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa, atendendo-se à satisfação das necessidades dos contratantes. Retoma-se a noção aristotélica entre justiça distributiva e comutativa. A comutatividade contratual importa em ver as partes em equilíbrio, tornando o pacto algo útil (inclusive no sentido econômico do utilitarismo), adotando este como norte objetivado pelo contrato. Por outro lado, a justiça, também no sentido comutativo, passa a ser o elemento protetor nas relações contratuais. Ela faz às vezes de elemento limitador dos excessos prejudiciais às partes e prejudicial da otimização do contrato, dando-lhe o sentido da utilidade. (SILVA, 1999, p. 38)

E prossegue mais à frente encerrando com qualquer dúvida no que concerne ao ponto nodal aqui tratado: “O papel revisor do juiz, no caso das cláusulas abusivas deve valorizar a

³²⁴ Segundo dados estatísticos que podem ser obtidos no *site* <www.ans.gov.br>.

³²⁵ Cf. SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

manutenção do contrato com base no critério objetivo da finalidade do pacto” (SILVA, 1999, p. 67).

Aliás, tanto revisão judicial do contrato por onerosidade excessiva ou lesão, controle de cláusulas contratuais ou conversão substancial do negócio jurídico devem ter em conta a utilidade prática do negócio e não apenas um pretense equilíbrio das prestações não fundado em bases técnico-financeiras reais.

Não é por um produto ou serviço ter se tornado demasiadamente caro para um determinado consumidor, ou grupo de consumidores, que ocorre a onerosidade excessiva. Esta ocorre quando o produto ou serviço é demasiadamente caro *em cotejo com aquilo que ele é*. Um carro de alto luxo custa muito mais caro do que um carro popular e não há quem imagine que, por este fato, há lesão no contrato de compra e venda. Porém, se um automóvel popular é vendido pelo preço de um carro de luxo, aí sim ocorre a lesão, que é o desequilíbrio econômico do contrato contemporâneo à sua formação.

Os contratos relacionais têm uma característica importante, que é a de comportarem, diante de sua protração no tempo, fortes mutações ao logo de sua vida. Com efeito, a doutrina já assinalou que os contratos relacionais são mais apostas na utilidade prática da contratação, do que aceitação ou adesão de um regime jurídico fechado e pronto apto a durar todo o tempo de eficácia dos deveres principais do contrato – já que se sabe poderem, além destes, surgir deveres pós-contratuais, que podem ser ignorados no momento da contratação.

Os contratos relacionais vivem, talvez se pudesse mesmo dizer, de modo muito mais marcado até que os demais da confiança. O que as partes desejam é o resultado da contratação e não o contrato propriamente dito, com as suas cláusulas e condições determinadas, impressas ou redigidas.

Este caráter evidentemente fragiliza não só uma, mas ambas as partes do contrato. Com efeito, mesmo a proteção ao consumidor, importante, mas que impede o fornecedor de denunciar o contrato unilateralmente, é um elemento que ocasiona a vulnerabilidade do mesmo (*rectius* a exposição potencial a dano contra os seus interesses).

Porém, a concretização da vulnerabilidade, a causação efetiva de danos não razoáveis aos interesses do fornecedor, contraria a própria essência daquilo que o contrato relacional deve ser: tutela das expectativas legítimas de *ambas as partes* e não somente *do consumidor*.

A tutela da confiança, o equilíbrio dos contratos e a boa-fé valem em favor de todos os contraentes e não apenas de um deles, por mais débil, vulnerável e hipossuficiente que seja.

Não se pode construir um Direito do consumidor que ignore de modo absoluto as expectativas legítimas do fornecedor, assim como é patológica a visão que ocasiona um desequilíbrio de fato pró-fornecedor. Os exageros, a ausência de limites não são o justo.

Afigura-se, deste modo, necessário manter a utilidade prática e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato vigente a todo tempo para que o contrato relacional possa ser efetivo. Tal atitude prestigia o equilíbrio das prestações, a boa-fé e a tutela das expectativas legítimas das partes contratantes. Agir de modo diferente exigirá que a empresa atue em determinado mercado com prejuízo, o que ocasionará o respectivo fechamento, ou a necessidade de onerar outras carteiras para cobrir os custos.

Note-se que, ao onerar outras carteiras, estará o serviço se tornando mais oneroso para os novos consumidores. E, aplicando-se a lei da oferta e da procura, menos consumidores terão a capacidade de contratar, gerando um círculo vicioso, que acaba por privar as pessoas do acesso ao serviço privado de cobertura de custos médicos. Portanto, é inteiramente inadequada a proteção que ora se pretende dar ao consumidor por meio de ações judiciais propostas contra as operadoras de planos de saúde, pois esta tutela de modo limitado e injusto a coletividade dos consumidores.

Isto mostra como a cláusula de coligação é importante no caso dos planos de saúde, pois garante de forma efetiva a justiça contratual para com a coletividade de consumidores. A proteção de um consumidor individual não deve prejudicar terceiros, ainda mais sem lei que o preveja.

3 A COLIGAÇÃO NECESSÁRIA

Les tiers ce sont les autres, ceux qu'on rejette dans l'enfer ou le paradis du non-acte mais le bloc de ces 'autres' est-il si monolithique et puis n'est-il définissable que négativement ce qui est toujours un aveu d'échec?

*Jean. Preface Hauser*³²⁶

3.1 A coligação necessária: aspectos gerais

Neste capítulo final abordaremos o tema da coligação necessária, que é aquela não decorrente do exercício da autonomia privada em seu sentido mais puro.

No capítulo anterior, vimos que o exercício da liberdade de contratar pode provocar efeitos jurídicos sobre os contratos celebrados entre as mesmas partes, ou incorporar ao bojo do negócio um fato contratual acontecido em um contrato firmado por terceiros.

Destacamos que a relatividade contratual continua plenamente aplicável neste caso³²⁷, pois em realidade as partes podem estipular as cláusulas que bem desejarem em seus contratos e por conta disto podem “internalizar” em seus vínculos fatos acontecidos com terceiros.

Estudamos, por fim, a estruturação dogmática da coligação contratual voluntária. Vimos que a cláusula se reconduz a uma condição³²⁸ em sua acepção técnica da parte geral do Direito civil.

Neste capítulo trataremos das demais fontes de coligação negocial, sem enfrentar, contudo a sua eficácia jurídica de modo exaustivo. No que concerne à coligação voluntária isto seria impossível, pois as partes determinam os efeitos e infinitas são as possibilidades concedidas à autonomia privada.

No que toca a coligação legal também não será factível esgotar as possibilidades de eficácia jurídica, já que o legislador pode determinar uma quantidade também infinita de

³²⁶ SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. *Le tiers à l'acte juridique*. Paris: LGDJ, 2000.

³²⁷ Em que pese a menção que fizemos ao contrato em favor de terceiro, que é usado na Alemanha, por uma parcela da doutrina, como fundamento para o que em domínio francês se chama de oponibilidade do contrato perante terceiros.

³²⁸ Apesar, também da advertência no sentido de que não é dogmaticamente impossível reconduzi-la a um termo. Apenas não visualizamos exemplo concreto deste tipo de situação.

possíveis efeitos jurídicos entre os contratos³²⁹. Só poderíamos esgotar os efeitos jurídicos da coligação legal tratando de todas as suas hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que não é o nosso propósito. Não pretendemos esgotar o tema da coligação nesta tese, mas exclusivamente mostrar quais são as possíveis fontes de coligação de uma perspectiva genérica e científica.

Por fim, a coligação que resulta da boa-fé. Aqui também não podemos exaurir os efeitos da coligação. Isto porque a quantidade de possíveis efeitos é indeterminada, assim como o são os deveres de proteção existentes³³⁰.

A doutrina já assinalou que os deveres anexos resultantes da obrigação são em número infinito, sendo as tipificações respectivas esquemas meramente didáticos. Também as possíveis eficácias da obrigação não devem, recordamos o que dissemos no Capítulo I deste trabalho, ser integralmente pré-determinadas, sob pena de desajuste com os fatos concretos³³¹. As soluções obrigacionais contidas na lei são meramente provisórias, devendo-se adaptar às necessidades da justiça contratual e tutela das legítimas expectativas³³².

Assim sendo, centramos a análise nesta sede nas *causas* que levam a uma *interferência recíproca* entre os contratos sem abordar *os efeitos jurídicos daí decorrentes*. Sem prejuízo de destacar algumas possibilidades, como fizemos anteriormente com a cláusula de *cross default*.

³²⁹ Efeitos que vão desde aspectos materiais das perturbações das prestações até questões processuais, como por exemplo a competência. Veja-se o interessante acórdão proferido pela 2ª Seção do E. STJ no CC 34504 / SP, relator para o acórdão o Sr. Min. Ruy Rosado, julgado em 12/03/2003 e assim ementado:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Clube esportivo. Jogador de futebol. Contrato de trabalho. Contrato de imagem. Celebrados contratos coligados, para prestação de serviço como atleta e para uso da imagem, o contrato principal é o de trabalho, portanto, a demanda surgida entre as partes deve ser resolvida na Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Trabalhista”.

³³⁰ A doutrina já assinalou que a divisão dos deveres anexos é meramente didática. Cf. Frada (1994), onde escreve:

Os *deveres laterais* que se referem são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas. O seu conteúdo é diversificado, podendo encobrir deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo, de não-concorrência, de custódia, de vigilância, de lealdade, etc. Mais importante, porém, do que a descrição da fisionomia do comportamento que normatizam é o indagar da função que eles desempenham no âmbito da relação obrigacional. Só esta pode, em última análise, implicar conseqüências de regime e só esta nos guia, ademais, à delimitação do tema que é abordado. (FRADA, 1994, p. 40)

Consulte-se, no mesmo sentido, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 601 e ss.

³³¹ A doutrina do adimplemento substancial funciona aqui como exemplo eloqüente. Mostra interessante da provisoriedade das soluções em matéria de inadimplemento das obrigações encontra-se no parecer de Carneiro (1995, p. 172-178).

³³² Cf., por todos, PERLIGIERI, Pietro. L'obbligazione: tra vecchi e nuovi dogmi. In: _____. **La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative**. Padova: CEDAM, 1991. p. 491-506.

As partes podem, por meio de cláusulas inseridas em seus negócios jurídicos, ocasionar o fenômeno de influências recíprocas entre os seus contratos.

Quando isto ocorre, trata-se um fato jurídico contratual como um simples fato³³³. Por sinal, o contrato é, antes mesmo de ser jurídico, um fato. Afinal, o termo jurídico é, mesmo sintaticamente, um adjetivo do substantivo fato. Antes de qualquer coisa, é preciso que o fato seja para que possa ser jurídico. É necessário o ser para que possa adjetivar-se³³⁴.

A condição, modalidade de elemento particular de negócio jurídico, sempre opera com fatos. Acontecimentos futuros e incertos, externos ao negócio jurídico. O contrato sob esta perspectiva é um fato.

Esta, por sinal, a consideração que se faz para sustentar a oponibilidade do contrato nas doutrinas francesa e belga³³⁵.

Em sede de Direito comparado, anote-se, apenas as doutrinas belga e francesa conhecem a noção de oponibilidade, sendo uma idéia completamente estranha para os demais sistemas jurídicos. Nos Direitos o alemão e italiano o fundamento para atingir resultados semelhantes aos obtidos pela doutrina da oponibilidade é, entre outros, o contrato em favor de terceiro³³⁶ e a boa-fé³³⁷.

A doutrina da oponibilidade do contrato permite que o contrato produza certos efeitos perante terceiros. O fundamento usado pela doutrina de língua francesa para sustentar a oponibilidade, em estreita síntese, parte, portanto, desta consideração: o contrato é um fato e

³³³ Nesta linha, com toda propriedade, Telles (2002, p. 14), dizendo que o contrato celebrado por outrem não é, em relação aos terceiros, um negócio jurídico, mas sim um simples fato jurídico em sentido estrito.

³³⁴ Na linha metodológica de MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. t. 1.

³³⁵ Cf., por todos, Wintgen (2004, p. 87), onde escreve: “La notion du contrat-fait suggère néanmoins un fondement qui est très fréquemment invoqué aujourd’hui. Le contrat serait opposable *parce qu’il est un fait*, qu’il existe, crée une situation juridique ou modifie l’ordonnancement juridique et s’impose donc aux tiers”. Na verdade o autor critica, em seu trabalho, de modo bastante eloqüente esta tese. No que concerne ao fato de que só a doutrina belga e francesa conhecem a oponibilidade, confira-se o mesmo trabalho, *passim*.

³³⁶ Cf., na manualística alemã, Larenz (1987, p. 217 e ss.), distinguindo as situações de contrato a favor de terceiro que cause um enriquecimento (*berechtigten Vertrag zugunsten eines Dritten*) e contrato a favor de terceiro que concede um poder a este (*ermächtigten Vertrag zugunsten eines Dritten*). Veja-se, também, Medicus (2000, p. 370 e ss.), onde trata do *Vertrag zugunsten Dritter* e do *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, sendo que neste último caso o terceiro não pode exigir a pretensão, mas um cumprimento inadequado pode gerar pretensão por responsabilidade civil. O autor destaca que, até bem pouco tempo atrás, na jurisprudência do BGH, os negócios que não produziam pretensões para a sua execução para terceiros (noção clássica da estipulação em favor de terceiro), também não produziam deveres de proteção. Contudo, desde 1995, o Tribunal tem modificado o seu entendimento através de casos isolados.

³³⁷ Cf. GUÉSTIN, Jacques. Préface. In: WINTGEN, Robert. **Étude critique de la notion d’opposabilité** – Les effets du contrat à l’égard des tiers en Droit français et allemand. Paris: LGDJ, 2004.

como tal toca a qualquer pessoa. Os fatos são para todos e não apenas para as partes envolvidas no negócio.

A crítica que se pode fazer a tal posicionamento parte de uma consideração bastante simples. Os fatos isoladamente não podem produzir efeitos jurídicos. Já assinalamos anteriormente nesta tese que todos os efeitos jurídicos possíveis decorrem dos fatos jurídicos, que nascem da incidência de uma norma jurídica sobre um fato. Sem norma não há fato jurídico, assim como sem fato este não se manifesta³³⁸.

É um anacronismo metodológico pensar que os efeitos jurídicos produzem-se pelos simples fatos, como acontecia na época do voluntarismo, em que a vontade fazia lei entre as partes e era soberana na produção de efeitos jurídicos³³⁹. Ainda que sociologicamente haja uma vinculação pelos comportamentos humanos, o Direito só lida com esta realidade limitadamente. Mesmo quando falamos dos costumes, há uma “internalização” dos mesmos para o sistema jurídico³⁴⁰.

³³⁸ Entre nós, adotando o contrato como um fato, somado à boa-fé e à função social do contrato como fundamentos para a oponibilidade perante terceiros, consulte-se Azevedo, Antônio (2004b, p. 137-147).

³³⁹ Cf., por todos, RIEG (1961, p. 2), onde escreve:

“De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit”. En effet, l’organisation de la société ne dérive pas du Droit naturel, ni de la raison, mais de la volonté: les individus, isolés dans l’état de nature, s’associent librement pour donner naissance à l’Etat et pour fixer ses règles de fonctionnement: c’est le «contrat social», base de tout Droit public, depuis Hobbes jusqu’à Rousseau. L’influence de cette conception sur le Droit privé n’est pas moins forte: le commerce juridique repose tout entier sur la volonté des individus, à savoir le contrat, ou plus généralement l’acte juridique. Non seulement il serait inconcevable d’engager une personne en dehors de sa volonté, puisqu’on violenterait sa liberté(...).

³⁴⁰ Não queremos, e nem podemos, aqui reproduzir o interminável debate sobre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Este é um debate que se situa nos domínios da filosofia do Direito e não cabe em um trabalho dogmático como o que ora propomos. Para uma síntese do debate remetemos o leitor para BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do Direito**. Coimbra: Arménio Amado Ed., sucessor, 1979. p. 331 e ss. VILLEY, Michel. Le droit naturel et l’histoire. In: _____. **Seize essais de philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1969. p. 73-84. Para uma perspectiva sobre o positivismo, veja-se KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Aalen: Scientia Verlag, 1994, especialmente nas páginas iniciais, quando o autor discute “Die Reinheit”, ou seja, a pureza (do método), querendo despojar a Ciência jurídica de todos os elementos que não sejam internos. Há tradução brasileira, com a referência KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

Na literatura histórica, veja-se, com uma extensa recensão sobre a crise do positivismo, WIECKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 591 e ss.

No que concerne ao conceito de positivismo, remetemos o leitor para Hespanha (1997. p. 174 e ss.), onde escreve:

A evolução das ciências naturais e a sua elevação a modelo epistemológico lançaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica («posta», «positiva»). De que a autoridade e a experiência deveriam substituir a autoridade e a especulação filosofante como fontes de saber. Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também ele, se quisesse merecer a dignidade de ciência deveria partir de coisas

Assim sendo, a eficácia jurídica do contrato perante terceiros depende de uma *norma jurídica*, que faça surgir um fato jurídico apto a produzi-la. Este um dos aspectos centrais de nossa tese: a simples integração econômica de diversos contratos não é causa suficiente para provocar a coligação negocial. Este é apenas um dado fático, ao qual deve-se somar o dado jurídico³⁴¹.

O dado jurídico constitui-se de um exercício da autonomia privada³⁴², nos termos do ordenamento jurídico – coligação contratual voluntária –, ou de um mandamento legal, quando se caracterizará a coligação necessária. A coligação necessária pode, ainda, se dar a partir de duas diferentes fontes: de um lado uma norma legal expressa e de outro a boa-fé objetiva e tutela da confiança, por meio de deveres anexos de proteção impostos tanto às partes, como a certos terceiros que tenham deveres laterais de comportamento frente às mesmas, em face de sua integração no mundo negocial.

positivas e não de especulações abstratas e de argumentos de autoridade (teológica ou doutoral) ou de especulações abstractas. (...) Só que as várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem «coisas positivas». Para uns, positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha de incidir unicamente sobre ela, explicando-a e integrando-a (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou nun espírito do povo que se objectivava nas formas quotidianas de viver o direito (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstractos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência como discurso de categorias teóricas, estabelecido pelo kantismo (positivismo conceitual). (...) Todas estas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjectivismo ou de moralismo.(HESPANHA, 1997. p. 174)

³⁴¹ Afirma-o, a propósito do contrato individualmente considerado, WINTGEN (2004, p. 85), onde escreve:

Le contrat est-il opposable aux tiers parce qu'il est un fait? La réponse à cette question est à la fois négative et positive. Négative, parce que la seule existence du contrat en tant que fait est à elle seule insuffisante pour expliquer le moindre effet juridique du contrat à l'égard des tiers. Elle permet au contrat de produire effets aux égard des tiers lorsqu'une règle de droit le prévoit, mais en l'absence d'une telle règle, le contrat reste sans effets. L'opposabilité du contrat en tant que fait est donc virtuelle.

³⁴² Já bem lembra as relações entre ordenamento jurídico e autonomia privada, o clássico Betti (1969, p. 232 e ss.). Também afirmando que a autonomia privada deve vir acompanhada de um dado jurídico, consulte-se Villela (1982, p. 251-266), mas especialmente, onde escreve:

(...) a juridicidade não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Logo é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática. Não há fatos jurídicos *a priori*. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos.(VILLELA, 1982, p. 256)

A oponibilidade do contrato permite, por exemplo, inúmeros casos de ação direta, tema ao qual já aludimos de passagem nesta tese.

Observemos também que a doutrina da oponibilidade não será por nós esgotada, ainda que seja uma das questões conexas mais relevantes para a coligação contratual, bem como pela consideração de que haja algumas referências que começam a surgir no Direito brasileiro³⁴³.

Alguns motivos nos levam a não tratar da doutrina da oponibilidade. Em primeiro lugar, a sua específica abrangência em sede de direito comparado. Não há generalização nos sistemas jurídicos. Isto nos levaria a ter que discutir a possibilidade de importação da idéia – *rectius* a sua compatibilidade – para o sistema jurídico brasileiro. Nosso trabalho, já advertimos, não é de Direito comparado em sua acepção mais pura³⁴⁴.

Em segundo lugar, a oponibilidade dos contratos opera não somente na coligação contratual, mas também em relações envolvendo somente um único contrato.

Este é o caso da ação direta do prejudicado contra o segurador do causador do dano³⁴⁵.

³⁴³ Cf., por exemplo, AZEVEDO, Antônio (2004b). Veja-se, também, referindo a questão de passagem, Tepedino, Gustavo (2005, p. 238-254). Por fim, a excelente monografia, gentilmente cedida pela autora, de Cardoso (2003).

³⁴⁴ Sobre a metodologia do Direito comparado, consulte-se, sinteticamente, KÖTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1992. v. 2. Também ASCARELLI, Tullio. Premissas ao estudo do Direito comparado. In: _____. **Problemas das sociedades anônimas e Direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969b. p. 1-44.

Ainda: CONSTANTINESCO, Léotin-Jean. **Traité de Droit comparé**. Paris: LGDJ, 1974. t. 2., especialmente nas p. 122 e ss, onde indica “Les phases du processus methodologique”. O autor indica três fases, cada uma seguindo algumas regras metodológicas, para o processo do Direito comparado: Uma de conhecimento dos termos a comparar (com as seguintes regras metodológicas: conhecimento do termo tal como ele é, conhecimentos das fontes do termo a ser comparado, estudo do termo na complexidade e totalidade das fontes do direito considerado para a comparação, indicação da hierarquia das fontes de onde provém o termo e, por fim, interpretar o termo de acordo com o método próprio da ordem jurídica de onde ele vem). A segunda fase é de conhecimento dos termos a comparar (onde devem ser aprofundadas as interações do termo estudado com os demais institutos do ordenamento jurídicos estudado, bem como os motivos históricos e sociológicos que levaram à sua criação, elementos determinantes, etc). Por fim, uma terceira fase, envolvendo a comparação propriamente dita onde se estudam as semelhanças e dessemelhanças entre os termos comparados, bem como as suas justificativas (motivos históricos, sociológicos, econômicos, etc). Desta breve exposição já se pode ver que o estudo de Direito comparado tal como deve ser feito para uma abordagem científica digna de tal nome exige um trabalho profundo de estudo de ordens jurídicas estrangeiras, ao qual não nos propomos no seio desta tese. Os elementos internacionais são trazidos à colação nesta tese exclusivamente para atuar como auxiliares na demonstração de nossas afirmações.

Consulte-se, ainda, para alguns exemplos interessantes, a informativa obra de GALGANO, Francesco (Org.). **Atlante di Diritto privato comparato**. Bologna: Zanichelli, 2003. Nesta obra Galgano e os colaboradores que incluem grandes nomes da civilística italiana como Guido Alpa, Paolo Cendon, Ugo Mattei, entre outros, mostram os diversos sistemas adotados no mundo a propósito de vários temas, como a formação do contrato, os sistemas de transferência da propriedade *inter vivos*, causalismo e abstração no contrato, etc.

