



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Guilherme de Mello Franco Faoro

**A pós-eficácia hermenêutica dos documentos pré-contratuais não
vinculantes**

Rio de Janeiro

2019

Guilherme de Mello Franco Faoro

A pós-eficácia hermenêutica dos documentos pré-contratuais não vinculantes



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais.

Orientadora: Prof.^a Dra. Aline de Miranda Valverde Terra

Rio de Janeiro

2019

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

F218

Faoro, Guilherme de Mello Franco.

A pós-eficácia hermenêutica dos documentos pré-contratuais não
vinculantes / Guilherme de Mello Franco Faoro. - 2019.
155 f.

Orientador: Prof. Dra. Aline de Miranda Valverde Terra.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2.Boa-fé (Direito) – Teses. 3.Documentos – Teses.
I.Terra, Aline de Miranda Valverde. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

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

Assinatura

Data

Guilherme de Mello Franco Faoro

A pós-eficácia hermenêutica dos documentos pré-contratuais não vinculantes

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais.

Aprovada em 26 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Aline de Miranda Valverde Terra
(Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Pablo Waldemar Renteria
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2019

Agradecimentos

Creio que os mais substanciosos agradecimentos devam ser direcionados aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito desta Universidade, pela humanidade, dedicação e brilhantismo que cotidianamente oferecem aos seus sortudos alunos, muitas vezes sem o devido reconhecimento e apoio por parte do poder público. Nesses dois felizes anos que se passaram, pude comprovar que a excelência do curso é tributária desse esforço contínuo de professores e técnicos administrativos extremamente capacitados e apaixonados pelo ofício. A eles, portanto, minha eterna gratidão.

Para além da excelência do corpo docente, tive a sorte de contar com uma turma de mestrado cuja união, empatia e solidariedade foram inéditos para mim, e absolutamente essenciais nesses dois anos de empreitada. Assim, à turma que comigo ingressou no mestrado em 2017, meus sinceros agradecimentos; nunca os esquecerei. Agradeço ainda aos demais alunos da pós-graduação com quem mantive mais aproximado contato, fossem mestrandos ou doutorandos, os quais nunca fugiram ao elevado padrão técnico e humano que me parece ser a maior marca desta Universidade.

À minha companheira, Maria Izabel, e aos meus pais, André e Zaíde, aos quais, realisticamente, deveria agradecer todos os dias: não só por este trabalho, mas por participarem da minha vida, por perdoarem meus inúmeros defeitos e vícios, e por me ensinarem e proverem do sentimento mais importante do mundo, o de amar e ser amado.

A todo o pessoal do escritório, pelo espaço de conhecimento, trabalho e valores éticos, e principalmente ao Raphael, que, além de me brindar com uma biblioteca sofisticada como a sua pessoa, contribuiu decisivamente ao trabalho com seu conhecimento e experiência acadêmica em um tema pouco versado no direito civil.

Meus profundos agradecimentos, finalmente, à minha orientadora, a Profa. Dra. Aline de Miranda Valverde Terra, pela paciência, dedicação e disponibilidade para me auxiliar em todas as etapas deste trabalho, e também pelos valiosos conselhos, que contribuíram em muito para a riqueza e o rigor da dissertação que ora se inicia.

Resumo

FAORO, Guilherme de Mello Franco. *A pós-eficácia hermenêutica dos documentos pré-contratuais não vinculantes*. 2019. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O tratamento jurídico do período pré-contratual, ou das tratativas, tem adquirido notável relevância prática, principalmente diante da complexidade técnica e logística que marca as transações econômicas em um mundo cada vez mais globalizado. Indo para além de uma análise meramente descritiva das variadas formas que pode assumir o suporte material das declarações oriundas dessa fase de tratativas – ou seja, dos documentos que o acompanham, tais como minutas, cartas de intenção, memorandos de entendimento e missivas –, a riqueza desta fase reside nos efeitos jurídicos que (invariavelmente) decorrem dessas diversas e atípicas formas de manifestação de vontade e, conseqüentemente, da autonomia privada. Dentre tais efeitos – decorrentes, em última análise, de uma ressignificação funcional da autonomia privada –, destaca-se o hermenêutico em relação ao contrato final, ou seja, como potencial elemento interpretativo circunstancial do conteúdo do negócio eventualmente celebrado pelas partes, à luz dos cânones hermenêuticos fornecidos pelo Código Civil de 2002. A potencial atribuição de efeitos hermenêuticos a tais documentos carrega consigo questões importantes que serão esmiuçadas no curso do trabalho, como a configuração (ou não) de uma declaração de vontade negocial e a confiança legítima eventualmente incutida no destinatário. Partindo-se das premissas e conceitos alcançados, o trabalho formula e investiga criticamente, em sua parte final, algumas situações hipotéticas ideais – todas elas respaldadas por casos práticos, oriundos da jurisprudência – nas quais o conteúdo do instrumento contratual pode dialogar com o suporte material a ele anterior, para assim delimitar as potencialidades e limites desta relação dialética.

Palavras-chave: Negociações. Tratativas. Interpretação contratual. Vontade negocial.
Documentos pré-contratuais.

Abstract

FAORO, Guilherme de Mello Franco. *The hermeneutical post-effectiveness of non-binding pre-contractual documents*. 2019. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The legal treatment of the pre-contractual period, also called negotiations, has acquired notable practical relevance, specially facing the technical and logistical complexities that mark the business transactions in an increasingly globalized world. Going beyond and merely descriptive analysis of the many forms that can be assumed by the material support of the declarations issued in the negotiations period – *i.e.*, of the documents produced, namely drafts, letters of intent, memorandums of understanding, mere letters –, the richness of this pre-contractual phase resides in the legal effects that (invariably) arise from these diversified and atypical forms of declarations of will, and, consequently, from private autonomy. Among these effects – which ultimately derives from a functional resignification of private autonomy –, the hermeneutical in relation to the final contract stands out, *i.e.*, as a potential circumstantial interpretational element of the content of the contract eventually concluded by the negotiating parties, in sight of the hermeneutical rules provided by the Brazilian Civil Code of 2002. The potential attribution of interpretational effects to the referred documents leads to important legal aspects that will be scrutinized in the course of this study, such as the configuration (or not) of a contractual declaration of will and the legitimate confidence that can eventually be inculcated in the declaration's recipient. Parting from the premises and concepts acquired, the study creates and investigates critically, in its last part, some hypothetical and ideal situations – all of them derived from practical cases taken from the jurisprudence – in which the content of the contracts instrument can dialog with the previous material support, in order to delimit the potentialities and limits of this dialectical relation.

Palavras-chave: Negotiations. Pre-contractual period. Contractual interpretation. Contractual intent. Pre-contractual documents.

Sumário

	INTRODUÇÃO.....	7
1	CONTORNOS CONCEITUAIS E SUPORTE MATERIAL DO PERÍODO PRÉ CONTRATUAL.....	16
1.1	A vontade contratual.....	16
1.2	O atingimento do consenso: formação e conclusão dos contratos.....	29
1.3	Fase das tratativas: conteúdo e efeitos.....	43
1.4	A materialização documental das declarações não vinculantes: uma breve análise de formas e tipos.....	53
2	ELEMENTOS EXTRÍNSECOS DE INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL.....	61
2.1	Linhas gerais sobre a interpretação contratual.....	61
2.2	Delimitação da comum intenção à luz das circunstâncias: o comportamento prévio das partes (art. 112 do Código Civil).....	74
2.3	A fase hermenêutica complementar e o papel da boa-fé objetiva (art. 113 do Código Civil).....	86
2.4	O problema das “cláusulas de entendimento integral”.....	96
3	POSSÍVEIS EFEITOS HERMENÊUTICOS DO SUPORTE MATERIAL PRÉ-CONTRATUAL.....	103
3.1	Documentos pré-contratuais congruentes com o teor expresso do instrumento.....	105
3.2	Documentos pré-contratuais em face do “silêncio” do instrumento.....	108
3.3	Documentos pré-contratuais incongruentes com o teor expresso do instrumento.....	124
3.4	A aferição da vontade negocial por meio dos documentos pré-contratuais.....	129
	CONCLUSÃO.....	136
	REFERENCIAS.....	143

Introdução

Como repetidamente notado pela doutrina, as relações sociais têm se tornado cada vez mais complexas no mundo contemporâneo, demandando do jurista um esforço constante na apreensão e qualificação de novos fatos sociais, em face de um ordenamento jurídico histórico-valorativo e, por conta disso, em constante mutação.¹

As relações econômicas entre particulares, inseridas no contexto social mencionado, não fogem a essa regra. Deste modo, em um mundo cada vez mais globalizado e no qual o capital não conhece mais fronteiras físicas,² também as transações econômicas vêm ensejando um crescente esforço técnico e logístico de seus agentes – processo este que tem como uma de suas consequências práticas o incremento qualitativo e quantitativo do período de negociações que as antecede, também chamado de tratativas.³

Nesse contexto, muitas vezes o contrato final – no caso, a materialização jurídica dessas transações econômicas – só será alcançado pelas partes “depois de uma laboriosa fase vestibular, em que os interessados, de transigência em transigência, mediante sucessivas declarações, vão atingindo o acordo final, ou seja, o consentimento”.⁴

O direito civil e, mais especificamente, a disciplina das obrigações e contratos, precisa, portanto, se adequar a essa nova realidade, na qual a tradicional e rígida concepção da formação dos contratos⁵ – composta pelas figuras estanques da proposta e da aceitação – não é suficiente para apreender as distintas estruturas e funções que podem assumir os vários atos perpetrados neste período preliminar.⁶

¹ Na lição de António Manuel Hespanha, o mundo contemporâneo é “[u]m mundo de produção de normas. Um, completamente autônomas, surgidas dos mecanismos da vida de todos os dias (normas de comportamento familiar, nos grupos de amigos, no quotidiano profissional, nas relações entre os sexos, etc.). Outras, partindo de normas de direito oficial, mas transformando-as, adaptando-as, reagindo contra elas” (HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 493).

² Sobre o tema, confira-se BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

³ COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 300.

⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Protocolo de intenções sem força obrigatória. In: *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004. p. 405.

⁵ “A formação do contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo não já ‘natural’ e ‘necessário’, mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito (pelos vários direitos)” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85).

⁶ “A fase de formação do contrato – sejam civis ou interempresariais – é um ‘capítulo privilegiado’ muito complexo e nada uniforme da Teoria das Obrigações, suscitando intrincados problemas de ordem teórica e de ordem prática. Essa complexidade advém da multiplicidade de formas que podem revestir a fase formativa, bem como da variabilidade do modo pelo qual se podem desenvolver as tratativas negociais” (MARTINS-

Diz-se, por isso, que o período pré-contratual se encontra em uma espécie de “limbo” jurídico, devido à falta de atenção que (não) lhe presta a maior parte da doutrina.

A realidade é que o *iter* negocial pode ser deveras complexo,⁷ e os atos jurídicos nele produzidos assumirão distintos efeitos, funções e qualificações,⁸ a depender do caso concreto. Como se verá ao longo deste trabalho, a indagação fundamental, à qual se busca dar resposta, – ainda que no campo dos efeitos estritamente hermenêuticos –, é se “seriam as tratativas simples relação de fato, irrelevante para o direito, ou constituiriam verdadeira e própria relação jurídica, portadora de consequências específicas para as partes?”⁹

Apesar da escassez de estudos sobre o tema das tratativas “em si”, a doutrina civilista já se debruçou em questões a ela periféricas, como a força vinculante (ou não) dos contratos preliminares¹⁰ e a formação sucessiva dos contratos,¹¹ chegando-se mesmo a cogitar de uma superação da dicotomia entre contrato e o não-contrato.¹² Além disso, consideráveis esforços

COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 388).

⁷ “Por meio dos instrumentos da fase negociatória, as partes podem, exemplificativamente (tal qual na fase dita ‘de prospecção’ que por vezes, mas não necessariamente, lhe antecede cronologicamente), comunicar intenções e informações; disciplinar as fases do processo de negociação; estabelecer os pontos em relação aos quais estão de acordo; pactuar opção e preferência; e, até mesmo, firmar o próprio contrato, em caráter ‘preliminar’, consistindo o seu adimplemento na conclusão de contrato definitivo” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 390).

⁸ V., nesse sentido, ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 32.

⁹ ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. In: *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 2.

¹⁰ V., nesse sentido, nas doutrinas portuguesa e italiana: COSTA, Mario Julio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2004; PRATA, Ana. *Contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 1999; MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milão: Giuffrè, 1979; SPECIALE, Renato. *Contratti preliminari e intesi precontrattuali*. Milão: Giuffrè, 1992; RICCIUTO, Vincenzo. *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*. Turim: UTET, 1999. No direito brasileiro, marcante e riquíssima contribuição ao estudo dos contratos preliminares é o recém-publicado livro de Luiza Bianchini (BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar – conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017).

¹¹ Segundo Vincenzo Ricciuto, a formação progressiva do contrato significaria, “con l’efficacia propria di ogni sintensi lessicale, le ipotesi nelle quali le parti raggiungono l’accordo su alcuni ponti del regolamento contrattuale, ma non su altri, com riferimento ai casi nei quali il regolamento contrattuale viene a formarsi di volta in volta su singoli punti e l’acettazione ultima non si encontra soltanto con una proposta ma ompendia tutta una serie di proposte ed accettazioni parziali” (RICCIUTO, Vincenzo. *La Formazione Progressiva del Contratto*. In: GABRIELLE, Enrico (Org.). *I Contratti in Genere*. Torino: UTET, 1999, p. 152). Em sentido semelhante, Enzo Roppo: “[n]os contratos caracterizados por uma “formação sucessiva”, cuja conclusão é precedida por um longo iter de negociações e de realização, paulatinas, de acordos parciais sobre pontos singulares do negócio: a redacção por escrito serve precisamente para assinalar o momento em que a fase das negociações – de per si não vinculante – se esgota e dá lugar, com a conclusão do contrato, à assunção efectiva dos vínculos que dele nascem” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 100).

¹² SPECIALE, Renato. *Contratti preliminari e intesi precontrattuali*. Milão: Giuffrè, 1992, pp. VIII e IX. Baseando-se na lição do professor italiano, Luiza Lourenço Bianchini afirma, em perfeita síntese, que “Nessa zona cinzenta (...) encontram-se os diversos tipos de acordos pré-contratuais, como as cartas de intenção e os acordos parciais que as partes podem firmar no processo de formação do contrato. Não há, na realidade, uma cisão nítida entre a fase das tratativas e a fase contratual, sendo possível que elas coexistam no processo de

foram empreendidos na tentativa de sistematizar os novos instrumentos decorrentes desse contemporâneo processo negocial: assim, por exemplo, alguns autores se dedicaram ao estudo das cartas de intenção em seus diferentes níveis de eficácia,¹³ dentre outras figuras recorrentes no contexto das negociações preliminares.¹⁴

A fase das tratativas também – e principalmente – é abordada quando do estudo da responsabilidade civil pré-contratual, na qual exploram-se os deveres de proteção oriundos deste período prévio à celebração do definitivo, baseados na cláusula geral da boa-fé objetiva e num contato social dito qualificado¹⁵ entre as partes que negociam. Nesta seara, não faltam debates acerca, por exemplo, do grau de confiança inculcada que justifique a indenização pela ruptura injustificada das negociações; da natureza, contratual ou delitual, da responsabilidade civil que daí resulta e, conseqüentemente, do interesse (positivo ou negativo) ao qual deve se referir a indenização, etc.¹⁶ Outro ponto interessante notado pela doutrina é a vocação desse momento preliminar para a gestação dos vícios inerentes à vontade, já que figuras como o erro essencial e o dolo costumam aparecer, na prática, quando das informações trocadas pelas partes, no contexto das negociações.¹⁷

Parece, contudo, que uma das riquezas pouco exploradas dessa fase reside nos efeitos jurídicos que invariavelmente decorrem das diversas (e por excelência, atípicas) formas de manifestação de vontade nela produzidas, ainda que o efeito vinculante em relação ao

formação do contrato, quando, ao lado de obrigações já de conteúdo contratual, as partes continuam as negociações a respeito de outros pontos da operação globalmente considerada” (BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar – conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 51).

¹³ Tratando especificamente das cartas de intenção, v. COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011; MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo de contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.10, p. 39-55, 1994; e também BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n.769, p. 28-47, 1999.

¹⁴ Para uma análise mais aprofundada acerca das diversas formas assumidas pelos acordos pré-contratuais, principalmente em negócios internacionais, v. LAKE, Ralph B; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents: domestic and international aspects*. Second Edition. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1994; ou ainda, FONTAINE, Marcel; LY, F. de. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006.

¹⁵ Conforme a formulação original de COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. Cópia mimeografada.

¹⁶ Diante dos muitos trabalhos que se propuseram a investigar a figura da responsabilidade pré-contratual e os problemas daí decorrentes, destacamos, na doutrina alienígena, COSTA, Mário Julio de Almeida. *Responsabilidade civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984; e PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002. Já no direito brasileiro, cabe citar, dentre outros: FICHTNER, Régis. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005; FRITZ, Karina Nunes. *A Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Injustificada Das Negociações*. *Revista dos tribunais*, vol. 883, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2009.

¹⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 106.

contrato final haja sido expressamente afastado pelas partes. Afinal, um dos pressupostos hermenêuticos da metodologia civil-constitucional é o de que nenhum fato social escapa à juridicidade, ao menos potencialmente,¹⁸ como consequência, o redimensionamento funcional da autonomia privada¹⁹ parece induzir à impossibilidade de que, numa acepção formalista e estanque, o intérprete desconsidere *a priori*, em sua análise de mérito, o período anterior à celebração do contrato definitivo.

Essa questão dos efeitos jurídicos produzidos na fase das tratativas contratuais assume interessante matiz prático quando se cogita da interpretação contratual. Como se verá, o trabalho buscará, essencialmente, investigar a possibilidade de que os comportamentos anteriores das partes (materializados, no caso, pelos documentos prévios ao acordo definitivo) sejam enquadrados como elementos de interpretação do contrato posteriormente celebrado.²⁰ Tal questão gira em torno do problema de se, por meio desses documentos, pode-se alcançar com mais exatidão o conteúdo da vontade negocial, em face das chamadas circunstâncias relevantes, que formam o “contexto” do consenso.²¹

Sendo assim, o primeiro capítulo se inicia com uma investigação acerca do significado do elemento volitivo na contemporânea teoria do negócio jurídico.²² Isso porque,

¹⁸ Na clássica lição de Pietro Perlingieri, “[o] fato concreto é sempre juridicamente relevante; (...) os chamados ‘fatos juridicamente irrelevantes’, na verdade, ou são fatos relevantes (como exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 638-640). No mesmo sentido, ensina afirma Gustavo Tepedino que “[t]odo fato social – porque potencialmente relevante para o direito, e porque moldado pela valoração (social decorrente) do elemento normativo (o qual, ao mesmo tempo, é construído na historicidade evolutiva da sociedade), é fato jurídico.” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, pp. 14-15).

¹⁹ “A autonomia privada deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes, como o são, a rigor, na esteira do que propugna a metodologia do direito civil-constitucional, todos os institutos jurídicos.” (TERRA, A. M. V. Autonomia contratual: da estrutura à função. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*. v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 86. Disponível em < <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/issue/view/260/showToc> >. Acesso em 13.08.18).

²⁰ “A interpretação estabelece o conteúdo e reconstrói o significado de declarações e comportamentos, atentando também para os fatos antecedentes e os consequentes que a eles se conectam e, em particular, considerando as negociações que geram a conclusão do negócio, bem como os modos de conduta em que posteriormente se prestou observância ao negócio concluído” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 347).

²¹ “Que ponderações tem o intérprete de empreender para averiguar o sentido normativo da declaração? Em primeiro lugar, tem que colocar-se na posição de declaratório e considerar todas as circunstâncias, mas somente essas, que eram por ele conhecidas ou cognoscíveis no momento do acesso à declaração. (...) Além disso, deverá também ter em conta as circunstâncias a que o declarante explicitamente se refere, em particular uma relação negocial existente, as conversações preliminares, as declarações anteriores” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 422).

²² “[C]omo teoria geral, há oposição entre dois sistemas nitidamente diversos: um, colocando em relevo sobretudo por Savigny, que faz prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante, de vez que é somente essa vontade que deve produzir os efeitos do direito que estão em causa, sistema designado pelo nome de teoria da vontade, ou seja, da predominância da vontade como dogma absoluto; o outro, que faz

ao se investigar os contornos conceituais e funcionais de uma acepção preceptiva da declaração de vontade,²³ torna-se mais fácil compreender, posteriormente, o potencial interpretativo do suporte material pré-contratual (ou seja, das tratativas) sobre o contrato celebrado, notadamente para fins de auxílio na determinação do programa contratual concretamente estabelecido pelas partes,²⁴ a partir do contexto fático das negociações – afinal, como observou Emilio Betti, “[o]s mesmos critérios que explicam a construção da declaração emitida e comunicada também devem governar a sua interpretação, que não passa de uma reconstrução sua”.²⁵

Nesse esforço de fornecer subsídios estruturais e funcionais à potencial utilização dos documentos pré-contratuais na interpretação do contrato que lhes sucedeu, o primeiro capítulo deste estudo ainda almejará conceituar e delimitar funcionalmente a formação dos contratos em sua acepção mais ampla, isto é, não só a proposta e aceitação propriamente ditas,²⁶ mas, principalmente, o (mais ou menos) longo período de negociações que as antecede, conhecido como a fase de tratativas – para se valer da expressão cristalizada pelo código civil italiano –, bem como as diversas figuras jurídico-negociais que costumam ter na fase de tratativas seu *locus* de atuação privilegiado.

Assim, buscar-se-á, ainda no primeiro capítulo, estabelecer conceitos importantes como o de declaração de vontade negocial – e, por oposição, aquelas declarações despidas de caráter negocial, mas, todavia, oriundas da autonomia das partes –,²⁷ e também analisar

prevaler a vontade, mesmo fictícia, que se infere da declaração, sobre a vontade verdadeira, seja porque o sentido normal da vontade somente existe, do ponto de vista do direito, por sua expressão externa e somente há lugar para se aplicarem, às disposições da vontade privada, as regras de interpretação admitidas para as normas legais e disposições de lei.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 74).

²³ Em lição que pode ser transposta ao ordenamento jurídico brasileiro, ensina Emilio Betti que “[q]uando a lei (art. 1362) visa a valorizar a intenção comum das partes diante do sentido literal das palavras, ela entende, por intenção comum, não a ‘vontade’ da parte individual, que não foi expressa na esfera interna da consciência, mas o intendo concorde, formado entre ambas as partes, uma vez que se tornou reconhecível em sua declaração e em sua conduta comuns ou congruentes” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 359).

²⁴ “Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto reflectem a ‘conveniência econômica’ do próprio contrato” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 127).

²⁵ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 360.

²⁶ “(...) a formação do contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo não já ‘natural’ e ‘necessário’, mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85).

²⁷ “In definitiva, si conferma che la rilevanza dell’atto negoziale deve in generale ricondursi al suo fondamento di atto di autonomia privata: l’atto non ha rilevanza negoziale se non ha il significato sociale di atto di autonomia privata” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III, p. 24). Em tradução livre: “Em definitivo, confirma-se que a relevância do ato negocial deve, em geral, ser reconduzida ao seu

os mais recorrentes tipos de documentos comumente produzidos pelas partes no curso dessas tratativas (minutas, cartas ou acordos de intenção, memorandos de entendimento, etc.),²⁸ destacando-se a relevância não do nome que lhes é apostado, mas, principalmente, do seu caráter negocial ou não, ou seja, da atribuição de efeitos vinculativos a tais documentos como consequência da exteriorização de uma declaração de vontade que pode ser caracterizada, a depender de seus elementos, como negocial ou não.²⁹ Tais documentos, quando não vinculantes, serão conjugados, para fins meramente expositivos, sob a alcunha genérica de “documentos pré-contratuais”.

Já no segundo capítulo do trabalho serão expostos, em linhas gerais, alguns princípios básicos da interpretação contratual, bem como outros mais específicos e setoriais, sempre dentro do estrito objetivo de se investigar os potenciais subsídios dogmáticos à utilização dos documentos pré-contratuais referidos no capítulo anterior como elementos “extrínsecos”³⁰ ou circunstanciais de interpretação do contrato.

Passando-se, ainda naquele capítulo, para uma análise mais focada no paradigma normativo brasileiro, serão também analisados os cânones interpretativos fornecidos pelo Código Civil aos contratos, cuja figura central ao presente trabalho é o art. 112 do Código Civil, em que se encontra a regra segundo a qual “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Ainda nesse contexto, analisar-se-á também o art. 113 do Código, no qual se encontra a previsão normativa da boa-fé objetiva em sua função interpretativa, ou hermenêutica.³¹

fundamento de ato de autonomia privada: o ato não possui relevância negocial se não possui o significado social de um ato de autonomia privada”.

²⁸ “Essas declarações negociais não se submeteram ainda a um grande rigor de denominação, havendo uma absoluta falta de consenso acerca de como denominar a prática contratual, sendo comum, por um lado, encontrar o emprego de denominações diversas para tratar de um mesmo fenômeno contratual, e, por outro lado, encontrar um mesmo termo servindo de referente para fenômenos distintos” (MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 299).

²⁹ *A contrario sensu*, “o contrato preliminar há de conter o conteúdo mínimo capaz de produzir os efeitos essenciais que qualificam o futuro negócio (função prático-jurídica), permitindo ao intérprete identificar os elementos essenciais ao consenso, justificando-se, assim, a vinculação imediata das partes à celebração do contrato definitivo” (TEPEDINO, Gustavo. A execução específica de contratos preliminares (editorial). *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 18, out./dez/ 2018, p. 12. Disponível em < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/303/263> >. Acesso em 11.01.19).

³⁰ Diz-se “extrínsecos” porque, como se verá, os documentos pré-contratuais ora tratados não integram o contrato em sua materialidade: dizer de outra forma seria efetivamente um contrassenso, além de atentatório à autonomia negocial das partes que, a todo ver, não desejaram que tais documentos integrassem o acordo vinculativo (ou seja, o contrato).

³¹ “Na primeira função, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proibe-se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer outra forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra” (TEPEDINO, Gustavo;

Diante desse cenário interpretativo, e tendo em vistas as noções apreendidas no primeiro capítulo acerca do elemento da vontade negocial,³² e da proteção da confiança legítima inculcada no destinatário,³³ investigar-se-á a intenção consubstanciada na declaração de vontade do agente por meio de uma interpretação do contrato “como um todo”,³⁴ ou seja, levando-se em conta não apenas o teor literal da declaração, mas os elementos contextuais da relação contratual, nos termos do art. 112 do Código Civil. Nesse sentido, como referido, o trabalho buscará investigar a possibilidade de que os comportamentos anteriores das partes (materializados, no caso, pelos documentos prévios ao acordo definitivo) sejam enquadrados como elementos de interpretação do contrato posteriormente celebrado.³⁵

Após essa etapa, e já se concluindo o segundo capítulo, faz-se imperiosa, tendo em vista o próprio escopo da investigação proposta, a análise das chamadas “cláusulas de entendimento integral”, figuras muito comuns em contratos precedidos por longas tratativas, por meio das quais as partes buscam restringir a interpretação da relação contratual aos termos estritos do instrumento celebrado. Desse modo, investigar-se-á os potenciais efeitos da aposição de uma tal cláusula, tendo em vista a possibilidade de afastamento, ou não, dos critérios interpretativos fornecidos pelo Código Civil.³⁶

SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: Gustavo Tepedino. (Org.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, p. 36).

³² Como ensina Karl Larenz ao tratar da interpretação dos negócios jurídicos, “[a] ordem jurídica tutela a confiança do declaratório a fim de que a declaração valha com o significado com que, segundo as circunstâncias, podia e devia ser entendida. Este significado é, uma vez que não precisa estar de acordo nem com o efetivamente pensado, nem com o efetivamente entendido um significado normativo da declaração. Para este significado normativo da declaração é decisivo o ‘horizonte de compreensão do declaratório’”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 7.ed. Lisboa: Fundação. Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 421-422).

³³ “A vinculação do sujeito emissor da vontade à declaração é corroborada por ulteriores elaborações doutrinárias, em especial as teorias da autoresponsabilidade e da confiança. (...). Pela teoria da confiança, o preceito emanado pelo negócio, em virtude da declaração, vincula o seu emissor em virtude da expectativa despertada no corpo social quanto à correspondência entre a manifestação de vontade e a intenção do agente. Cabe ao direito, portanto, prestigiar quem confiou na higidez da declaração volitiva” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Volume 1 – jul./set. 2014, pp. 19-20. Disponível em: < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129/125> >. Acesso: 13/08/2018).

³⁴ “Em suma, o negócio deve ser considerado como um todo unitário, a ser interpretado na sua integridade: um todo, entre cujas partes individuais, preliminares e conclusivas, não é admissível uma clara separação” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 348).

³⁵ “A interpretação estabelece o conteúdo e reconstrói o significado de declarações e comportamentos, atentando também para os fatos antecedentes e os consequentes que a eles se conectam e, em particular, considerando as negociações que geram a conclusão do negócio, bem como os modos de conduta em que posteriormente se prestou observância ao negócio concluído “ (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 347).

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397; FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006.

Pois bem. Chegando-se ao último capítulo do trabalho, serão formuladas e analisadas criticamente algumas situações ideais (e deveras recorrente na praxe, como se verá pelos exemplos práticos) nas quais o conteúdo do instrumento contratual poderá, ou não, dialogar e se beneficiar, em termos interpretativos, do suporte material a ele anterior, para assim delimitar as potencialidades e limites dessa paradoxal relação.

Desse modo, serão tecidas algumas situações hipotéticas ideais nas quais essa dialética sói ocorrer, e será realizada uma tentativa de sistematizar o horizonte interpretativo potencial dos documentos pré-contratuais em cada uma delas e, quiçá, também extrair dessa sistematização algumas orientações hermenêuticas que possam ser úteis ao trabalho do intérprete. O auxílio da jurisprudência neste momento é não só enriquecedor, mas fundamental: como se sabe, a atividade interpretativa depende essencialmente de um caso concreto ao qual se reportar, e qualquer tentativa de sistematizá-la sem o auxílio de exemplos fáticos seria, na prática, impossível.

Dito isto, proceder-se-á inicialmente à análise da primeira dessas situações hipotéticas, qual seja, aquela na qual as declarações contidas nos documentos pré-contratuais são congruentes com o conteúdo expresso do instrumento.

Em seguida, será estudado o papel desses documentos em face do silêncio do instrumento contratual, hipótese muito recorrente na prática, e na qual os documentos prévios assumem seu maior potencial hermenêutico e, ao mesmo tempo, suscitam as questões mais sensíveis à doutrina.³⁷ Nesse subtópico, a diferenciação conceitual entre um silêncio “intencional”, querido pelas partes,³⁸ e outro “não intencional” se mostra fundamental, já que os potenciais efeitos hermenêuticos dos documentos prévios irão variar imensamente numa e noutra dessas situações, como se verá.

A terceira situação hipotética é aquela na qual o teor dos documentos pré-contratuais mostra-se expressamente incongruente com o do instrumento do contrato. Investigar-se-á, aqui, se mesmo nas hipóteses de uma incongruência manifesta com o instrumento negocial,

³⁷ “[...] on peut ajouter que ceux-ci constituent en plus des sources extrinsèques d’ambiguïté du contrat (...). En généralisant ces jurisprudences, on estimera que tout document pré-contractuel peut potentiellement rendre ambigu le contrat qu’il a précédé s’il lui est contraire. Cette affirmation fait immédiatement surgir les dangers que cette situation représente pour la sécurité juridique.” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 87). Em tradução livre: “[...] podemos acrescentar que estas constituem, no mais, as fontes extrínsecas de ambiguidade do contrato (...). Generalizando estes julgados, poder-se-ia afirmar que todo documento pré-contratual pode potencialmente tornar ambíguo o contrato que houver precedido, se lhe for contrário. Tal afirmação faz surgir de imediato os perigos que tal situação representa à segurança jurídica”.

³⁸ Cf. BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

o suporte material prévio poderá ainda exercer função interpretativa, em alguns casos específicos.

Por último, e extrapolando um pouco o critério metodológico empregado nas situações hipotéticas anteriores, analisar-se-á também, sempre com base em exemplos concretos, um dos possíveis efeitos advindos da utilização hermenêutica desses elementos pré-contratuais, qual seja, a possibilidade de que a própria vontade negocial (o consenso) seja aferida por meio dos documentos prévios (ou, mais amplamente, das tratativas).³⁹

Depois de tudo isso, e já em sede de conclusão do estudo que agora se inicia, será realizada uma síntese dos pontos abordados ao longo do trabalho e, especialmente, das situações hipotéticas tratadas no terceiro capítulo. Desse modo, a partir das conclusões obtidas mediante a formulação de diferentes contextos dialéticos hipotéticos entre o instrumento do contrato e o teor dos documentos a ele prévios, buscar-se-á formular algumas orientações interpretativas gerais (ou *standards*) que possam auxiliar o intérprete em sua tarefa, quando confrontado com casos semelhantes (os quais, como restará evidente, passam longe de serem raros na prática).

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e autonomia privada: a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento. In: *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 604-619. 2016; MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 747.

1. Contornos conceituais e suporte material do período pré-contratual

1.1 A vontade contratual

Não há como se falar em contratos sem aludir, ainda que brevemente, ao conceito de autonomia privada e às mutações que esse princípio – ou melhor, esse ideal, já que, bem vistas as coisas, sua influência ultrapassa em muito o campo do direito – teve ao longo dos últimos séculos nos sistemas jurídicos ocidentais.

Numa acepção clássica, a autonomia privada é entendida como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico aos particulares, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas, de regular e gerirem seus próprios interesses.⁴⁰ Em outros termos, ensina Leon Duguit que nos sistemas civilistas essa liberdade consiste no “poder de querer juridicamente, e por isso mesmo o direito a que esse querer seja socialmente protegido”.⁴¹

Essa liberdade de regulação autônoma dos próprios interesses é, portanto, tutelada e protegida pelo direito positivo – tipicamente por meio da figura do negócio jurídico e, particularmente, pelos contratos –, decorrendo seu caráter vinculante, de acordo com a doutrina clássica,⁴² da declaração de vontade validamente emitida, como se verá melhor adiante.

A autonomia privada é, assim, um dos principais marcos teóricos do direito civil, sustentáculo dogmático e funcional dos negócios jurídicos em geral⁴³ e, particularmente, da

⁴⁰ “Per autonomia privata si è soliti indicare il potere riconosciuto o attribuito dall’ordinamento giuridico al ‘privato’ di auto-regolare (cioè di regolare ‘da sé’, con proprie manifestazioni di volontà) i ‘propri’ interessi [I, 37]. Autoregolamento che, se conforme alle prescrizioni del diritto obiettivo, è giuridicamente vincolante per la parte o per le parti che lo hanno creato, sí da assumere per esse ‘forza di legge’ (1372) (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 327). Em tradução livre: “Por autonomia privada se costuma indicar o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico ao ‘privado’ de autorregular-se (isto é, de regular ‘a si’, mediante a própria manifestação de vontade) os ‘próprios’ interesses [I, 37]. Autorregulamento que, se em conformidade às prescrições do direito objetivo, é juridicamente vinculante à parte ou às partes que o hão criado, assumindo por isso ‘força de lei’ (1372)”.

⁴¹ “La autonomía de la voluntad es, ya he lo dicho, un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista la autonomía de la voluntad es el poder de querer juridicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido” (DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 193).

⁴² “Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 36).

⁴³ Tratando da ampla inserção da autonomia privada no direito civil – não só no plano das relações patrimoniais, de qual se ocupa o presente trabalho, mas também no das relações existenciais –, anota Gustavo Tepedino que “[t]al poder [o da autonomia privada] constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais, na teoria contratual, por legitimar a

tutela juridicamente conferida às obrigações contratuais: é que, como diz Guido Alpa, “a ideia de contrato em sua acepção moderna nasce com a ideia de autonomia da vontade, de capacidade de se obrigar a dar, a fazer ou a não fazer”.⁴⁴

Hodiernamente, contudo, a tutela da autonomia privada não mais se baseia exclusivamente numa análise formal e abstrata do indivíduo enquanto titular de direitos subjetivos decorrentes de uma concepção meramente subjetivista de sua vontade; ao contrário, “o Direito protege antes de tudo no ato jurídico a finalidade à qual ele se presta, mais intensamente que a vontade em si”.⁴⁵

Há décadas chamava atenção Emilio Betti para o fato de que o instituto do negócio jurídico – e, conseqüentemente, o contrato – não “consagra a faculdade de querer no vazio”, mas “garante e protege a autonomia privada na vida relacional, e na medida em que se dirige a ordenar interesses dignos de tutela nas relações que o afetam”.⁴⁶ Aludindo a esse mesmo controle valorativo e funcional dos atos de autonomia privada (ou melhor, autonomia negocial),⁴⁷ ensina Pietro Perlingieri que

o ato de autonomia negocial não é um valor em si: pode assim ser considerado, e dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse merecedor de tutela. É necessário verificar essa circunstância, a cada vez, controlando se o ato pode ser, ainda que parcialmente, regulado por fonte que não seja a lei. (...) A Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à

regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados, quanto no campo das relações existenciais, por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade inerentes à pessoa humana.” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, pp. 9-10. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129/125>>. Acesso em 05 de novembro de 2018).

⁴⁴ No original: “on peut affirmer avec certitude que l’idée de contrat au sens moderne naît avec l’idée d’autonomie de la volonté, de capacité de s’obliger à donner, à faire ou à ne pas faire (ou à subir).” (ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa définition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 40, n. 2, avril-jun. 1988, p. 328).

⁴⁵ Na íntegra: “La verdad pura y simple es como sigue: el individuo que quiere, determinado por el fin perseguido por la colectividad, quiere una cosa conforme a Derecho, y su acto producirá un efecto que deberá ser protegido, porque el Derecho protege antes todo en el acto jurídico el fin que se determina, más bien que la voluntad misma” (DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 202).

⁴⁶ No original: “La institución del negocio jurídico no consagra la facultad de «querer» en el vacío, como place afirmar a cierto individualismo que no ha sido aún extirpado de la dogmática actual. Más bien, según hemos visto, garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación, en cuanto se dirige a ordenar intereses dignos de tutela en las relaciones que los afectan” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 57).

⁴⁷ Isso porque, na visão de Perlingieri, “a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de ‘autonomia negocial’, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial” (cf. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338).

autonomia, postos à tutela dos contratantes vulneráveis, não são mais externos e excepcionais, mas, sim, internos, enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional.⁴⁸

Trazendo essa noção de funcionalização ao contexto do sistema jurídico brasileiro, vê-se que, inserindo-se a autonomia privada no esquema dos valores constitucionalmente postos e hierarquizados, a liberdade de iniciativa (conforme prevista pela Carta Magna em seus arts. 1º, IV, e 170) há de ser coadunada com a promoção dos valores solidaristas elencados pelos arts. 1º e 3º da Constituição da República, para que seja digna de tutela pelo ordenamento jurídico.

Noutro giro, a autorregulamentação oriunda da vontade dos particulares não deve tampouco ser compreendida como a única fonte de regulação de seus próprios interesses no plano patrimonial. Nessa direção fala-se, há muito, num concurso de fontes – autônomas e heterônomas, sendo estas decorrentes do ordenamento, e não da vontade – na determinação do regulamento de interesses dos particulares,⁴⁹ e também, concomitantemente, de uma feição positiva da autonomia privada, com a imposição de “deveres à autorregulamentação dos interesses individuais”.⁵⁰

A figura do contrato, diante do quadro acima pincelado, passa a refletir o que Caio Mário da Silva Pereira chamou um “paralelogramo de forças”, consistente, de um lado, na

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 355-358. No mesmo sentido, e ainda na doutrina italiana, a lição de C. Massimo Bianca: “Come tutte le libertà anche quella negoziale si inserisce per altro in un contesto di valori costituzionali gerarchicamente ordinati. In particolare, l'evoluzione in senso sociale dei diritti fondamentali tende a privilegiare sulla libertà individuale la solidarietà sociale. L'autonomia privata, quindi, può e deve essere controllata per garantire rapporti giusti (n. 15)” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III, p. 15). Em tradução livre: “Como todas as liberdades, mesmo aquela negocial se insere ainda em um contexto de valores constitucionais hierarquicamente ordenados. Em particular, a evolução social dos direitos fundamentais tende a privilegiar sobre a liberdade individual a solidariedade social. A autonomia privada, portanto, pode vir a ser controlada, para garantir relações justas”.

⁴⁹ “Gli interessi dei singoli possono essere oggetto di autoregolamentazione e di eteroregolamentazione anche in via cumulativa: si discorre allora di “concorso di fonti” (autonome ed eteronome) nella determinazione del regolamento degli interessi dei singoli” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 327). Em tradução livre: “Os interesses individuais podem ser objeto de autorregulamentação e de heteroregulamentação mesmo em via cumulativa: se fala então num ‘concurso de fontes’ (autônomas e heterônomas) na determinação do regulamento dos interesses individuais”.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, p. 10. Em sentido próximo, Caio Mário da Silva Pereira sintetiza que “[o] que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 29).

autonomia privada, e de outro, nos preceitos e deveres impostos às partes pelo ordenamento jurídico, por meio de normas e/ou princípios inderrogáveis – também chamados pela doutrina tradicional como de ordem pública.⁵¹

Para o que mais interessa ao presente trabalho, há de se ter em mente que, como já observado por Gustavo Tepedino, essa “alteração da noção de autonomia privada *repercuta profundamente na teoria da interpretação*” (grifou-se), pois, numa visão funcionalizada dos institutos de direito civil, e particularmente dos contratos, o valor da autonomia privada desvincula-se de uma concepção de liberdade pura, limitada negativamente apenas pela ilicitude, e adquire um caráter promocional, devendo servir aos demais valores que lhe se fundamentam e justificam.⁵²

Mas, afinal, o que exatamente é o contrato?

A resposta a essa pergunta é, paradoxalmente, simples e complexa.

Em sua acepção clássica e mais abrangente, tributária da doutrina de Savigny, o contrato pode ser compreendido como um negócio jurídico composto pelo acordo entre duas ou mais declarações de vontade distintas, dirigido à produção de efeitos jurídicos coincidentes com o teor das vontades manifestadas.⁵³

Essa concepção, baseada na ideia de um acordo entre manifestações de vontades díspares para a produção de efeitos jurídicos,⁵⁴ foi reproduzida, ainda que com algumas variações, pelos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica em geral.

No sistema jurídico português, por exemplo, o contrato é pacificamente visto como “acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta e proposta,

⁵¹ “O contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser consequentemente a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas estas frequências” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 26).

⁵² “o espectro e os limites (das categorias e institutos jurídicos, e especialmente) da autonomia atribuída aos particulares não são mais uniformes e abstratos (vontade individual submetida unicamente ao limite negativo da ilicitude), mas dependem dos valores que lhes servem de fundamento (para promoção de interesses socialmente relevantes)” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, p. 12).

⁵³ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 19.

⁵⁴ Trata-se aqui, é claro, do conceito jurídico do contrato, que se distingue da operação econômica a ele subjacente. Cabe aqui trazer o esclarecimento de Enzo Roppo, demonstrando que a importância de se distinguir as concepções econômica e jurídica do contrato : “a) que o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais da operação econômica, constituem a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo dela; b) que, todavia, o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos não são exclusivamente redutíveis à operação econômica, mas têm em relação a esta uma certa autonomia, que se exprime de vários modos” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11).

de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam a estabelecer uma composição unitária de interesses”.⁵⁵

Já na definição um pouco mais restrita do direito italiano,⁵⁶ aqui externada por C. Massimo Bianca, um contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial.⁵⁷ No direito francês o caminho é semelhante, sendo o contrato sucintamente descrito como “o acordo de vontades que visa a produzir efeitos jurídicos”.⁵⁸ Mesmo no direito norte-americano, distante da tradição romano-germânica, o código comercial (“*Uniform Commercial Code*”) já definiu o contrato como uma “obrigação legal resultante do *acordo* das partes tal qual regulado por este Ato ou outras regras legais aplicáveis”.⁵⁹

Em doutrina nacional, Clóvis Beviláqua propunha conceito semelhante sob a égide do Código Civil de 1916, definindo o contrato como "o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar ou extinguir direitos",⁶⁰ em consonância com os elementos ministrados pelo art. 81 do revogado diploma aos atos jurídicos em geral.⁶¹

Atualmente, esse conceito, baseado no pressuposto de fato de um “acordo” entre as vontades de duas ou mais partes, mantém-se relativamente incólume na doutrina pátria,⁶² e a nosso ver, corretamente, apesar da sofisticação de construções ulteriores, como as ditas normativistas, que buscaram conceituar o contrato pelo “regulamento de interesses

⁵⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2006, Vol. I, p. 212.

⁵⁶ O Código Civil italiano, como se sabe, impõe aos contratos o requisito da patrimonialidade se seu objeto, ao contrário do que ocorre em outros sistemas jurídicos, como o português. Foge ao escopo do presente trabalho a interessante discussão acerca do cabimento deste requisito da patrimonialidade (ou seja, do conteúdo econômico) aos contratos do sistema jurídico brasileiro.

⁵⁷ “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III, p. 1).

⁵⁸ No original : “le contrat est un accord de volonté en vue de produire des effets de droit” (GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Les obligations. Paris, 1983, p. 3).

⁵⁹ No original: Uniform Commercial Code. Article 1 - General Provisions (2001) › part 2. General definitions and principles of interpretation › § 1-201. *Verbis*. “General Definitions. (12) "Contract", as distinguished from 'agreement', means the total legal obligation that results from the parties' agreement as determined by the Uniform Commercial Code as supplemented by any other applicable laws”.

⁶⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III, p. 12.

⁶¹ Código Civil de 1916. *Verbis*. “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

⁶² “(...) sua noção primária assenta na ideia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Como sempre sói, o vocábulo não está adstrito a esta rigidez semântica. Ao revés, vai estender a sua abrangência a toda espécie de negócio jurídico em que ocorrer a participação de vontade plúrima”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 7).

instituído”⁶³ e não pelo acordo em si, chegando a agregar as aludidas fontes heterônomas ao próprio conceito de contrato.⁶⁴

Sendo um instrumento típico de exercício da autonomia privada, o contrato integra o conceito pandectístico de negócio jurídico, que é, por sua vez, o ato jurídico mediante o qual o sujeito dispõe de sua própria esfera jurídica. Contrato nada mais é, nesse sentido, que um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), aperfeiçoado mediante o consenso de duas ou mais partes.⁶⁵ Em síntese do que até agora se afirmou, portanto,

a figura do contrato, como é dito, se enquadra na categoria do negócio jurídico. Essa categoria foi elaborada pela doutrina pandectística, que lhe transmitiu a definição ainda corrente de ato de vontade dirigido a um escopo relevante para o ordenamento jurídico. O negócio jurídico é, precisamente, explicação da autonomia privada, como poder do sujeito de decidir acerca de sua própria esfera jurídica, pessoal ou patrimonial. O sujeito explica a própria autonomia privada mediante atos negociais.⁶⁶

Há, como se vê, umbilical relação entre a figura do contrato, negócio jurídico bilateral, e a autonomia privada, representada aqui pelo encontro de vontades que dá origem ao consenso (ou acordo). O contrato é fundamentalmente a autonomia privada em sua acepção prática, quando compartilhada entre dois ou mais centros de interesse, com o intuito de regular uma relação jurídica de conteúdo patrimonial.⁶⁷

⁶³ A respeito dessa corrente, afirma Antunes Varela: “alguns dos autores que colocam o acento tónico do contrato, não nos direitos e obrigações concretamente criados pelos outorgantes, mas no regulamento de interesses instituído pelo acordo, equiparam, de facto, o contrato às normas jurídicas (...) Esta é a concepção normativista, preceptivista ou objectivista do contrato” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2006, Vol. I, pp. 218-219).

⁶⁴ “Oltre che come accordo il contratto può essere definito come autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali. La definizione di 'autoregolamento' è ormai corrente nella nostra dottrina, ed essa ricomprende più in generale la categoria del negozio giuridico.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III, p. 6). De modo semelhante, Gustavo Tepedino, se reportando aos negócios jurídicos em geral, entende que “mostra-se mais consentânea com o sistema a definição de negócio jurídico como regulamento de interesses que agrega fontes heterônomas ao autoregolamento.” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, p. 20).

⁶⁵ “O contrato é, em regra, um acto, ou um negócio, bilateral. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade de sujeitar-se àquele determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto das cláusulas contratuais” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73).

⁶⁶ No original: “La figura del contratto, come si è detto, s'inquadra nella categoria del negozio giuridico. Questa categoria è stata elaborata dalla dottrina pandettistica, che ne ha tramandato la definizione ancora corrente di atto di volontà diretto ad uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico. Il negozio giuridico è, precisamente, esplicazione dell'autonomia privata, quale potere del soggetto di decidere della propria sfera giuridica, personale o patrimoniale. Il soggetto esplica la propria autonomia privata mediante atti negoziali” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III, pp. 7-8).

⁶⁷ Apesar de não constituir o escopo deste trabalho, cumpre ressaltar que a exigência do conteúdo patrimonial da obrigação prevista contratualmente é questão altamente controversa e candente na doutrina das obrigações,

Sendo assim, pode-se afirmar, em consonância com Pietro Perlingieri, que mesmo levando-se em consideração a funcionalização dos atos de autonomia privada e a agregação de fontes heterônomas àquela decorrente da pura vontade dos contratantes, ambos fenômenos descritos acima, a vontade continua a representar o elemento essencial dos atos jurídicos em geral e, mais ainda, dos contratos:

a vontade continua a representar o momento dinâmico das relações jurídicas e, conseqüentemente, é considerada essencial para o exercício do ato: a sua ausência, de fato, impede o ato de produzir seus efeitos ou, mais tecnicamente, determina-lhe a nulidade.⁶⁸

Porém, em que consistiria essa “vontade”, na qualidade de suporte fático essencial aos negócios jurídicos em geral e aos contratos, em particular?

