

Heloisa Helena Barboza  
*(coordenação)*

**20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL:**  
PERSPECTIVAS PRESENTES E FUTURAS

  
EDITORA  
PROCESSO

Rio de Janeiro  
2022

EDITORA PROCESSO  
Tels. (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

[www.editoraprocesso.com.br](http://www.editoraprocesso.com.br)  
[www.catalyros.com.br](http://www.catalyros.com.br)

Distribuição exclusiva da Catalyros Distribuidora Concreto Ltda ME

Copyright© 2022 Heloisa Helena Barboza - Coordenadora

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial*

Mauri Calina Bordin de Moraes (*Presidente*)  
Luiz Sidson Fachin

Ara Carolina Brochado Teixeira

Ara Fazzari

Antonio Augusto Cançado Trindade

Antonio Celso Alves Pereira

Caílla Sanyaga Mulholland

Carla Adriana Corinti Gilberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes Mélio

Lineas de Oliveira Mattos

Fugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedrosa

Hélio do Vale Pereira

Joycane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagrega Casarimasso

Marro Aurélio Per Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinao

Maurício Moura Alvencine Barreto Lima

Maurício Moreira Menezes

Melina Nansen Chalub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

*Diagramação* - Marcos Medeiros  
*Capa* - Alexander Marnis

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Barboza, Heloisa Helena - Coordenadora

B344a 20 anos do código civil - perspectivas presentes e futuras - Heloisa Helena Barboza -  
Coordenadora

Rio de Janeiro: Processo 2022

620p. : 23cm

ISBN 978655378000-2

1. 20 anos do código civil - perspectivas presentes e futuras. 2. Brasil. I. Título.  
CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

## Sumário

Apresentação .....	IX
<i>Heloisa Helena Gomes Barboza</i>	
Decisões judiciais e arbitrais estrangeiras como fato jurídico no Código Civil de 2002 .....	1
<i>Daniel Gruenbaum</i>	
Breves notas sobre a nacionalidade da pessoa jurídica: o art. 1.126 do Código Civil .....	17
<i>Carmen Tiburcio</i>	
Defeitos do Negócio Jurídico e Princípio da Conservação .....	33
<i>Anderson Schreiber</i>	
Prescrição extintiva nos vinte anos de vigência do Código Civil .....	53
<i>Eduardo Nunes de Souza</i>	
O princípio do equivalente no Código Civil de 2002 .....	141
<i>Regis Fichner</i>	
Crerícios de interpretação das cláusulas compromissórias: usos e costumes, boa-fé e circunstâncias .....	173
<i>Carlos Nelson Konder e Michel Glatt</i>	
A impossibilidade superveniente da prestação e os remédios aplicáveis .....	211
<i>Aline de Miranda Valverde Terra e Mariana Ribeiro Siqueira</i>	

dação até de boa parte da doutrina, que defende a sua interpretação restritiva.

Nos parece, porém, que com o passar do tempo e o amadurecimento da jurisprudência, um aumento na aplicação das regras de fixação equitativa da indenização vá ocorrer, como forma de minoração de situações em que danos elevados são causados por fatos de pouca relevância. As novas tecnologias vão causar mais possibilidades que os danos causados por qualquer pessoa sejam de tal ordem graves, que soluções de equidade terão que ser manuseadas pelos aplicadores do direito, sob pena de se colocar sobre os ombros das pessoas fardos difíceis de serem suportados.

No que se refere à indenização por dano moral, a quebra do princípio do equivalente para se fixar indenizações superiores, com a finalidade de se punir o ofensor e se prevenir novas ofensas, já é uma realidade, e a tendência parece ser a de expansão da utilização desse instrumento.

Temos que ter, no entanto, como advertem os que defendem posição contrária ao caráter punitivo da indenização por dano moral, parcimônia na utilização desse mecanismo de quantificação da indenização, a fim de não se criar distorções no sistema e não se realizar o enriquecimento sem causa da vítima do evento danoso.

## **Crerios de interpretação das cláusulas compromissórias: usos e costumes, boa-fé e circunstâncias**

*Carlos Nelson Konder  
Michel Glatt*

**Sumário:** Introdução; - 1. A interpretação da cláusula compromissória antes do CC/2002; - 2. A interpretação da cláusula compromissória durante o CC/2002; - 3. A interpretação da cláusula compromissória após 20 anos de edição do CC/2002; - 4. Análise crítica: perspectivas para a interpretação da cláusula compromissória; - 5. Conclusão.

### **Introdução**

Cada vez mais a arbitragem se destaca como método de solução de conflitos no Brasil e afora, especialmente em função das vantagens que propicia aos agentes. O crescente prestígio do instituto, apesar de assegurar relevantes conquistas para a resolução de controvérsias, fomenta questões acerca de seu alcance.

No cerne das discussões, encontra-se a cláusula compromissória, convenção mediante a qual determinados contratantes elegem a arbitragem como meio para dirimir eventuais conflitos que surjam da relação jurídica entre eles estabelecida. Nesse sentido, relevantes debates acerca da possibilidade de submissão de determinada disputa ao procedimento arbitral passaram justamente por uma questão de interpretação desse pacto arbitral que, dotado de consideráveis peculiaridades, é o instrumento que outorga e, ao mesmo tempo, limita a competência dos árbitros para o julgamento das controvérsias que lhes são submetidas.

Nesse cenário, o presente estudo buscará apontar as diretrizes utilizadas pela doutrina e jurisprudência para a hermenêutica do pacto arbitral, contemplando sua análise desde o período anterior à promulgação do Código Civil de 2002 até a contemporaneidade, tomando por premissa a relatividade e historicidade que marcam a totalidade dos institutos jurídicos.

Dessa forma, na medida em que a cláusula compromissória consiste em negócio jurídico, o exame será centralizado nos critérios interpretativos negociais indicados pelo ordenamento jurídico brasileiro nos diversos períodos, considerando o significado e relevância que, em cada momento, se atribui a eles. Nessa esteira, abordar-se-á, em especial, a boa-fé objetiva, os usos e costumes e as circunstâncias do negócio, que, com diversas intensidades, sempre foram apontados dentre os parâmetros para análise do negócio jurídico.

## 1. A interpretação da cláusula compromissória antes do CC/2002

O desenvolvimento da arbitragem no Brasil, a despeito de existir previsão normativa desde a Constituição imperial de 1824 e de o Código Comercial de 1850 já estipular a arbitragem obrigatória, é considerado tardio em comparação com outros ordenamentos.<sup>1</sup> Por mais de um século, essas previsões não foram suficientes para o desenvolvimento da prática, em virtude da interpretação que prevaleceu, especialmente a partir da promulgação do Código Civil de 1916.

O CC/1916 se limitava a regular o compromisso arbitral, isto é, a convenção arbitral para a solução de litígio já instaurado. Com relação à cláusula compromissória – o acordo para submeter a eventual litígio a arbitragem – predominava

interpretação de que ela não poderia afastar o acesso à jurisdição e que, cominando obrigação de indenizar eventuais perdas e danos, era somente a obrigação de indenizar a cláusula penal.<sup>2</sup> A cláusula de difícil quantificação na ausência de cláusula penal? A cláusula compromissória, portanto, era encarada como um pré-contrato não vinculante.<sup>3</sup>

Além da impossibilidade de execução específica da cláusula compromissória, exigia-se que a sentença arbitral fosse homologada pelo Judiciário para ser executável e, se estrangeira, deveria ser homologada pela justiça de origem antes de ser submetida ao STJ.<sup>4</sup> A exigência de homologação judicial acabava por retirar os principais benefícios que a arbitragem traria às partes, tornando-a pública, custosa e demorada.<sup>5</sup>

Dessa forma, o entendimento de que o ajuste para submeter futuros litígios à arbitragem não seria eficaz se não houvesse novo consenso uma vez instaurado o litígio – situação pouco propícia para acordos – e que, ocorrida a arbitragem, a decisão ainda teria que ser submetida ao Judiciário para ser executável, construiu um cenário em que “a arbitragem não foi mais do que letra morta no direito positivo brasileiro”.<sup>6</sup>

Esse cenário, portanto, pode ser tributado a uma perspectiva interpretativa restritiva frente aos efeitos dos negócios jurídicos arbitrais: ao compromisso exigia-se homologação judicial e à cláusula compromissória cominava-se, face ao seu descumprimento, somente efeito indenizatório. A desconfiança quanto ao procedimento arbitral associava-se à sua interpretação restriti-

<sup>1</sup> BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória – auto-suficiência da cláusula cheia. *Revista dos Tribunais*, vol. 800, p. 137-144, jun./2002.

<sup>2</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 100.

<sup>3</sup> TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional, cit. p. 521-566.

<sup>4</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 5.

<sup>5</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Forense*, v. 353. Rio de Janeiro: jan./fev. 2001, p. 111.