³⁴⁵ Por exemplo, a teor do art. 788 do CC/02, para o caso dos seguros obrigatórios. No caso dos facultativos, já trouxemos à colação a questão da estipulação em favor de terceiro indeterminado, citando, inclusive um aresto do E. STJ.

Nesta hipótese o contrato é oponível, mas não há qualquer possibilidade de coligação, por uma questão muito simples: só há um contrato. Um dos requisitos sem os quais não há coligação é justamente a pluralidade de contratos.

Seja consentida, diante da freqüente fundamentação utilizada pela doutrina brasileira no sentido de que a oponibilidade dos contratos toca à função social do contrato, uma breve digressão para gizar que a função social do contrato está repleta de dificuldades em razão de sua excessiva abertura pelo legislador do CC/02. A doutrina já apontou os mais variados conteúdos para a função social, como se pode ver da bibliografia que indicamos na nota referida no parágrafo anterior.

Insistamos, contudo, no fato de que esta figura da ação direta nada tem que ver com a função social do contrato, como pretende uma parcela da doutrina. Especificamente, neste sentido, Negreiros (2002).

No mesmo sentido, fundando os efeitos externos do contrato no princípio da função social do contrato, preenchido pelo solidarismo constitucional, Silva, Luis (2003, p. 127-150), mas especialmente. 133, onde anota:

Eu diria que, dentro da relação contratual, entre os contratantes, atua a idéia de cooperação por intermédio do princípio da boa-fé (regra do art. 422 do Novo Código). Já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais na qualidade de fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõe-se um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela idéia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Novo Código Civil). (SILVA, Luis, 2003, p. 133)

Comentando o tema antes do CC/02, Hironaka (2000, p. 101- 117). Interessantes observações sobre as origens da função social (em geral) na doutrina tomista. Advertindo para os riscos de uma função social tão aberta como a do CC/02, como já destacamos no seio desta tese, Pereira, Caio (1973, p. 17-24).

Depois do CC/02, há a monografia específica de Theodoro Jr. (2004), com uma interessante perspectiva sobre economia, contratos e função social. Veja-se também, em uma ótima perspectiva, usando o art 170 da CF/88 para concretizar o princípio, LOBO, P. (2002, p. 187-195), mas especialmente, pág. 190 e ss. Para o autor, a função social deve realizar interesses previstos na Ordem Econômica da CF/88, já que o contrato é uma operação econômica. Em sentido muito semelhante, sustentando a concretização da função social por meio dos “fundamentos e objetivos da República”, Tepedino, Gustavo J. (2002, p. 114-123), mas especialmente pág. 122. Com vasta perspectiva histórica e erudição, adotando uma função social do contrato como fator de igualdade substancial, Alvim, Arruda (2004, p. 52-71). Neste mesmo sentido, confira-se Silva, Luis (2003). Por fim, ainda entendendo a função social do contrato como fator de igualdade, Donnini (2004, p. 32).

Não é nosso objetivo esgotar o tema da função social do contrato. Digamos apenas que a função social do contrato, à semelhança do que acontece com a função social da propriedade, faz depender o exercício de um direito (subjeto) ao atendimento de interesses externos, extra-titular (es). No que concerne à função social da propriedade, remetemos o leitor para a seguinte bibliografia, evidentemente, não exaustiva. Em primeiro lugar, para o clássico Rodotà (1990, p. 47-72). Entre nós, Tepedino, Gustavo J. (1999, p. 267-291).

Por sinal, muito rico seria o paralelo entre propriedade e contrato, dois pilares fundamentais do Direito privado, ao traçar-se um arco histórico do individualismo à repersonalização contemporânea. Gostaríamos, por exemplo, de refletir sobre a fragmentação da disciplina proprietária de acordo com o seu objeto e sujeito, em paralelo com a disciplina do contrato (que se fragmenta, por exemplo, por meio do Direito do consumidor), bem como a inspiração sistemática comum no espaço temporal. Isto escapa, contudo, aos nossos objetivos mais estreitos nesta tese. Sobre o tema da fragmentação da propriedade a partir do sujeito e do objeto, o indispensável e denso Pugliatti (1964, p. 145-309).

Destaquemos também que a cláusula geral de função social do contrato, ao contrário daquela de boa-fé, ainda não conta com uma sofisticada elaboração³⁴⁶ e apresenta, se hipertrofiada, um risco real e patente à segurança das relações (no sentido de um déficit de orientação, para usar a divisão de segurança jurídica proposta por Zippelius e por nós já referida no Capítulo I desta tese), devendo ser usada com muita prudência pelos julgadores.

Não estamos a dizer que é impossível a construção dogmática da função social do contrato em termos de igualdade substancial, tal como proposto por parcela da doutrina brasileira de indiscutível qualidade. Isto se torna sustentável em face da total indeterminação conceitual do art. 421 do CC/02.

Ocorre que não cremos que seja conveniente substituir mais de um século de doutrina sobre as funções e possibilidades da boa-fé por conta de uma inovação por mais sedutora que seja³⁴⁷.

Estamos cientes, ainda, da mobilidade dos princípios no sentido de Canaris³⁴⁸, mas ainda assim opinamos pela construção da função social a partir da proteção de valores extracontratuais (proteção ao consumidor, meio ambiente, etc) e não da igualdade, que é uma decorrência do dever anexo de lealdade tutelado pela boa-fé³⁴⁹.

Este caminho dogmático parece estar alinhado com a noção de função social no Direito – fazer depender a possibilidade do exercício, ou mesmo a sua existência, dependendo da construção interna ou externa da função social, de um direito subjetivo do atendimento de interesses externos ao seu cerne. Prestigia-se assim a experiência mundial e mesmo brasileira a respeito da boa-fé³⁵⁰, com vantagens para a segurança jurídica.

³⁴⁶ Nem com diretrizes materiais para a sua concreção. Na verdade, a presença destas diretrizes, como já mostramos a propósito da AGBG alemã e posterior reforma do BGB, é o perfil mais moderno para as cláusulas gerais. Veja-se a aguda crítica ao uso abusivo do “bando dos quatro” (função social, ordem pública, interesse público e boa-fé) o texto de AZEVEDO, Antônio (2000, p. 3-12), mas especialmente na pág. 11.

³⁴⁷ Assim como é possível, apesar de inconveniente o subjetivismo em matéria de interpretação legal. Não é uma questão de impossibilidade lógica, mas sim de inconveniência de fato. Veja-se sobre objetivismo e subjetivismo na interpretação legal, por todos, ANDRADE, Manuel (1987).

³⁴⁸ Sobre a mobilidade dos princípios, veja-se CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 129.

³⁴⁹ É inclusive a boa-fé que funciona como fundamento moderno da lesão nos contratos e da onerosidade excessiva, resultado do dever de lealdade contratual, como já indicamos anteriormente no seio desta tese. Veja-se, além das obras já citadas, tratando da questão de modo bastante sintético, MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão contratual no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 155 e ss.

³⁵⁰ Há tanto doutrina quanto jurisprudência fartas usando a boa-fé como fundamento para as decisões, sendo já possível um trabalho de concretização da cláusula geral de boa-fé a partir das decisões dos tribunais. É justamente este um dos caminhos para a construção da segurança jurídica em sede de cláusulas gerais: a utilização de grupos de casos.

Daí, por sinal, a nossa opção no sentido de fundamentar a coligação necessária na boa-fé e não na função social dos contratos. A existência de uma cláusula geral de boa-fé (ainda que não expressa) reconhecida amplamente pela melhor doutrina no Ordenamento jurídico brasileiro³⁵¹ serve como norma jurídica à qual devem se acomodar as situações de integração econômica que gerem expectativas legítimas tuteláveis no seio dos contratos que disciplinam tais relações.

Trataremos neste capítulo, feita a advertência inicial sobre a questão da oponibilidade, sobre a coligação contratual derivada do ordenamento jurídico. Daí denominarmos a coligação de necessária, no sentido de que não é opção de autonomia privada pura das partes.

Ainda que seja assente que as partes têm, no caso da coligação que deriva da cláusula geral de boa-fé, um papel a desempenhar em sede de eficácia jurídica da pluralidade contratual. Afinal, são elas, por meio de seus comportamentos socialmente situados dentro de um *habitus*³⁵², que geram as expectativas legítimas a serem tuteladas pela boa-fé³⁵³.

Alguns autores³⁵⁴ usam a dicotomia, faça-se a advertência, de coligação voluntária e necessária em sentido diverso do aqui proposto.

O negócio que não pode existir sem outro é caso de coligação necessária. Então, por exemplo, o acordo de acionistas que só pode existir se houver um contrato de constituição da

³⁵¹ Por exemplo, qualificando a boa-fé como uma “pauta de racionalidade” para o Direito das obrigações, MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1., em toda a Introdução, mas especialmente, pág. 32. Consulte-se, também, GONÇALVES, Carlos Roberto. et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3., §2.3.

³⁵² Servimo-nos aqui de um conceito sociológico que designa o conjunto de experiências pessoais e sociais que levam a afetar os fenômenos sociológicos. Este conceito foi cunhado na obra fundamental de Elias (1993).

Em hermenêutica, com um sentido um pouco diverso, veja-se a noção de preconceito em Gadamer. Do autor consulte-se, traduzido em português, Gadamer (1997, p. 400 e ss.). Para o autor, preconceito é o conjunto de opiniões prévias que temos sobre a temática de um texto e dos signos que a compõe e que por isso influenciam em nossa interpretação.

³⁵³ Voltamos a insistir no debate sobre o papel da vontade no negócio jurídico. Consulte-se, além da bibliografia já indicada anteriormente, Mattietto (1992, p. 23-39). Outra referência importante, mas que só tivemos tempo de passar os olhos, é PINTO, P. (1995).

³⁵⁴ Cf., por todos, Lener (1999, p. 6), onde escreve: “Si ha collegamento necessario allorché la connessione tra due o più negozi deriva dalla natura di uno dei essi, con ciò volendosi intendere che un negozio obiettivamente e necessariamente pressupone l’esistenza dell’altro, al fine di spiegare gli effetti suoi propri”. Cita logo a seguir o exemplo que ora inserimos no texto.

Mais à frente, pág. 8, escreve: “Si ha collegamento volontario in senso stretto, per contro, allorché la connessione tra i negozi non è in alcun modo necessitata: essi sono, per natura (vale a dire, struttura) e per difetto di apposita previsione normativa, dl tutto distinti e, *inter se*, apparentemente indipendenti quanto agli effetti, di modo tale che l’eventuali interdependenza (tra gli effetti di tali negozi) è esclusivamente frutto dell’autonomia privata (gli esempi sono innumerevoli: si pensi, per limitarsi ad un’ipotesi di non particolare complessità, allá compravendita di determinata merce ed al correlato contratto di trasporto o di assicurazione)”.

sociedade, sendo uma hipótese de coligação necessária. O mesmo se diga em relação à hipoteca no que concerne à dívida garantida.

Já a coligação voluntária, ainda para esta vertente conceitual de que divergimos, aconteceria quando é optativa a existência do contrato coligado. Por exemplo, o contrato de promessa de compra e venda pode ou não acontecer, dependendo simplesmente da conveniência das partes.

O conceito adotado pela doutrina antes citada ostenta um inconveniente. É o fato de que muitas vezes juridicamente falando não haverá caráter acessório de um dos contratos. Isto ocorre no plano econômico, no plano dos negócios. Por vezes, a dependência econômica é tal que a coligação efetivamente se deve fazer, apesar de ser dispensável do ponto de vista estritamente estrutural.

Um exemplo disto é o negócio de franquia se for transposto para o jurídico por meio de diversos contratos. Um de cessão de uso de marca, outro de promessa de compra e venda de insumos futuros, outro de cessão de *know-how* com pagamento de *royalties*, sendo que este último está no próprio cerne da franquia.

Se houver descumprimento grave de qualquer dos deveres resultantes dos contratos vistos no contexto da relação econômica como um todo por parte do franqueador, o franqueado pode aproveitar-se da eficácia jurídica da rede contratual provocando a extinção de todos os contratos, sem que necessite incidir na multa contratual de todos eles³⁵⁵.

Note-se que na avaliação da importância do descumprimento deve-se levar em conta, além dos aspectos econômicos e disposições das partes no contrato e respectivos comportamentos nas negociações e na execução do mesmo, a posição jurídica que o contrato ocupa na coligação. Isto é, se é um contrato que possa ser considerado juridicamente falando principal ou acessório, já que é possível que a celebração de um contrato seja a execução de outro – relembre-se a relação entre pré-contrato e contrato definitivo.

Por outro lado, nem sempre a inserção da fonte da obrigação em cláusula contratual no contrato juridicamente principal quererá dizer que o incumprimento deste dever possa levar a extinção da rede. É necessário algo mais. É preciso que econômica e negocialmente (em sentido jurídico) a obrigação seja relevante que possa ocasionar a extinção, respeitando-se a proporcionalidade entre infração contratual e sanção³⁵⁶.

³⁵⁵ Analogamente ao que se decidiu nos casos dos postos de gasolina julgados pelo E. STF nos anos 70. Na doutrina, veja-se Wald (1976, p. 94-104).

³⁵⁶ Aplica-se o mesmo raciocínio para um contrato isoladamente. Cf. CARNEIRO (1995). A única diferença em matéria de coligação é que se deve levar em conta todos os contratos e não apenas um deles.

O mesmo se diga em relação ao franqueado; se ele deixa de pagar os *royalties* devidos está inadimplindo o contrato negocialmente principal e provocando a possibilidade de extinguir todos os contratos da rede, por estar descumprindo uma obrigação que está no próprio cerne da franquia. Note-se que esta integração econômica elevada possui um largo impacto no plano dos efeitos jurídicos.

Interessante, portanto, observar-se que certos aspectos de outros contratos podem ser, para efeitos de extinção da rede, considerados principais.

Por exemplo, o dever de cessão de uso da marca em relação ao franqueador. Sem a marca o franqueado não poderá desenvolver as suas atividades com o mesmo sucesso. Se houver contestação judicial por parte de um terceiro e houver perda do direito de uso da marca parece, em condições normais, que o franqueado pode resolver os demais contratos da rede, pois isto atinge um dos aspectos centrais do negócio.

Por outro lado, se houver inadimplemento no pagamento do preço de um dos contratos de compra e venda celebrados com base no(s) contrato(s) quadro de franquia³⁵⁷, não se poderão resolver todos os contratos, mas exclusivamente aquele de compra e venda.

Isto se explica pela função negocial da promessa de compra e venda de materiais, que é, normalmente, a garantia de qualidade, a preservar a imagem da rede de franquias. O inadimplemento do franqueado em um destes contratos não poderá ocasionar para o franqueador a possibilidade de resolver todos os contratos, mas apenas o de executar aquele especificamente inadimplido, a menos que este inadimplemento seja reiterado e grave no contexto do negócio como um todo³⁵⁸.

E, seja ainda consentido adiantar, o contrato de franquia, por ser uma relação tipicamente em rede, na medida em que o franqueador possui um número de franqueados, que

³⁵⁷ Contrato quadro é aquele que possibilita às partes celebrar vários negócios com base nele. Cada um dos negócios é autônomo estruturalmente falando, mas se reconduzem à moldura prevista no contrato quadro. Empregamos a expressão no plural nesta sede em função da possibilidade do negócio base (tanto em seu sentido econômico quanto jurídico) estar contido em vários contratos diferentes. Cf., por todos, para um tratamento da categoria do contrato quadro, Gatsi (1996). Veja-se, ainda, GUESTIN, Jacques. La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent. Disponível em: <<http://www.creda.cci.fr/colloque/08concad/08-03aco.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2005.

³⁵⁸ Na realidade, esta consequência é uma aplicação da noção de adimplemento substancial à coligação contratual como um todo. Para que haja possibilidade de extinção dos contratos da coligação como um todo e não exclusivamente daquele que foi violado, é necessário avaliar-se o negócio globalmente e não o contrato individualmente. Por sinal, isto se aplica igualmente à onerosidade excessiva e à lesão. Para que se caracterizem inadimplemento, bem como estas modalidades de violação do princípio do equilíbrio dos contratos, deve-se avaliar o contexto de todos os contratos e não exclusivamente um deles, desde que, obviamente, se esteja diante de uma pluralidade contratual que produza efeitos jurídicos.

a compõe, permite que, por força da cláusula geral de boa-fé, cada um dos franqueados seja parte legítima para exigir certos comportamentos dos demais franqueados.

Por exemplo, se um franqueado começa a denegrir a marca por meio do fornecimento de bens gritantemente fora das especificações, cada um dos franqueados é parte legítima para exigir que aquele franqueado específico abstenha-se de praticar tal comportamento, que prejudica e danifica a própria imagem da rede de franquias. Raciocínio análogo pode ser feito nas situações de elevada integração econômica, como no *project finance* e produção *just in time*.

Mas isto é tema ao qual retornaremos mais à frente nesta tese. Por ora, fiquemos com os aspectos conceituais.

O conceito de coligação necessária que adotamos é, portanto, diferente do que é usado por alguns. Isto, por sinal, parece ser a grande maldição da Ciência jurídica: não existe uma segurança terminológica, usando os autores expressões que não são equivalentes com valência significativa igual ou vice-versa.

Um exemplo disto, além obviamente do que viemos de destacar, são os termos princípio, regra e norma jurídica. Com efeito, a doutrina brasileira contemporânea usa a norma jurídica como um gênero do qual são espécies as regras e os princípios³⁵⁹. Isto se deu, principalmente, por influência da importação das idéias do segundo Canotilho pela doutrina constitucionalista brasileira. O autor transmontano, por seu turno, retirou esta terminologia da obra de Robert Alexy³⁶⁰, que também passou a ser muito lido no ambiente cultural brasileiro.

³⁵⁹ Cf., exemplificativamente, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 243. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 42 e ss. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41 e ss. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1998. p. 61 e ss. Note-se que todos citam Alexy e Canotilho diretamente.

³⁶⁰ Cf. Alexy (1997, p. 82 e ss.):

La distinción entre reglas y principios no es nueva. A pesar de su antigüedad y de su frecuente actualización, impera al respecto confusión y polémica. Existe una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología vacilante. A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión, y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Ocorre que na metodologia jurídica tradicional, por exemplo em Larenz³⁶¹, normalmente a terminologia utilizada é a inversa: regras jurídicas como gênero e normas jurídicas e princípios como espécie.

Canotilho em uma primeira fase do desenvolvimento de seu pensamento adotava esta terminologia tradicional, tendo mudado de opinião após ler Alexy³⁶².

O prejuízo que este tipo de postura acarreta é simplesmente o de dificultar o acesso do leitor menos avisado à carga semântica desejada pelo autor. Daí, no âmbito da presente tese, procurarmos, sempre que isto não signifique um excursus excessivo, clarificar a terminologia que usamos.

Os nomes em Direito, ao contrário do que acontece no amor poético, têm grande importância; as rosas têm um aroma diferente.

Denominamos de coligação necessária àquela que decorre da lei. Seja aquela que decorra das regras expressamente, seja a que resulte da cláusula geral de boa-fé objetiva, já que a boa-fé é um dever imposto pelo ordenamento jurídico. Insista-se em uma das premissas que usamos: os fatos isolados não geram eficácia jurídica, mas tão somente o fato somado com o ordenamento jurídico.

Não que as partes não possam por meio de sua autonomia negocial afastar a incidência da coligação em operações que são normalmente coligadas, mas é necessário que isto decorra claramente da interpretação contratual³⁶³.

Os deveres principais do contrato, que são aqueles que se contrapõe aos acessórios, ou anexos, são definidos por meio da interpretação do negócio jurídico³⁶⁴.

Define-se qual o campo de incidência de norma jurídica sobre o suporte fático negocial. Aqui o relevante tema da interpretação dos negócios jurídicos³⁶⁵, que tem por

³⁶¹ Quando, *e.g.*, Larenz afirma que os princípios não são normas, eles não quer dizer que estes entes não são dotados de eficácia jurídica. O que eles querem dizer é que os princípios e (segundo a terminologia brasileira) as regras são diferentes. Cf., por exemplo, Larenz (1997, p. 236). Veja-se, para mostrar a força vinculante dos princípios a mesma obra de Larenz (1997, p. 349). No mesmo sentido, Canaris (1996).

³⁶² Cf., para o segundo Canotilho, (1998, p. 1122 e ss.), citando Alexy nas notas 2 e 3. O primeiro Canotilho pode ser lido em Canotilho (1994, p. 279 e ss.), onde o autor não cita Alexy, usando a denominação metodológica tradicional – citando Karl Larenz (Metodologia) e Ronald Dworkin (Model of rules) como marcos teóricos.

³⁶³ Interpretação em sentido amplo, ou seja, preenchimento de lacunas no regime contratual, que tanto pode indicar a coligação, como o seu afastamento. Ainda com referência à metodologia de interpretação da lei, veja-se Canaris (1968, p. 161-179). Por sinal, na mesma coleção há, pelo menos, mais dois livros de muito interesse. Um sobre as antinomias e outro sobre as presunções e ficções em Direito.

³⁶⁴ Sobre a distinção entre deveres principais e deveres anexos, veja-se, em português, Frada (1994). Também, entre nós, Marques (2002).

³⁶⁵ A atividade hermenêutica, tanto legal quanto negocial, é de importância fulcral para a segurança jurídica. O método deve ser uniforme para garantir resultados adequados para os problemas que se apresentam. Sobre a

finalidade, justamente, determinar qual é o sentido inerente ao negócio jurídico celebrado – *rectius*, quais são os direitos e deveres dele derivam.

Apesar da aparente contradição entre descobrir o sentido inerente – que é mais amplo – e quais os deveres e direitos que resultam de um contrato, a interpretação contratual, ao contrário da literária visa a interesses preceptivos, resolvendo problemas concretos que surgem na vida de relação.

As partes podem designar como queridos certos efeitos, que passam posteriormente pelo filtro do plano da validade. Aqui o ordenamento jurídico com o objetivo de disciplinar a atividade econômica – novamente, outro aspecto da estreita ligação entre operação econômica e direito dos contratos. O legislador pode querer desviar o fluxo natural das operações econômicas para resolver externalidades negativas³⁶⁶, por meio da lei.

Por exemplo, o legislador pode pretender alongar os prazos de locação e por isso concede uma medida judicial mais ágil para quem celebrar o contrato de locação por um tempo mais longo. É o legislador tentando modificar o modo pelo qual as trocas são feitas.