Assim como a própria autonomia privada, o elemento da vontade passou por mudanças significativas no que diz respeito ao seu conteúdo.

Historicamente, a discussão acerca do conteúdo da vontade sempre se balizou numa divisão fundamental entre (i) a concepção subjetivista, inspirada pelas ideias de Savigny e presente no ordenamento francês, que estrutura o negócio jurídico em torno da vontade interna do declarante, ou seja, apõe a vontade subjetiva como dogma, sendo por isso denominada teoria da vontade; e (ii) uma concepção mais objetiva, originária da doutrina

que, nesse sentido, se divide entre as teorias personalista e patrimonialista, como ensinam Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería: “pode-se dizer, sem exagero, que a determinação do objeto da relação obrigacional constitui a mais debatida controvérsia no estudo da fisionomia da relação obrigacional, a respeito da qual disputam as teorias personalistas e patrimonialistas. Toda a questão cinge-se em saber se o objeto da obrigação se constitui no comportamento devido pelo obrigado, como querem os personalistas, ou no bem prometido, isto é, no resultado útil esperado pelo credor, tal como defendem os patrimonialistas” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.- dez./2012, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Data de acesso: 10.01.2019).

⁶⁸ Na íntegra e no original: “Attualmente è acquisito che l'atto di autonomia non rappresenta un valore in sé, cioè in quanto espressione della mera volontà o dell'illimitato potere di autoregolamentazione del soggetto, ma riceve un giudizio positivo soltanto quando il regolamento degli interessi programmati dall'atto realizza una funzione socialmente apprezzabile e giuridicamente meritevole [infra, 22]. Del resto non sempre gli effetti che discendono dall'atto di autonomia hanno la loro unica causa nella volontà del disponente [infra, 60]. Pur con tali precisazioni, la volontà continua a rappresentare il momento dinamico delle relazioni giuridiche e, quindi, ad essere considerata essenziale per l'esercizio dell'atto: la sua mancanza, infatti, impedisce all'atto di produrre effetti o, più tecnicamente, ne determina la nullità [infra, 39].” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 355). Em tradução livre: “Atualmente é asseverado que o ato de autonomia privada não representa um valor em si, isto é, enquanto expressão da mera vontade ou de um poder ilimitado de autoregulação do sujeito, mas recebe um juízo positivo sobretudo quando o regulamento de interesses programado pelo ato realize uma função socialmente apreciável e juridicamente legítima [infra, 22]. De resto, nem sempre os efeitos que derivam do ato de autonomia têm como única causa a vontade do declarante [infra, 60]. (...)”.

germânica, segundo a qual prevaleceria a vontade que se possa aferir da declaração, ainda que esta destoe da vontade “real”, interna, do sujeito que a emitiu.⁶⁹

Na perspectiva crítica de Karl Larenz, a visão subjetiva, outrora imperante, entendia a vontade interna do sujeito como elemento anímico, de existência independente (e preponderante) à da declaração que a exteriorizou; sendo assim, a declaração seria puramente um meio de prova, podendo ser elidida caso o declarante comprove que não tinha, efetivamente, vontade de produzir aqueles efeitos jurídicos.⁷⁰

Também em tom crítico à concepção subjetivista acima aludida, afirma Emílio Betti que, efetivamente, tal visão, fruto de um individualismo abstracionista e “antihistórico” há muito suplantado pelo pensamento jurídico, olvida que a vontade só existe no mundo dos fatos quando exteriorizada e apreendida pelo seu destinatário.⁷¹

Nesse mesmo sentido, já anunciava Leon Duguit que

o direito moderno tende agora a admitir cada vez mais que, de uma maneira geral, o que produz o efeito de Direito não é, não pode ser, o ato interno de vontade, a volição, como dizem os psicólogos, e sim a manifestação externa de tal vontade, a declaração de vontade, a Willenserklärung, segundo a expressão alemã.⁷²

⁶⁹ “Ou, por outras palavras, o direito francês é apresentado, em geral, como partidário da teoria de vontade e o alemão, como da teoria da declaração. (...) a verdade, porém, é que não são tão grandes as diferenças entre os direitos de ambos os países.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 74-76). Como ensina Gustavo Tepedino, “[a]mbas as posições doutrinárias refletem períodos históricos antagônicos, de coroamento do voluntarismo (individualismo iluminista que perdura do Século XVIII ao XIX), e de sua rejeição (perspectiva socializante e intervencionista do final do Século XIX e primeira metade do Século XX). Levadas aos extremos, tais teorias não logram resolver a preocupação, de ordem eminentemente prática, de conciliar o respeito ao alvedrio individual com a segurança atribuída à manifestação de vontade, tal qual declarada” (TEPEDINO, Gustavo. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, p. 19).

⁷⁰ “Durante largo tiempo se ha visto ese valor en que aquélla da a conocer la voluntad del declarante dirigida al cumplimiento del efecto jurídico, y es, por tanto, una comunicación de tal voluntad, siendo ésta un hecho anímico existente con independencia de la declaración. Considerándolo así, la declaración posee evidentemente sólo el significado de indicio de prueba. Si tal indicio induce a engaño y puede probarse que el declarante no ha tenido tal voluntad de producir efectos jurídicos, la declaración - según esta concepción, llamada «teoría de la voluntad» y que prevaleció en el pasado siglo - habría de quedar privada del efecto en ella señalado. Sin embargo, ello no es así según la regulación del Código civil.” (LARENZ, Karl. *Derecho Civil, Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 449-450). Em tradução livre: “Durante muito tempo imperou essa concepção em que se expõe a vontade do declarante dirigida ao cumprimento do efeito jurídico, e é, portanto, uma comunicação de tal vontade, sendo esta um fato anímico de existência independente à da declaração. Considerando-se assim a questão, a declaração possui evidentemente somente um significado probatório. Se tal indicio induz a erro e pode-se comprovar que o declarante não teve efetivamente tal vontade de produzir efeitos jurídicos, a declaração – segundo esta concepção, chamada ‘teoria da vontade’ e que prevaleceu no século passado – haveria de ficar privada dos efeitos por ela almejados. Inobstante, as coisas não são assim na regulação do Código Civil”.

⁷¹ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 60-62.

⁷² Tradução livre de: “El derecho moderno tende ahora a admitir cada vez más que, de una manera general, lo que produce el efecto de Derecho no es, no puede ser, el acto interno de voluntad, la volición, como dicen los psicólogos, sino la manifestación exterior de la voluntad, la declaración de la voluntad, la Willenserklärung,

É daí que, prosseguindo com a lição de Betti, surge a importância da chamada teoria preceptiva, que enxerga na declaração de vontade (ou no comportamento típico, ou mesmo no silêncio, a depender do caso) sua vocação para ser recebida por outrem, advindo justamente dessa dialética a sua força vinculante.⁷³

Indo além nessa construção, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que não é efetivamente a vontade o elemento essencial do negócio jurídico, e sim a declaração de vontade, tal como socialmente reconhecida e aceita.⁷⁴ Isso porque, na opinião do professor paulista,

somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, próprias para constituir objeto de interpretação ou instrumento de autonomia privada. Que na interpretação e avaliação das declarações e comportamentos não se deva parar na forma exterior ou literal da atitude alheia, mas se deva procurar a *mens* animadora ou o sentido nela objetivado, não significa que *mens* e sentido se possam adivinhar, prescindindo da forma na qual se tornaram reconhecíveis.⁷⁵

Assim, vê-se que numa perspectiva preceptiva da vontade – a única possível no ordenamento jurídico brasileiro, sem correr o risco de contradição com a redação do art. 112 do Código Civil⁷⁶ –, e trazendo à baila a teoria de Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico, e conseqüentemente o contrato, terá no núcleo central duas (ou mais) declarações de vontade exteriorizadas (seja por meio de palavras ou atos, expressos ou tácitos, ou ainda, por um

según la expresión alemana” (DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 208).

⁷³ “La declaración, por tanto, tiene naturaleza preceptiva o dispositiva, y, en consecuencia, carácter vinculante; el comportamiento tiene igualmente, por sí, tal carácter.” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 58). Em tradução livre: “A declaração, portanto, tem natureza preceptiva ou dispositiva e, conseqüentemente, caráter vinculante; o comportamento tem igualmente, por si, tal caráter”.

⁷⁴ “A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82).

⁷⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 84.

⁷⁶ A ressalva é necessária porque, para alguns, a redação do art. 112 demonstraria a vinculação do sistema jurídico brasileiro a uma concepção subjetivista do negócio jurídico, tal qual ocorre no sistema jurídico francês. A verdade é que não parece adequado tentar enquadrar abstratamente a opção do legislador do Código Civil de 2002 em um ou outro sistema, mesmo porque “a verdade, porém, é que não são tão grandes as diferenças entre os direitos de ambos os países” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76).

silêncio eloquente),⁷⁷ que se encontram, alcançando o necessário consenso, sendo este último o dinamismo de sua vinculação jurídica contratual.

De resto, não há como discordar de Leon Duguit quando afirma que a percepção objetiva da declaração de vontade é consequência direta da própria funcionalização do direito, que não mais pode albergar um ato de ordem puramente individual, isolado da esfera social na qual forçosamente se insere.⁷⁸

No desenvolvimento de fundamentos mais sofisticados⁷⁹ para que o declarante seja jungido pela sua declaração tal qual efetivamente recebida pelo destinatário, surgem as doutrinas da autorresponsabilidade e da confiança.

Como ensina Pietro Perlingieri, as temperanças impostas pelo ordenamento ao primado da vontade, com a consequente atribuição de valor preponderante à declaração tal qual exteriorizada, determinaram a imersão, no ordenamento jurídico, do princípio da autorresponsabilidade, que vincula o declarante em função da expectativa de um comportamento conforme a boa-fé. Noutra giro, a proteção da confiança voltar-se-ia à pessoa do destinatário da declaração, cabendo ao intérprete averiguar, com base em elementos e padrões objetivos, se essa confiança é ou não legítima – tal qual se dá na disciplina do erro, no Código Civil.⁸⁰

⁷⁷ “A aceitação pode ser expressa, tácita ou decorrer do silêncio. Tanto a aceitação expressa como a tácita decorrem de comportamentos do oblato, demonstrando que aderiu aos termos da proposta. O silêncio, por sua vez, consiste precisamente na ausência de manifestação, razão pela qual não pode ser confundido com a aceitação tácita ou comportamental.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 16).

⁷⁸ “Es ésta también una consecuencia directa de la socialización del Derecho. Mientras no se ha visto en el Derecho objetivo más que la protección del sujeto de voluntad que supone cada individuo humano, el acto jurídico era esencialmente el acto de voluntad interna del sujeto de Derecho, y ese acto de voluntad interna era el que el Derecho protegía. Pero desde el momento en que se admite que la situación de Derecho no tiene valor y no merece protección sino cuando corresponde a un fin social (...), no puede nacer más que de un acto que por sí mismo tenga carácter social; no puede, pues, resultar más que de un acto de voluntad externa, porque en tanto que la voluntad no se haya manifestado al exterior, es de orden puramente individual; no llega a ser un acto social sino en virtud de su manifestación” (DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 208). Em tradução livre: “Essa é também uma consequência direta da socialização do Direito. Enquanto não se via no Direito objetivo mais que uma proteção da vontade atribuída a cada indivíduo humano, o ato jurídico era essencialmente o ato de vontade interna do sujeito de Direito, e esse ato de vontade interna era o que o Direito protegia. Porém desde o momento em que se admite que a situação de Direito não tem valor e não merece proteção senão quando correspondente a uma finalidade social (...), não pode nascer senão de um ato que por si mesmo tenha caráter social; não pode, pois, resultar mais que de um ato de vontade externa, porque enquanto a vontade não se manifestar no exterior, é de ordem puramente individual; não chega a ser um ato social senão em virtude de sua manifestação”.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, p. 19.

⁸⁰ “Nella valutazione di un comportamento come concludente, è necessario avere riguardo non al significato che l'agente riconosce al contegno secondo il suo apprezzamento, ma a quello che a tale comportamento è oggettivamente attribuito nell'ambiente sociale. I sempre maggiori temperamenti proposti al primato della volontà e l'esigenza di assegnare una prevalente considerazione al valore della dichiarazione alla stregua dell'oggettivo significato che ad essa uò essere attribuito dal destinatario [retro, 18], hanno progressivamente

No ordenamento jurídico brasileiro, parece encontrar mais espaço a justificativa pautada na teoria da confiança, devido à intensa repercussão que essa teoria, decorrente da boa-fé objetiva, encontra no direito positivo brasileiro.⁸¹

Contudo, cabe aqui uma ressalva teórica: adotando como elemento do contrato a declaração de vontade e não a vontade em si, “será uma questão de grau saber até que ponto o direito positivo admite ou até que ponto deve ele de *lege ferenda* admitir as influências da vontade sobre declaração”.⁸² Assim, tanto a autorresponsabilidade como a confiança servirão não para contrapor a vontade real à declaração (eis que apenas esta é elemento do

determina l'emersione nel nostro ordinamento del principio di autoreponsabilità. Chi manifesta una concreta determinazione negoziale, resta legato alle conseguenze che da questa discendono tutte le volte che la sua dichiarazione possa apparire, alla stregua dei criteri di valutazione presenti nell'ambiente sociale, quale espressione di una sufficiente ponderazione del dichiarante. L'autoreponsabilità vincola il privato nella sua attività in quanto espressione della regola generale di comportamento secondo buona fede [infa, 26, 64]. La tutela della volontà del dichiarante è a volte limitata a favore del destinatario della dichiarazione che ha in questa riposto la sua fiducia. Si discorre di tutela dell'affidamento (o della buona fede altrui). Questa si configura quando un soggetto ha confidato nel contegno della controparte e tale stato di fiducia si fonda su circostanze oggettive e ragionevoli. Tipico esempio è rappresentato dalla disciplina dell'errore. Per i piú, ciò risiederebbe nell'esigenza di garantire sicurezza e stabilità nel commerci giuridico, esigenza che verrebbe realizzata accordando prevalenza, ai fini dell'interpretazione e dell'esistenza stessa dell'atto negoziale, a quanto è stato dichiarato dal disponente o che si può oggettivamente desumere dal suo contegno. La tutela dell'affidamento si distingue dal 'principio' dell'apparenza giuridica che protegge, diversamente dall'affidamento, lo stato di fiducia di un soggetto conseguente all'esistenza di un'apparente situazione giuridica (titolarità del diritto quale presupposto di efficacia dell'atto negoziale.” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 357-358). Em tradução livre: “Na avaliação de um comportamento como concludente, é necessário levar em conta não o significado que o agente reconhece do comportamento segundo sua apreciação, mas aquele que para tal comportamento é atribuído objetivamente no ambiente social. Os sempre crescentes temperamentos impostos à primazia da vontade e a necessidade de se atribuir uma consideração predominante ao valor da declaração com base no significado objetivo que pode ser atribuído a ela pelo destinatário [retro 18] determinaram progressivamente o surgimento em nosso sistema do princípio da autorresponsabilidade. Quem manifesta uma concreta determinação negocial fica sujeito às consequências que dela derivam, em conformidade com os critérios de valoração presentes no ambiente social, como expressão de uma ponderação suficiente do declarante. A autorresponsabilidade vincula o indivíduo privado em sua atividade enquanto expressão da regra geral de comportamento segundo a boa fé [infra, 26, 64]. A tutela da vontade do declarante é as vezes limitada em favor do destinatário da declaração, o qual nela depositou sua confiança. Fala-se da tutela da confiança (ou da boa-fé alheia). Esta se configura quando um sujeito confia no comportamento da controparte e tal estado de confiança baseia-se em circunstâncias objetivas e razoáveis. Típico exemplo é representado pela disciplina do erro. No mais, isso reside na exigência de garantir segurança e estabilidade no comércio jurídico, exigência essa que seria realizada pela prevalência, na finalidade da interpretação e da própria existência do ato negocial, do que foi declarado pelo disponente ou do que pode ser objetivamente inferido de seu comportamento. A tutela da confiança se distingue do “princípio” da aparência jurídica que protege, diferentemente da confiança, o estado de fiducia de um sujeito resultante da existência de uma situação jurídica aparente (titularidade do direito como pressuposto de eficácia do ato negocial)”.

⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, p. 20. A questão será melhor abordada no capítulo segundo, ao tratar-se da boa-fé objetiva na interpretação dos contratos.

⁸² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

negócio), mas para fornecer um “arsenal lógico (...) para justificar soluções adotadas nesta ou naquela legislação”.⁸³

Dito isso, uma derradeira pergunta parece se impor: o que caracterizaria uma declaração de vontade como “negocial”, ou seja, como destinada a produzir efeitos na esfera jurídica de seu emissor?

A resposta a essa questão está, na verdade, contida nas afirmações anteriores.

A declaração de vontade, para ser enquadrada como suporte fático de um negócio jurídico – despertando assim uma legítima confiança na contraparte, confiança esta lastreada em critérios objetivos de aferição, como será visto –, precisa ser, justamente por isso, inserida num modelo socialmente típico,⁸⁴ ou seja, num formato socialmente aceito e compreendido pelos destinatários como capaz de criar, extinguir ou modificar direitos.

Afinal, como já dizia Emilio Betti, “[a] verdade é que nenhum negócio existe sem uma forma que o torne socialmente patente, e a forma do ato obriga, por princípio, o agente, segundo seu significado social objetivo”.⁸⁵

Nesse mesmo sentido, acusa Antônio Junqueira de Azevedo que

para obter ‘efeitos jurídicos’, deve o agente atuar dentro de moldes socialmente reconhecíveis como aptos a produzir efeitos jurídicos. É a sociedade que lhe fornece esses moldes, e não, a sua vontade. Segue-se daí que essa declaração de vontade - declaração negocial - passa a se distinguir das demais, não pela vontade do agente, e sim, pelo modelo social de atitude em que está vertida.⁸⁶

⁸³JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87.

⁸⁴ Nesse sentido, ensina Antônio Junqueira de Azevedo que “o importante na caracterização do negócio é salientar que, se, em primeiro lugar, *ele é um ato cercado de circunstâncias que fazem com que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos*, em segundo lugar, a correspondência, entre os efeitos atribuídos pelo direito (efeitos jurídicos) e os efeitos manifestados como queridos (efeitos manifestados), existe, porque a regra jurídica de atribuição procura seguir a visão social e liga efeitos ao negócio em virtude da existência de manifestação de vontade sobre eles” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19, grifou-se).

⁸⁵ Na íntegra: “La verdad es que ningún negocio existe sin una forma que lo haga socialmente patente, y la forma del acto obliga, por principio, al agente, según su objetivo significado social. No obstante, el valor vinculante es distinto al tener el negocio destinatarios (es decir, sea declaración) y como tal, engendrar en ellos una confianza, que cuando no esté dirigido a nadie, como el simple comportamiento” (BETTI, Emilio.

Teoría general del negocio jurídico. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 114-115). Em tradução livre: A verdade é que nenhum negócio existe sem uma forma que o faça socialmente patente, e a forma do ato obriga, por princípio, o agente, segundo seu significado social objetivo. Não obstante, o valor vinculante é distinto quando tem o negócio destinatários (isto é, seja uma declaração) e como tal, engendra naqueles uma confiança, do que quando não esteja dirigido a ninguém, como o simples comportamento.”

⁸⁶ “Percebe-se, assim, que a declaração de vontade, suporte fático do negócio jurídico, não é qualquer declaração de vontade; há de ser uma hipótese específica. Poder-se-ia dizer, num primeiro momento, com a teoria voluntarista do século passado, que o que a distingue é o fato de o agente visar diretamente obter efeitos jurídicos. Acontece, porém, que, para obter “efeitos jurídicos”, deve o agente atuar dentro de moldes

Vê-se então que, devidamente inserida a vontade no mundo dos fatos,⁸⁷ a declaração potencialmente apta a gerar efeitos jurídicos será aquela capaz de produzir no destinatário a legítima confiança de sua intenção de vincular-se, o que, em critérios objetivos, se dá na medida em que tal declaração seja socialmente interpretada como tal.

De tudo o que foi dito acima, não se deve apressadamente extrair a conclusão de que o direito contemporâneo não se importa com a vontade interna, subjetiva, dos contraentes. Essa vontade continua existindo, mesmo porque é ela que, na maior parte dos casos, dará ensejo à declaração-elemento do negócio jurídico; inclusive, dada a própria redação do art. 112 do Código Civil, que será melhor tratada no segundo capítulo deste trabalho, tem-se que a vontade “interna” continua a ser levada em conta pelo ordenamento, mas sempre nos limites do que foi efetivamente exteriorizado. Nesse sentido, nota León Duguit ser o “efeito de Direito [e não sua concepção] que parece referir-se a um ato exterior mais intensamente do que a uma volição interna”.⁸⁸

Em suma, como ensina Karl Larenz, a declaração de vontade exercerá sempre uma dupla função, sendo de um lado ato de autodeterminação do sujeito que a emite e, de outro, um ato de comunicação social ao destinatário.⁸⁹

socialmente reconhecíveis como aptos a produzir efeitos jurídicos. É a sociedade que lhe fornece esses moldes, e não, a sua vontade. Segue-se daí que essa declaração de vontade - declaração negocial - passa a se distinguir das demais, não pela vontade do agente, e sim, pelo modelo social de atitude em que está vertida.” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 20).

⁸⁷ Na clássica lição de Pietro Perlingieri, “[o] fato concreto é sempre juridicamente relevante; (...) os chamados ‘fatos juridicamente irrelevantes’, na verdade, ou são fatos relevantes (como exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 638-640). No mesmo sentido, ensina afirma Gustavo Tepedino que “[t]odo fato social – porque potencialmente relevante para o direito, e porque moldado pela valoração (social decorrente) do elemento normativo (o qual, ao mesmo tempo, é construído na historicidade evolutiva da sociedade), é fato jurídico.” (TEPEDINO, Gustavo. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014, pp. 14-15).

⁸⁸ “Por otra parte, hasta ahora al menos, no sería exacto decir que el Derecho moderno tiende a no exigir más que la declaración sin exigir detrás una voluntad real. Es preciso un acto de voluntad; no hay acto jurídico si no hay realmente voluntad. Pero es verdad que a veces esta voluntad es más bien tácita que explícita; y el efecto de Derecho parece referirse a un acto exterior más bien que a una volición interna” (DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 208).

⁸⁹ “La problemática de la declaración de voluntad se deriva precisamente de que la declaración puede manifestar a otros, especialmente al destinatario de la declaración, algo distinto de lo que el declarante quiso decir y cree haber dicho con ella. En este contexto aparece la doble función de la declaración de voluntad. De una parte es, como acto determinante, un medio de autodeterminación, una realización de la voluntad del declarante dirigida a producir un efecto jurídico. Pero al propio tiempo es, como manifestación destinada a ser conocida por otros, un acto de comunicación social, interpersonal.” (LARENZ, Karl. *Derecho Civil, Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 541).

E, repita-se, toda essa discussão acerca da atribuição de relevância (ou não) à declaração de vontade pode ser conduzida, em última análise, à própria função a ser desempenhada pela autonomia privada. É que, como ensina C. Massimo Bianca,

em definitivo, confirma-se que a relevância do ato negocial deve, em geral, ser reconduzida ao seu fundamento de ato de autonomia privada: o ato não possui relevância negocial se não possui o significado social de um ato de autonomia privada.⁹⁰

Isso porque a autonomia privada, repita-se à exaustão, não é um vetor vazio. Ao contrário, deixa ela “de ser considerada um valor em si mesmo, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes, como o são, a rigor, na esteira do que propugna a metodologia do direito civil-constitucional”.⁹¹

Tecidos estes breves comentários e estabelecidas as premissas acerca do elemento da vontade nos contratos – essencial ao objeto deste trabalho, já que a vontade é, como visto, a chave da vinculação das partes e, portanto, do que foi ou não abarcado pelo consenso, pelo programa contratual –, passar-se-á, em seguida, à análise do atingimento do consenso, ou seja, da formação e da conclusão dos contratos, sendo este tópico igualmente fundamental para que se estabeleça o momento a partir do qual se possa afirmar estarem as partes contratualmente vinculadas.

1.2 O atingimento do consenso: formação e conclusão dos contratos

Como sinalizado anteriormente, o contrato, negócio jurídico bilateral que é, se perfaz com o encontro de vontades – ou melhor, de declarações de vontade –, destinadas a produzir determinados efeitos jurídicos.⁹²

⁹⁰ No original: “In definitiva, si conferma che la rilevanza dell’atto negoziale deve in generale ricondursi al suo fondamento di atto di autonomia privata: l’atto non ha rilevanza nozionale se non ha il significato sociale di atto di autonomia privata” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III, p. 24).

⁹¹ TERRA, A.M.V. Autonomia contratual: da estrutura à função. *Arquivo Jurídico - Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*, v. 2, 2015, p. 86. Disponível em <file:///C:/Users/gfaoro/Downloads/4673-16136-2-PB.pdf>. Acesso em 09.01.2019.

⁹² “[I]’attività che precede il contratto mira a suscitare consensi contrattuali: un singolo consenso, o consensi di massa; il consenso ad un contratto concepito in modo rigido e non ulteriormente negoziabile, o il consenso ad una clausola di dettaglio, da inserire in un contratto che verte su un bene e un prezzo non più in discussione” (SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. 3. ed. Torino: UTET, 2004. t. 2. p. 223). Em tradução livre: “[a] atividade que precede o contrato mira a suscitar o consenso contratual: um consenso singular, ou consenso de massa; o consenso a um contrato concebido de modo rígido e não negociável, ou o consenso sobre uma cláusula detalhista, inserida em um contrato que verse sobre um bem e um preço não mais em discussão”.

Esse encontro, que pressupõe um teor uníssono das vontades, é denominado consenso, ou acordo, e sua delimitação é de importância fundamental ao presente trabalho, pois, como já adiantado, o encontro de vontades traduz, na concepção tradicional e dominante, o momento a partir do qual as partes passam a se vincular contratualmente⁹³ – antes disso não há contrato, e sim tratativas, como será visto adiante.

O acordo, aqui definido como o “o consenso recíproco das partes em relação ao programa contratual, tendo por finalidade a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica patrimonial”,⁹⁴ integra a própria essência do contrato, na medida em que é o fato jurídico com o qual ele se identifica em sua existência.

Afirma Karl Larenz, nesse sentido, que os efeitos jurídicos contratuais decorrem da atuação correlacionada de ambos contratantes, motivo pelo qual, segundo o autor,

designamos como ‘negócio jurídico’ não a declaração de vontade isolada, isto é, a do comprador ou a do vendedor, cada uma por si, mas a atuação correlata de ambos contratantes, formada por ambas declarações, pois somente mediante essa atuação concordante de ambos, que é precisamente o contrato, se produz o efeito jurídico. O contrato é, assim, algo mais que a mera soma de duas declarações de vontade; dado que estas se encontram relacionadas entre si em conformidade a um sentido, *o contrato é uma totalidade dotada de sentido*.⁹⁵

Nem sempre foi assim. O princípio do consensualismo, segundo o qual “o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora” é uma ideia predominante sobretudo a partir do século XIX, fruto do pensamento liberal e individualista predominante à época, e confunde-se com a própria ascensão dogmática e

⁹³ Sobre o assunto, cumpre apenas notar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a transmissão da propriedade depende da efetiva tradição da coisa, tratando-se dos contratos ditos “reais”.

⁹⁴ No original: “L'accordo può definirsi come il reciproco consenso delle parti in ordine al programma contrattuale, cioè in ordine alla costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III., pp. 206).

⁹⁵ No original: “[e]n la mayoría de los casos no es suficiente, para que se origine el efecto jurídico, la declaración de una sola persona, sino que se requieren para ello las declaraciones concordantes de varias personas que se obligan conjuntamente a lo que han declarado, esto es, un contrato. En este caso designamos como «negocio jurídico», no la declaración de voluntad aislada, esto es, la del comprador o la del vendedor, cada una por sí, sino la actuación correlativa de ambos contratantes, formada por ambas declaraciones, pues sólo mediante esa actuación concordante de ambos, que es precisamente el contrato, se produce el efecto jurídico. El contrato es asimismo algo más que la mera suma de dos declaraciones de voluntad; dado que éstas se hallan relacionadas entre sí conforme a un sentido, el contrato es una totalidad dotada de sentido.” (LARENZ, Karl. *Derecho Civil, Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 423-424).

valorativa da autonomia da vontade, tal qual vista no início deste trabalho.⁹⁶ Isso porque no direito romano, por exemplo, “berço” dos contratos tal como hodiernamente concebidos, sabe-se que os acordos e convenções juridicamente vinculantes (capazes de dar ao seu titular a conhecida *actio*) eram a exceção, e não a regra.⁹⁷

Em consequência do “primado” metodológico do consenso, a formação e a conclusão dos contratos, situações estas regulados pelos artigos 427 e seguintes do Código Civil de 2002, equivalem ao próprio atingimento do acordo, já que, efetivamente, o contrato é concluído quando se aperfeiçoa o acordo entre as partes, tal como definido pelo legislador.

Nesse sentido, aduz C. Massimo Bianca que “o acordo é um fenômeno da vida social disciplinado pelo direito”, e que, por conseguinte, “o reconhecimento da conclusão de um contrato é, portanto, reconhecimento de um fato, e de sua correspondência às regras que lhe conferem relevância jurídica”.⁹⁸

O grande problema da formação dos contratos nasce justamente da incapacidade do legislador de captar as nuances deste movimento fático, já que a disciplina normativa conferida pelo Código Civil de 2002 ao tema é arcaica e, acima de tudo, um tanto arbitrária. Como ensina Enzo Roppo, em síntese perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro,

o juízo sobre se um contrato se formou ou não constitui o resultado de uma qualificação de determinados comportamentos humanos operada por normas jurídicas. Por outras palavras, a formação do contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo não já ‘natural’ e ‘necessário’,

⁹⁶ “O princípio do consensualismo predominou em todo o século XIX e avançou pelo século XX. Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja vou celebração exigiu a *traditio* da coisa e a observância de formalidades.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 19).

⁹⁷ Entre o Direito antigo e o Direito moderno corre essa linha separatória: no primeiro, os acordos e convênios entre as partes capazes de gerarem uma *actio* representam a exceção, ao passo que, no direito moderno, prepondera o princípio de que todo acordo é gerador de obrigações ou produz efeitos jurídicos, a menos se prove a existência de motivos legais de exclusão. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III., p. 13).

⁹⁸ No original: “L'accordo può definirsi come il reciproco consenso delle parti in ordine al programma contrattuale, cioè in ordine alla costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale. L'accordo integra la fattispecie contrattuale in quanto l'accordo è il fatto nel quale s'identifica il contratto (n. 1). Se per formazione o conclusione del contratto s'intende la formazione della fattispecie contrattuale, risulta la piena equivalenza di significato tra formazione del contratto e accordo: il contratto è concluso quando si perfeziona l'accordo tra le parti. L'accordo è un fenomeno della vita sociale disciplinato dal diritto. L'accertamento della conclusione del contratto è quindi accertamento di un 'fatto' e della sua rispondenza alle regole che ne condizionano la rilevanza giuridica.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III., p. 206).

mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito [...]. Se essa determinada sequência de actos e comportamentos humanos corresponde ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico [...], então pode dizer-se que esse determinado contrato se formou, ou concluiu, ou ‘ganhou existência’.⁹⁹

Em relação a essa dificuldade na disciplina normativa da formação contratual (que, inclusive, parece ser compartilhada pelos sistemas jurídicos da *common law*), já dizia a doutrina inglesa: “[a]s regras que regulam a formação dos contratos não são difíceis de serem apreendidas. Contudo, são difíceis de serem aplicadas”.¹⁰⁰

Ao analisar-se a disciplina normativa determinada pelo Código Civil de 2002 à formação dos contratos, é fácil constatar a atualidade do problema, e sua plena colocação em face do direito positivo brasileiro.

Nesse sentido, basta uma leitura da Seção II do Capítulo I do Título V do Código Civil para que se anteveja que o modelo de formação dos contratos utilizado em nosso ordenamento insere-se num contexto socioeconômico ultrapassado,¹⁰¹ marcado, nas palavras de Raphael Martins, por uma presunção de “distanciamento intersubjetivo das partes envolvidas no processo de formação do negócio jurídico”.¹⁰²

Segundo essa ideia, a fase de formação haveria de ser “abreviada” pelo legislador do Código, numa tentativa de simplificação do processo formativo, e “preferencialmente resolver-se na negociação dos elementos categoriais de cada negócio jurídico realizado”: o Código Civil haveria então adotado um “modelo dogmático uninuclear e estático do processo de desenvolvimento da relação jurídica, no qual todo o fenômeno nomogênico estaria concentrado na manifestação volitiva que daria ensejo ao negócio jurídico”.¹⁰³

⁹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85.

¹⁰⁰ No original: “The rules governing the formation of contracts are not difficult rules to state. However, they are difficult to apply” (FURMSTON, Michael; TOLHURST, G.J. *Contract Formation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1).

¹⁰¹ Como, de resto, ocorre em muitas outras partes do Código, que, nas palavras de Gustavo Tepedino, já “nasceu velho” (TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira [Editorial]. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 7, 200. Disponível em <<http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.007.pdf>>. Acesso em 06.11.18).

¹⁰² MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 260.

¹⁰³ MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, pp. 262-263.

O direito positivo brasileiro reduziu, assim, influenciado pelo Código Civil alemão e na esteira de outros modelos legislativos,¹⁰⁴ a complexa fase de formação dos contratos ao que Pontes de Miranda denominou um “jogo de tênis de ofertas”,¹⁰⁵ de modo que a disciplina dessa fase se volta precipuamente à regulação de eventos que interfiram na emissão da vontade definitiva, notadamente na demora entre a emissão da oferta e sua aceitação, ou da emissão de uma contraoferta. É o que ensina, em sua análise, Raphael Martins:

De acordo com este modelo: a um, as partes encontrariam na intenção de realizar determinado negócio jurídico a única justificativa para uma aproximação; a dois, o negócio jurídico serviria de marco lindeiro entre a ausência de vinculação e a vinculação negocial; a três, até a formação do negócio jurídico, os movimentos das partes apenas ganhariam relevância jurídica quando qualificáveis como propostas, contrapropostas, recusas ou aceitações, sendo o restante jogado na vala comum do ‘não jurídico’; e, a quatro, após a realização do negócio jurídico, não haveria espaço jurídico legítimo para negociações, apenas para preparação da execução – no caso dos contratos com prestação a termo – e execução propriamente.¹⁰⁶

As deficiências deste modelo formativo serão melhor analisadas no próximo item, quando será abordada a fase de tratativas – justamente por ser esse momento ignorado na regulação que o Código Civil confere à formação dos contratos. Por ora, cabe apenas traçar uma análise acerca do modelo formativo vigente em nosso ordenamento.

Primeiramente, é importante repetir que para um contrato ser reputado concluído faz-se necessário, mesmo etimologicamente, que se alcance o consenso (ou o acordo) entre as partes, por meio das declarações de vontade convergentes.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971. t. XX. p. 254-255.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1962. t. XXXVIII. p. 26. Interessante notar que essa estrutura (e os problemas daí decorrentes) parece ser compartilhada pelos sistemas jurídicos da *common law*, como se depreende da lição de Ralf Lake e Ugo Draetta: “In both the civil and common law systems, the traditional approach to contract formation is the application of the mirror-image rule: an acceptance must fully conform to the terms of an offer. An acceptance that does not conform to the offer is considered a counteroffer, and thus a rejection that prevents subsequent acceptance. In both systems, however, the mirror-image rule seems to be in the process of change” (LAKE, Ralf; DRAETTA, Ugo. LAKE, Ralph B; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents: domestic and international aspects*. Second Edition. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1994, p. 57). Em tradução livre: “Em ambos sistemas a abordagem tradicional da formação dos contratos é a aplicação da regra do espelho: a aceitação deve estar em total conformidade com os termos da oferta. Uma aceitação que não esteja em conformidade com a oferta é considerada uma contraoferta e, portanto, uma recusa que impede a aceitação subsequente. Em ambos sistemas, contudo, a regra do espelho parece estar em processo de mudança”.

¹⁰⁶ MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, pp. 262-263.

Assim, numa espécie de desdobramento lógico das noções obtidas no item anterior, mesmo esse consenso formativo do contrato deverá ser interpretado conforme o “significado social” que assume em determinado contexto fático, descabendo uma referência exclusiva e isolada às intenções subjetivas das partes que o declaram:¹⁰⁷ logo, antes mesmo de se analisar as regras formativas do Código (completude da proposta, forma prescrita, aceitação tempestiva, tal qual será visto adiante), há de se perquirir se os comportamentos das partes podem ser valorados socialmente como “negociais”, estando aptos, por consequência, a formarem um acordo vinculante. É dizer: cabe perquirir se as partes efetivamente desejavam vincular-se, mas objetivamente, ou seja, por meio da adoção, ou não, de um modelo “socialmente valorado como um acordo”.¹⁰⁸

Esse acordo, por outro lado, deve, como regra geral, estender-se a “todas as cláusulas discutidas pelas partes, sejam elas principais ou acessórias”,¹⁰⁹ princípio este que pode ser interpretado como uma consequência da concepção segundo a qual *solus consensus obligat* – somente o encontro de vontades é capaz de vincular as partes.

Dito isso, passemos a uma análise mais literal das regras que, em nosso ordenamento, acarretam no reconhecimento jurídico deste acordo de vontades, transformando-o em um contrato.

¹⁰⁷ “Staccando il tema del contratto dal riferimento alla volontà psicologica delle parti, il problema della rilevanza dell'intento di dichiarare perde ormai la sua originaria importanza. Ciò che si tratta di vedere è piuttosto se alla stregua della valutazione sociale l'atto abbia o no il significato del consenso” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III., p. 210). Em tradução livre: “Destacando o tema do contrato da referência à vontade psicológica das partes, o problema da relevância da intenção da declaração perde, por agora, a sua importância originária. O que se está a tratar é se, com base na valoração social, o ato tem, ou não, o significado de um consentimento”.

¹⁰⁸ “Per stabilire se le parti hanno perfezionato l'accordo occorre accertare sono stati osservati gli oneri giuridici relativi alla formazione del contratto (completezza della proposta, rispetto della forma, tempestività dell'accettazione, ecc.) ma in primo luogo occorre accertare se il comportamento delle parti (dichiarazioni, atti materiali, silenzi, ecc.) integri una fattispecie socialmente valutabile come accordo. Condotta alla stregua dall'esperienza, questa valutazione non può prescindere dal significato sociale dell'accordo contrattuale quale incontro di volontà. L'idea secondo la quale l'accordo consisterebbe senz'altro nella congruenza formale o esteriore delle dichiarazioni non può essere condivisa in questi termini.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III., pp. 206-207). Em tradução livre: “Para determinar se as partes hão aperfeiçoado o acordo, há de se perquirir se os ônus jurídicos relacionados à formação do contrato foram observados (completude da proposta, respeito à forma, tempestividade da aceitação, etc.) mas, em primeiro lugar, ocorre verificar se o comportamento das partes (declarações, atos materiais, silêncios, etc.) integra uma fattispecie socialmente valorada como acordo. Conduzida à luz da experiência, essa valoração não pode prescindir do significado social do acordo contratual como encontro de vontades. A ideia segundo a qual o acordo certamente consistiria unicamente na congruência formal ou externa das declarações não pode ser partilhada nesses termos”.

¹⁰⁹ No original: “Come è noto il contratto si perfeziona solo quando l'accordo tra i contraenti si estende a tutte le clausole discusse tra le parti, siano esse principali o accessorie” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 1).

A produção do consenso em nosso Código Civil resulta de dois momentos indispensáveis, quais sejam, a proposta ou oferta, movimento de “fecundação”, e a aceitação, movimento de “gestação” do negócio jurídico pretendido e que, somado à oferta, marca o nascimento, ou a conclusão, do contrato.¹¹⁰

Essa proposta é, em regra, vinculante, como nos ensina o art. 427 do Código Civil de 2002,¹¹¹ salvo quando “o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. O legislador, como se vê, abre ampla margem ao intérprete e à própria autonomia das partes, no que diz respeito à atribuição de caráter vinculante, ou não, à proposta efetuada pelo polícitante.

Apesar de a lei silenciar a esse respeito, entende a doutrina tradicional que a proposta deva ser “séria e precisa”, e também “conter as linhas estruturais do negócio em vista”¹¹² – ou, em outros termos, os elementos ditos essenciais ao negócio jurídico objetivado.¹¹³ Trata-se, mais uma vez, de um imperativo lógico, já que, somente com uma proposta que delineasse minimamente o negócio jurídico almejado poder-se-ia atribuir o efeito vinculativo previsto pelo referido art. 427 ao polícitante.

Comprova-se nessas lições, portanto, a propriedade da conclusão de Guido Alpa, ao afirmar que a criação de um vínculo jurídico depende tanto (a) da manifestação de vontade das partes de atribuírem-se ou não tal vínculo, como (b) da suficiência objetiva do acordo para produzir tais efeitos, ou seja, se ele é completo, lícito e inteligível (além de merecedor de tutela, é claro) – o que, certamente, dependerá dos termos da proposta:

A intenção de criar os vínculos jurídicos depende ora da vontade das partes de admitir ou de excluir o caráter obrigatório de suas promessas (ou, mais genericamente, de suas declarações), ora da suficiência objetiva do acordo

¹¹⁰ Na lição de Serpa Lopes, “o conceito de contrato envolve o da existência de um acordo de vontades. Tal acordo depende necessariamente de dois movimentos indispensáveis à viabilidade de sua conclusão, a saber: 1º) a oferta, primeiro movimento, por assim dizer, de fecundação; 2º) a aceitação, segundo movimento de gestação, que, ao se reunir ao da oferta, produz nascimento do contrato. O grande problema, no estudo desses elementos, assenta primeiramente na sua força obrigatória e depois quanto ao momento exato em que ambos se fundem para produzir o nascimento do contrato.” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III., pp. 75-76).

¹¹¹ *Verbis*. “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

¹¹² “Embora não haja a lei minudenciando os requisitos da proposta, deve ela ser séria e precisa, e deve conter as linhas estruturais do negócio em vista, para que o contrato possa considerar-se perfeito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III., p. 38).

¹¹³ “De acordo com os conceitos acima vistos, é indubitável que a oferta se reveste dos seguintes caracteres: a) é uma declaração unilateral, por parte do proponente; b) trata-se de uma declaração receptícia; c) deve conter, em princípio, todos os elementos essenciais ao negócio jurídico (essentialia negotii).” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III., pp. 79-80).

concluído para a produção de efeitos jurídicos, sendo um acordo completo (ou suficientemente completo), digno de ser protegido (ou suficientemente considerado como tal), inteligível (ou suficientemente inteligível).¹¹⁴

A função precípua da proposta (ou oferta) é, pois, “suscitar a composição do negócio jurídico bilateral”.¹¹⁵

Consequentemente, quando a proposta não contiver todos os elementos necessários à formação de um consenso sobre o programa contratual objetivado pelas partes, a doutrina tradicional a rotula como uma “proposta incompleta”, o que lhe retiraria o carácter vinculante e, por que não, seu próprio enquadramento dogmático como proposta.

Nesse sentido, em entendimento perfilhado por muitos outros, a lição de C. Massimo Bianca:

Precisamente, a proposta é completa quando contém a determinação dos elementos essenciais do contrato ou quando remete tal determinação a critérios legais ou convencionais. Será incompleta quando para tal determinação seja necessário um ulterior acordo das partes. (...) A proposta pode não determinar os elementos secundários disciplinados pela lei ou por outras fontes extracontratuais. Se, por outro lado, a proposta remete a um ulterior acordo das partes em relação a tais elementos, essa deve reputar-se incompleta. Uma proposta incompleta pode assumir o valor de um convite a ofertar, e pode inclusive assinalar o início de uma tratativa.¹¹⁶

Como se depreende da doutrina citada, não precisa a oferta detalhar todos os elementos do regramento contratual pretendido pelas partes; ao contrário, a proposta pode muito bem relegar a disciplina de certos pontos a critérios externos legais, ou convencionais.

¹¹⁴ No original: “L'intention de créer des liens juridiques dépend soit de la volonté des parties d'admettre ou d'exclure le caractère obligatoire de leur promesse (ou, plus génériquement, de leurs affirmations), soit de la suffisance objective de l'accord conclu à produire des effets juridiques, étant un accord complet (ou suffisamment complet), digne d'être protégé (ou suffisamment considéré comme tel), intelligible (ou suffisamment intelligible)” (ALPA, Guido. *Le contrat individuel et sa définition. Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 40, n. 2, p. 327-350, avril-jun. 1988, p. 335).

¹¹⁵ “O que se chama oferta é a primeira manifestação de vontade, a que se há de seguir a aceitação, para que se conclua o negócio jurídico bilateral. [...] A função da oferta é suscitar a composição do negócio jurídico bilateral.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: 1984, t. XXXVIII, pp. 26/27).

¹¹⁶ No original: “Precisamente, la proposta è completa quando contiene la determinazione degli elementi essenziali del contratto o quando ne rimette la determinazione a criteri legali o convenzionali. Essa è incompleta quando la loro determinazione richiede un ulteriore accordo delle parti. (...) La proposta può non determinare gli elementi secondari disciplinati dalla legge o da altre fonti extranegoziali. Se per altro la proposta rinvia ad un ulteriore accordo delle parti in ordine a tali elementi, essa deve reputarsi incompleta. Una proposta incompleta può assumere il valore di un invito ad offrire, e può comunque segnare l'inizio di una trattativa.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III., p. 215).

Pode também a oferta se ater aos chamados elementos essenciais do negócio jurídico objetivado, descuidando-se dos chamados elementos secundários, que serão depreendidos pelo intérprete, da lei ou de outras fontes extranegociais.¹¹⁷ Essa hipótese, de resto, já pode ser depreendida da interpretação do art. 429 do Código Civil, que, referindo-se à oferta ao público, estatui que ela “equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato”.¹¹⁸

O que afastaria o caráter vinculante da proposta – descaracterizando-a, portanto – seria justamente a remissão, expressa ou tácita, à necessidade de um acordo posterior, acerca do próprio objeto contratual, de seu “núcleo duro”: e isso nada mais parece ser do que uma declaração tipicamente não negocial, tal qual vista no item anterior, já que ausente (nessa hipotética declaração) a vontade de se vincular contratualmente.¹¹⁹

Essa compreensão mais “realista” da proposta como figura jurídica parece ter sido perfeitamente sintetizada pelo legislador português, como já notou Orlando Gomes:¹²⁰ de fato, o artigo 232 do Código Civil lusitano estatui que “[o] contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas *sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo*”.¹²¹

Quanto à natureza jurídica da proposta, importante a posição de Carrara, conforme exposta por Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual a proposta, enquanto elemento de

¹¹⁷ Nesse mesmo sentido, já notava Serpa Lopes que “só é eficaz a oferta quando o contrato pode ser concluído unicamente pela simples aceitação, prescindindo-se de ulteriores negociações. Todavia, este requisito não deve ser entendido rigorosamente de um modo absoluto. É de se admitir a indeterminação, quando o peticitante submete a sua complementação à determinação da outra parte. (...) Em resumo: a oferta deve conter os pontos essenciais ao negócio jurídico proposto” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III., pp. 79-80). Tratando do tema específico dos contratos preliminares, afirma também Gustavo Tepedino ser justificada “a estipulação do preliminar, com a presença de todos os elementos essenciais de validade, enquanto parte do seu conteúdo é deixada para futura gestão, em boa-fé, pelos contratantes” (TEPEDINO, Gustavo. A execução específica de contratos preliminares (editorial). *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 18, out./dez/ 2018, p. 13. Disponível em < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/303/263> >. Acesso em 11.01.19).

¹¹⁸ *Verbis*. “Art. 429, *caput*. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”

¹¹⁹ Assim parece entender Massimo Bianca, ao assumir, na passagem transcrita logo acima, que uma proposta incompleta assemelhar-se-ia a um sinal de “início de tratativas”, ou de um “convite a negociar”. Esse problema será melhor abordado no tópico seguinte, quando se dispuser sobre as tratativas.

¹²⁰ Segundo o mestre baiano, a proposta “[d]eve, por conseguinte, ser completa, precisa, inequívoca e determinada quer nos pontos principais quer nos secundários que forem importantes, pois um contrato só se tem por celebrado quando as partes houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo, como disse excelentemente o legislador português (CC de Portugal, Dec.-lei n. 47.344, de 25-11-1966, art. 232)” (GOMES, Orlando. *Acordo preparatório e contrato preliminar*. In: GOMES, Orlando. *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 3).

¹²¹ Código Civil de Portugal. Art. 232. *Verbis*. “Artigo 232º (Âmbito do acordo de vontades) O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”.

formação da relação contratual, tem um efeito jurídico específico, qual seja, o de vincular seu emissor (o polícitante) à aceitação por parte do oblato.¹²² É a proposta, portanto, negócio jurídico unilateral, já que produtora de efeitos autônomos em relação ao contrato que pode dela decorrer.¹²³

Ato contínuo nesse modelo que, como já se notou, peca pelo seu caráter exageradamente rígido e uninuclear, tem-se a aceitação, sendo esta definida por Miguel Maria de Serpa Lopes como “a manifestação de vontade da parte do destinatário de uma oferta, que se iguala em conteúdo a esta última, tornando o contrato definitivamente concluído, uma vez dirigida ao ofertante ou chegando ao conhecimento deste, conforme o critério legislativo adotado”.¹²⁴

A aceitação, com efeito, deve se igualar, em seu conteúdo, à proposta, e aqui novamente por uma exigência lógica e mesmo etimológica: afinal, uma aceitação só é aceitação quando não altera o conteúdo do que se estiver a aceitar. O artigo 431 do Código Civil cristaliza esse raciocínio, ao estatuir que será considerada nova proposta o ato de aceitação “com adições, restrições ou modificações”: trata-se, a todo ver, do “jogo de ténis de ofertas”, consoante a jocosa expressão de Pontes de Miranda.