<sup>1</sup> TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. *Revista de Direito*, n. 241. São Paulo, mar. 2015, p. 521-566.

va, que qualificava os negócios arbitrais como uma renúncia marcada pela excepcionalidade.<sup>7</sup>

Essa resistência histórica pode ser vinculada a um movimento estatal de centralização, com a aglutinação dos diversos poderes que desempenhavam funções similares aos judiciais na administração colonial e à própria “intenção deliberada do Estado em abraçar parcelas estratégicas da prática contratual”.<sup>8</sup> Esse tipo de movimento é até hoje tido como obstáculo a que a sociedade civil possa assumir papel de protagonismo em áreas tradicionalmente reservadas ao Estado, como a jurisdição.<sup>9</sup> Como explica, do por Tepedino:

Dentre os fundamentos, por vezes velados e não explícitos, refutórios à arbitragem como procedimento alternativo à prestação jurisdicional, destaca-se o recio de que o crescimento da arbitragem decorresse de perspectiva ideológica neoliberal, a reitar ao Estado função que lhe é essencial. Tal raciocínio se robustece na experiência brasileira em que, por uma pluralidade de razões históricas, associam-se, na percepção popular, o progresso social e as ideologias progressistas à maciça intervenção estatal, atribuindo-se somente ao Estado, e não à totalidade dos agentes econômicos privados, o dever de neutralizar a desigualdade social e promover as liberdades fundamentais.<sup>10</sup>

Nesse âmbito, a contextualização histórica é fundamental. Com efeito, o Código Comercial de 1850 continha dispositivos

7 KONDER, Carlos Nelson. O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança. *Revista de arbitragem e mediação*, v. 63, p. 295-331, 2019.

8 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação*. História, Conceito e Método. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 87.

9 MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem, o contrato e a globalização. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 241-253, jul.-set./2016.

10 TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e autonomia privada: a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento. *Revista Quasius iuris*, vol. 09, n. 01. Rio de Janeiro, 2016, p. 604-619, p. 605.

(em especial, o art. 131) que poderiam servir de amparo à utilização de critérios hermenêuticos para os negócios jurídicos – inibição de arbitrais<sup>11</sup> – bastante atuais, como o *favor debitoris*, os cláusulas os arbitrais<sup>12</sup> o comportamento posterior das partes, a interpretação sistemática e, até mesmo, a boa-fé. Entretanto, torna-se central compreender o significado dessas referências no contexto em que se inseriam.

Essas menções textuais mudaram de significado com a passagem do tempo, prestando-se a funções que antes não realizavam e deixando de ser aplicadas para as finalidades que originalmente foram concebidas.<sup>13</sup> Por vezes, embora figurem expressamente foram concebidas.<sup>14</sup> Por vezes, embora figurem expressamente na legislação, não tiveram a aplicação prática que se colocou em outros períodos históricos.<sup>15</sup>

Assim, embora houvesse previsão formal da boa-fé no teor da codificação comercial, afirma-se que o dispositivo naquele contexto teve “aplicação insignificante e a aceção ali atribuída ao princípio da boa-fé, além de fundada em preocupações distintas, é muito mais restrita que aquela que, hoje, se confere à boa-fé objetiva”.<sup>14</sup> O protagonismo entre os critérios interpretativos elencados pelo Código de 1850 parece ser dos usos e costumes, que permitia a adequada compreensão do significado do

11 Especificamente quanto à cláusula compromissória como negócio jurídico, confira: NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

12 KONDER, Carlos Nelson. Aparentamentos iniciais sobre a contigüência-lidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 31-48.

13 HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 26-27.

14 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

negócio à luz do contexto comercial em que ele se insere.<sup>15</sup> Além da atribuição subsidiária frente ao incremento da legislação positiva, os usos e costumes desempenhavam papel central na interpretação contratual, com diversas funcionalidades, “vendo-os verter por frestas da legislação como que incindidos pela argamassa positiva que sempre teimava em ceder”.<sup>16</sup> Inclusive, a eles se atribuíam papéis hoje desempenhados por outros institutos, como o condão de fazer “com que a fraude muitas vezes seja evitada, desarticulando maquinações de pessoas desonestas”.<sup>17</sup>

Assim, no tocante aos negócios arbitrados, foi somente nas décadas finais do século XX que o cenário começou a se alterar. O desenvolvimento da integração entre as sociedades nacionais, bem como o esforço por atrair investimentos estrangeiros que, especialmente a partir do ciclo de privatizações, impunha a demanda por maior participação de empresas com mais qualificação e expertise técnica, serviram de fatores de pressão pela mudança na leitura dos instrumentos negociais de arbitragem, com sua regulação na legislação específica – L. 8.987/95 (concessões), L. 9.048/95 (petróleo) e L. 9.472/95 (telecomunicações) – antes mesmo do advento de uma legislação geral.<sup>18</sup>

Superando três projetos fracassados da década de 1980, foi somente com a promulgação da L. 9.307/96 (Lei de Arbitragem) que o cenário brasileiro da cláusula compromissória mudou substancialmente.<sup>19</sup> Oriunda de anteprojetos elaborados por

Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, embora mantendo o compromisso arbitral, a nova Lei prestigiou a cláusula compromissória, indicando que, quando “cheia” – isto é, contendo todos os elementos necessários para a instauração do procedimento<sup>20</sup> – ela seria idônea a dispensar a atuação da jurisdição estatal, permitindo o julgamento de eventuais litígios por árbitros.<sup>21</sup> De fato, alterou-se o regime jurídico da cláusula compromissória, deixando de se aplicar a mera conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, para tornar-se vinculante, comportando, inclusive, execução específica, sem a necessidade da posterior celebração de compromisso.<sup>22</sup> Tratava-se de verdadeira “blindagem jurídica com relação à eficácia jurídica da cláusula compromissória”.<sup>23</sup>

Entretanto, a resistência consolidada à cláusula compromissória ocasionou o questionamento acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Por via incidental, o caso foi levado ao plenário do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que tinha negado pedido de homologação de sentença arbitral espanhola, por falta de homologação prévia pela justiça local (o chamado “duplo *exequatur*”), mas reviu a posição diante da nova legislação. Todavia, foi acatada questão de ordem para a

Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 4. Rio de Janeiro: jan.-mar./2005, p. 34-47.

<sup>15</sup> Em contraposição, refere-se à chamada cláusula compromissória “vazia”, que se configura “quando a ela faltam todos os elementos necessários à instituição da arbitragem. Pense-se, e.g., em uma convenção em que as partes se limitam a estabelecer que ‘qualquer controvérsia que venha a surgir será resolvida por arbitragem’”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*, 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 34.

<sup>16</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 11.

<sup>17</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico, cit., p. 13.

<sup>18</sup> MARTINS, Pedro Batista; GONÇALVES, Eduardo Damião; VALENCIA, Cláudio. Seminário na FGV São Paulo. DURAN, Camilla Villard (Coord.). *Para Onde Vai a Arbitragem no Brasil?*. São Paulo: Direito GV, v. 7, n. 2, mar. 2010, p. 13.

<sup>15</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

<sup>16</sup> NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação*: História, Conceito e Método, cit., p. 478. Sobre o tema, v. COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

<sup>17</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 82.

<sup>18</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 39, p. 55-64, out.-dez./2013.

<sup>19</sup> PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código

apreciação da constitucionalidade da Lei e, após parecer favorável do Ministério Público, o relator se manifestou pela inconstitucionalidade da vinculação à cláusula compromissória, por configurar renúncia prévia e abstrata ao direito de ação. Após sucessivos pedidos de vista, prevaleceu por maioria o entendimento pela constitucionalidade dos dispositivos, ao argumento de que a regra constitucional deveria ser interpretada como um limite ao Poder Público, não ao particular, sendo válida sua disposição de resolver os conflitos fora do Judiciário.<sup>24</sup> Abriu-se, com isso, novo cenário interpretativo para a cláusula compromissória.

## 2. A interpretação da cláusula compromissória durante o CC/2002

A declaração de constitucionalidade da Lei 9.307/96 pelo Supremo Tribunal Federal foi determinante para a consolidação da adoção da arbitragem no Brasil, ampliando as perspectivas de seu emprego em diversos setores da economia. As numerosas vantagens oferecidas pelo procedimento arbitral (sobretudo sua celeridade), em comparação com as conhecidas fragilidades do Poder Judiciário para certos tipos de demandas, consistiram em relevante chamariz à adoção profusa do instituto, especialmente em disputas complexas, revelando-se capaz de atender os anseios do mercado, conferindo maior segurança jurídica e previsibilidade às decisões.<sup>25</sup>

Nesse contexto, com a ampliação do *status* da arbitragem como meio adequado de soluções de controvérsias, a interpretar

24 STF, Pleno, SE 5206 Agr, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 12/12/2001, publ. DJ 30/04/2004. Minucioso exame dos votos é realizado por FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTIEL, RO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 106-111.

25 TEPELINO, Gustavo. Questões Controvertidas em Tema de Arbitragem na Experiência Brasileira. In: *Temas de direito civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 160-161.