No que concerne à interpretação do negócio jurídico mister se destacar que a atividade hermenêutica neste particular não é de lógica pura, mas sempre por princípios e teleologicamente controlável³⁶⁷. Isto é de cardeal importância para a tese aqui defendida, pois a interpretação dos negócios coligados depende fundamentalmente dos princípios da boa-fé e da autonomia privada.

importância da metódica legal, Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997 e ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. No que concerne ao negócio jurídico, LARENZ, Karl. **Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfts**. Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1966. p. 3. Destaca ainda o autor, à página 1, que o tema da interpretação do negócio jurídico ainda está longe de ser pacífico e perfeitamente acabado.

³⁶⁶ Em ciência econômica externalidades são entendidas como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamada *externalidade negativa*, se for benéfico, é chamada *externalidade positiva*”. Cf. MANKIWI, Gregory. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p.209. O legislador pode introduzir certos custos econômicos, ou mesmo proibições, ou mesmo benefícios para atingir um resultado econômico qualquer. Ou seja, fará que os agentes econômicos internalizem certos custos sociais em sua atuação. No que concerne ao primeiro aspecto, do ponto de vista jurídico, o dirigismo contratual.

No que concerne ao segundo, a chamada função promocional do Direito. Sobre o dirigismo contratual, a bibliografia é muito farta. Veja-se, exemplificativamente, em uma perspectiva clássica, Bevilacqua (1995, p. 29-36).

Sobre a função promocional do Direito, consulte-se Bobbio (1977, p. 13-32).

Repare-se, por outro lado, que o direito dos contratos é absolutamente ineficiente para realizar uma distribuição de renda. Cf. as inquietantes considerações de Kaplow e Shavell (2003, p. 26-40).

³⁶⁷ Cf. LARENZ, Karl. **Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfts**. Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1966. p. 2-3.

Não é, porém, este o lugar para examinar esta questão tão complexa e inacabada na Ciência jurídica. Breve excursão sobre os métodos de interpretação do negócio jurídico faz-se, sem embargo, necessário neste ponto.

Afinal, precisamos deitar as bases sobre as quais trabalharemos o problema da eficácia jurídica dos contratos coligados.

Três são as possibilidades neste particular.

Em primeiro lugar, já se sustentou – *Willenstheorie* – que a interpretação do negócio jurídico deveria proteger a vontade dos contratantes, devendo o intérprete realizar uma pesquisa no aspecto volitivo da formação do contrato, isto é, o que as partes desejaram quando celebraram aquele contrato. Tal perspectiva possui o enorme inconveniente de dificultar imensamente a prova, pois a pesquisa psicológica evidentemente é complexa. Ademais, cristaliza o conteúdo do negócio jurídico, gerando uma imensa quantidade de lacunas³⁶⁸, particularmente quando há contratos relacionais³⁶⁹.

Ademais, a *Willenstheorie* tem uma base extremamente voluntarista. Já mostramos anteriormente que a vontade foi considerada, diante da inspiração kantiana, o motor do direito privado, sem embargo da revisão de tal noção, posto que ainda de relevo e momento a sua inserção sistemática.

A teoria da vontade foi adotada expressamente no BGB, em seu §133, que tem a seguinte redação: “**§133 Interpretação de uma declaração de vontade:** Para a interpretação de uma declaração de vontade deve-se pesquisar a vontade real, não se atendo ao sentido literal das expressões”³⁷⁰.

A segunda teoria acerca da interpretação negocial vai defender que o trabalho hermenêutico dirige-se no sentido de verificar o que ficou expresso em termos lingüísticos no

³⁶⁸ Situação análoga é a opção, em matéria de interpretação da lei da *voluntas legislatoris*, ou seja, a pesquisa da intenção do legislador quando editou uma norma jurídica qualquer *versus* opção pela *voluntas legis*, isto é, a aferição da vontade expressa pela lei no bojo de seu texto. Cf., sobre esta questão, afirmando a inconveniência da opção hermenêutica pela vontade do legislador, diante da geração de lacunas, o já citado, ANDRADE, M. (1987).

³⁶⁹ Contratos que se caracterizam pela incerteza quanto aos seus termos. Os contratos relacionais possuem cláusulas que mais se podem dizer “constitucionais”, diante da necessidade de repactuação contínua, do que propriamente “normativas”, esgotando uma inteira disciplina jurídica no seu bojo. Isto muitíssimo freqüente nos contratos de longuíssima duração em que as partes submetem-se a um importante grau de incerteza. Cf., por todos, no Direito brasileiro, mas com amplas referências à doutrina estrangeira, particularmente americana, Macedo Junior (1999).

³⁷⁰ Tradução livre nossa. No original: “**§ 133 Auslegung einer Willenserklärung:** Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften”.

clausulado contratual. Ou seja, é uma busca pelo “sentido objetivo” expresso no texto e contexto contratual³⁷¹. Esta teoria é marcada pelo seminal trabalho de Danz³⁷².

Esta teoria marca, de modo importante, um certo declínio na exacerbação do papel da vontade no negócio jurídico, pois passa a importar o dado objetivo e não mais o subjetivo em sede de interpretação.

Por fim, a teoria da confiança. As obrigações decorrentes de um contrato são não apenas aquelas que emanam da vontade pura, ou do clausulado negocias. O intérprete deve procurar proteger a confiança das partes, o intuito prático das obrigações. A polarização da obrigação pelo adimplemento é, no sentido que já foi destacado no seio desta tese, tutelável³⁷³.

A confiança, que está na base da boa-fé no Direito civil, é o cerne. Note-se que só é possível se falar de boa-fé e não de boas-fés, por conta da confiança, que é um *prius* em relação à boa-fé³⁷⁴.

O raciocínio é o seguinte: o possuidor de boa-fé tem um tratamento mais favorável do ponto de vista de sua proteção que o possuidor de má-fé³⁷⁵. Estes benefícios em face do possuidor de má-fé se explicam por ele ter uma convicção na legitimidade de sua situação jurídica.

Lembremos que a posse injusta não necessariamente é de má-fé³⁷⁶. É possível haver, inclusive, posse precária de boa-fé, como é o caso do herdeiro que recebe o bem sem saber do vício que marcou a sua aquisição.

O possuidor de boa-fé, portanto, é bonificado com o direito de ficar com os frutos, ser indenizado pelas benfeitorias úteis e levantar as voluptuárias, não responder pela perda ou

³⁷¹ Novo paralelo com a interpretação da lei é possível. Já se discutiu muito o tema em sede de hermenêutica legal, dando papel exacerbado ao texto na tarefa interpretativa. Para uma exposição autorizada veja-se MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito**. Porto Alegre: Síntese, 2000. Não é este o nosso objetivo, contudo, de sorte que não aprofundaremos neste tema.

³⁷² DANZ, Erich. **La interpretación de los negocios jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1931.

³⁷³ Cf. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

³⁷⁴ Neste ponto seguimos de perto os desenvolvimentos de Cordeiro (1997, p. 1.238 e ss.), onde escreve: “(...) a confiança constitui, por excelência, uma ponte entre as boas fés objectiva e subjectiva, devendo assentar em ambas”.

³⁷⁵ Falando de uma “garantia mais completa aos possuidores de boa-fé, confira-se, por todos, Espíndola, Eduardo (1956, p. 80).

³⁷⁶ Cf., por todos, Fulgêncio (2000, p. 40), onde anota: “O ponto de vista do legislador, na caracterização da boa ou má-fé do possuidor, é a intenção, a consciência, a convicção deste: o critério é o da subjetividade, ao revés do que se dá com a delimitação da justiça ou injustiça da posse, em que se tem em consideração o elemento objetivo”.

deterioração não dolosa da coisa possuída, ser contemplado com o direito de retenção³⁷⁷ em certos casos e assim sucessivamente, ao contrário do possuidor de má-fé. Na realidade a doutrina mais autorizada aponta que estes são efeitos de tutela de sua confiança na legitimidade de sua situação possessória³⁷⁸.

Já a boa-fé objetiva entendida como regra de comportamento e regra de interpretação negocial, funda-se na legítima expectativa no sentido de que os participantes das relações sociais comportem-se de modo probo, leal e honesto. Assim, a confiança que se protege na boa-fé objetiva é a de que as pessoas se comportem de modo leal.

Note-se que isto faz, inclusive que a boa-fé seja aplicável mesmo fora do domínio contratual, estendendo-se para o campo das situações reais³⁷⁹.

Ambas as situações, em última análise, são de proteção à confiança. Mostra-se, assim, por meio da confiança, que é possível reconduzir boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva a uma raiz comum.

A confiança possui, portanto, um papel de destaque, sendo certo que a interpretação contratual – e a sua integração – devem seguir os seus parâmetros. A vontade e a declaração são importantes na interpretação dos negócios na medida em que são índices que revelam as expectativas geradas.

Observe-se que nesta perspectiva ganham nova função os documentos pré-contratuais e até mesmo contratuais em sentido mais largo, bem como o preâmbulo do contrato.

Os documentos pré-contratuais – cartas de intenções, correspondências, punctações, instrumentos provisórios propostos para a negociação, etc – servem para mostrar quais são as reais expectativas das partes ao celebrarem o(s) contrato(s)³⁸⁰.

³⁷⁷ Sobre o direito de retenção consulte-se a obra clássica de FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Direito de retenção**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

³⁷⁸ Cf. Cordeiro (1997, p. 407 e ss.)

³⁷⁹ Interessante exemplo do que dizemos é a proibição de revogar-se autorização de uso exclusivo de área comum, quando a situação se consolide no tempo e não haja proveito para o condomínio na revogação. Veja-se, e.g., a ementa do Resp 325870/RJ, julgado pela E. 3ª Turma em 14/06/2004, relator o Sr. Min. Humberto Gomes de Barros:

“PROCESSUAL. CIVIL. CONDOMÍNIO. ÁREA COMUM. UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA. USO PROLONGADO. AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. RAZÃO PONDERÁVEL. INOCORRÊNCIA.

- Detenção concedida pelo condomínio para que determinado condômino anexe à respectiva unidade, um fundo de corredor inútil para uso coletivo. Decorrido longo tempo e constatada a boa-fé, o condomínio, sem demonstrar fato novo, não pode retomar a área objeto da permissão”.

³⁸⁰ Isto para não falar no seu papel para a eventual responsabilidade civil pré-contratual.

Possuem, portanto, importantíssimo papel para a interpretação dos contratos³⁸¹.

O mesmo se diga em relação aos documentos contratuais em sentido amplo. Estes são documentos que são trocados pelas partes durante a vigência da relação contratual. Cartas, mensagens eletrônicas, notificações podem servir para mostrar ao intérprete qual a função do contrato legitimamente esperada pelas partes.

Uma outra importante categoria de documentos contratuais em um sentido mais amplo e que podem informar as expectativas legítimas são aqueles produzidos por terceiros, mas mencionados pelas partes. Exemplo freqüente no domínio dos contratos internacionais é a referência aos princípios UNIDROIT. Mas nada impede que se mencione um contrato celebrado por terceiros, ou por uma das partes e um terceiro. Basta que se mostre que o contrato era conhecido e o então celebrado deveriam ser funcionalizados em conjunto.

O preâmbulo do contrato pode conter, também, uma série de afirmações e considerações que auxiliem na interpretação do próprio conteúdo dispositivo do contrato. Isto parece ser uma perspectiva renovadora do papel destes instrumentos e partes do contrato. Repare-se que o preâmbulo do contrato pode desempenhar também alguns outros papéis, assim como acontece com os documentos pré-contratuais. Por exemplo, o preâmbulo do contrato pode servir para declarações de ciência, para indicar eventuais vícios do consentimento, etc³⁸².

Poderíamos, ainda, abordar o papel dos documentos pós-contratuais para mostrar a sua importância³⁸³ na demonstração de existência de deveres anexos cuja violação gera a responsabilidade civil pós-contratual, mas estes dois exemplos que já demos – documentos pré-contratuais e preâmbulo do contrato – já servem para os fins que aqui desejamos.

Em estreita síntese, a confiança deve ser usada para a interpretação dos contratos. Os deveres principais e anexos devem ser aqueles que são indicados pela tutela das expectativas legítimas das partes.

³⁸¹ Neste mesmo sentido, Labarthe (1994, p. 188 e ss.). A autora trata, ainda, de uma hipótese interessante (p. 191 e ss) que é a de as partes acordarem que os documentos pré-contratuais não terão qualquer valor interpretativo (parece claro que quando as partes estipulam o contrário não há qualquer dúvida no sentido de sua eficácia). A autora concorda com a eficácia e validade da cláusula que veda o acesso aos documentos pré-contratuais. Veja-se, ainda, sobre o papel dos documentos pré-contratuais para a interpretação do contrato Ferraris (2003). Veja-se, entre nós, sinteticamente, Reale (1997, p. 1-6).

³⁸² Para um quadro sistemático mais completo veja-se a monografia específica de FERRO-LUZZI, Frederico. **Del preambolo del contratto**. Milano: Giuffrè, 2004.

³⁸³ Sobre o tema, consulte-se, ainda, o excepcional MOUSSERON, Jean-Marc. **Technique contractuelle**. Paris: Lefebvre, 1999.

Segundo a doutrina mais autorizada são quatro os pressupostos para a tutela da confiança, geradora de uma expectativa legítima: Em primeiro lugar, a presença de uma boa-fé subjetiva de quem desconhece que está lesando interesses de terceiros. Segundo, a presença de elementos objetivos aptos a mostrar que razoavelmente pode-se crer que uma situação de confiança efetivamente foi gerada para aquela pessoa. Terceiro, o investimento na confiança que se materializa na prática de atividades jurídicas conforme a expectativa gerada. Quarto e último, a imputação da situação de confiança à pessoa que vai ser atingida, como sujeito passivo, pela respectiva tutela³⁸⁴.

Repare-se que a tutela da confiança transcende da necessidade de uma relação contratual, mas não parece haver um indicativo mais adequado de uma geração de confiança do que a existência – e cumprimento – de um contrato com alguém.

A confiança³⁸⁵ gera inúmeros efeitos jurídicos, como por exemplo, a responsabilidade civil³⁸⁶, uma influência na formação do contrato³⁸⁷, mas este é um tema que não podemos aqui aprofundar. As considerações que fizemos bastam para mostrar o que desejamos: as expectativas despertadas legitimamente em uma parte devem ser protegidas pelo sistema jurídico positivo³⁸⁸.

O cerne do problema está, para o nosso tema, no último dos requisitos para que a tutela da confiança seja efetiva. Ou seja, que a situação passiva de tutela da confiança corresponda a quem efetivamente a despertou. Aqui temos a coligação gerada pela boa-fé. O comportamento contratual de alguém pode gerar expectativas, diante do elevado grau de integração econômica, em um não contratante, mas integrante da operação. Parece fora de dúvida que estar diante de um contrato é formador de expectativas. Por outro lado, preenchendo-se outro requisito, contratar com base no outro contrato é também agir de forma a externar a confiança.

³⁸⁴ Por todos, de modo muito didático, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **O levantamento da personalidade coletiva**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 94 e ss.

³⁸⁵ Entre nós, consulte-se o importante texto de Fachin (1998, p. 115-149).

³⁸⁶ Frada, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. Entre nós o cuidado trabalho de GONÇALVES, Vitor Fernandes. **Responsabilidade civil por quebra de promessa**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, isolando o interesse negativo (retorno ao *status quo ante*) e o interesse positivo (realização efetiva da expectativa) na tutela da confiança.

³⁸⁷ Cf., por exemplo, PATRY, Robert. **Le principe de la confiance et la formation du contrat en Droit suisse**. Genève: Imprimerie du Journal de Genève, 1953.

³⁸⁸ Em uma abordagem mais geral há uma obra fundamental à qual só tivemos acesso em tempo insuficiente para uso no seio da presente tese. Trata-se da obra assim referenciada: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971.

Com estas considerações quisemos mostrar que se modifica a posição de terceiro, para permitir que não contratantes ajam em razão do contrato. Mas isto não se dá por um simples fato econômico puro e isolado, mas sim a partir da aplicação do princípio de tutela da confiança – ou, insistimos, por força de lei, ou vontade das partes.

Feitas estas considerações, podemos partir para o tratamento efetivo dos temas que nos interessam no presente capítulo, que é o derradeiro de nossa tese. Neste capítulo veremos a coligação legal e a coligação derivada da boa-fé.

Creemos que, após cuidar destes temas, teremos sistematizado as fontes de eficácia da pluralidade contratual, tal como proposto nesta tese.

3.2 A coligação legal

Estabelece-se a coligação legal quando o legislador ordena que dois contratos produzam efeitos recíprocos, ou um deles produza efeitos no outro – coligação bilateral ou unilateral, respectivamente.

O fenômeno não é novo. Os contratos de garantia – fiança, hipoteca, penhor – são influenciados pelos contratos principais que eles garantem.

O legislador impõe, por exemplo, que o benefício econômico do credor com a excussão da hipoteca não pode ser maior do que a dívida, ainda que o imóvel valha mais.

A decretação de invalidade da dívida garantida provoca a ineficácia da hipoteca.

Ainda que, por outro lado, seja possível impor-se o desligamento de certos aspectos da relação contratual de garantia com aquela, que origina a dívida garantida. No exemplo da hipoteca é possível haver certa dose de abstração (art. 1.421 do CC/02). Não importa, para a hipoteca³⁸⁹, o pagamento parcial. Se há dois bens³⁹⁰ de mesmo valor dados em hipoteca para garantir uma dívida, o pagamento de metade da dívida não libera um dos bens. Existe um desligamento da relação obrigacional garantida com a hipoteca neste caso³⁹¹. A abstração neste caso, como destacamos, cumpre uma função de eficiência na garantia do credor.

³⁸⁹ Ainda que isto se aplique aos demais direitos reais de garantia, em face da inserção do dispositivo nas normas gerais sobre direitos reais de garantia e não no capítulo específico da hipoteca. No CC/16, o equivalente é o art. 758.

³⁹⁰ Usamos a expressão bens e não imóveis, como é freqüente, pois nem só imóveis podem ser objeto de hipoteca, como é o caso dos navios e aeronaves. Não é técnica a identificação da hipoteca com os imóveis e do penhor com os móveis.

³⁹¹ É o que se denomina de indivisibilidade da hipoteca e visa, fundamentalmente, a garantir mais eficientemente a situação creditória. Cf., debatendo o fundamento desta regra, bem como para dados de legislação comparada, Veiga (1929, p. 118 e ss.)

O raciocínio pertinente à dependência da garantia também se aplica à fiança, modalidade de garantia pessoal que possibilita ao credor agir sobre os bens penhoráveis de um terceiro que não o devedor para pagar-se de dívida deste último.

A fiança limita-se à dívida garantida e respectivos acessórios, não podendo ser cobrados valores que extrapolem.

Por outro lado, a fiança preserva sua autonomia estrutural, possuindo, por isso, peculiaridades. Assim, por exemplo, se houver aumento da dívida com a qual o fiador não concorde, a fiança não abrange este quanto³⁹². Se houver prorrogação do prazo contratual e o fiador não estiver ciente e expressamente de acordo, resta exonerado³⁹³.

Interpretar restritivamente a fiança no sentido dos art. 819 do CC/02 e 1.483 do CC/16 significa justamente, entre outras coisas, que a dívida garantida não ocasiona mudanças na fiança automaticamente.

Por outro lado, a própria definição de fiança contida nos art. 818 CC/02 e 1.481 do Código Bevilacqua mostra que existe uma coligação contratual entre os dois negócios jurídicos, a saber, a relação base garantida e a fiança.

Caso haja inadimplemento na relação base, o fiador pode ser compelido a pagar. O inadimplemento do primeiro contrato é requisito para a exigibilidade do segundo. Aqui a coligação contratual imposta pela própria Lei. A eficácia de uma obrigação depende de um fato ocorrido em outro contrato.

Conceitualmente falando este é um caso de coligação contratual e justamente este o motivo das críticas que se faz a esta caracterização não científica de determinar o fenômeno pelos seus efeitos.

Na realidade, cada caso de coligação legal é diferente dos demais, criado pelo legislador a partir de considerações de política legislativa particulares para aquela situação. Isto faz com que a coligação contratual legal seja composta um caleidoscópio de fundamentos

³⁹² Mesmo se houver uma cláusula genérica neste sentido, como se vê na jurisprudência. Veja-se, por exemplo, o Resp 522.324/SP, julgado em 17/06/2004, pela E. 3ª Turma, relator o Sr. Min. Castro Filho, assim ementado: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO – RESPONSABILIDADE DOS FIADORES – RENÚNCIA AO DIREITO DE EXONERAR-SE DA FIANÇA – IMPOSSIBILIDADE. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil anterior. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelos valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, na hipótese, para se delimitar a duração da garantia, cláusula contratual em sentido diverso. Recurso especial ao qual se dá provimento”.

³⁹³ Na jurisprudência do STJ, a sumula 214, apesar de seu enunciado ser restrito à locação, tem a seguinte formulação: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

que não possibilitam a construção de uma teoria material, ou seja, que explique abstratamente os motivos que levam o legislador a escolher todos os casos.

O que é possível é o agrupamento de casos para reduzir a complexidade das hipóteses de coligação contratual³⁹⁴. Por exemplo, os contratos de garantia são normalmente coligados em função do inadimplemento, sendo condição da eficácia da garantia o inadimplemento do contrato principal.

A coligação legal só se pode, portanto, sistematizar a partir de um critério formal – ou seja, a lei a impõe -, tal como propomos aqui.

Acrescente-se a este aspecto, ainda, o fato de que nem todos os “terceiros”, como é o caso do garantidor, possuem tratamento idêntico na lei. A qualidade de terceiro, ou seja, pessoa excluída dos efeitos jurídicos gerados pelas partes é extremamente cambiante em seu regime jurídico.

Por outros termos, a lei emprega a expressão “terceiro” para designar situações heterogêneas, ligando-as diferentes eficácias jurídicas³⁹⁵.

Em nosso Código, por exemplo, “terceiro” pode ser entendido como alguém que não participa de uma relação contratual, mas é favorecido por ela³⁹⁶; pode designar o estipulante de uma garantia real³⁹⁷; o assistente de um incapaz³⁹⁸; a um novo devedor que entre no pólo ativo da relação obrigacional por meio da assunção de dívida³⁹⁹; alguém que não sendo devedor paga uma dívida⁴⁰⁰; o sujeito que recebe bens de uma doação revogada por ingratidão⁴⁰¹; um eventual agente de turbação ou esbulho da posse de um bem locado⁴⁰²; o

³⁹⁴ Técnica semelhante à que se aplica em matéria de cláusulas gerais. A construção de grupos de casos pela doutrina reduz a complexidade e permite uma melhor sistematização, levando a um maior grau de segurança jurídica.

³⁹⁵ “La notion de tiers est ‘souvent fuyante et multiforme’; elle est l’une des plus imprécises de notre Droit. Paradoxalement, le terme de tiers est certainement, à l’instar de celui d’opposabilité auquel il est souvent associé, l’un des termes les plus souvent utilisés de la langue juridique moderne. Le Code civil et de nombreux textes y recourent, sans jamais nettement le définir”. Cf. Saint-Hilaire (2000, p. 1).