Nesse panorama tradicional e um tanto ultrapassado, o maior problema da formação dos contratos residia, como já dito, num distanciamento intersubjetivo entre as partes contratantes: como já dizia Serpa Lopes, “a dificuldade começa e o problema se torna agudo, no contrato entre ausentes. Por isso, vários são os critérios científicos propostos, no sentido de se fixar o momento inicial da vida do contrato”.¹²⁵

Não se estranha, pois, que o Código Civil de 2002 tenha destinado a maior parte de sua regulação formativa dos contratos ao problema da contratação entre ausentes – conceito

¹²² CARRARA, Giovanni. *La Formazione dei Contratti.*, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 41.

¹²³ Apoiando-se nas lições de Mirabelli, afirma C. Massimo Bianca, no mesmo sentido, que “[i]n quanto attributiva del potere di accettazione, la proposta è un negozio unilaterale che produce un suo autonomo effetto preliminare, e che ha anche una distinta disciplina giuridica e un distinto contenuto, volti a regolare il potere di accettazione.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III, pp. 221-222) Em tradução livre: “em quanto atributiva do poder de aceitação, a proposta é um negócio unilateral que produz um efeito preliminar autônomo, possuindo inclusive uma distinta disciplina jurídica e um distinto conteúdo, voltado a regular o poder de aceitação”.

¹²⁴ Cabe apontar aqui a ressalva de Miguel Maria de Serpa Lopes: “O fato da aceitação pressupor uma adesão integral não importa em se excluir uma aceitação parcial. Todavia é uma questão suscetível de apreciação caso por caso, interpretando-se a divisibilidade ou não do conteúdo da proposta, ou ainda se a quantidade do objeto da oferta pode compreender apenas uma parte, e assim considerar-se autorizada a aceitação parcial.” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III., p. 88).

¹²⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III., p. 89.

este que, diga-se de passagem, não pressupõe um distanciamento meramente físico, mas sim de comunicação, ou seja, de contato simultâneo.¹²⁶

Em breve síntese, portanto – já que o objeto do presente trabalho não incentiva o aprofundamento dessa questão específica –, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 adotou a teoria da expedição (art. 434 do Código),¹²⁷ mas a mitigou por meio de normas como a que confere ao policitante oportunidade de retratar-se em tempo (art. 428, inciso IV do Código) ou quando o oblato não responder em tempo hábil (cf. os incisos II e III do mesmo dispositivo),¹²⁸ motivo pelo qual Caio Mário da Silva Pereira afirma que o legislador “desfigura a teoria da expedição, admitindo um pouco a da recepção e um pouco a da informação”.¹²⁹ Em outra frente, a contratação por meio eletrônico ganhou enorme expressividade nas últimas décadas, exigindo do operador uma abordagem funcionalizada da formação desses contratos eletrônicos, notadamente no que toca à aplicação do referido art. 434 do Código Civil.¹³⁰

¹²⁶ É por isso que o contrato entabulado entre as partes em comunicação direta via *internet* ou por telefone é reputado contrato entre presentes, eis que proposta e aceitação tem condições de perfazerem-se no mesmo momento. Nesses casos, portanto, a obrigatoriedade da proposta caduca, caso o oblato não a aceite instantaneamente. A regra se infere do art. 428, *caput* e inciso I, do Código Civil, que estatui: “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante”.

¹²⁷ *Verbis*. “Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado.”

¹²⁸ *Verbis*. “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

¹²⁹ “A teoria da expedição afirma a sua realização no instante em que a aceitação é expedida. De todas, a melhor é esta, embora não seja perfeita. Evita, entretanto, o arbítrio dos contratantes e reduz ao mínimo a álea de ficar uma declaração de vontade, prenhe de efeitos, na incerteza de quando se produziu. De outro lado, afasta dúvidas de natureza probatória, pois que a expedição da resposta se reveste de ato material que a desprende do agente. O Código Civil aceitou-a (art. 434), mas mitigada. Não a manteve em sua integridade. Na verdade, recusando efeito à expedição se tiver havido retratação oportuna, ou se a resposta não chegar ao conhecimento do proponente no prazo, desfigura a teoria da expedição, admitindo um pouco a da recepção e um pouco a da informação.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III., pp. 47-48).

¹³⁰ “Ainda, portanto, que não se tenha ressalvado a aplicação do art. 434 no caso das contratações eletrônicas, a instituição do dever de confirmação modifica a própria abordagem jurídica do tempo de formação do contrato, transcendendo o clássico binômio proposta-aceitação e revelando a passagem de uma lógica puramente estrutural a uma lógica mais funcional e decididamente protetiva” (SCHREIBER, Anderson. *Contratos Eletrônicos e Consumo*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, p. 98. Disponível em < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/132/128> >. Acesso em 10.01.2019.

Tecidas estas breves linhas sobre a estrutura conferida pelo Código Civil à formação dos contratos, volvamos às críticas acima formuladas acerca deste modelo dualista que contrapõe proposta e aceitação.

Uma das respostas da *práxis* a essa limitação dogmática da formação dos contratos foi a construção doutrinária da formação progressiva do contrato. Na lição de Riccardo Troiano e Alessandro Del Ninno, as partes, no processo formativo de um contrato, podem (e muitas vezes o fazem) trocar uma série de propostas e contrapropostas, alcançando de forma gradativa o acordo sobre vários dos pontos que, ao final, irão compor o conteúdo do contrato a ser entabulado. Como ensina Gustavo Tepedino, na formação progressiva dos contratos, o conteúdo do acordo “vai sendo estabelecido gradualmente ao longo das negociações preliminares”, de modo que “o contrato se forma aos pedaços, mediante obrigações paulatinamente assumidas pelas partes”.¹³¹

Desse modo, somente ao final desse intercâmbio propositivo chegar-se-á a um ato que, sem conter qualquer modificação em relação à proposta que o precedeu, seja finalmente considerado uma aceitação, dando ensejo ao consenso e, conseqüentemente, à conclusão do contrato.¹³²

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 11, n. 44 out./dez. 2010, p. 28.

¹³² “Se in astratto la formazione del contratto può essere risolta nel verificarsi di due soli atti (la proposta e l'accettazione), nella pratica, invece, accanto a questa ipotesi se ne verificano altre: le parti infatti, prima che una di esse formuli una proposta in senso proprio, possono scambiarsi una serie di dichiarazioni, che esprimono l'opinione di ognuna di esse intorno al contenuto di un futuro contratto, finché in base a queste, una dell parti giunge a formulare una proposta. Le parti possono anche scambiarsi una serie di proposte e controproposte, raggiungendo «gradatamente» l'accordo sui vari punti che compongono il contenuto del futuro contratto, fino a giungere ad un atto che, non contenendo modificazioni delle precedenti proposte, possa essere considerato di accettazione definitiva o perfezionamento del contratto. Queste due ipotesi rientrano nell'ambito delle cosiddette trattative contrattuali; in particolare nella prima si ravvisano le cosiddette trattative in senso proprio, nella seconda invece si realizza quella che viene chiamata «formazione progressiva del contratto» in quanto l'accordo si forma di volta in volta su singoli punti e l'accettazione ultima non si incontra soltanto con una proposta, ma comprende tutta una serie di proposte ed accettazioni parziali.” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 2). Em tradução livre: “Se em abstrato a formação do contrato pode ser resolvida na verificação de dois atos singulares (a proposta e a aceitação), na prática, às vezes, em acréscimo a essa hipótese verificam-se outras: as partes, antes de formularem uma proposta em senso próprio, podem trocar uma série de declarações, que exprimam a opinião de cada uma em relação ao conteúdo de um contrato futuro, para que, no fim, uma das partes acabe por formular uma proposta. As partes podem também trocar uma série de propostas e contrapropostas, alcançando ‘gradativamente’ o acordo sobre vários pontos que comporão o conteúdo do futuro contrato, finalmente alcançando um ato que, sem conter modificações das propostas precedentes, possa ser considerado uma aceitação definitiva ou aperfeiçoamento do contrato. Essas duas hipóteses adentram no âmbito das tratativas contratuais; em particular, na primeira delas se anteveem as tratativas em senso próprio, e na segunda, ao contrário, se realiza a chamada ‘formação progressiva do contrato’, na medida em que o acordo se forma gradativamente sobre pontos singulares e a aceitação final não corresponde unicamente a uma proposta, mas compreende toda uma série de propostas e aceitações parciais”. Como se vê, das duas hipóteses elencadas pelos autores, apenas a segunda trata rigorosamente de uma formação progressiva do contrato, já que a primeira se insere exclusivamente no contexto das tratativas (logo adiante abordadas), devido à ausência de uma declaração de vontade tipicamente negocial.

Esse “conteúdo gradual” pode ou não ser vinculante para as partes, cabendo aqui a remissão ao que já foi observado acerca das declarações negociais e do conteúdo mínimo que deve estar inserido numa proposta, para ser esta vinculante.¹³³ Esmiuçando essa questão, ensina Orlando Gomes, em parecer dedicado ao tema, que apesar da formação progressiva dos contratos consistir na “fixação irrevogável de determinados pontos ou cláusulas do eventual contrato que os negociadores venham a celebrar”, fato é que “o nascimento do vínculo obrigacional é eventual, só surgindo, realmente, se for concluído o contrato em vista”, sendo, inclusive, essa a diferença fundamental desses atos para os contratos preliminares, já que estes vinculam *per se*.¹³⁴

Sendo assim, segundo o professor baiano, o debate acerca da vinculatidade ou não dos acordos ditos “preparatórios” – ou seja, daqueles entendimentos graduais que materializam a formação progressiva do contrato – não mudaria o fato de que eles “não se confundem com outros vínculos preliminares notadamente com o contrato preliminar unilateral, visto que não constituem fonte da obrigação de contratar”.¹³⁵

Dito isso, compreende-se que nessas situações, nas quais há uma “formação progressiva do contrato”, afirma a doutrina residir a dificuldade principal na determinação do momento no qual é estabelecida a eficácia desse consenso já manifestado pelas partes em relação a determinadas cláusulas contratuais – isto é, a partir de quando poder-se-á reputar o contrato efetivamente concluído.¹³⁶ A resposta a essa questão reside nos conceitos já trazidos acima, como se depreende da doutrina que se dedicou ao tema:

¹³³ Numa acepção coerente com a premissa desse trabalho, apenas na hipótese de serem vinculantes as manifestações graduais estar-se-á falando de formação progressiva do contrato, já que, quando não vinculantes (ou seja, declarações não negociais, consistentes em meros protocolos de intenções, ou minutas), tais atos inserem-se no contexto das tratativas, fase essa prévia à formação, e que será abordada no item seguinte.

¹³⁴ “A prática revela que no iter formativo de um contrato ocorrem entendimentos que resultam na fixação irrevogável de determinados pontos ou cláusulas do eventual contrato que os negociadores venham a celebrar. Querem eles ter firmes e inalteráveis certos pontos a cuja discussão não tenham de voltar, se chegarem a um acordo total e deliberarem realizar o contrato. (...) Esses acordos provisórios não obrigam a formação do contrato de cujo conteúdo, se concluído, farão parte. Cada qual das pessoas que o firmaram tem a liberdade de não celebrar o contrato, sem qualquer responsabilidade. Esse comportamento é lícito e lógico em razão da eventualidade da vinculação contratual e da provisoriedade do acordo feito na fase das negociações preliminares. Têm tais acordos, com efeito, tríplice finalidade: a) assegurar, aos que o estipulam, liberdade para ulteriores negociações; b) permitir a fixação irrevogável de cláusulas do eventual contrato que decidam tornar perfeito e acabado; c) ensejar a interrupção e a inoperância das negociações preliminares, ao fazer da finalização do contrato mera eventualidade” (GOMES, Orlando. *Acordo preparatório e contrato preliminar*. In: GOMES, Orlando. *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 5-6).

¹³⁵ GOMES, Orlando. *Acordo preparatório e contrato preliminar*. In: GOMES, Orlando. *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 8.

¹³⁶ “In questa situazione di formazione progressiva del contratto, il problema è quello di stabilire l'efficacia dei singoli accordi che le parti raggiungono sulle varie clausole contrattuali” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 2). Em tradução livre: “Nessa situação de

Em outras palavras, para que se possa falar de formação progressiva ou gradual de um contrato, condição necessária mas não suficiente é que as partes (gradativamente) atinjam o acordo sobre alguns pontos do regulamento contratual, idôneos a identificarem ao menos a causa e o tipo do contrato. Outrossim, é necessário: (a) que os outros elementos do contrato sejam determináveis à base de mecanismos de integração do contrato, incidentes sobre o contrato ainda que não previsto pelas partes, ou (b) que as partes hajam manifestado com clareza a vontade de dar vida ao vínculo contratual, enviando a uma ulterior tratativa a definição dos pontos controversos.¹³⁷

Vê-se, portanto, que o contrato gradativamente formado será reputado concluído por meio dos mesmos signos e critérios utilizados para os contratos em geral, e que remontam, em última análise, à autonomia privada dos contraentes: assim, será necessário que (i) haja consenso sobre os elementos essenciais do programa contratual perseguido pelas partes; (ii) que os outros elementos sejam, no mínimo, determináveis por meio de fontes extranegociais; e, *quicá mais importante*, (iii) que haja uma manifestação clara de vontade de se vincular contratualmente, enviando a um momento posterior a regulação de questões sobressalentes.

A “chave” para detectar se o vínculo é ou não contratual, nessa perspectiva, parece sempre remontar ao caráter negocial, ou não, da declaração de vontade emitida pelas partes.¹³⁸ Nesse sentido, a lição de Massimo Bianca não poderia ser mais clara:

Em geral, não se pode dizer que o contrato está concluído quando o acordo não é total, isto é, quando permanecem em suspenso os pontos em discussão (...). Pode dar-se, contudo, que o contrato seja concluído ainda que as partes deixem em suspenso a definição de alguns pontos. *Isso deve ser admitido quando as partes houverem claramente manifestado a vontade de constituir o vínculo contratual imediatamente*, remetendo a um

formação progressiva do contrato, o problema é o de se estabelecer a eficácia dos acordos individuais que as partes reúnem sobre as várias cláusulas contratuais”.

¹³⁷ No original: “In altre parole, perché possa parlarsi di formazione progressiva o graduale di un contratto, condizione necessaria, ma non sufficiente, è che le parti (gradatamente) raggiungano l'accordo su alcuni punti del regolamento contrattuale, idonei ad identificare almeno la causa e il tipo di un contratto. Oltre a ciò è necessario: (a) che gli altri elementi del contratto siano determinabili in base a meccanismi di integrazione del contratto, incidenti sul contratto anche se non richiamati dalle parti, oppure (b) che le parti abbiano manifestato con chiarezza la volontà di dare vita al vincolo contrattuale, rinviando ad un'ulteriore trattativa la definizione dei punti controversi” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 2).

¹³⁸ É claro que, como dito logo acima, deverão estar presentes os elementos essenciais do contrato entabulado e, no mínimo, determináveis aqueles elementos ditos secundários – afinal, ausentes esses pressupostos, sequer haverá um autorregulamento identificável em sede hermenêutica. Contudo, o que se busca afirmar é que, antes de tudo isso, deverá o intérprete detectar a efetiva vontade das partes em se vincularem, ou seja, a existência de uma declaração negocial propriamente dita.

momento sucessivo a determinação dos elementos ainda em discussão (grifou-se).¹³⁹

E é por isso que, nesse ponto da digressão, faz-se de suma importância analisar a fase prévia à conclusão dos contratos – ou, como se verá, concomitante, eis que em algumas situações não há um limite claro entre elas, que podem se sobrepor –, ou seja, o momento no qual as partes, efetivamente, ainda não desejam se vincular: a fase de tratativas, ou de negociações.

Afinal, consoante o objeto deste estudo, são as declarações produzidas na fase de tratativas – não vinculantes por excelência – que consistirão, ou não, em subsídio interpretativo para o programa contratual posteriormente celebrado.

1.3 Fase das tratativas: conteúdo e efeitos

Como se depreendeu das definições de contrato expostas acima, há de se reconhecer, ao menos em relação aos sistemas jurídicos ocidentais, que “a característica fundamental do contrato está na existência de um acordo”,¹⁴⁰ acordo este que, por sua vez, é a expressão de uma vontade (exteriorizada em uma declaração, seja ela expressa ou tácita), símbolo máximo da autonomia privada no âmbito das relações patrimoniais.

Esse acordo, ou consenso, pode às vezes se formar instantaneamente, como é o caso daqueles contratos do dia a dia, como o de compra e venda de um artigo numa loja, ou de um pão no supermercado.¹⁴¹ Por isso, se diz que a formação do consentimento contratual não é incompatível, *per se*, com a ausência de negociações prévias.¹⁴²

¹³⁹ No original: “In generale, il contratto non può dirsi concluso fino a quando l'accordo non è totale, e cioè fino a quando rimangono in sospeso i punti in discussione, siano essi essenziali o secondari. Può anche darsi, per altro, che il contratto si concluda pur avendo le parti lasciato in sospeso la definizione di alcuni punti. Ciò deve ammettersi quando le parti hanno chiaramente manifestato la volontà di costituire immediatamente il vincolo contrattuale e di rimettere ad un momento successivo la determinazione degli elementi ancora in discussione.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III., p. 228).

¹⁴⁰ No original: “Dans tous les systèmes juridiques, la caractéristique fondamentale du contrat est l'existence d'un accord” (SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 545)

¹⁴¹ O escopo do presente trabalho não permite a discussão acerca da aplicabilidade, ou não, da teoria das relações contratuais de fato ao direito brasileiro. Para tal fim, permita-se remeter a SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁴² “Cet accord peut se former en un instant de raison, par la seule rencontre d'une offre et d'une acceptation. La formation du consentement n'est pas incompatible avec l'absence de discussion préalable.” (SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 545). Contudo, quando compreendida em sua literalidade, tal afirmação comporta ressalvas, já que “[s]e analisarmos porém, com mais rigor, como se processa cada negócio,

Contudo, é frequente, principalmente em negócios que envolvam objetos mais complexos, que antes da efetiva fase formativa do contrato – a qual, como já se viu, basta-se nas figuras da proposta e da aceitação¹⁴³ –, as partes construam mutuamente o programa do negócio que objetivam concluir ao final, criando, portanto, entre seus primeiros contatos e a efetiva proposta vinculante, um lapso temporal mais ou menos longo.¹⁴⁴

Esse fenômeno de adensamento do momento “pré-formativo” vem, inclusive, ganhando força nas últimas décadas, devido a fatores inerentes à chamada globalização, com a crescente complexidade dos bens e serviços comercializados e os impactos do incremento tecnológico na comunicação entre agentes econômicos. Na elucidativa síntese histórica de Mário Júlio de Almeida Costa,

no meio industrializado contemporâneo, onde setores significativos da actividade empresarial se ligam a consideráveis operações financeiras, são, de facto, cada vez mais frequentes os negócios em que os respectivos preliminares se alongam e pormenorizam. O fenómeno explica-se pela importância e a complexidade crescentes dos bens e serviços que constituem objeto do comércio jurídico e dos mecanismos através dos quais este se realiza. Acresce que o desenvolvimento das técnicas de gestão comercial ou mercadologia (‘marketing’), assim como dos meios de comunicação, ao mesmo tempo que produziu a ampliação do âmbito dos contratantes potenciais, tornou necessária uma progressão mais ou menos demorada das negociações anteriores ao acordo definitivo. Daí a frequência sempre maior de contratos precedidos de um processo genético, que se inicia aos primeiros contatos das partes com a finalidade da realização de um negócio e se prolonga até ao momento da sua efectiva celebração.¹⁴⁵

havemos de chegar à conclusão que uma fase preparatória, por rápida, que seja, verifica-se sempre, apesar de não percebida mesmo pelas partes interessadas” (CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 58).

¹⁴³ Para fins meramente didáticos, considerar-se-á a fase formativa propriamente dita aquela que se inicia com a formulação de uma proposta completa, nos termos do Código Civil. Reconhece-se, contudo, que tal distinção é um tanto arbitrária, já que, a rigor e mesmo etimologicamente, a “formação” do contrato pode compreender todo o processo que leva à sua conclusão, incluindo-se aí as negociações.

¹⁴⁴ “La formation du consentement n'est pas incompatible avec l'absence de discussion préalable. Mais les parties peuvent faire précéder la conclusion d'une phase de négociation, au cours de laquelle elles discutent et précisent les modalités de la convention projetée. La proposition initiale peut donc être séparée de la conclusion effective par une période précontractuelle plus ou moins” (SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 545). Em tradução livre: “A formação do consentimento não é incompatível com a ausência de discussão preambular. Mas as partes podem fazer preceder à conclusão uma fase de negociação, durante a qual elas discutem e especificam os elementos da convenção projetada. A proposição inicial pode, portanto, ser separada da conclusão efetiva por um período pré-contratual mais ou menos longo”.

¹⁴⁵ COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 300.

Nessas situações, sói haver “indagações, pesquisas, exames, confabulações, cálculos, previsões, audiências de entendidos, a fim de se evitar fracassos, prejuízos ou simples riscos e até mesmo, há necessidade de se fazerem investigações reservadas e demoradas sobre a própria identidade e idoneidade dos ofertantes”,¹⁴⁶ de modo que, ao fim e ao cabo, há uma “progressão” rumo ao consenso, originada de uma proposição, mais ou menos vaga, de entrar em negociações, e que idealmente culminará na elaboração de uma proposta firme e completa, nos moldes vistos no item anterior.¹⁴⁷

Esse peculiar momento, prévio à fase formativa propriamente dita, não é desconhecido da doutrina jurídica, apesar de ser inegável que esta, historicamente, não lhe tem prestado a devida atenção. O mesmo se pode dizer de nosso direito.

O silêncio da doutrina e da lei, contudo, não elimina os diversos problemas e idiosincrasias que surgem desta fase pré-contratual, afinal, no “direito contratual, muito mais do que a qualquer outro capítulo do direito privado, aplica-se a assertiva de que a vida precede o direito positivo, o fato precede a norma”.¹⁴⁸ O problema da disciplina jurídica das tratativas deve, pois, ser endereçado, inclusive para finalidades que ultrapassam em muito a estreiteza deste trabalho.¹⁴⁹

¹⁴⁶ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 58.

¹⁴⁷ Como ensina Joana Schmidt, sobre esse processo: “II consiste, généralement, dans un échange de propositions et contre-propositions à propos des éléments du contrat projeté. Ces propositions peuvent être plus ou moins précises et fermes. La progression vers l'accord peut se faire à partir d'une proposition vague d'entrer en pourparlers, pour s'achever par une proposition ferme et précise de conclure un contrat déterminé à des conditions déterminées. Une telle manifestation de volonté, qualifiée d'offre, fait naître chez son destinataire le pouvoir de former le contrat en donnant son acceptation (7). Celle-ci met fin à la période précontractuelle, en provoquant la formation du consentement, condition nécessaire et, en principe, suffisante à l'existence du contrat (8). (SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 546). Em tradução livre: “Ele [o processo] consiste, geralmente, em uma troca de propostas e contrapropostas relativas aos elementos do contrato projetado. Essas propostas podem ser mais ou menos precisas e fechadas. A progressão em direção ao acordo pode ser feita a partir de uma proposta vaga de entrar em negociações, para se terminar com uma proposta firme e precisa de concluir determinado contrato em condições específicas. Uma tal manifestação de vontade, qualificada como oferta, dá ao destinatário o poder de formar o contrato, mediante sua aceitação. Isso põe fim ao período pré-contratual, provocando a formação do consentimento, condição necessária e, em princípio, suficiente à existência do contrato”.

¹⁴⁸ ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. In: *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011. São Paulo: RT, 2011, pp. 1-2.

¹⁴⁹ Na lição de Raphael Martins, o modelo teórico adotado pelo Código Civil brasileiro na formação dos contratos não satisfaz as necessidades práticas e teóricas em relações jurídicas nas quais que não haja uma exata “sobreposição entre o interesse negociado e um negócio jurídico específico”. Isso porque, segundo o autor, em relação às “relações jurídicas de maior complexidade”, “verifica-se, a um, que a formação de determinado negócio jurídico, em um programa contratual de maior complexidade, pode não eliminar por completo a necessidade de posteriores fases de negociações; a dois, além dos negócios jurídicos que servem de vestimenta jurídica para uma operação econômica, outros existem que tem um caráter preparatório ou acessório a essa; e, a três, a simples realização de um negócio jurídico não marca, necessariamente, a conclusão positiva das negociações, como verifica-se claramente no âmbito da celebração dos Acordos de Negociação”

Pois bem. Ao contrário de nosso Código Civil, que ao tratar da formação dos contratos, restringiu-se àquela concepção estruturalista e abstrata vista no item anterior, outros sistemas jurídicos ocidentais – notadamente, o italiano – previram esse momento dito “preliminar”, diferenciando-o da fase formativa estrita.¹⁵⁰

Desse modo, o *Codice Civile* italiano distingue, em seu art. 1.337, o período das simples tratativas daquele da formação do contrato, ao anunciar que em ambos devem as partes se comportar segundo a boa-fé.¹⁵¹ Mais recentemente, tal diferenciação foi adotada também pelo Código Civil de Portugal, em seu art. 227, item 1.¹⁵²

Não é raro, portanto, que a doutrina desses países, ao se debruçar sobre o tema, tente “decantar” a fase de formação do contrato em diversas etapas, de modo a distinguir as negociações da formação propriamente dita.

Nesse sentido, Mariana Fontes da Costa distingue três fases distintas para o atingimento do consenso, “desde que o sujeito concebe a possibilidade de celebração do contrato até à sua conclusão”, sendo elas (i) a fase prospectiva, correspondente ao período dos contatos preliminares, de sondagem do mercado; (ii) a fase de negociações, na qual as partes “exteriorizam as suas intenções contratuais e procuram orientar, em conjunto, os seus interesses divergentes, com vista à obtenção de um consenso concretizado na celebração do acordo final”; e, por fim, (iii) a fase decisória, composta pelas figuras estanques da proposta e da aceitação, conforme tratado no item anterior.¹⁵³

Em linha semelhante, ensina Cristiano de Sousa Zanetti que a concepção clássica da doutrina italiana em relação às tratativas seria a de que essas “consistiriam nas negociações havidas pelas partes tendentes à celebração de contrato, cujos contornos essenciais já seriam do conhecimento de ambos candidatos a contratante”, conceito este que, em sua opinião, apesar de essencialmente fiel ao suporte fático que o legitima, pecaria pela incompletude, já

(MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 281).

¹⁵⁰ Não é raro que a doutrina dedicada ao tema tente “decantar” essa fase formativa *lato sensu* em diversas etapas, de modo a distinguir as negociações da formação propriamente dita (*stricto sensu*).

¹⁵¹ *Codice Civile. Verbis.* “Art. 1.337. Trattative e responsabilità precontrattuale. - Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

¹⁵² Código Civil de Portugal. *Verbis.* “Art. 227. 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

¹⁵³ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 24-25.

que hodiernamente as negociações têm início “mesmo quando ainda não se tem em mente todos os contornos do negócio”.¹⁵⁴

Sendo assim, na visão do autor, em lição ajustável ao ordenamento pátrio,

deve-se utilizar um conceito mais amplo de tratativas, cuja função consiste não apenas em conferir às partes a possibilidade de verificar a respectiva conveniência em concluir o contrato, mas sobretudo em tornar possível a conciliação dos interesses, o que se revela particularmente difícil nos contratos onerosos. No contexto atual, portanto, a caracterização das tratativas não está condicionada à existência de um contrato cujos termos principais já estejam definidos, englobando também as discussões a respeito do projeto de um futuro contrato.¹⁵⁵

E de outro modo não poderia ser, já que um dos princípios mais caros e tradicionais aos que analisam essa fase de negociações, ou tratativas, é o de que nela as partes mantêm sua liberdade, eis que ausente a intenção de se obrigarem (ou seja, não há vontade negocial), e muitas vezes, a própria definição dos elementos essenciais do negócio jurídico almejado:¹⁵⁶ “o desenvolvimento das negociações é realizado sob o signo da liberdade contratual e não encerra qualquer forma imperativa”.¹⁵⁷

O momento de início das tratativas ou negociações não possui um marco legal, sendo, assim, uma questão eminentemente fática, ao contrário da fase formativa do contrato propriamente dita. Apesar dessa inexatidão, sugere a professora Ana Prata alguns critérios que podem ser traçados para auxiliar na determinação desse momento, sendo eles, em breve síntese: (i) a natureza profissional, *maxime* empresarial, do sujeito que intervém nas

¹⁵⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 9.

¹⁵⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 10.

¹⁵⁶ “Tanto isso é verdade, que as tratativas não são vinculantes, faltando-lhes, em regra, não só a intenção de se obrigar, mas também os próprios elementos essenciais de qualquer negócio jurídico. Nesse momento, deve-se frisar, há apenas a intenção de tratar, e não de se obrigar”. (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 10).

¹⁵⁷ No original: “Le déroulement de la négociation est placé sous le signe de la liberté contractuelle et n'est enserré dans aucune forme impérative” (SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 546). No mesmo sentido já afirmava Antônio Chaves: “a natureza das negociações preliminares, que, sem embargo de constituírem um fato jurídico, gerador, portanto, de efeitos de direito, protraem, pelo caráter peculiar de que são revestidas, a sua força obrigatória até a conclusão do negócio, desde logo se percebe que apresentam duas peculiaridades bem distintas: 1ª) não exigem consentimento deliberado; 2ª) não obrigam” (CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 61). A negação de qualquer efeito vinculante à fase das tratativas comporta ressalvas de ordem metodológica, como se verá adiante, mas não é errônea.

negociações, contraposta à condição de leigo, particular ou consumidor da contraparte; (ii) a respeitabilidade da pessoa que desencadeia as negociações, ou seja, sua confiabilidade sob a perspectiva da contraparte, confiança esta que deverá provir de razões objetivas, sociais, ou de relações anteriores entre as partes, contratuais ou não contratuais (como as de parentesco, subordinação ou amizade); (iii) a existência de relações contratuais pretéritas entre as partes; (iv) o tipo de contrato entabulado, ou seja, sua natureza, sua importância econômica e/ou social, e a forma como habitualmente ele é concluído; (v) a formulação (ou não) de uma concreta declaração de vontade iniciadora das negociações;¹⁵⁸ e, por fim e quiçá mais importante, (vi) a concreta configuração dos contatos havidos entre os sujeitos.¹⁵⁹

Diante do até agora exposto, vê-se que a fase de tratativas é, antes de tudo, um fato social, “uma instituição que brota no seio da sociedade”,¹⁶⁰ aspecto esse reforçado pela ausência de regramento legal específico.

Nesse contexto dialético entre fato e norma, uma questão fundamental ao ulterior desenvolvimento deste trabalho parece se impor: em que medida são as tratativas – e, conseqüentemente, os atos nela praticados – capazes de gerar efeitos jurídicos? Ou, nas palavras de Roberto Braga de Andrade, “seriam tratativas simples relação de fato, irrelevante para o direito, ou constituiriam verdadeira e própria relação jurídica, portadora de conseqüências específicas para as partes”?¹⁶¹

Em nosso sistema jurídico, a posição majoritária e tradicional da doutrina e da jurisprudência é aquela segundo a qual as tratativas não obrigam, eis que ausente nas partes a intenção de se obrigar, ou seja, a própria vontade negocial, tal qual vista acima.

Sendo essa “vontade” negocial de difícil aferição prática, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal aquele entendimento já exposto quando se tratou da figura da proposta, qual seja, o de que o vínculo contratual somente estaria formado (e assim concluído o contrato) mediante um acordo de vontades que dispusesse acerca de todos os elementos do programa contratual pretendido, fossem eles essenciais ou secundários.

¹⁵⁸ Declaração esta que, na perspectiva aqui adotada, poderia ser caracterizada como não negocial.

¹⁵⁹ PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 44-47.

¹⁶⁰ ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. In: *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 2.

¹⁶¹ “Sendo as tratativas uma instituição que brota naturalmente no seio da sociedade, um fato social, a pergunta que se impõe, desde logo, é a seguinte: até que ponto o ordenamento jurídico recepciona esse fato e o converte em jurídico, por atribuir-lhe determinados efeitos? Seriam as tratativas simples relação de fato, irrelevante para o direito, ou constituiriam verdadeira e própria relação jurídica, portadora de conseqüências específicas para as partes?” (ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. In: *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 2)

Foi o que decidiu, em paradigmático voto, o Ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento da disputa entre a Distribuidora de Comestíveis Disco S/A e Supermercados Pão de Açúcar S.A. (o “Caso Disco”):

só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar no contrato, sejam elas relativas nos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais.¹⁶²

Nesse sentido, Antônio de Menezes Cordeiro afirma que “[a] ideia tradicional é a de que o contrato é aprovado no seu todo. Por isso, os pontos sectoriais acordados, mesmo quando lançados num papel, não vinculam as partes antes da aprovação global final”.¹⁶³

Inobstante o pragmatismo ínsito a esse entendimento – já que parece objetivar uma maior segurança entre as partes que negociam, salvaguardando-as de qualquer vinculação não desejada, por meio da formulação de critérios rígidos e objetivos –, parece-nos que a questão fundamental para se aferir a vinculatividade ou não é efetivamente a vontade negocial das partes: é que, como ensina o jurista italiano Francesco Messineo, em tradução de Luiza Bianchini,

estabelecer se as partes ficaram na fase das negociações ou chegaram ao consentimento como elemento conclusivo da formação do contrato é uma questão de fato: não se podem dar a esse respeito critérios técnicos seguros, e é necessário se ater à vontade dos pactuantes.¹⁶⁴

E é justamente essa “vontade” – ou, melhor dizendo, essa declaração de vontade negocial – que, como se verá no segundo capítulo deste trabalho, poderá ser esmiuçada por meio da análise das declarações, dos atos jurídicos produzidos durante a fase de tratativas, ainda que estas não sejam *per se* vinculantes.¹⁶⁵

¹⁶² STF, Segunda Turma, RE 88.716/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.09.1979. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=182517>>. Acesso em 06.11.18.

¹⁶³ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 364.

¹⁶⁴ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Eropá-America, 1986, t. I., p. 309, *apud* BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar – conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 110.

¹⁶⁵ “Exclui-se eventual eficácia prescritiva dos documentos anteriores que não vieram a integrar o conteúdo contratual, mas não a sua consideração para o fim de aclarar o sentido e o alcance das declarações definitivas. Os cânones hermenêuticos legais - especialmente os traduzidos nos arts. 112 e 113 do Código Civil - integram o Direito brasileiro, não sendo sua aplicação escolha do intérprete, quem deve respeitá-los.” (MARTINS-

Neste ponto faz-se necessário endereçar um tópico de suma importância para se compreender o atual estágio da análise da fase de tratativas pela doutrina: não há, em muitas situações práticas, uma linha clara e absoluta que demarque o fim das tratativas e o consequente início da relação contratual almejada ou mesmo de sua fase formativa, mediante a emissão de uma proposta completa; muitas vezes, pelo contrário, encontram-se as partes numa situação que Renato Speciale jocosamente denominou “uma terra de ninguém”,¹⁶⁶ na qual surgem acordos provisórios, prévios ao contrato final, que podem ou não ser vinculantes às partes, e que podem dizer respeito ao conteúdo do programa contratual que se almeja, ou à regulação da própria negociação em si.

É nesse contexto que, segundo Roberto Braga de Andrade,

vai se delineando na doutrina e na jurisprudência o abandono da colocação da temática relativa à formação dos acordos provisórios excessivamente limitada às rígidas alternativas contrato/não-contrato, cedendo lugar a uma visão mais articulada do fenômeno.¹⁶⁷

Buscando sistematizar os motivos pelos quais esse tratamento dual (contrato/não contrato) se afigura insuficiente frente a *práxis* econômica, afirma Raphael Martins que “tal modelo teórico [o tradicional] apenas atende plenamente às necessidades práticas e teóricas nos casos de uma sobreposição entre o interesse negociado e um negócio jurídico específico”, sendo, portanto, prática e teoricamente insuficiente para “relações jurídicas de maior complexidade”.¹⁶⁸ Isso porque, dentre outros motivos, pode ocorrer que as partes pratiquem diversos atos preparatórios no curso das tratativas, que poderão, inclusive, assumir conteúdo negocial e, portanto, vinculante.¹⁶⁹

Dentro desse conjunto de atos praticados pelas partes na fase de tratativas, dividem-se eles, na sistematização proposta por Judith Martins-Costa, em (i) atos dissociados de

COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397).

¹⁶⁶ A expressão do italiano é referida por BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar – conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 51.

¹⁶⁷ ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. In: *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 4.

¹⁶⁸ MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 281.

¹⁶⁹ “a fase negociatória em sentido estrito pode ser povoada tanto por atos destituídos de eficácia negocial («meras tratativas»), quanto, também por outros negócios, geralmente ditos «pactos preliminares», que terão como referência o negócio «definitivo» que planejam concluir.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 390).

eficácia jurídica, ou seja, não vinculantes; (ii) atos geradores de eficácia de vinculação a deveres de proteção, ou seja, negócios que visem regular as negociações, gerando deveres e direitos às partes negociantes;¹⁷⁰ e (iii) atos equiparados àqueles dotados de eficácia negocial, que podem mesmo configurar o acordo de natureza contratual.¹⁷¹

Em termos mais práticos, nessa fase negociatória, as partes podem, por meio dos atos acima elencados,

comunicar intenções e informações; disciplinar as fases do processo de negociação; estabelecer os pontos em relação aos quais estão de acordo; pactuar opção e preferência; e, até mesmo, firmar o próprio contrato, em caráter «preliminar», consistindo o seu adimplemento na conclusão de contrato definitivo.¹⁷²

Nesse diapasão, parece-nos adequado, especialmente diante da estrita finalidade deste trabalho – que busca averiguar o conteúdo do programa contratual por meio das declarações consubstanciadas em documentos pré-contratuais, e não a regulação das negociações em si –, dividir os atos oriundos da fase de tratativas em dois grandes subconjuntos, quais sejam, (i) aqueles atos de pouca consistência jurídica, que consistem em simples trocas de proposições, sem intuito vinculativo em relação ao programa contratual negociado (ou seja, declarações não negociais), denominados por Roberto Braga de Andrade como “formas não contratuais de negociação”; e, de outro lado, (ii) aqueles atos que, vinculantes, já remetem ao programa contratual objetivado pelas partes, sendo estes denominados “formas contratuais de negociação”.¹⁷³

Como exemplos do primeiro grupo – ou seja, de figuras *tipicamente compreendidas* como não vinculantes, eis que não portadoras de uma vontade negocial¹⁷⁴ –, pode-se elencar

¹⁷⁰ Cumpre notar que, no sistema jurídico brasileiro, tais deveres de proteção já decorrem da incidência do princípio da boa-fé objetiva no período pré-contratual, e por isso independem de previsão pelas partes; contudo, muitas vezes as partes optam por regular mais detalhadamente tais deveres, motivo pelo qual tornam-se interessantes tais negócios, ditos também “preparatórios”.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 396.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 390.

¹⁷³ ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. In: *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 4.

¹⁷⁴ Remete-se aqui ao que já se afirmou acerca do caráter socialmente típico das manifestações de vontade negociais, tal qual visto *supra*. Nesse sentido, e fazendo um cotejo com os itens anteriores deste capítulo, observe-se a lição da doutrina: “[a] ausência de uma eficácia obrigacional das principais manifestações típicas de um processo de negociação decorre da compreensão, a partir da força normativa dos usos e costumes, dos diferentes graus de concretização e aplicação do que Claus-Wilhelm Canaris denominou de ‘princípio da

as cartas de intenções “fracas”, memorandos de entendimento, minutas, ou mesmo declarações trocadas por meio de *e-mails* ou correspondência.¹⁷⁵ Note-se que, nesse grupo, podem se enquadrar aqueles atos que visam regular as negociações, estabelecendo direitos e deveres para as partes negociantes, sem, contudo, dispor de forma vinculante sobre o conteúdo do programa contratual negociado em si, já que, se assim o fosse, estar-se-ia tratando do segundo grupo.

Logo, como exemplos do segundo grupo, pode-se elencar os contratos preliminares, regulados pelos arts. 462 e seguintes do Código Civil de 2002, e também os acordos parciais aos quais já se remeteu no item anterior, ao tratar da formação progressiva do contrato, sempre que vinculantes às partes.

Dito isso, parece ficar claro que, dada a peculiar finalidade deste trabalho, interessar-nos-á principalmente o primeiro desses grupos, ou seja, o daqueles atos desprovidos de eficácia vinculante – e que, nas tratativas, constituem a regra geral¹⁷⁶ – mas sempre com a advertência já feita, qual seja, a de que, muitas vezes, no curso das tratativas, podem essas figuras (negociais e não negociais) se sobrepor, cabendo sempre ao intérprete a palavra final.

Ora, o que se busca aqui analisar é justamente a possibilidade de que esses atos preparatórios, destituídos de qualquer eficácia vinculante – muitas vezes pela expressa declaração das partes –, venham a produzir efeitos, ainda que indiretamente, por ocasião da interpretação do contrato que lhes sucedeu; e, em caso positivo, sob quais limites.¹⁷⁷

Como se verá ao longo dos capítulos seguintes, “*embora não substituam o negócio final como fonte de imputações de direitos, deveres e responsabilidades*, os documentos da

autorresponsabilização” (MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 287).

¹⁷⁵ “Nesse ponto, faz sempre com a importante ressalva (e que será melhor tratada no capítulo seguinte) de que “[a] vinculabilidade, ou não, desses variados instrumentos (...) decorre do que neles estará materialmente consignado, não do título que eventualmente encabeçar o documento” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 393)

¹⁷⁶ “(...) a regra geral é que, no início das tratativas, haverá uma ausência de vinculação autônoma e rarefeitas obrigações heterônomas. Ao longo das tratativas, é possível que esse cenário pouco se altere. Afinal, as condutas tipicamente praticadas pelas partes em negociação não são causa eficiente para afetar essa situação de rarefeita juridicidade.” (MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 286).

¹⁷⁷ Ao se falar em formas contratuais de negociação, por outro lado, estar-se-á a tratar da própria vontade contratual, motivo pelo qual o problema acima referido parece não se impor, seja em relação aos contratos preliminares, seja em relação aos acordos parciais, mas imutáveis, que materializam a formação progressiva do contrato.

fase preliminar, podem ser considerados para a *interpretação* do negócio definitivo”,¹⁷⁸ sendo o escopo deste estudo identificar alguns critérios e parâmetros para tanto.

Antes, pois, de se passar ao segundo capítulo – no qual será identificado o suporte normativo potencialmente apto a permitir, em nosso sistema jurídico, a utilização desses documentos pré-contratuais na interpretação do contrato –, faz-necessário abordar de modo tipológico (na medida do possível) esses variados documentos que, apesar de não serem vinculantes em relação ao programa contratual que se está a negociar, qualificam-se como atos integrantes da fase de tratativas.

1.4 A materialização documental das declarações não vinculantes: uma breve análise de formas e tipos

Como já dizia Emilio Betti, “na vida relacional um ato não é reconhecível aos demais senão por meio de sua forma”.¹⁷⁹ A assertiva, concebida no contexto da análise das manifestações de vontade tendentes a concluir um negócio jurídico, é plenamente aplicável aos atos preparatórios, a despeito de seu eventual caráter não negocial.

Nesse sentido, já foi dito anteriormente que a análise ora empreendida restringir-se-á àqueles atos preparatórios não vinculantes em relação ao conteúdo do programa contratual negociado, mas que em relação a ele digam respeito.

Em outras palavras, o objeto deste estudo faz com que nos ocupemos precipuamente daqueles atos que, de alguma forma, possam exprimir o “progresso que gradualmente se alcançou no curso das tratativas em si, sem, todavia, que desses apontamentos resulte um vínculo em relação à conclusão e ao conteúdo do contrato futuro”.¹⁸⁰

Dada a já aludida complexidade das relações econômicas que normalmente justificam um período de tratativas mais largo e detalhado, os atos preparatórios são comumente materializados por meio de documentos, sendo estes aqui considerados como

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 398.

¹⁷⁹ No original: “En la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma.” (BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 110).

¹⁸⁰ No original: “L’attività che precede (ed è preordinata a) la conclusione del contratto può svolgersi in diversi modi: (a) può anzitutto consistere in mere trattative, che possono indurre ad un certo punto una delle parti a formulare una propria compiuta proposta contrattuale (queste concretano le trattative in senso proprio); (b) può dare luogo altresì a vere e proprie intese su alcuni degli elementi che costituiranno contratto; (c) può infine indurre le parti semplicemente ad appuntare o minutare i progressi che mano a mano esse conseguono nel corso della trattativa medesima, senza tuttavia che da questi appunti derivi un vincolo sulla conclusione e sul contenuto del futuro contratto.” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 5).

“uma coisa que, formada em presença de um fato, é destinada a fixar de modo permanente a representação verbal ou figurativa deste fato, de modo que possa fazê-lo ser reconhecido por outrem a despeito da distância temporal”.¹⁸¹

Confere-se, assim, por meio destes atos preparatórios não vinculantes, mas documentados, previsibilidade e segurança às negociações, ainda que livres as partes das amarras que produz a emissão de uma declaração de vontade negocial.

Noutro giro, essas declarações pré-negociais “não se submeteram ainda a um grande rigor de denominação, havendo uma absoluta falta de consenso acerca de como denominar a prática contratual”,¹⁸² motivo pelo qual faz-se mais importante interpretá-las de acordo com a função que desempenham – o que já foi realizado no item anterior.

Nesta presente etapa, portanto, cabe apenas uma breve análise acerca das formas que tipicamente se prestam ao papel de exprimir o progresso das negociações,¹⁸³ sem, contudo, vincular as partes negociantes; e com a ressalva de que, diante do caso concreto, a nomenclatura conferida ao documento deve sempre ser interpretada *cum grano salis*:¹⁸⁴ afinal, repita-se *ad nauseam*, não é (somente) a forma que determina se o teor do documento é ou não vinculante, e sim seu conteúdo, ou seja, do que nele restar “materialmente consignado”.¹⁸⁵

A primeira dessas figuras, velha conhecida da praxe contratual, é a chamada minuta, denominada pelos italianos “*puntuazione*”.

¹⁸¹ No original: “Bastará recordar aquí brevemente la noción de documento; es una cosa que, formada en presencia de un hecho, está destinada a fijar de modo permanente su representación verbal o figurativa, de modo que pueda hacerlo conocer a distancia de tempo.” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 120).

¹⁸² “Essas declarações negociais não se submeteram ainda a um grande rigor de denominação, havendo uma absoluta falta de consenso acerca de como denominar a prática contratual, sendo comum, por um lado, encontrar o emprego de denominações diversas para tratar de um mesmo fenômeno contratual, e, por outro lado, encontrar um mesmo termo servindo de referente para fenômenos distintos. Entretanto, tais declarações negociais são empregadas menos em face de um tipo preestabelecido, e mais tendo por objetivo alcançar alguma finalidade econômico-material relativa à operação tratada” (MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 299).

¹⁸³ Que não passe aqui despercebida a importância da forma utilizada pelo declarante, tal qual tipicamente compreendida no meio social, mesmo para determinar-se a produção de efeitos vinculantes ou não, tendo em vista a concepção de declaração de vontade negocial, trazidas nos tópicos anteriores.

¹⁸⁴ Isso porque muitas dessas figuras, notadamente as cartas de intenção, “constituem uma categoria jurídica residual, que visa abarcar um conjunto de novas figuras surgidas no contexto pré-contratual da contratação avançada, abrangendo sob uma mesma designação realidades jurídicas heterogêneas, com características e natureza muito diferentes” (COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 80).

¹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 393.

A minuta, na lição de Alessandro Del Nino e Carlos Troiano, pode ser considerada um “documento recognitivo do estágio dos arranjos contratuais alcançados pelas partes no curso da formação de um contrato”.¹⁸⁶

Esse tradicional documento preparatório, que “em sua origem etimológica na língua latina significava *pequena, leve*”,¹⁸⁷ nada mais é, portanto, que a redução a escrito, em instrumento particular, do conteúdo das tratativas ou negociações preliminares, podendo ou não ser assinado pelas partes, e que, em regra, “não passa de simples projeto de contrato, sem eficácia vinculante”, motivo pelo qual chegou a afirmar Orlando Gomes, com razão, não existir “ainda contrato se, nas tratativas, limita-se o ajuste a ser documentado, para facilitar, numa simples minuta”.¹⁸⁸

Apoiando-se nas lições clássicas de Giovanni Carrara e Ignazio Moschella, Antônio Chaves fornece elucidativa síntese do conceito e da extensão que pode ter o conteúdo da minuta, como representativa das tratativas alcançadas pelas partes:

no período das negociações, salientam GIOVANNI CARRARA e IGNAZIO MOSCHELLA com expressões quase idênticas, antes de chegar à síntese dos consentimentos, as partes, à medida que vão percorrendo um "iter", anotam, às vezes, por escrito os pontos sobre os quais se forma o ajuste, destinados a serem reproduzidos pelo menos em suas linhas essenciais de acordo com as formas diversas que assumirá o contrato em seu destino específico. Tais pontos podem referir-se apenas a uma parte do conteúdo do contrato em formação, em geral os de maior importância, ou podem envolver o conteúdo do contrato inteiro; podem ser ou não assinados; podem dizer respeito a um contrato para o qual é

¹⁸⁶ No original: “(...)documento ricognitivo dello stato delle intese contrattuali raggiunte dalle parti nel corso della formazione di un contratto” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 5).

¹⁸⁷ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 71.