ção restritiva que era conferida à cláusula compromissória foi substituída por uma hermenêutica ampliativa.<sup>26</sup> Passou a prevalecer em doutrina o entendimento de que a interpretação da cláusula arbitral deveria guiar-se pelo *favor arbitralis*, de modo que eventuais dúvidas acerca do escopo da avença deveriam ser solucionadas de forma a conferir maior eficiência e aplicabilidade à arbitragem, em detrimento da jurisdição estatal.<sup>27</sup> Consolida-se o entendimento, assim, que “[d]iminuir o âmbito da competência, sem uma razão interpretativa muito sólida, seria trair a natural vocação da arbitragem de oferecer uma solução tão ampla quanto possível aos litígios que envolvem as partes”.<sup>28</sup>

O *favor arbitralis*, entretanto, não revela preceito absoluto, tampouco deve ser aplicado isoladamente, na medida em que, no procedimento hermenêutico, é necessário que se busque a finalidade dos agentes ao pactuar a cláusula compromissória, a fim de ser verificado, inclusive, se houve o consentimento mínimo necessário para a sua eficácia.<sup>29</sup> Seu emprego, assim, deve ser dar em harmonia com os demais critérios interpretativos.

Do mesmo modo que, no período anterior à promulgação do CC/2002, mostrava-se pertinente a utilização dos parâmetros previstos na legislação cível e comercial para a interpretação da cláusula compromissória, com a vigência do novo Código, os últimos parâmetros de interpretação nele previstos também se

26 TIBURCIO, Carmen. A competência do tribunal arbitral para solução de litígios extracotratuais. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 50, jul./set. 2016, p. 111-112.

27 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 84-85. O preceito do *favor arbitralis* também é amplamente adotado em âmbito internacional, cf. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 1338.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 97-98.

29 LEMES, Selma M. Ferreira. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_jun32.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_jun32.pdf). Acesso em 12 jul. 2021.

alçuram relevantes para a averiguação do sentido da convenção arbitral.<sup>30</sup>

O CC/2002, a despeito de ter inovado em tema de arbitragem, sobretudo ao regular expressamente a cláusula compromissória, não trouxe parâmetros interpretativos específicos para esse tipo de negócio jurídico. Diante disso, os critérios gerais de hermenêutica contratual, que se encontram previstos, essencialmente, em seus arts. 112 e 113, representam expedientes úteis para amparar a interpretação do pacto arbitral.

O art. 112 do CC/2002, que basicamente reproduz o teor do art. 85 do CC/1916, prevê que “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Entende-se que a escolha do legislador foi conjugar duas orientações distintas, a subjetiva (ou da vontade) – que determina que o intérprete busque na declaração negocial a real intenção do declarante, colocando em segundo plano o sentido literal das palavras – e a objetiva (ou da declaração) – a qual propugna por uma maior relevância da vontade concreta, tal como declarada, preterindo a intenção do agente.

Da norma do art. 112 extrai-se, então, que o intérprete não pode ignorar a declaração feita pelas partes, vez que vigora, no direito civil brasileiro, o princípio da intangibilidade,<sup>31</sup> mas que tampouco pode considerar, apenas, o elemento literal no momento da interpretação.<sup>32</sup> Nesse sentido, a doutrina registra que o intérprete deve buscar a finalidade comum dos contratantes

no momento da celebração da avença, que é aquela que suscita no âmbito uma compreensão compartilhada quanto ao conteúdo da declaração – a qual seria única capaz de gerar legítimas expectativas nos envolvidos.<sup>33</sup> Aponta-se, desse modo, que a percepção subjetiva ou psicológica, pertencente a apenas parcela dos agentes e que não foi manifestada (ainda que dotada de plausibilidade), seria irrelevante para a extração do sentido do negócio.<sup>34</sup>

Com isso, permite-se que o intérprete estabeleça, objetivamente, qual o sentido do negócio mais próximo do real, a partir de uma análise sua da forma mais completa possível, contemplando tanto o real conteúdo da vontade quanto o seu sentido literal.<sup>35</sup> Anuncia-se, assim, que o Código teria consagrado as teorias da declaração e da confiança, que visam tutelar o agente, receptor da declaração, nela confiou quando celebrou o contrato e com base nela nutriu expectativas legítimas.<sup>36</sup> Nessa esteira, somente se mostram vinculantes “os deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração”.<sup>37</sup>

Revela-se fundamental, nesse percurso hermenêutico, o recuso à boa-fé objetiva e aos usos e costumes, como determina o

30 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *Revista do advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 32, n. 116, jul. 2012, p. 175.

31 “Na medida em que o contrato vincula os contratantes, o acordo torna-se intangível, ou seja, insuscetível de modificação por vontade unilateral de uma das partes ou por interferência externa”. TEPEDINO, Gustavo. *Nores princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249.

32 FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 241-242.

33 Nesse sentido: ROSENVALD, Nelson. Da interpretação do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 415; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 354-355.

34 MÁXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 303.

35 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Célia Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 228.

36 BANDIERA, Paula Greco. As cláusulas de *hardship* e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 21, 2016, p. 1031-1054, p. 1046.

37 TEPEDINO, Gustavo. Interpretação contratual e boa-fé objetiva. In: *Soluções Práticas de Direito: Relações Obrigacionais e Contratos*, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 392.



art. 113 do CC/2002 – dispositivo que não encontra paralelo no CC/1916. A previsão desses critérios indica a importância do lado da busca pelo fim comum, o intérprete guiar-se por elementos objetivos no exame do negócio jurídico.<sup>38</sup>

A boa-fé a que se refere o art. 113 não é a subjetiva, relacionada à intenção dos sujeitos e caracterizada pela ausência do chamado “estado de ignorância”, mas, sim, a objetiva, que exprime norma de conduta, a determinar a observância pelos contratantes de comportamentos conformes à axiologia constitucional.<sup>39</sup> Tal acepção objetiva da boa-fé apenas foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990.<sup>40</sup> E, décadas depois, o CC/2002 positivou o princípio para além das relações consumeristas e, na esteira dos objetivos da Comissão que o elaborou, a estabeleceu como cláusula geral.<sup>41</sup>

A boa-fé objetiva atua sobre a autonomia privada, erigindo-se como fonte heterônoma de deveres e exigindo dos contratantes, a despeito de sua vontade, e até contrariamente a ela, a adoção de condutas voltadas à perfeita consecução do adimplemento contratual.<sup>42</sup> Nesse diapasão, a boa-fé impacta funcionalmente a própria noção de obrigação. Se antes era concebida de forma

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. *Intradição ao direito civil*, cit., p. 359-360.

<sup>39</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 122-123.

<sup>40</sup> Para uma análise detalhada da evolução da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, confira-se: TEPEDINO, Gustavo SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*, cit., *passim*.

<sup>41</sup> “Dai a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para a contínua atualização dos preceitos legais”. REALE, Miguel. *Estrutura e espírito do novo Código Civil brasileiro*. In: REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

<sup>42</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 100.

inerentemente estática e estrutural (designada pelo binômio “direito subjetivo-dever jurídico”) em que os contratantes ocupavam posições antagônicas, dialéticas e polissêmicas”,<sup>43</sup> sob a incidência da boa-fé objetiva, a obrigação passa a ser vislumbrada como uma relação de cooperação orbitada por diversas situações jurídicas subjetivas, a desenvolver-se de forma complexa e dinâmica e a orientar-se pela consecução do resultado útil almejado pelos contratantes.<sup>44</sup> Assim, a boa-fé objetiva funciona como elo entre os contratos e os valores constitucionais, notadamente o princípio da solidariedade,<sup>45</sup> mostrando-se capaz de romper com o formalismo e as injustiças abrigadas pela dogmática tradicional.<sup>46</sup>

Como se trata de cláusula geral, o CC/2002 não estabeleceu parâmetros específicos que auxiliem na determinação de seu conteúdo, permitindo ao julgador analisar a situação concreta, a

<sup>43</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

<sup>44</sup> A respeito: “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor, ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 212. Pioneiro nessa construção no Brasil, v. SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., *passim*.

<sup>45</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219. A doutrina também aponta a origem da boa-fé objetiva nos valores da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da igualdade substancial, v. TEPEDINO, Gustavo; BARROZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celso, vol. II, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 17.

<sup>46</sup> SCHREIBER, Anderson. *A tripla transformação do adimplemento: o adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. RTDC. Rio de Janeiro, n. 32, out./2007, p. 6.

partir do comportamento almejado em cada campo específico de atividade, da lealdade e probidade exigíveis de acordo com o regulamentamento de interesses específico e em consonância com a axiologia constitucional.<sup>47</sup> Dessa forma, faz-se necessário com a promoção sua aplicação técnica, por meio de suas próprias funções, sob pena de seu esvaziamento conceitual.<sup>48</sup> É indispensável, de igual modo, que não se adote abordagem tipificante, criando verdadeiros tipos de comportamentos aos quais a conduta concreta deveria ser subsumida, vez que postura assim limitadora se revela incompatível com a vocação expansiva do princípio.<sup>49</sup>

Nesse sentido, a doutrina atribui à boa-fé objetiva, para fins didáticos e de modo a dar contornos dogmáticos à figura, triple função: (i) princípio interpretativo dos negócios jurídicos, (ii) critério limitador do exercício de posições jurídicas e (iii) fonte de deveres jurídicos anexos.<sup>50</sup> Tais funções foram estatuidas, respectivamente, nos arts. 113, 187 e 422 do CC/2002.