³⁹⁶ Neste sentido, a estipulação em favor de terceiro. Art. 436-438 do CC/02, já por nós sinteticamente analisado no Capítulo II desta tese.

³⁹⁷ Art. 1.427 do CC/02. Havendo deterioração do bem objeto do penhor, da hipoteca ou da anticrese, o terceiro, ou seja o estipulante da garantia real que não seja devedor, não é obrigado a reforçá-la.

³⁹⁸ Cf. art 176 do CC/02.

³⁹⁹ Veja-se o Art. 299 do CC/02.

⁴⁰⁰ Podendo-se ainda distinguir, para fins deste exemplo, os terceiros interessados daqueles não interessados. Vejam-se os art. 304 e 305 do CC/02.

⁴⁰¹ Art. 563 do CC/02.

⁴⁰² Art. 568 do CC/02.

cessionário do contrato de seguro por adquirir o interesse segurado⁴⁰³; aos não participantes da operação de alienação que negociam em um estabelecimento empresarial⁴⁰⁴; como numeral⁴⁰⁵; àqueles que adquirem um bem hereditário de um excluído da sucessão⁴⁰⁶; etc.

O CC/02 refere-se à expressão terceiro em mais de 100 dispositivos. Em todos os Livros do Código Civil eles estão presentes, colocando em causa a adequação de Direito fundada exclusivamente em uma relação jurídica bilateral. A categoria dos terceiros é, contudo, multifacetária, não cabendo no âmbito desta tese uma abordagem exaustiva e a elaboração de uma dogmática completa.

Observemos apenas que grande parte da dificuldade de dogmatizar a figura do terceiro deve-se ao próprio modelo jurídico pensado a partir de um paradigma de relação jurídica entre dois sujeitos⁴⁰⁷. Este modelo só pode, realmente conhecer de terceiros muito genericamente como os “não participantes”, sem gradações⁴⁰⁸. A definição do terceiro para o Direito civil liberal das grandes codificações é feita a partir de uma dimensão negativa.

Porém, assim como proposto pela doutrina para as demais relações jurídicas, como, por exemplo, as reais, é necessário que o contrato passe a ser tratado mais como situação jurídica do que relação jurídica. Não é este, contudo, o local para maiores desenvolvimentos destas considerações, pois isto envolveria abordar um dos mais complexos temas de Teoria do Direito debatidos na atualidade.

A lei pode criar casos expressos de coligação contratual e modificar a posição de “terceiro”, fazendo com que ele efetivamente sofra com o “inferno”, ou se beneficie com o “céu” do ato jurídico.

Já afirmamos também que a coligação contratual é uma resposta do sistema jurídico a elevada integração econômica. Procuramos aqui destacar na maior parte do tempo relações empresariais, em que as partes não estão em posição de vulnerabilidade recíproca.

As situações em que as partes estão em posição vulnerável podem atrair de modo particular a proteção do legislador, inclusive por meio da coligação contratual.

⁴⁰³ Art. 785 do CC/02.

⁴⁰⁴ Art. 1.144 do CC/02.

⁴⁰⁵ Art. 1521, IV. O que, aliás, já demonstra a polissemia da expressão terceiro.

⁴⁰⁶ Art. 1.817 do CC/02.

⁴⁰⁷ Observações quanto à questão da situação jurídica e relação jurídica podem ser encontradas em Fontes (2002, p. 53 e ss.)

⁴⁰⁸ Cf. (SAINT-HILAIRE, 2000, p. 4)

Selecionamos um exemplo paradigmático, apesar de, por um lado, problemático para mostrar uma situação de coligação legal. Problemático porquê trata-se de caso regulamentado no espaço da União Europeia por meio da Diretiva 87/102/CEE⁴⁰⁹, com posteriores alterações⁴¹⁰, que trata do crédito ao consumo e não de um caso de Direito brasileiro.

Optamos por este caso em face de sua importância e amplitude, que mostram de modo muito preciso como a coligação contratual é um fenômeno vasto e amplamente reconhecido no Direito europeu do consumo.

Com efeito, eis o texto do art. 11 da Diretiva 87/102/CEE:

Artigo 11º:

1. Os Estados-membros assegurarão que a existência de um contrato de crédito não influenciará de maneira alguma os direitos do consumidor contra o fornecedor dos bens ou serviços adquiridos ao abrigo desse contrato, nos casos em que os bens ou serviços não sejam fornecidos ou de qualquer modo não estejam em conformidade com o contrato relativo ao seu fornecimento.

2. O consumidor terá o direito de demandar o mutuante quando:

- a) Com vista a adquirir bens ou obter serviços, um consumidor celebrar um contrato de crédito com terceira pessoa diversa do fornecedor desses bens e serviços, e
- b) O mutuante e o fornecedor de bens ou serviços tiverem um acordo pré-existente ao abrigo do qual o mutuante põe o crédito à disposição exclusiva dos clientes desse fornecedor para aquisição de bens e serviços ao mesmo fornecedor, e
- c) O consumidor a que se refere a alínea a) obtiver tal crédito em conformidade com o referido acordo pré-existente, e
- d) Os bens ou serviços abrangidos pelo contrato de crédito não sejam fornecidos ou só parcialmente o sejam ou não sejam conformes com o contrato de fornecimento, e
- e) O consumidor tiver demandado o fornecedor mas não tenha obtido a satisfação a que tiver direito. Os Estados-membros determinarão em que medida e em que condições pode ser exercido este direito.

3. O nº 2 não se aplica aos casos em que a transacção em causa seja de montante inferior ao equivalente a 200 ECUs..

Já se produziu uma rica doutrina, que está, contudo, repleta de divergências em torno desta Diretiva, que só pode ser objeto de considerações superficiais nesta sede, pois se trata de um exemplo instrumental ao que queremos demonstrar⁴¹¹.

A diretiva trata da questão da coligação contratual – chamada no contexto de parcela da doutrina portuguesa de união de contratos – e da repercussão do descumprimento do contrato de compra e venda no contrato de concessão de crédito, na hipótese de negócio jurídico que envolve consumidor, fornecedor (de bens ou serviços) e entidade financiadora.

⁴⁰⁹ Os textos de atos normativos (Regulamentos, Diretivas, etc) da União Europeia podem ser facilmente obtidos por meio de do endereço eletrônico <<http://www.europa.eu.int/>>.

⁴¹⁰ Diretivas 90/88/CEE e 98/7/CEE.

⁴¹¹ Seguimos aqui de perto as considerações desenvolvidas em Morais (2004). No Direito italiano, fazendo considerações sobre a unidade econômica do negócio e a pluralidade contratual, consulte-se Ferrando (1991, p. 591-649).

A Diretiva fixa quatro requisitos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual por sua aplicação, permitindo – esta a eficácia jurídica – a legitimidade passiva do agente financiador: Em primeiro lugar, o contrato de fornecimento de bens e o contrato de crédito devem ser celebrados com pessoas diferentes. Em segundo lugar, o mutuante e o fornecedor de bens ou serviços devem possuir acordo anterior no qual o mutuante põe crédito à disposição exclusiva dos clientes do fornecedor para a aquisição de bens ou serviços. Terceiro: o consumidor deve obter o crédito nos limites desse contrato. Quarto e último: o serviço ou o bem do contrato de fornecimento deve ser diferente do obtido no contrato de crédito.

O primeiro requisito, para que se tenha a aplicação da Diretiva, é, portanto, que haja uma estrutura trilateral no negócio econômico considerado, não sendo possível a aplicação da mesma se não houver pessoas diferentes contratando. Note-se que mesmo sociedades de fato e pessoas naturais caracterizam a trilateralidade necessária para a existência do fato jurídico.

No que concerne ao segundo requisito que destacamos, a existência de um acordo entre fornecedor e financiador, sendo necessário trazer, na linha do autor já citado, o conceito germânico de unidade econômica que está no §358, alínea 3, partes 1 e 2 do BGB⁴¹² para o contrato de crédito ao consumo. O conceito de unidade econômica traz ínsita a idéia de negócios coligados.

O conceito de unidade econômica, no que diz respeito ao contrato de crédito ao consumo, alude à dependência do contrato de crédito ao de compra e venda no que tange à invalidade e ao descumprimento e, ainda, a subordinação da compra e venda ao contrato de crédito na hipótese de revogação.

Note-se que no Direito alemão a hipótese de colaboração ocasional ou, ainda, sem acordo prévio estão contidas no conceito de “colaboração”. O conceito de unidade econômica desenvolvido pela Jurisprudência alemã pode conter hipótese de ligação consorcial (*Konzernverbund*), ou relação de colaboração meramente fática e duradoura.

Note-se que a lei normalmente opera com o princípio da liberdade das formas negociais, de sorte que não há necessidade neste caso de contrato escrito para que se aplique a

⁴¹² “§358 **Verbundene Verträge.** (...) (3) ¹Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag sind verbunden, wenn des Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. ²Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gelegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Falle der Finanzierung durch einem Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient”.

Diretiva. Basta a colaboração, ainda que derivada de um acordo verbal entre financiador e fornecedor.

Como terceiro requisito, o consumidor deve obter o financiamento para a aquisição do produto nos termos do acordo entre fornecedor e financiador. Não cabe a aplicação da Diretiva, por exemplo, se existe um acordo, mas o consumidor toma um empréstimo de modo autônomo por ser correntista do mesmo banco que coopera com o fornecedor.

É necessário que o financiamento seja resultado de uma colaboração entre fornecedor e financiador visando à facilitar ou possibilitar a conclusão do negócio pelo consumidor.

Por fim, é necessário que o bem adquirido em razão do contrato não seja dinheiro, mas algum outro produto ou serviço destinado à satisfação do consumidor.

Observe-se que os diversos Estados membros da União Européia, na transposição da Diretiva para os ordenamentos jurídicos internos, podem inserir algumas peculiaridades não previstas pelo legislador comunitário.

Por exemplo, no Direito alemão o requisito da trilateralidade da relação é dispensado pelo dispositivo citado do BGB de modo que se o fornecedor concede crédito estes contratos estão automaticamente coligados.

No Direito português, a Diretiva foi transposta pelo Decreto Lei 359/91. Neste ordenamento acrescentou-se um requisito para a coligação contratual: é necessário que a colaboração, que se dá entre financiador e fornecedor, seja exclusiva, ainda que não conhecida do consumidor.

A doutrina já citada critica a exigência desse requisito da exclusividade por restringir as hipóteses de demanda dirigidas em face do financiador.

Para tanto, discute a posição de cada parte da relação e o efeito da exclusividade.

O financiador ocupa posição de superioridade nas relações, pois ele dispõe da faculdade de elaborar as cláusulas contratuais de forma a exigir o vínculo de exclusividade. Para o financiador quanto maior número de fornecedores com os quais mantenha colaboração mais negócios concluirá e ainda não preso ao estigma da exclusividade não pode ser demandado pelo consumidor. Assim, há tendência evidente de que o financiador abdique da exclusividade.

O interesse do vendedor, da mesma forma, é contrário à relação de exclusividade não só é impedido de colaborar com outros fornecedores como também pode estar eventualmente sujeito à responsabilidade perante o financiador.

A exclusividade, na verdade, somente traz benefícios ao consumidor é que presente este requisito é possível demanda judicial do consumidor ao financiador.

Entretanto, ao consumidor não é dado intervir na relação entre fornecedor e financiador de forma a assegurar que esteja o requisito presente, e, via de regra, sequer sabe da tutela que decorre dessa colaboração exclusiva.

A inexistência de relação exclusiva elimina a possibilidade de demanda ao financiador pelo descumprimento contratual do vendedor. Trata-se de opção legislativa que debilita a proteção do consumidor.

Isto tudo mostra como o legislador pode criar situações de coligação contratual para a tutela de certos interesses específicos.

A consideração (econômica) que deve ser feita aqui é a seguinte: será que o risco do inadimplemento na rede de contratos corre (ou deve correr) por conta do consumidor do crédito? Veja-se: o agente financiador e o fornecedor beneficiam-se, ambos, das respectivas relações contratuais em um processo simbiótico de captação de clientes e incremento das atividades de fornecimento.

A solução da Diretiva européia foi no sentido de repartir os riscos entre eles. Os pequenos riscos, isto é aqueles inseridos em negócios de mais baixo valor, correm em detrimento dos consumidores – nomeadamente aqueles não abrangidos nas condições de aplicabilidade da norma. Os riscos de maior monta – *rectius*, de valor mais elevado – correm por conta dos fornecedores, em primeiro lugar do fornecedor do produto e subsidiariamente por conta do fornecedor do crédito ao consumo.

É relativa, por outro lado, a afirmação no sentido de que os custos correm por conta do fornecedor, pois em última análise, todos os direitos têm um custo, que é repassado integralmente para os consumidores, já que os agentes que o absorvem são entes privados, atuando de acordo com os ditames da livre-iniciativa econômica e, portanto, objetivando ao lucro no bojo de suas operações. Seria inocência imaginar que um agente privado, exceto em situações excepcionais, presta serviços ou fornece produtos sem uma perspectiva de lucro.

Os atos a título gratuito são absolutamente excepcionais nas relações de consumo; e, ainda quando existem, eles são feitos em função de uma lucratividade futura. Por exemplo, o fornecedor que distribui amostras gratuitas visa a cativar novos clientes para a sua marca, ou abrir um novo mercado. Os *shopping center*, que oferecem serviços de estacionamento

gratuito⁴¹³, desejam atrair mais consumidores para as lojas respectivas⁴¹⁴, etc. A gratuidade é invariavelmente apenas aparente. Daí por sinal, poder-se reconduzir todas estas atividades dos fornecedores às chamadas práticas comerciais no âmbito do CDC.

Evidentemente a proteção do consumidor, ou de qualquer parte contratante, pela eficácia jurídica consistente em uma coligação contratual faz com que os custos econômicos do co-contratante sejam aumentados. Isto provoca a necessidade de um repasse para a outra parte, sob pena de preferir uma das partes simplesmente não celebrar o contrato. Mas isto não é tema que possamos desenvolver nesta sede.

Queremos, por outro lado, destacar que nem só no domínio das relações de consumo está a coligação contratual. Pode acontecer que a lei imponha uma coligação para proteger interesses não ligados a uma proteção do consumidor.

Por exemplo, por força do art. 821 do CC/02, pendente condição suspensiva ou antes do advento do termo de um contrato principal, o fiador não pode ser demandado pela sua garantia. O contrato principal produz efeitos na fiança por força da norma jurídica expressa.

Mostramos com estes dois singelos exemplos, que a lei pode influir de modo decisivo na eficácia jurídica da pluralidade contratual, concedendo uma coligação.

Por outras vezes a lei nega a coligação, como é o exemplo da redução da hipoteca em face do pagamento parcial. Mas isto não é tema que devamos cuidar aqui, por se tratar de tema conexo e complementar que se afasta do objetivo central desta tese.

Vejamos agora a coligação por força da cláusula geral de boa-fé.

3.3 A possibilidade de distribuição negocial do risco no ordenamento jurídico brasileiro

As partes são livres para estipular o conteúdo dos seus negócios. Esta, já assinalamos, um dos principais aspectos da liberdade de contratar, desdobramento da autonomia privada em matéria contratual⁴¹⁵.

⁴¹³ A própria construção de um *shopping center*, em última análise, visa a incrementar as vendas dos fornecedores ali situados, por meio da facilitação e estímulo ao consumo. Daí reconduzir-se o *shopping* a uma prática comercial, no sentido do CDC.

⁴¹⁴ Sendo este parte integrante da fundamentação dos acórdãos que deram origem à sumula 130 do E. STJ, que é assim enunciada: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. Nos paradigmas usados para a sumula, que podem ser facilmente obtidos na página www.stj.gov.br, muitas vezes o estacionamento era gratuito e nas respectivas fundamentações trazia-se à baila a questão de se tratar de uma atividade que visava, em última análise, a incrementar a prestação de serviços e fornecimento de produtos ao consumidor.

⁴¹⁵ Sobre as relações entre autonomia privada e liberdade de contratar, consulte-se GRISI, Giuseppe. **L'autonomia privata** – Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia. Milano: Giuffrè, 1999.

Os direitos patrimoniais são direitos, em geral, disponíveis, podendo ser objeto de estipulações que os façam surgir, os modifiquem ou os extingam. Isto posto, a pergunta que se quer responder no presente item é: será admissível no ordenamento jurídico brasileiro que as partes alterem as regras a respeito da distribuição do risco?⁴¹⁶

Por risco, neste contexto, entende-se a possibilidade de inadimplemento de certa obrigação, por motivos diferentes do dolo ou da culpa grave do devedor, bem como a possibilidade de onerosidade excessiva e a de extinção do vínculo contratual⁴¹⁷.

Toda obrigação está sujeita a risco. Mesmo nas prestações de dar coisa certa, já existente ao tempo da formação do contrato, esta possibilidade existe. Afinal, a perda não culposa do objeto não redundará na resolução da obrigação, a teor do art. 234, 1ª parte do CC/02?

Esta hipótese é um caso de perda não culposa, em que se tem uma divisão de riscos baseada no princípio da *res perit domino*, ou seja, a coisa perece em detrimento de seu dono.

O contrato não transmite a propriedade e, portanto, até a tradição, ou o registro, conforme o caso, o devedor continua proprietário do bem alienado por meio do contrato. E em seu favor operam os acréscimos e melhorias e em seu detrimento as perdas e deteriorações.

Este é um desdobramento normal do direito de propriedade. Os cômodos e danos correm por em favor e em detrimento do proprietário.

Este risco, queremos agora demonstrar, pode ser negocialmente distribuído pelas partes que celebram um contrato⁴¹⁸. Afinal, os direitos transacionados são patrimoniais e,

Veja-se, ainda, em português, apesar de mais sinteticamente quanto ao ponto, PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

⁴¹⁶ Seguimos de perto, no essencial, as considerações de Roppo (1988, p. 251 e ss.)

⁴¹⁷ “Risco” é uma palavra polissêmica. Muitos são os seus possíveis significados e problemas. Um sentido de risco muito interessante e de rico significado é aquele que lhe empresta Niklas Luhmann, para a sociologia.

Em estreita síntese, risco é toda possibilidade de lesão a interesses causados pela atividade humana. A este conceito se contrapõe o perigo, que é a possibilidade de dano por eventos naturais. Então por exemplo, despejar permitir que carros e ônibus circulem nas ruas é um risco, ao passo que uma erupção vulcânica é um perigo. O interessante da tese de Luhmann é discutir quais são as instâncias adequadas para a prevenção do risco, bem como o impacto econômico de sua prevenção. Isto porque os riscos tornaram-se, com a globalização, internacionais. Os transgênicos, por exemplo, podem ocasionar impacto ambiental que transborde as fronteiras de um só país. A alta tecnologia, bem como a biotecnologia são exemplos marcantes. Cf., neste sentido, Luhmann (1991). Entre nós, o estudo, tratando do financiamento dos riscos sociais e do papel do Estado na sociedade de risco, de Torres (2000a).

No sentido ora proposto de risco, a primeira obra a tratar do assunto na Itália, GORLA, Gino. **Del rischio e pericolo nelle obbligazioni**. Padova: CEDAM, 1934. Mais recentemente, DELFINI, Francesco. **Autonomia privata e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1999.

⁴¹⁸ Sobre o tema, consulte-se a bibliografia que ora indicamos. MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003. PRATA, Ana. **Cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985. DIAS, José de Aguiar.

portanto, disponíveis.

O que importa para a validade da cláusula de transação sobre o risco é o equilíbrio do contrato. Ou, no caso da coligação, do equilíbrio geral da operação econômica disciplinada pela pluralidade de contratos.

Por exemplo, imaginemos que A celebra com B um contrato pelo qual este último se obriga ao transporte de mercadorias por via terrestre. Normalmente se houver algum tipo de situação que acabe por inviabilizar o transporte por terra – desabamento de uma ponte que é o único meio de saída terrestre do local em que se situa a mercadoria a ser transportada – B não estará obrigado a adimplir a obrigação por força da onerosidade excessiva. Imaginemos que o transporte só poderia ser feito por via aérea neste caso, o que é significativamente mais caro provocando o desequilíbrio da equação econômica subjacente ao contrato.

Por outro lado, nada impede que as partes acertem, no seio deste contrato, que a obrigação de transporte deve ser executada mesmo em caso de impossibilidade de transporte terrestre da mercadoria. Isto transfere os riscos da impossibilidade de A – que deixaria de receber as mercadorias no lugar e tempo adequados – para B – que certamente terá alguns custos adicionais em função de precisar realizar o transporte por meio aéreo.

Note-se que esta obrigação pode até mesmo resultar de uma cláusula não expressa, mas do sistema do próprio contrato, de seu preâmbulo, bem como dos documentos pré-contratuais e de negociação, cuja função interpretativa já foi por nós destacada logo no item 1 do presente capítulo.

Para o desenvolvimento da idéia central deste item de nosso trabalho precisamos observar que a aplicação da tese da obrigação como processo às redes contratuais não traduz um mero desdobramento lógico-formal do binômio obrigação-contrato com o binômio contrato-rede.

Na realidade, o modelo que há de se utilizar é teleológico, na medida em que a coligação contratual ser afastada na medida em que as partes o desejem, isolando as perturbações da prestação, como fator de limitação do risco negocial⁴¹⁹.

As técnicas de isolamento/transferência do risco contratual são variadas, entendendo-se, portanto, “risco contratual” aqui como sendo a impossibilidade da prestação, sua

Cláusula de não indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 1947. SCALFI, Gianguido. *Corrispettività e alea nei contratti*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1960.

⁴¹⁹ Por sinal a transferência do risco negocial, como veremos, não é novidade alguma. Cf., subjacente ao texto, FONSECA, João Bosco Leolpoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, especialmente nas p. 27-28.

onerosidade excessiva, ou extinção do contrato. No mais das vezes causada por motivos alheios às partes, mas não essencialmente em qualquer caso, como se pode verificar dos exemplos abaixo.

As obrigações do devedor podem ser de meio ou de resultado dependendo das estipulações das partes envolvidas no negócio jurídico. E isto é uma questão atinente em primeiro lugar à autonomia privada, pois as partes escolhem as cláusulas contratuais que regerão a sua situação.

O exemplo dos contratos aleatórios a que aludiremos à frente é modelar para ilustrar este ponto.

Já o caso das garantias reais mostra como é possível a “terceirização” do risco mesmo em casos de inadimplemento culposos da obrigação por parte do devedor, apesar disto ser uma exceção, pois somente admissível quando há um terceiro garantidor. O próprio devedor não poderia alegar em sua defesa o caráter de obrigação de meio para exonerá-lo do inadimplemento quando se tenha havido com culpa ou dolo, ou seja, não tenha empregado a melhor diligência no desempenho da prestação visando a entregar ao credor a utilidade prática objetivada ao estipular-se a obrigação.