¹⁸⁸ Confira-se, na íntegra, a lição do professor baiano: “Os atos preparatórios tendentes direta e imediatamente à constituição do vínculo contratual apetecido começam pelas negociações preliminares ou tratativas, freqüentemente reduzidas a escrito em um instrumento particular chamado minuta, que pode, ou não, ser assinado pelos negociadores. A minuta não passa de simples projeto de contrato, sem eficácia vinculante, como é sabido. À luz dessas noções elementares, não existe ainda contrato se, nas tratativas, limita-se o ajuste a ser documentado, para facilitar, numa simples minuta.” (GOMES, Orlando. *Acordo preparatório e contrato preliminar*. In: GOMES, Orlando. *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 2). No mesmo sentido, a lição de Guido Alpa: “Les pourparlers, même dans la phase de « punteggiatura », n'obligent pas les parties sur le contenu de chaque point: si les parties veulent s'obliger, elles peuvent conclure tout de suite le contrat pour les points sur lesquels elles sont d'accord, et renvoyer intégration successive la conclusion des parties manquantes” (ALPA, Guido. *Le contrat individuel et sa définition*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 40, n. 2, p. 327-350, avril-jun. 1988, p. 342). Em tradução livre: “As tratativas, mesmo durante a fase de ‘pontuação’, não obrigam as partes acerca do conteúdo de cada ponto: se as partes quisessem se obrigar, elas poderiam concluir de pronto o contrato em relação aos pontos que estivessem de acordo, e enviar a uma integração sucessiva a conclusão dos pontos faltantes”.

imposta a solenidade de um ato público ou podem relacionar-se a um contrato para o qual esta forma não é exigida.¹⁸⁹

A ausência de efeitos vinculantes comumente associada à minuta é resultado, como já se pode deduzir das lições *supra*, da *ausência de intenção negocial ínsita ao próprio ato*: afinal, a minuta, ainda que, hipoteticamente, venha a regular com completude um programa contratual, deverá ser considerada como meramente preparatória de um contrato futuro e, por consequência, não vinculante às partes que, ao formularem tal documento, deixem clara a ausência de uma vontade negocial atual.

Vê-se, assim, que a questão de se tratar o documento de uma minuta ou de um contrato já total ou parcialmente concluído é, portanto, primordialmente interpretativa.¹⁹⁰

Em suma, pode-se concluir que a minuta consiste em “um encontro de volições dirigidas a elaborar e a formar o desenho de um contrato, de projetá-lo e não de concluí-lo”, qualificando-se como tal aos olhos do intérprete por conta de uma “diversidade intrínseca do objetivo das duas volições que se encontram: o ‘in idem placitum consensus’ pré-contratual é substancialmente distinto daquele obrigatório”.¹⁹¹

Pois bem. Como referido anteriormente, o incremento qualitativo e quantitativo das relações negociais nacionais e internacionais fez com que as partes passassem a adotar

¹⁸⁹ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 71.

¹⁹⁰ “È certo, invero, che anche un documento regolante con completezza un assetto negoziale, puo essere soltanto preparatorio di un futuro accordo (e, come tale, non vincolante tra le parti), potendosi dimostrare l’insussistenza di una volontà attuale di accordo negoziale. Questa è operazione particolarmente delicata e l’indagine naturalmente deve accentrarsi sulla ricerca del concreto ed effettivo intento delle parti, al fine di verificare se esse hanno inteso originare il rapporto contrattuale fin dal momento della sottoscrizione della minuta, oppure se la loro intenzione è piuttosto quella di rinviare del contratto ad una successiva manifestazione di volontà.” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, pp. 6-7). Em tradução livre: “É certo, de fato, que mesmo um documento que regule com completude uma relação negocial, pode ser apenas preparatório de um futuro acordo (e, como tal, não vinculante às partes), podendo-se demonstrar a inexistência de uma vontade atual de acordo negocial. Esta é uma operação particularmente delicada e a investigação deve, naturalmente, concentrar-se na busca pela intenção concreta e efetiva das partes, com o fito de verificar se as mesmas pretendiam originar a relação contratual desde o momento de assinatura da minuta, ou se a sua intenção era, ao contrário, aquela de adiar o contrato para uma manifestação de vontade subsequente”.

¹⁹¹ Na íntegra: “Não se pode dizer que falte a conjunção das vontades das partes, porque naqueles períodos podem as vontades reunir-se e entender-se em vários ou em todos os pontos do contrato projetado. Esse encontro e êsse acôrdo, todavia, não constituem ainda o “vinculum iuris”: é um encontro de volições dirigidas a elaborar e a formar o desenho de um contrato, de projetá-lo e não de concluí-lo. A dissemelhanca entre os dois fenômenos volitivos é decorrente da diversidade intrínseca do objetivo das duas volições que se encontram: o “in idem placitum consensus” pré-contratual é substancialmente distinto daquele obrigatório, sendo diferentes as volições e o seu conteúdo, que se constróem, o primeiro, com as volições, e o segundo, com o conteúdo das mesmas.” (CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 74-75).

instrumentos mais sofisticados de regulação da fase negocial, comumente conhecidos como cartas ou protocolos de intenção, ou ainda, memorandos de entendimento.¹⁹²

As cartas de intenção não formam uma categoria homogênea, e podem servir a múltiplas finalidades no curso das tratativas negociais, funções estas que foram sistematizadas por Guido Alpa em quatro hipóteses principais: (i) meio de comunicação de informações; (ii) meio de disciplinar as fases do processo de negociação; (iii) síntese de pontos já fixados entre as partes; e mesmo (iv) um contrato perfeito, equivocadamente designado como carta de intenção.¹⁹³

Tendo essa multiplicidade funcional em vista, o conceito de cartas de intenção pode ser mais ou menos amplo, mas deve ser sempre balizado pelo fato de tais figuras não vincularem as partes à celebração do contrato final. Nesse sentido, a elucidativa lição de Mariana Fontes da Costa:

adoptando uma noção ampla, podemos definir cartas de intenção como declarações emitidas por uma ou ambas as partes no contexto de um processo negocial, com o objectivo de regulamentar o decurso das negociações ou a formação do contrato final, sem, porém, vincular à celebração deste. Pela sua natureza heterogênea e linguagem tendencialmente ambígua, as cartas de intenção podem, consoante o caso

¹⁹² Como alerta a doutrina, há total ausência de uniformidade terminológica quanto à definição das cartas de intenção. Assim, “a par da expressão ‘letter of intent’ (expressão anglo-saxônica original, que deu origem à tradução portuguesa ‘cartas de intenção’, à tradução francesa ‘lettre d’intention’, à tradução italiana ‘lettere di intenti’, e à tradução espanhola ‘carta de intencion’), encontramos na doutrina, sobretudo anglo-saxônica, outras designações que visam descrever realidades total ou parcialmente coincidentes, como sejam ‘agreements in principle’, ‘commitment letters’, ‘memoranda of understanding’, ‘heads of agreement’ ou ‘preliminary agreements’, para referir apenas as mais usuais” (COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 78-79).

¹⁹³ “[e]n effet, le phénomène, aujourd’hui très répandu, d’échange de lettres, ou d’envoi d’une lettre d’une partie à l’autre, dans la phase qui précède la conclusion du contrat peut s’entendre tour à tour, selon les commentateurs, comme moyen de communication d’informations; moyen pour discipliner les phases du processus de négociation; mémorandum de points déjà fixés; contrat parfait considéré à tort comme ‘letter of intent’. Il faut préciser tout de suite que la première et la deuxième hypothèses sont considérées, dans notre expérience aussi, comme des ‘letters of intent’ (même si la matière n’a pas encore été analysée attentivement); la troisième hypothèse donne lieu à la minute ou ‘puntuazione’, donne se rapproche ou du contrat préliminaire ou de la formation progressive du contrat; la quatrième hypothèse concerne le caractère exhaustif de contenu de l’accord” (ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa définition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 40, n. 2, p. 327-350, avril-jun. 1988, p. 338). Em tradução livre: “Com efeito, o fenômeno, hoje em dia generalizado, da troca de cartas, ou do envio de uma carta de uma parte à outra, na fase que precede a conclusão do contrato pode ser entendido por sua vez, de acordo com os comentadores, como meio de comunicação de informações; meio para disciplinar as fases do processo de negociação; síntese de pontos já fixados; contrato perfeito, erroneamente considerado como ‘carta de intenção’. É preciso deixar claro, imediatamente, que a primeira e a segunda hipóteses são consideradas também em nossa experiência como “cartas de intenção” (mesmo que a matéria ainda não tenha sido cuidadosamente analisada); a terceira hipótese dá origem à minuta ou ‘pontuação’, na qual se aproxima ou do contrato preliminar ou da formação progressiva do contrato; a quarta hipótese diz respeito ao caráter exaustivo do conteúdo do acordo”.

em análise, não produzir qualquer efeito jurídico, produzir efeitos jurídicos pré-contratuais ou consubstanciar verdadeiros contratos preparatórios.¹⁹⁴

Importante observar, nessa seara, que um dos problemas práticos mais recorrentes das cartas de intenção são seus eventuais efeitos contratuais em relação às partes, o que, no fundo, consiste em uma discussão acerca da conclusão ou não do contrato final.¹⁹⁵ Referida questão deve ser solucionada de modo idêntico ao da minuta (afinal, são figuras que, para os fins deste trabalho, exercem funções semelhantes), ou seja, por meio da interpretação da vontade das partes.¹⁹⁶ Daí a importância das expressões utilizadas no documento,¹⁹⁷ já que, como ensina Joana Schmidt, “o valor jurídico de tais cartas varia em função das expressões empregadas e do conteúdo global do documento”.¹⁹⁸

Por outro lado, para o que mais interessa a este estudo, as cartas de intenção podem ser vistas, na lição de Judith Martins-Costa, como “a modernização da antiga punctuação

¹⁹⁴ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 84. Nessa linha, a autora portuguesa divide as cartas de intenção, em razão de sua natureza jurídica, entre (i) cartas de intenção sem eficácia jurídica própria, funcionalizadas ao registro das negociações e à reprodução, por escrito, do andamento do processo negocial; (ii) cartas de intenção com eficácia jurídica pré-contratual, que apenas densificam obrigações típicas do processo de negociação em si; e (iii) cartas de intenção com eficácia jurídica contratual, que regulam contratualmente direitos e obrigações relacionados à negociação do programa contratual objetivado (cf. COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 97-105).

¹⁹⁵ É de se atentar para o fato de que as cartas de intenção podem vincular as partes em relação ao programa contratual negociado (hipótese na qual constituirão o contrato propriamente dito sendo, portanto, impropriamente denominadas cartas de intenção), mas também podem vincular as partes em relação à disciplina da negociação em si, como nas hipóteses de estabelecimento de modos e prazos às tratativas, e no estabelecimento conjunto de regramentos em relação à disponibilização de informações (*confidentiality agreements*). Nesse sentido, v. TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 11.

¹⁹⁶ “Un document quelconque peut donc servir de preuve de l'existence d'un avant-contrat, dès lors qu'il exprime de manière suffisamment claire intention d'être lié par une obligation précise. Le principal problème est, dès lors, d'interpréter l'intention des parties exprimée dans un tel document. La solution est souvent délicate, en raison de l'imprécision des manifestations de volonté émises pendant les pourparlers. En particulier, ces échanges préliminaires sont parfois matérialisés par des « lettres d'intention » documents envisageant de manière plus ou moins vague la conclusion d'un contrat futur ” (SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 557). Em tradução livre: um documento qualquer pode servir de prova da existência de um pré-contrato, desde que ela exprima de maneira suficientemente clara a intenção de estar vinculado por uma obrigação precisa. O principal problema é, portanto, o de interpretar a intenção das partes expressa em um tal documento. A solução é comumente delicada, em razão da imprecisão das manifestações de vontade emitidas no curso das tratativas. Em particular, essas trocas preliminares são muitas vezes materializadas por ‘cartas de intenção’, documentos que contemplam de maneira mais ou menos vaga a conclusão de um contrato futuro”.

¹⁹⁷ Note-se que não se está a referir aqui ao *nomen juris* do documento, tal qual atribuído pelas partes, mas às expressões utilizadas no corpo do documento, por meio das quais as partes estabelecem seu conteúdo material.

¹⁹⁸ No original : “[I]a valeur juridique de telles lettres varie en fonction des expressions employées et du contenu de l'ensemble du document” (SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990, p. 558).

[minuta] mediante a sua inserção na chamada ‘formação progressiva’ do contrato”, e completa:

todavia, não se está, ainda, diante do pré-contrato ou contrato preliminar, figura, como se sabe, de cunho nitidamente contratual, resultante do acordo de vontades para a produção de efeito jurídico determinado, o qual é, justamente, o de criar obrigação de fazer, vale dizer, a obrigação de contratar (grifou-se).¹⁹⁹

Essa, inclusive, parece ser a função precípua dessa figura: como anota a doutrina especializada, “a função própria de tais documentos é a de cristalizar algum momento da fase de tratativas”,²⁰⁰ sem, contudo, estabelecer um vínculo contratual entre as partes.

É, portanto, primordialmente em relação às chamadas cartas de intenção sem eficácia jurídica própria, que serve para o registro das negociações e para a reprodução, por escrito, do andamento do processo negocial,²⁰¹ que este trabalho se debruçará.

Afinal, uma vez celebrado o contrato final – como é pressuposto deste trabalho –, tais cartas de intenção, *não vinculantes*, “esgotam sua autonomia”, sendo que “*a partir desse momento a sua utilidade se circunscreve essencialmente à interpretação da declaração de vontade das partes*” – ou seja, não para compô-la, eis que tais declarações pré-contratuais estão fora da órbita negocial, mas para melhor interpretá-la, à luz das circunstâncias negociais.²⁰²

Essa “cristalização” não vinculante das tratativas em curso pode também ser exercida por meio dos memorandos de entendimento (chamado “MoU” na experiência norte-americana, que o originou), as quais, segundo Judith Martins-Costa, constituem também figuras “polimorfas, em que pode ser declarada a intenção de vir a contratar; fixados os parâmetros do preço de aquisição; pactuando o direito da potencial compradora à realização

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Contratos Internacionais – Cartas de Intenção no Processo Formativo da Contratação Internacional – Graus de Eficácia dos Contratos – Responsabilidade Pré-Negocial. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 5, 1992, pp. 211-212.

²⁰⁰ No original: “Data la varietà della loro tipologia, quando si parla di lettera di intenti non è possibile evocare una categoria omogenea; in termini generali, tuttavia, la funzione propria di tali documenti è quella di cristallizzare alcuni momenti della fase delle trattative” (TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004, p. 10).

²⁰¹ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 99-100.

²⁰² COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 83, grifou-se.

de auditoria; e estabelecidos os demais lineamentos do ‘Contrato Definitivo’, isto é, o contrato a ser firmado”.²⁰³

Enfim, inobstante as variadas terminologias que possam ser apostas aos documentos em questão, o mais importante, para fins de delimitação do objeto deste estudo, é a função que todos eles desempenham no caso concreto: essa função é, justamente, a de reprodução documental dos entendimentos alcançados nas tratativas em curso acerca do programa contratual negociado, de modo não vinculante às partes – função essa que pode ser exercida por quaisquer dos documentos acima assinalados, independentemente da nomenclatura utilizada pelas partes.

É o desempenho dessa função que irá conferir a tais documentos, na qualidade de suporte material do *iter* negocial, o valor interpretativo em relação ao programa contratual posteriormente acordado, como já nota a doutrina:

o decurso da fase negocial desempenha ainda um papel determinante na integração e interpretação da disciplina contratual, em caso de dúvida ou lacuna. Nesse contexto, assumem particular relevância a correspondência trocada e os projectos parciais de contrato eventualmente elaborados como forma de ir progressivamente apresentando posições e estabelecendo pontos de consenso.²⁰⁴

Estabelecidos, portanto, a tipologia mínima dos variados documentos não vinculantes que podem exprimir o curso das tratativas empreendidas pelas partes que venham, posteriormente, a celebrar o contrato perseguido, avançar-se-á ao segundo capítulo, a fim de que seja identificado o suporte normativo apto, em nosso sistema jurídico, a legitimar a utilização desses documentos pré-contratuais na interpretação do contrato.

²⁰³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 394.

²⁰⁴ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 21-22.

2 Elementos extrínsecos de interpretação dos contratos à luz do Código Civil

2.1 Linhas gerais sobre a interpretação contratual

Como observou Enzo Roppo, muitas vezes os contratantes, ao negociarem e consequentemente formularem o conteúdo do programa contratual, valem-se de palavras ou expressões lacunosas, ambíguas, dúbias, cujo real significado não é simples de determinar. A interpretação do contrato, nesse contexto, consiste justamente “[n]a procura do significado a atribuir ao regulamento contratual, no individualizar, em concreto, a medida e a qualidade das obrigações que respeitam a cada parte”.²⁰⁵

Interpretar um contrato é, por conseguinte, buscar o significado²⁰⁶ concreto e prático do acordo entabulado pelas partes ou, nas palavras de Emilio Betti, “a atividade encaminhada a indagar e reconstruir o significado que há de se atribuir a uma declaração ou a um comportamento dentro da órbita social em que é expressado”.²⁰⁷

Mas em que consistiria, efetivamente, o “conteúdo” do contrato, objeto sobre o qual norteará o intérprete sua atividade de (re)construção de significado?²⁰⁸

²⁰⁵ “(...) nem sempre, as partes, ao formular o texto do regulamento contratual, empregarem expressões tão precisas, unívocas e completas como seria necessário para excluir qualquer dúvida em torno do seu significado, mas, as mais das vezes, usam palavras ou fórmulas linguísticas aproximativas, lacunosas, ambíguas, cujo real significado não é fácil de determinar (...). Na procura do significado a atribuir ao regulamento contratual, no individualizar, em concreto, a medida e a qualidade das obrigações que respeitam a cada parte, consiste justamente a operação judicial de interpretação do contrato” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 169-170).

²⁰⁶ Buscando conciliar as noções de interpretação e significado, destaca Ferreira de Almeida que “significado é o que se compreende de um acto de comunicação. Por sua vez, a interpretação é o acto ou actividade que consiste na determinação daquilo que terá sido compreendido de um acto de comunicação. O significado é portanto o objecto imediato da compreensão e o objecto mediato (objectivo) da interpretação. Essa incide directamente sobre a compreensão e só pela sua mediação, no horizonte dos limites do destinatário, procura o significado (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contrato: conceito, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 177-178).

²⁰⁷ No original: “La interpretación que interesa al Derecho es una actividad encaminada a indagar y reconstruir el significado que haya de atribuirse a una declaración o a un comportamiento dentro de la órbita social em que se expresa” (BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 273-274).

²⁰⁸ Diz-se (re)construção porque, ao contrário da metodologia hermenêutica proposta por Emilio Betti, para quem “somente na verdadeira interpretação a observância de critérios metódicos, unida a constante consciência da dependência em relação a uma perspectiva condicionadora, garante a possibilidade de controle e, nesse sentido, uma relativa objetividade do entendimento” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XLII), há uma outra corrente doutrinária que, capitaneada pelo método concretista de Hans-George Gadamer, entender ser a hermenêutica uma atividade de concreção, ou seja, de criação de significado, e não de busca de um preexistente, através do método (v., nesse sentido, GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 3. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1988, *passim*; KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: hermenêutica e concreção*. Curitiba:

Trazendo à baila as noções apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho, parece evidente que a adoção de uma concepção objetiva do negócio jurídico, tal como foi defendida, tem como consequência lógica a negação, ou melhor, a impossibilidade de que o objeto a ser interpretado – ou seja, o conteúdo do contrato – seja a vontade subjetiva dos contraentes, pura e simplesmente.

Na verdade, há de se concordar com Betti quando este afirma que a “questão se a ‘vontade interior’ (porque essa é a vontade ‘verdadeira’) deve prevalecer sobre a declaração ou a declaração sobre a vontade interior exprime uma alternativa inadmissível no campo do direito; portanto, é mal colocada”.²⁰⁹

Afinal, como já visto, não é a vontade em si mesma elemento do negócio jurídico, mas sim a declaração negocial, o preceito, ou seja, a exteriorização dessa vontade, tal qual percebida no meio social em que é inserida. E ao se tratar da interpretação dessas declarações (isto é, da interpretação do contrato), é forçoso reconhecer que “os mesmos critérios que explicam a construção da declaração emitida e comunicada também devem governar a interpretação, que não passa de uma reconstrução sua”.²¹⁰

Nessa linha, “procurar a ‘comum intenção das partes’ não equivale a desenvolver uma tarefa de introspecção mental, ou seja, não significa individualizar as atitudes psíquicas e volitivas reais e concretas das partes, no momento da conclusão do contrato”.²¹¹

Ao contrário, a vontade só irá adquirir relevância social quando tomar a forma de uma declaração negocial, tornando-se reconhecível aos outros e concretizando-se em um preceito, um autorregulamento concreto de interesses, sendo este sim uma entidade socialmente apreciável e elemento geral do negócio jurídico.²¹² É nesse sentido, e ricamente dialógica com as lições apreendidas no primeiro capítulo deste trabalho, a síntese de Pietro Perlingieri, para quem

Juruá, 2016, p. 116 e segs.). Ambas posições, contudo, parecem levar a resultados semelhantes no estrito objeto deste trabalho, motivo pelo qual o presente estudo não se alongará nas eventuais diferenças entre as teorias, adotando-se, desde já, para garantir uma coerência metodológica, a perspectiva hermenêutica “bettiana”.

²⁰⁹ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 359.

²¹⁰ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 360.

²¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 171.

²¹²“Objeto de interpretación es, propiamente, la declaración o el comportamiento, pero no tomados em sí, abstractos y aislados, sino encuadrados en el marco de circunstancias que les confiere significado y valor; no lo es la voluntad interna, ya haya sido manifestada o permanezca sin expresión, puesto que, si así fuese, la manifestación perdería toda importancia autónoma” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 275). Em tradução livre: [o]bjeto de interpretação é, propiamente, a declaração ou o comportamento, mas não tomados em si, abstrata e isoladamente, e sim enquadrados no marco de circunstâncias que lhes conferem significado e valor; não é a vontade interna, tendo ela sido manifestada ou permanecendo sem expressão, já que, se assim o fosse, a manifestação perderia toda a sua importância autónoma”.

o progressivo processo de objetivação (segundo o qual a declaração não representa mais um elemento probatório de um evento interno e invisível, mas exsurge na qualidade de elemento essencial do próprio contrato) e a contemporânea difusão da teoria da autorresponsabilidade e da confiança determinam o abandono da concepção voluntarista e a emersão do escopo interpretativo na individuação da ‘vontade declarada’, da ‘intenção’ e, em definitivo, do ‘autorregulamento de interesses’, da distribuição dos direitos e das obrigações entre os contraentes (...).²¹³

Nada disso significa, repita-se apesar de óbvio, que a vontade, ou melhor, a intenção comum das partes, seja irrelevante ao intérprete. Assim como foi afirmado em relação ao papel da autonomia privada na criação do negócio jurídico em si, há de se repetir que a “apreensão objetiva do fenômeno contratual não atinge o núcleo essencial das prerrogativas e da centralidade da autonomia privada no âmbito hermenêutico”, de modo que “a autonomia privada sempre se constitui no norte da interpretação”.²¹⁴

Sendo assim, afigura-se possível falar em uma “vontade” ou “comum intenção”²¹⁵ a ser reconstruída pelo intérprete, desde que fique claro que tal vontade é somente aquela “identificada” pela sua exteriorização e apelo à compreensão alheia.²¹⁶ Desse modo, bem

²¹³ No original: “Il progressivo processo di obiettivizzazione (secondo il quale la dichiarazione non rappresenta più un elemento di prova di un evento interiore e invisibile, ma assurge a dignità di elemento essenziale del contratto) e il contemporaneo diffondersi della teoria della responsabilità e dell’affidamento determinano l’abbandono della concezione volontaristica e l’emersione dello scopo della interpretazione nella individuazione della ‘volontà dichiarata’, del ‘voluto e, in definitiva, dell’ autoregolamento di interessi’, della distribuzione dei diritti e degli obblighi tra i contraenti, dunque della stessa efficacia contrattuale” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 434).

²¹⁴ Lastreado pelas lições de Enzo Roppo, afirma Felipe Kirschner, nesse sentido: “(...) a erosão do papel da vontade psicológica no contexto de uma apreensão objetiva do fenômeno contratual não atinge o núcleo essencial das prerrogativas e da centralidade da autonomia privada no âmbito hermenêutico. Sendo a declaração negocial o ato representativo da autonomia dos contraentes, cabe questionar: qual o peso da declaração negocial na situação objetiva complexa? Não obstante as mitigações que foram anteriormente apresentadas, deve-se considerar que a autonomia privada sempre se constitui no norte da interpretação, e a declaração contratual surge como limite à mutação normativa que deriva da alteração das relações fáticas” (KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 109-110).

²¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 435.

²¹⁶ Na lição do mestre, “[q]uando a lei (art. 1362) visa a valorizar [287] a intenção comum das partes diante do sentido literal das palavras, ela entende, por intenção comum, não a “vontade” da parte individual, que não foi expressa na esfera interna da consciência, mas o intento concorde, formado entre ambas as partes, uma vez que se tornou reconhecível em sua declaração e em sua conduta comuns ou congruentes” (BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 359). Bebendo na fonte Bettiana, afirma Francisco Marino que “[a] vontade relevante é, pois, uma vontade qualificada. Trata-se da vontade que foi exteriorizada, isto é, que ultrapassou a esfera psicológica do seu autor e fez apelo à compreensão alheia” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164).

vistas as coisas, é plenamente válida a lição de Francisco Marino que, apoiando-se em Betti, afirmou que

embora a vontade nunca seja o objeto da interpretação, poderá – assim como o sentido lógico ou o sentido estético – ser aquilo que é extraído do objeto da interpretação, por meio do processo interpretativo. A vontade será, então, o resultado do processo interpretativo, uma meta a ser alcançada com a interpretação.²¹⁷

Ocorre que o preceito contido em uma declaração de vontade negocial (e, mais especificamente, contratual) contém certas peculiaridades em relação a outras figuras jurídicas, o que faz com que a atividade do intérprete de um contrato assumam certos traços distintivos em relação à interpretação legal, ou de atos administrativos.²¹⁸

Isso porque, enquanto na interpretação de leis, sentenças ou atos administrativos, o preceito a se interpretar se restringe, em regra, à fórmula disposta pelo legislador ou pelo órgão, sendo aquele (o preceito) “objetivado” nesta (a fórmula), nos negócios jurídicos bilaterais isso não ocorre – nesse sentido, é cediço que a interpretação de um contrato vai muito além da expressão verbal empregada na declaração, sendo o seu conteúdo também determinado pelas circunstâncias, como logo adiante se verá.²¹⁹

Essa necessidade de que a interpretação contratual vá além das expressões verbais empregadas pelas partes se justifica no já aludido caráter receptício da declaração negocial – amplamente considerada –, que por conta disso é capaz de incutir uma confiança legítima

²¹⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

²¹⁸ Ao tratar da interpretação e da qualificação do contrato como um momento unitário – premissa com a qual concordamos, apesar de não dizer respeito ao objeto deste trabalho –, Perlingieri aproxima a atividade interpretativa contratual daquela legal, já que aos primeiros estar-se-ia, por meio desse método, conferindo uma disciplina singular e individualizada, e não típica (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 434-435; e, no mesmo sentido KONDER, C. N. Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. *Scientia Iuris [online]*, v. 19, p. 47, 2015. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/20719>>. Acesso em 26.11.18). Apesar da inequívoca lógica dessa assertiva, temos que, para os fins deste trabalho, a diferenciação mantém sua utilidade, como se verá logo a seguir.

²¹⁹ “Mientras que en la ley, como en la sentencia y en la resolución administrativa, el precepto a interpretar se agota en la fórmula elegida, considerándosele como objetivado en ella, em el negocio se puede reconstruir el precepto, más allá de la expresión verbal adecuada, siempre que sea determinable por otras circunstancias atendibles” (BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 275). Em tradução livre: “Enquanto que, tanto na lei como na sentença e na resolução administrativa, o preceito a se interpretar esgota-se na fórmula eleita, considerando-se aquele objetivado nesta, no negócio se pode reconstruir o preceito além da expressão verbal utilizada, sempre que seja determinável por outras circunstâncias perceptíveis”.

na parte que a recebe (princípio da confiança), podendo ser por ela “responsabilizado” o declaratório (princípio da autorresponsabilidade, como já visto).²²⁰

Nesse exato sentido, ou seja, levando em consideração o que se denomina como o “horizonte de compreensão do destinatário” da declaração, entende Karl Larenz:

Que ponderações tem o intérprete de empreender para averiguar o sentido normativo da declaração? Em primeiro lugar, tem que colocar-se na posição de declaratório e considerar todas as circunstâncias, mas somente essas, que eram por ele conhecidas ou cognoscíveis no momento do acesso à declaração. (...) Além disso, deverá também ter em conta as circunstâncias a que o declarante explicitamente se refere, em particular uma relação negocial existente, as conversações preliminares, as declarações anteriores.²²¹

Dá a prestigiada lição de Erich Danz, segundo a qual os elementos que constituem o negócio jurídico compõem uma “situação subjetiva complexa”, na qual se insere não apenas o instrumento contratual e seu conteúdo literal, mas também todas as outras circunstâncias relevantes para o intérprete.²²² Comentando a noção do autor alemão, Felipe Kirchner reforça a importância de que o intérprete leve em consideração tais circunstâncias externas ao instrumento, afirmando que “a atividade interpretativa deve ter em conta *todas* as circunstâncias do caso, as quais devem ser fixadas pelo intérprete antes de proceder à interpretação” (grifos no original).²²³

Consequência necessária dessa visão “alargada” sobre o conteúdo do negócio jurídico é, segundo alguns, a expansão do próprio conceito de declaração negocial, conforme tratado no primeiro capítulo. Este conceito, conforme já sinalizado, abarcaria então não apenas o teor literal contido no instrumento do contrato (ou, como outros preferem dizer, o “texto”), mas todos aqueles elementos fáticos, externos ou internos, que sejam (ou melhor, tenham sido) capazes de inculcar no destinatário da declaração uma confiança legítima.

²²⁰ “Portanto, nos negócios jurídicos inter vivos, antes a necessidade de ‘compor de modo equilibrado o conflito de interesses entre declarante e destinatário’, deve-se examinar tanto a ótica do declarante [autorresponsabilidade] quanto do destinatário [confiança] da declaração negocial. Isso não conduz a um subjetivismo afeiçoado à teoria da vontade, pois, como lembra Christof Kellman, ‘o intersubjetivismo é ainda uma corrente objectivista’ (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 155-156).

²²¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 7.ed. Lisboa: Fundação. Calouste Gulbenkian, 2014, p. 422.

²²² DANZ, Erich. *La interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 6.

²²³ KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 116.

Essa maior “amplitude” do conceito de declaração negocial foi assim sintetizada por Antônio Junqueira de Azevedo:

A forma mais adequada para solucionar o problema da interpretação do negócio jurídico, especialmente no direito brasileiro, onde, por lei, é inegável a primazia da vontade, é, simplesmente, alargar-se aquele primeiro momento da operação interpretativa, em que se parte declaração. Deve-se entender por declaração, como temos insistido, não apenas o “texto” do negócio, mas tudo aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo “contexto”), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa fé e dos usos e costumes, como sendo a declaração. A essência da declaração é dada por essas circunstâncias.²²⁴

A afirmação do professor paulista, contudo, deverá ser interpretada *cum grano salis*,²²⁵ especialmente no que diz respeito ao enquadramento negocial dos documentos tratados no primeiro capítulo deste trabalho, como se verá mais detalhadamente adiante.

Por ora, contudo, basta afirmar, em síntese, que na atividade hermenêutica contratual “o negócio deve ser considerado como um todo unitário, a ser interpretado na sua integridade: um todo, entre cujas partes individuais, preliminares e conclusivas não é admissível uma clara separação”.²²⁶

Como ensina Francisco Marino, dessa perspectiva hermenêutica do negócio jurídico – e, no que diz respeito ao presente trabalho, dos contratos –, extraem-se duas consequências principais: a primeira é a de que o conteúdo da declaração negocial propriamente dita nem sempre coincide com o conteúdo do negócio jurídico em si, já que este pode trazer elementos “não declarados ou implícitos” em relação àquela, cujo conteúdo será também determinado pela atuação do intérprete (constituindo no que se denomina interpretação integrativa); a segunda, de que a regulação objetiva do negócio jurídico pode muitas vezes exceder o conteúdo (implícito e explícito) do contrato, de modo que o processo hermenêutico muitas vezes não será suficiente para compor a regulação objetiva, devendo ser complementado por

²²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102.

²²⁵ Considerando-se as tratativas (e sua materialização nos documentos não vinculantes já abordados) como circunstâncias extrínsecas à declaração, tal qual será defendido logo diante, tem-se que as mesmas não integram o conteúdo da declaração negocial: “Observe-se, ainda, que as circunstâncias que circundam a emissão da declaração negocial, por sua vez, não constituem parte integrante dela, sendo meios para a interpretação da declaração. Muito embora a doutrina, com o objetivo de enfatizar (com razão) o papel dessas circunstâncias, por vezes acabe quase por integrá-las à declaração negocial, isso não afasta a sua função de meio interpretativo” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83).

²²⁶ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 384.

outro processo, “lógica e cronologicamente distinto da interpretação, chamado de integração do negócio”.²²⁷ Nessa lógica, a interpretação integrativa diferencia-se da integração do negócio, já que, naquela, os elementos são reconduzíveis à autonomia das partes, como se verá melhor adiante.

Tal sistematização, que de certa forma “alarga” o conceito de interpretação para abarcar o conteúdo “implícito ou marginal” do negócio jurídico – o que, repita-se, não deve ser confundido com a integração do conteúdo do negócio –, é tributária da concepção objetiva do negócio jurídico de Emílio Betti, como se depreende da lição:

Se, como se tem dito, a interpretação pretende desvelar, de maneira logicamente coerente, a fórmula da declaração ou a estrutura do ato para obter a mais apropriada ideia dele, há necessariamente de conduzir à iluminação também daquele conteúdo implícito ou marginal do negócio que não está expresso em sua fórmula ou estrutura e que, geralmente, também quedou à sombra da consciência das partes. É preciso e suficiente que estes aspectos trazidos à luz brotem por uma exigência, tanto lógica como social ou jurídica, do conjunto do quanto foi dito ou feito, e sejam, portanto, aferíveis e reconhecíveis desde a declaração ou conduta, por meio de um nexos necessário. *Neste ponto se nos apresenta, de imediato, a diferença entre a interpretação ainda que integradora (que é sempre, sem embargo, interpretação) e a integração do negócio, ou mais exatamente de seus efeitos, mediante normas supletivas* (grifou-se).²²⁸

²²⁷ “(...) sendo ponto pacífico que o processo de interpretação do negócio jurídico tem por escopo determinar o seu conteúdo, cabe extrair dessa assertiva duas consequências, diretamente relacionadas com as premissas acima assentadas. Inicialmente, deve afirmar-se que, tendo em vista o fato de o conteúdo da declaração negocial nem sempre coincidir com o conteúdo do negócio jurídico, podendo este trazer elementos não declarados ou implícitos, a interpretação do negócio jurídico revela, nesses casos, não só o conteúdo declarado ou expresso, como também o conteúdo implícito ou não declarado. Essa distinção está na base da noção de interpretação integrativa, como se verá. Ademais, visto que o conteúdo da regulação objetiva pode exceder, e frequentemente excede, o conteúdo do negócio jurídico, o processo hermenêutico, embora determine o conteúdo global do negócio jurídico, não abarcará, na maioria dos casos, todo o conteúdo da regulação objetiva. Esse último será complementado por meio de outro processo, lógica e cronologicamente distinto da interpretação, chamado de integração do negócio jurídico” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 49-50, grifou-se).

²²⁸ Na versão original, de tradução espanhola: “Si, como se ha dicho, la interpretación pretende desarrollar, de manera lógicamente coherente, la fórmula de la declaración o la estructura del acto para obtener la más apropiada idea de él, ha de conducir necesariamente a iluminar también aquel contenido implícito o marginal del negocio que no está expreso en la fórmula o estructura de él y que, generalmente, también ha quedado en sombra para la conciencia de las partes. Es preciso y suficiente que estos aspectos que se sacan a luz broten poro una exigencia, tanto lógica como social o jurídica, del conjunto de cuanto fue dicho o hecho, y sean, por tanto, inferibles y reconocibles desde la declaración o conducta, por medio de un nexos necesario. En este punto se nos representa, de inmediato, la diferencia entre la interpretación, aun integradora (que es siempre sin embargo interpretación) y la integración del negocio, o más exactamente, de sus efectos, mediante normas supletorias” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 280).

Tendo em vista a estrita finalidade deste trabalho, fica evidente, desde logo, que não será objeto de estudo a fase de integração dos efeitos do contrato, já que nesta etapa, como visto, prescinde o intérprete de qualquer alusão ao conteúdo do negócio jurídico, seja ele implícito ou explícito, desvinculando-se explicitamente da autonomia privada dos contratantes como fonte de obrigações.²²⁹ Afinal, como afirmou Enzo Roppo, “interpretar um contrato é coisa diferente de modifica-lo. Modificar um contrato, mesmo contra a vontade das partes, é em muitos casos possível: mas não fingindo interpretá-lo”.²³⁰

Nessa perspectiva hermenêutica propugnada por Betti, portanto, o processo interpretativo cingir-se-á, ainda que para fins exclusivamente didáticos,²³¹ em duas fases ou momentos distintos,²³² já antecipáveis das noções acima expostas – e que, uma vez adotadas,

²²⁹ Tratando da integração do negócio em oposição à sua interpretação, afirma Pietro Perlingieri que “[i]l regolamento contrattuale può avere la sua fonte non soltanto nell’autonomia, ma anche in altre componenti (ad essa esterne) che hanno la funzione de ‘integrare’ il regolamento de fonte privata [retro, 49].” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 437). Em tradução livre: “O regulamento contratual pode ter sua fonte não sobretudo na autonomia, mas antes em outros componentes (externos àquela) que terão a função de ‘integrar’ o regulamento de fonte privada” (grifou-se).

²³⁰ Na íntegra: “Daqui resulta que devem considerar-se, em linha de princípio, inadmissíveis as iniciativas do juiz que, com o pretexto de interpretar um contrato, atribuam a este um significado que resulte positivamente não partilhado por nenhuma das partes, com a motivação (confessa ou inconfessada) de aquele significado ser mais desejável, do ponto de vista do interesse geral: interpretar um contrato é coisa diferente de modifica-lo. Modificar um contrato, mesmo contra a vontade das partes, é em muitos casos possível: mas não fingindo interpretá-lo” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 174).

²³¹ Essa bipartição fásica da interpretação dos negócios jurídicos em geral, e dos contratos em particular, é recorrente na tradição civilista, e costuma receber diversas nomenclaturas, sendo a mais comum delas a divisão entre um momento dito “subjetivo” e outro “objetivo” da interpretação. Nesse sentido, afirma Pietro Perlingieri, no contexto do *Codice* italiano, que “[d]i regola queste disposizioni (1362-1365) sono annoverate nel gruppo delle norme di c.d. interpretazione soggettiva rivolte alla determinazione della comune intenzione dei contraenti. Qualora in séguito alla loro applicazione residuassero dubbi e ambiguità possono essere utilizzati in via sussidiaria altri criteri (1367-1371) (c.d. interpretazione oggettiva). Questi ultimi, fondandosi su ragioni di obiettiva opportunità, sarebbero considerati rivolti non piú a determinare la comune intenzione, risultata oscura in séguito all’applicazione delle prime regole, ma ad assegnare al contratto, tra i diversi significati possibili, quello piú rispondente a valori di ragionevolezza, di funzionalità, di equità” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 435). Em tradução livre: “em regra esses dispositivos (1362-1365) são incluídos no grupo das normas de interpretação subjetiva, destinadas à determinação da comum intenção dos contraentes. Contudo, caso após a sua aplicação restarem dúvidas e ambiguidades podem ser utilizados em via subsidiária outros critérios (1367-1371) (interpretação objetiva). Esses últimos, fundados em razões objetivas, são considerados orientados não mais a determinarem a comum intenção, resultada obscura após a aplicação das primeiras regras, mas a assegurarem ao contrato, dentre diversos significados possíveis, aquele que melhor corresponda aos valores de razoabilidade, funcionalidade, equidade”.

²³² “Fixando-se como marco temporal o instante em que o intérprete conclui ser a declaração negocial deficiente, isto é, quando proclama a impossibilidade de contornar a ambiguidade, a obscuridade ou a lacuna recorrendo àquilo que efetivamente foi declarado pela parte ou pelas partes do negócio jurídico (e uma vez analisados os contextos verbal e situacional), pode-se cindir o processo interpretativo, ainda que para fins predominantemente didáticos, em duas fases ou momentos (...). Para aludir à fase interpretativa meramente cognitiva, Betti refere-se a ‘interpretação em função meramente cognitiva’. Já para designar a fase hermenêutica complementar, refere-se a ‘interpretação em função integrativa’ (conceito derivado da doutrina alemã, como se verá adiante), ‘interpretação corretiva’ e ‘interpretação esclarecedora’, conforme se trate de

serão fundamentais neste trabalho, na função de sistematização do enquadramento dogmático e normativo dos documentos não vinculantes oriundos da fase de tratativas, como se verá nos itens seguintes deste capítulo.

O primeiro desses momentos, denominado por Francisco Marino como “fase interpretativa meramente recognitiva”, constituiria justamente naquele momento dito subjetivo, no qual deve o intérprete “averiguar o sentido efetivamente atribuído à declaração pela parte ou pelas partes do negócio jurídico”. A tônica desta fase estaria, portanto, “na compreensão dos sujeitos do negócio jurídico”, partindo-se, para tanto, do “sentido literal da linguagem empregada na declaração”, para depois alcançar “o entendimento concreto (...) das partes”, por meio da análise contextual, ou seja, da situação objetiva complexa.²³³

Já o segundo momento, denominado pelo mesmo autor como “fase hermenêutica complementar”, e refere-se justamente àquele conteúdo que Betti denominou, em passagem já transcrita, como “implícito ou marginal do negócio, que não está expresso em sua fórmula ou estrutura e que, geralmente, também quedou à sombra da consciência das partes”, mas que, inobstante tal ausência de regulação expressa, pode ser inferido da situação objetiva complexa do contrato.²³⁴ É a conhecida “interpretação integrativa”, com as nuances que serão melhor trabalhadas adiante.

Como se verá detidamente nos itens subsequentes, ao analisarmos o marco normativo do Código Civil de 2002 para a interpretação dos atos negociais (notadamente, os arts. 112

sanar lacunas, ambiguidades ou obscuridades, respectivamente” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160-161).

²³³ Qualquer que seja o negócio jurídico, pode-se dizer que a reconstrução do conteúdo da declaração negocial ou das declarações negociais constitutivas do negócio segue caminho ‘subjetivo’. Explica-se. Na fase interpretativa meramente recognitiva, o intérprete deve averiguar o sentido efetivamente atribuído à declaração pela parte ou pelas partes do negócio jurídico. A ênfase, portanto, está na compreensão dos sujeitos do negócio jurídico. Parte-se, portanto, do sentido literal da linguagem empregada na declaração (sentido descontextualizado), e pretende-se alcançar o entendimento concreto da parte ou das partes do negócio jurídico. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163).

²³⁴ Se, conforme dissemos, a interpretação pretender desenvolver em sua coerência lógica a fórmula da declaração ou a estrutura do ato para dela extrair a idéia mais apropriada, ela necessariamente também levará a esclarecer aquele conteúdo implícito ou marginal do negócio, que na fórmula ou na estrutura deste último não foi expresso e de modo geral, permaneceu à sombra mesmo na consciência das partes. (...) A chamada interpretação integrativa versa sobre os pontos do regulamento negocial, que, mesmo não tendo sido abrangidos pela fórmula, que permaneceu inadequada, estão compreendidos na idéia que ela exprime e, portanto, continuam sendo enquadrados no conteúdo do negócio. Os pontos a serem questionados durante a interpretação ainda são inferidos pela totalidade da declaração, avaliada com base na boa-fé, nos usos sociais etc. (BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp 374-375). Em complemento à ideia de Betti, afirma Francisco Marino que, apesar de “desafiar” a própria noção de interpretação, a caracterização de uma fase interpretativa complementar não se confunde com a integração dos efeitos contratuais em si, desde que “se tenha noção ampla” do negócio jurídico e nele “se diferencie o conteúdo expresso ou declarado do conteúdo implícito ou não declarado” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163).

e 113), ver-se-á que a norma do art. 112 pode ser reconduzida ao primeiro desses momentos – a fase meramente cognitiva da relação contratual –, enquanto a do art. 113 reconduzir-se-á primordialmente ao segundo, embora também ao primeiro.²³⁵

Os documentos oriundos da fase das tratativas, por sua vez, reconduzir-se-ão, evidentemente, ao primeiro desses momentos, eis que oriundos das partes e, nessa qualidade, integrantes das aludidas circunstâncias do contrato – e, mais especificamente, do contexto situacional da relação jurídica estabelecida entre as partes.

Antes, porém, de se passar à análise dos distintos momentos de interpretação dos contratos (e, obviamente, das potencialidades interpretativa assumidas pelos documentos oriundos da fase de tratativas em cada uma delas), faz-se importante traçar, dentre a miríade de apontamentos doutrinários acerca da atividade hermenêutica em geral, alguns critérios e fatores que influenciam mais especificamente a interpretação dos contratos, e que possam ser úteis ao ulterior desenvolvimento deste trabalho.

Conforme já indicado em nota no início deste capítulo, a metodologia interpretativa proposta por Emilio Betti, aqui adotada, busca, por meio de diversos instrumentos, garantir um padrão minimamente rigoroso e objetivo ao processo interpretativo em geral, ou seja, à atividade hermenêutica.²³⁶

Nesse intuito, Betti delinea quatro cânones hermenêuticos que, em sua visão, seriam capazes de garantir “a possibilidade de controle e, nesse sentido, uma relativa objetividade do entendimento”.²³⁷ Tais critérios têm importância particular quando aplicado ao direito civil em geral e aos negócios jurídicos em específico, já que, segundo o professor italiano,

desde tempos remotos, no campo do direito, o território mais fértil de questões interpretativas é o direito civil. O que não deixa de ter uma profunda razão. Na verdade, em nenhum outro setor é tão intenso o entrelaçamento de relações entre sujeitos de direitos, colocados no plano de igualdade recíproca. Em nenhum outro se percebe uma exigência tão imperiosa de encontrar os critérios para a justa composição dos interesses em conflito, tanto por meio da correta compreensão do preceito de lei ou de costume, cujo critério serve de base para compor o conflito, quanto por

²³⁵ A questão é de suma importância, inclusive porque acaba dizendo respeito ao conteúdo da função interpretativa da boa-fé objetiva, como se verá adiante.

²³⁶ Essa seria, segundo Felipe Kirchner, o “ponto de maior tensão entre o paradigma gadameriano e a teoria bettiana, pois a hermenêutica filosófica [representada, neste caso, pela obra de Gadamer] vai de encontro à pretensão de Emilio Betti de criar uma teoria geral da interpretação galgada no ideal metódico e de alçar a hermenêutica à categoria de ciência, ao invés de posicioná-la mais ao lado da filosofia” (KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 119, nota de rodapé no. 363).

²³⁷ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. XLII.

meio do correto entendimento das tão variadas manifestações da autonomia individual.²³⁸

Em brevíssimo resumo são tais cânones (i) o da autonomia do objeto ou da imanência do critério hermenêutico; (ii) o da totalidade e coerência da consideração hermenêutica; (iii) o da atualidade do entender; e, finalmente, (iv) o da adequação do entender, ou correspondência e consonância hermenêutica.²³⁹

Tendo em vista o escopo estrito deste estudo, são objeto de interesse, principalmente, os primeiros dois cânones acima elencados, quais sejam, a autonomia do objeto e a totalidade e coerência da consideração hermenêutica, já que ambos remetem, de um modo ou de outro, às lições até agora apreendidas.

O primeiro cânone, portanto – autonomia do objeto –, pressuporia, nas palavras de Betti, que “se as formas representativas, que constituem o objeto da interpretação, são essencialmente objetivações de uma espiritualidade que nelas está posta, é claro que devem ser entendidas segundo aquele espírito que nelas está objetivado”.²⁴⁰ Transpondo a noção a tudo quanto já se viu em relação aos contratos e negócios jurídicos em geral, conclui-se que a intenção comum (a “vontade” contratual) depreende-se da declaração, cabendo ao intérprete extraí-la e se ater ao seu significado objetivo.

Já o segundo cânone, da totalidade e coerência da consideração hermenêutica, partiria “da premissa de que o todo do discurso, como de toda manifestação do pensamento, é gerado por um único espírito e a um único espírito e sentido tende a retornar e limitar-se”, devendo o intérprete, por isso, “extrair dos elementos singulares o sentido do todo e entender o elemento singular em função do todo do qual é parte integrante”.²⁴¹ Aplicado aos contratos, extrai-se desse corolário a necessidade de que o intérprete leve em conta não só o sentido constante da literalidade da declaração (ou melhor, do instrumento contratual), mas, sobretudo, as circunstâncias, o contexto situacional em que tais proposições se encontrem.²⁴²

²³⁸ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. XLII-XLIII.

²³⁹ Cf. BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. XLII e segs; ademais, uma boa síntese dos preceitos e respectivos conteúdos pode ser encontrada em KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 143 e segs.

²⁴⁰ BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. 2. ed. Milano: Giuffré, 1990, v.1, p. 305, *apud* KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 143 e segs.

²⁴¹ BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. 2. ed. Milano: Giuffré, 1990, v.1, p. 309, *apud* KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 143 e segs.

²⁴² “Assim como o significado, a intensidade e a nuance de uma palavra só podem ser entendidas no contexto em que tal palavra foi dita ou se encontra, o significado e o valor de uma proposição e daquelas que se associam

Como já se pode observar, esses dois primeiros cânones “dizem respeito sobretudo ao material interpretativo a ser utilizado pelo intérprete no negócio jurídico”, motivo pelo qual interessam muito ao presente trabalho, constituindo-se no pressuposto metodológico que leva o intérprete à análise das circunstâncias – a fase meramente recognitiva da interpretação, como já assinalado –, e conseqüentemente, do contexto (verbal e situacional) do contrato, tal qual será visto adiante.²⁴³

Para além dessas orientações basilares, cabe apontar, também, outros critérios mais específicos, que podem influenciar na interpretação dos contratos. No que mais interessa ao presente trabalho, o modo pelo qual foi formado o contrato é compreendido pela doutrina como um fator passível de influenciar a interpretação do negócio – numa espécie de “subponto” de relevância hermenêutica dos contratos, para nos valermos da expressão *bettiana*.²⁴⁴

Isso porque, como ensina Francisco Marino, em lição que se amolda ao que foi dito e refletido no primeiro capítulo desta dissertação, dependendo do processo formativo subjacente à regulação contratual, “a declaração negocial de cada parte poderá ser individualizada com maior ou menor facilidade, e os pontos do regramento de interesses contido no negócio poderão ou não ser reconduzidos a uma ou a ambas as declarações negociais”. Assim, no caso dos contratos advindos de um processo complexo de negociações – ou seja, justamente aqueles que costumam ensejar uma materialização documental das tratativas, tal qual visto no capítulo primeiro –, não será tão fácil dar maior relevância ao sentido atribuído à declaração por uma ou outra parte, mas sim àquele sentido comum, compartilhado pelos contratantes, com base na confiança.²⁴⁵

a ela só podem ser compreendidos pelo nexu recíproco e pelo conjunto orgânico do discurso a que pertencem” (BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XLVII).