47 TEPELINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, vol. 2, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 38. Trata-se de indeterminação intencional, que almeja “deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”. Tal vagueza, porém, “é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239-240.

48 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 80.

49 TERRA, Aline Valverde. Autonomia contratual: da estrutura à função. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 91.

50 Por todos, v. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto no Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, n. 1, jan./mar. 2000, p. 3-12, p. 7. Como ensina Teresa Negreiros, “estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sobre que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada, qual, enfim, a função específica que

A boa-fé como critério hermenêutico determina ao intérprete que confira às cláusulas contratuais o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes, à luz das circunstâncias do caso concreto.<sup>51</sup> Nessa esteira, a boa-fé objetiva exige que a interpretação da avença privilegie o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes, vedando qualquer interpretação maliciosa, vocacionada a prejudicar uma das partes.<sup>52</sup> Na segunda função, a boa-fé erige-se como fonte de deveres anexos (que vinculam ambas as partes da relação obrigacional), decorrentes da necessidade da adoção de comportamento probo, leal e honesto dos contratantes. Trata-se de deveres de lealdade, honestidade e de informação que indicam como deve ser realizada a prestação à luz do exame de cada relação obrigacional *in concreto* e das legítimas expectativas das partes, visando otimizar o desenvolvimento da relação.<sup>53</sup> Relativamente

e princípio está desempenhando naquela hipótese em particular”. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 140. Ademais, ao longo do tempo, foram desenvolvidas, por doutrina e jurisprudência, figuras parecidas (como *venire contra factum proprium*, *supressio*, *tu quoque*, *duty to mitigate the loss* e adimplemento substancial), que também amparam a desistência normativa do princípio, facilitando o processo argumentativo de fundamentação de decisões baseadas na boa-fé, v. KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: Umichristus, jul.-dez. 2016, ano 14, n. 19, p. 42.

51 TEPELINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança, cit., p. 252. Na síntese de Rose Vencelau, “uma interpretação conforme a boa-fé se dirige precisamente à função do negócio em questão”. VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPELINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 198.

52 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 86-87.

53 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 222-223. A classificação entre deveres de lealdade, honestidade e informação é adotada por MENDES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 605 e ss. Somente a situação concreta pode fornecer ao intérprete

à terceira função, a boa-fé proíbe condutas destoantes da confiança e da lealdade que permeiam as relações obrigacionais, “vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem com os *standards* impostos pela cláusula geral”.<sup>54</sup>

A aplicação da boa-fé (em qualquer de suas funções), porém, não pode importar em redistribuição dos riscos e dos custos atinentes ao negócio ou em sacrifício de posições contratuais de vantagens, encontrando limite, assim, na função social e econômica do contrato.<sup>55</sup> De fato, a boa-fé visa à preservação do conteúdo econômico do negócio, não servindo à tutela de interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas ao interesse comum extraído objetivamente da avença.<sup>56</sup>

Também devem ser considerados, na interpretação do negócio jurídico (e, assim, da cláusula compromissória), os usos e costumes, como se infere do art. 113 do CC/2002. Da redação da norma, verifica-se uma coligação textual, para fins hermenêuticos, entre a boa-fé objetiva e os usos e costumes, a indicar que “ao menos *prima facie* o sentido deverá corresponder ao que é usual e corrigido no mercado, ou ao específico setor que situa, contextualmente, aquele concreto negócio jurídico interpretado”.<sup>57</sup>

os elementos para a incidência de tais deveres, vez que “necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação”.<sup>58</sup> LÔBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. *Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLC*, n. 3, 2017, p. 986.

54 SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, cit., p. 89.

55 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, cit., p. 464-465; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil, cit., p. 38.

56 TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*, cit., p. 253.

57 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, cit., p. 451 e ss. Análise semelhante é feita por Karl Larenz,

Os usos e costumes consistem em manifestações sociais espontâneas, levadas a efeito por meio de comportamentos reiterados, consubstanciando-se como elemento de interesse para interpretação e integração de manifestações de vontade.<sup>58</sup> Com efeito, os usos negociais revelam, no curso da relação contratual, modelos prescritivos de integração e interpretação da vontade das partes, aperfeiçoando o sentido das cláusulas contratuais negociadas a partir da prática pregressa ou difusa em determinado setor ou região geográfica e integrando o conteúdo contratual, ao lado do convencionalizado expressamente pelas partes.<sup>59</sup>

Com efeito, os usos remetem ao que é usual em determinado setor da vida social, econômica, profissional, comercial etc., servindo para aclarar o significado de alguma declaração (ou de certo comportamento do contratante) ou para preencher lacunas contratuais. Nessa esteira, os usos e costumes entram no suporte fático das manifestações de vontade, integrando o conteúdo do negócio jurídico e modelando o elemento volitivo de cada uma das partes.<sup>60</sup> Os usos e costumes, assim, criam obrigações para os contratantes, agregando-se à disciplina contratual ao lado da vontade declarada.<sup>61</sup>

Diferentemente dos costumes como fonte de direito – que apenas atuam na hipótese de lacuna legislativa, nos termos do

com base no art. 157 do código civil alemão: LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Revista del Derecho Privado, 1978, p. 745.

58 COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*, cit., p. 55.

59 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, vol. 2, cit., p. 49-50.

60 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 174. Ressaltando a funcionalidade dos usos como modelo hermenêutico e jurídico: HALCAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no código civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 50. Disponível em: <http://www.revistadodistribuidor.com.br>. Acesso em: 25 jul. 2021.

61 BANDEIRA, Paula Greco. As cláusulas de *hardship* e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos, cit., p. 1046-1047.

art. 4º da LINDB –, os usos e costumes têm seu reconhecimento associado à boa-fé objetiva e sua observância se impõe a despeito da inexistência de lacuna legal.<sup>62</sup> Com efeito, os usos, como nos delos jurídicos, revelam normas prescritivas, que, assim como os deveres emanados pela boa-fé objetiva, não confrontam com a autonomia privada, mas a conforma aos demais valores da ordenamento jurídico.<sup>63</sup> Como entende a doutrina, os usos e costumes devem ser percebidos sempre à luz das peculiaridades do caso concreto (levando-se em conta, por exemplo, os sujeitos envolvidos, sua capacidade econômica, sua *expertise* e o mercado em que atuam).<sup>64</sup>

Além disso, revelam-se fundamentais para o esclarecimento do real intuito das partes ao concluir em um negócio jurídico, em conjunto com os demais parâmetros interpretativos, as chamadas circunstâncias do negócio.<sup>65</sup> Como registra Judith Martins-Costa, o CC/2002, em sua essência, confere relevante papel às circunstâncias na interpretação contratual, impondo sua observância em uma série de dispositivos.<sup>66</sup>

O exame das circunstâncias denota que o intérprete, ao examinar a declaração negocial, não deve observar apenas as palavras expressadas (ou o instrumento negocial), mas deve apreciá-las em conjunto com os elementos que a rodeiam, enxergando o negócio em sua “concreta circunstancialidade”.<sup>67</sup> São essas circunstâncias, então, que formam o contexto da declaração e, assim, permitem detectar objetivamente a “intenção substancial na declaração”.<sup>68</sup> A esse respeito, leciona Perlingieri:

A investigação da ‘comun intenzão’ não pode significar levar-se em conta apenas as palavras, porque a ‘comun intenzão’ 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 revelar-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.<sup>69</sup>

Com efeito, o exame das circunstâncias revela que o contrato é um todo inserido em determinada realidade específica, que não pode ser analisado de forma atomística, destacando alguma de suas partes das demais ou ignorando o contexto no qual fir-

62 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, vol. 2, cit., p. 50. Quanto à associação dos usos e costumes à boa-fé objetiva, confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação, cit., p. 474-475. A doutrina também ressaltou o auxílio que os usos e costumes prestam ao intérprete na concretização da boa-fé objetiva, conferindo balizas para a especificação dos deveres anexos no caso concreto, v.: TEPEDINO, Gustavo. Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização. In: BENETTI, Giovana et. al. (Org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019, p. 584-602, p. 596; HAIKAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no código civil de 2002, cit., p. 7.

63 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Efeitos normativos das práticas negociais: atos de autonomia privada ou de heterocomposição? In: BENETTI, Giovana et. al. (Org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019, p. 707.

64 BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 208-209.

65 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 517.

66 MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e interpretação

dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, *passim*.