O seguro é um método clássico de transferência do risco⁴²⁰. O mesmo se diga no que concerne às tradicionais garantias pessoais e reais, quando prestadas por terceiros, pois isto reforça a posição creditória por meio da vinculação patrimonial, subsidiária ou solidária dependendo do desenho operacional, de um terceiro.

O uso de contratos aleatórios permite a transferência entre os contratantes dos riscos associados ao contrato⁴²¹. Assim, por exemplo, a compra e venda de bens futuros, que podem nem mesmo vir a existir, invertendo-se a polaridade, *mutatis mutandis*, da tradicional máxima *res perit domino*. Os bens não se produzem, mas ainda assim o preço é devido; o risco é atribuído ao comprador e não ao vendedor, como acontece nos contratos comutativos. Repare-se que o risco assumido por um dos contratantes no contrato aleatório pode ser maior ou menor dependendo dos interesses concretos em jogo.

⁴²⁰ A própria definição do contrato de seguro bem o mostra: “O seguro é, então, a operação pela qual o segurador recebe dos segurados uma prestação, chamada prêmio, para a formação de um fundo comum por ele administrado e que tem por objetivo garantir o pagamento de uma soma em dinheiro àqueles que forem afetados por um dos riscos previstos”. Cf. (ALVIM, Pedro, 2001, p. 64). Este o clássico brasileiro sobre Direito dos seguros.

⁴²¹ Neste sentido a interessante passagem: “Le contrat aléatoire, du mot *álea*, qui indique un événement incertain, ne confère pas à une des parties un avantage purement gratuit, car l’espoir d’un bénéfice y est balance par la perspective d’une perte possible. Ce que l’un des contractants donne à l’autre ne constitue pas une libéralité; c’est le prix du risque dont il l’a chargé: *suscepti periculi pretium*.” Cf. (PONT, 1877, p. 284). Em sentido semelhante, também citando o autor, Santos, J. (1958, t. 15, p. 413-415).

O CC/02 mesmo mostra-nos isto por meio das regras inseridas nos art. 458 e 459. No primeiro a álea é maior para o adquirente dos bens e no segundo o risco é distribuído entre as partes, pois se os bens se houverem em quantidade inferior àquela estabelecida nas cláusulas contratuais, o risco corre por conta do devedor, se maior, mas em quantidade inferior a esperada por conta do credor. No caso do segundo artigo de Lei, o risco corre integralmente em detrimento do credor.

A obrigação do devedor em boa parte dos contratos aleatórios – como no exemplo de compra e venda de bens futuros ou sujeitos a risco como no exemplo que acabamos de dar – é de meio e não de resultado.

O caráter da obrigação – isto é, de meio ou de resultado – depende das estipulações negociais das partes. A compra e venda, exemplificativamente, pode ser comutativa ou aleatória dependendo exclusivamente da autonomia privada. A compra do lanço da rede do pescador, clássico caso de contrato aleatório, é tornar a obrigação que é de resultado – a entrega do bem vendido – em obrigação de meio – pescar o que conseguir dentro da melhor técnica e entregar. O seguro, por outro lado, é exemplo de contrato aleatório em que as obrigações das partes são de resultado.

Estes e outros instrumentos são apenas tipos legais a espera de sua utilização pelas partes visando a ajustá-las aos interesses concretos em jogo. O ordenamento jurídico prevê instrumentos de incrível flexibilidade, como os tipos contratuais, com sua notável abertura permitindo-se até mesmo a atipicidade, os direitos reais, que têm tipicidade aberta apesar de serem *numerus clausus*⁴²², entre outros.

As partes podem, portanto, utilizar-se de várias técnicas contratuais para distribuir entre si o risco de eventuais fatos nas prestações.

Uma delas, que visa a limitar o risco de determinado negócio, foi mais recentemente introduzida no direito brasileiro é a subsidiária integral. Esta modalidade de sociedade define-se como sendo aquela em que o único sócio é uma outra sociedade brasileira, sendo, diga-se de passagem, uma das únicas hipóteses de sociedade de direito privado com unipessoalidade permanente no Direito positivo brasileiro, ao lado da empresa pública.

Como bem destaca a doutrina⁴²³, a subsidiária integral tem todas as características de

⁴²² Cf., exemplificativamente, Ascensão (1968). Do mesmo autor, **As relações jurídicas reais**. Lisboa: Moraes Editora, 1962. Em terras brasileiras, propondo uma interessante utilização, que bem exemplifica o ponto aqui levantado, TEPEDINO, Gustavo (1993). Veja-se, ainda no Brasil, a obra de Gondinho (2001). Por fim, ainda exemplificativamente, Mesquita (2000).

⁴²³ Por todos, o excepcional Gerreiro e Teixeira (1979, p. 735), especialmente no § 249.

uma sociedade normal, só com a peculiaridade no que concerne à composição de seu quadro social. Assim sendo, a responsabilidade do único acionista é limitada ao montante das ações subscritas, salvo vicissitudes atinentes à sua responsabilidade como acionista controlador e eventual desconsideração da personalidade jurídica, quando houver fundamento para tanto.

Há, por outro lado, técnicas mais modernas, como o *project finance*, a que já aludimos rapidamente no corpo desta tese.

As partes podem negocialmente desligar negócios que normalmente são integrados. Mesmo dentro de um mesmo contrato é possível desligar prestações que são ligadas entre si. É o que ocorre quando se insere a cláusula *solve et repete* em um negócio jurídico⁴²⁴.

Um dos mais importantes pontos da teoria geral dos contratos é o estudo da exceção de contrato não cumprido, ou *exceptio inadimpleti contractus*, como também é freqüentemente denominada esta defesa do devedor.

Por força da exceção de contrato não cumprido o devedor tem o direito de reter a sua prestação quando o credor, que seja devedor de outra prestação em um mesmo contrato comutativo, não tenha adimplido a sua obrigação. Uma prestação é causa da outra e o credor/devedor está em mora.

Esta mora pode tanto referir-se a integralidade da prestação, quanto ao seu cumprimento imperfeito. Quando o devedor de uma prestação, que é credor de outra, não cumpre integralmente a sua obrigação, ameaçando a satisfação efetiva do seu credor, que é devedor de outra prestação, sujeita-se à aplicação da exceção de contrato não cumprido, que neste caso é denominada *exceptio inadimpleti rite contractus*.

Há, ainda, no Direito brasileiro, uma peculiaridade, que autoriza a oposição da exceção de contrato não cumprido quando existe uma grave ameaça de descumprimento da obrigação – esta a hipótese do art. 477 do CC/02, anteriormente prevista na 2ª parte do art. 1.092 do CC/16.

Em estreita síntese, a exceção de contrato não cumprido é uma defesa do devedor visando à proteção do credor para a hipótese de descumprimento de uma obrigação que seja *causa* de outra. Não é, contudo, nosso objetivo esgotar toda a riqueza desta temática. Queremos aqui apenas demonstrar que neste caso protege-se a satisfação do credor dentro da

⁴²⁴ Sobre a cláusula *solve et repete*, bem como para as considerações que fazemos sobre a exceção de contrato não cumprido consulte-se, entre nós, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. ABRANTES, José João. **A exceção de não cumprimento do contrato no Direito civil português**. Coimbra: Almedina, 1986. ASCARELLI, Tullio. Sulla clausola “*solve et repete*” nei contratti. In: _____. **Studi in tema di contratti**. Milano: Giuffrè, 1952. p. 263-276. Por fim, LECCESE, Eva. **La clausola solve et repete**. Milano: Giuffrè, 1998.

relação contratual. Mais do que isto, trata-se de uma *proteção legalmente criada* para o credor, que também seja devedor, em função de sua situação creditória insatisfeita.

A cláusula *solve et repete* tem justamente o condão de afastar a possibilidade de alegação desta defesa, reforçando a posição do credor contra quem poderia ser oposta.

Evidentemente esta modalidade de cláusula somente é oponível em contratos paritários em que não haja vulnerabilidade de uma das partes, e portanto sujeitos a um controle mais estrito de conteúdo. Em um contrato celebrado por adesão, mesmo fora das relações de consumo, incidiria o art. 424 do CC/02, ocasionando a nulidade desta cláusula contratual. Em sede de relações de consumo, certamente incidiria, com muito mais razão, o art. 51 do CDC, para também sancionar esta cláusula com pena de nulidade.

Por outro lado, em um contrato em que as partes estejam em situação de igualdade, em condições de negociar as regras que regerão as suas relações, parece perfeitamente admissível este tipo de estipulação.

Isto porque, se trata aqui de uma cláusula contratual que protege as próprias partes e define, por meio de exercício da autonomia privada o conteúdo de suas relações patrimoniais.

E, em matéria de relações patrimoniais entre partes que não ostentem um desequilíbrio significativo, deve prevalecer a possibilidade de estipulações que se adaptem às suas necessidades econômicas e conveniências, desde que respeitada a equivalência das prestações e a boa-fé. Certamente em um negócio, em que as partes estejam assessoradas (isto é, ausentes as vulnerabilidades técnica e jurídica), em estado econômico paritário e negociem as condições de contratação, a renúncia à possibilidade de alegar a exceção de contrato não cumprido é resultado de outras vantagens obtidas no campo negocial⁴²⁵.

Mesmo as chamadas cláusulas de não indenizar são admissíveis, desde que não autorizem o dolo ou a culpa grave. Na realidade estão-se transferindo as possíveis conseqüências econômicas da impossibilidade ou onerosidade excessiva da prestação.

Não se deve interpretar uma cláusula contratual desligada de seu contexto, mas sim dentro da função que desempenhe no sistema fundado pelo contrato. Sistema, pois se trata de uma unidade ordenada com a finalidade de satisfação de interesses de natureza econômica das partes envolvidas.

Por sinal, esta mesma linha de raciocínio é aplicável ao nosso tema da coligação contratual. Eventualmente vantagens que pareçam leoninas em um contrato explicam-se em

⁴²⁵ Neste ponto, mostrando que cláusulas que eventualmente podem parecer fontes de invalidades para o negócio (como um todo ou parcialmente) devem ser aferidas em seu contexto – isto é, dentro da perspectiva de equilíbrio do negócio como um todo, Azevedo, Antônio (1999, p. 103-109).

se recorrendo ao todo da coligação, não se devendo interpretar um dos contratos isoladamente, mas em seu contexto negocial.

Esta técnica hermenêutica evita que se concedam vantagens excessivas a uma das partes – por exemplo, a imposição cumulativa de várias cláusulas penais com grave prejuízo para um dos contratantes, como aconteceu nos casos dos postos de gasolina julgados pelo STF e já mencionados nesta tese –, ou desvantagens também desproporcionais diante do contexto negocial. O absurdo não deve ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, é de se assinalar que o risco negociável é apenas aquele razoavelmente previsível do ponto de vista dos fatos. Mesmo em um contrato aleatório, por exemplo, é possível a oposição de lesão ou de onerosidade excessiva. Risco e caos são dois conceitos diferentes na Ciência do Direito.

A doutrina mais moderna, ao contrário do que sustentava a mais tradicional, alerta para a necessidade de tutela do equilíbrio das prestações mesmo nos contratos aleatórios⁴²⁶. A peculiaridade nisto tudo é a de que um dos elementos que definem o conteúdo da prestação da parte é o quanto de risco que foi transferido para a outra.

Por exemplo, no contrato de seguro, a que já aludimos neste capítulo, bem como no final do anterior, mostrou-se claramente que o cálculo do prêmio é uma função do risco. Quanto maior o risco transferido para a parte, maior o prêmio que deve ser pago pelo segurado.

Outro exemplo eloqüente de distribuição do risco negocial por força de cláusula contratual é a disposição do dever de *due diligence* na aquisição do poder de controle de uma sociedade e a garantia por parte do alienante no sentido das qualidades e riscos contidos na aquisição do controle da pessoa jurídica e respectiva empresa⁴²⁷.

As partes podem, portanto, negocialmente distribuir os riscos, desde que o façam de modo leal e respeitante do princípio do equilíbrio das prestações. Já mostramos, inclusive, no capítulo anterior, referente à coligação voluntária, que não pode haver invalidade material – e portanto abusividade no sentido do Direito do consumidor – em uma cláusula contratual que vise a preservar o equilíbrio, apesar de aparentemente ser lesiva a uma parte contratual mais fraca.

Esta é uma premissa que servirá enormemente para mostrar o que pretendemos no próximo item: a simples integração econômica não necessariamente provoca uma legítima

⁴²⁶ Por todos, BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁴²⁷ Cf. o sempre indispensável Tepedino, Gustavo (2005, p. 238-254).

expectativa no sentido de que haja uma coligação contratual.

Muito pelo contrário: pode acontecer que as legítimas expectativas indiquem o sentido diametralmente oposto, pois a coligação contratual, aplicando-se de modo particular o princípio da relatividade dos contratos, pode funcionar como um limitador do risco.

Se estamos diante de uma pluralidade de contratos e há inadimplemento ou qualquer tipo de perturbação nas prestações de um deles, mas não há coligação, as demais partes integrantes da operação econômica continuam em vigor, de modo que as partes gozam de uma maior segurança em suas relações com terceiros, na medida em que têm a certeza do cumprimento do contrato.

A admissibilidade deste isolamento do risco depende, assim como as demais técnicas contratuais que destacamos neste item, do respeito ao equilíbrio econômico dos contratos, bem como da razoabilidade do risco assumido.

O risco que passível de negociação é aquele previsível pelas partes no momento da formação do vínculo. Os riscos excepcionais exigem outras respostas do sistema, sendo alheios à autonomia privada⁴²⁸.

De toda sorte, as técnicas de limitação do risco, que aludimos são instrumentos privilegiados da autonomia privada, permitindo às partes uma modelação precisa dos seus interesses patrimoniais em jogo.

O panorama das cláusulas de controle de risco contratual que abordamos nesta sede, observemos, é meramente exemplificativo e não exaustivo.

Poderíamos abordar institutos de grande importância como a cláusula penal⁴²⁹. Ao se liquidarem previamente as perdas e danos na cláusula penal compensatória está-se, ao menos em parte, definindo o risco assumido. Se for razoável a estipulação, a cláusula penal é mantida, independentemente do efetivo prejuízo sofrido pelo contratante em benefício de quem se inseriu a cláusula penal.

O tema da cláusula penal, apesar de sua importância prática, não foi por nós abordado diante de sua complexidade, que exigiria uma larga digressão, que não poderia ser feita sem prejuízo da didática desta tese de doutorado.

⁴²⁸ Observamos que aqui encontramos um ponto em que são de suma importância as regras “constitucionais” inseridas nos contratos relacionais, pois elas permitem a renegociação contínua que, diante da longa duração, marca esta modalidade de contrato. Fora dos contratos relacionais, a resposta sistemática normalmente será a da impossibilidade, ou da onerosidade excessiva em casos extremos, podendo gerar a extinção do vínculo contratual ou a sua revisão, conforme as consequências jurídicas presas pelo legislador à perturbação da prestação específica.

⁴²⁹ Sobre a cláusula penal veja-se, por todos, Monteiro, António (1999).

Demonstrada, por meio de dos exemplos que trouxemos à colação, a possibilidade de transferência negocial do risco, passamos a cuidar da coligação resultante da boa-fé.

3.4 Boa-fé, pluralidade de contratos e coligação

Já afirmamos que a coligação negocial não é algo que decorra simplesmente da integração econômica. É necessário que as partes assim o estipulem, a lei o determine, ou, e é deste tema que trataremos para terminar o nosso trabalho, a boa-fé indique que as partes geraram expectativas legítimas no sentido de que houvesse um tratamento unitário dos contratos.

Em uma perspectiva voluntarista do Direito dos contratos isto poderia causar estranheza, pois não haveria necessariamente uma vontade – ou talvez devêssemos dizer, para um maior rigor técnico, consenso – declarada(o) e clara(o) neste sentido⁴³⁰.

Já assentamos no Capítulo I a premissa de que a boa-fé pode gerar deveres para as partes – os exemplos das responsabilidades civis pré e pós-contratuais parecem claramente mostrar que mesmo na ausência de vontade expressa é possível haver deveres para as partes.

Na realidade, esta exigência formal de vontade tão claramente externada é um reflexo da penetração da segurança jurídica de perfil individualista no domínio contratual.

Por sinal, apesar de não podermos, sob pena de cometermos uma excrescência, tratar da boa-fé e de suas diversas ramificações no Direito civil, digamos, em um sentido tipológico e não classificatório, que ela tem uma tríplice função: gerar deveres para as partes, retirar faculdades e, por fim, auxiliar na interpretação do negócio jurídico⁴³¹.

No domínio contratual, um dos principais deveres relacionados com a boa-fé – sendo, para alguns, até mesmo o principal – é o de informar.

A informação tem um papel central no Direito dos contratos, pois é principalmente por meio dela que as partes gerarão as legítimas expectativas que deverão ser protegidas reciprocamente nas fases contratual e pós-contratual da relação jurídica operada.

Já cuidamos, logo no item 1 deste capítulo, das condições que levam a uma tutela específica da confiança no âmbito do Direito civil, assentando que ela não depende de vínculos contratuais.

⁴³⁰ Já que a vontade pura não gera o contrato, sendo necessário o encontro de vontades para que isto aconteça. Este encontro de vontades recebe o nome de consenso. O consenso, segundo a doutrina mais autorizada é algo mais do que o simples somatório de vontades. Cf., por todos, Messineo (1946, p. 466).

⁴³¹ Isto é um verdadeiro truísmo na doutrina sobre a boa-fé. Cf., por todos, CORDEIRO, António (1997).

Quais são, além daqueles específicos de tutela da confiança, os requisitos necessários para a coligação de boa-fé?

Em primeiro lugar, deve-se frisar a existência de múltiplos negócios jurídicos de natureza contratual⁴³². Ora, ou bem estamos diante de mais de um negócio, ou não há como se falar de coligação *entrenegócios*, por uma questão puramente lógica.

Neste ponto coloca-se uma das mais relevantes questões, a que não aludiremos nesta tese, que é a da unidade ou pluralidade de negócios⁴³³. Ou seja, como se pode distinguir se a situação apresentada é a de um negócio celebrado por meio de diversos instrumentos, ou de vários negócios celebrados por meio de diferentes instrumentos. Ou mesmo vários negócios celebrados em um só instrumento.

A doutrina já destacou, com propriedade, que forma e substância do negócio jurídico não se confundem.

O primeiro dos requisitos para que se possa falar em coligação negocial, portanto, é a pluralidade de negócios jurídicos. Substância e não forma é o que releva.

Caso estejamos diante de um único contrato externalizado por meio de vários instrumentos, não há que se falar em qualquer aplicação da coligação negocial, pois todos os problemas de interpretação e integração contratual são tratados do modo tradicional, ou seja, segundo as diretrizes para a interpretação de qualquer contrato e por meio do método de preenchimento de lacunas nas disposições contratuais.

É de se destacar, portanto, que os negócios apesar de *funcionalmente coligados* e, somando-se a outros requisitos que aqui veremos, produzem efeitos entre eles, permanecem independentes *estruturalmente*.

Neste ponto chegamos a uma questão nevrálgica: como determinar o que é próprio de um dos contratos específicos e o que é próprio da coligação contratual. Ora, parece claro que os negócios jurídicos integrantes da coligação, não resultante de cláusula geral expressa ou da lei, preservam a respectiva independência estrutural. Se isto é assim, nem todas as cláusulas ali previstas referir-se-ão a toda a coligação, mas apenas a um dos contratos específicos, não produzindo efeitos gerais, mas apenas particulares. Caso contrário, estaríamos cuidando de um só contrato.

Aliás, tal princípio pode ser verificado na jurisprudência do STF, a época em que

⁴³² Já que o objeto da tese cinge-se aos contratos coligados e não aos negócios jurídicos coligados, que é um tema mais amplo. Imagine-se, por exemplo, a coligação existente entre um codicilo e um testamento feito pela mesma pessoa, etc.

⁴³³ Remetemos o leitor para ulteriores aprofundamentos sobre esta questão para Marmayou (2002).

julgava questões de Direito federal infraconstitucional⁴³⁴. Era uma hipótese, já por nós abordada rapidamente em outro momento desta tese por meio de um caso análogo, de uma distribuidora de combustíveis (Esso) que celebrara dois contratos com a sociedade proprietária de um posto.

O primeiro era de comodato dos equipamentos necessários ao negócio (bombas de combustível, etc) e o segundo uma promessa de compra e venda mercantil dos combustíveis que seriam fornecidos pela distribuidora periodicamente. O negócio (em sentido econômico) desenvolveu-se normalmente até que uma outra distribuidora (Petrobrás) apresentou melhores condições econômicas para a sociedade proprietária do posto, que resolveu romper o contrato com a Esso para contratar com a Petrobrás. Assim sendo, notificou a Esso denunciando o contrato de compra e venda e encerrando o comodato.

A Esso resolve processar a sociedade proprietária do posto pelo rompimento do contrato promessa e do comodato, exigindo, além de outras verbas, as cláusulas penais de ambos os contratos. Após ser condenada nas duas instâncias ordinárias, a sociedade proprietária do posto conseguiu reverter parcialmente a derrota no STF.

Em estreita síntese, decidiu a Corte que era devida exclusivamente a cláusula penal do contrato promessa, pois este era principal e aquele de comodato meramente acessório. Na realidade, o que se estava extinguindo substancialmente falando era o negócio como um todo e não o comodato e o contrato promessa.

Parece claro que é questão dogmática relevantíssima a determinação de certos indícios que possam orientar o intérprete no tratamento desta importante questão: como determinar o conteúdo do aspecto supercontratual da coligação? E que cláusulas aplicar em caso de perturbações da coligação contratual?

Tentamos aqui indicar dois índices para a determinação do conteúdo. Chamamos de índices, pois não se fala aqui de critérios necessariamente aplicáveis e hierarquizados, como, por exemplo, aqueles destinados a sanar as antinomias das regras legais⁴³⁵.

As noções aqui propostas são de qualificar tais indícios como sendo princípios instrumentais para a interpretação jurídica, do que qualquer outra coisa. Não pretendemos,

⁴³⁴ Por todos, o REExt 85.540-PR, julgado em 25/08/78 pela E. Segunda Turma, tendo como relator o Sr. Min. Moreira Alves, citando ainda outros paradigmas da jurisprudência da Corte.

⁴³⁵ Sobre estes critérios veja-se, por todos, Bobbio (1999, p. 91 e ss.). Este importante livro, forma um conjunto com uma outra obra, também muito relevante, que, de modo relativamente recente, foi traduzida para o português, tem a seguinte referência: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001. As duas obras em conjunto formam a Teoria geral do Direito de Bobbio. Na Itália, inclusive, ambas as partes foram publicadas conjuntamente com a seguinte referência: BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del Diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 1993.

contudo, esgotar o tema, que poderia ser objeto de uma tese autônoma, diante de sua complexidade.