²⁴³ “De acordo com os cânones da autonomia e da totalidade, o significado do negócio jurídico deve ser extraído não somente do sentido literal (*vox dicentis*) da linguagem contida na declaração negocial (forma representativa), mas sim da *mens dicentis*, da intenção consubstanciada na declaração (art. 112 do Código Civil), tendo em vista o contexto verbal e, sobretudo, o contexto situacional. Portanto, conclui-se que os dois primeiros cânones dizem respeito sobretudo ao material interpretativo a ser utilizado pelo intérprete do negócio jurídico. Já no momento hermenêutico complementar, voltado a sanar as eventuais deficiências (ambigüidades, obscuridades ou lacunas) da declaração negocial, é claro o predomínio dos últimos dois cânones, devido ao fato de, nessa fase, a autonomia do intérprete em relação ao objeto ser naturalmente maior.” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62-63).

²⁴⁴ Em sua teoria geral do negócio jurídico, Betti atribui, por exemplo, “pontos de relevância hermenêutica” distintos para os negócios jurídicos *inter vivos* e *mortis causa*, por exemplo, ao afirmar que em relação aos primeiros o ponto de relevância hermenêutica estaria no declaratário (princípio da confiança), enquanto nos segundos, estaria no declarante (BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 308 e segs).

²⁴⁵ Trata-se de corolário importante e, segundo o próprio autor, frequentemente olvidado pela doutrina: “Pense-se, por exemplo, em contratos altamente elaborados, celebrados após meses de negociações e subsequentes minutas redigidas por equipes de advogados – muitas vezes localizadas em diversos países. Obtida a versão

Abre-se aqui um parêntesis: é claro que, para além das peculiaridades do processo formativo de cada negócio, os elementos categoriais de cada estrutura contratual podem influenciar na interpretação dos contratos, tais como seu caráter unilateral, bilateral ou plurilateral; sua natureza solene ou consensual; empresarial ou não; a qualificação dos contratantes; a atividade econômica desempenhada, etc. Nesse sentido, afirma-se que, “dependendo de uma série de características do contrato a ser interpretado, os vetores componentes da chamada ‘vontade comum’ terão intensidades e direções distintas, de modo que a resultante final pode variar (e efetivamente varia) de caso a caso”.²⁴⁶

Logo, apesar do escopo deste trabalho não permitir a análise minuciosa de todas essas variáveis, deve sempre tê-las em mente o intérprete, atentando para o caso concreto, como é cediço. O que mais importa, neste momento da digressão, é que se tenha por compreendido que os elementos e critérios interpretativos aptos a auxiliarem o intérprete na identificação do “acordo” contratual podem variar conforme as características do contrato a ser analisado: afinal, há de se ter em mente que “a questão interpretativa não se coloca em termos uniformes para todas as categorias de negócios”,²⁴⁷ ou ainda, para toda as categorias de contratos.

Finalmente, e antes de passar-se à análise específica do que já se definiu como a fase meramente recognitiva da interpretação, cumpre-nos esclarecer que, apesar dos muitos pontos de interseção, a atividade interpretativa – e, conseqüentemente, seus elementos, que serão vistos logo adiante – não deve ser confundida com a atividade probatória; é que, diferentemente do que se pretende obter por meio da figura da “prova”, a atividade hermenêutica não almeja determinar a veracidade de um fato (sua ocorrência ou não, objetivamente falando), mas sim compreender seu significado, o que é intrinsecamente distinto. Nas palavras de Emilio Betti,

com efeito, à diferença da prova, a interpretação não se propõe a formar uma convicção acerca da questão de se um fato efetivamente ocorreu ou não, ou de se algo ocorreu em um determinado momento e de uma certa

final do instrumento contratual, não será possível reconduzir este ou aquele ponto do conteúdo à declaração negocial desta ou daquela parte. (...) Nessas hipóteses, não parece possível dar maior relevância ao sentido atribuído por uma ou outra parte, prevalecendo, em sua pureza, o sentido compartilhado pelos contratantes. Devido a esse maior equilíbrio de posições, deve-se, a priori, ressalvadas as circunstâncias peculiares do caso concreto, proteger igualmente a confiança de ambas as partes” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 169-170).

²⁴⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 170-171.

²⁴⁷ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 361.

maneira, mas, ao contrário, pretende apenas aclarar a ideia, o significado a partir do qual se há de entender a fórmula utilizada ou a atitude mantida.²⁴⁸

Bem vistas as coisas, a distinção é bastante evidente, ainda que, como já referido, muitas vezes ambas atividades se “sobreponham”, até certo ponto, em um único momento. Mais que isso, diferenciar ambas atividades assume uma importância singular diante do escopo desse estudo, já que, de certa maneira, no presente trabalho os documentos não vinculantes oriundos das tratativas exercem ambas as funções: (a) são “probatórios”, no sentido de que potencialmente materializam documentalmente a intenção comum das partes no curso das negociações – tal como visto no primeiro capítulo –, o que significa que tais documentos podem vir a ser utilizados pelo intérprete para constatar a mera ocorrência de fatos; (b) concomitantemente, servem à interpretação da intenção comum das partes, tal qual integrante do conteúdo do contrato, atuação esta puramente hermenêutica, e que será melhor desenvolvida ao longo deste segundo capítulo.

Dito isso, passar-se-á, agora, à análise do ponto que mais nos interessa, qual seja, o da já aludida “fase meramente cognitiva” da interpretação (ou, momento subjetivo), normatizada em nosso sistema jurídico pelo art. 112 do Código Civil, campo precípuo de incidência das negociações, ou tratativas – em nosso caso, materializada documentalmente –, como elemento circunstancial de interpretação do contrato.

2.2 Delimitação da comum intenção à luz das circunstâncias: o comportamento prévio das partes (art. 112 do Código Civil)

O sentido literal da linguagem contida na declaração negocial é, como já se pôde depreender do acima exposto, apenas o momento inicial da atividade hermenêutica contratual, no qual o intérprete já é capaz de inferir, até certo ponto, os limites significativos que poderiam, em abstrato, ser atribuídos à declaração: é que, nesse momento, se “delineia o quadro dos sentidos que podem, *a priori*, ser atribuídos à declaração negocial”.²⁴⁹

²⁴⁸ No original, em versão espanhola: “En efecto, a diferencia de la prueba, la interpretación no se propone formar una convicción acerca del punto de si un hecho se haya producido realmente alguna vez o no, o de si algo ha ocurrido en un determinado momento y de una cierta manera, sino que sólo pretende aclarar la idea, el significado en que se haya de entender la fórmula usada o la actitud mantenida” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 276-277).

²⁴⁹ “Destarte, o sentido literal da linguagem empregada na declaração negocial é apenas o ponto de partida necessário à interpretação dos negócios jurídicos. Por meio do sentido literal, o intérprete dá o primeiro passo de sua árdua tarefa: delinear o quadro dos sentidos que podem, *a priori*, ser atribuídos à declaração negocial. Mas, justamente pelo fato de o sentido literal prescindir da situação concreta que envolve a declaração, o intérprete deve obrigatoriamente lançar mão dos outros meios interpretativos para desempenhar de modo

Contudo, parece já restar bem claro que, no *iter* hermenêutico de uma relação contratual, o intérprete não pode prescindir do pressuposto – ou cânone, na terminologia bettiana – da totalidade e da coerência da consideração hermenêutica, o que significa, na prática contratual, que devem ser levadas em consideração as chamadas “circunstâncias” da situação jurídica em questão, ou seja, todo o contexto fático que, no momento de formação do acordo, conferia-lhe sentido e significado no meio em que inserido.

Afinal, como ensina Pietro Perlingieri, o teor literal pode muitas vezes se revelar não confiável ou, melhor dizendo, pode assumir um significado diverso conforme o contexto, as circunstâncias, enfim, o modo particular de expressão das partes e os interesses conflitantes que em regra estão presentes na relação contratual,²⁵⁰ motivo pelo qual conclui o italiano que “a valoração da clareza de um texto representa o próprio resultado da atividade interpretativa realizada com referência ao comportamento das partes: não um *prius*, mas o *posterius*”.²⁵¹

A interpretação meramente gramatical, portanto, levaria o intérprete a “colocar a letra por cima do espírito do acordo”, o que não parece se coadunar com a própria concepção do negócio jurídico como autorregulação de vontades. Referindo-se à importância das circunstâncias, ensina Emilio Betti que

a uma interpretação meramente gramatical e atômica que levaria a isolar a declaração do marco de circunstâncias socialmente influentes no qual foi emitida, e a colocar a letra por cima do espírito, se contrapõe outra interpretação, que integra a consideração da declaração, enquadrando-a no total dos comportamentos recíprocos e no conjunto de circunstâncias, e que

adequado a sua função” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104).

²⁵⁰ Na íntegra e no original: “La ricerca della ‘comune intenzione’ non può significare tener conto di essa piú che delle parole, perché la ‘comune intenzione’ è appunto ciò che si cerca di individuare; significa piuttosto che si deve tener conto, oltre che del senso delle parole, di altri elementi, che valgono a sverlarla. Le stesse parole si possono riverlare non affidabili, cioè assumere un significato diverso secondo il contesto, le circostanze, il particolare modo di esprimersi delle parti e gli interessi confliggenti dei quali di regola sono portatrici” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 435). Em tradução livre: “A investigação da ‘comum intenção’ não pode significar levar-se em conta apenas as palavras, porque a ‘comum intenção’ é justamente o que se trata de individualizar; significa, portanto, que se deve ter em conta, além do senso literal das palavras, os outros elementos que sirvam a revelá-la. As palavras expressas podem revelarem-se não confiáveis, isto é, assumirem um significado diverso segundo o contexto, as circunstâncias, o particular modo de expressão das partes e os interesses conflitantes que, em regra, são portadoras”.

²⁵¹ No original: “[I]a valutazione della chiarezza di un testo rappresenta proprio il risultato dell’attività interpretativa espletata anche con riferimento al comportamento complessivo: non un *prius*, ma il *posterius*” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 435). É por esse motivo que a doutrina mais atenta costuma refutar o clássico brocardo latino segundo o qual “*in claris non fit interpretatio*”.

se desenvolve iluminando o espírito e o fim prático que estava na consciência de ambas as partes.²⁵²

Tendo essa pacífica necessidade hermenêutica de se ir além da literalidade da declaração contratual, a doutrina já sistematizou os meios interpretativos da fase meramente cognitiva em (i) sentido literal da linguagem; (ii) contexto verbal; e (iii) contexto situacional, ou, simplesmente, as circunstâncias.²⁵³

O que se denomina aqui como contexto verbal é, na realidade, a necessidade metodológica de que o texto do contrato seja interpretado globalmente, sem que o intérprete analise cada cláusula ou comando como um elemento isolado.

Na elucidativa lição de Carlos Ferreira de Almeida, o contexto verbal, denominado pelo autor “contexto em sentido estrito”, seria justamente “o ambiente do termo na frase, da frase no enunciado ou no texto, isto é, a série de elementos que os precedem e os seguem nesse enunciado ou texto”.²⁵⁴

Essa ideia de que o texto do contrato deve ser interpretado sistematicamente, ou seja, de que suas cláusulas formam um “todo” unitário, não é nada nova na doutrina e nos ordenamentos jurídicos de inspiração romano-germânica, e inclusive consta expressamente das seculares regras de Pothier para a interpretação dos contratos (mais especificamente, da

²⁵² No original, em versão espanhola: “[d]e este modo, a una interpretación meramente gramatical y atomista que llevaría a aislar la declaración del marco de las circunstancias socialmente influyentes en que fue emitida, y a colocar la letra por encima del espíritu, se contraponen otra interpretación, que integra el supuesto de la declaración encuadrándola en el total comportamiento recíproco y en el conjunto de las circunstancias, la que se desarrolla alumbrando el espíritu y el fin práctico que estaba en la conciencia de ambas partes” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 302).

²⁵³ V. dentre, outros, a lição de Francisco Marino, segundo o qual “[o]s meios para a interpretação da declaração negocial ou das declarações negociais constitutivas do negócio jurídico são: sentido literal da linguagem, contexto verbal e contexto situacional (também chamado de ‘circunstâncias’)” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102).

²⁵⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 299.

sexta e da décima segunda)²⁵⁵ e, “consequentemente”, nos arts. 1.189 do Code Civile francês²⁵⁶ e 1.363 do Codice Civile italiano.²⁵⁷

Já o contexto situacional, ou simplesmente as circunstâncias, seriam, ainda na lição de Ferreira de Almeida,

a situação do discurso (contexto situacional), isto é, a situação espaço-temporal particular que compreende os interlocutores, a ideia que cada um tem do outro, as acções que realizam nesse momento, os diferentes objectivos e acontecimentos com que se relacionam.²⁵⁸

A quantidade de elementos que poderiam figurar nesse contexto situacional é, naturalmente, infinita em potencial, tal qual pode produzir a criatividade humana no curso das relações contratuais. Trata-se, a todo ver, de todo aquele “conjunto de circunstâncias (...) em que a declaração e o comportamento encontram seu (...) típico significado”.²⁵⁹

De resto, serão vistos logo adiante alguns exemplos de elementos circunstanciais relevantes, dentre os quais destacar-se-á, para os fins deste estudo, o comportamento prévio das partes. Contudo, antes disso cabe aqui estabelecer uma premissa importante para o desenrolar deste trabalho: muito embora a doutrina, com o objetivo de reforçar a importância dessas circunstâncias na interpretação do contrato, muitas vezes acabe por integrá-las indevidamente à própria declaração negocial, fato é que as “circunstâncias que circundam a

²⁵⁵ Sexta regra: deve-se interpretar uma cláusula pelas outras cláusulas contidas no documento, precedentes ou subsequentes a tal cláusula. (...) Duodécima regra: às vezes, o que se encontra ao final de uma frase refere-se ao que é comum a toda a frase, e não somente ao que a precede imediatamente, contanto, porém, que este final de frase concorde, em gênero e número, com toda ela” (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 99 e p. 103, respectivamente).

²⁵⁶ Code Civile. Article 1.189. *Verbis*. “Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. (...)”. Em tradução livre: “Artigo 1.189. Todas as cláusulas de um contrato interpretam-se umas em razão das outras, conferindo-se a cada uma o sentido que respeite a coerência do ato como um todo (...)”.

²⁵⁷ Codice Civile. Articolo 1.363. *Verbis*. “Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo il senso che risulta dal complesso dell'atto”. Em tradução livre: “As cláusulas do contrato interpretam-se uma por meio das outras, se lhes atribuindo o sentido que resulta da completude do ato”.

²⁵⁸ Na íntegra: “‘Contexto’ tanto pode significar: (a) em sentido estrito, o ambiente do termo na frase, da frase no enunciado ou no texto, isto é, a série de elementos que os precedem e os seguem nesse enunciado ou texto; (b) em um sentido amplo (pragmático), a situação do discurso (contexto situacional), isto é, a situação espaço-temporal particular que compreende os interlocutores, a ideia que cada um tem do outro, as acções que realizam nesse momento, os diferentes objectivos e acontecimentos com que se relacionam” (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 299).

²⁵⁹ BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 289.

emissão da declaração negocial (...) *não constituem parte integrante dela*, sendo meios para a interpretação da declaração” (grifou-se).²⁶⁰

Em outras palavras, portanto, deve o hermeneuta ter o cuidado de interpretar a declaração à luz das circunstâncias relevantes – fato este que, admite-se, faz com que entre estas e aquela haja apenas uma tênue linha fronteira,²⁶¹ como já mencionado –, mas não deve confundir as circunstâncias com a própria declaração, o que poderia acarretar numa desconsideração do intérprete pela autonomia negocial das partes e, mais que isso, em insegurança jurídica para os contratantes.

Feita essa ligeira ressalva conceitual, repita-se que há um sem número de elementos do contexto situacional que podem ser considerados pelo intérprete, sendo inútil qualquer tentativa de listá-los exaustivamente. Contudo, uma síntese abrangente daqueles elementos circunstanciais mais recorrentes em doutrina e na prática é trazida por Francisco Marino: seriam eles (a) “tempo e lugar do negócio jurídico (não só o tempo e o lugar de sua celebração, mas também do comportamento anterior e posterior ao negócio)”; (b) “qualidades da parte ou das partes envolvidas (especialmente nos negócios jurídicos intuitu personae) e eventual relação existente entre elas;” (c) “comportamento da parte ou das partes, inclusive anterior e posterior à conclusão do negócio jurídico (em especial, no âmbito contratual, as tratativas e a fase de formação do contrato)”; (d) “qualidade da coisa (coisa objeto da prestação, coisa objeto da disposição ou coisa de algum modo relacionada ao negócio jurídico)”; (e) “‘matéria’ ou ‘natureza e objeto’ do negócio jurídico (expressões ligadas à consideração do tipo de negócio jurídico celebrado)”; (f) “usos e costumes (em função interpretativa)”.²⁶²

Dentre essa miríade de elementos, interessa especificamente ao presente estudo, como o leitor já deve ser capaz de antecipar, aquele disposto na alínea “(c)”: o comportamento prévio das partes, durante as tratativas e a formação do contrato

²⁶⁰ “Observe-se, ainda, que as circunstâncias que circundam a emissão da declaração negocial, por sua vez, não constituem parte integrante dela, sendo meios para a interpretação da declaração. Muito embora a doutrina, com o objetivo de enfatizar (com razão) o papel dessas circunstâncias, por vezes acabe quase por integrá-las à declaração negocial, isso não afasta a sua função de meio interpretativo” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83).

²⁶¹ Essa linha fronteira fica bem clara na passagem de Antônio Junqueira de Azevedo que, a despeito de já haver sido trazida acima, cumpre enfatizar: “Deve-se entender por declaração, como temos insistido, não apenas o “texto” do negócio, mas tudo aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo “contexto”), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa fé e dos usos e costumes, como sendo a declaração. A essência da declaração é dada por essas circunstâncias” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102).

²⁶² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

propriamente dita, materializado, por sua vez, nos documentos analisados no último item do primeiro capítulo, seja lá o nome que lhes houver sido empregado pelas partes (minutas, cartas de intenção, memorandos de entendimento, etc.).

É relativamente pacífico na doutrina, inclusive, o entendimento de que as tratativas são capazes de desempenhar um papel importante na delimitação do sentido da declaração negocial. Tendo em vista que a presente investigação incide sobre nada mais do que a materialização documental dessas tratativas, pode-se estender aos documentos preparatórios a referida lição doutrinária, como de fato se estende.²⁶³

Betti, por exemplo, ao teorizar sobre a importância das circunstâncias na interpretação da declaração, afirma que isso “amplia o âmbito dos meios interpretativos, incluindo nele *especialmente as negociações que determinaram a conclusão do contrato* e também os pactos precedentes não referidos pelas partes no ato” (grifou-se).²⁶⁴

Do mesmo modo, Judith Martins-Costa já referiu, em acepção mais prática do quanto foi dito acima, que “os memorandos de entendimento e/ou outros acordos preliminares podem servir para melhor iluminar o conteúdo do contrato que lhes deu sequência”.²⁶⁵ Segundo a civilista gaúcha, ainda nesse sentido,

exclui-se eventual eficácia prescritiva dos documentos anteriores que não vieram a integrar o conteúdo contratual, mas não a sua consideração para o fim de aclarar o sentido e o alcance das declarações definitivas.²⁶⁶

E sequer poderia ser diferente: afinal, consequência lógica da aplicação do cânone da totalidade hermenêutica aos negócios jurídicos em geral, e aos contratos em particular, é concluir, acompanhando a pacificidade da doutrina, que o contexto situacional se refere não só ao momento de celebração do acordo, mas também (e, muitas vezes, principalmente), à situação anterior, na qual as partes, ainda que não vinculadas contratualmente, já estavam

²⁶³ Bem vistas as coisas, sequer tratar-se-ia de uma extensão, mas mera aplicação do preceito doutrinário.

²⁶⁴ BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 302.

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397.

²⁶⁶ Na íntegra: “[e]xclui-se eventual eficácia prescritiva dos documentos anteriores que não vieram a integrar o conteúdo contratual, mas não a sua consideração para o fim de aclarar o sentido e o alcance das declarações definitivas. Os cânones hermenêuticos legais - especialmente os traduzidos nos arts. 112 e 113 do Código Civil - integram o Direito brasileiro, não sendo sua aplicação escolha do intérprete, quem deve respeitá-los” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397).

em peculiar contato, contato esse que é capaz de engendrar confianças e expectativas legítimas entre elas.²⁶⁷

E especificamente nos contratos, negócios jurídicos bilaterais que são, a dialética entre os polos de interesse distintos durante as tratativas e negociações formam um “diálogo entre as partes”, o qual “enriquece as circunstâncias das quais o intérprete pode se valer para determinar o conteúdo do negócio jurídico, provocando um alargamento do material hermenêutico”.²⁶⁸

Pois bem. Na perspectiva ora encampada, o fundamento da fase hermenêutica meramente recognitiva no ordenamento jurídico brasileiro é o art. 112 do Código Civil de 2002 – sucessor natural, por sua vez, do art. 85 do Código Civil de 1916 –, segundo o qual “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Como se depreende de tudo o que foi até agora dito neste trabalho, o artigo 112 do Código Civil sintetiza em seu comando o já abordado embate – apesar de tratar-se de uma questão mal colocada, fazendo jus às lições de Emilio Betti – entre uma vontade puramente “subjettiva” e aquela exteriorizada, contida na declaração, deixando clara a opção legislativa pela última, em respeito ao princípio da confiança, que permeia o Código Civil, em decorrência da boa-fé objetiva.

Segundo a dicção expressa do art. 112 – particularmente, da expressão “consubstanciada na declaração”²⁶⁹ –, não prevalece a intenção como fator meramente psicológico, mas somente aquela que se possa depreender de uma manifestação de vontade, sendo esta vontade manifestada sempre interpretada em conjunto com seu contexto.²⁷⁰ A

²⁶⁷ Remete-se, aqui, às considerações feitas no primeiro capítulo acerca do enfraquecimento dogmático de um modelo formativo dos contratos abstrato e estanque, adotado pelos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica em geral.

²⁶⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 356.

²⁶⁹ Sob a égide do Código Civil de 1916, assim dispunha o artigo 85, em teor semelhante ao do atual art. 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Note-se que a inclusão, pelo legislador de 2002, da expressão “intenção nelas [nas declarações] *consubstanciada*” – expressão não constante do art. 85 do diploma anterior – acabou por pacificar um já decadente debate doutrinário acerca da potencial adoção da teoria da vontade real pelo direito civil brasileiro, tal qual analisado no primeiro capítulo desta obra.

²⁷⁰ Nesse sentido a opinião de Judith Martins-Costa: “Entre o sentido literal da linguagem e a intenção consubstanciada na declaração, esta prevalece. Não a intenção como fato psicológico, retida na interioridade do agente, mas aquela consubstanciada na declaração, é dizer: aquela expressada por meio de um comportamento socialmente reconhecível e racionalmente controlável, que é a manifestação declarativa (a declaração negocial)” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 452).

opinião é há muito pacífica na doutrina, como se depreende da lição de Pontes de Miranda, ainda sob a égide do Código Civil de 1916 (art. 85):

De modo nenhum se disse que o sentido literal é sem importância, ou que se poderia buscar a intenção para se entender algo diferente do que foi dito; apenas se explicitou que intenção há de servir, ao lado, ou, até, afastando o sentido literal, na interpretação da vontade manifestada (...). Não se permite que se dê ao ato jurídico outro conteúdo que aquele que êle tem, tal como foi manifestada a vontade (...).²⁷¹

Abre-se aqui um último parêntesis, tendo em vista as noções hermenêuticas gerais apreendidas no item inicial deste capítulo: a singela expressão, utilizada pelo art. 112, de que deve o intérprete ater-se mais à intenção “consubstanciada” na declaração, não poderia ser mais clara; de fato, não pretendeu o legislador prestigiar a vontade interna e altamente subjetiva dos contratantes, mas sim impor ao intérprete a consideração hermenêutica do negócio em sua totalidade e coerência, respeitando-se a autonomia do objeto interpretado, tal como recomendado pelos cânones hermenêuticos de Betti e pela doutrina em geral, tal qual foi acima demonstrado.

Em termos mais claros, portanto, o art. 112 deixa clara a opção do legislador brasileiro por uma interpretação que vá além da mera literalidade da declaração contratual, ou seja, que atente também para o que já se definiu como o “contexto” do negócio, tanto o contexto verbal como (e principalmente, tendo-se em conta os fins desse estudo) o contexto situacional, ou seja, as circunstâncias relevantes – prévias, contemporâneas ou posteriores – do negócio.

Trata a norma, a todo ver, do que a doutrina chamou de “critério da intenção”. Tal critério, pelo fato de haver sido contraposto pelo legislador ao sentido literal da declaração, só poderia ser compreendido como a “busca do entendimento concreto (...) das partes, a ser feita mediante análise de todos os meios interpretativos postos à disposição do intérprete (contexto verbal e contexto situacional)”.²⁷²

²⁷¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, vol. III. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 333.

²⁷² Na íntegra: “Por sua vez, o ‘critério da intenção’ orienta a fase meramente recognitiva da interpretação negocial, traduzindo-se na busca do entendimento concreto da parte ou das partes, a ser feita conduzida mediante análise de todos os meios interpretativos postos à disposição do intérprete (contexto verbal e contexto situacional), com as limitações decorrentes do tratamento hermenêutico próprio a cada categoria de negócio jurídico (v. Item 2.1 do Capítulo III). O art. 112 do Código Civil diz respeito, portanto, aos meios interpretativos a serem usados pelo intérprete no momento meramente recognitivo da interpretação dos negócios jurídicos” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253).

Nesse mesmo sentido, Judith Martins-Costa se refere ao art.112, conjugando-o com o art. 113 (que será abordado no item seguinte), como o corolário legal da regra hermenêutica segundo a qual o intérprete deve partir do sentido literal, mas não se limitar a ele, analisando, por conseguinte, o contexto verbal e situacional do negócio. Segundo afirma a autora, em passagem elucidativa,

na aplicação do art. 112, doutrina e jurisprudência são concordes ao sublinhar que o sentido literal da linguagem é o ponto de partida para a interpretação dos negócios jurídicos. Mas são igualmente concordes ao afirmar que o *sentido literal* não prevalece sobre o *sentido sistemático e contextual*, sendo positivamente *equivocado* atribuir a qualquer preceito legal ou cláusula contratual um valor isolado, desprendido do conjunto contratual. O sentido literal da linguagem não é, pois, o único critério hermenêutico possível – e, nos termos do art. 112 do Código Civil, sequer o critério privilegiado pelo sistema jurídico brasileiro quando da interpretação de um negócio jurídico (grifos no original).²⁷³

Destaque-se, por fim, em relação à jurisprudência, que já nos idos de 1970 o Supremo Tribunal Federal dispunha, no célebre caso “Disco”, que “[v]iola o disposto no art. 85 do Código Civil interpretação que leva em consideração, exclusivamente, a letra de cláusula contratual, abstraindo completamente das circunstâncias em que se firmou o contrato, do seu contexto como um todo”.²⁷⁴

Em suma, portanto, fica claro que o sistema jurídico brasileiro ordena ao intérprete que, ao considerar o contrato, leve em conta não só a literalidade do instrumento, mas todas as circunstâncias que o envolvem, ou seja, o contexto verbal e situacional da relação negocial, enquadrando-se as tratativas – ou, mais genericamente, o comportamento prévio das partes e, conseqüentemente, os documentos que a materializam –, nestes últimos.

É interessante notar, nesta seara, que algumas normatizações afeitas às contratações internacionais vão além do que dispõe o art. 112 do Código Civil, elencando expressamente as negociações prévias das partes como elemento circunstancial essencial à interpretação do “critério da intenção”.

Nesse sentido, é de suma expressividade a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (ou, simplesmente, a “CISG”),

²⁷³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 458-459.

²⁷⁴ STF, RE no. 78946/MG, Segunda Turma, Min. Rel. José Carlos Moreira Alves, julg. em 14.06.1976.

inclusive por haver sido internalizada pelo sistema jurídico brasileiro, por meio do Decreto no. 8.327/14.

No âmbito da CISG, portanto, seu art. 8º (3) dispõe que “[p]ara determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações”.²⁷⁵

Há na norma citada, como se vê, expressa remissão do legislador à fase das tratativas como elemento circunstancial interpretativo da intencionalidade das partes. Sendo assim, pode-se afirmar que, na mesma linha defendida neste trabalho, a CISG apõe as negociações como um elemento contextual da fase interpretativa meramente recognitiva, já que referente à definição do conteúdo da vontade efetivamente manifestada, ou seja, à “clarificação da intenção comum das partes”, mesmo que ela não tenha sido “objetivamente expressa na declaração”.²⁷⁶

No mesmo sentido, os princípios UNIDROIT, conjunto de normas concebidas para o campo específico dos contratos comerciais internacionais, elenca como circunstâncias relevantes aos distintos momentos interpretativos do contrato – ou seja, tanto o meramente recognitivo, ora tratado, como o complementar, que será visto mais brevemente no item

²⁷⁵ Na íntegra: Verbis. Decreto nº 8.327/14. Convenção Das Nações Unidas Sobre Contratos De Compra E Venda Internacional De Mercadorias. Art. 8. (...) (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

²⁷⁶ Nesse sentido, confira-se a lição da doutrina especializada: “In principle Article 8 (1) also requires the clarification of the intent of the parties insofar as it has not been objectively expressed in statement content. (...) Rather, the Convention provides the courts with a number of circumstances to consider when determining the intent of the parties (Article 8(3)), namely: the negotiations between the parties, any practices which they have established between themselves, usages, and subsequent conduct of the parties. This list, which has also been adopted by further contract law unification projects, is not exclusive. Rather, as Article 8(3) expressly states, consideration is to be given to all relevant circumstances. The purpose of this provision is to reject formal restrictions on the material to be interpreted by the court” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 152). Em tradução livre: “Em princípio o Artigo 8 (1) também exige a clarificação da intenção comum das partes apesar dessa não haver sido objetivamente expressa no conteúdo da declaração. (...) A Convenção provê os tribunais com um número de circunstâncias a serem consideradas na determinação da intenção das partes (Artigo 8 (3)), notadamente: as negociações entre as partes, quaisquer práticas que elas hajam estabelecido entre si, usos, e a conduta subsequente das partes. Essa lista, que subsequentemente também foi adotada por outros projetos de unificação do direito contratual, não é exclusiva. Nesse sentido, como o Artigo 8(3) dispõe expressamente, devem ser consideradas pelo intérprete todas as circunstâncias relevantes. O objetivo dessa previsão é o de rejeitar restrições formais ao material a ser interpretado pelo tribunal”.

seguinte²⁷⁷ –, em seu art. 4.3, item (a), as “negociações preliminares entre as partes”, bem como, no item (b), os “usos que as partes estabeleceram entre si”.²⁷⁸

Por fim, e antes de passar-se ao tópico seguinte, no qual será analisada, junto do papel interpretativo do princípio da boa-fé objetiva, a chamada fase hermenêutica complementar e a questão acerca de sua (ir)relevância ao objeto do presente estudo, cabe realizar pequena digressão a respeito de uma potencial complexidade que pode advir da necessidade de se levar em conta todas as circunstâncias para extrair, ainda na fase meramente recognitiva, a comum intenção das partes: é que, muitas vezes, a linguagem empregada no instrumento (ou seja, o sentido literal da declaração) pode ser suficientemente clara, mas não ser compatível com as circunstâncias relevantes; em outras palavras, as potenciais ambiguidades, obscuridades ou lacunas detectadas na declaração negocial podem surgir a partir das próprias circunstâncias.

Essas situações, muito frequentes na prática, já foram categorizadas por Jacques Ghestin, Christophe Jamin e Marc Biliau como “ambiguidades extrínsecas”, em oposição àquelas ditas “intrínsecas”, ou seja, decorrentes de uma multiplicidade de significados que possam ser adotados a partir da própria literalidade.²⁷⁹

As “ambiguidades extrínsecas”, por sua vez, assumem diversas formas a depender do elemento circunstancial em que baseadas, e para o que mais nos interessa, podem, em casos extremos,²⁸⁰ decorrer do que foi dito ou prometido no curso das tratativas.

²⁷⁷ “Analisando a normativa do UNIDROIT, Francisco Marino afirma que fica clara ali a divisão bifásica do processo interpretativo tal qual adotada neste trabalho, ou seja, entre um momento inicial “subjetivo” que é a fase meramente recognitiva, e outro “objetivo”, que é a fase interpretativa complementar. Nesse sentido, afirma o autor, referindo-se àquele conjunto de normas: “A fase meramente recognitiva corresponde, assim, aos arts. 4.1, parágrafo 1, e 4.2, parágrafo 1. Já a fase complementar encontra-se prevista nos arts. 4.1, parágrafo 2, e 4.2, parágrafo 2. O art. 4.3, a seu turno, tem o mérito de relacionar as ‘circunstâncias’ (ou os elementos do contexto situacional), normalmente dispersas por várias normas legislativas. Importante notar que, consoante o comentário oficial do ‘Código’ do UNIDROIT, as circunstâncias previstas no art. 4.3 deverão ser examinadas nas hipóteses de ambos os parágrafos dos arts. 4.1 e 4.2. O comentário esclarece, ainda, que, na fase hermenêutica meramente recognitiva (arts. 4.1, parágrafo 1 e 4.2, parágrafo 1), terão maior peso as negociações preliminares (...)” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215).

²⁷⁸ No original e na íntegra: Article 4.3 (Relevant Circumstances). In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves (...)”. Disponível em <www.unidroit.org>. Acesso em 19.11.2018. Em tradução livre : « Artigo 4.3. (Circunstâncias relevantes). Na aplicação dos artigos 4.1 e 4.2, devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias, especialmente: (a) as negociações preliminares entre as partes; (b) as práticas estabelecidas entre as partes (...)”.

²⁷⁹ Cf. GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. *Traité de droit civil, Les obligations, part 2*. 2 ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 28 e segs, *apud* MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177.

²⁸⁰ O que dependerá, é claro, da configuração de uma legítima confiança por parte do declaratório a respeito de certo conteúdo negocial. Tendo em vista as noções apreendidas no primeiro capítulo, já se viu que, em regra, as declarações materializadas no curso das tratativas não possuem caráter negocial, motivo pelo qual foi dito

Em outras palavras, e incorporando-se a lição acima ao específico objeto deste estudo, temos que em algumas situações, paradoxalmente, as declarações oriundas da fase de tratativas servirão não para aclarar a declaração negocial propriamente dita, mas, ao contrário, para suscitar nela alguma ambiguidade, lacuna ou obscuridade, devendo o intérprete, nesses casos, ir além da busca pelo conteúdo subjetivo da regulação negocial (ou seja, ir além da fase interpretativa meramente recognitiva), para sanar a deficiência da declaração na fase complementar do processo interpretativo. Em síntese, portanto,

a ambiguidade pode ser intrínseca, quando é inerente à linguagem isoladamente considerada, ou extrínseca, quando surge do confronto da linguagem da declaração negocial com as circunstâncias relevantes. Esse critério pode, a nosso ver, ser estendido a toda as deficiências da declaração negocial. Assim, uma lacuna da declaração, por exemplo, tanto poderá ser detectada pelo exame da literalidade da linguagem (e em especial após a análise do contexto verbal), quanto poderá surgir da análise das circunstâncias relevantes.²⁸¹

Afinal, a vontade das partes, como já referido, é apreendida pelo intérprete após a análise de todas as circunstâncias relevantes, e não apenas do sentido literal da declaração contratual. Por isso afirma Francisco Marino – na esteira de Emilio Betti, como já mencionado –, que perguntar se “circunstâncias que contradizem a declaração negocial podem ter relevância no processo de interpretação” é, no fundo, uma questão “mal posta”. Segundo o autor, em perspectiva aqui comungada, o sentido atribuído à declaração antes da consideração de todas as circunstâncias é provisório, devendo ser cotejado com as circunstâncias, sendo-lhe vedado deter-se exclusivamente no sentido literal da declaração sob o argumento de que o conteúdo literal é suficientemente claro, ou de que as circunstâncias contrariam o sentido do negócio.²⁸²

acima que tais hipóteses (de ambiguidades na declaração negocial oriundas das próprias tratativas) serão “extremas”. De resto, o cotejo analítico do conteúdo dos documentos oriundos da fase de tratativas com o seu valor interpretativo se dará no terceiro e último capítulo deste trabalho, momento no qual essas situações hipotéticas serão analisadas com mais profundidade.

²⁸¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 176-177.

²⁸² Na íntegra: “Circunstâncias que contradizem a declaração negocial podem ter relevância no processo de interpretação? A questão, muitas vezes mal formulada, é, no fundo, mal posta. A vontade da parte ou das partes do negócio jurídico, ou, dito de outro modo, o sentido a ele atribuído pela parte ou pelas partes, é aquele resultante da consideração de todas as circunstâncias relevantes. (...) Não se afigura correto, portanto, simplesmente descartar determinado elemento do contexto situacional em virtude de suposta contradição com o sentido da declaração negocial. Ao contrário, deve-se ter em mente que o sentido atribuído à declaração, antes da consideração de todas as circunstâncias relevantes, é provisório. Tal sentido deve ser cotejado com as circunstâncias, cujo papel é justamente aprofundar a investigação do intérprete, impedindo-o de deter-se,

Nesses casos, nos quais as circunstâncias vão de encontro à declaração negocial, muitas vezes depara-se o intérprete com uma inegável lacuna da regulação subjetiva feita pelas partes contratantes, que não poderá ser solucionada mediante a análise dos atos por elas produzidos – ou seja, na fase interpretativa meramente cognitiva, que foi tratada neste subitem –, mas apenas extrinsecamente à situação das partes, por meio de padrões de conduta objetivos. Faz-se necessário, por isso, abordar de modo mais aprofundado a fase hermenêutica dita “complementar”, conforme referida no início deste capítulo.

2.3 A fase hermenêutica complementar e o papel da boa-fé objetiva (art. 113 do Código Civil)

Como visto no item anterior, a fase interpretativa meramente cognitiva almeja recompor o conteúdo da “vontade” contratual – termo este utilizado com as ressalvas já apontadas anteriormente – por meio da busca pelo sentido efetivamente atribuído à declaração pelas partes, ou seja, por meio de elementos interpretativos que digam respeito à própria relação concreta, entabulada pelas partes, sendo por isso denominada como a fase “subjetiva” da interpretação do contrato.²⁸³

Para se alcançar esse significado “subjetivo” do negócio, deve o intérprete, como já reiterado, buscar examinar não só a literalidade da linguagem, mas também o contexto verbal e todas as circunstâncias relevantes àquela relação (contexto situacional), sem perder de vista o tipo contratual ao qual se refere, dentre outros elementos genéricos destacados no primeiro item deste capítulo.²⁸⁴

Ocorre que, em muitos casos, o conjunto de elementos interpretativos aptos a permitir a reconstrução do negócio com base na “intenção comum” das partes – ou seja, o sentido literal e o contexto circunstancial – não será suficiente para tanto; ou seja, como disse Enzo

indolentemente, no sentido literal, sob o argumento de que o conteúdo expresso é claro ou de que as circunstâncias contrariam o ‘sentido do negócio’” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173).

²⁸³ Nessa linha, a passagem de Enzo Roppo: “Os critérios aqui mencionados (arts. 1362.º-1365.º) regulam aquela que costuma denominar-se interpretação subjectiva do contrato: quer dizer a interpretação destinada a fixar a ‘comum intenção das partes’ sobre a base de declarações e comportamentos imediatamente referidos às próprias partes” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Almedina: 2009, p. 172).

²⁸⁴ “Pode-se concluir que a vontade da parte ou das partes do negócio jurídico, almejada pelo intérprete na fase hermenêutica meramente cognitiva, corresponde ao sentido que o intérprete conclui tenham a parte ou as partes atribuído à declaração negocial, após o exame da literalidade da linguagem, do contexto verbal e de todas as circunstâncias relevantes, tendo em vista o ponto de relevância hermenêutica peculiar ao negócio jurídico em questão” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174).

Roppo, pode ocorrer que “não obstante um emprego apropriado destes critérios [subjctivos], o intérprete não consiga reconstruir, de modo atendível, tal ‘comum intenção’, e que, por isso, o texto do contrato permaneça ainda obscuro ou ambíguo”.²⁸⁵

Nesses casos a doutrina sói estabelecer o chamado “momento objetivo” da interpretação, ou fase hermenêutica complementar, na nomenclatura aqui adotada. Afinal, “sendo impossível determinar uma ‘vontade’ (...) referente ao ponto lacunoso, ambíguo ou obscuro da declaração negocial, é inviável pretender sanar os defeitos da declaração recorrendo ao sentido que as partes atribuíram à declaração negocial”,²⁸⁶ motivo pelo qual a utilização de critérios hermenêuticos objetivos – no sentido de alheios à concreta relação das partes – pelo intérprete faz-se necessária. Na síntese de Enzo Roppo,

o problema de atribuir um significado à declaração contratual, deixado insolúvel pelo insucesso dos critérios de interpretação subjectiva, pode ser encarado com o recurso a outros cânones interpretativos, que já não se propõem procurar uma ‘comum intenção’ que resultara inaceitável, mas simplesmente dar ao contrato o sentido, entre os expostos em juízo pelas partes, que melhor corresponda a valores de objectiva sensatez, equidade funcionalidade. Estes cânones hermenêuticos, ditos de interpretação objetiva, encontram-se codificados (...).²⁸⁷

Em suma, nessa fase interpretativa complementar – ou objetiva –, o intérprete não buscará determinar o sentido do contrato tal qual lhe foi explicitamente²⁸⁸ atribuído pelas partes, eis que patente a ausência de substratos hermenêuticos para tanto, mas sim o sentido tal qual fornecido pelos padrões (*standards*) aplicáveis, notadamente em função da natureza, da função exercida pelo contrato no ambiente social.

²⁸⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Almedina: 2009, p. 172.

²⁸⁶ “A adoção de bitola objetiva para a fase complementar da interpretação dos negócios jurídicos inter vivos não advém de opção teórica ou doutrinária, mas sim de necessidade prática. Com efeito, sendo impossível determinar uma ‘vontade’ (vontade comum dos contratantes, no caso dos contratos) referente ao ponto lacunoso, ambíguo ou obscuro da declaração negocial, é inviável pretender sanar os defeitos da declaração recorrendo ao sentido que as partes atribuíram à declaração negocial. Isso porque, nos negócios jurídicos inter vivos, e em especial nos contratos, as partes estão em conflito de interesses e, portanto, se indagadas a respeito de como teriam regulado o ponto deficiente, naturalmente sustentariam interpretações opostas. Não faz sentido, assim, pesquisar uma ‘vontade presumível comum’, sendo ilusório justificar a solução adotada com base na vontade hipotética das partes. Somente critérios objetivos podem, pois, ajudar o intérprete nesse momento” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180).

²⁸⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Almedina: 2009, p. 172.

²⁸⁸ Não se deve confundir “explicitamente” com “expressamente”. Como visto, as circunstâncias concretas são sempre “explícitas”, no sentido de que se pressupõe terem sido externadas e capaz de inculcar no destinatário uma confiança legítima; já nem sempre poderão ser consideradas “expressas”. Outrossim, referem-se ao primeiro momento interpretativo, de índole subjectiva.

Reportando-se a esse necessário “desprendimento” da intenção comum das partes tal qual expressada, Pietro Perlingieri afirma que os critérios da fase objetiva da interpretação não almejam “determinar a comum intenção, que resultou obscura após a aplicação das regras da primeira fase [a fase meramente cognitiva, nos termos ora utilizados], mas de conferir ao contrato, dentre os diversos significados possíveis, aquele que melhor corresponda aos valores de razoabilidade, funcionalidade e equidade”.²⁸⁹

Esse momento objetivo do processo interpretativo relaciona-se ao que a doutrina costuma entender por “interpretação integrativa”,²⁹⁰ sendo esta caracterizada – e também, como se verá adiante, neste ponto diferenciada da integração dos efeitos contratuais propriamente dita –, na lição de Pontes de Miranda, pelo fato de que, na interpretação integrativa, “não se vai além do querido” pelas partes, ou seja, atribui-se ao regulamento contratual consequências jurídicas que, apesar de não estarem previstas na declaração, “teriam sido queridas em conjunto com o manifestado e manifestada com o que o foi”, sendo certo, ainda, que somente “até aí pode ir a interpretação”.²⁹¹

Como inclusive depreende-se da passagem transcrita acima, Emilio Betti notou que a doutrina tradicional, ainda muito afeita a uma concepção subjetiva do negócio jurídico –

²⁸⁹ No original e na íntegra: “[d]i regola queste disposizioni (1362-1365) sono annoverate nel gruppo delle norme di c.d. interpretazione soggettiva rivolte alla determinazione della comune intenzione dei contraenti. Qualora in séguito alla loro applicazione residuassero dubbi e ambiguità possono essere utilizzati in via sussidiaria altri criteri (1367-1371) (c.d. interpretazione oggettiva). Questi ultimi, fondandosi su ragioni di obiettiva opportunità, sarebbero considerati rivolti non piú a determinare la comune intenzione, risultata oscura in séguito all’applicazione delle prime regole, ma ad assegnare al contratto, tra i diversi significati possibili, quello piú rispondente a valori di ragionevolezza, di funzionalità, di equità” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 435). Em tradução livre: “em regra esses dispositivos (1362-1365) são incluídos no grupo das normas de interpretação subjetiva, destinadas à determinação da comum intenção dos contraentes. Contudo, caso após a sua aplicação restarem dúvidas e ambiguidades podem ser utilizados em via subsidiária outros critérios (1367-1371) (interpretação objetiva). Esses últimos, fundados em razões objetivas, são considerados orientados não mais a determinar a comum intenção, que resultou obscura após a aplicação das regras da primeira fase, mas de conferir ao contrato, dentre os diversos significados possíveis, aquele que melhor corresponda aos valores de razoabilidade, funcionalidade, equidade”.

²⁹⁰ “O conceito de interpretação integrativa (‘Erganzede Auslegung’) surgiu na doutrina alemã, de lá se difundido para a doutrina de outros países, tais como Itália, Portugal e Espanha, bem como para a nossa doutrina recente” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 216-217).

²⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, vol. III. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 342. Enzo Roppo comunga de visão semelhante, como se depreende da seguinte passagem: “É claro que, através do uso dos critérios de interpretação objectiva (a que – repita-se – pode recorrer-se, apenas, se o prévio emprego dos critérios de interpretação subjectiva não permitiu a identificação da ‘comum intenção das partes’, e deixou, por isso, subsistir a ambiguidade do texto contratual) ao regulamento acordado pelas partes, acabam sempre por sobrepor-se determinações estranhas à sua vontade, quando não contrárias a estas. Neste sentido, a actividade do juiz que procede à sua aplicação pode bem encarar-se como uma fonte de determinação do regulamento contratual, diversa da livre e voluntária autodeterminação dos interesses privados. É necessário, todavia, precisa que se trata, em qualquer caso, de uma fonte que não se coloca em posição e papel antagónico à autonomia privada” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Almedina: 2009, p. 173).

na qual a interpretação, por uma exigência mesmo lógica, deveria terminar quando inexistisse uma vontade real manifestada com a qual operar, iniciando-se aí a integração pura e simples –, acaba por recorrer às figuras da vontade “suposta” ou “presumida” para legitimar a atribuição de efeitos que, no fundo, decorreriam de considerações alheias a uma “intenção comum” fictícia, mas sim exigidas pela boa-fé e pela equidade. Nas palavras do autor, “semelhante presunção de vontade, com a qual operam alguns, parece-nos um corolário característico da velha concepção individualista que precisa justificar tudo acudindo a uma vontade dos indivíduos, ainda que fictícia”.²⁹²

Na visão de Betti, a concepção do negócio jurídico como um preceito, tal qual exposto no primeiro capítulo deste trabalho, possibilita afirmar-se, sem o medo de incorrer numa incoerência metodológica, haver um “conteúdo implícito ou marginal do negócio, que na fórmula ou na estrutura deste último não foi expresso e de modo geral, permaneceu à sombra mesmo na consciência das partes”.²⁹³ Sendo assim, segundo o autor,

a chamada interpretação integrativa versa sobre os pontos do regulamento negocial, que, mesmo não tendo sido abrangidos pela fórmula, que permaneceu inadequada, estão compreendidos na idéia que ela exprime e, portanto, continuam sendo enquadrados no conteúdo do negócio.²⁹⁴

Daí decorre, segundo Betti, a – sutil, reconhece-se – diferença entre o processo interpretativo, ainda que em sua fase integrativa, e a integração dos efeitos do contrato: enquanto naquela os aspectos não abrangidos pela declaração “brotam por uma exigência, tanto lógica como social ou jurídica, do conjunto do quanto foi dito ou feito, sendo, portanto, aferíveis e reconhecíveis desde a declaração por um nexos necessário” (consistindo de um conteúdo dito “implícito ou marginal”, mas, todavia, conteúdo), nesta pressupõe-se a “carência de um preceito apreensível pela fórmula e, portanto, uma lacuna não só na fórmula, mas na própria ideia (preceito) da regulamentação negocial”, ou seja, um aspecto não constante do conteúdo do negócio, seja ele explícito ou implícito.²⁹⁵

²⁹² No original, em tradução espanhola: “Semejante presunción de voluntad, con la que operan algunos, se nos muestra como un característico corolario de la vieja concepción individualista que precisa justificarlo todo acudiendo a una voluntad de los individuos, aun fingida” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 283).