67 MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil, cit., p. 484-485.

68 MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil, cit., p. 494-495.

69 PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 435. Trad. livre. Também: DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 72.

mado.<sup>70</sup> Assim, o exame das circunstâncias do caso coliga-se à noção de que o intérprete não deve ser ater apenas ao sentido literal do dispositivo, que se revela, em muitos casos, insuficiente ao esclarecimento da vontade contratual.<sup>71</sup> A exegese literal, embora necessária e relevante, mostra-se inábil para resolver todas as particularidades do caso concreto, sendo a linguagem sempre conotada e sujeita a ambiguidades.<sup>72</sup>

O negócio jurídico é, pois, um conjunto de momentos unidos por um fim comum e que, por essa razão, deve ser interpretado em sua complexidade.<sup>73</sup> Com efeito, deve o intérprete tomar a declaração em relação a todo o contexto (inclusive, anterior e posterior à celebração do contrato), avaliando-se os efeitos que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia,

70 MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil, p. 484-485. A esse respeito, confira-se também: "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 se desenvolve iluminando o espírito e o fim prático que estava na consciência de ambas as partes". BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. 2. Campinas: LZN, 2003, p. 210-211.

71 PÉREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*, vol. 1. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 420-421.

72 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 453.

73 ROSENVALD, Nelson. Da interpretação do negócio jurídico, cit., p. 415. Nas palavras de Pontes de Miranda, o intérprete, "nos negócios jurídicos bilaterais, está diante da manifestação de vontade de A e de manifestação de vontade de B, cercado pelo modo de conduzir-se de A e de B e pelas circunstâncias". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, cit., p. 78. Em sentido semelhante, Antonio Junqueira de Azevedo anota que "o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias" e que, assim, "há de se entender por negócio jurídico aquela conduta total socialmente qualificada como negócio". AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

concretamente apreciada, por conta do princípio da confiança.<sup>74</sup> É necessário, assim, que se atente para comportamentos, atos ou atividades que tenham conexão finalística com o negócio, considerando em sua funcionalidade econômico-social.<sup>75</sup>

Nessa esteira, a atividade interpretativa não se restringe ao que consta do instrumento negocial, mas deve ir além e buscar o sentido do negócio jurídico, que não é formado apenas por manifestações volitivas ou por condutas, mas igualmente por determinadas circunstâncias.<sup>76</sup> Refere-se, nesse sentido, ao cânone da totalidade hermenêutica, que evidenciando o "círculo de realidade hermenêutica que corre entre a unidade do todo e a proximidade hermenêutica que corre entre a unidade do todo e os singulares elementos de uma obra",<sup>77</sup> revela que o intérprete deve considerar a declaração enquadrada no conjunto contratual, compreensivo de todas as circunstâncias fáticas e normativas relevantes para o caso.<sup>78</sup> A interpretação, portanto, deve considerar o negócio como um todo unitário, de forma a deduzir da totalidade a noção mais adequada aos valores do ordenamento jurídico e às finalidades dos agentes.<sup>79</sup>

74 MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os 'sistemas de referência extracotratuais' ('circunstâncias do caso') e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e 'uso do tráfego'. Adimplemento contratual, *Revista dos Tribunais*. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2021.

75 MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil, cit., p. 494-495.

76 LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*, cit., p. 141.

77 BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XLVI-XLVII.

78 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 453-454.

79 Em sentido similar: VICENZI, Marcelo. *Interpretação do contrato: ponderação de interesses e solução de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107. Ainda, confira-se: "Daí resulta uma especificidade do

Além do exame do contexto que envolve o negócio, para que seja possível compreender a vontade declarada dos contratantes, é necessário que se considere o conjunto das cláusulas contratuais, e não uma ou outra isoladamente. Na lição de Tepedino, "dispositivos isoladamente considerados equivalem a texto sem contexto, desservindo à compreensão da manifestação da vontade contratual em sua integralidade".<sup>80</sup> É necessário, assim, que se busque o conteúdo da avença mediante análise do conjunto de seus preceitos contextualmente considerados.

Não há como se estabelecer uma definição das circunstâncias que devem ser observadas pelo intérprete em cada contrato específico, na medida em que "a isso se opõe a infinita e incessante variabilidade que a vida oferece".<sup>81</sup> Em rol meramente explicativo, porém, Marino aduz que devem ser observados: o tempo e lugar do negócio jurídico, as qualidades das partes envolvidas e eventual relação existente entre elas, o comporta-

mento das partes (inclusive anterior e posterior à conclusão do negócio jurídico), as qualidades da coisa e a matéria ou natureza do objeto do negócio jurídico.<sup>82</sup> A valoração de tais elementos e o objeto de forma conjunta pelo intérprete, a partir de um *deve se dar de forma conjunta pelo intérprete, a partir de um juízo de razoabilidade*.<sup>83</sup>

Com efeito, à vista do quadro da economia contratual objetivamente estabelecida pelas declarações de vontade, considerando todo o contexto em que proferidas (inclusive o comportamento dos contratantes), é que a conduta segundo a boa-fé será evidenciada.<sup>84</sup> Além disso, são as circunstâncias que determinam se, à luz do caso concreto, deve-se atrair a incidência dos usos e costumes como modelo hermenêutico e integrativo. Portanto, é o contexto e, sobretudo, o comportamento das partes, que determinará se os usos e costumes devem ou não ser aplicados, bem como qual âmbito de sua aplicação.<sup>85</sup>

processo do compreender que é conhecida sob a denominação de círculo hermenêutico». Por tal, dizendo de modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso –, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primitivamente aceita e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá de lançar mão, como controlo e auxílios interpretativos, das mencionadas «circunstâncias hermenêuticamente relevantes».

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 8 ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2019, p. 286.

80 TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. In: *Soluções Práticas de Direito: Relações Obrigacionais e Contratos*, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 461.

81 DANZ, Erich. A interpretação dos negócios jurídicos, cit., p. 59.

82 MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

83 KIRCHNER, Felipe. *Interpretação contratual*: hermenêutica e concreta. Curitiba: Juruaí, 2016, p. 218-219. Como registra Pietro Perlingieri: "Na interpretação é necessário, portanto, levar em conta a disciplina específica de cada negócio, com a consequente relativização do procedimento hermenêutico. A interpretação depende dos diversos métodos hermenêuticos, da disciplina da responsabilidade e da confiança (*affidamento*), do quanto de objetivo e reconhecível possui o ato em relação a cada composição de interesses, da importância e qualidade da qualidade da diligência exigível, do círculo social do disponente, das condições econômicas e sociais dos sujeitos, isto é, de uma série de aspectos heterogêneos e concorrentes na individualização da disciplina do ato". PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 654-655.

84 NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249. Ainda: THEODORO JR., Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 134-135.

85 IORA, Natalia Inez. *Os Usos Negociais e os Contratos Empresariais: o conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 51-53.

### 3. A interpretação da cláusula compromissória após 20 anos de edição do CC/2002

Passadas duas décadas da edição do CC/2002 – e do reconhecimento da constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da Lei 9.307/96 –, a arbitragem, mais do que consolidada como meio para solução de controvérsias em território nacional, encontra-se em plena expansão.<sup>86</sup> Destacam-se, nessa toada, uma série de importantes decisões proferidas pelos tribunais brasileiros – especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça – a respeito de temas essenciais para o fortalecimento do instituto.<sup>87</sup>

Além disso, contribuíram para o crescimento do instituto, a progressiva ampliação das matérias arbitráveis.<sup>88</sup> Nesse diapasão, avulta-se em importância a promulgação da Lei 13.129/2015 (a “Reforma da Lei de Arbitragem”), que, como registra a doutrina, estabeleceu novo marco legal para o instituto

<sup>86</sup> A esse respeito: “Desde a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307), em 1996, a arbitragem vem crescendo exponencialmente, tanto no que tange ao número de julgados de casos, de advogados especializados na matéria e de publicações sobre o assunto. (...) Os avanços doutrinários e jurisprudenciais dos últimos tempos colocaram nosso país em posição de destaque. Não surpreende, pois, que em 2012, o Professor Albert Van den Berg referiu-se ao Brasil como a ‘belle of the ball’ da arbitragem internacional”. WALD, Arnaldo. A reforma da lei de arbitragem. *Revista dos Tribunais*, vol. 962, p. 195-216, 2015, p. 195.

<sup>87</sup> Como, por exemplo, julgados que confirmam a primazia do tribunal arbitral para dirimir questões relativas à existência, validade ou eficácia de negócio jurídico que contenha cláusula arbitral, cf., p. ex., AgInt no AREsp 1.372.134/SP, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 25.03.2021, ao que vedam a análise de demandas anulatórias pelas quais se busca que o Poder Judiciário examine o mérito do decidido pelos árbitros, cf., p. ex., AgInt no AREsp 1566306/SP, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 01.04.2020.