Um primeiro indício para a verificação de que cláusulas aplicar em caso de perturbações na prestação da rede como um todo é a relação principal-acessório entre os contratos. Um índice da importância negocial de determinada cláusula contratual está justamente na sua inserção no contrato principal, a partir do qual nascem vários outros.

A doutrina aborda, inclusive, os assim chamados contratos quadro, que são justamente aqueles que têm como objetivo gerir as relações de colaboração que irão se travar entre as partes, em função de contratos que futuramente serão celebrados para deslindar uma relação de negócios.

As transformações econômicas, que já viemos a ressaltar rapidamente no Capítulo I da presente tese, ocasionam a necessidade de novas figuras contratuais. Há uma necessidade, especificamente, de regular a distribuição do risco e os mecanismos de resolução de conflitos, que surgem entre as partes na execução de uma relação negocial de longo termo⁴³⁶, ou tão complexa que exija várias etapas de negociação⁴³⁷.

Note-se que a rede de contratos não é a única instância de decisão, pois a realidade concreta do mercado pode influenciar de modo importante as decisões dos atores até o ponto de ser mais vantajoso quebrar os contratos do que cumpri-los, o que em uma ótica puramente econômica não causa maiores questionamentos⁴³⁸.

Por sinal, a utilização da tese de Teubner na análise dos grupos de empresas (considerações que parecem perfeitamente aplicáveis às coligações de contratos) tem a grande

⁴³⁶ GATSI, Jean. **Le contrat cadre**. Paris: LGDJ, 1996, especialmente, concernindo a definição de contrato quadro, p. 3.

⁴³⁷ Cf. (RIEG, 1974, p. 600 e ss.)

⁴³⁸ Este por sinal, o grande dilema da Escola da Análise econômica do Direito no que se refere à responsabilidade de terceiros que contribuem para a quebra do vínculo contratual. O paradigma da eficiência sugere que a melhor oferta contratual não deve ser penalizada, mas sim estimulada. A livre concorrência faz com que o terceiro possa oferecer um preço tão melhor do que o contratante, que valha a pena do ponto de vista exclusivamente financeiro a quebra do contrato. Assim sendo, se estamos no campo das relações empresariais, obter uma matéria-prima, uma parte componente ou um serviço a preço tão significativamente menor significa uma redução de custos que pode vir a beneficiar os consumidores finais. E preços maiores, salvo em algumas hipóteses de demanda inelástica, significam que mais pessoas têm acesso a certo produto o que é socialmente útil. Será que a tutela do contratante menos eficiente deve ir tão longe a ponto de responsabilizar o terceiro? Será que o paradigma da responsabilidade exclusivamente contratual não bastará?

Note-se que responsabilizar um terceiro faz incidir sobre a proposta deste um *quantum* relativo aos custos da incerteza, contra os quais ele deve estar prevenido.

Sobre o dilema da quebra eficiente e responsabilidade contratual, veja-se HATZIS, Aristides N. Rights and obligations of third parties. Disponível em: <<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/4800book.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2004.

virtude de destacar que o contrato é apenas uma das instâncias de decisão negocial, ao lado de outras influenciadas pela realidade que circula o negócio jurídico⁴³⁹.

O contrato quadro insere-se como elemento regulador da articulação e vicissitudes que sofrem os vários contratos celebrados na coligação contratual. Neste aspecto aproximam-se dos chamados contratos relacionais⁴⁴⁰, na medida em que têm um aspecto “constitucional”, ou seja, prevêm mecanismos de negociação sucessiva dos termos da relação econômica travada entre as partes, já que a duração longa dos negócios ou a sua complexidade faz com que aflorem eventuais problemas de lacunas no clausulado contratual. Esta questão se vê, naturalmente, parcial, mas não totalmente resolvida, por meio do modelo americano de redação contratual.

Um segundo índice para a aferição da pertinência à coligação ou ao contrato específico é a inserção daquela parte do negócio na causa contratual ou supercontratual. Já destacamos anteriormente que por causa do contrato entende-se a sua função econômico-negocial. E que cada contrato tem uma causa. Ocorre que nas coligações há uma causa que transcende de cada uma das específicas dos contratos.

O todo é mais do que o somatório das unidades. Isto permite identificar que partes da coligação são tangentes à causa super-contratual – função econômica da coligação – e quais pertencem aos contratos específicos. Isto permite suspeitar de que cláusulas são da coligação e quais dos contratos específicos.

Insistimos, porém, que este tema de identificação das cláusulas contratuais pertencentes a coligação e a cada um dos contratos especificamente não será objeto de maiores considerações por se afastar dos objetivos desta tese.

A coligação resultante da boa-fé representa uma proteção da confiança gerada em terceiros contratantes, ou nas próprias partes quando haja coligação envolvendo as mesmas partes, de que certos comportamentos contratuais serão respeitados. Isto ocorre particularmente em sede de operações econômicas altamente integradas.

Por sinal, a tutela da confiança, como mostra a doutrina, traz importantes conseqüências práticas para o ordenamento jurídico.

Os administradores de sociedades empresariais, por exemplo, devem portar-se de

⁴³⁹ Para ulteriores aprofundamentos sobre a aplicação da autopoietica aos contratos coligados (ali denominados redes de contratos), por todos, Teubner (1989), mas especialmente p. 264 e seguintes. *In verbis*: “O modelo autopoietico trata, assim, organização e contrato em termos de sistema e respectivo meio envolvente” (TEUBNER, 1989, p. 267).

⁴⁴⁰ Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

acordo com a boa-fé e a lealdade. Afinal, como já se assinalou em doutrina “aceitar uma função é decidir exercê-la”. Não cabe ao administrador, se leal, probo e honesto alegar que os negócios da sociedade são *res inter alios*. Efetivamente ele é um terceiro, mas um terceiro qualificado, pois em uma perspectiva de boa-fé deve agir pessoalmente preocupado com os interesses sociais⁴⁴¹.

Dentro do domínio da coligação contratual, isto significa uma flexibilização do princípio (ou axioma?) da relatividade dos contratos.

Esta idéia, contudo, está longe de ser pacífica, apesar de aparentemente ser a mais própria. Com efeito, a doutrina⁴⁴² pronunciou-se na seguinte situação: uma sociedade A, que fornecia serviços de *Pager*, tinha em seu quadro social um acionista que detinha o controle (majoritário) de uma sociedade B, sendo que esta última prestava serviços de telefonia celular.

Houve a celebração de um acordo de acionistas da sociedade A no sentido de que este controlador obrigava-se a não competir no mercado de *Pager* por si ou por meio de B. Ocorre que, com o desenvolvimento tecnológico, os celulares que operavam na rede de B começaram a ser capazes de enviar mensagens de texto.

O cerne da questão submetida aos pareceristas era saber se operar celulares que enviavam mensagens escritas violava ou não a cláusula de não concorrência inserida no acordo de acionistas da sociedade A.

Segundo o parecer, a conduta não se afiguraria como violando a cláusula de não concorrência, por conta de argumentos relativos ao mercado. Porém, os pareceristas não param por aí e indagam se seria eficaz perante a sociedade B a cláusula de não concorrência celebrada pelo seu controlador.

Negam esta possibilidade, aplicando-se o princípio dos efeitos relativos dos vínculos

⁴⁴¹ A boa-fé é essencial no comportamento dos administradores, conforme bem assinala Wald (1967, p. 11-25), especialmente, onde escreve, falando do sistema da irresponsabilidade dos administradores e do sistema da responsabilização civil por atos praticados na gestão da sociedade:

Trouver le dénominateur commun entre les deux systèmes c'est se livrer à la tâche difficile de faire régner dans les sociétés le principe de la loyauté et de la bonne foi, sans préjudice de leur développement, en exigeant des directeurs et administrateurs une conduite techniquement solide et moralement saine relativement aux intérêts personnels, et en faisant accepter aux administrateurs les responsabilités de la fonction qu'ils occupent. Accepter une fonction c'est de décider de l'exercer disent les rapports.(WALD, 1967, p. 25)

Acrescenta, ainda, o autor, que é necessária, antes que tudo, uma revolução moral, pela qual os administradores efetivamente ajam de modo leal e honesto, refletido e preocupado com os negócios sociais.

⁴⁴² As referências à doutrina e aos pareceristas nos próximos parágrafos são de FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. Interpretação de cláusula de não concorrência em acordo de acionistas. In: _____. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 301-310.

contratuais. Não cremos, *data venia*, que esta seja à luz do princípio da boa-fé a melhor solução.

Concordemos com o fato de que se tratam de dois mercados distintos, já que os produtos não são intercambiáveis entre si, o que isoladamente já seria suficiente para afastar no caso concreto a eficácia da cláusula de não concorrência.

Por outro lado, se efetivamente as sociedades fossem titulares de empresas que estivessem atuando no mesmo mercado, o controlador da sociedade B deveria responder pelo inadimplemento do acordo de acionistas, ou usar do seu poder de controle para retirar B do mercado de *Pager*.

O detentor do poder de controle que assina um acordo de acionistas com este teor não é um “terceiro” qualquer, nem a sociedade B é uma “terceira” qualquer, por se tratar de uma sociedade controlada por ele.

A expectativa legítima gerada pela atuação do controlador de A ao celebrar um acordo de acionistas deveria ser protegida neste contexto, caso houvesse efetivamente a operação no mesmo mercado.

Permitir que ele se utilize do seu poder de controle fazendo com que a sociedade B começasse a concorrer com a sociedade A, seria uma autêntica violação de um comportamento leal, que deve pautar as relações no tráfego jurídico.

Por sinal, os próprios pareceristas informam que seria considerado uma violação da cláusula de não concorrência inadmissível a constituição de uma sociedade depois da celebração do pacto com o intuito de entrar no mesmo mercado⁴⁴³.

Tocam, ainda, em um outro problema muito relevante: vincular a sociedade quereria dizer que se está a desconsiderar a personalidade jurídica, só que de modo inverso. Ao invés

⁴⁴³ Estamos, por outro lado, cientes de que existe a possibilidade de problemas referentes a conflitos de interesses entre o acionista controlador e os sócios minoritários em um contrato deste tipo. Se houver práticas por parte do controlador que venham efetivamente a prejudicar os negócios sociais e aos minoritários, sempre há possibilidade de resolver-se a questão em perdas e danos – seja por meio de da responsabilidade civil do controlador, ou do inadimplemento do contrato celebrado por este com perdas e danos.

Por sinal, a divergência entre os interesses dos sócios é que está na base do conflito de interesses. Veja-se o que anota a doutrina mais autorizada: “Mas aqui é preciso também salientar que, nas sociedades, o chamado interesse social corresponde ao interesse dos sócios que as compõe apenas *utii socii*, isto é, quando idêntico para todos em função do objeto social. Daí por que, eventualmente, pode existir conflito de interesses, notadamente no exercício do direito de voto (Lei 6.404, art. 115), na medida em que um sócio persegue interesse incompatível com o objeto social”. Cf. (COMPARATO, 1977, p. 269 e ss.). Veja-se, ainda, com ulteriores indicações bibliográficas, a excelente síntese de Streit (2004). Não é este, contudo, o local apropriado para aprofundarmos em nenhuma destas relevantes questões.

de estender-se a responsabilidade⁴⁴⁴ pela prática de um determinado ato praticado pela pessoa jurídica ao membro que está na sua realidade, estendem-se os efeitos de um ato praticado pelo controlador à pessoa jurídica.

A questão envolve uma enorme complexidade, diante da consideração de que a pessoa jurídica é uma realidade distinta de seus membros⁴⁴⁵, uma autêntica analogia com a pessoa natural, bem como diante do axioma de separação patrimonial.

Não é nosso objetivo, contudo, aprofundar neste eventual caso de desconsideração da personalidade jurídica.

Este exemplo traz novamente à baila uma noção que é importante para assentar uma base teórica necessária à admissão mesma da coligação entre partes diferentes: a categoria de terceiros está em franca mutação.

Contemporaneamente há vários tipos negociais em que existe uma elevada integração entre os participantes, de sorte que não mais se pode conceber o contrato relativo nos mesmos moldes daquele pensado para uma realidade econômica completamente diversa. O próprio Direito possui, em matéria de contrato, inspiração completamente diferente em termos de regulamentação da matéria.

Se o voluntarismo individualista predominava como modelo axiológico da codificação clássica, hoje a polarização do processo obrigacional pelo adimplemento deve imperar no tratamento jurídico da complexidade econômica e intra-obrigacional.

O contrato deve ser interpretado de boa-fé, segundo a doutrina e a própria lei. Isto quer significar que podem decorrer certos deveres do contrato que não se encontram expressas no clausulado. A isto some-se o lembrete no sentido de que a relatividade dos contratos é mais um axioma do que qualquer outra coisa.

A violação destes deveres pode gerar importantes efeitos jurídicos, que podem significar até mesmo o inadimplemento das obrigações contratuais. Recentemente esta noção, já o afirmamos de passagem, foi incorporada na legislação alemã por força da *Schuldrechtreform*. Não cumprir um dos deveres de proteção é provocar perturbações da prestação no contrato dentro deste novo sistema.

⁴⁴⁴ Apesar de ser questionável a existência de débito, que parece ser da pessoa jurídica. Está-se aparentemente diante de mais uma situação de responsabilidade sem débito. Isto não é, contudo, tema que possamos enfrentar nesta tese. Sobre o relevante tema do dualismo do vínculo obrigacional, consulte-se Comparato (1964). O autor, depois de discutir as teorias monista e dualista na concepção do vínculo obrigacional, refere, ainda, a casos de dissociação de débito e responsabilidade.

⁴⁴⁵ Isto é verdadeiro axioma na teoria da pessoa jurídica. Além da bibliografia à qual já remetemos em outro passo (notadamente ambos os livros de OLIVEIRA, Lamartine Correa referidos na bibliografia geral deste trabalho).

Esta inspiração diferente das obrigações, marcada pela boa-fé e com uma preocupação marcada com a satisfação efetiva do credor, faz com que não se possa mais operar com o formalismo no seio obrigacional tal como antes.

Impõe-se que os participantes destas relações altamente integradas reconheçam a eficácia do vínculo contratual dos demais e sejam coerentes com o correto desenvolvimento das relações na coligação contratual. Não se tratam de “terceiros” que não participam de qualquer modo das relações contratuais, mas têm deveres resultantes da boa-fé, que ordena que as pessoas se comportem no tráfego jurídico de modo probo, leal e honesto.

Este por sinal, um dos principais deveres anexos específicos para a coligação contratual. Se todas as partes participam ativamente do processo negocial e têm conhecimento das funções recíprocas dentro do sistema econômico disciplinado pela coligação, todos devem, por força da boa-fé, proteger os interesses recíprocos.

Daí poder falar-se em um dever anexo de preservação do sistema supercontratual fundado na operação econômica com várias partes.

Se este raciocínio vale para a situação em que há pluralidade de partes celebrando uma pluralidade de contratos, com muito mais razão isto se aplica à pluralidade de contratos celebrados por duas partes.

Este último é caso, por exemplo, da franquia, em que normalmente o franqueador e o franqueado acabam celebrando mais de dois contratos para disciplinar o negócio econômico.

Por exemplo, imaginemos que o franqueador loca um espaço em um shopping center para abrir uma loja franqueada. Ao encontrar o franqueado ideal, o franqueador celebra 3 contratos. Um de sublocação do espaço locado no shopping; um segundo de franquia propriamente dita, cedendo o uso da marca e demais signos distintivos da loja; o terceiro de compra e venda periódica de produtos de fabricação do franqueador – imaginemos que se trata de uma loja de chocolates.

No contrato de franquia estabelece-se que o franqueado, pagando mais por isto, terá direito a vender um mix completo de produtos fornecidos pelo franqueador, mas o franqueador não se responsabiliza pelo ponto. Ocorre que o shopping center em que se situa a loja franqueada não permite a instalação deste mix completo, por entender que este conflita com as demais lojas ali instaladas.

No contrato de sublocação não se mencionava expressamente que haveria a necessidade de disponibilizar o espaço para o mix completo, mas apenas para a instalação da loja franqueada.

Em razão da não instalação do mix completo, o franqueado começa a acumular prejuízos por não corresponder a loja instalada ao seu planejamento financeiro inicial, que dependia da venda de todos os produtos possíveis.

Com prejuízo, o franqueado passa a não mais ter condições financeiras de saldar todos os seus compromissos com a franqueadora.

A grande questão aqui é: será que o franqueado poderá tomar algum tipo de medida? A argumentação tradicional diria que não. Veja-se: o contrato de franquia está cumprido pelo franqueador, pois ele disponibiliza-se para fornecer quaisquer produtos do mix completo que queira encomendar o franqueado, não havendo responsabilidade neste contrato específico pelo ponto. A sublocação era silente no que concerne ao que se poderia vender na loja sublocada.

Ou seja, estamos diante de uma situação na qual a franqueadora/sublocadora desincumbiu-se formalmente de todos os seus deveres.

Mas não os desempenhou de boa-fé. Isto porque, o franqueador deveria, como sublocador, garantir a posse mansa e pacífica do imóvel, permitindo ao sublocatário gozar do bem de modo a atingir o fim a que ele se destina (art. 22, I da Lei 8.245/91). E o fim a que se destina o imóvel é justamente a instalação do mix completo.

Alegar que o franqueador cumpriu todos os seus deveres seria uma solução inspirada no atomismo obrigacional e não na boa-fé, que observa o negócio sob o ângulo da totalidade. A satisfação do pólo credor (franqueado) não restou atendida, havendo o descumprimento de dever imposto pela pluralidade de contratos.

Por sinal, este exemplo é excelente para mostrar a importância da causa supercontratual nos contratos coligados. Já destacamos que muitas vezes cada um dos negócios tem uma função própria dentro do sistema econômico que é instituído pelos diversos contratos, mas a pluralidade tem uma outra que supera o somatório de todos eles.

Note-se: neste caso concreto não há cláusula contratual e nem regra jurídica expressa impondo diretamente a coligação, mas ela decorre da cláusula geral de boa-fé.

Neste caso específico do contrato de franquia, inadimplir a sublocação, impossibilitando o franqueado de desenvolver todas as suas atividades normalmente significa o inadimplemento da própria coligação como um todo, podendo ocasionar a extinção por incumprimento de todos os contratos. Assim como, não parece repugnar a boa técnica, a oposição da exceção de contrato não cumprido para reter a solução de uma obrigação resultante de outro contrato que não o inadimplido.

Não parece, também, neste caso específico, em que existe uma confiança no sentido de

que haja uma unicidade de tratamento de todos os contratos.

Não parece, contudo, decorrer disto uma regra geral, pois as partes podem perfeitamente, como já mostramos anteriormente, usar das técnicas contratuais, e entre elas a pluralidade de contratos, para tamponar os riscos negociais a que estão expostas.

Um negócio economicamente falando pode ser disciplinado a partir de vários contratos, sem que haja ligação entre eles. As partes podem, até mesmo, criar negócios jurídicos de garantia desligados dos direitos garantidos, como acontece na garantia autônoma⁴⁴⁶. A cláusula *solve et repete* é um exemplo como é possível desligar-se até mesmo obrigações inseridas *no seio do mesmo contrato*, já que esta cláusula traduz a renúncia à possibilidade de oposição da exceção de contrato não cumprido.

A coligação contratual é um efeito que decorre, quando não expressamente de cláusula contratual, ou da lei, da circunstância das partes fundarem um sistema contratual composto por múltiplos contratos, havendo, ainda, uma expectativa legítima no sentido de que efetivamente o negócio será tratado de modo uniforme.

Note-se que esta afirmação é suficientemente genérica para abranger tanto pluralidades contratuais entre as mesmas partes, como pluralidades contratuais entre partes diversas. Some-se a isto as condições para a tutela da confiança e termos a flexibilização da relatividade dos contratos, integrando terceiros não contratantes à eficácia jurídica da coligação contratual.

É de se notar, por outro lado, que os efeitos resultantes da coligação derivada da aplicação da cláusula geral de boa-fé não devem ser idênticos em ambos os casos.

Os efeitos da coligação decorrente da cláusula geral de boa-fé entre partes diferentes devem ser mais restritos do que aqueles entre as mesmas partes. Isto porque, apesar de

⁴⁴⁶ Cf., por exemplo, Jardim (2002, p. 36-39), onde escreve:

Através da garantia autônoma o garante assegura a verificação de um certo resultado (v.g. o cumprimento pontual e correcto da obrigação do devedor), no entanto, o garante não se obriga a produzir tal resultado, ao invés, responsabiliza-se pelo risco da sua não produção, independentemente da culpa do devedor garantido. O garante obriga-se a entregar em certas condições, uma determinada quantia pecuniária, não se obriga em nenhum caso a cumprir a obrigação que o devedor deixou de satisfazer. Mesmo no caso da obrigação do devedor garantido ser também pecuniária, o garante ao cumprir a sua obrigação não cumpre simultaneamente a obrigação daquele. Acresce que o garante, que não se obriga a cumprir a obrigação do devedor do contrato base, abdica, desde logo da possibilidade de vir a opor ao beneficiário quaisquer excepções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação cujo cumprimento garante. O garante assume, assim, uma obrigação independente, autônoma, não acessória. Obrigação essa que, em virtude da autonomia, tem um carácter literal, pois só pode ser definida com referência aos termos do contrato de garantia, e é irrevogável.

mitigado neste caso, o princípio do efeito relativo dos contratos ainda se mantém como operante dentro do sistema jurídico.

Permitir efeitos excessivamente largos à coligação entre partes diferentes poderia ameaçar seriamente a segurança jurídica e a função precípua do contrato que é reduzir a incerteza nas trocas ocorridas no seio do mercado.

Por sinal, a fundamentação da escola da análise econômica do Direito para o princípio da obrigatoriedade dos contratos é justamente este, como já destacamos no Capítulo I desta tese, tendo indicado ali bibliografia específica.

As conseqüências resultantes do inadimplemento, *e.g.*, devem ser aplicadas de modo mais limitado quando se trata de coligação contratual entre partes distintas. Parece dogmaticamente complexo sustentar a possibilidade de aplicar-se a resolução contratual por força de um ato de terceiro, salvo se representante ou preposto da parte, e não própria do devedor. Até porque, em doutrina afirma-se que as perdas e danos, inerentes ao inadimplemento, são uma sanção resultante da culpa, que neste caso não existe.

Por outro lado, são plenamente aplicáveis os deveres de proteção visando à garantia da satisfação de todos os credores no seio da pluralidade contratual. Cada uma das partes envolvidas em uma operação econômica envolvendo pluralidade de contratos e de partes deve agir conforme a boa-fé.