²⁹³ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 375.

²⁹⁴ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 375.

²⁹⁵ Na íntegra e no original, em versão espanhola: “Si, como se ha dicho, la interpretación pretende desarrollar, de manera lógicamente coherente, la fórmula de la declaración o la estructura del acto para obtener la más apropiada idea de él, ha de conducir necesariamente a iluminar también aquel contenido implícito o marginal del negocio que no está expreso en la fórmula o estructura de él y que, generalmente, también ha quedado en

Como nota Francisco Marino, “em última análise, os limites da interpretação integrativa ligam-se aos próprios limites da exigência de conservação do negócio jurídico”, já que, nesta fase, “trata-se de revelar o conteúdo implícito do negócio jurídico com o intuito de conservar o máximo do conteúdo negocial, e não de criar um regramento novo”. E arremata, em feliz síntese, inspirada nas lições de Betti:

a interpretação integrativa, enquanto fase complementar do processo hermenêutico, depende da existência de meios interpretativos dos quais o intérprete possa extrair a regra negocial estabelecida pelas partes. Havendo, por definição, lacuna da declaração negocial, a interpretação integrativa pressupõe a existência de elementos do contexto situacional (circunstâncias) a partir dos quais o intérprete possa extrair o ponto não expressamente regulado. Nesse sentido, diz-se que os pontos do regramento negocial que não foram objeto de consciente reflexão das partes não devem ser criados pelo intérprete, mas sim inferidos da declaração ou do comportamento, em virtude de um nexos necessário (na interpretação integrativa). É necessário e suficiente resultarem tais pontos do conjunto de tudo aquilo dito ou feito pelas partes, em virtude de uma exigência lógica, social ou jurídica. Na ausência de tais elementos, a interpretação integrativa é inviável, cessando a atividade hermenêutica. Caso haja meios de regular o ponto faltante, tratar-se-á, então, de integração, e não de interpretação integrativa.²⁹⁶

Pois bem. Estabelecidas essas premissas acerca do que se denominou como a fase hermenêutica complementar da interpretação contratual, surge a inevitável questão: seriam os documentos não vinculantes oriundos da fase de tratativas um elemento interpretativo concernente a esta fase complementadora, ou apenas àquela dita subjetiva?

sombra para la conciencia de las partes. Es preciso y suficiente que estos aspectos que se sacan a luz broten poro una exigencia, tanto lógica como social o jurídica, del conjunto de cuanto fue dicho o hecho, y sean, por tanto, inferibles y reconocibles desde la declaración o conducta, por medio de un nexos necesario. En este punto se nos representa, de inmediato, la diferencia entre la interpretación, aun integradora (que es siempre sin embargo interpretación) y la integración del negocio, o más exactamente, de sus efectos, mediante normas supletorias” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 280). Bastante elucidativa, nesse sentido, é a síntese de Francisco Marino sobre o tema: “De fato, a integração não é integração do conteúdo do negócio jurídico, mas de seus efeitos. Cabe retomar, aqui, as noções desenvolvidas no início deste trabalho. A interpretação tem por objetivo determinar o conteúdo total do negócio jurídico (formado pelo conteúdo expresso, ou conteúdo da declaração negocial, e pelo eventual conteúdo implícito ou não declarado). O conteúdo do negócio jurídico, por sua vez, é o conjunto de preceitos ou regras que emanam do negócio jurídico. Tais preceitos trazem, de certa maneira, a ‘descrição’ dos efeitos jurídicos que a lei liga ao negócio jurídico, mas não se confundem com os efeitos jurídicos em si (sendo o conteúdo, como visto, espécie de ‘entidade mediadora entre o ato e os efeitos jurídicos’). Por meio da integração, imputam-se efeitos jurídicos ao negócio jurídico diretamente, isto é, sem o intermédio do conteúdo do negócio jurídico” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 222).

²⁹⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 228-229.

Como se viu do trecho transcrito logo acima, o momento hermenêutico complementar depende, também, da existência de elementos do contexto situacional a partir dos quais o intérprete possa extrair o ponto não expressamente regulado.²⁹⁷

Contudo, mesmo por uma exigência lógica, decorrente da própria distinção didática entre a fase hermenêutica meramente recognitiva e a complementar ora adotada, temos que, nesta segunda, as circunstâncias eventualmente relevantes à interpretação integrativa dos pontos “implícitos” do conteúdo negocial seriam aquelas ditas “abstratas” ou “típicas” – ou seja, ligadas ao caráter típico do negócio em questão, como, por exemplo, o tipo contratual em questão, ou as práticas e usos do nicho econômico específico no qual foi celebrado o contrato. Já a fase meramente recognitiva, por outro lado, prestigia aquelas circunstâncias ditas “concretas”, isto é, “ligadas ao universo específico da parte ou das partes do negócio jurídico”.²⁹⁸

A partir dessa diferenciação conceitual – cuja finalidade é meramente didática, já que ambas fases do processo hermenêutico, como já referido, muitas vezes se sobrepõem durante a atividade do intérprete –, infere-se que os documentos não vinculantes oriundos das tratativas devem ser enquadrados, em regra, como circunstâncias concretas da relação entabulada entre as partes (eis que comportamentos prévios delas), sendo, portanto, elementos interpretativos próprios da fase meramente recognitiva, ou subjetiva, já que

²⁹⁷ Essa, de resto, parece ser a opinião de Emilio Betti, segundo o qual “[e]stos puntos, a integrar por caminos de interpretación, se derivan siempre del conjunto de la declaración apreciado según cánones de buena fe, usos sociales, etc., y en esta medida son inteligibles e identificables por las partes mismas”. (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 281). Em tradução livre: “[e]stes pontos, a serem integrados por meio da interpretação, derivam sempre do conjunto da declaração, apreciado segundo cânones de boa-fé, usos sociais, etc., e nesta medida são inteligíveis e identificáveis pelas partes mesmas”.

²⁹⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117. Como ali notado pelo autor, Betti reconhece tal distinção ao tratar da diferença entre o que considera uma interpretação individual e uma interpretação típica no método interpretativo: “[a] las expresiones usadas la interpretación típica atribuye el significado normal, comúnmente admitido; aprecia el modo de comportarse de las partes en su valor típico según el *id quod plerumque accidit*, siguiendo máximas de experiencia derivadas de los usos y costumbres sociales, teniendo en cuenta el nexo lógico com las circunstancias concomitantes, que igualmente son valoradas a la luz de los puntos de vista comunes. Por el contrario, la interpretación individual parte del criterio de considerar expresiones y comportamientos en su específica concreción y de atribuirles un significado adecuado en cuanto sea posible – o, de todas formas, no contradictorio – a las particulares situaciones y relaciones que en concreto existen entre las partes, operando con criterios interpretativos elásticos en relación a las circunstancias, aun las accidentales, del caso” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 293-294). Em tradução livre: “[à]s expressões utilizadas a interpretação típica atribui o significado normal, comumente admitido; aprecia o modo de comportamento das partes em seu valor típico, segundo o *id quod plerumque accidit*, seguindo máximas de experiência derivadas dos usos e costumes sociais, tendo em conta o nexo lógico com as circunstâncias concomitantes, que são igualmente valoradas à luz dos pontos de vista comuns. Pelo contrário, a interpretação individual parte do critério de considerar expressões e comportamentos em sua específica concreção, e de lhes atribuir um significado adequado no quanto seja possível – ou, de todas formas, não contraditório – às situações particulares e relações que em concreto existam entre as partes, operando com critérios interpretativos elásticos em relação às circunstâncias, ainda que acidentais, do caso”.

destinados a auxiliar o intérprete na delimitação do conteúdo do acordo, ou seja, da “comum intenção”, tal qual anteriormente tratada.²⁹⁹

Acontece que, conforme visto no subitem anterior, muitas vezes o comportamento prévio das partes – e, mais especificamente, sua materialização por meio dos documentos não vinculantes oriundos das tratativas – poderá suscitar lacuna, ambiguidade ou omissão no conteúdo do contrato, quando confrontados com o teor literal da declaração contratual. Nessas situações, pode-se dizer que o intérprete será “levado” à fase hermenêutica complementar por conta desses documentos oriundos das partes e, para solucionar o problema, deverá recorrer aos padrões objetivos acima referidos, eis que ausente qualquer elemento interpretativo subjetivo que possa dirimir o conflito.

É nesse momento que entra em cena o art. 113 do Código Civil, que, em complemento ao já analisado art. 112, dispõe que “[o]s negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.³⁰⁰

Ao analisar o conteúdo do § 157 do Código Civil alemão,³⁰¹ cujo teor é praticamente idêntico ao do art. 113 de nosso Código Civil, Larenz afirma ser a boa-fé objetiva a “pauta da interpretação contratual integradora”,³⁰² ou integrativa.

Apesar das diferenças entre o paradigma interpretativo fornecido pelo marco legal do BGB e o do Código Civil brasileiro,³⁰³ fato é que, também em nosso ordenamento, o art.

²⁹⁹ Nesse sentido é a lição de Francisco Marino: “[a]o falarmos das circunstâncias enquanto meios para a interpretação dos negócios jurídicos, incluímos no rol acima tanto aqueles meios de maior relevância no momento ‘psicológico’ ou ‘subjetivo’ da interpretação, quanto aqueles de maior importância no momento ‘técnico’ ou ‘objetivo’ da interpretação. Enquanto, por exemplo, o comportamento da parte ou das partes do negócio jurídico está evidentemente mais ligado ao momento psicológico da interpretação, a natureza e objeto do negócio jurídico, bem como os usos e costumes, vinculam-se mais ao momento técnico do processo interpretativo” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 117-118).

³⁰⁰ Código Civil. Art. 113. *Verbis*. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

³⁰¹ Código Civil alemão (“Bürgerliches Gesetzbuch” ou, simplesmente “BGB”). § 157. *Verbis*. “Seção 157. Interpretação contratual. Os contratos interpretam-se como a boa-fé, com consideração pelos usos do tráfego, o exija”.

³⁰² Na íntegra: “Para a ‘interpretação contratual integradora’, que então há-de ter lugar, são decisivos o contexto global do contrato, um escopo do contrato reconhecido por ambas as partes e a situação de interesses, tal como foi configurada por cada uma das partes. Aqui, há que perguntar de novo sobre o que é que, nestas circunstâncias, pode considerar-se como atribuível a cada uma das partes, no sentido de um justo equilíbrio de interesses. Por isso, a lei menciona o princípio da ‘boa-fé’ (§ 157 do BGB) como pauta da interpretação contratual integradora” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 7.ed. Lisboa: Fundação. Calouste Gulbenkian, 2014, p. 423).

³⁰³ “Apesar da já apontada semelhança entre as regras de interpretação do sistema jurídico brasileiro e do alemão, parece mais adequado, no tocante à separação entre interpretação integrativa e integração, adotar a solução italiana, haja vista que a *Erganzede Auslegung* [interpretação integradora], fundada nos §§ 157 e 242 do BGB, ter acabado por assumir conotação mais ampla do que a interpretação integrativa da doutrina italiana,

113 elenca a boa-fé objetiva e os “usos do lugar” como critérios interpretativos da fase hermenêutica complementar, tal qual vista neste item.

Nesse sentido, tanto a boa-fé objetiva em função interpretativa como os “usos do lugar” referir-se-iam ao que Betti denominou como método interpretativo típico – em oposição ao método individual –, de índole manifestamente objetiva, ou seja, àquele

critério de classificar por tipos ou classes as expressões e os comportamentos, tomando em consideração o gênero de circunstâncias em que se desenvolvem e visam responder, e a cada um de tais tipos atribuir um significado constante, sem atender ao que possa ter sido a efetiva opinião das partes no caso concreto.³⁰⁴

Interpretar o contrato segundo a boa-fé objetiva seria, partindo-se das premissas acima assentadas, operar a substituição do ponto de vista relevante subjetivo para o objetivo, ou seja, “devendo-se acolher, dentre os possíveis significados da declaração, aquele que o destinatário poderia e deveria razoavelmente lhe atribuir, segundo as regras da boa-fé”.³⁰⁵ Trata-se, em outras palavras, de colocar no lugar das partes “um modelo de pessoa imaginária, normal, razoável, com o fito de averiguar o sentido que essa pessoa abstrata atribuiria à declaração negocial, nas mesmas circunstâncias [contexto] em que se encontravam declarante e declaratório verdadeiros”.³⁰⁶

aproximando-se, então, da integração” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269).

³⁰⁴ Na íntegra e no original, em versão espanhola: “La interpretación típica sigue el criterio de clasificar por tipos o clases las expresiones y los comportamientos, tomando en consideración el género de circunstancias en que se desarrollan y a las que responden, y a cada uno de tales tipos atribuye un significado constante, sin atender a la que puede haber sido efectiva opinión de las partes em el caso concreto” (BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 293-294).

³⁰⁵ No original: “dovendosi accogliere, tra i possibili significati della dichiarazione, quello che il destinatario poteva e doveva ragionevolmente attribuirle secondo le regole della buona fede” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 436).

³⁰⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185. Em perspectiva ligeiramente distinta, mas que a todo ver resulta funcionalmente semelhante, Judith Martins-Costa aduz que o art. 113 complementa o critério hermenêutico trazido pelo art. 112, trazendo a este o elemento contextual (contexto este que, pela lição da autora, parece corresponder àquele contexto abstrato, inerente ao já referido método típico, objetivo da interpretação) de modo que da conjugação de ambos enunciados “resulta a prevalência do significado normal da declaração de vontade segundo a prática corrente, entre os figurantes, se for o caso, o comportamento das partes e os usos dos negócios” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 452).

Por esse motivo, na visão de alguns, a boa-fé objetiva trazida pelo art. 113 referir-se-ia primordialmente à fase interpretativa complementar, sendo despicienda sua utilização na fase meramente cognitiva, eis que já regulada pelo art. 112 do Código.³⁰⁷

A questão, contudo, não é pacífica. Como explica Pietro Perlingieri, em lição plenamente aplicável ao paradigma normativo brasileiro, o conceito de interpretação segundo a boa-fé seria, para uns, exclusivo da fase hermenêutica complementar, quando não se consiga individualizar a “comum intenção” pelos elementos interpretativos concretos predispostos (sendo, portanto, subsidiária); para outros, serviria a boa-fé objetiva justamente para “aclarar a comum intenção”, iluminando, em realidade, todas as fases interpretativas, como “norma-princípio” que sobrepõe-se ao processo hermenêutico em geral, em posição de “absoluta proeminência”.³⁰⁸

Transpondo a controvérsia ao direito brasileiro, nota-se que, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, a doutrina já se valia do princípio da boa-fé objetiva no momento dito “subjetivo” da interpretação – momento este que, como reiterado, é o mais apropriado à consideração do comportamento prévio das partes, tal qual materializado nos documentos não vinculantes.

Isso porque, na visão de muitos autores, a teoria da confiança – pilar conceitual da primazia do conteúdo da declaração negocial em oposição à vontade interna, como já se viu ao longo do primeiro capítulo deste trabalho – está associada ao corolário da boa-fé objetiva. Adotada essa perspectiva, boa parte da doutrina justificava o teor do antigo art. 85 do Código Civil de 1916 (o atual art. 112, já analisado) à luz da boa-fé objetiva, como se vê, a título exemplificativo, da lição de Orlando Gomes:

³⁰⁷ V., por todos, a opinião de Francisco Marino: “(...) é perfeitamente possível extrair a necessidade de examinar todo o material interpretativo juridicamente relevante à luz do art. 112 do Código Civil, sem qualquer alusão ao princípio da boa-fé. O critério da boa-fé objetiva atua, com efeito, sobretudo na fase interpretativa complementar (...). Daí, inclusive, a necessidade de uma norma tal qual a do art. 113 do Código Civil” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 260-261).

³⁰⁸ Na íntegra e no original: “Per taluni questa regola, da collocare tra le norme di c.d. interpretazione oggettiva, andrebbe applicata soltanto quando le regole che la precedono (1362-1365) non abbiano condotto all’individuazione della comune intenzione e, dunque, in via sussidiaria; secondo altri essa servirebbe a determinare la stessa comune intenzione e, illuminando tutte le fasi dell’interpretazione, sarebbe da porre accanto all’art. 1362 come norma-principio che sovrintende all’intera attività di interpretazione, assegnandosi, talora, ad essa una posizione di assoluta preminenza” (PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 436). Em tradução livre: “Para alguns, essa regra [da boa-fé objetiva], a ser colocada dentre as normas de interpretação objetiva, deverá ser aplicada sobretudo quando as regras que a precedem (1362-1365) não houverem permitido a individuação da comum intenção e, conseqüentemente, em via subsidiária; segundo outros, essa regra serviria a determinar a comum intenção e, iluminando todas as fases da interpretação, se uniria ao art. 1362 como norma-princípio que perpassa toda a atividade de interpretação, atribuindo-se, desse modo, à regra uma posição de absoluta proeminência”.

Torna-se claro, nesse entendimento, que o princípio da boa-fé na interpretação dos contratos é uma aplicação particular do princípio mais amplo da confiança e auto-responsabilidade segundo o qual deve reconhecer a validade de uma declaração negocial quem a emitiu por forma que o destinatário não possa, com diligência ordinária, emprestar-lhe outro sentido, pouco importando o que o declarante quis realmente atribuir. O que em suma importa é o significado objetivo que o aceitante de proposta de contrato ‘podia e devia’ entender razoavelmente segundo a regra da boa-fé.³⁰⁹

Inobstante a importância conceitual da discussão, fato é que, para os estreitos fins deste trabalho, “*omnes viae Romam ducunt*”: a questão de ser a boa-fé objetiva um elemento interpretativo exclusivo da fase hermenêutica complementar ou, ao contrário, incidir também sobre a fase meramente recognitiva, parece não levar a consequências materialmente distintas para o intérprete, tendo em vista tudo o que já foi analisado em relação ao art. 112 do Código Civil e à busca pela “comum intenção” das partes.

Pode-se concluir, portanto, que a boa-fé objetiva, em sua função interpretativa, terá espaço tanto na fase interpretativa meramente recognitiva – na qualidade de corolário da teoria da confiança –, como, e principalmente, na fase hermenêutica complementar, na qual irá realmente assumir toda a sua potencialidade, sendo critério para “sanar lacunas, ambiguidades e obscuridades da declaração negocial, podendo, inclusive, servir de critério para revelar cláusulas ausentes do conteúdo expresso do negócio jurídico (interpretação integrativa), embora presentes no conteúdo global do negócio”.³¹⁰

Para o que mais interessa ao presente trabalho, deve-se ter em mente que (a) os documentos não vinculantes oriundos da fase de tratativas são elementos interpretativos

³⁰⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 205. No mesmo sentido parece ser a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “O conceito de boa-fé, embora flexível, pode ser dominado por uma regulamentação pragmática, a dizer que o espírito da declaração deve preponderar sobre a letra da cláusula; a vontade efetiva predominar sobre o formalismo; o direito repousar antes na realidade do que nas palavras” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45). V., também nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 436).

³¹⁰ Procurando, assim, à luz da doutrina examinada, segmentar a atuação do princípio da boa-fé objetiva de acordo com os três campos que se procurou distinguir neste trabalho, tem-se que: (a) na fase interpretativa meramente recognitiva, poder-se-ia afirmar que a boa-fé atua auxiliando a reconstrução da declaração negocial ‘conforme o espírito’, isto é, enquadrando-a na totalidade das circunstâncias [retórica]; (b) na fase interpretativa complementar, a boa-fé é critério para sanar lacunas, ambiguidades e obscuridades da declaração negocial, podendo, inclusive, servir de critério para revelar cláusulas ausentes do conteúdo expresso do negócio jurídico (interpretação integrativa), embora presentes no conteúdo global do negócio; e (c) no processo de integração, a boa-fé tem a função de criar deveres jurídicos” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 273-274).

típicos da fase hermenêutica meramente recognitiva, já que dizem respeito ao comportamento específico das partes, sendo, portanto, “circunstâncias concretas” da relação, reguladas pelo art. 112 do Código Civil; (b) apesar de dizerem respeito ao momento “subjetivo” da interpretação, podem tais circunstâncias concretas, quando levadas em conta pelo intérprete, ensejar uma lacuna na declaração negocial (quando cotejadas com a própria literalidade do instrumento), situação na qual deverá o hermeneuta recorrer aos padrões típicos e objetivos do art. 113 do Código, dada a ausência de um conteúdo negocial exposto a respeito da questão controvertida.

E a boa-fé objetiva hermenêutica, como já se viu, é capaz de atuar nessas duas etapas (até porque a distinção entre elas é meramente didática), apesar de assumir toda a sua potencialidade no âmbito do art. 113 do Código, hipótese na qual servirá como elemento interpretativo típico, e não concreto.

Dado o exposto até aqui, cabe endereçar um último ponto antes que se proceda ao terceiro e último capítulo deste trabalho, no qual, cotejando-se as noções dos capítulos anteriores, traçar-se-á uma tentativa de sistematização das hipóteses nas quais o teor dos documentos pré-contratuais serve como elemento interpretativo ao negócio.

Neste último ponto do segundo capítulo, contudo, tratar-se-á de uma figura muito recorrente nos contratos de formação mais complexa, e cuja análise de validade e eficácia, ainda que breve e certamente não exaustiva, é essencial para que se proceda à aludida sistematização final: as cláusulas de “entendimento integral”.

2.4 O problema das “cláusulas de entendimento integral”

Tratando-se, como é o caso, de contratos com um “período de gestação” mais longo, isto é, daqueles negócios nos quais há intensa negociação entre as partes, com trocas de documentos – tais quais cartas de intenção, memorandos de entendimento, minutas, trocas de correspondência, etc. –, é relativamente comum que as partes aponham ao instrumento do contrato as chamadas “cláusulas de entendimento integral”, com a pretensão específica³¹¹

³¹¹ Como demonstram Marcel Fontaine e Filip De Ly, as cláusulas de entendimento integral podem assumir objetivos diferenciados no caso concreto, sendo a exclusão de documentos pré-contratuais apenas um desses objetivos. Nesse sentido, as cláusulas de entendimento integral poderiam versar, individual ou conjuntamente, a depender do texto empregado, sobre a exclusão de (i) simulações; (ii) contratos prévios; (iii) documentos pré-contratuais – sendo esta, segundo os autores, a hipótese mais comum, e sobre a qual debruçamo-nos –; (iv) representações orais ou escritas; (v) condições genéricas; (vi) contratos e documentos futuros (FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, pp. 129-150).

de excluir expressamente tais documentos (elementos circunstanciais, como visto acima) do conteúdo do negócio jurídico celebrado.

As cláusulas de entendimento integral, como ensina Judith Martins-Costa, apesar de sua origem norte-americana, são hodiernamente, e de modo cada vez mais recorrente, encontradas em contratos regidos pelo direito brasileiro, motivo pelo qual sua análise (ainda que abreviada) neste trabalho mostra-se imperiosa.³¹²

A aposição de uma tal cláusula justifica-se, no contexto negocial acima descrito, devido à segurança jurídica que advém da exclusão do que é muitas vezes uma documentação massiva produzida pelas partes em tratativas,³¹³ e também por uma eventual redução de custos num eventual litígio.³¹⁴ Por outro lado, o “perigo” de sua utilização, especialmente quando transposta aos ordenamentos jurídicos da *civil law*, parece igualmente evidente: como corretamente notam Marcel Fontaine e Filip De Ly, em interessante estudo, “tal cláusula pode impedir as partes, juízes e árbitros de descobrirem importantes e até conclusivos elementos definidores do acordo das partes e, portanto, podem impedir a justiça substancial”.³¹⁵

O objetivo principal das partes ao aporem a dita cláusula é, em suma, fazer coincidirem os limites do instrumento contratual com os do contrato propriamente dito.³¹⁶ Para se analisar a aplicabilidade das cláusulas de entendimento integral no direito brasileiro, é necessário, contudo, bem esclarecer os conceitos, e sua relação com os cânones interpretativos específicos do sistema jurídico pátrio.³¹⁷

³¹² “Também advindas da cultura jurídica norte-americana, as ‘cláusulas de entendimento integral’ são por vezes utilizadas em contratos regidos pelo Direito brasileiro, pretendendo-se, assim, afastar elementos extratextuais (como documentos relativos às negociações)” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397).

³¹³ “C’est bien un souci de sécurité juridique qui anime les partenaires contractuels auteurs de telles clauses dans leur accord” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 66). Em tradução livre: “É mesmo uma necessidade de segurança jurídica que leva as partes do contrato a aporem tais cláusulas em seus acordos”.

³¹⁴ FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 137.

³¹⁵ No original: “On the other hand, the clause might prevent the parties, judges and arbitrators from finding important and sometimes conclusive evidence as to whether the parties had agreed on a term and, thus, might impair substantive justice” (FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 137).

³¹⁶ FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 67.

³¹⁷ Como bem observam Marcel Fontaine e Filip De Ly, “[u]nder the law of civil law countries, there is, however, some doubt as to the legal status and enforceability. One of the major problems is to reconcile the foreign origin of these clauses with the basic assumptions and principles of contract interpretation of civil law countries” (FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 138). Em tradução livre: “sob a lei dos países da *civil law*, há, contudo, certa dúvida quanto ao status legal e à eficácia. Um dos maiores problemas é o de conciliar a

Tendo em vista as noções estudadas nestes capítulos sobre o paradigma normativo-interpretativo contratual do sistema jurídico brasileiro, parece necessário concluir que, *a princípio*, a aposição de uma tal cláusula pelas partes demonstra de forma clara uma intenção comum (cf. art. 112 do Código Civil) de restringir os pontos acordados àqueles descritos no instrumento e, nesse sentido, deve ela ser reputada válida e eficaz.

Inobstante isso, há de se recordar que o resultado da atividade interpretativa será sempre, necessariamente, um *posterius*, diante dos cânones hermenêuticos contratuais analisados ao longo deste capítulo.³¹⁸ Logo, é forçoso concluir que, *a priori*, e na busca pela “comum intenção” das partes, o intérprete jamais poderá se deter na literalidade do instrumento, mesmo diante de uma cláusula de entendimento integral – esta será, de fato, um forte indicativo da comum intenção das partes, mas que, não obstante, pode ser elidido por outros elementos interpretativos que demonstrem o contrário.

Essa impossibilidade de interpretação literal apriorística decorre, é claro, de uma exigência sobretudo lógica, conseqüente à aplicação das regras hermenêuticas acima estudadas ao problema concreto. Na prática, contudo, dificilmente se conceberá uma situação na qual, mesmo diante de uma cláusula de entendimento integral aposta ao instrumento, o intérprete possa concluir pela inclusão ao regulamento contratual de certo conteúdo definido *exclusivamente* em documentação pré-contratual.³¹⁹

Nesse sentido, e reportando-se ao problema no âmbito dos ordenamentos francês e belga – mas em lição plenamente aplicável ao ordenamento brasileiro, até pela similaridade

origem estrangeira dessas cláusulas com as básicas assunções e princípios de interpretação contratual dos países da *civil law*”.

³¹⁸ A ideia, aparentemente, pode ser estendida aos sistemas jurídicos da *civil law* em geral, como se depreende das conclusões alcançadas por Marcel Fontaine e Filip De Ly, após minudente estudo comparativo: “[a]s to the civil law position regarding the effect of entire agreement clauses, the hesitations were probably most convincingly expressed during the discussions within the Working Group in the formulation of the argument that common sense would dictate that judges and arbitrators first are to admit the evidence and then to reject it if proven to be unconvincing rather than to declare it inadmissible from the outset” (FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 139). Em tradução livre: “quanto à posição da *civil law* em relação aos efeitos das cláusulas de entendimento integral, as hesitações foram mais convincentemente expressadas durante as discussões do Grupo de Trabalho na formulação do argumento segundo o qual o senso comum exigiria que juízes e árbitros, primeiramente, admitissem os elementos interpretativos e depois os rejeitassem caso reputados inúteis, do que declará-los inadmissíveis desde o início”.

³¹⁹ A questão parece remontar à ideia que a jurisprudência francesa sistematizou como a teoria das “cláusulas claras e precisas” (“*clauses claires et précises*”), segundo a qual “quando a cláusula do negócio é clara e precisa, os juízes não podem lançar mão do art. 1.156 do Code para investigar a vontade real das partes. Deve-se, nesse caso, atribuir à declaração o sentido normal, objetivo, que um homem razoável, colocado nas mesmas circunstâncias, lhe atribuiria” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 199-200).

da atividade interpretativa contratual nos sistemas da *civil law*³²⁰ –, afirmam Marcel Fontaine e Filip De Ly que, naqueles países,

(...) os juízes estarão interessados em saber se a cláusula de entendimento integral corresponde à intenção comum das partes. Se produzidas provas – em sentido contrário à cláusula de entendimento integral – demonstrativas da real intenção das partes, as cortes podem sentir-se inclinadas a prestigiarem tal real intenção, deixando de lado a cláusula de entendimento integral (...). *Contudo, se uma cláusula de entendimento integral pode ser compreendida como uma renúncia expressa ao direito de invocar termos adicionais ou contraditórios, seria difícil não aplicar a cláusula.*³²¹ (grifou-se)

Sendo assim, numa espécie de conclusão parcial, baseada nas reflexões empreendidas acima, temos que, no direito brasileiro, (a) as normas legais que versam sobre a interpretação dos negócios jurídicos – notadamente as diretrizes gerais trazidas pelos arts. 112 e 113 do Código Civil, amplamente tratadas ao longo deste capítulo –, não podem ser simplesmente afastadas pela vontade das partes ou, melhor dizendo, não é permitido ao intérprete que, ao interpretar determinado contrato, deixe tais regras de lado, adotando critérios interpretativos distintos, ainda que definidos pelas partes; (b) contudo, fato é que, ao se aplicar o próprio marco normativo do Código Civil à interpretação de determinado contrato, a oposição de uma cláusula de entendimento integral, nos moldes acima delineados, transparece a intenção comum das partes de não conferirem efeitos prescritivos aos documentos prévios, motivo pelo qual, presente a referida cláusula (e ausente qualquer vício na vontade emitida, como, de resto, é pressuposto de todo esse trabalho), a doutrina é pacífica ao negar qualquer eficácia *prescritiva* aos documentos excluídos, ressalvando, contudo, sua utilidade para aclarar termos já constantes do instrumento negocial, já que nestes haveria a comum intenção negocial.³²²

³²⁰ Interessante estudo comparativo entre os paradigmas interpretativos dos negócios jurídicos nos principais sistemas jurídicos tributários da tradição romano-germânica pode ser encontrado em MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 192 e segs.

³²¹ No original: “(...) judges in these countries will be interested to know whether the entire agreement clause corresponds to the common intention of the parties. If evidence is produced – in contravention of the entire agreement clause – showing the real intentions of the parties, courts may be inclined to enforce these real intentions and forego the entire agreement clause (...). However, if an entire agreement clause can be construed as an express waiver to invoke additional or contradicting terms, it would again be difficult to forego the clause” (FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, pp. 138-139).

³²² Referindo-se aos sistemas jurídicos da *civil law* em geral, afirmam Marcel Fontaine e Filip de Ly que as “entire agreement clauses are gaining international acceptance, but that their scope is limited to excluding supplemental or contradicting extrinsic evidence. On the other hand, there clauses should not affect the

Nesse sentido, inclusive, e na ausência de qualquer norma que verse sobre a questão no direito brasileiro, cabe destacar como exemplo o art. 2.1.17 dos já mencionados Princípios “Unidroit”, o qual dispõe que

um contrato escrito que contenha uma cláusula indicando que sua literalidade abarca a integralidades do conteúdo acordado pelas partes não pode ser contradita ou suplementada por declarações ou acordos prévios. Contudo, tais declarações ou acordos podem ser usados para interpretar o que foi escrito.³²³

Como consta dos comentários à referida norma, o efeito de tal cláusula não é o de retirar qualquer relevância dos documentos prévios, já que eles continuam a ser elementos interpretativos (extrínsecos, como visto) do instrumento contratual.

Aplicando tais lições ao direito brasileiro, Judith Martins-Costa estabelece uma interessante distinção, na linha do que já foi exposto, ao afirmar que a cláusula de entendimento integral pode tratar tanto da eficácia prescritiva dos documentos pré-contratuais – ou seja, da capacidade destes para criarem direitos, deveres ou responsabilidade –, como da eficácia hermenêutica dos mesmos, isto é, de sua capacidade de melhor iluminar o sentido e a abrangência do conteúdo da declaração negocial.³²⁴

Em seguida, referindo-se especificamente aos documentos oriundos das tratativas e não dotados de eficácia negocial – ou seja, não vinculantes –, afirma a autora que

exclui-se eventual eficácia prescritiva dos documentos anteriores que não vieram a integrar o conteúdo contratual, mas não a sua consideração para o fim de aclarar o sentido e o alcance das declarações definitivas. Os

interpretation of the contract where extrinsic evidence is admitted to show the effects to be given to the contract terms of the written contract” (FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 143). Em tradução livre: “cláusulas de entendimento integral têm ganhado aceitação internacional, mas seu escopo é limitado a excluir elementos extrínsecos suplementares ou contraditórios. Por outro lado, tais cláusulas não devem afetar a interpretação do contrato, no qual elementos extrínsecos são admitidos para aclarar os efeitos a serem atribuídos aos termos contratuais do instrumento negocial”. No mesmo sentido, v. FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 69 e segs; e, na doutrina brasileira, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 397-398.

³²³ No original: Article 2.1.17. *Verbis*. “A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing”. Disponível em <www.unidroit.org>. Acesso em 25.11.18.

³²⁴ “É preciso, porém, distinguir entre eficácias prescritivas (isto é: criadoras de direitos, deveres, responsabilidades) e eficácias hermenêuticas, essas servindo para melhor auxiliar o alcance do significado e extensão das primeiras” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397).

cânones hermenêuticos legais – especialmente os traduzidos nos arts. 112 e 113 do Código Civil – integram o Direito brasileiro, não sendo sua aplicação de escolha do intérprete, quem deve respeitá-los.³²⁵

De resto, a conclusão de que as cláusulas de entendimento integral não podem excluir a aplicação das regras hermenêuticas atribuídas pelo Código Civil aos negócios jurídicos em geral (e aos contratos em particular) decorre também do fato de que, em nosso sistema jurídico, o art. 112 do Código constitui não somente um dos “cânones hermenêutico legais” dos contratos, como bem definiu a professora Judith Martins-Costa; mais que isso, a referida norma integra a própria *definição* de negócio jurídico conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro – o qual, como visto ao longo destas páginas, prestigia a “intenção consubstanciada na declaração”, ou seja, a declaração negocial em toda sua amplitude, tal qual vista no primeiro capítulo deste trabalho.

Na mesma linha, e auxiliando-se nas lições de Carnelutti – que, referindo-se ao ordenamento jurídico italiano, alcançou conclusão semelhante, ainda que não direcionada diretamente à utilização de documentos pré-contratuais –, afirma Francisco Marino que “o art. 112 do Código Civil (...) integra a própria definição de negócio jurídico, ao prever que a declaração negocial não é aquilo que resulta do sentido literal da linguagem, mas o resultante da intenção consubstanciada na declaração”.³²⁶

Em suma, pois, temos que, por qualquer ângulo que se analise a questão, a aposição de uma cláusula de entendimento integral a determinado instrumento contratual não proibirá o intérprete de se valer dos documentos previamente emitidos pelas partes, mesmo que com a estreita finalidade de aclarar o sentido e a abrangência daqueles pontos do regulamento que tenham sido expressamente incluídos no acordo final. Essa conclusão, de resto, não parece exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro, aproximando-se inclusive do que a própria doutrina e jurisprudência das jurisdições da *common law* entendem pelos efeitos das “entire agreement clauses”.³²⁷

³²⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397.

³²⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 74-75.

³²⁷ Como notam Marcel Fontaine e Filip de Ly, “in common law jurisdictions, entire agreement clauses are not intended to exclude extrinsic evidence to prove the meaning to be given to ambiguous contract terms, to exclude terms implied by law and to fill contract gaps” (FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006, p. 141). Em tradução livre: “nas jurisdições da *common law*, as cláusulas de entendimento integral não são direcionadas a excluir elementos extrínsecos aptos a comprovarem o significado a ser conferido a termos contratuais ambíguos, a excluir pontos atribuídos pela lei e o suprimento de lacunas contratuais”.

Dito tudo isso, se espera haverem restado esclarecidos, nos dois capítulos que se passaram, os (também) dois pontos de maior importância ao cotejamento que se pretende fazer logo a seguir, no terceiro capítulo: ou seja, em brevíssimo resumo, (a) a definição conceitual e funcional da fase de tratativas – e, conseqüentemente, do caráter negocial ou não das declarações ali emitidas pelas partes que negociam –, e, em seguida, (b) a exposição dos principais cânones hermenêuticos dos contratos, tendo como base o Código Civil de 2002, de modo a concluir pelo cabimento do uso de tais documentos – não vinculantes, como se estabeleceu – na interpretação da “intenção comum” dos contratantes, inobstante a aposição de eventuais cláusulas limitativas pelas partes.

Passar-se-á agora, portanto, ao terceiro e último capítulo deste trabalho, no qual buscar-se-á sistematizar, ainda que minimamente (qualquer pretensão de esgotar um tema tão complexo correria o risco de soar deveras ousada) as hipóteses nas quais os teores desses documentos pré-contratuais podem, ou não, serem utilizados pelo intérprete como elementos hermenêuticos do contrato.

3 Possíveis efeitos hermenêuticos do suporte material pré-contratual

Os dois primeiros capítulos deste trabalho buscaram fornecer os subsídios estruturais e funcionais necessários à correta utilização dos documentos pré-contratuais na interpretação do contrato que lhes sucedeu.

Nesse esforço, o primeiro capítulo almejou conceituar e delimitar funcionalmente a fase formativa dos contratos em sua acepção mais ampla, ou seja, não só a proposta e aceitação propriamente ditas, mas, principalmente, o (mais ou menos) longo período de negociações que as antecede, também conhecido como a fase de tratativas – para se valer da expressão cristalizada pelo código civil italiano –, bem como as figuras jurídico-negociais que costumam ter na fase de tratativas seu *locus* de atuação privilegiado.

Assim, além de terem sido estabelecidos conceitos importantes como o de declaração de vontade negocial – e, por oposição, aquelas declarações despidas de caráter negocial, mas, todavia, oriundas da autonomia das partes –, foram também analisados os tipos de documentos comumente produzidos pelas partes no curso dessas tratativas (minutas, cartas ou acordos de intenção, memorandos de entendimento, etc.), destacando-se não o nome que lhes é aposto – fato este que, como visto, não diz nada por si só³²⁸ –, mas, principalmente, o seu caráter negocial ou não, ou seja, a atribuição de efeitos vinculativos a tais documentos como consequência da exteriorização de uma declaração de vontade que pode ser caracterizada, a depender de seus elementos, como negocial ou não. Tais documentos, quando não vinculantes, foram conjugados, para fins meramente expositivos, sob a alcunha genérica de “documentos pré-contratuais”.

Já no segundo capítulo, foram expostos, em linhas gerais, alguns princípios básicos da interpretação contratual, bem como outros mais específicos, sempre dentro do estrito objetivo de conferir um subsídio dogmático à utilização dos documentos pré-contratuais referidos no capítulo anterior como elementos “extrínsecos” ou circunstanciais de interpretação do contrato. Diz-se “extrínsecos” porque, como visto, apesar de muitas vezes servirem à recomposição, pelo intérprete, da própria “intenção comum” representada pelo acordo negocial, os documentos pré-contratuais ora tratados não integram o contrato em sua materialidade: dizer de outra forma seria efetivamente um contrassenso, além de atentatório

³²⁸ Como já referido, apesar do nome aposto pelas partes aos documentos pré-contratuais não possuir uma relevância jurídica autônoma – a sua qualificação, como é cediço, sempre ocorrerá mediante a interpretação do ato –, é claro que designar determinado documento como uma “minuta”, por exemplo, pode servir como um forte indicativo ao intérprete de que aquele documento não era destinado a produzir quaisquer efeitos negociais, dada o próprio significado social do termo “minuta”.

à autonomia negocial das partes que, a todo ver, não desejaram que tais documentos integrassem o acordo vinculativo (ou seja, o contrato).

Feita essa brevíssima retomada, este terceiro e último capítulo buscará, ainda que de forma não exaustiva, estudar a relação entre os documentos pré-contratuais e a interpretação do contrato em suas acepções teórica e prática, ou seja, buscar-se-á investigar em quais situações (e sob quais limites, questão essa que parece ser ainda mais sensível) poderão os documentos oriundos das tratativas “dialogarem” com o conteúdo do contrato posteriormente entabulado – contrato este que, para ser fiel ao costume quase unânime da práxis, será materializado em um “instrumento”, que nada mais é do que a documentação do contrato, ou seja, um documento no qual as partes buscam refletir sua intenção comum da maneira mais objetiva e completa possível.³²⁹

Desse modo, serão tecidas algumas situações hipotéticas ideais nas quais essa dialética sói ocorrer, e será realizada uma tentativa de sistematizar o horizonte interpretativo potencial dos documentos pré-contratuais em cada uma delas e, quiçá, também extrair dessa sistematização algumas orientações hermenêuticas que possam ser úteis ao trabalho do intérprete. O auxílio da jurisprudência³³⁰ neste momento é não só enriquecedor, mas fundamental: a atividade interpretativa depende essencialmente, como se sabe, de um caso concreto ao qual se reportar, e qualquer tentativa de sistematizá-la sem o auxílio de exemplos fáticos seria, na prática, impossível.

Dito isto, proceder-se-á inicialmente à análise da primeira dessas situações hipotéticas, qual seja, aquela na qual as declarações contidas nos documentos pré-contratuais são congruentes com o conteúdo expresso do instrumento. Em seguida, será estudado o papel

³²⁹ Como ensina Orlando Gomes, “sob o aspecto material, o contrato apresenta-se como um conjunto de disposições. A formulação dos interesses recíprocos obedece a normas consagradas pela praxe, que visam a facilitar sua interpretação. (...). Posto não seja obrigatória a observância de fórmulas sacramentais, o uso de expressões consagradas é aconselhável para traduzir com mais segurança, a intenção das partes. A existência dessas fórmulas, de emprego frequente, possibilita análise mais objetiva do aspecto externo dos contratos. O instrumento de qualquer contrato compõe-se, essencialmente, de duas partes: o preâmbulo e o contexto. No preâmbulo, procede-se à qualificação das partes, declara-se o objeto do contrato e, de regra, se enunciam as razões determinantes de sua realização ou objetivo que os contratantes têm em mira. (...) O contexto de um contrato compõe-se de série ordenada de disposições, que se chamam cláusulas, quando escrito”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 17). É de se notar que, ao se referir ao “contexto” do instrumento, Orlando Gomes trata do que já se definiu no segundo capítulo deste trabalho como o “contexto verbal” do instrumento, em contraposição ao “contexto situacional”, ou circunstâncias, categoria na qual se enquadram os documentos pré-contratuais ora tratados.

³³⁰ Devido à míngua de julgados nacionais que versem sobre o tema específico deste trabalho – ausência esta que, de resto, já foi constatada no âmbito doutrinário –, muitas vezes o estudo socorrer-se-á de julgados internacionais, ou mesmo arbitrais, o que de resto em nada prejudica a sua relevância para o estudo do tema no âmbito do Código Civil brasileiro, dada a similaridade do tratamento conferido à matéria tanto pela CISG como pelos principais ordenamentos influenciados pela romano-germânica (notadamente França, Itália, Alemanha e Portugal), tal qual visto no segundo capítulo deste trabalho.

desses documentos em face do silêncio do instrumento contratual – hipótese muito recorrente na prática, e na qual os documentos prévios assumem seu maior potencial hermenêutico, como se verá. A terceira situação hipotética, por sua vez, é aquela na qual o teor dos documentos pré-contratuais mostra-se expressamente incongruente com o do instrumento do contrato. Por último, e extrapolando um pouco o critério metodológico empregado nas situações anteriores, analisar-se-á também, com base em casos concretos, um dos possíveis efeitos advindos da utilização hermenêutica desses elementos pré-contratuais, qual seja, a possibilidade de que a própria vontade negocial seja aferida por meio dos documentos prévios (ou, mais amplamente, das tratativas).

3.1 Documentos pré-contratuais congruentes com o teor expresso do instrumento

Pois bem. A primeira dessas situações ideais – e talvez a mais simples delas – é, portanto, aquela na qual a declaração de vontade contida num documento pré-contratual está em mansa consonância com o teor expresso do instrumento, ou mais amplamente, do contrato que lhe deu sequência. Nessas situações, a análise das circunstâncias negociais não apresenta qualquer disparidade em relação à vontade consubstanciada no instrumento contratual; muito pelo contrário, do cotejamento de ambas se extrai uma unidade pacífica de sentido, ainda que com aprofundamentos variáveis, a depender do grau de detalhamento da “intenção comum” contida no referido documento prévio.

Nesses casos, não há dúvidas de que, valendo-se dos referidos documentos como elementos interpretativos circunstanciais da intenção comum das partes, conforme parece exigir o art. 112 do Código Civil, poderá o intérprete utilizá-los para melhor aclarar algum ponto do regulamento contratual, ainda que tais documentos pré-contratuais tenham sido despidos de qualquer eficácia negocial. Mais que isso, nesses casos tais documentos podem assumir papel importante na construção do contexto do contrato, tal como visto no segundo capítulo deste trabalho.

Tal assertiva soa relativamente incontestada. Afinal, resgatando os conceitos trazidos no primeiro capítulo, temos que, nestas hipóteses de congruência entre o conteúdo de documentos pré-contratuais e o teor expresso do instrumento do acordo, a utilização pelo intérprete das disposições contidas nos primeiros não representará uma exagerada discricionariedade na delimitação da intenção comum; em outras palavras, nesses casos o conteúdo da declaração negocial não está sendo contrariado por um ato prévio das partes ao qual não foram atribuídos efeitos negociais, mas, ao contrário, a famigerada “intenção

comum” está sendo plenamente atendida, servindo os documentos pré-contratuais como elementos de reforço do conteúdo do acordo, e não o contrário.

Analisando a temática, Judith Martins-Costa afirma, em consonância com o que foi acima dito, que tais documentos “servem como meios interpretativos suplementares para aclarar a declaração negocial objetiva quando congruentes com o significado objetivo da declaração, ou do comportamento contratual”.³³¹ No mesmo sentido é a lição de Emilio Betti, o qual, invocando o cânone da totalidade hermenêutica,³³² conclui que

nem a declaração interpretativa nem aquela conclusiva podem operar uma brusca separação do preceito contratual em relação ao seu processo de formação ou à totalidade espiritual em que ele naturalmente se enquadra como manifestação da autonomia privada. As negociações (cód. civ. 1337), como outros meios interpretativos extratextuais, poderão ser utilizadas apenas com o limite da incompatibilidade, ou seja, *na medida em que não estiverem em desacordo, mas forem, de certo modo, compatíveis com o teor da declaração conclusiva* ou com o significado estabelecido numa declaração interpretativa subsequente.³³³ (grifou-se)

A esta altura, é importante abrir um parêntesis: bem vistas as coisas, a assertiva de Betti, acima transcrita, não parece se limitar às situações de uma congruência explícita, evidente, entre o teor dos documentos pré-contratuais e o conteúdo expresso do instrumento do acordo, tal como pressuposto neste subitem.

Isso porque, na prática, há de se reconhecer que quando há um instrumento contratual expresso e “unívoco” (inobstante o paradoxo) em sua literalidade, a tarefa do intérprete torna-se sensivelmente reduzida em termos de complexidade: não é à toa que, para os litígios nos quais há um instrumento contatual “claro” e expresso, o Código Civil francês concebeu a regra das cláusulas claras e precisas (“*clauses claires et précises*”),³³⁴ segundo a qual, na opinião da doutrina francófona, “um instrumento claro não poderia comportar qualquer interpretação, pois isso deformaria a intenção comum das partes”.³³⁵

³³¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397.

³³² V., a respeito do cânone da totalidade hermenêutica, o primeiro subitem do segundo capítulo deste trabalho.

³³³ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 349.

³³⁴ *Code Civile*. Verbis. “Art. 1192. On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.” Em tradução livre: “Artigo 1192. As cláusulas claras e precisas não podem ser interpretadas sob pena de desnaturação”.

³³⁵ “(...) Dans ces conditions, on comprendre aisément qu’un instrumentum clair ne puisse subir une quelconque interprétation car cela aboutirait à déformer l’intention des parties” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 81). Em

Apesar de não ser possível concordar com a afirmação – em rigor, o resultado da interpretação é sempre um *posterius*, como visto anteriormente –, fato é que, quanto maior a concretude e a exatidão do texto empregado pelas partes no instrumento, menos espaço terá o intérprete para se valer de outros elementos interpretativos (notadamente os circunstanciais) a fim de alcançar o conteúdo do acordo, ou seja, a “intenção comum” das partes; afinal, nesses casos de um instrumento “claro” (com as ressalvas já feitas ao termo), a quantidade de sentidos possíveis a serem extraídos a partir do texto contratual diminui sensivelmente.

Ou melhor, ainda que o intérprete se valha de tais documentos, a importância “autônoma” dos mesmos será diminuta, tendo em vista a contínua possibilidade de remissão, pelo hermeneuta, ao conteúdo expresso do instrumento, o que permite uma aferição precisa e segura de conformidade à vontade das partes.

Sendo assim, é forçoso reconhecer que a configuração de divergências entre as partes acerca do conteúdo que se possa atribuir ao acordo negocial – tratando-se da interpretação contratual em sua fase meramente recognitiva, portanto –, pressupõe sempre alguma deficiência do instrumento.

Em suma, bem vistas as coisas, é apenas alguma lacuna, ambiguidade ou obscuridade do instrumento contratual – ou seja, a configuração de uma insuficiência da fase meramente literal da interpretação recognitiva, para se valer dos conceitos vistos no segundo capítulo – que levará o intérprete a se valer, efetivamente, do conteúdo dos documentos oriundos das tratativas, dos documentos pré-contratuais, para delimitar a intenção comum das partes. Uma vez completo e preciso o instrumento contratual, é difícil conceber tal necessidade (ou melhor, tal utilidade), motivo pelo qual as situações de uma congruência dos documentos pré-contratuais com o teor expresso do instrumento são hipóteses de frequência e importância diminutas a práxis contratual.