<sup>88</sup> Para uma análise aprofundada da expansão da arbitrabilidade objetiva confira: ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, 33, p. 301-337, 2012, *passim*.

no país, ao introduzir uma série de alterações que põe fim a diversas controvérsias existentes, inclusive relacionadas a possibilidade de a Administração Pública se utilizar da arbitragem.<sup>89</sup> Em 2019, com o propósito de fortalecer a autonomia privada e construir maior liberdade e segurança para as atividades econômicas, foi editada a Lei nº 13.874/2019 (a “Lei de Liberdade Econômica”) – fruto da conversão, após algumas alterações no processo legislativo, da Medida Provisória nº 881/2019 –, que alterou diversos institutos do direito civil brasileiro.

Nesse diapasão, a Lei de Liberdade Econômica promoveu alterações no art. 113, do CC/2002, acrescentando-lhe dois parágrafos inéditos. Com efeito, apesar de ter mantido o *caput* do artigo inalterado, foram introduzidas diversas regras hermenêuticas específicas em seu inédito parágrafo primeiro, bem como a liberdade das partes para estabelecer seus próprios critérios interpretativos no novo parágrafo segundo.

Nesse sentido, o inciso I do parágrafo primeiro estabelece que se deve atribuir ao negócio jurídico o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posteriormente à sua celebração. Trata-se de regra hermenêutica clássica, que sugere interpretação concorde dada pelos contratantes, que são os primeiros intérpretes do negócio jurídico.<sup>90</sup> A conduta posterior consiste em importante parâmetro objetivo, capaz de revelar a declaração de vontade sem necessidade de se perquirir a vontade subjetiva dos contratantes.<sup>91</sup> Atualmente, inclusive, tal preceito é deduzido do cânone interpretativo da boa-fé, que veda a prática de condutas contraditórias (o conhecido “*venire contra*

<sup>89</sup> MARTINS, André Chateaubriand. A administração pública na reforma da lei de arbitragem. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 22.

<sup>90</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 46.

<sup>91</sup> THEODORO JR., Humberto; FIGUEROA, Helena Lanna. *Negócio jurídico*, cit., p. 129.

*factum proprium*”), determinando que as partes ajam de forma coerente, sem surpreender uma à outra em quebra de legítimas expectativas despertadas.<sup>92</sup>

O inciso II do parágrafo primeiro, por sua vez, determina que a interpretação se dê conforme “os usos, os costumes e as práticas do mercado”. Como se registrou acima, o *caput* do art. 113 já previa os usos do lugar da celebração enquanto parâmetro do negócio jurídico. A diferença entre “usos” e “costumes” costuma ser apontada no fato de que, enquanto os primeiros se refeririam a condutas habituais e reiteradas em certos grupos (sociais ou econômicos) que servem para esclarecer significados e colmatar lacunas contratuais, os últimos, apesar de também dizerem respeito à prática constante, notória e reiterada, se contentariam em fonte de direito, em caráter suplementar à lei escrita.<sup>93</sup> A diferença para caracterizar determinada conduta reiterada como “uso” ou “costume” estaria na presença de um ingrediente extra, a *opinio iuris necessitatis*, fundado na ideia de vinculação dos sujeitos aos usos da prática com característica de norma jurídica, que atribuiria apenas ao costume o caráter de norma jurídica.<sup>94</sup> O código positivaria, assim, o que já era reconhecido pela doutrina, isto é, que os costumes, no âmbito da relação contratual, são compreendidos como usos contratuais, servindo para interpretação e integração do negócio jurídico.<sup>95</sup>

O terceiro termo acrescentado pelo legislador, consistente nas “práticas do mercado” vem sendo identificado como “os atos

comuns ao desenvolver de cada negócio”.<sup>96</sup> As práticas já eram reconhecidas pela doutrina como critério hermenêutico (por vezes indicadas como “usos individuais”), e se diferenciavam dos usos por se referirem a comportamentos adotados por partes específicas de determinada relação jurídica, seja no negócio objeto de interpretação seja em pactos anteriormente firmados.<sup>97</sup>

Após a repetição da utilização do princípio da boa-fé como parâmetro hermenêutico no inciso III do novo parágrafo primeiro, a Lei de Liberdade Econômica trouxe, no novo inciso IV, a previsão de que se deve atribuir ao negócio jurídico o sentido que “for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável”. Trata-se da positivação da máxima da *interpretatio contra profertentem* ou *contra stipulatorem*. Sob viés mais objetivo e contemporâneo, tal regra pode ser extraída do princípio da boa-fé objetiva parte-se da premissa de que quem redige determinada cláusula contratual deve fazê-lo de forma séria, honesta e com clareza; o sentido de determinada estipulação seja obscuro, o redator negligente deve ser sancionado pela interpretação favorável à outra parte.<sup>98</sup> Em outra ótica, a figura do *venire contra factum proprium* veda a invocação de ambiguidade ou obscuridade pelo redator de determinada cláusula contratual, para se beneficiar do significado que a ela pretendesse atribuir.<sup>99</sup>

<sup>92</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo; RUAS, Luiza Wander. *Interpretação dos negócios jurídicos e a liberdade econômica*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/314101/interpretacao-dos-negocios-juridicos-e-a-liberdade-economica>. Acesso em: 22 jul. 2021.

<sup>93</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação, cit., p. 471-472. Nesse sentido, o enunciado n. 409 da V Jornada de Direito Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados, conforme a boa-fé, os usos do lugar de sua celebração e as práticas estabelecidas entre as partes”.

<sup>94</sup> FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 380.

<sup>95</sup> KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A

<sup>92</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, cit., p. 251-252.

<sup>93</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*, vol. 1, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 70. Admitindo, porém, a possibilidade do costume *contra legem* [i.e. de determinado costume prevalecer sobre normal legal conflitante], confiase: HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no código civil de 2002, cit., p. 10.

<sup>94</sup> COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*, cit., p. 61-62.

<sup>95</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*, cit., p. 208.



O último inciso trazido ao novo parágrafo primeiro do art. 113 do CC/2002 pela Lei de Liberdade Econômica determina que se atribua aos negócios jurídicos o sentido que corresponda "a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração". A doutrina vem indicando que a "razoável negociação" consistiria em nova cláusula geral, cujo conteúdo deverá ser preenchido pelos aplicadores do Direito.<sup>100</sup> Nesse sentido, o próprio inciso indica que devem servir de balizas ao seu preenchimento as "demais disposições do negócio" bem como a "racionalidade econômica das partes consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração".

O primeiro critério refere-se à tradicional pauta hermenêutica que impõe a interpretação sistemática do negócio jurídico, de modo que seu significado se deduz "do conjunto das várias declarações ou cláusulas entendidas como elementos de um todo".<sup>101</sup> O parâmetro da racionalidade econômica, por sua vez, vem sendo entendido pela doutrina a partir do conceito de "casas"<sup>102</sup> ou "finalidade econômica"<sup>103</sup> do contrato. Tal perspectiva indica que o intérprete deve buscar, na análise contratual, que a

interpretação do negócio corresponda à síntese de efeitos jurídicos essenciais almejados pelos contratantes com a celebração daquela operação específica, levando-se em consideração a alocação de riscos consensualmente construída. Nesse sentido, o percurso interpretativo deve voltar-se a encontrar o sentido adequado a que se atinja à finalidade concreta do negócio, mais adequado a que se atinja à finalidade concreta do negócio, considerada merecedora de tutela pelo ordenamento jurídico.<sup>104</sup>

#### 4. Análise crítica: perspectivas para a interpretação da cláusula compromissória

Como vem sendo apontado pela doutrina, não se vislumbra uma alteração substancial entre os critérios de interpretação previstos no *caput* do art. 113 do CC/2002 – incluindo seu desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência – e os parâmetros que foram inseridos nos cinco incisos do novo parágrafo primeiro acrescentado pela Lei de Liberdade Econômica, senão mera tautologia.<sup>105</sup> Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, que o comportamento posterior das partes já era utilizado há muito como relevante guia na interpretação dos negócios jurídicos,<sup>106</sup>

interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020, p. 23.

100 TARTUCE, Flávio. A "Lei da Liberdade Econômica" (Lei nº 13.874/2019) e as principais mudanças no âmbito contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 6, n. 1, 2020, p. 1010.

101 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 176.

102 SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu efeito prestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-particulares/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em: 26 jun. 2021.

103 MOTA, Marcel Moraes. Os contratos civis e empresariais e a lei de liberdade econômica. *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 18, n. 2, p. 79, jul./dez. 2019, p. 79.

104 GEDIEL, José Antônio Peres; CÔRREA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). *Comentários à lei de liberdade econômica* Lei 13.874/2019. São Paulo: Thompson Reuters, 2019, p. 357.

105 TEPEDINO, Gustavo; CAVALLCANTTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 500. Ainda: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A tal "lei da liberdade econômica". *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, n. 114, 2019, p. 101-123, p. 116.