Não se trata de um terceiro qualquer o envolvido em uma operação deste tipo em relação aos demais contratos, mas sim um terceiro qualificado, que tem ciência da existência de outros contratos de parceiros que contribuem para a execução efetiva do resultado econômico da coligação.

À luz da boa-fé objetiva não parece coerente tratar de modo idêntico um qualquer do povo com um contratante do contratante, altamente integrado na operação que, muitas vezes terá, até mesmo, participado no desenvolvimento do bem colocado no mercado, como é freqüente nos modelos de operação produtiva *just in time*.

No domínio dos contratos internacionais submetidos aos princípios do UNIDROIT, o fundamento para a flexibilização da relatividade dos contratos é justamente a boa-fé⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ A menção aos contratos internacionais e ao UNIDROIT fica aqui servível, pois, como lembra a doutrina, na realidade os contratos internacionais têm em comum com os demais contratos as suas disposições. Cf. Mousseron (1999, p. 26), onde, anotando que a técnica contratual é aplicável aos contratos internacionais, leciona:

Il en va même d ce qui est propre aux contrats régissant une relation hexagonale ou aux accors portant sur une relation internationale: les contrats internationaux ont em commun avec ceux qui ne le sont pas l'essentiel de leurs stipulations; les dispositions propres a ce type d'accords concernant les problèmes importants – mais

Com efeito, esta referência realizada nos princípios do UNIDROIT é particularmente significativa, diante do fato de que estes princípios foram sistematizados para funcionarem em qualquer contrato de todos os sistemas jurídicos – da *common* e da *civillaw*. O sistema contratual fundado pelo UNIDROIT, deve poder ser suficientemente flexível para adaptar-se a todos os países civilizados.

Isto, naturalmente, sem embargo de serem estes princípios destinados a reger as relações contratuais internacionais, excluídos os contratos que se celebram entre fornecedores e consumidores⁴⁴⁸.

Ainda no que concerne à aplicabilidade dos princípios do UNIDROIT, é de se observar que por não se tratar nem de um tratado internacional, nem de um direito internacional derivado⁴⁴⁹, as suas disposições só são observadas por força de sua adoção voluntária pelas partes do comércio internacional.

Há, inclusive a recomendação para que se coloque nos contratos em que opta pelo UNIDROIT, para evitar interferências do Direito dos Estados das partes envolvidas, que se insira uma cláusula de arbitragem, em que os árbitros devem, já que possuem uma menor

point essentiels du point de vue de l'aménagement des prestations obligatoires – de change, de douane, fiscalité et, bien entendu, désignations de l'autorité compétente et surtout, du système juridique applicable au contrat; l'incertitude sur ce dernier point fait, toutefois, que les rédacteurs d'accords internationaux travaillent, souvent, «sans fillet» et, sous l'influence américaine, sont, bien souvent aussi, plus prolixes sinon précis.

⁴⁴⁸ O próprio título da compilação é significativo: “Princípios relativos aos contratos do *commerce* internacional” (grifamos). Veja-se o que se diz sobre este particular nos comentários elaborados pelo próprio Instituto Internacional para a unificação do Direito Privado, que elaborou os princípios UNIDROIT: “L'idée poursuivie est davantage d'exclure du champ d'application des Principes ce qu'on appelle les 'opérations de consommation' qui sont de plus en plus soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impératives pour la plupart, visant à la protection du consommateur, c'est-à-dire une partie qui conclut un contrat autrement que pour son commerce ou sa profession”. Cf. UNIDROIT. **Princípios relativos aos contratos do *commerce* internacional**. Rome: Institut international pour l'unification du Droit privé, 1994. p. 2.

⁴⁴⁹ Estamos aqui designando direito internacional derivado, aquele direito que tem como fonte a produção normativa dos organismos internacionais que tenham eficácia normativa. Um exemplo importante de direito internacional derivado é o direito comunitário europeu derivado, cuja produção está a cargo das instituições europeias. O Direito comunitário europeu derivado tem, contudo, uma série de especificidades, que o tornam singular, como por exemplo o efeito directo. Não podemos, contudo, abordá-las nesta sede, sob pena de um desvio excessivo. Remetemos o leitor, para tanto, sinteticamente, com ulteriores indicações bibliográficas para RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. As comunidades europeias – enquadramento normativo-institucional. In: _____. **Das comunidades à União europeia** – Estudos de Direito comunitário. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 7-102, mas especialmente, p. 71 e ss. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 189 e ss., mas especialmente p. 209 e ss. Ainda em português, mais sinteticamente, FRANCA FILHO, Márcio Toscana. **Introdução ao Direito comunitário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 65 e seguintes. Em francês, consulte-se MANIN, Philippe. **Les communautés Européennes**. Paris: A. Pedone, 1997. p. 283 e ss. Em italiano, BENACCHIO, Giannantonio. **Diritto privato della Comunità Europea**. Padova: CEDAM, 2001. p. 57 e ss. Consulte-se sobre o tema, ainda, em sede de Direito internacional público geral, MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1. p. 167 e ss, mas especialmente p. 267 e ss, quando fala das decisões de organismos internacionais como fontes do Direito internacional público.

vinculação ao ordenamento jurídico interno, resolver a questão inteiramente de acordo com o UNIDROIT.

Repare-se que os comentários feitos aos diversos dispositivos do UNIDROIT muitas vezes contemplam exemplos para facilitar o acesso dos atores do comércio internacional à percepção do seu alcance. Justamente em um destes exemplos aparece uma importante flexibilização da relatividade dos contratos à luz da boa-fé⁴⁵⁰.

Isto mostra claramente que a posição de terceiro efetivamente está modificada. Em uma perspectiva simplesmente voluntarista dos vínculos contratuais, dir-se-ia que a pessoa jurídica é diferente da pessoa de seu sócio controlador e que, se recebeu à guisa de subscrição do capital uma determinada função produtiva, não haveria que se falar em vinculação por sua parte dos negócios celebrados com o antigo controlador. Porém, em uma perspectiva de boa-fé a sociedade está vinculada, mesmo sem manifestar a sua vontade, pois na realidade trata-se de uma sociedade administrada por aquele que se obrigou.

O sócio controlador não pode usar da pessoa jurídica para escapar aos deveres de lealdade e boa-fé. Nem se diga que os minoritários poderiam ser prejudicados, pois este é um caso clássico para a aplicação da responsabilidade civil dos administradores ou controladores, conforme o caso.

Os exemplos de coligação contratual derivada da cláusula geral de boa-fé, com a imposição de deveres anexos, poderiam se multiplicar.

Na reestruturação de dívida por meio de consórcio de credores, por exemplo, também se forma um laço de confiança importante. Muitas vezes, quando um ente, particularmente um estatal, está negociando uma reestruturação de sua dívida as negociações se fazem com um conjunto limitado de credores, que acaba por, informalmente, representar todos os demais, em

⁴⁵⁰ Trata-se do comentário ao Article 1.7 (intitulado: “Bonne foi”), que tem as seguintes duas alíneas: “1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elle ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée”. Repare-se que a boa-fé é tão importante que se torna uma norma cuja incidência não pode ser afastada por vontade das partes.

Entre os comentários deste dispositivo, encontra-se o seguinte exemplo: “Le contrat de A pour la fourniture et l’installation d’une chaîne de production spéciale contient une disposition selon laquelle A, le vendeur, est tenu de communiquer à B, l’acquéreur, toute amélioration apportée par A à la technologie de cette chaîne. Un an après, B apprend qu’il y a eu une importante amélioration dont il n’a pas été informé. A n’est pas exempté du fait qu’il n’est plus responsable de la production de ce type particulier de chaîne de production, mais C, société affiliée dont A est propriétaire. A agirait contre le principe de bonne foi en invoquant la nature autonome de la société C, qui a été constituée spécialement pour remplacer cette production afin d’éviter les obligations contractuelles de A vis -à-vis de B”.

Neste caso específico, está-se diante de uma situação na qual um terceiro, uma sociedade “C”, que é controlada por “A” é titular de uma linha de produção sendo que “A” havia se comprometido com “B” de informar todas as inovações tecnológicas que houvesse.

autêntica gestão de negócios. Observe-se que a praxe tem mostrado não ser comum a outorga de procurações para estes atores, sendo a sua “representatividade” derivada de sua situação de fato e a confiança que marca as relações entre bancos.

Existem uma forte solidariedade e lealdade recíprocas entre os diversos membros do grupo dos bancos em seus negócios.

Muitas vezes inclui-se no acordo de reestruturação de dívida uma cláusula que é marcada de modo muito particular pela confiança: a cláusula *pari passu*, que obriga aos credores a receberem e ao devedor a pagar pro rata entre todos os credores de uma mesma categoria, a que já aludimos de passagem no capítulo anterior.

Note-se que é justamente esta cláusula que torna interessante para todos respeitarem o acordo, pois em caso de execução de garantias especiais por parte de um dos credores isto beneficiará a todos e não exclusivamente a um deles.

Muitas vezes a integração econômica pode significar multiplicar os contratos para que determinada operação econômica – do seu ponto de vista global - atinja um bom termo. O método de produção, que se aproveita da organização *just in time* é exemplo eloqüente.

A integralidade dos contratos das diversas partes envolvidas no desenvolvimento e/ou fornecimento de insumos para a produção pelo ente centralizador é a garantia de sucesso da operação. Se houver atraso na entrega de uma das partes, todo processo e seus integrantes serão prejudicados.

Assim, vários são os parceiros envolvidos no negócio, todos colaborando para que a corrente econômica chegue a bom termo, pois o sucesso de um normalmente estará vinculado à prosperidade dos demais. Se uma fábrica de automóveis vai mal, por exemplo, todos os seus fornecedores que se implantam juntamente com ela em um sistema *just in time* integrado no mesmo espaço empresarial também podem vir a ter problemas.

Assim sendo, nada mais razoável do que uma repartição equitativa dos riscos negociais. Assim sendo, se cláusulas contratuais expressas visam a proteger reciprocamente as posições dos diversos integrantes, não parece haver qualquer postura abusiva neste comportamento.

É muito interessante observar que mesmo em pleno alvorecer do século XIX, já se reconhecia que é impossível tudo prever no domínio contratual. E esta afirmação se faz em um período de vida econômica muito mais simples do que a vigente na atual complexidade econômica⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Muito interessante o comentário de Maleville ao art. 1.135 do *Code*, que tem a seguinte redação:

Procuramos, com os nossos exemplos mostrar que o princípio de tutela da confiança e a boa-fé que dele resulta podem ocasionar a coligação contratual. O contrato moderno, diante da velocidade com que se dão as trocas, com a elevada integração econômica, com as necessidades cada vez mais dinâmicas dos agentes econômicos, não pode ficar cerrado em uma dogmática construída em pleno século XIX, com idéias dos séculos anteriores.

O contrato contemporâneo, consciente e conseqüente com o seu passado, aproveitando o que há de bom na história, deve modernizar-se, sob pena dos fatos revoltarem-se e ultrapassarem o Direito.

Art. 1.135. Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Veja-se o que escreve o autor: "On objecta contre cet article qu'il pourrait soumettre le débiteur à des obligations qu'il n'avait pu prévoir, car personne ne connaît tous les usages; on répondit qu'il était difficile aussi de tout spécifier dans un acte, par exemple, dans celui de bail, d'apprentissage, de vente, et qu'on était censé s'assujétir à tout ce qui était la conséquence de leur nature, ou que l'usage autorisait. *In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*. Cf. (MALEVILLE, 1807, p. 33-34).

Talvez o que mais impressione seja a época em que o autor escreve: pleno início de século XIX, quando os primeiros movimentos se faziam em direção à formação da Escola da Exegese. Mesmo os redatores do *Code* não acreditavam na suficiência completa da lei e do contrato.

Em matéria legal, indispensável outra citação de outro redator do *Code*, Portalis, além da que já fizemos na epígrafe de nosso Capítulo I. O que escreve o autor em outro trecho do Discurso:

A l'ouverture de nos conférenciers, nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout. *Tout simplifier*, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre. Cf. (PORTALIS, 1836, p. 467).

Muito do que se critica no *Code* parece ser uma postura da Exegese e não de seus redatores, em que pese o evidente individualismo proposto na legislação.

CONCLUSÃO

1. A teoria contratual clássica foi cunhada para um ambiente econômico de trocas em modelo neoclássico e mostra-se insuficiente para dar conta das necessidades do mundo moderno.
2. Com efeito, os princípios contratuais clássicos da liberdade de contratar, obrigatoriedade e relatividade não dão mais conta das mudanças estruturais da economia, que em última análise é a base fática sobre a qual se assenta o instrumento contratual.
3. Do ponto de vista doutrinário, pode-se perceber também uma quebra por parte da doutrina no tratamento abstrato das obrigações. A Teoria geral das obrigações é, para a vertente clássica, um conjunto de regras e instrumentos neutros que serão desenvolvidos através da lógica matemática, no diversos contextos onde se inserem.
4. Entre estes, aparecem de modo particular os contratos. O desenvolvimento matemático das regras obrigacionais faz com que o sistema comporte uma elevada dose de segurança jurídica, entendida como previsibilidade dos comportamentos.
5. As soluções previstas nas regras obrigacionais são meramente provisórias e podem ceder diante da polarização da obrigação pelo adimplemento.
6. Por polarização da obrigação pelo adimplemento entende-se a circunstância de que o devedor deve garantir não a entrega formal da prestação, mas sim a efetiva satisfação do credor, isto é, de seu interesse prático.
7. Isto inspira uma série de remédios obrigacionais contemporâneos, completamente desconhecidos da doutrina clássica, como por exemplo, a responsabilidade civil pré-contratual, a *culpa post pactum finito*, os deveres anexos de conduta, o adimplemento substancial, entre outros.
8. A coligação contratual é um modelo necessário na medida em que a estrutura econômica das relações de troca, que estão atualmente em vigor no mercado, se dão em forma de rede.

9. Em função disto, as partes, visando a melhor atender os próprios interesses muitas vezes celebram uma pluralidade de contratos, mas escolhem coligá-los de modo expresso.
10. Elas desejam garantir que eventuais vicissitudes sofridas em um contrato repercutam em outros para uma melhor adaptabilidade das relações contratuais, obtendo-se uma posição, no que concerne pelo menos a estas variáveis, “estática”.
11. Assim sendo, para garantir-se contra os acontecimentos futuros, as partes podem, através das condições da parte geral do Direito civil prever que eventuais modificações em um contrato repercutirão nos demais.
12. Por serem infinitas as possibilidades de eficácia jurídica derivada da autonomia privada, também são infinitos os efeitos jurídicos decorrentes da coligação voluntária.
13. Por outro lado, a lei muitas vezes também determina que dois contratos produzam efeitos recíprocos, ou um produza efeitos no outro.
14. Por coligação contratual entende-se a situação em que um contrato produz efeitos em outro.
15. A lei também pode prever um número infinito de efeitos para a coligação contratual.
16. As partes podem, por fim, nada estipular, mas podem gerar confiança no sentido de que os contratos terão um tratamento uniforme.
17. Esta confiança, expectativa legítima, decorre da interpretação dos contratos.
18. As partes podem modular os seus interesses por força da autonomia privada. Isto quer significar que podem limitar a respectiva responsabilidade dentro de certos limites.
19. Excetuado o dolo ou a culpa grave, as partes podem estipular o que preferirem, transformando obrigações de resultado em obrigações de meio, tornando contratos comutativos contratos aleatórios.
20. As partes podem até mesmo transacionar em relação a certas defesas normalmente oponíveis tal como a exceção de contrato não cumprido, inserindo a cláusula *solve et repete* no programa contratual.
21. Podem também quebrar a vinculação entre garantia e dívida principal, como acontece com a garantia autônoma *on first demand*.

22. A interpretação contratual para a descoberta destes fatores deve levar em conta as circunstâncias objetivas, assim como todos os documentos contratuais em sentido amplo (cartas de intenções, correspondências preparatórias, considerandos do contrato, etc).
23. A coligação que deriva da boa-fé, portanto, não ocorre necessariamente e de modo automático da existência de integração econômica dos contratos.
24. Pode haver contratos integrados, fundando uma mesma operação econômica, mas que por força da vontade das partes sejam desligados entre si visando a uma garantia de uma ou ambas as partes.
25. Não consideramos em nosso modelo de tese partes desiguais, vulneráveis ou não assistidas juridicamente.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **A exceção de não cumprimento do contrato no Direito civil português**. Coimbra: Almedina, 1986.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ALPA, Guido. **Principi generali. Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile**. Torino: UTET, 1992. v. 14.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

ALVES, José Carlos Moreira. **A retrovenda**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1967.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 100., v. 371, p. 51-72, jan./fev. 2004.

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

AMARAL NETO, Francisco. A autonomia privada como poder jurídico. In: Barros, H. M. et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Ensaio sobre a interpretação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

ARNAUD, André-Jean. **Essai d'analyse structurale du Code civil français**. Paris: LGDJ, 1972.

ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code civil français**. Paris: LGDJ, 1969.

ARTZ, Markus; BÜLLOW, Peter. **Verbraucherprivatrecht**. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

- ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: _____. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969a.
- ASCARELLI, Tullio. Premissas ao estudo do Direito comparado. In: _____. **Problemas das sociedades anônimas e Direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969b.
- ASCARELLI, Tullio. Sulla clausola “solve et repete” nei contratti. In: _____. **Studi in tema di contratti**. Milano: Giuffrè, 1952.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A sociedade da informação. In: _____. **Estudos sobre Direito da internet e sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Petrony, 1968.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: Morais Editora, 1962.
- ASSIS, Araken de. **Resolução por inadimplemento**. São Paulo: RT, 2004.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT. **Le renouvellement des sources du Droit des obligations**. Paris: LGDJ, 1997. t. 1.
- AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da Língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Delta, 1958.
- ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Contratos coligados de sublocação de imóvel e franquia comercial. Aplicabilidade do artigo 21 da Lei 8.245/91. **Revista trimestral de Direito civil**, Rio de Janeiro, n. 8., p. 213-232, out./dez. 2001.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do Direito, negócio jurídico e ideologia. In: _____. **Estudos e pareceres de Direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004a.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, nov. 1999.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Crítica à parte geral do anteprojeto de código civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 62, dez. 1973.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito civil**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000a.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo: [s.n.], 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2000b.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 472. 1975.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito como sistema complexo de 2^a ordem. Ato nulo e ato ilícito. Diferenças de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.. 361, p. 128-134, maio/jun. 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de Direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004b.

BALDUS, Manfred. **Die Einheit der Rechtsordnung**. Berlin: Dunker & Humbolt, 1995.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes et al. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Cleverson; KELLER, Vicente. **Aprendendo lógica**. Petrópolis: Vozes, 1994.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. v. 9, n. 1, nov. 1993.

BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor – conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal**. São Paulo: RT, 2002.

BENACCHIO, Giannantonio. **Diritto privato della Comunità Europea**. Padova: CEDAM, 2001.

BERMAN, Harold. **Law and revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1949.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 2.

BEVILAQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – Edição histórica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. v. 2.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Campinas: Red Livros, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. Evolução da teoria dos contratos nos nossos dias. In: BONFIM, Benedito Calheiros (Org.). **Escritos esparsos de Clóvis Bevilaqua**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

BIANCA, C. Massimo. Ex facto Oritur Ius. **Rivista di Diritto civile**, Padova, ano 41, p. 787-804, nov./dic. 1995.

BISCONTINI, Guido. **Assunzione di debito e garanzia del credito**. Napoli: ESI, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **La funzione promozionale del diritto**. Dalla struttura alla funzione. Milano: Edizione di comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. Principi generali di diritto. In: _____. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1957. v. 13.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del Diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 1993.

BONATTO, Maura de Fátima. et al. **Saúde – planos privados de assistência suplementar**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1987.

BONNECASE, Julien. **La pensée juridique française de 1804 à l'heure presente**. Bordeaux: Delmas Éditeur, 1933. t. 1.

BONOMI, Cláudio; MALVESSI, Oscar. **Project finance no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2004.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants – instrumentos de garantia em project finance. **Revista de Direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 123-135, jun. 1999.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas. **Revista de Direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 123-134, jun. 1999.

BORGES, Nelson. **Teoria da imprevisão**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUCHHEIT, Lee C; REISNER, Ralph. **The effect of the sovereign debt restructuring process on inter-creditor relationships**. Illinois: Illinois University, 1988.

BUSNELLI, Francesco Donato. **La lesione del credito da parte di terzi**. Giuffrè: Milano, 1964.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. Paris: Dalloz, 2003.

CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico**. Milano: Dott. A. Giuffrè ed., 1967.

CAMPOS, Digo Leite de. **A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento**. Coimbra: Almedina, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Contrato a favor de terceiro**. Coimbra: Almedina, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. De la manière de constater et de combler les lacunes en Droit allemand. In: PERELMAN, Châin. **Le probleme des lacunes en Droit**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1968.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione. In: I CENTO anni del Codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Padova: CEDAM, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELETTI, Mauro. **Juizes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARACCILO, Ricardo. **La noción de sistema en la teoría del Derecho**. México: Fontamara, 1999.

CARDOSO, Patrícia da Silva. **A oponibilidade do contrato de operação de posto de gasolina em relação a terceiros**. Rio de Janeiro: Mimeo, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de rescisão contratual-doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento-faculdade discricionária do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, p. 172-178, jan./mar. 1995.

- CARNELUTTI, Francesco. La morte del diritto. In: PALLIERI, Giorgio Balladore. et al. **La Crisi del Diritto**. Padova: CEDAM, 1963.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do Direito**. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1942.
- CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indireto. In: _____. **Escritos**: páginas de Direito. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral da relação jurídica**. Lisboa: Centelha, 1981.
- CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) **Contratos internacionais e Direito econômico no MERCOSUL**. São Paulo: Letras Trabalhistas, 1996.
- CASELLA, Paulo Borba; FREIRE, José Renato Corrêa. **Contratos financeiros internacionais**. São Paulo: RT, 1994.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CATECISMO da Igreja Católica. Petrópolis: Vozes, 1999.
- CHAMOUN, Ebert Vianna. **Apostilas de Direito Civil**. 3º ano. Notas de aula sem responsabilidade da cátedra. Rio de Janeiro: Mimeo, [199-?].
- CHARMONT, J.; CHAUSSE, A. Les interprètes du Code Civil. In: **LE CODE Civil 1804-1904: Livre Du Centenaire...** Paris: Arthur Rousseau Ed., 1904. t. 1.
- CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnerabilité et Droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnerabilité et Droit**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.
- COELHO, Antonio Ferreira. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Oficinas graphicas do 'Jornal do Brasil', 1925.
- COLOMBO, Cláudio. **Operazione economiche e collegamento negoziale**. Padova: CEDAM, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé**. Paris: Dalloz, 1964.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na Sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1977.
- CONSTANTINESCO, Léotin-Jean. **Traité de Droit comparé**. Paris: LGDJ, 1974. t. 2.
- CORAPI, Diego; TORINO, Raffaella. Evoluzione dei sistemi economici e nuovi modelli contrattuali. In: CENDON, Paolo. **I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale**. Torino: UTET, 2004. t. 1.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. A reforma alemã de 2001/2002. In: _____. **Da modernização do Direito civil**. Coimbra: Almedina, 2004. t. 1.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da pós-eficácia das obrigações**. Estudos de Direito civil. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **O levantamento da personalidade coletiva**. Coimbra: Almedina, 2000.