Ao mesmo tempo, não se há de confundir eventuais lacunas e/ou ambiguidades de cláusulas constantes do instrumento contratual com lacunas e/ou ambiguidades do acordo propriamente dito: o que se está a analisar é justamente a possibilidade de superação dessas deficiências do instrumento por meio da análise dos documentos pré-contratuais; contudo, ainda se encontra o intérprete, globalmente, na fase interpretativa meramente recognitiva, ou seja, *é também pressuposto que o conteúdo possa ser reconduzido à vontade das partes por*

tradução livre: “(...). Nessas condições, compreende-se que um instrumento claro não poderia comportar qualquer interpretação, pois isso deformaria a intenção comum das partes”.

meio da análise desses documentos prévios, e não ser integrado por critérios externos, como é o caso da fase interpretativa complementar.

Sendo assim, e retornando à reflexão de Betti transcrita acima, temos que em todas as situações hipotéticas de dialética entre documentos pré-contratuais e instrumento ora analisadas, deverá haver uma mínima compatibilidade entre o teor dos documentos prévios e a intenção comum do acordo (materializada, no caso, pelo instrumento contratual), para que aqueles sejam utilizados pelo intérprete, sob pena de desvirtuamento do comando do art. 112 do Código Civil, de extrapolação da fase interpretativa meramente recognitiva e, mais que isso, de ofensa à autonomia negocial das partes.

Todas essas reflexões têm o condão de nos levar ao próximo tópico, no qual será analisada a função desempenhada pelos documentos pré-contratuais em face de um silêncio do instrumento contratual, que parece ser o seu *locus* de atuação privilegiada.

3.2 Documentos pré-contratuais em face do “silêncio” do instrumento

Tendo em vista as ponderações acima empreendidas, é intuitivo concluir que o terreno mais fértil para a utilização pelo intérprete dos documentos pré-contratuais é, justamente, quando estiver diante do silêncio, obscuridade e/ou ambiguidade do instrumento a respeito de um ou de outro ponto do regulamento contratual de interesses.

Afinal, é justamente quando as partes não houverem deixado claro determinado ponto do regulamento de interesses – o que se dá, normalmente, diante de alguma lacuna no instrumento, ou mesmo de uma cláusula ou disposição ambígua, que não deixa de representar um silêncio, ao menos funcionalmente³³⁶ – que os documentos pré-contratuais assumirão toda a sua potência de elementos extrínsecos de aferição da intenção comum subjacente ao acordo.

Pois bem. De plano, devem ser discernidas das lacunas não intencionais aquelas intencionais, ou seja, aquelas ausências voluntárias de regulamentação sobre algum ponto do acordo de interesses. Aqui, como é cediço, o respeito à autonomia das partes é quase insuperável. Afinal, a principal função dos contratos incompletos – pois é disso que se

³³⁶ Para fins exclusivamente didáticos, as cláusulas ambíguas e/ou obscuras também serão enquadradas como hipóteses de “silêncio” do instrumento, no sentido de que, em termos funcionais, nestes casos o instrumento haverá deixado de fornecer uma resposta clara quanto à configuração de um interesse comum das partes acerca de determinado ponto do regulamento contratual. Estruturalmente, contudo, reconhece-se serem figuras distintas.

trata³³⁷ – é justamente a de postergar o ajuste de determinada conduta para um momento posterior, numa espécie de gestão negativa dos riscos contratuais. Nesse sentido, ensina Paula Greco Bandeira que

no contrato incompleto, portanto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão negativa do risco econômico superveniente (rectius, álea normal), os quais serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna.³³⁸

Diante dessa espécie de silêncio eloquente, a princípio, não haveria sequer sentido lógico em se cogitar da integração de tais lacunas através dos documentos pré-contratuais. É que, nessas hipóteses, a utilização de declarações pré-contratuais para colmatar pontos não regulados (ou parcialmente regulados) pelo instrumento seria atentar contra a intenção comum das partes, ou seja, o acordo – que, a todo ver, optou por deixar tal (potencial) elemento da relação contratual “em branco”.

Nesses termos, são criticáveis aprioristicamente aquelas decisões judiciais que, sob o pretexto de investigar o conteúdo do acordo de vontades, aponham elementos constantes de declarações pré-contratuais ao contrato propriamente dito, inobstante ser unívoco o silêncio do instrumento, no sentido de não acordar sobre aquele ponto determinado, ou, pelo menos, ser essa a presunção. É o que afirma Julien Ferraris, ao notar, reportando-se à jurisprudência francesa, que

os documentos pré-contratuais são suscetíveis de ser utilizados, segundo a jurisprudência, como meios indiretos de destruição de um silêncio contratual unívoco, motivo pelo qual permitem que se aniquile a força obrigatória do ato jurídico mais recente, em prol de um precedente.³³⁹

³³⁷ É claro que, para além dos contratos incompletos e suas funcionalidades, o silêncio intencional pode pura e simplesmente dizer respeito à ausência de acordo acerca de determinado interesse, que por isso não será incluído no contrato, ou seja, não vinculará as partes, seja no presente, seja no futuro.

³³⁸ BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. In: *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2015, p. 2713. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20944/15323>>. Acesso em 15.01.19. Para uma análise mais aprofundada acerca das funcionalidades dos contratos incompletos, v. BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

³³⁹ No original: “On conclura que les documents précontractuels sont susceptibles d’être utilisés, selon la jurisprudence, comme outils de destruction indirects d’un silence contractuel univoque, en ce qu’ils permettent d’annihiler la force obligatoire de l’acte juridique le plus récent au profit d’un précédent” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 85). Em tradução livre: “Concluir-se-á que os documentos pré-contratuais são suscetíveis de serem utilizados,

Exemplo prático dessa utilização indevida, segundo o autor, seria aquele representado por uma decisão de Corte de Cassação francesa, em julgado de 1976.³⁴⁰ Naquele caso, um particular vinha mantendo troca de correspondências com seu banqueiro, a fim de obter um financiamento destinado a diversas finalidades.

Em determinado momento, as partes concordaram, ainda em sede epistolar, em celebrar o aludido contrato, mediante determinados termos, ali constantes. Contudo, ao assinarem o instrumento contratual, uma das condições que haviam sido manifestadas na troca de correspondências não foi mantida – o que, na visão do autor (com a qual tendemos a concordar), representaria, *a priori*, um forte indicativo da ausência de intenção das partes em se vincularem em relação àquele ponto.

Inobstante isso, a 1ª câmara cível da Corte de Cassação francesa entendeu pela utilização daquelas declarações epistolares na composição da intenção comum do contrato, vinculando, portanto, as partes não só aos termos do instrumento, mas também àquelas declarações prévias – que representavam, a todo ver, a fase de meras tratativas –, de modo a incluir a cláusula pretendida pelo particular no regulamento de interesses.

Como se pode perceber do exemplo trazido, *o problema maior que se coloca ao intérprete nesse tipo de situação é de índole probatória*, qual seja, o de conseguir aferir que determinado ponto foi excluído do regulamento contratual (ou seja, para fins desta análise, do instrumento do contrato) pela inequívoca intenção comum das partes, em uma espécie de “silêncio eloquente”, e não por descuido ou qualquer outro motivo que não diga respeito ao acordo comum, isto é, à vontade negocial.

Nesse sentido, e referindo-se aos contratos incompletos, ensina Paula Greco Bandeira que “[a] função econômico-individual do regulamento contratual incompleto há de abranger, em definitivo, o escopo dos contratantes em gerir negativamente a álea normal do contrato”, ou seja, “há de se verificar se o negócio tem por função gerir negativamente a álea normal do contrato”,³⁴¹ ou se, ao contrário, a ausência de previsão acerca de determinado ponto pode ser interpretada como não-intencional.

segundo a jurisprudência, como meios indiretos de destruição de um silêncio contratual unívoco, motivo pelo qual permitem que se aniquile a força obrigatória do ato jurídico mais recente, em prol de um precedente”.

³⁴⁰ 1ere Civ. 21/4/1976, Bull. Civ. 1976, I, n° 135, *apud* FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, pp. 82-83.

³⁴¹ BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. In: *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2015, p. 2714. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20944/15323>>. Acesso em 15.01.19

Aplicando a lição ao precedente acima citado, para que seja “superado” o conteúdo do instrumento (no sentido de incluir no regramento contratual elemento por ele não previsto), é necessária a demonstração de que as partes efetivamente desejavam incluir esse elemento no programa contratual, mas que não o fizeram por algum motivo, constatação essa que, num primeiro momento, parece não depreender do simples fato de as partes terem acordado sobre algum ponto no âmbito exclusivo das tratativas.

Outrossim, a fim de evitar esse tipo de dubiedade, devem as partes deixar claro, ao compor o instrumento contratual, a sua intenção comum de remeter a regulação de determinado ponto a um momento posterior, seja por meio de uma disposição expressa nesse sentido, seja por meio de uma cláusula de entendimento integral, tal qual vista no final do segundo capítulo deste trabalho.

Por outro lado, tratando-se de um silêncio não intencional, ou de uma cláusula ambígua e/ou obscura, a questão da utilização dos documentos pré-contratuais ganha relevo e complexidade, e assume, digamos assim, seu “terreno” de atuação ideal.

Afinal, ao contrário do que ocorre quando há uma declaração pré-contratual manifestamente incongruente com o teor do instrumento – hipótese essa que, de resto, será melhor analisada no subtópico seguinte –, a ausência de previsão e/ou ambiguidade de determinada cláusula do instrumento em relação ao conteúdo constante de documentos prévios confere uma margem de atuação mais ampla ao intérprete, que não ficará tão adstrito ao conteúdo do instrumento, já que esse não representará a intenção comum das partes em relação ao ponto discutido (eis que silente a esse respeito).

O silêncio – amplamente considerado – do instrumento é, portanto, e com o perdão pela insistência, *locus* privilegiado da utilização dos documentos pré-contratuais em sua função interpretativa. Como já notou Julien Ferraris, em estudo específico sobre o tema,

(...) tratando-se do silêncio, a mais ampla margem de manobra do juiz decorre do fato de que *é mais fácil erigir uma intenção comum em um terreno contratual desimpedido, ou seja, um silêncio do contrato, do que previamente destruir um sólido edifício intencional já existente, ou seja, um texto contratual [instrumento] que contenham estipulações claras*. Em outras palavras, se a presença de uma ambiguidade, mesmo leve, é sempre necessária para ensejar uma operação interpretativa, esta se instala muito mais facilmente nos casos em que o contrato não se beneficia de estipulações expressas e claras (grifou-se).³⁴²

³⁴² No original: “(...) en matière de silence, la plus grande marge de manoeuvre du juge découle du fait qu’il est plus facile d’ériger une intention commune sur un terrain contractuel dégagé, autrement dit sur un silence du contrat, que d’avoir au préalable à détruire un solide édifice intentionnel existant, c’est-à-dire un texte

Nessas ocasiões, percebe-se não haver um óbice apriorístico à utilização das declarações pré-contratuais na busca pela determinação do conteúdo do acordo.

Afinal, e reportando-se aqui à já mencionada lição restritiva de Betti acerca do alcance desses documentos, o silêncio do instrumento possibilita que, em muitas situações, o intérprete possa se valer das declarações prévias para determinar a intenção comum das partes, sem que isso represente uma incompatibilidade com o teor da “declaração conclusiva” – ou seja, do instrumento.³⁴³ E não haverá incompatibilidade, justamente, porque os elementos interpretativos da fase interpretativa meramente recognitiva (notadamente o instrumento ou o teor literal da declaração, de um lado, e as circunstâncias ou o “contexto”, de outro) não serão contraditórios.³⁴⁴

Tome-se como primeiro exemplo prático julgado oriundo da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2005.³⁴⁵

O caso tratou de uma disputa entre duas empresas em relação à interpretação de um contrato de prestação de serviços de hotelaria em plataformas oceânicas, firmado entre elas em meados de 2001, o qual, por sua vez, havia sido precedido por um documento intitulado *acordo de intenções* no início daquele mesmo ano, no qual as partes estabeleceram os elementos principais do negócio posteriormente entabulado.

Passados quase dois anos da celebração do contrato, a contratante dos serviços de hotelaria (autora da ação declaratória de inexistência da dívida) quis denunciar a relação, momento no qual foi surpreendida com uma cobrança, pela prestadora dos serviços de hotelaria (a ré da ação), referente a supostas diferenças entre os valores que haviam sido pagos por aquela e o preço acordado contratualmente.

contractuel contenant des stipulations claires. Plus simplement, si la présence d’une ambiguïté, même légère, est toujours nécessaire pour ouvrir une opération d’interprétation, celle-ci s’installe beaucoup plus facilement dans le cas où le contrat ne bénéficie pas de la défense active de stipulations expresses et claires qui la chassent” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, pp. 94-95).

³⁴³ Como se pode ver, a diferença de um silêncio “intencional” para um silêncio “não intencional”, tal qual visto logo acima, é além de extremamente sensível, predominantemente fática, e dependerá da análise do caso concreto.

³⁴⁴ Remete-se aqui aos conceitos estudados no segundo capítulo, notadamente à bipartição da atividade interpretativa em duas fases, sendo a primeira delas – a fase interpretativa meramente recognitiva ou, simplesmente, subjetiva – o momento de utilização, pelo intérprete, dos documentos pré-contratuais, na qualidade de elementos circunstanciais da declaração de vontade (ou, simplesmente, o “contexto” do contrato, como visto).

³⁴⁵ TJRJ, Ap. Civ. no. 0101277-52.2003.8.19.0001, 1ª CC, rel. Des. Helena Belc Klausner, j. 13.09.05.

Segundo a autora, a ré havia interpretado erroneamente o contrato, entendendo que havia sido acordado um número mínimo de pessoas a serem hospedadas em determinada plataforma oceânica, enquanto que o instrumento nada dispunha nesse sentido.

Fato é que, efetivamente, *a disposição relativa ao número mínimo de pessoas a serem hospedadas não constava do instrumento celebrado, mas unicamente daquele acordo de intenções firmado meses antes da contratação*. Sendo assim, configurou-se o óbvio e recorrente embate: de um lado, a autora, tomadora do serviço, aduzindo que “os contratantes jamais poderiam exigir qualquer tipo de obrigação ou direito que não estivessem estipulados no instrumento contratual”, já que “o Acordo de Intenção faz menção expressa quanto a eventuais mudanças que seriam, e foram realizadas”, ou seja, não era vinculante,³⁴⁶ de outro, a ré, prestadora do serviço, pugnando pela validade e eficácia da disposição, com argumentos fundados na finalidade do contrato, já que “a contratação para serviços de hotelaria em unidade marítima versa[ria] sempre sobre uma certa quantidade de contingente (...) sendo necessária a fixação de número real, devido a mão de obra ser orçada para o serviços, assim como os materiais e demais produtos”.³⁴⁷

Como consta do acórdão, o juízo de primeira instância indeferiu o pedido da autora, entendendo, inclusive, que “o cerne da demanda diz respeito à interpretação do contrato firmado entre partes, levando-se em consideração o acordo de intenção que estipulava o mínimo de contingente para propiciar o orçamento financeiro”.³⁴⁸

No mesmo sentido, a 1ª Câmara Cível do TJRJ, reconhecendo que “a controvérsia trazida à colação se resume à interpretação do Contrato de Hotelaria celebrado entre as partes após, e com base em anterior Acordo de Intenções”, entendeu que a disposição referente ao número mínimo de hóspedes integraria o acordo inobstante o silêncio do instrumento, devido a determinados elementos que configurariam uma “intenção comum” nesse sentido – notadamente, a estipulação de número idêntico de profissionais (a serem empregados em razão do serviço de hotelaria) no Acordo de Intenções e no instrumento contratual definitivo.

Indeferiu a Câmara, portanto, o pedido autoral, decidindo pela existência de uma dívida desta em relação à prestadora dos serviços de hotelaria. Confirma-se a ementa do referido acórdão, pela esmerada concisão:

³⁴⁶ Cf. fls. 245 dos autos.

³⁴⁷ Cf. fls. 244 dos autos.

³⁴⁸ Cf. fls. 244 dos autos.

Comercial. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com cancelamento de protesto e indenização a título de danos morais - *Contrato celebrado após e com base em anterior acordo de intenções* -- Contrato que tem por fim prestação de serviços de hotelaria marítima (offshore) nas dependências da plataforma 135 d (...) Controvérsia acerca da existência do débito - *Interpretação do acordo de intenções e do contrato celebrado entre as partes - Estipulação no contrato de número de profissionais idêntico ao do acordo de intenções, cuja composição de equipe possui relação direta com o contingente de pessoas embarcadas/dia* - Provisões que ficaram à disposição da contratante - Manutenção da sentença que julgou improcedentes os pedidos - Desprovisionamento do apelo. (grifou-se)

O julgado acima comentado engloba, como já parece claro, vários dos conceitos vistos neste trabalho, e serve como um bom indicativo da aplicação prática dos documentos pré-contratuais em sua função interpretativa. Isso porque, do acima exposto, resta claro que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se valeu do conteúdo de um acordo de intenções não vinculante para interpretar a intenção comum das partes, devido ao *silêncio* não intencional do instrumento contratual (o que elimina a possibilidade de se tratar de um contrato incompleto, nos moldes acima expostos) em relação a um dos elementos do programa contratual entabulado. E só assim agiu o Tribunal porque, a todo ver, o ponto conflituoso – qual seja, a previsão de um número mínimo de hóspedes – estaria em consonância com a vontade declarada das partes no instrumento contratual, até porque as partes mantiveram, neste, o mesmo número de profissionais de hotelaria que havia sido designado por ocasião do Acordo de Intenções.

Um segundo julgado acerca do tema, e quiçá ainda mais paradigmático, é oriundo de um Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1976.³⁴⁹

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, devido às famigeradas Súmulas no. 454 e no. 5, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, ambas no sentido de que “a simples interpretação de cláusula contratual” não daria ensejo à apreciação dos recursos direcionados aos referidos tribunais superiores,³⁵⁰ tem como

³⁴⁹ STF, REExt. no. 78.946/MG, rel. Min. Moreira Alves, j. 14.06.76.

³⁵⁰ *Verbis*. Supremo Tribunal Federal. Súmula no. 454. “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário” (01.10.1964). *Verbis*. Superior Tribunal de Justiça. Súmula no. 5. “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” (10.05.1990). Para uma visão crítica acerca das limitações impostas à atividade hermenêutico-valorativa dos juízes, v. TEPEDINO Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-35.

consequência uma relativa escassez de julgados que digam respeito exclusivamente a questões de interpretação dos contratos.

Outrossim, a abrangência das referidas Súmulas possui certos “limites”: isso porque, como visto no segundo capítulo deste trabalho, os cânones hermenêuticos fornecidos pelo Código Civil aos negócios em geral (e aos contratos em particular) são de aplicação imperativa, motivo pelo qual a sua inobservância por parte dos tribunais de instâncias inferiores poderá ensejar recurso aos tribunais superiores – notadamente ao STJ, no cenário pós Constituição da República de 1988 –, por violação aos artigos 112 e 113 do Código Civil, por exemplo, no que a doutrina chama de “erro de interpretação”.³⁵¹

Nesse sentido, inclusive, e para o que mais interessa ao estudo, as referidas Súmulas não devem impedir a apreciação de se “determinada cláusula contratual (ou o contrato como um todo) foi interpretada de acordo com o contexto verbal e com o quadro de circunstâncias juridicamente relevantes (art. 112)”.³⁵² Em outras palavras, temos que, a depender do caso concreto, não haverá óbice em que seja interpretado o contrato mediante a utilização dos documentos prévios, mesmo perante os tribunais superiores, já que muitas vezes a não apreciação desses documentos – ou a sua apreciação errônea – podem configurar uma violação aos cânones hermenêuticos fornecidos pelo Código Civil aos contratos, notadamente ao art. 112 do Código.

Feita essa ressalva, passa-se à análise do Recurso Extraordinário no. 78.946/MG, julgado em meados de 1976, sob a relatoria do Min. Moreira Alves. Em breve resumo, tratava o litígio de uma disputa acerca da correta interpretação a ser conferida à cláusula de preço de um instrumento público de compra e venda de imóvel. Explica-se.

Em dezembro de 1969, um sujeito chamado Paul Dardot celebrou escritura pública de compra e venda de um imóvel de sua propriedade com outro cidadão de nome Clemente Álvares de Oliveira. O imóvel, de grandes proporções e localizado na cidade de Belo

³⁵¹ Segundo Francisco Marino, as Súmulas nos. 454 do STF e 5 do STJ se submeteriam a dois limites distintos, quais sejam, (i) quando a interpretação ensejar nova qualificação do contrato; e (ii) quando for detectado o referido “erro de interpretação”. Nas palavras do autor, em relação ao primeiro desses limites, “sempre que a reinterpretação de uma cláusulas contratual ou de um contrato como um todo venha a acarretar uma nova qualificação ou uma nova classificação, tratar-se-á de *quaestio iuris*, não incidindo, portanto, as súmulas acima transcritas”. Já em relação ao “erro de interpretação”, que mais interessa ao presente trabalho, aduz o autor que “[e]m segundo lugar, deverá ser discutida a eventual existência de erro de interpretação, isto é, se a interpretação realizada pelo tribunal *a quo* observou as normas jurídicas interpretativas aplicáveis à espécie (...)”. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pp. 284-285).

³⁵² MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 284.

Horizonte, seria destinado a servir como cemitério particular, estando somente pendente, à época da venda, o requerimento de concessão feito à prefeitura do município.

Na referida escritura pública, constava que o preço da venda seria composto por uma parcela fixa e outra variável, de 5% (cinco por cento) do valor recebido pelo comprador com a venda dos jazigos, quando da operacionalização do cemitério.

Adicionalmente, pactuaram as partes cláusula geradora de alguns deveres ao comprador, Sr. Clemente, nas situações de cessões futuras da propriedade de lotes do imóvel, sob pena de resolução do contrato de compra e venda. Na referida cláusula 12 do instrumento público – cláusula esta em torno da qual girou a disputa, como se verá logo diante –, lia-se que “[v]indo o outorgado comprador a utilizar e ou a destinar o imóvel à venda parcelada a terceiros, em lotes *ou* para qualquer outra utilização lícita, obriga-se e compromete-se o mesmo, perante os outorgantes vendedores (...)” (grifou-se).³⁵³

Poucos meses após a compra do imóvel, em fevereiro de 1970, o Sr. Clemente constituiu com seus familiares uma sociedade limitada chamada “Social”, para quem prometeu a venda da propriedade do imóvel comprado do Sr. Paul Dardot, ficando a empresa responsável pelo pagamento das parcelas vincendas do preço e demais obrigações assumidas no instrumento público. Ato contínuo (na mesma data), a Social cedeu os direitos e obrigações a ela transmitidos para outra sociedade, a “Ordem de Frei Orlando”, que, com isso, passou a vender a terceiros o direito aos jazigos perpétuos localizados no cemitério, sob a forma de “certificados de sócio-proprietário”.

Realizadas essas cessões, o Sr. Clemente ajuizou, no final do ano de 1970, ação declaratória em face do Sr. Paul Dardot, objetivando, em suma, que fosse reconhecido (i) o direito daquele de vender a propriedade do imóvel globalmente, e não apenas sob a forma de lotes; conseqüentemente, (ii) que a incidência da parcela variável (cinco por cento) do preço fosse aplicada sobre a venda global do terreno realizada à “Social”; e, por fim, (iii) que o Sr. Paul Dardot não teria direito a 5% (cinco por cento) do valor das alienações dos jazigos perpétuos a terceiros, tal qual vinha sendo realizada pela “Ordem de Frei Orlando”.

Surpreendentemente (ou não), a ação foi julgada procedente em ambas instâncias do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O acórdão de segunda instância, adotando

³⁵³ Na íntegra: “12. – Aproveitamento do imóvel – Vindo o outorgado comprador a utilizar e ou a destinar o imóvel à venda parcelada a terceiros, em lotes ou para qualquer outra utilização lícita, obriga-se e compromete-se o mesmo, perante os outorgantes vendedores: a) submeter à prévia apreciação dos mesmos o respectivo plano ou projeto de aproveitamento, antes de requerer a respectiva aprovação na Prefeitura Municipal; b) promover a venda a terceiros segundo plano progressivo de utilização ou de ocupação da área global do imóvel, de forma que entre as áreas adquiridas por terceiros não ocorra nenhuma solução de continuidade, salvo as vias internas de acesso ou de circulação que forem previstas” (Cf. fls. 221/222 dos autos).

interpretação puramente literal da referida cláusula 12 do instrumento público, entendeu que a já transcrita locução “em lotes *ou* para qualquer outra utilização lícita” conferiria ao Sr. Clemente o direito de transmitir a propriedade global do imóvel à “Social”, incidindo sobre esta transmissão a parcela variável do preço, sem que isso configurasse um inadimplemento do contrato de compra e venda.³⁵⁴

O imbróglio chegou então ao Supremo Tribunal Federal, por conta de recurso extraordinário proposto pelo Sr. Paul Dardot. Ali, o Pretório Excelso, por maioria de votos, deu provimento ao extraordinário, anulando a sentença de primeira instância, sob o fundamento de que a mesma haveria abstraído “das circunstâncias em que se firmou o contrato, do seu contexto como um todo, do fim econômico a que ele visava”. Confira-se, pela clareza, a ementa do julgado:

Ação declaratória. Interpretação de cláusula contratual. - A interpretação de cláusula contratual pode ser objeto de ação declaratória. - Viola o disposto no artigo 85 do Código Civil interpretação que leva em consideração, exclusivamente, a letra de cláusula contratual, abstraindo completamente das circunstâncias em que se firmou o contrato, do seu contexto como um todo, do fim econômico a que ele visava. - Nulidade da sentença por vício em sua fundamentação. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

A decisão do Supremo Tribunal Federal se baseou em alguns elementos circunstanciais do negócio para alcançar tal conclusão. Dentre eles, interessa-nos sobremaneira o fato de as partes terem celebrado, meses antes do instrumento público, um documento particular, qualificado pelo Min. Xavier de Albuquerque como “pré-contrato”, mas que, consoante o próprio ministro, apenas reduzia a escrito “os pontos fundamentais dos entendimentos iniciais”³⁵⁵ – ou seja, tratava-se, a todo ver, de um documento pré-contratual não vinculante *per se*, ou seja, uma redução a escrito do estágio das tratativas, tal qual visto no primeiro capítulo deste trabalho.

³⁵⁴ Como se extrai do acórdão do STF, o tribunal *a quo* entendeu que “a cláusula em questão (12ª), introduzida por uma (oração) subordinada condicional, não obriga aos adquirentes a revenda do imóvel em lotes, mas prevê – prevê apenas – uma forma de escolha ao alvedrio dos compradores. Então – se os compradores optassem por essa forma de revenda, aí sim, é que teriam de observar as restrições feitas sub a e sub b. – Quid inde? Os autores prometerem vender o imóvel globalmente à SOCIAL. E porque assim agiram, nada mais fizeram do que exercitar um direito seu, sem que infringissem, com isso, obrigações de ordem legal ou contratual” (Cf. fls. 225 dos autos, sublinhado no original).

³⁵⁵ Cf. fls. 220 dos autos.

Inobstante o valor negocial ou não do referido documento particular,³⁵⁶ fato é que nele haviam sido previstas duas alternativas para a fixação do preço: a primeira, num valor fixo e imutável; a segunda – que foi a efetivamente adotada quando da celebração do instrumento público –, composta por um valor fixo menor, mas acrescido da remuneração variável já referida, de 5% (cinco por cento) sobre a futura arrecadação do comprador, Sr. Clemente, com a negociação dos jazigos. Além disso, nos termos do acórdão, o documento particular também previa “a organização de sociedade para explorar o empreendimento, dispondo que, se o terreno não fosse utilizado para os túmulos previstos, voltar-se-ia à primeira modalidade” do preço.³⁵⁷

Nesse contexto, o acórdão entendeu que, ao escolher a segunda opção dentre as duas estabelecidas no referido documento pré-contratual, o comprador, Sr. Clemente, haveria nitidamente compactuado com o pagamento da remuneração variável pela venda dos jazigos futuros e, portando, nesse sentido deveria ser interpretada a intenção comum das partes, diante do teor da cláusula 12 do instrumento público. Em seu voto, o Ministro Xavier de Albuquerque, referindo-se à sentença que havia interpretado de modo puramente literal a avença, afirmou que

é isso muito pouco, data vênua, para definirem-se as relações jurídicas derivadas do contrato, com mortal desprezo pela intenção dos contratantes e superlativo apego ao sentido literal da linguagem. Tal intenção, absolutamente inconciliável com a interpretação que desfechou na procedência da ação, transparece nítida dos elementos com os quais haveria de ter necessariamente operado o juiz: *o pré-contrato de feição alternativa, a falar em ‘túmulos’ precisamente na descrição da modalidade que o próprio comprador veio a preferir*; a detenção, pelo vendedor, da concessão municipal do cemitério, e sua transferência, conseqüente ao contrato, para o comprador; o próprio contrato, a regular minuciosamente o direito do vendedor ao percentual sobre as vendas parceladas, em termos tais que aparentam constituir, como negócio jurídico paralelo, sociedade em conta de participação; finalmente, a constituição, posterior ao contrato, de ambas sociedades envolvidas na quizila, e o declarado envolvimento das duas com a exploração de cemitérios e necrópoles (grifou-se).

³⁵⁶ Isso porque, mesmo que tal documento pudesse efetivamente ser qualificado como um contrato preliminar – o que, por si só, demandaria uma atividade interpretativa à parte –, a sua pertinência com o objeto do presente estudo estaria mantida, já que o pré-contrato teria sido superado pelas disposições do instrumento e, portanto, estaria despido de qualquer efeito vinculante, equivalendo, portanto, a um elemento interpretativo do comportamento prévio das partes, no curso das tratativas.

³⁵⁷ Cf. fls. 220/221 dos autos.

Feita essa longa exposição, fica claro que esse segundo julgado também materializa o que até agora se defendeu neste estudo: diante de uma indefinição do instrumento público a respeito de determinado ponto do regulamento contratual – ou seja, diante de um “silêncio” do instrumento, na perspectiva ampla já referida no início deste subitem –, o Supremo Tribunal Federal se valeu de documento não vinculante oriundo da fase de tratativas para alcançar o conteúdo da intenção comum das partes, indo além de uma interpretação puramente literal para uma “contextual” da relação negocial, em conformidade com o (atual) art. 112 do Código Civil.

Pois bem. Nos dois exemplos práticos vistos acima, pode-se constatar, com relativa tranquilidade, que a utilização dos documentos pré-contratuais foi útil e benéfica à delimitação da intenção comum das partes pelo intérprete; em outras palavras, naqueles casos, os documentos prévios serviram justamente como um “reforço” à tutela da autonomia privada, permitindo que o regulamento contratual refletisse de modo mais preciso e justo a composição de interesses que havia ensejado o negócio.

Contudo, fato é que a generalização dessa prática pela jurisprudência – qual seja, a utilização dos documentos prévios para fins interpretativos do acordo – possui certas nuances: para além dos casos nos quais a ausência de regulamentação acerca de determinado ponto da relação contratual possa ser considerada como intencional (tal qual visto no início deste subitem), temos também que, *às vezes, a utilização de documentos pré-contratuais pode acabar “gerando” a ambiguidade do instrumento.*

Afinal, como visto, a utilização dos documentos pré-contratuais na interpretação do contrato tem seu campo de atuação precípua quando *ausente* no instrumento contratual uma disposição expressa e suficiente a respeito de determinado ponto do acordo. Em outros termos, entende-se que

para preencher as lacunas ambíguas do instrumento o juiz vai explorar os documentos pré-contratuais, *procurando neles uma intenção comum suficientemente fechada para que possa ser retransmitida pelo eco do vazio do instrumento.* Tais documentos são, portando, instrumentos de dissipação das ambiguidades contratuais (grifos nossos).³⁵⁸

³⁵⁸ No original: “[e]n effet, pour combler les lacunes ambiguës de l’instrumentum le juge va exploiter ces documents précontractuels en recherchant en eux une commune intention suffisamment ferme pour être relayée par l’écho du vide scriptural. Ces documents son donc des instruments à dissiper les ambiguïtés contractuelles” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 86).

Ocorre que, muitas vezes, o instrumento contratual pode ser suficiente *per se*, mas, quando cotejado com o teor de determinada declaração pré-contratual acerca do mesmo ponto, advenha uma dúvida acerca do verdadeiro conteúdo daquele – ou seja, pode “tornar-se” ambígua a cláusula do instrumento, por conta do seu cotejo com as declarações contidas nos documentos pré-contratuais.

Nesse sentido fala a doutrina em uma “ambiguidade extrínseca”, em oposição àquela dita “ambiguidade intrínseca”. A diferença é quase autoexplicativa: enquanto a ambiguidade intrínseca decorreria de uma multiplicidade de sentidos possíveis extraídos a partir do emprego de determinada palavra ou expressão no instrumento contratual, a *ambiguidade extrínseca* pode nascer do cotejo de uma cláusula do instrumento com algum elemento contextual, ou seja, com as já estudadas circunstâncias relevantes – categoria na qual se enquadram os documentos pré-contratuais.³⁵⁹ Na esteira dessa concepção, afirma Julien Ferraris, referindo-se especificamente aos documentos pré-contratuais, que estes “constituem, no mais, fontes extrínsecas de ambiguidade do contrato”.³⁶⁰

A fim de exemplificar esse tipo de situação, o referido autor vale-se de outro julgado da Corte de Cassação francesa, datado de 1986 e bem parecido com aquele citado no início deste subitem, no qual um instrumento contratual celebrado entre um autor literário e seu editor foi considerado ambíguo não por conta de seu texto – o qual, a todo ver, era suficientemente completo –, mas por conta das trocas de correspondências mantidas entre as partes no período de tratativas, que supostamente apontavam para a existência de um acordo sobre pontos não incluídos no instrumento final.³⁶¹

Em solo nacional, uma rápida pesquisa jurisprudencial denota que o assunto está longe de ser raro; ao contrário, são recorrentes disputas contratuais nas quais as discussões sobre o significado de determinados pontos do instrumento gravitam em torno de um suposto conteúdo distinto que lhes havia sido atribuído quando das tratativas.³⁶²

³⁵⁹ A nomenclatura é oriunda da obra de GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. *Traité de droit civil, Les obligations*, part 2. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 28 e segs. V., também a esse respeito, na doutrina brasileira, MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 177.

³⁶⁰ No original: “[e]xtrapolant les dires d’un auteur qui parle ‘d’elements d’interprétation extrinsèque’ au contrat, dont font partie les documents précontractuels, on peut ajouter que ceux-ci constituent en plus des sources extrinsèques d’ambiguïté du contrat” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 87).

³⁶¹ 1ª Civ. 18/2/1986, Bull. civ. 1986, I, nº 31, *apud* FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, pp. 86-87.

³⁶² Nesse sentido, veja-se, exemplificativamente, o seguinte acórdão, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c declaratória de inexistência de débito c/c indenizatória. Contrato firmado nos termos apresentados por preposto da ré. Princípio da boa-fé. Inclusão nos

A bem da verdade, se retomarmos as noções desenvolvidas no segundo capítulo deste estudo, forçoso será concluir que a linguagem do instrumento contratual (ou melhor, o sentido literal da declaração negocial) não opera sozinha na delimitação do sentido que as partes apuseram ao contrato, mas é necessariamente acompanhada das circunstâncias relevantes, ou seja, do “contexto” negocial. Sendo assim,

cabe, aqui, extrair um corolário da necessidade de levar em conta todas as circunstâncias relevantes para extrair, na fase meramente recognitiva, o sentido atribuído pelas partes ao negócio jurídico. Quer-se referir ao fato de que *a lacuna, a ambiguidade ou a obscuridade da declaração negocial surge não só quando a linguagem na qual a declaração é vertida revela-se, em si, deficiente, mas também (o que é bastante frequente) quando a linguagem empregada pelas partes é aparentemente clara, porém não se coaduna com as circunstâncias relevantes*” (grifou-se).³⁶³

Por esse motivo, entendemos que a configuração de uma *ambiguidade extrínseca* do instrumento contratual a partir da consideração hermenêutica dos documentos pré-contratuais não vinculantes não deve ser considerada um problema em si, ou seja, não é prática atentatória à autonomia das partes; ao contrário, a constatação de uma ambiguidade extrínseca, nesse contexto hipotético, nada mais seria que a aplicação correta do comando constante do art. 112 do Código Civil, como já foi dito.

Ao mesmo tempo, essa constatação acarreta, a princípio, no reconhecimento de que todo documento pré-contratual pode, ao menos potencialmente, tornar o instrumento contratual que lhe sucedeu ambíguo, se este lhe for contrário – ou ainda, não-

cadastros restritivos de crédito. Dano moral configurado. 1ª Autora exerce atividade de gestão empresarial, administrativa e financeira de um grupo composto de várias empresas que exercem a atividade de postos de serviços e revenda de combustíveis. Em 08/11/2013, as Autoras firmaram contrato de adesão com a Ré cujo objeto é a prestação dos serviços de realização de pesquisa e consulta de dados de pessoas jurídicas e físicas nos cadastros do SPC e realização de protestos e apontamentos sem a cobrança de custas. *Contrato firmado após as tratativas firmadas com o preposto da Ré que previa o cadastramento do Grupo no plano mínimo de R\$ 20,00, sem mensalidade, para ter o benefício do protesto gratuito.* Cobrança de mensalidades embora não prestados os serviços. Negativação dos nomes dos Autores nos cadastros restritivos de crédito. *É cediço que os contratos devem ser analisados à luz do princípio da boa-fé, sendo relevante considerar a intenção e a idoneidade das partes no tocante aos termos do pacto e não apenas quanto às cláusulas contratuais formalizadas mediante a escrita.*” (TJRJ, Ap. Civ. no. 0509351-44.2014.8.19.0001, 2ª C.C., rel. Des. Elisabete Filizzola Assunção, j. 18.05.16 – destacou-se).

³⁶³ “Cabe, aqui, extrair um corolário da necessidade de levar em conta todas as circunstâncias relevantes para extrair, na fase meramente recognitiva, o sentido atribuído pelas partes ao negócio jurídico. Quer-se referir ao fato de que a lacuna, a ambiguidade ou a obscuridade da declaração negocial surge não só quando a linguagem na qual a declaração é vertida revela-se, em si, deficiente, mas também (o que é bastante frequente) quando a linguagem empregada pelas partes é aparentemente clara, porém não se coaduna com as circunstâncias relevantes” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 176).

intencionalmente silente, no tocante a um ponto que já havia sido abordado nos documentos prévios.³⁶⁴

Esse potencial interpretativo dos documentos prévios cria um interessante paradoxo.

Isso porque, como já visto no primeiro capítulo deste trabalho, os contratos comumente precedidos por documentos e declarações pré-contratuais são aqueles nos quais o consenso é mais difícil e trabalhoso de ser alcançado, ou seja, aqueles acordos nos quais a fase de tratativas se mostra mais longa e complexa.

Paradoxalmente, portanto, são nesses contratos ditos “complexos”, “nos quais a composição final é mais difícil de ser alcançada”, e que, portanto, “necessitariam de um instrumento de cristalização mais confiável possível”, que se “encontram as maiores ameaças quanto à certeza de seu conteúdo”.³⁶⁵ Em outras palavras, os documentos e declarações pré-contratuais são mais comuns nos contratos precedidos por tratativas mais longas e minuciosas (ou seja, cujo consenso é mais trabalhoso de se alcançar) e, paradoxalmente, por conta desse mesmo fato, tais contratos acabam sofrendo uma maior carga de incerteza a respeito de seu conteúdo final, quando silentes acerca de determinado ponto que havia sido tratado nas negociações. Por esse motivo, muitas vezes, tal “abertura” interpretativa terá como consequência um efeito “prolongador e amplificador” do litígio contratual, como já salientado em doutrina.³⁶⁶

³⁶⁴ Nesse sentido, afirma Julien Ferraris que “[e]n généralisant ces jurisprudences, on estimera que tout document précontractuel peut potentiellement rendre ambigu le contrat qu’il a précédé s’il lui est contraire. Cette affirmation fait immédiatement surgir les dangers que cette situation représente pour la sécurité juridique”(FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 87). Em tradução livre: “[g]eneralizando esses julgados, estimar-se-á que todo documento pré-contratual pode potencialmente tornar ambíguo o contrato que o precedeu, se a ele é contrário. Essa afirmação faz surgirem imediatamente os perigos que tal situação representa à segurança jurídica”.

³⁶⁵ Confira-se, na íntegra, a passagem: “[c]ette systématisation est à craindre pour tous les contrats ayant été précédés de documents précontractuels faisant état de communes intentions formellement remplacées par un silence dans l’instrumentum final. Or, la quantité de contrats potentiellement concernés n’est pas négligeable. De plus, ce sont certainement les contrats aux phases précontractuelles les plus longues et les plus mouvementées qui seront susceptibles d’être affectés, autrement dit les contrats les plus complexes et les plus ardues à conclure. Ce sont donc paradoxalement les contrats dont l’équilibre final a été le plus difficile à trouver, et nécessitant de ce fait un outil de pétrification le plus fiable possible, qui se trouvent les plus menacés quant à la certitude de leur contenu” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 90). Em tradução livre: “essa sistematização é aplicável a todos os contratos precedidos por documentos pré-contratuais, nos quais as comuns intenções ali delineadas houverem sido formalmente substituídas pelo silêncio do instrumento final. Assim, a quantidade de contratos potencialmente afetados não é negligenciável. Além disso, serão certamente os contratos com fases pré-contratuais mais longas e mais movimentadas os mais suscetíveis de serem afetados, ou seja, os contratos mais complexos e árduos de concluir. Paradoxalmente, são naqueles contratos nos quais a composição final é mais difícil de ser alcançada, sendo necessário, por isso, um instrumento de cristalização mais confiável possível, que se encontram as maiores ameaças quanto à certeza de seu conteúdo”.

³⁶⁶ “On peut dire que le premier désavantage découlant de l’ouverture systématique de l’interprétation du silence contractuel, par montage d’une ambiguïté, est son effet prolongateur et amplificateur du litige”

Em suma, temos que, a princípio, e como se denota dos precedentes analisados previamente, não pode o intérprete se furtar da avaliação dos documentos pré-contratuais, quando estiver perquirindo a efetiva intenção comum das partes no âmbito de um contrato (cf. art. 112 do Código Civil). Contudo, o maior perigo dessa prática – repita-se à exaustão – é, como já referido, que o intérprete acresça ao conteúdo do acordo uma obrigação que não havia sido cogitada pelas partes contratantes, ou mesmo que houvesse sido implicitamente descartada, por meio do silêncio do instrumento final.

Por esse motivo, a boa prática recomenda que, quando determinado elemento do acordo houver sido abordado no curso das tratativas, mas não incluído no programa contratual quando da sua conclusão, as partes aponham um “desacordo expresso”³⁶⁷ a respeito desse elemento no próprio instrumento contratual, de modo a deixar evidente ao intérprete sua intenção de não vinculação em relação àquele ponto específico, a afastar o recurso ao elemento pré-contratual como fonte de interpretação do conteúdo negocial.

Esse “desacordo expresso” faz-se também importante quando as partes celebram um contrato – preliminar ou definitivo – *incompleto*, tal como visto no início deste subitem, já que, nessas situações, é natural que o instrumento não contemple todos os pontos necessários ao regulamento dos interesses concretos das partes. Cumpre notar, nesse sentido, que ganha cada vez mais relevo prático a celebração de contratos preliminares ditos “incompletos”, os quais, segundo Gustavo Tepedino,

se destina[m] a desempenhar a função vinculativa para os contratantes, conferindo-lhes certeza quanto à conclusão do negócio. Ao mesmo tempo, atribui-lhes flexibilidade para negociação dos elementos faltantes que integrarão o negócio futuro. *A incerteza quanto a eventuais lacunas ou incompletudes, presentes com frequência no contrato preliminar, longe de traduzir defeito ou insubsistência da vontade declarada, revela alocação de risco para as partes* que, em nome da conservação dos negócios, se comprometem a deflagrar, cumpridas as obrigações reciprocamente

(FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 90). Em tradução livre: “Poder-se-á dizer que a primeira desvantagem da abertura sistemática da interpretação do silêncio contratual, por conta de uma ambiguidade, é o seu efeito prolongador e amplificador do litígio.

³⁶⁷ “Par conséquent, on en déduit que l’absence d’accord que représent a priori le silence univoque n’est plus suffisant, face aux documents précontractuels, pour garantir l’étanchéité des frontières de l’engagement des parties. Ces dernières doivent, dans la mesure du possible, préférer la stipulation d’un désaccord exprès pour les points qu’elles ont pu évoquer au sein des documents précontractuels” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 91). Em tradução livre: “Consequentemente, deduzir-se-á que a ausência de acordo que representaria, a priori, o silêncio unívoco não é suficiente, em face dos documentos pré-contratuais, para garantir o hermetismo das fronteiras do vínculo contratual entre as partes. Estas devem, na medida do possível, preferir a estipulação de um desacordo expresso sobre os pontos que elas porventura evocaram no âmbito dos documentos pré-contratuais”.

assumidas e condições precedentes, a celebração do contrato, ainda que incompleto.³⁶⁸ (grifou-se)

Ademais, para que tais “riscos” sejam evitados, é ferramenta útil a cláusula de entendimentos integrais, já que esta, como se viu no segundo capítulo, tem o condão de afastar a eficácia prescritiva de quaisquer documentos pré-contratuais, deixando transparente a intenção comum das partes de vincularem-se apenas em relação àqueles elementos expressamente constantes do instrumento contratual. Nesse sentido, a aposição da referida cláusula tem o condão, em regra, de “delimitar mais claramente o negócio dentro das estipulações contidas materialmente no instrumento”.³⁶⁹

3.3 Documentos pré-contratuais incongruentes com o teor expresso do instrumento

Feitas essas considerações acerca das potencialidades assumidas pelos documentos pré-contratuais diante do silêncio de um instrumento, passa-se agora à análise do potencial hermenêutico que tais documentos podem ter quando expressamente incongruentes com a declaração contratual que lhes sucedeu.

Diante dessa situação hipotética, e uma vez resgatados os conceitos trazidos no primeiro capítulo deste trabalho, é necessário reconhecer que, de um lado, há uma declaração negocial propriamente dita, com um teor expresso – e vinculante – acerca de determinado conteúdo do programa contratual, fruto de uma “intenção comum” cristalina; e de outro, há

³⁶⁸ E prossegue, em conclusão: “Justifica-se, nesse cenário, a estipulação do preliminar, com a presença de todos os elementos essenciais de validade, enquanto parte do seu conteúdo é deixada para futura gestão, em boa-fé, pelos contratantes. Compreende-se, portanto, a necessidade de contratos preliminares em negócios de elevada complexidade, afigurando-se, por vezes, como mecanismo estratégico em contratações nas quais boa parte do conteúdo contratual é deliberadamente postergada para negociações e ajustes futuros. Em última análise, a qualificação do contrato preliminar subordina-se à análise funcional do processo de tratativas, associada à declaração consensual de vontade (integrada também pelas práticas contratuais anteriores das partes e do respectivo setor da economia) quanto à presença dos elementos essenciais, estabelecidos no caso concreto, para a assunção da obrigação de contratar. Dessa forma, ainda que alguns elementos do conteúdo contratual estejam pendentes de definição, o juiz poderá “suprir a vontade da parte inadimplente”, tal qual autoriza o art. 464, Código Civil, de modo a tornar efetiva a contratação. Tal perspectiva permite dar efetividade aos contratos preliminares, nos termos pretendidos pelo codificador, a partir de análise funcional e sistemática que supere o formalismo e prestigie o valor econômico e social da autonomia privada na legalidade constitucional” (TEPEDINO, Gustavo. A execução específica de contratos preliminares (editorial). Revista Brasileira de Direito Civil, v. 18, out./dez/ 2018, pp. 12-13. Disponível em < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/303/263> >. Acesso em 11.01.19).

³⁶⁹ FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 92.

uma outra declaração de vontade, mas prévia ao consenso e não vinculante, ou melhor, “não exteriorizada para gerar resultado jurídico vinculante”.³⁷⁰

Parece forçoso concluir que, nessas situações, e considerando-se o princípio da confiança – que caracteriza e legitima a força vinculante das declarações negociais em geral, como visto –, os documentos pré-contratuais não terão valia como meios interpretativos da declaração negocial, quando incongruentes com o teor expressado no instrumento contratual. Entendimento contrário efetivamente militaria em direção contrária à autonomia negocial das partes, que confiaram, de maneira legítima, no teor de uma declaração negocial expressa e clara em determinado sentido.

Essa assertiva, apesar de um tanto óbvia, pode ser encontrada em Betti, para quem, como já referido no início deste capítulo, as declarações prévias devem ser utilizadas para a interpretação dos contratos apenas “com o limite da incompatibilidade, ou seja, na medida em que não estiverem em desacordo”,³⁷¹ com o teor do instrumento contratual. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa afirma que os “memorandos de entendimentos e/ou outros acordos preliminares (...) não servem como meios interpretativos suplementares quando forem incongruentes com a declaração negocial posterior”.³⁷²

Sendo assim, temos que, quando incongruentes com a vontade declarada no instrumento do contrato, os documentos pré-contratuais não terão o condão de “substituir” as cláusulas dispostas no instrumento – afinal, é disso que se trata –, como parece demonstrar a jurisprudência.³⁷³

A realidade é que, bem vistas as coisas, a “chave” da solução de controvérsias contratuais que envolvam uma disputa hermenêutica entre o teor expresso de um instrumento

³⁷⁰ Na síntese de Luis Gastão Paes de Barros Leães, em belo parecer sobre o tema: “[e]m resumo: nem toda declaração de vontade, através da qual se concretiza uma ação, vinculada a uma intenção determinada, constitui um negócio jurídico, gerador de obrigações. Declarações existem, que não adquirem caráter negocial, e não criam deveres ou ônus para quem as emite, visto que não foram exteriorizadas para gerar resultado jurídico obrigante.” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Protocolo de intenções sem força obrigatória*. In: Pareceres. São Paulo: Editora Singular, 2004. p. 405).