106 GEDIEL, José Antônio Peres; CÔRREA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 113 do Código Civil, cit., p. 360.

ou, ainda, que a funcionalidade hermenêutica dos costumes e das práticas já era, há tempos, reconhecida pela doutrina.<sup>107</sup>

Nessa esteira, difunde-se o receio de que os parâmetros previstos pela legislação venham a frear o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema ou a tornar os preceitos de interpretação dos negócios jurídicos em meros “conselhos oferecidos ao juiz”, como se deu em alguns países cujos ordenamentos jurídicos positiveram uma série de regras hermenêuticas.<sup>108</sup> Inquieta, em especial, possível aptidão da alteração legislativa de reprimir o constante aprimoramento da boa-fé objetiva, princípio que irradia valores constitucionais, cujos contornos dogmáticos vêm sendo proficuamente construídos há décadas.<sup>109</sup> Nessa toada, destaca-se que apesar de o legislador não ter previsto o comportamento anterior das partes como critério hermenêutico, tal parâmetro ainda deve ser observado, na medida em que a boa-fé objetiva se projeta em todas as fases da relação negocial, incluindo as negociações preliminares.<sup>110</sup> Ainda,

107 Como leciona Pontes de Miranda, “[o]s usos e costumes, os usos do tráfico, que se trate de usos e costumes regras jurídicas, quer se trate de simples usos e costumes que enchem conteúdo de negócios jurídicos com o elemento do suporte fático, podem ser interpretativos. Então, ou são regras jurídicas de interpretação, ou são enunciados que dizem como se entendem as manifestações de vontade”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cassali, *Tratado de direito privado*, cit., p. 176. Em linha similar, registra Orlando Gomes, “[o]s usos podem se instaurar no curso de uma relação contratual, como se verifica quando as duas partes observam, durante muito tempo, conduta uniforme a que se atribui habitualmente determinada significação”. GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 361. Nesse sentido, ainda, o enunciado n. 409 da V Jornada de Direito Civil. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados, conforme a boa-fé, os usos do lugar de sua celebração e as práticas estabelecidas entre as partes”.

108 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, introdução ao direito civil, cit., p. 420-421.

109 TEPELINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil, cit., p. 500.

110 ARNT RAMOS, André Luiz; CATALAN, Marcos Jorge. A interpretação dos contratos à luz da Lei da Liberdade Econômica: por ora, Hermenêutica

teme-se que se passe a considerar a existência de uma ordem hermenêutica abstrata e a priori entre os critérios previstos nos instrumentos de interpretação hermenêutica não fosse unitários, como se o procedimento hermenêutico não fosse unitário e não tivesse de levar em consideração cada caso específico para identificar a interpretação mais adequada à hipótese concreta.<sup>111</sup> O canunho, então, para conferir coerência às alterações promovidas pelo novo diploma legal está em promover sua aplicação em conformidade com os valores decorrentes da axiologia constitucional, na medida em que é a Constituição que garante unidade sistemática ao ordenamento jurídico.<sup>112</sup>

Nesse sentido, há de se considerar que o princípio da segurança jurídica (tão visado pela Lei de Liberdade Econômica), na contemporaneidade, adquiriu novos contornos, não mais se encontrando associado à aplicação mecânica e supostamente neutra das chamadas “regras claras”, mas ligado à solução casuística propiciada por normas, como a boa-fé, que oferecem baixa definição das hipóteses de incidência. No modelo atual, então, o princípio se estabelece a partir da argumentação, persuasão e da fundamentação judicial.<sup>113</sup> A esse respeito, confira-se as lições de Gustavo Tepelino:

nota de novo tem a dizer. *Civilística com*, v. 10, n. 1, p. 1-22, 2021, p. 9-10.

111 SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro, cit.

112 “Isto tudo aponta para o fato de que os §§1º e 2º [do art. 113] não são uma ilha inalcançável, mas estão inseridos no sistema que, assim como todo o direito e não só o direito privado, é axiologicamente unido pela Constituição Federal e seus princípios e valores”. NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia; PAVAN, Vitor Ottoni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 329-352, jul./set. 2020, p. 347-348.

113 “As conclusões estimulam a revisão do conceito de segurança jurídica. A subsunção propicia a falsa impressão de garantia de igualdade na aplicação da lei. Entretanto, não há respeito à isonomia quando o magistrado deixa de perceber a singularidade de cada caso concreto e, mediante procedimento mecânico, faz prevalecer o texto abstrato da regra. Por outro lado, o silogis-

É preciso resistir a essa cíclica e renitente tentativa de regulamentação de toda a vida social, empoderando-se, ao contrário, o magistrado com a atribuição do dever de esgotar o dado normativo disponível, a partir da aplicação, em cada sentença, da totalidade do ordenamento, informado pelos princípios e valores constitucionais incidentes no caso concreto. Como na página clássica de Giacomo Leonardo, em Gatopardò, em que o nobre siciliano percebe a necessidade de realizar uma *completa* transformação para que tudo pudesse permanecer como sempre fora, há de se rejeitar as tentativas de reformas legislativas desenfreadas, vestindo os institutos de indumentária renovada, sem que se altere a fundamentação axiológica das decisões, repristinando-se, de modo inquietante, o conceitualismo e a cultura jurídica ultrapasados pelas demandas sociais contemporâneas.<sup>114</sup>

Em razão disso, então, a despeito da Lei da Liberdade Econômica, a interpretação da cláusula compromissória parece dever observar o mesmo *standard* que já vinha sendo considerado, fruto de construção sólida por parte de doutrina e jurisprudência, e que leva em consideração outros elementos (que não expressamente referenciados pela Lei da Liberdade Econômica) os quais, à luz da legalidade constitucional, não podem ser ignorados.<sup>115</sup>

mo revela-se capaz de camuflar intenções subjetivas ou ideológicas do magistrado, poupando-lhe da imperiosa necessidade de justificar sua decisão e oferecendo-lhe salvo-conduto para escapar do controle social quanto à aderência de sua atividade interpretativa à axiologia constitucional. Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e os valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade". TEPEDINO, Gustavo. *Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. Novos Estudos Jurídicos*, v. 24, 2019, p. 35.

114 TEPEDINO, Gustavo. Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. São Paulo: Foco, 2021, p. 216.

115 NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia; PAVAN, Victor Otávio de M. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de

Nesse sentido, reconhece-se a incidência da boa-fé objetiva, em sua triplíce função, sobre as cláusulas compromissórias.<sup>116</sup> Nesse contexto, como critério interpretativo, o princípio atua sobretudo diante de cláusulas ambíguas ou contraditórias, determinando que se confira às disposições previstas a maior eficiência possível em vista da finalidade comum perseguida, tornando-se em consideração um comportamento leal das partes, <sup>117</sup> bem como a circunstância de que a inserção de convenção arbitral integra a equação econômico-financeira do contrato.<sup>118</sup>

A boa-fé objetiva impõe aos contratantes, ainda, o dever de pactuarem a convenção arbitral de forma honesta e com cuidado, evitando estabelecer "cláusulas patológicas"<sup>119</sup> que, além de frustrarem o interesse e a expectativa das partes signatárias, levam à instauração de um 'contencioso parasita', ao amparo do art. 7.º da Lei 9.307/1996". Caso, por qualquer razão, seja estipulada uma cláusula desse tipo, exige-se das partes que colaborem para operacionalizar de forma célere a instauração de procedimento arbitral ainda nessa circunstância, evitando a tomada de medidas judiciais temerárias. Entende-se, inclusive, que a violação a esses deveres poder gerar consequências indenizató-

paralela: análise das alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional, cit., p. 350.

116 PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil, cit., p. 38.

117 Nesse sentido, confira-se FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 137-138.

118 PINTO, José Emilio Nunes. Contrato de adesão. Cláusula compromissória. Aplicação do princípio da boa-fé. A convenção arbitral como elemento de equação econômico-financeira do contrato. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, 2006, p. 234-242.

119 "A cláusula arbitral tipifica-se como problemática ou *patológica* em decorrência de variados fatores, seja porque *vazia*, seja porque detalhada demais, ainda por fixar requisitos que inviabilizam sua operatividade etc.". MANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico, cit., p. 86.

rias, a depender do preenchimento dos demais requisitos legais.<sup>120</sup>

Revela-se profícua, ainda, a incidência do *venire contra factum proprium* – especialização funcional da boa-fé objetiva, que veda o exercício abusivo de posições jurídicas – nos negócios arbitrais. O preceito configura-se mecanismo idôneo a combater o comportamento do contratante que, após gerar a expectativa com a celebração da cláusula compromissória – de que as controvérsias entre as partes seriam resolvidas por arbitragem, busca evadir-se do procedimento, sustentando limites formais incompatíveis com a finalidade do pacto, e rompendo com o equilíbrio estabelecido.<sup>121</sup>

Os usos e costumes também se mostram valiosos parâmetros para a interpretação e integração da cláusula compromissória, auxiliando no esclarecimento dos termos utilizados em sua redação a partir do que usualmente é empregado ou extraído de avenças similares em determinado campo, bem como para integrar seu conteúdo, colmatando lacunas, sobretudo nas cláusulas mal redigidas (as chamadas *midnight clauses*) em que os contratantes deixam de regular aspectos relevantes à melhor operacionalização dos efeitos do pacto.