CÓRDOBA, Marcos M. **Tratado de la buena fe en el derecho**. Buenos Ayres: La Ley, 2004. v. 2.

COSTA, José Eduardo da. **Evicção nos contratos onerosos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Aspectos modernos do Direito das obrigações. In: ALVES, José Carlos Moreira. et al. **Estudos de Direito civil brasileiro e português**. São Paulo: RT, 1980.

CRISTAS, Assunção; GOUVEIA, Mariana. Transmissão da propriedade de coisas móveis e contrato de compra e venda. In: CRISTAS, Assunção. et al. **Transmissão da propriedade e contrato**. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA, Paulo César Melo da. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DANTAS, San Tiago. **O conflito de vizinhança e a sua composição**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DANZ, Erich. **La interpretación de los negocios jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1931.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do Direito**. Coimbra: Arménio Amado Editor, sucessor, 1979.

DELFINI, Francesco. **Autonomia privata e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 2.

DIAS, Regina Bottentuit Gondim. **Da evicção**. Rio de Janeiro: Mimeo, 1955.

DIAS, Regina Bottentuit Gondim. **Natureza jurídica da solidariedade**. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificación social** – Tecnología y Derecho privado (Dos esbozos). Madrid: Cuadernos Civitas, 1987.

DÍEZ-Picazo, Luis. **La representación en el Derecho privado**. Madrid: Civitas, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIURNI, Amalia; KINDLER, Peter. **Il Codice civile tedesco “modernizzato”**. Torino: Giappichelli Editore, 2004.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código civil e no Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Rui Pinto. **Tipicidade e atipicidade dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2000.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993. v. 1.

EMMERICH, Volker. **Das Recht der Leistungsstörungen**. München: C. H. Beck, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula “rebus sic stantibus” no Direito contemporâneo. In: ESPÍNOLA, Eduardo; BEVILÁQUA, Clovis. **Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 2., t. 2.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: da lei e da sua obrigatoriedade; do direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 2.

FABRE-MAGNAN, Muriel. **La relativité du contrat**. Travaux de l’association Henri Capitant, Journées Nationales, Paris: LGDJ, 2000. t. 4., Nantes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do Direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do Direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERNANDES, Luis Carvalho. **A conversão dos negócios jurídicos civis**. Lisboa: Quid Juris, 1993.

FERRANDO, Gilda. Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti. **Rivista di Diritto Commerciale**. [S.l.], 1991, p. 591-649.

FERRARIS, Julien. **Le role des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat**. Paris: Publibook, 2003.

FERRO-LUZZI, Frederico. **Del premabolo del contratto**. Milano: Giuffrè, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. et al. **Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FINNERTY, John. **Project finance** – Engenharia financeira baseada em ativos. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e theoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio Rodrigues & cia, 1932.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Direito de retenção**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FONTAINE, Marcel. Les effets «internes» et les effets «externes» des contrats. In: FONTAINE, Marcel; GUESTIN, Jacques. **Les effets du contrat à l'égard des tiers**. Paris: LGDJ, 1992.

FONTES, André Ricardo da Cruz. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. Interpretação de cláusula de não concorrência em acordo de acionistas. In: _____. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Contratos e deveres de proteção**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob. **O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscana. **Introdução ao Direito comunitário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, [1896]. v. 1.

FRÍAS, Ana López. **Los contratos conexos**. Barcelona: Bosch, 1994.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspective: uma história crítica**. São Paulo: Pioneira, 1989.

GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. Padova: CEDAM, 2001.

GALGANO, Francesco. **Il negozio giuridico**. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1988.

GALGANO, Francesco. *Presentazione a L'obbligazione e le sue fonti: il contratto*. In: SESTA, Michele. **Per i cinquant'anni del codice civile**. Milano: Giuffrè, 1994.

GALGANO, Francesco (Org.). **Atlante di Diritto privato comparato**. Bologna: Zanichelli, 2003.

GANDOLFI, Giuseppe. *La "parte generale" del Codice civile germanico e il suo ruolo in questo secolo*. In: I CENTO anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Padova : CEDAM, 2002.

GATSI, Jean. **Le contrat cadre**. Paris: LGDJ, 1996.

GAZZANIGA, Jean-Louis. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: PUF, 1992.

GENNARIO, Gino de. **I contratti misti**. Padova: CEDAM, 1934.

GERREIRO, José Alexandre Tavares; TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1979. v. 2.

GIFFONI, Adriana de Oliveira. As cláusulas de “cross default” em contratos financeiros. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano 40 (nova série), jan./mar. 2001.

GILMORE, Grant. **La morte del contratto**. Milano: Giuffrè, 1999.

GIORGIANNI, Michele. Il diritto privato ed i suoi attuali confini. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, ano 15, 1961.

GIORGIANNI, Michele. La «parte generale» delle obligation cinquant’anni dopo. In: SESTA, Michele. **Per I cinquant’anni del codice civile**. Milano: Giuffrè, 1994.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

giuridica italiana. Padova: CEDAM, 2002.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises: An examination of the basis of contract. In: POSNER, Richard; PARISI, Francesco. **Economic foundations of private law**. Cheltenham: Elgar Critical Writings Reader, 2003.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Gestão de negócios**. Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1994. v. 39.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Da assunção de dívida e sua estrutura negocial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

GOMES, Manuel Januário da Costa. **Assunção fidejussória de dívida**. Coimbra: Almedina, 2000.

GOMES, Orlando. A Caminho dos Micro-sistemas. In: _____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. Contratos coligados. União instrumental de contratos. Alcance da coligação. Cessão, sucessão no crédito, alienação de ações. Evicção. Inocorrência. In: _____. **Pareceres inéditos**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1965.

GONÇALVES, Carlos Roberto. et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

- GONÇALVES, Vitor Fernandes. **Responsabilidade civil por quebra de promessa**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- GONDINHO, André Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: a tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 2001.
- GORLA, Gino. **Del rischio e pericolo nelle obbligazioni**. Padova: CEDAM, 1934.
- GOUTAL, Jean-Lois. **Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat**. Paris: LGDJ, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito civil**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5., p. 73-82, jan./mar. 2001.
- GRAVE, João; NETTO, Coelho. **Lello Universal em 4 volumes: novo dicionário encyclopédico luso-brasileiro**. Porto: Lello e irmão, [1928]. v.1.
- GRISI, Giuseppe. **L'autonomia privata – Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia**. Milano: Giuffrè, 1999.
- GROETHUYSEN, Bernard. **Principes d'architecture sociale adoptés par la Révolution**. In: _____. **La philosophie de la Révolution Française**. Paris: Gallimard, 1956.
- GRUBER, Joachim. Cross-default clauses in finance contracts. **International business law journal**. n. 5, 1997. Disponível em: <<http://www.iblj.com>>. Acesso em: 15 nov. 2004.
- GUASTINI, Riccardo. **Principi di diritto**. In: DIGESTO delle discipline privatistiche: sezione civile. Torino: UTET, 1992. v. 14.
- GUESTIN, Jacques. **La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent**. Disponível em: <<http://www.creda.ccip.fr/colloque/08concad/08-03aco.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2005.
- GUÉSTIN, Jacques. Préface. In: WINTGEN, Robert. **Étude critique de la notion d'opposabilité – Les effets du contrat à l'égard des tiers en Droit français et allemand**. Paris: LGDJ, 2004.
- HALPERIN, Jean-Louis. **Histoire du Droit privé français depuis 1804**. Paris: PUF, 1996.
- HATZIS, Aristides N. **Rights and obligations of thrid parties**. Disponível em: <<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/4800book.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa América, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: _____. **Direito civil**: Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOUAISS, Antônio. et al. **Dicionário Houaiss da Língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2001.

JAMIN, Christophe. **La notion d'action directe**. Paris: LGDJ, 1991.

JANSEN, Letácio. **Panorama dos juro**s. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

JARDIM, Mónica. **A garantia autónoma**. Coimbra: Almedina, 2002.

JAYME, Erik. Il significato della parte generale nel sistema del codice. In: _____. **Il cento anni del Codice civile tedesco**. Padova: CEDAM, 2002.

JORGE, Fernando Pessoa. **O mandato sem representação**. Coimbra: Almedina, 2001.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the tax income in redistributing income. In: PARISI, Francesco; POSNER, Richard. **Economic foundations of private law**. Cheltenham: Elgar Critical Writings Reader, 2003.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Apresentação. In: SAAVEDRA, Thomas. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Considerações sobre o problema da prescrição. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 348, p. 438-443, out./dez. 1998.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Notas sobre a alienação fiduciária de bens imóveis. In: OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Temas de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **O enriquecimento sem causa como princípio**. Rio de Janeiro: Mimeo, 2000.

KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da Família: Notas sobre o tempo como elemento da *fattispecie* família. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). et al. **Diálogos sobre o Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Aalen: Scientia Verlag, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KÖTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1992. v. 2.

LABARTHE, Françoise. **La notion de document contractuel**. Paris: LGDJ, 1994.

LARENZ, Karl. **Derecho justo** – fundamentos de etica juridica. Madrid: Civitas, 1993.

LARENZ, Karl. **Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfts**. Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1966.

LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Band I. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURENT, François. **Cours Élémentaire de Droit civil**. Tome Deuxième. Bruxelles: Bruylant-Christophe & compagnie e Paris: Librairie A. Marescq, 1878.

LECCESE, Eva. **La clausola solve et repete**. Milano: Giuffrè, 1998.

LENER, Giorgio. **Profili del collegamento negoziale**. Milano: Giuffrè, 1999.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código civil anotado**. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 2.

LIRA, Ricardo Pereira. **Obrigação alternativa e obrigação acompanhada de prestação facultativa**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1970.

LOBO, Jorge. **Grupos de sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima. et al. (org.). **Saúde e responsabilidade: Seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 1.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

LOPES, Miguel Maria de. **O silêncio como manifestação de vontade nas obrigações**. Rio de Janeiro: Livraria Suissa Walter Roth, 1944.

LORENZ, Stephan; RIEHM, Thomas. **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**. München: C.H. Beck, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinal-Culzoni Ed., 2000. t. 1.

LUHMANN, Niklas. **Soziologie des Risikos**. Berlin: De Gruyter, 1991.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona, Ariel, 1994.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MAINE, Henry. **Ancient law**. London: J. M. Dents & sons Ltd, 1861.

MAISTO, Fillippo. **Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico**. Napoli: ESI, 2000.

MALEVILLE, Jacques de. **Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'État**. Tome troisième. Paris: Garnery e Laporte, 1807.

MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MANIN, Philippe. **Les communautés Europeennes**. Paris: A. Pedone, 1997.

MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARCHESSAUX, Isabelle. L'oposabilité du contrat aux tiers. In: FONTAINE, Marcel; GUESTIN, Jacques. **Les effets du contrat à l'égard des tiers**. Paris: LGDJ, 1992.

MARMAYOU, Jean-Michel. **L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties**. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix en Marseille, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão contratual no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teorias do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração. **Revista trimestral de Direito civil**, Rio de Janeiro , ano 1, v. 4., p. 55-71, out./dez. 2000.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Org.). **A parte geral do novo Código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código civil. In: TEPEDINO, Gustavo. et al. (Org.). **Diálogos sobre o Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MATTOUT, Jean-Pierre. Le financement du projet ou la puissance du contrat. In: GLANZ, Semy (Org.); GUSMÃO, Paulo Dourado de (Org.). **O Direito na década de 1990: Novos aspectos** – Estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald. São Paulo: RT, 1992.

MATTOUT, Jean-Pierre. O financiamento de projeto ou o poder do contrato. **Revista de Direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo , v. 2., n. 4.:jan./abr. 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. et al. **Leçons de Droit civil**. Deuxième volume. Paris: Montchrestien, 1994. t. 2.

MEDICUS, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1997.

MEDICUS, Dieter. et al. **Das neue Schuldrecht**. München: C. H. Beck, 2002.

MEDICUS, Dieter. **Schuldrecht I** – Allgemeiner Teil. München: C. H. Beck, 2000.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1.

MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Isabel Pereira. **O registro predial e a segurança jurídica nos negócios imobiliários**. Coimbra: Almedina, 1992.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. 1.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Curitiba: Typ. E Lith. A vapor Imp. Paranaense de Curitiba, 1908.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & cia, 1911.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1938.

MEOLI, Bruno. **I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese**. Napoli: ESI, 1999.

MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000.

MESSINA. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1965.

MESSINEO, Francesco. Contratto collegato. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1962. t. 10.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1946. v. 2.

MILLET, Florence. **La notion de risques et ses fonctions en droit privé**. Paris: LGDJ, 2001.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1970. t. 1.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954. t. 1.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1955. t.5.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1959. t. 26.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1958. t. 23.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direito das obrigações 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.

MORAIS, Fernando de Gravato. **União de contratos de crédito e de venda para o consumo**. Coimbra: Almedina, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Unidade ou pluralidade de contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 62., n. 448., fev. 1973.

MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo Eugenio. **Orden jurídico y sistema jurídico**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOURA, Marcelo Viveiros; SILVA, Leonardo Miranda da. Algumas considerações jurídicas sobre financiamentos de projetos de petróleo e gás no Brasil sob a modalidade de project finance. In: VALOIS, Paulo. **Temas de Direito do Petróleo e do gás natural**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MOUSSERON, Jean-Marc. **Technique contractuelle**. Paris: Lefebvre, 1999.

MUSIELAK, Hans-Joachim. **Grundkurs BGB**. München: C.H. Beck, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JR., Nelson. et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NEVES, António Castanheira. Escola da Exegese. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 2.

NONATO, Orosimbo. A revisão do Código Civil. **O Direito**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2., mar./abr. 1940.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Orosimbo Nonato. **Curso de obrigações**. 3. Parte. São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1971.

NUNES, Orosimbo Nonato. **Curso de Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

OHNO, Taiichi. **O sistema Toyota de produção**: além da produção em larga escala. Porto Alegre: Bookman, 2004.

OLIVEIRA, Lamartine Correa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Lamartine Correa. **O conceito de pessoa jurídica**. 1962. Tese (Concurso de livre docência de Direito civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Paraná. Curitiba: Mimeo, 1962.

ORTOLAN, Joseph Louis Elzear. **Explication historique des instituts de l'empereur Justinien**. Paris: E. Plon, Nourrit et cie, Imprimeurs-Éditeurs, 1883.

PAPALEO, João César Guaspari. **Contrato a favor de terceiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PATRY, Robert. **Le principe de la confiance et la formation du contrat en Droit suisse**. Genève: Imprimerie du Journal de Genève, 1953.

PEIXOTO, José Carlos Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Haddad, 1955. t. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de Código civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 242., p. 17-24, abr./jun. 1973.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v, 3.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Regis Fichtner. **Fraude à lei**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas. In: LACERDA, Paulo. **Manual do Código Civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1924. v. 8.

PERLIGIERI, Pietro. L'obbligazione: tra vecchi e nuovi dogmi. In: _____. **La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative**. Padova: CEDAM, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 2003.

PINTO, Paulo da Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente**. Coimbra: Almedina, 1995.

PONT, Paul. **Explication théorique et pratique du Code civil**. Paris: Delamontte et Fils Libraries-Éditeurs, 1877. Tome Huitième.

PORTALIS, Jean-Etienne Marie. Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement. In: FENET, Pierre-Antoine. **Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil**. Paris: Videcoq Librairie, 1836. t. 1.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e reciprocas**. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-editor, 1906. t. 1.

PRATA, Ana. **Cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985.

PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera). In: _____. **La proprietà nel nuovo Diritto**. Milano: Giuffrè, 1964.

PUGLIATTI, Salvatore. **Studi sulla rappresentanza**. Milano: Giuffrè, 1965.

PUGLIATTI, Salvatore; FALZEA, Angelo. **I fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1996.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto ou serviço**. São Paulo: RT, 1998.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. As comunidades europeias – enquadramento normativo-institucional. In: _____. **Das comunidades à União europeia** – Estudos de Direito comunitário. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

RAO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. São Paulo: RT, 1991. v. 1.

RAO, Vicente. **Prelecções de Direito civil**: publicadas pelo aluno Newton Caldeira Ferraz sem responsabilidade da Cátedra. São Paulo: [s.n.], 1937.

RAPAZZO, Antonio. **I contratti collegati**. Milano: Giuffrè, 1998.

REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. In: _____. **Questões de Direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

REIS, Carlos David Aarão. A matematização do direito e as origens da parte geral do direito civil. **Revista de informação legislativa**, [S.l.], v. 34., n. 133., jan./mar. 1997.

RESCIGNO, Pietro. **Introduzione al codice civile**. Roma: Laterza, 1991.

RESCIGNO, Pietro. Sui principi generali del diritto. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, ano 46, p. 379-396, 1992.

RICCA, Lucio. **Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto**. Milano: Giuffrè, 1965.

RIEG, Alfred. **La ‘Punctuation’, contribution à l’étude de la formation successive di contrat**. France: Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974.

RIEG, Alfred. **Le role de la volonté dans l’acte juridique en Droit civil français et allemand**. Paris: LGDJ, 1961.

RIPERT, Georges. **Le Déclin du Droit**. Paris: LGDJ, 1949.

RIZZO, Vito. **Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole**. Napoli: ESI, 1996.

RIZZO, Vito. **Le «clausole abusive» nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria**. Napoli: Eizioni Scientifiche Italiane, 1994.

ROCHA, Clóvis Paulo da. **A eficácia da transcrição**. Rio de Janeiro: Mimeo, 1958.

RODOTÀ, Stefano. Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. **Rivista di diritto commerciale**, Milano, ano 65, parte prima, p. 83-125, 1967.

RODOTÀ, Stefano. La proprietà tra schemi ricostruttivi e interesse reali. In: _____. **Il terribile Diritto** – Studi sulla proprietà privata. Bologna: Il Mulino, 1990.

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

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROHE, Mathias. **Netzverträge**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEU, Jean-Jacques. **O Contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1999.

SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. **Le tiers à l'acte juridique**. Paris: LGDJ, 2000.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Ordem e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALEILLES, Raymond. **De la possession des meubles** – Etudes de droit allemand et français. Paris: LGDJ, 1907.

SALEILLES, Raymond. **Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil por l'empire allemand**. Paris: F. Pichon, 1901.

SALEILLES, Raymond. **Introduction a l'étude du Droit civil allemand a propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch**. Paris: F. Pichon – successeur, 1904.

SALLEILLES, Raymond. **De la personnalité juridique** – Histoire et théories. Paris: Arthur Rousseau, 1910.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens móveis e imóveis**. São Paulo: RT, 1999.

SALMON, Wesley. **Lógica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Formas societárias e não societárias de limitação da responsabilidade do comerciante individual. In: _____. **O novo Direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**. São Paulo: RT, 2000.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. t. 7.

- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. t. 8.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. t. 10.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. t. 12.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. t.15.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCALFI, Gianguido. **Corrispettività e alea nei contratti**. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1960.
- SCHIZZEROTTO, Giovanni. **Il collegamento negoziale**. Napoli: Jovene, 1983.
- SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SCONAMIGLIO, Renato. Collegamento negoziale. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1960. t. 7.
- SENNET, Richard. **Der flexible Mensch – Die Kultur des neuen Kapitalismus**. Berlin: Berlin, 2000.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, João Calvão da. **A responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e a sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Nova cultural, 1985.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação do imóvel urbano**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- STEPHEN, Frank. **Teoria econômica do Direito**. São Paulo: Makron Books, 1993.
- STREIT, Renata. **Aspectos materiais do conflito de interesses**. Rio de Janeiro: Mimeo, 2004.

TAPSCOTT, Don; TICOLL, David. **A empresa transparente** – Como a era da transparência revolucionará os negócios. São Paulo: M Books, 2005.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 364., p. 114-123, nov./dez. 2002.

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**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações de Direito civil na experiência brasileira**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 377., jan./fev. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito civil. In: _____. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla qualificação do mútuo no Direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 309., 1990.

TEUBNER, Gunther. **Direito um sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

TEYSSIE, Bernard. **Les groupes de contrat**. Paris: LGDJ, 1975.

THEODORO JR, Humberto. **O contrato e a sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOLOMEI, Carlos Young. **A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação**. Rio de Janeiro: Mimeo, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade tributária e riscos sociais. **Revista dialética de Direito tributário**, São Paulo, n. 59., p. 95-112, ago. 2000a.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do Direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000b.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Comentários aos novos dispositivos do CTN: A Lei complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2001.

UNIDROIT. **Principes relatifs aux contrats du commerce international**. Rome: Institut international pour l'unification du Droit privé, 1994.

VAN WETER, Paul. **Cours élémentaire de Droit Romain**. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1876. t. 2.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Volume II. Coimbra: Almedina, 1997.

VASCONCELLOS, Pedro Pais de. **Contratos típicos e atípicos**. Coimbra: Almedina, 2002.

VASCONCELLOS, Pedro Pais de. Teoria geral do Direito civil – relatório. In: _____. **Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Coimbra: Coimbra, 2000.

VEIGA, Dídimio Agapito da. Direito das coisas. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1929. v. 9.

VELOSO, Zeno. **Condição, termo e encargo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – contratos em espécie**. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada**. São Paulo: Atlas, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001.

VIANA, Marco Aurélio; TEIXEIRA, Sílvio de Figueiredo (Org.). **Comentários ao novo Código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: _____. **Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982.

VILLELA, João Batista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 261., p. 28-35, jan./mar. 1978.

VILLEY, Michel. Le droit naturel et l'histoire. In: _____. **Seize essais de philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1969.

WALD, Arnaldo. La responsabilité civile des administrateurs des sociétés. Rapport general. In: TRAVAUX de l'association Henri Capitant. Journées de Rio de Janeiro. Paris: Dalloz, 1967. t. 15.

WALD, Arnaldo. Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 253., p. 94-104, jan./mar. 1976.

WALINE, Marcel. **L'individualisme et le droit**. Paris: Éditions Domat Montchrestien, 1945.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

WIECKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WINTGEN, Robert. **Étude critique de la notion d'opposabilité** – Les effets du contrat à l'égard des tiers en Droit français et allemand. Paris: LGDJ, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Rechtsphilosophie**. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchshandlung, 1982.