³⁷¹ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 349.

³⁷² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397.

³⁷³ Nesse sentido, v., dentre muitos outros, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de agravo de instrumento: “Agravo de Instrumento. Direito Empresarial. (...). Confissão de dívida revelando débitos resultantes de prêmios não repassados no total de R\$ 29.000.000,00. *Tratativas visando à renovação do contrato mãe e das apólices coletivas*. Confissão de dívida assinada e subsequente recusa de renovação. (...) 3- *A formação dos contratos continua submetida à regra do consenso e é no momento do encontro de vontades que exsurge a sua força vinculante. A confiança mantida na parte contrária, embora geradora de possível dever de reparar, não é substitutiva do consenso e não pode fundar isoladamente a vinculação dos contratantes*. (...) 5- Recurso provido” (TJRJ, Ag. Inst. no. 0040089-75.2014.8.19.0000, 16ª C.C., rel. Des. Eduardo Gusmão Alves De Brito Neto, j. 21.10.14 – grifou-se).

negocial e eventuais documentos pré-contratuais em sentido contrário àquele, passa muito mais pela aplicação da teoria dos vícios do consentimento – ou, em outras palavras, pela difícil prova da ocorrência de quaisquer vícios na formação do acordo –, do que pelo estabelecimento de critérios a partir dos quais os referidos documentos prévios possam ser utilizados.

Afinal, como já notado por Enzo Roppo, o período das tratativas tem uma vocação para a gestação dos vícios inerentes à vontade, já que figuras como o erro essencial e o dolo costumam aparecer quando das informações trocadas pelas partes, no contexto negocial.³⁷⁴ Trazendo tal noção ao panorama específico dos documentos pré-contratuais incongruentes com o teor do instrumento negocial, afirma Julien Ferraris que “o problema para a parte que contesta a força obrigatória de determinada estipulação litigiosa é o de provar, na maior parte dos casos, que com ela não consentiu”.³⁷⁵

Constatamos duas exceções, contudo, para esse “princípio” hermenêutico ora defendido, segundo o qual os documentos pré-contratuais seriam ineficazes em sua função interpretativa quando contrariarem o teor expresso do instrumento negocial.³⁷⁶

A primeira dessas exceções se dá quando o instrumento contratual for eivado por algum erro material, hipótese essa que não é rara na praxe dos negócios.

Nessas hipóteses de um erro puramente material do instrumento, poderá o intérprete servir-se do suporte material das tratativas – ou seja, dos documentos pré-contratuais – para alcançar o regramento objetivamente pretendido pelas partes, em prestígio à preservação do contrato em questão, e evitando, com isso, um “recurso temerário ao mecanismo das nulidades”.³⁷⁷

Um bom exemplo desse tipo de situação é trazido por Jacques Dupichot, em estudo sobre os princípios interpretativos contratuais dispostos pelo Código Civil francês.

³⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 106.

³⁷⁵ No original: “[e]n effet, le problème pour la partie qui conteste la force obligatoire de la stipulation litigieuse est de prouver, dans la plupart des hypothèses, qu’elle n’y a pas consenti ” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 95).

³⁷⁶ Como já notado por Julien Ferraris, em obra específica sobre o tema, “[c]omme la plupart des principes juridiques, celui de l’inefficacité des documents précontractuels à contrarier l’expression écrite univoque de l’instrumentum souffre d’exceptions” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 95). Em tradução livre: [c]omo a maioria dos princípios jurídicos, aquele da ineficácia dos documentos pré-contratuais que contrariem a expressão escrita unívoca do instrumento sofre exceções”.

³⁷⁷ FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 96.

O autor francês traz a lume o rotineiro processo das contratações complexas, no qual as partes (normalmente, grandes grupos empresariais), após longas e minuciosas negociações, reúnem-se fisicamente para aporem suas assinaturas e rubricas ao instrumento final do contrato; nessas ocasiões, cada contratante rubrica cada página e apõe sua assinatura ao final do documento, com o importante detalhe de que tais documentos costumam possuir dezenas – às vezes centenas – de páginas, além de serem expedidos em diversas vias, uma para cada signatário.

Nesse contexto, é muito comum e compreensível que tais signatários não confirmem cada exemplar do instrumento, e muito menos cada palavra contida em cada uma dessas vias, motivo pelo qual chega a afirmar o autor que, nesses casos, “a troca de assinaturas assume um caráter ritualístico, totalmente desvinculado da essência do acordo anteriormente concluído”,³⁷⁸ já que as partes acabam não verificando a conformidade do instrumento contratual à intenção comum das partes, que, em nossa hipótese, havia sido materializada em documentos prévio, como um protocolo de intenções. Ora, em tais situações, parece possível conceber que “os documentos pré-contratuais possam ajudar a retificar um instrumento que, apesar de claro, comporte simples erros de redação”,³⁷⁹ havendo, portanto, uma possibilidade de diálogo entre os documentos pré-contratuais e o instrumento, ainda que este seja, *a priori*, incongruente com o teor expresso daquele. De resto, essa possibilidade encontra guarida expressa no Código Civil brasileiro, quando este afirma, em seu art. 142, que “[o] erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada”.³⁸⁰

Cabe aqui uma ressalva: como já salientado em relação a outros pontos deste estudo, a maior complexidade que se põe ao intérprete quando da retificação, por meio de um documento pré-contratual, de um erro material contido no instrumento do negócio, é de índole probatória, ou seja, é conseguir comprovar o que seria um erro material ou, ao

³⁷⁸ No original : “(...) l'échange des signatures prend un caractère rituel, totalement dégage de l'accord de principe antérieurement réalisé” (DUPICHOT, Jacques. *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil. Etudes Flour. Paris: éditions Deffrénois, 1979, p. 200).*

³⁷⁹ No original: “[o]n conçoit ici que les documents précontractuels puissent aider à rectifier un instrumentum qui, bien que clair, comporte de simples erreurs de rédaction” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat. Paris: Publibook, 2003, p. 96).*

³⁸⁰ Verbis. Código Civil. “Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada”.

contrário, o que seria um indicativo da ausência de acordo das partes. Como bem sintetizado por Julien Ferraris,

a dificuldade de se admitir o recurso aos documentos pré-contratuais a fim de retificar, pela via interpretativa, a clareza de um documento contratual passa pela descoberta de um critério fiável que permita caracterizar uma simples ‘inadvertência’ datilográfica.³⁸¹

A segunda exceção à regra segundo a qual os documentos pré-contratuais não valerão de subsídio interpretativo ao contrato quando incongruentes com o instrumento negocial, na realidade, não é exatamente uma “exceção”, mas uma confirmação desse mesmo princípio. Explica-se: é que, nessas situações de incongruência manifesta, poderão também os documentos prévios servirem como um critério de contraste em relação ao teor do instrumento, exatamente para auxiliar o intérprete quanto ao efetivo conteúdo da intenção comum dos contratantes, que deu ensejo à conclusão do acordo.

Em linha semelhante ao que ora se afirma, ensina Judith Martins-Costa, apoiando-se nas lições de Emilio Betti, que os documentos pré-contratuais

podem ainda servir como meios interpretativos suplementarmente quando ‘divergir do significado objetivo da declaração conclusiva ou daquele significado que as partes estabeleceram como uma interpretação autêntica, preventiva ou sucessiva’ nesse caso servindo como *critério de contraste* (grifos nossos).³⁸²

Em termos práticos, suponhamos que as partes, no início de suas negociações, acordem em estabelecer o preço de venda da empresa “Y” pelo valor patrimonial de suas

³⁸¹ No original e na íntegra: “La difficulté d’admettre le recours aux documents précontractuels afin de rectifier, par voie d’interprétation, la clarté d’un document contractuel passe par la découverte d’un critère fiable permettant de caractériser une simple ‘inadvertance’ dactylographique. A défaut d’un tel critère, l’impossibilité pour les juges du fond de motiver l’interprétation par la présence d’équivoque dans le texte litigieux, les poussera peut-être à déplacer quelque peu artificiellement le centre de gravité de l’accord vers les documents précontractuels. Le problème serait alors d’autant plus épineux si le contrat final contenait une ‘clause des quatre coins’.” (FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003, p. 97). Em tradução livre: “a dificuldade de se admitir o recurso aos documentos pré-contratuais a fim de retificar, pela via interpretativa, a clareza de um documento contratual passa pela descoberta de um critério fiável que permita caracteriza uma simples ‘inadvertência’ datilográfica. Na falta de um tal critério, a impossibilidade dos juízes de fundo de motivarem a interpretação pela presença de um equívoco no texto do instrumento os levará, talvez, a alterarem um tanto artificialmente o centro de gravidade do acordo em direção aos documentos pré-contratuais. O problema será ainda mais espinhoso se o contrato final contiver uma cláusula de entendimento integral”.

³⁸² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397, referindo-se a BETTI, Emilio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 349.

ações e, confiantes nessa disposição, declarem-na por meio de um acordo de intenções não vinculante, redigido com a finalidade de cristalizar aquele estágio negociatório inicial. Contudo, com o desenrolar das tratativas, imagine-se que a inclusão de outros elementos ao acordo desenhado faça com que as partes negociantes mudem de ideia acerca do critério de valoração da empresa a ser vendida – já que este não mais satisfaz os interesses em jogo – e passem a adotar, por conseguinte, o valor econômico das ações da empresa “Y”, para valorá-la a contento. Uma vez concluído o acordo, o instrumento do contrato passará, então, a estabelecer expressamente a venda da empresa “Y” pelo valor econômico de suas ações.

Nesse cenário hipotético, o fato de constar de um acordo de intenções prévio o critério distinto pode ser um formidável indício ao intérprete quanto à mudança da intenção comum das partes no curso das tratativas – seja em disputas hermenêuticas relacionadas à própria cláusula, seja na interpretação de outros elementos do programa contratual, que podem estar relacionados a essa mudança de curso das tratativas.³⁸³

3.4 A aferição da vontade negocial por meio dos documentos pré-contratuais

Dito tudo isso, passa-se agora à última das situações ideais de cotejo entre os documentos pré-contratuais e o instrumento negocial, qual seja, aquela na qual aqueles documentos são utilizados não apenas para “aclarar o sentido e o alcance das declarações definitivas”,³⁸⁴ mas, indo além disso, passam a indicar ao intérprete a manifestação de uma vontade negocial propriamente dita, vinculando o declarante a um instrumento contratual com o qual ele não havia consentido expressamente.

Como se depreende do título empregado neste último subitem, trata-se, à primeira vista, de uma situação um tanto paradoxal: afinal, como visto no primeiro capítulo deste ensaio, os documentos pré-contratuais, na definição ali adotada, são declarações de vontade sem caráter negocial típico, ou seja, não são destinadas a produzir efeitos vinculantes em relação àquele(s) que a declara(m), sendo essa ausência de efeitos negociais decorrente não de uma vontade interna e puramente subjetiva, mas do próprio significado “típico” que tal

³⁸³ Afinal, como se viu no primeiro capítulo deste estudo, o programa contratual é caracterizado por um equilíbrio unitário, ou seja, todos os elementos da relação jurídica contratual integram-se e compõem a intenção comum das partes, que as levou ao vínculo negocial. Logo, a mudança no *iter* das tratativas, tal como representada por uma incongruência entre um documento pré-contratual e o instrumento definitivo, pode ser um subsídio útil ao intérprete acerca da efetiva intenção comum das partes, ainda que pelas vias de um “critério de contraste”.

³⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 397.

documento – seja ele um acordo de intenções, um memorando de entendimentos, ou mesmo uma mera minuta – assume no contexto negocial.³⁸⁵ Essa ideia é bem sintetizada por Luiz Gastão Paes de Barros Leão, em parecer sobre o tema:

(...) todo negócio jurídico, seja unilateral, bilateral, ou multilateral, origina-se de uma emissão volitiva, mas nem toda declaração de vontade gera necessariamente um negócio juridicamente vinculante. No negócio jurídico há de estar sempre presente uma finalidade jurídica, que o distingue de outros atos, também volitivos. *São frequentes as declarações de vontade, ligadas a uma intenção, mas que não se destinam a produzir, a menos diretamente, efeitos jurídicos* (grifou-se).³⁸⁶

Afinal, prossegue o autor, nos documentos pré-contratuais não vinculantes, “[o] ‘molde’ em que o acordo é vasado é, por escolha das partes, justamente, um molde não-jurídico”, motivo pelo qual, nesses casos, pode-se afirmar tranquilamente que “[n]ão há declaração negocial”,³⁸⁷ ao menos explicitamente.

Essas lições, dirigidas pelo autor às figuras dos protocolos de intenção ou minutas (v. a nota de rodapé anterior), coadunam-se perfeitamente com a teoria da confiança,³⁸⁸ que, como visto, qualifica a declaração de vontade negocial em nosso ordenamento, já que tais figuras pré-contratuais efetivamente não possuem um significado social típico de vínculo negocial, e portanto não despertam confiança legítima na outra parte; muito pelo contrário, poder-se-ia afirmar, na esteira de Antônio Junqueira de Azevedo, que tais documentos seriam, ao menos tipicamente, não vinculantes, ou seja, não negociais.³⁸⁹

³⁸⁵ O que não significa, repita-se, que um tal documento preliminar não possa efetivamente materializar um contrato válido e eficaz, a depender do caso em análise. O que se fez neste estudo foi um corte temático, destinado a excluir da análise ora empreendida qualquer documento que possa representar uma declaração de vontade negocial em si. Somente aqueles são os “documentos pré-contratuais”, para os estreitos fins deste trabalho.

³⁸⁶ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Protocolo de intenções sem força obrigatória*. In: Pareceres. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 404.

³⁸⁷ Na íntegra: “Parece claro que não se trata de negócio jurídico. Há, porém, declaração de vontade; há vontade de obter efeitos; mas esse tipo de acordo não é destinado a produzir diretamente efeitos jurídicos. O ‘molde’ em que o acordo é vasado é, por escolha das partes, justamente, um molde não-jurídico. Não há declaração negocial. (...) Um acordo de cavalheiros pode ter efeitos jurídicos indiretos: por exemplo, para interpretação de um negócio jurídico ou, mesmo, como ato ilícito de prática de concorrência desleal. É, pois, um ato jurídico em sentido estrito, do tipo declaração de intenção. Semelhantemente aos acordos de cavalheiros, têm sido feitos em negociações muito difíceis de divisão, ou partilha, e em tratativas de contratos complexos, ‘protocolos de intenção’ ou ‘minutas’, que também não têm caráter jurídico” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Protocolo de intenções sem força obrigatória*. In: Pareceres. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 405).

³⁸⁸ Remete-se aqui ao primeiro capítulo, *supra*.

³⁸⁹ Em sua tese de titularidade apresentada perante a Universidade de São Paulo, o professor Antônio Junqueira de Azevedo explora de modo interessante esse “molde social típico” que os negócios jurídicos necessariamente adotariam. É que, de acordo com o autor, “vê-se bem que não é o direito posto, o direito estatal, que dá o caráter

Partindo-se dessas considerações, o “paradoxo” surge justamente quando tais documentos, a despeito do caráter não negocial típico que os caracteriza, servem como um elemento interpretativo circunstancial tão “marcante” da relação jurídica, que apto a configurar uma vontade (ainda que tácita) contratual da parte que o declarou.

Em termos mais genéricos, tratar-se-á aqui daquelas hipóteses nas quais o contexto das tratativas, ou melhor, o comportamento prévio das partes – materializado, no caso, pelos documentos pré-contratuais já referidos –, serve como um elemento hermenêutico apto a vincular aos efeitos do contrato posteriormente celebrado um determinado sujeito que, inobstante haver participado das negociações, não assinou o instrumento final, ou seja, não efetuou a declaração negocial propriamente dita. A rigor, portanto, logo se vê que não se está aqui a tratar de uma nova hipótese em relação às versadas anteriormente, mas, simplesmente, de uma situação específica e recorrente que pode decorrer do silêncio do instrumento, quando confrontado com documentos prévios.

A nosso ver, o melhor exemplo jurisprudencial do tipo de situação ora versada, tanto pela sua notoriedade como pela qualidade de seus fundamentos, é o caso Trelleborg, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em maio de 2006.³⁹⁰

De início, abre-se um importante parêntesis: não se busca aqui efetuar uma análise completa e abrangente acerca de todas as questões jurídicas que cercam o caso “Trelleborg”. Dado o estrito objeto de interesse deste estudo, *a análise do caso restringir-se-á à utilização dos documentos pré-contratuais como elemento interpretativo circunstancial da relação contratual, tal qual de fato ocorreu*. Logo, outras questões que porventura tenham sido

de negócio jurídico a determinados atos; o direito posto recebe, quase sem refração, o que é considerado negócio jurídico pelo grupo social”, motivo pelo qual “no negócio jurídico, em princípio, há declaração de vontade, porque o agente, por meio dela, visa obter determinados efeitos, mas, como esses efeitos, *in casu*, são efeitos jurídicos e como os efeitos jurídicos, para serem obtidos, exigem um ‘molde’ dado socialmente, tem-se uma declaração de vontade que não se caracteriza pela ‘intenção de efeitos’, e sim, pelo fato de ser socialmente vista como destinada a produzir efeitos jurídicos. É a declaração negocial” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 8 e 21, respectivamente). Indo além, o autor usa como exemplo de declarações de vontade não negociais os “protocolos de intenção” ou “minutas” (quase como sinônimos), expressamente excluindo desse rol os contratos preliminares: “[s]emelhantemente aos acordos de cavalheiros, têm sido feitos, em negociações muito difíceis de divisão, ou partilha, e em tratativas de contratos complexos, “protocolos de intenção” ou “minutas”, que também não têm caráter jurídico. (...) Desses protocolos ou cartas de intenção, devem, naturalmente, ser cuidadosamente distinguidos os contratos preliminares ou pré-contratos, que têm caráter jurídico e vinculam as partes: o efeito jurídico dos últimos é criar a obrigação de realizar o contrato definitivo” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 42).

³⁹⁰ TJSP, Ap. Civ. no. 264.450-4/6-00, 7ª C.D.P., rel. Des. Constança Gonzaga, julg. 04.05.06. Cumpre notar que o litígio julgado pelo TJSP advém de uma decisão anterior do tribunal arbitral, porém, considerando-se os fins deste trabalho, é preferível analisar o acórdão do tribunal estatal sobre o tema.

importantes ao deslinde do caso em exame – notadamente, a configuração de uma relação de controle entre as empresas do grupo Trelleborg como fundamento da extensão subjetiva do compromisso – não serão aprofundadas, remetendo-se aqui a outros trabalhos que sobre elas se debruçaram com mais profundidade.³⁹¹

A ele, pois. Tratava o caso de uma alienação de 60% das quotas da sociedade empresária PAV – Projetos e Aplicações de Vibrotécnica de Vedação Ltda. (“PAV”) à sociedade “Trelleborg do Brasil”, transação essa que havia sido iniciada e intermediada por outra sociedade do mesmo grupo da compradora, a “Trelleborg Industri AB”. Tempos depois, a sociedade “Trelleborg Holding AB” – segundo o acórdão, mera extensão da “Trelleborg Industri AB” e controladora da “Trelleborg do Brasil” – adquiriu outra sociedade do mesmo ramo de atuação da PAV, a “AVS Brasil Getoflex Ltda.”.

Diante dessa última aquisição, os antigos sócios da PAV – a empresa Anel, Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. (“ANEL”), bem como seu sócio diretor, os quais, como dito, haviam vendido 60% da PAV, ficando com o restante – apresentaram demanda arbitral contra “Trelleborg do Brasil Ltda” e “Trelleborg Industri AB”, por violação dos termos do referido contrato de cessão de quotas, solicitando a respectiva indenização.

Segundo consta do acórdão do TJSP, o tribunal arbitral julgou procedente o pedido principal, condenando solidariamente as demandadas “Trelleborg do Brasil Ltda.” e “Trelleborg Industri AB” a pagarem à ANEL um determinado valor pelas quotas remanescentes da participação societária desta última na empresa vendida.

Ocorre que o contrato de cessão de quotas da PAV, que continha a cláusula arbitral em questão, havia sido celebrado somente pela “Trelleborg do Brasil Ltda.”, e não pela “Trelleborg Industri AB”, controladora daquela. Por esse motivo, a “Trelleborg Industri AB” sustentou, tanto na seara arbitral como na judicial que lhe sucedeu, sua ilegitimidade passiva

³⁹¹ É de se notar, ainda, que “não é a mera existência de grupo econômico justificativa, de *per se*, para a chamada ‘extensão subjetiva’, rigorosamente, manifestação tácita de consentimento à arbitragem, embora dessa existência possam decorrer outras eficácias” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 502). No mais, comentários específicos sobre o caso podem ser encontrados em: GIUSTI, Gilberto; MARQUES, Ricardo Dalmaso. As partes na Arbitragem Internacional: Direito Brasileiro, Unidroit e CISG – “Extensão” dos Efeitos da Cláusula Compromissória. In: CASADO FILHO, Napoleão; FINKELSTEIN, Claudio; VITA, Jonathan Barros (Orgs.). *Arbitragem Internacional* – Unidroit, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 258-259; ou, ainda, CAMPOS MELO, Leonardo de. *Extensão da Cláusula Compromissória e Grupos de Sociedades*: a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 136 e segs.

para figurar na demanda, “sob o argumento de que não assinou nenhum dos contratos objeto da ação”.³⁹²

Contudo, fato é que, inobstante não haver assinado o instrumento contratual de cessão de quotas da sociedade PAV, a controladora “Trelleborg Industri AB” havia participado intensamente das negociações que precederam o contrato, o que se comprovou por meio de diversos documentos pré-contratuais por ela assinados.

Nesse sentido, o voto relator do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo elencou diversos documentos prévios que, supostamente, demonstrariam a vontade negocial da “Trelleborg Industri AB” em relação ao referido contrato de cessão de quotas: a referida sociedade haveria figurado em documento intitulado “Carta de Intenção”, referente aos termos do contrato posteriormente celebrado; a sociedade haveria também enviado outras missivas às partes, referentes aos “termos da negociação” e “demonstrando interesse na efetivação dos negócios”, etc.³⁹³

Concluiu assim o TJSP, com base nos referidos documentos pré-contratuais (nenhum deles vinculante, diga-se de passagem), que “não obstante inexistente assinatura da apelante ‘Trelleborg Industri AB’, é mais do que evidente, face à farta documentação existente, a relação jurídica que há entre as partes”,³⁹⁴ mantendo-se, portanto, a condenação solidária que havia sido imposta pelo tribunal arbitral.

Como notou Judith Martins-Costa ao analisar o mesmo precedente,

embora sem recorrer explicitamente à boa-fé, o Tribunal paulista buscou nos elementos circunstanciais, claramente comprovados, a vinculação contratual e, por consequência, à cláusula arbitral naquele contrato ajustada. Embora o contrato tivesse sido firmado por uma empresa “holding” brasileira (“Trelleborg do Brasil”), atos de negociação e mesmo de execução contratual foram praticados pela “empresa-mãe” do seu grupo empresarial (“Trelleborg Industri AB”). Reconheceu-se, por isso, que, ainda que a “empresa-mãe” não fosse signatária do contrato, a ela poderiam

³⁹² Cf. fl. 3 do acórdão.

³⁹³ Nos termos do acórdão: “(...) acrescenta-se que a apelante ‘Trelleborg Industri AB’, em várias oportunidades, vem demonstrando o seu vínculo com a questão objeto dos autos, ou seja: participou como figurante em ‘Carta de Intenção’, conforme docs. 4 e 5 de fls. 27; enviou carta redigida nos idiomas português e inglês em que são abordados termos da negociação; o documento n. 6, retrata carta enviada pela ‘Trelleborg Industri AB’, demonstrando interesse na efetivação dos negócios (fls. 38/39); o documento 11, nada mais é do que a versão para o inglês do contrato, dele constando a ‘Trelleborg Industri AB’, representada pelo Sr. (...), vertido também para o português” (cf. fl. 4 do acórdão).

³⁹⁴ Cf. fl. 6 do acórdão.

ser estendidos os efeitos da cláusula arbitral, *em razão de sua participação ativa nas tratativas relacionadas à transação que deu origem ao litígio*.³⁹⁵

Essa extensão subjetiva da cláusula compromissória nada mais é, bem vistas as coisas, que uma decorrência da detecção de uma vontade negocial tácita decorrente de um comportamento concludente,³⁹⁶ fundada na cláusula geral da boa-fé objetiva, e configurada por meio da apreciação da conduta (ou comportamento) de determinado sujeito no curso das tratativas – conduta esta que foi materializada, no caso *supra*, por meio dos documentos pré-contratuais. Nesse sentido, ensina Gustavo Tepedino que

a previsão de forma escrita para a convenção arbitral não constitui óbice absoluto à sua extensão a partes não signatárias, desde que se possa extrair das tratativas e negociações que antecederam ou presidiram a celebração do contrato, à luz do princípio da boa-fé objetiva, o livre consentimento para a instauração do procedimento arbitral.³⁹⁷

Admitida tal possibilidade, parece evidente que a configuração de uma vontade tácita por meio dos documentos pré-contratuais – e mais genericamente, do comportamento prévio das partes – será hipótese sempre extraordinária, já que, como visto nos capítulos antecedentes, em regra, a não assinatura do instrumento definitivo deve ser compreendida como um forte indicativo da ausência de uma intenção negocial.

Exatamente por se tratar de uma hipótese excepcional, a detecção de uma vontade tácita em se vincular à cláusula compromissória arbitral – e, no fundo, ao próprio contrato – com base nas tratativas e respectivos documentos pré-contratuais deve ser realizada com parcimônia e, mais importante que isso, com estrita atenção às provas do caso concreto e aos critérios (*standards*) trazidos pela doutrina.

³⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 501-502.

³⁹⁶ Como ensina Paulo da Mota Pinto, o comportamento concludente deve ser compreendido como o elemento objetivo da própria declaração tácita: “[à] conduta a partir da qual se pode efectuar uma ilação poderemos chamar ‘comportamento concludente’. Julgamos que este deve ser visto como constituindo o elemento objetivo da ‘declaração tácita’, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa” (MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 747). A natureza estreita desse estudo desaconselha uma análise mais aprofundada acerca dessas figuras; contudo, há de se ter em mente, como já referido ao longo deste trabalho, que os documentos pré-contratuais materializam justamente o comportamento prévio das partes, e que, portanto, podem às vezes lastrear a própria detecção de uma declaração negocial tácita, como no precedente ora tratado.

³⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e autonomia privada: a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento. In: *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2016, p. 616.

Nesse sentido, a professora Judith-Martins Costa elenca alguns critérios, deduzidos da prática internacional, para auxiliarem o intérprete na detecção de uma vontade tácita oriunda do comportamento prévio das partes: (i) estabelecer o efetivo grau de importância da participação da sociedade não-signatária nas negociações do contrato; (ii) caso positiva a resposta à primeira indagação, estabelecer a existência de uma intenção inequívoca – consubstanciada no comportamento adotado, é claro – em concordar com o respectivo negócio; (iii) por último, analisar se a outra parte contratante tinha ciência de estar negociando com sociedades distintas, e não com o grupo unitariamente considerado.³⁹⁸

De fato, e considerando-se o escopo deste estudo, parece ser importante frisar que o “consentimento em arbitrar, embora tácito, deve ser inequívoco”, sob pena de violação à autonomia negocial da parte não signatária, tendo em consideração os conceitos trazidos no primeiro capítulo. Exemplificativamente, “não há falar em concludência, ou em crença legítima na aparência, se há recusa expressa na própria fase negociatória em aderir à cláusula compromissória” – recusa essa que poderá mesmo, por exemplo, constar de um documento pré-contratual, como o acordo de intenções.³⁹⁹

³⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 502-503.

³⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 503.

Conclusão

Ao longo de todo o trabalho, buscou-se investigar os possíveis efeitos hermenêuticos que podem defluir dos documentos pré-contratuais não vinculantes, quando utilizados como elementos interpretativos circunstanciais do negócio jurídico que os sucedeu. Tal análise, como visto, demandou o prévio estabelecimento de diversos conceitos ínsitos à teoria geral dos contratos, inclusive de institutos que, apesar de há muito existirem, por vezes não recebem da doutrina nacional a atenção necessária.

O estudo iniciou-se, portanto, com a investigação do conteúdo da vontade contratual, na qualidade de elemento essencial e congênito à própria ideia de negócio jurídico. Após exame do atual significado da autonomia privada à luz dos valores constitucionais e também de definição contemporânea da figura do contrato no âmbito da teoria pandectística do negócio jurídico, passou-se, então, a investigar os contornos da vontade negocial no direito brasileiro, na qualidade de elemento essencial dos negócios jurídicos em geral, e dos contratos em particular.

Nesse momento foi constatado que não é a vontade em si elemento essencial do contrato (e dos negócios jurídicos em geral), e sim a sua declaração, ou seja, a exteriorização dessa vontade em manifestação destinada a ser recebida por outrem – daí ser justificada a adoção, pelo estudo, de uma teoria preceptiva da declaração negocial, tal qual propugnada por Emilio Betti. A partir dessas noções, viu-se que, para ser reputada negocial – ou seja, capaz de produzir efeitos jurídicos para as partes, vinculando-as –, a declaração de vontade deve estar inserida em um modelo objetivamente reconhecível como apto a produzir efeitos jurídicos, não bastando a intenção meramente subjetiva do declarante quanto aos efeitos (ou à ausência deles) a serem produzidos.

Em seguida, e ainda no primeiro capítulo, foi analisado o processo de atingimento do consenso contratual, dada a importância desse momento – que nada mais é que o encontro das declarações de vontade negociais – para as reflexões que viriam a seguir.

Após uma análise crítica da fase formativa do contrato em sua acepção estrita – baseada em um modelo bifásico e estanque de proposta e aceitação, tal qual previsto no Código Civil brasileiro –, viu-se que, na prática, os contratos mais complexos costumam ser precedidos por uma longa fase de negociações, nas quais as partes, muitas vezes, alcançam gradualmente o conteúdo do contrato a ser entabulado, em processo denominado pela doutrina de formação progressiva dos contratos.

Essa fase de tratativas foi, por sua vez, também objeto de estudo detalhado ainda no primeiro capítulo. Adotou-se um conceito amplo das tratativas, como o período, mais ou menos longo, no qual as partes ainda buscam verificar a conveniência em concluir o negócio, ou seja, no qual não há ainda, necessariamente, uma vontade negocial formada.

Não obstante a ausência de intenção negocial que caracteriza essencialmente o período das tratativas, viu-se então que, muitas vezes, no curso dessa etapa, as partes produzem declarações documentais que refletem o estágio das negociações, declarações essas que podem ou não vinculá-las, seja em relação à celebração do negócio final (no qual, caso vinculantes, qualificar-se-iam como contratos preliminares), seja em relação a deveres e obrigações incidentes sobre o próprio processo negociatório (no qual, caso vinculantes, qualificar-se-iam como contratos preparatórios). Nesse momento, o estudo restringiu seu objeto apenas àquelas declarações oriundas do período de tratativas despidas de qualquer valor negocial, ou seja, não vinculantes.

Diante desse recorte temático, finalizou-se o primeiro capítulo com a análise da materialização documental dessas declarações não vinculantes, em suas formas e modelos mais comuns na prática jurídica. Foram estudadas, nessa seara, as figuras das cartas de intenção e das minutas como espécies de declarações de vontade não negociais, nas quais as partes, na maior parte das vezes, materializam o avanço de suas tratativas – ou seja, os pontos do regulamento contratual porventura alcançados –, sem, com isso, vincularem-se à celebração do acordo propriamente dito. Consignou-se, ainda, que pouco importa o *nomen iuris* conferido pelas partes ao documento; ao contrário, deve o intérprete atentar para o teor negocial ou não da declaração nele materializada.

Após essas considerações, o segundo capítulo prestou-se a satisfazer o próximo ponto de interesse do estudo, qual seja, a atividade interpretativa contratual em face do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a investigar a possibilidade dogmática de uma utilização interpretativa dos documentos pré-contratuais definidos no capítulo anterior.

Foram expostos, em linhas gerais, alguns princípios básicos da interpretação contratual, bem como outros mais específicos e setoriais, sempre dentro do estrito objetivo de conferir um subsídio dogmático à utilização dos documentos pré-contratuais referidos no capítulo anterior como elementos “extrínsecos” ou circunstanciais de interpretação do contrato. Como restou claro, a função hermenêutica do suporte material pré-contratual é encorajada pelos cânones interpretativos fornecidos pelo Código Civil aos contratos, cujas figura central ao presente trabalho foi o art. 112, não obstante haver sido abordada também a boa-fé em sua função hermenêutica, prevista no art. 113.

Nesse cenário interpretativo, e partindo-se, como já dito, da adoção de uma noção preceptiva acerca do elemento da vontade nos contratos, calcada na proteção da confiança legítima inculcada no destinatário, considerou-se a intenção consubstanciada na declaração de vontade do agente por meio de uma interpretação do contrato “como um todo”, ou seja, levando-se em conta não apenas o teor literal da declaração, mas os elementos contextuais da relação contratual, nos termos do art. 112 do Código Civil.

Viu-se, então, que o ordenamento jurídico leva o intérprete a considerar, em seu *iter* hermenêutico, os comportamentos das partes contratantes, sejam eles prévios, concomitantes ou posteriores à celebração do contrato. Para o que interessa mais ao estudo, os comportamentos anteriores das partes – materializados, no caso, pelos documentos prévios ao acordo definitivo, tal qual abordados no capítulo anterior – são, portanto, enquadrados como um importante elemento de interpretação do contrato posteriormente celebrado, já que, por meio deles, pode-se alcançar com mais exatidão o conteúdo da vontade negocial, em face das chamadas circunstâncias relevantes, que formam o “contexto” do consenso.

Para fechar o segundo capítulo, e tendo em vista o escopo da investigação ora empreendida, fez-se imperiosa a análise das chamadas “cláusulas de entendimento integral”, figuras muito comuns em contratos interempresariais, por meio das quais as partes buscam restringir a interpretação da relação contratual aos termos estritos do instrumento final celebrado. Como se viu, a oposição de tal cláusula parece não ser capaz de “anular” a eficácia hermenêutica dos documentos pré-contratuais quando servirem para “aclarar” algum ponto já constante do instrumento – ou seja, um elemento já incluído no programa contratual pela intenção comum das partes –, dada a indisponibilidade dos critérios interpretativos fornecidos pelo Código Civil aos contratos.

Chegando, portanto, ao último capítulo do trabalho, foram investigadas criticamente algumas situações ideais – e deveras recorrente na praxe, como se viu dos julgados acostados – nas quais o conteúdo do instrumento contratual pode dialogar e se beneficiar, em termos interpretativos, do suporte material a ele anterior, para assim delimitar as potencialidades e limites dessa paradoxal relação.

Desse modo, foram tecidas algumas situações hipotéticas ideais nas quais essa dialética sói ocorrer, e realizando-se uma tentativa de sistematizar o horizonte interpretativo potencial dos documentos pré-contratuais em cada uma delas, sempre com o auxílio da jurisprudência, como é cediço.

A primeira dessas situações hipotéticas traçadas, portanto, foi aquela na qual as declarações contidas nos documentos pré-contratuais são congruentes com o conteúdo

expresso do instrumento, – hipótese essa a menos controversa, já que, a princípio, não se oferece uma tão ampla margem de discricionariedade ao intérprete.

Nesse ponto, chegou-se à conclusão de que é apenas alguma lacuna, ambiguidade ou obscuridade do instrumento contratual – ou seja, a configuração de uma insuficiência da fase meramente literal da interpretação recognitiva, para se valer dos conceitos vistos no segundo capítulo – que levará o intérprete a se valer, efetivamente, do conteúdo dos documentos pré-contratuais para delimitar a intenção comum das partes. Isso porque, uma vez completo e preciso o instrumento contratual, é difícil conceber tal necessidade (ou melhor, tal utilidade), motivo pelo qual as situações de uma absoluta congruência dos documentos pré-contratuais com o teor expresso do instrumento são hipóteses de frequência e importância diminutas a práxis contratual.

Ao mesmo tempo, chegou-se à conclusão importante, extensível às demais hipóteses: é que, bem vistas as coisas, em todas as situações de utilização hermenêutica dos documentos pré-contratuais deverá haver uma mínima compatibilidade entre o teor dos documentos prévios e a intenção comum do acordo (materializada, no caso, pelo instrumento), para que aqueles sejam utilizados pelo intérprete, sob pena de desvirtuamento do comando do art. 112 do Código Civil, de extrapolação da fase interpretativa meramente recognitiva, e de ofensa à autonomia negocial das partes.

Em seguida, portanto, foi abordado o papel desses documentos em face do silêncio do instrumento contratual – silêncio este amplamente considerado, no sentido de uma falta de definição clara e suficiente a respeito de determinado elemento do programa contratual, o que incluiria, na perspectiva do trabalho, as hipóteses de obscuridade e/ou ambiguidade – , hipótese muito recorrente na prática, e na qual, como ficou claro diante dos exemplos utilizados, os documentos prévios assumem seu maior potencial hermenêutico e, ao mesmo tempo, suscitam as questões mais sensíveis à doutrina.

Em primeiro lugar, excepcionaram-se as lacunas “intencionais”, ou seja, aquelas ausências voluntárias de autorregulamentação acerca de determinado ponto, sob pena de desvirtuamento indevido da autonomia negocial dos contratantes. Afinal, a principal função dos contratos incompletos – pois é disso que se trata – é justamente a de postergar o ajuste de determinada conduta para um momento posterior; diante desse “silêncio eloquente”, a princípio, não haveria sequer sentido lógico em se cogitar do preenchimento de tais lacunas por meio dos documentos pré-contratuais, motivo pelo qual foram criticadas decisões judiciais nessa direção. Nesse tipo de situação, viu-se então que o problema maior que se coloca ao intérprete é de índole probatória, qual seja, o de conseguir aferir que determinado

ponto foi excluído do regulamento contratual (ou seja, do instrumento do contrato) pela inequívoca intenção comum das partes, e não por descuido ou qualquer outro motivo que não diga respeito ao acordo comum, isto é, à vontade negocial. Por esse motivo, concluiu o trabalho que, nessas situações de “silêncio intencional”, devem os contratantes deixar claro, ao comporem o instrumento contratual, a intenção comum de remeter a regulação de determinado ponto a um momento posterior, seja por meio de uma disposição expressa nesse sentido, seja por meio de uma cláusula de entendimentos integrais, tal qual vista no final do segundo capítulo do trabalho.

Tratando-se, ao contrário, de lacunas não intencionais, ou de uma cláusula ambígua e/ou obscura, a questão da utilização dos documentos pré-contratuais ganha relevo e complexidade, e assume, digamos assim, seu “terreno” de atuação ideal, eis que permite uma margem de atuação mais ampla ao intérprete.

Após uma análise de preciosos julgados da jurisprudência nacional que versaram especificamente sobre a questão, concluiu o estudo, nesse ponto específico, que em muitas situações o intérprete poderá se valer das declarações prévias para determinar a intenção comum das partes, sem que isso represente uma incompatibilidade com o teor da “declaração conclusiva” – ou seja, do instrumento. E não haverá incompatibilidade, justamente, porque os elementos interpretativos da relação contratual (notadamente o instrumento ou o teor literal da declaração, de um lado, e as circunstâncias ou o “contexto”, de outro) não serão contraditórios entre si; muito pelo contrário, nessas situações os documentos prévios podem servir de “reforço” à tutela da autonomia privada, permitindo que o regulamento contratual reflita de modo mais preciso e justo a composição de interesses (ou seja, o consenso) que havia ensejado o negócio.

Por fim, ainda nesse subtópico, constatou-se também que, muitas vezes, o instrumento contratual pode ser suficiente *per se*, mas, quando cotejado com o teor de determinada declaração pré-contratual acerca do mesmo ponto, advenha uma dúvida acerca do verdadeiro conteúdo daquele – ou seja, pode “tornar-se” ambígua a cláusula do instrumento, por conta do seu cotejo com as declarações contidas nos documentos pré-contratuais. Essa situação, apesar de não ser criticável – o contrato não se resume ao instrumento, como ficou claro dos capítulos anteriores – criaria um paradoxo, já que, ao invés de funcionarem para gerar maior segurança às partes contratantes (cristalizando os entendimentos gradativamente alcançados ao longo das tratativas), os documentos prévios poderiam gerar maior carga de incerteza quanto ao conteúdo final do negócio, quando silente o instrumento acerca de determinado ponto que havia sido tratado nas negociações.

A solução proposta pelo trabalho para o problema acima foi recomendar às partes que, quando determinado elemento do acordo houver sido abordado no curso das tratativas, mas não incluído no programa contratual quando da sua conclusão, aponham um “desacordo expresso” a respeito desse elemento no próprio instrumento contratual, de modo a deixar evidente ao intérprete sua intenção de não vinculação em relação àquele ponto específico, a afastar o recurso ao elemento pré-contratual como fonte de interpretação do conteúdo negocial.

A terceira situação hipotética abordada neste último capítulo, por sua vez, foi aquela na qual o teor dos documentos pré-contratuais mostra-se expressamente incongruente com o do instrumento do contrato. Nessa hipótese, foi visto que os documentos pré-contratuais não terão o condão de substituírem as cláusulas dispostas no instrumento. É que, como se viu, a solução das controvérsias oriundas destas situações se dá, na maior parte dos casos, por meio da aplicação da teoria dos vícios do consentimento, ou, mais genericamente, pela prova da ocorrência de vícios na formação do contrato.

Contudo, mesmo nessas hipóteses de incongruência com o instrumento negocial, entende a doutrina que o suporte material prévio pode ainda exercer função interpretativa, como “critério de contraste”, para se alcançar o conteúdo exato da vontade aposta ao contrato. Além disso, quando se tratar de erros materiais constantes do instrumento, poderá o intérprete servir-se do conteúdo material das tratativas para alcançar o regramento objetivamente pretendido pelas partes.

Por último, e extrapolando um pouco o critério metodológico empregado nas situações anteriores, analisou-se também, sempre com base em exemplos concretos, um dos possíveis efeitos advindos da utilização hermenêutica desses elementos pré-contratuais, qual seja, a possibilidade de que a própria vontade negocial (o consenso) seja aferida por meio dos documentos prévios (ou, mais amplamente, das tratativas). Tendo como exemplo prático um conhecido julgado nacional, oriundo de uma controvérsia arbitral, viu-se neste último subtópico ser possível a detecção, pelo intérprete, de uma vontade negocial tácita decorrente de um comportamento concludente, fundada na cláusula geral da boa-fé objetiva, e configurada por meio da apreciação da conduta (ou comportamento) de determinado sujeito no curso das tratativas – conduta esta que foi materializada, no caso analisado, por meio da análise de documentos pré-contratuais. A hipótese, contudo, é excepcional, e deve ser acompanhada de diversos elementos interpretativos fortes o suficiente para indicarem o consentimento tácito.

Feita essa breve conclusão, espera-se, com o presente trabalho, haver contribuído, ainda que de forma sintética e assumidamente introdutória, para o desenvolvimento doutrinário desse candente tema de estudo que é a interpretação contratual, principalmente nas (muito recorrentes) disputas que envolvem a utilização hermenêutica de documentos prévios, com a finalidade de melhor iluminar o conteúdo da relação contratual que os sucedeu.

Referências

ALPA, Guido. Le contrat individuel et sa définition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 40, n. 2, p. 327-350, avril-jun. 1988.

ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. L'interpretazione del Contratto. Orientamenti e Tecniche della Giurisprudenza. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2001.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. In: *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011. São Paulo: RT, 2011.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2006, Vol. I.

BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. In: *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2015, pp. 2696-2718.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n.769, p. 28-47, 1999.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000.

_____. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Generale della Interpretazione*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1990, v.1.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão: Giuffrè, 2000, v. III.

BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar – conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, pp. 169-225, out.-dez. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 78.946/MG*, da Segunda Turma. Brasília, 14 de junho de 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.176/RJ*, da Segunda Turma. Brasília, 11 de setembro de 1979.

BUENO, Sérgio de Godoy. Contrato Preliminar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, v. 3, p. 68-81, 1980.

CAMPOS MELO, Leonardo de. *Extensão da Cláusula Compromissória e Grupos de Sociedades: a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. In: *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 25-49.

CARNELUTTI, Francesco. Formazione progressiva del contratto. *Rivista del Diritto commerciale*, v. XIV, segunda parte, p. 308-317, 1916.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DANZ, Erich. *La interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

DUGUIT, León. *Las Transformaciones Del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

DUPICHOT, Jacques. *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*. Etudes Flour. Paris: éditions Defrénois, 1979.

FERNANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205-261.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contrato: conceito, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

FERRARIS, Julien. *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*. Paris: Publibook, 2003.

FICHTNER, Régis. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FONTAINE, Marcel; LY, Filip De. *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2006.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

_____. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 45/2015. Abr – Jun / 2015. p. 229 – 244.

FURMSTON, Michael; TOLHURST, G.J. *Contract Formation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Sobre a Interpretação do Contrato. *Revista O Direito*, Coimbra, Almedina, ano 144, n. III, 2012.

FRITZ, Karina Nunes. A Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Injustificada Das Negociações. *Revista dos tribunais*, vol. 883, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 3. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1988.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Les obligations. Paris, 1983.

GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. *Traité de droit civil, Les obligations, part 2*. 2 ed. Paris: LGDJ, 1994.

GIUSTI, Gilberto; MARQUES, Ricardo Dalmaso. As partes na Arbitragem Internacional: Direito Brasileiro, Unidroit e CISG – “Extensão” dos Efeitos da Cláusula Compromissória. In: CASADO FILHO, Napoleão; FINKELSTEIN, Claudio; VITA, Jonathan Barros (Orgs.). *Arbitragem Internacional – Unidroit, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GOMES, Orlando. Acordo preparatório e contrato preliminar. In: GOMES, Orlando. *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*. Lisboa: Europa-América, 1996.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

_____. (Parecer) Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Estipulação de multa penitencial que confirma a impossibilidade específica. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: hermenêutica e concreção*. Curitiba: Juruá, 2016.

KONDER, C. N. Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. *Scientia Iuris [online]*, v. 19, p. 47, 2015. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/20719>>.

LAKE, Ralf; DRAETTA; Ugo. LAKE, Ralph B; DRAETTA, Ugo. *Letters of intent and other precontractual documents: domestic and international aspects*. Second Edition. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1994.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil, Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 7.ed. Lisboa: Fundação. Calouste Gulbenkian, 2014.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 3, pp. 55-62, jan./jun. 2006.

LEÂES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Protocolo de intenções sem força obrigatória*. In: Pareceres. São Paulo: Editora Singular, 2004.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Contratos Internacionais – Cartas de Intenção no Processo Formativo da Contratação Internacional – Graus de Eficácia dos Contratos – Responsabilidade Pré-Negocial. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 5, 1992.

MARTINS, Raphael Manhães. A normatização das relações pré-contratuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 996. ano 107. p. 257-308. São Paulo: Ed. RT, out. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, Campinas: Bookseller, 2000, v. I.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milão: Giuffrè, 1979.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, p. 1, 2016.

MORAES, M. C. B. (Org.); BARBOZA, H. H. (Org.); TEPEDINO (Org.). *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

_____. Nota introdutória. In: JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. pp. V-XIX.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. III. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

_____. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Dir. e giur.*, 1975, p. 823 e segs.

_____. Interpretazione e legalità costituzionale. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1962. t. XXXVIII.

_____. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971. t. XX. p. 254-255.

_____. *Tratado de direito privado*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: 1984, t. XXXVIII.

_____. *Tratado de direito privado*, vol. III. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.

PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. Diretrizes da Hermenêutica Contratual. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RICCIUTO, Vincenzo. *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*. Turim: UTET, 1999.

_____. La Formazione Progressiva del Contrato. In: GABRIELLE, Enrico (Org.). *I Contratti in Genere*. Torino: UTET, 1999.

RIO DE JANEIRO (estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível n° 0101277-52.2003.8.19.0001*, da 1ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2005.

RIO DE JANEIRO (estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível n° 0509351-44.2014.8.19.0001*, da 2ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 18 de maio de 2016.

RIO DE JANEIRO (estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0040089-75.2014.8.19.0000*, da 16ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2014.

RODOTÀ, Stefano. *Le Fonti di Integrazione del Contratto*. Milano: Giuffrè, 1969.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. 3. ed. Torino: UTET, 2004. t. 2.

SÃO PAULO (estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n° 264.450-4/6-00*, da 7ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 4 de maio de 2006.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

SCHIMDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en Droit français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2, p. 545-566, avril-juin 1990.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. Padova: Cedam, 1992.

_____. L' Interpretazione. In: GABRIELLI, Enrico; RESCIGNO, Pietro (Org.). *Trattato dei Contratti*. Tomo II. Torino: UTET, 1999.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, Vol. III.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SPECIALE, Renato. *Contratti preliminari e intesi precontrattuali*. Milão: Giuffrè, 1992.

_____. Il <<Vorvertrag>> nell'Ambito delle Nuove Tendenze in Materia di Formazione Progressiva del Contratto. *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, Padova, Cedam, ano XXXII, jan.-fev./1986.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Lisboa: Coimbra, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, 2014.

_____. Qualificação contratual, exercício de direito de preferência em grupos societários e boa-fé objetiva na alienação de controle. RSDE. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 14, p. 143-190, 2014.

_____. Prefácio. In: SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 11, n. 44 out./dez. 2010.

_____. A execução específica de contratos preliminares (editorial). *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 18, out./dez/ 2018, pp. 11-13. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/303/263>>.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 17-35.

_____. Arbitragem e autonomia privada: a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento. In: *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Cláusula Resolutiva Expressa*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Autonomia contratual: da estrutura à função. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*. v. 2, n. 2, jul./dez. 2015.

_____; BANDEIRA, P. G. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 6, p. 9-25, 2015.

TROIANO, Riccardo; NINNO, Alessandro del. *La conclusione del contratto*. Torino: Utet, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, v.2, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2006.