Nessa perspectiva, registra-se, ainda, que a reiteração de determinadas práticas em certos setores comerciais pode auxiliar na indicação da vinculação ou não de determinado agente à cláusula compromissória. Destaca-se, a esse respeito, voto proferido pelo Min. Massami Uyeda no julgamento da SEC 885-EX.<sup>122</sup> Na ocasião, reconheceu o Ministro (em voto vencido) que a inexistência de assinatura do instrumento contratual por um dos contratantes não afastaria a vinculação das partes à cláusula com-

promissória, vez que “os contratos mercantis, salvo disposição legal, dispensam formalidades, por não ser compatível com a dinâmica da atividade empresarial” e que seria “incomum, salvo melhor juízo, que, no momento da contratação, a parte assinasse a sua via contratual”.<sup>123</sup>

Além disso, ao analisar a cláusula compromissória, é necessário que o intérprete considere a finalidade econômica e estratégica que pautou a realização do ajuste, bem como o comportamento integral dos contratantes, inclusive as tratativas, avaliando o impacto que a conduta das partes produz na esfera alheia.<sup>124</sup> Nesse sentido, é relevante mencionar que a autonomia conferida à cláusula compromissória (que lhe garante, *de per se*, a manutenção de sua eficácia frente à existência de vícios que maculem o instrumento a que faz referência e que constitui referência de toque de qualquer procedimento interpretativo referente ao seu significado e alcance) não implica permissão para sua interpretação descontextualizada do instrumento (e, de modo mais amplo, da operação) em que se insere ou faça referência.<sup>125</sup> É necessário, assim, que se analise a cláusula arbitral à luz de todo o contexto negocial, considerando o ambiente específico em que pactuada.

Dessa forma, é necessário, na interpretação da cláusula compromissória, que se busque qual foi o objetivo comum das partes ao a convenicionarem, ao invés de examinar apenas a literalidade do pactado.<sup>126</sup> Em âmbito internacional, inclusive, essa circunstância faz com que a doutrina critique a aplicação do princí-

120 PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil, cit., p. 37.

121 PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil, cit., p. 38.

122 STJ, SEC 885/EX, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão. DJe 13/08/2012.

123 Para uma análise detalhada do julgado, confira-se: MOSER, Luiz Gustavo Meira. A cláusula compromissória, a conduta das partes e a força jurídica dos usos e costumes – comentário da sentença estrangeira contestada 855-EX. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, n. 35, p. 318-340.

124 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico, cit., p. 49.

125 KONDER, Carlos Nelson. O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados, cit., p. 299.

126 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

pio da interpretação restrita da cláusula arbitral, que advoga por uma análise rigorosa e exata de seus termos, sem considerar a finalidade concreta dos contratantes.<sup>127</sup>

Nesse sentido, como anota Gustavo Tepedino, a perquirição do fim compartilhado orientou a *International Chamber of Commerce (ICC)* no julgamento do provavelmente mais conhecido caso de extensão de cláusula compromissória com base na teoria do grupo de sociedades. Na hipótese, analisando as circunstâncias da demanda, a corte entendeu pela vinculação de sociedades integrantes de determinado grupo empresarial à cláusula compromissória, apesar de não a terem assinado, vez que a finalidade comum das partes se dirigia ao envolvimento da integralidade dos membros do grupo na operação.<sup>128</sup>

Nessa toada, sobressaem, ainda, alguns julgamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. Por exemplo, no âmbito da SEC 856/EX, a Corte Especial, considerando a conduta dos contratantes durante a execução contratual, bem como as práticas comerciais do setor, afastou a alegação de um dos agentes de que a cláusula compromissória – que teria dado origem ao litígio – seria inaplicável.<sup>129</sup> A análise da conduta das partes também foi relevante no julgamento do RESp. 1.894.715/MS, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a circunstância de uma das partes de determinado contrato ter se voltado reiteradas vezes, para resolver disputas referentes àquele

negócio, do Poder Judiciário, a impediria de, após, no âmbito de disputa judicial instaurada pela contraparte, alegar a existência de cláusula compromissória visando a extinção do feito.<sup>130</sup> Ainda, a avaliação das negociações preliminares foi fator determinante no julgamento do conhecido caso “Trelleborg”, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se entendeu que, na medida em que havia participado das tratativas que culminaram na celebração do contrato que continha cláusula compromissória, tendo efetivamente participado da sua elaboração, a *holding* de uma das partes, apesar de não ter sido parte formal do instrumento contratual, estaria vinculada ao pacto arbitral.<sup>131</sup>

## 5. Conclusão

Nas últimas décadas, a arbitragem deixou de ser encarada como procedimento excepcional, lançando-se como elemento fundamental para desenvolvimento do comércio e da economia mundial. No Brasil, desde a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira, vive-se fenômeno semelhante, com a crescente utilização do instituto e com sua valorização pelas cortes nacionais.

Em decorrência desse procedimento evolutivo, o exame da cláusula compromissória vem passando por substanciais transformações. De uma interpretação restritiva do negócio arbitral, passa-se a almejar uma hermenêutica ampliada, que valorize a finalidade dos contratantes quando da elaboração do pacto.

127 LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*, cit.

128 TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 100, n. 903, jan. 2011. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2021.

129 STJ, SEC 856/EX, Corte Especial, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 27/06/2005. Para análise minuciosa do julgamento: MOUNIZ, Joaquim de Paiva; PRADO, Maria da Graça Almeida. *Agreement in writing e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 26, p. 59-75, 2010, *passim*.

130 STJ, RESp. 1.894.715/MS, 3ª T., Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 20/11/2020.

131 TSP, Apel. n. 9193203-03.2002.8.26.0000, Rel. Des. Constança Gonzalez, j. 24/05/2006. O caso é examinado em detalhes em WALD, Arnoldo, GALINDEZ, Valéria. Caso Trelleborg. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n. 10, 2006, *passim*. O ponto é ressaltado, também, por Judith Martins-Costa, quando da análise do julgamento, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 501-502.

Nesse cenário, assumem relevância a boa-fé objetiva, os usos e costumes e as circunstâncias do negócio, que despontam como consistentes critérios de interpretação dos negócios jurídicos. Contemporaneamente, pode-se afirmar que tais parâmetros têm sido objeto de profícuo desenvolvimento por parte de doutrina e jurisprudência, que, com louvável esforço, têm sido estas as bases na criação de *standards* sólidos para sua aplicação.

A utilização desses parâmetros, tais como progressivamente construídos, parece permitir uma alteração de perspectiva no exame da convenção arbitral, valorizando uma interpretação que, em vez de se atentar para aspectos psicológicos dos agentes, busque delimitar, desde a celebração cooperativa da cláusula, o consentimento dos contratantes, a partir da tutela da confiança, valorizando, assim, a proteção das legítimas expectativas criadas.

Dessa forma, permite-se que a análise da cláusula compromissória seja feita não a partir da investigação de eventual intenção subjetiva de cada parte ou, ainda, de forma restrita à análise meramente literal do pacto, mas, sim, de um exame seu de forma objetiva, por meio da identificação dos comportamentos exteriorizados pelos agentes e seus efeitos nos demais, considerando a totalidade negocial, as condutas habitualmente adotadas e os *standards de probidade exigíveis, à luz dos valores do ordenamento jurídico*.

Nessa perspectiva, revela-se fundamental que, apesar das recentes alterações legislativas, doutrina e jurisprudência sigam na portentosa construção de critérios para interpretação da cláusula compromissória, em vista da legalidade constitucional.

## A impossibilidade superveniente da prestação e os remédios aplicáveis

Aline de Miranda Valverde Terra<sup>1</sup>  
Mariana Ribeiro Siqueira<sup>2</sup>

**Sunário:** Introdução: as impossibilidades como perturbações estruturais e funcionais do negócio jurídico; – 1. Suportes fáticos e efeitos da impossibilidade. Perda de sentido prático, desaparecimento do fim e frustração do fim; – 2. A impossibilidade superveniente imputável ao devedor e os remédios aplicáveis; – 3. A liquidação do dano na execução pelo equivalente e na resolução: o interesse positivo e o interesse negativo; – 4. Conclusão.

### Introdução: as impossibilidades como perturbações estruturais e funcionais do negócio jurídico

Na clássica lição de Agostinho Alvim, “as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas”<sup>3</sup>. Não obstante as partes, ao contratarem, buscarem o cumprimento do programa contratual nos exatos termos pactuados com a realização do fim da própria obrigação<sup>4</sup>, por vezes alguma intercorrência se verifica, a tornar impossível a execução da prestação.

1 Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Sócia em Aline de Miranda Valverde Terra Consultoria Jurídica.  
2 Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela Paris II. Sócia em Siqueira, Bottrel, Almeida e Silva Advogados.  
3 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965, p. 23.  
4 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: