

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A RACIONALIDADE ECONÔMICA COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL.

Rodrigo Pinati da Silva

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação da Professora
Dra. Mariana Pargendler

Versão de 30.09.2022

1. Tema, contexto e delimitação de escopo.

O tema da pesquisa é a interpretação dos contratos pela jurisprudência segundo a racionalidade econômica das partes, vetor interpretativo constante do inciso V do §1º do artigo 113 do Código Civil incluído pela Lei n. 13.874/2019, denominada Lei da Liberdade Econômica.

As disputas contratuais fundadas em interpretação são comuns e para tanto contribuem diversos fatores, destacando-se a indeterminação da linguagem, a custosa gestão de riscos e a difícil calculabilidade¹ da adjudicação judicial. A indeterminação semântica e cultural inerente à linguagem dificulta objetivação de um método interpretativo. E conhecer o significado da declaração negocial é o objeto da interpretação - e não a vontade em si² -, vinculando-se as partes ao propósito contratual consensual desejado – ou possível - dotado de significância jurídica. Não bastasse a restrição da linguagem, a própria incerteza sobre a execução da operação econômica subjacente é objeto da gestão de risco contratual³, a qual pode ser positiva ou negativa⁴ em razão do concreto exercício da autonomia privada de

¹ Conforme leciona ÁVILA, segurança jurídica pressupõe determinabilidade, isto é, “capacidade do cidadão compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”; confiabilidade, concretizada na estabilização das situações jurídicas; e calculabilidade, constatada a partir da previsibilidade dos limites da discricionariedade judicial (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 137-140).

² É objeto da interpretação não perseguir a real vontade hipotética das partes contratantes, porque intangível e contingente, mas sim “a declaração ou o comportamento, enquadrados no conjunto de circunstâncias que lhe confere significado e valor” (BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 467).

³ DAMODARAN expõe noção de KNIGHT segundo quem risco é a incerteza quantificável, a qual rejeita, preferindo a de HOLTON fundada em dois fatores: “O primeiro é a incerteza sobre os prováveis resultados de um experimento, e o segundo é o fato de que os resultados obtidos precisam ser relevantes em termos de utilidade” (DAMODARAN, Aswath. *Gestão estratégica do risco: uma referência para a tomada de riscos empresariais*. Felix Nonnenmacher (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2009, p. 23-24).

⁴ “Há duas formas de gestão de riscos no contrato: a gestão positiva e a gestão negativa pela gestão negativa, os contratantes deixam, deliberadamente, de repartir alguns elementos da relação contratual, no que se vem denominando de contrato incompleto. Tais elementos serão definidos no futuro, ao longo da execução do contrato, consoante haja a concretização de determinados fatores externos à relação obrigacional. Por sua vez, pela gestão positiva, as partes alocam os riscos por meio de cláusulas contratuais, a exemplo da cláusula resolutiva expressa, da cláusula limitativa ou exonerativa de responsabilidade e da cláusula penal” (TEPEDINO, Gustavo. SANTOS, Deborah Pereira

repartir ou não os riscos previamente, tornando assim a adjudicação judicial previsível ou ao menos determinável⁵ para momento futuro.

A interpretação contratual no direito brasileiro é considerada contextualista⁶, à vista da prevalência da intenção real consubstanciada na declaração negocial de vontade sobre o sentido literal da linguagem e a extração do sentido conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração (CC, arts. 112 e 113, caput e §1º). Aliás, são critérios (ou meios) de interpretação do contrato no Código Civil a literalidade, o contexto, verbal e situacional, e, ainda, o fim do negócio⁷.

Em 30 de abril de 2019, foi editada a Medida Provisória n. 881/2019, posteriormente convertida na Lei n. 13.874/2019, denominada “Lei de Liberdade Econômica” (LLE). Referida lei recebeu críticas variadas, não apenas

Pinto dos. *A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda imobiliária*. In *Inexecução das Obrigações. Pressupostos, evolução e remédios*. TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da (coord.). v. I. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 513-544, p. 514)

⁵ ZANETTI observa, quanto ao exame da extensão do risco efetivamente assumido pelas partes, que “No mais das vezes, a simples leitura das estipulações contratuais é suficiente para tanto. No silêncio do contrato, ao menos cinco fatores podem ser considerados, a saber: a natureza do negócio; a conjuntura de mercado; a qualificação das partes; a extensão temporal do contrato e especificidade do fato superveniente” (ZANETTI, Cristiano de Souza. *O risco contratual*. In. Sociedade de risco e direito privado. desafios normativos, consumeristas e ambientais. LOPEZ, Teresa Ancona. LEMOS, Patrícia Fraga Iglesias. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). São Paulo: Atlas. 2013, p. 455-468, p. 467).

⁶ “a interpretação deverá considerar em qualquer caso, o conjunto contratual, compreensivo de todas as circunstâncias fáticas e normativas de relevo para o caso, o que vem expresso – em regra antiquíssima, advinda do *ius commune* – como «cânone da totalidade hermenêutica»”. (COSTA, Judith M. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. Editora Saraiva, 2018, p. 495).

⁷ Por todos: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102-144.

metodológicas⁸, mas também de constitucionalidade⁹, tendo por objetivo assegurar liberdade¹⁰ e segurança jurídica¹¹ para o exercício da atividade econômica.

Do direito vigente com razoável período, nos limites deste projeto de pesquisa, relevantes são as alterações na disciplina da interpretação dos negócios jurídicos (CC, art. 113) e da função social do contrato, sobretudo a “alocação de riscos definida pelas partes” (CC, art. 421-A, II). Dentre outros *standards* de interpretação contratual incluídos pela LLE, destaca-se o inciso V do §1º do art. 113 do Código Civil, recorte do presente projeto de pesquisa, segundo o qual a interpretação deve “corresponder 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”.¹²

A razoável negociação das partes inferida das demais disposições do negócio segundo o contexto informacional da época de sua celebração deve observar a “racionalidade econômica das partes”, cláusula geral cujo conteúdo normativo é ainda incerto¹³.

⁸ “A despeito de conter diversas previsões bastante positivas em outras áreas, no campo específico do direito civil a reforma revela, do ponto de vista técnico, grave desconhecimento sobre o estado da arte do direito contratual brasileiro imediatamente anterior ao seu advento. (...) A nova lei, na mesma direção, é pródiga na enunciação de autojustificativas como se de normas se tratasse. Eis um dos graves efeitos de se demarcar uma disputa ideológica pela via legislativa: confere-se força normativa a textos que, por sua própria redação, seriam mais adequados como simples cartas de intenções” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em: 30.mai.2022). Também: “Ocorre que a Lei de Liberdade Econômica, a pretexto de valorizar a livre-iniciativa e desburocratizar a economia, vai muito além desse objetivo, até porque confunde desburocratização com desregulação e adota a premissa equivocada de que o Estado é exógeno à economia, ignorando a realidade de que ele é constitutivo dos mercados” (FRAZÃO, Ana. “*Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social.*”. In: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão (org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. 1ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 89-121, p. 113)

⁹ BERCOVICI, Gilberto. “As inconstitucionalidades da ‘Lei da Liberdade Econômica’ (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019)”. In: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão (org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. 1ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 123-152.

¹⁰ Representa o anseio o disposto no art. 3º, VIII, da Lei n. 13.874/2019, segundo o qual, é direito “[essencial] para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal” (...) “ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”. Oportuno referir itens 2 a 7 da exposição de motivos da Medida Provisória n. 881/2019 (BRASIL. Medida provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaoodemotivos-157846-pe.html>>. Acesso em 10.09.2022.

¹¹ v. nota 1 sobre segurança jurídica.

¹² Grifou-se.

¹³ Discorrendo sobre o inciso V do §1º do art. 113 do Código Civil, NITSCHKE destaca: “Ele não encontra par exato nem na tradição jurídica brasileira, nem em exercício de comparação jurídica. Qualquer tentativa de aproximação ao que antes se teve (exercício, esse, que se terá de fazer, tentando-se dar alguma utilidade e aderência à regra posta) ou ao que se tem no direito estrangeiro padece de algum grau de artificialismo: o dispositivo é inédito com esses termos e, assim, causa angústia aplicativa” (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. “*Comentário ao artigo 113 §§1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica*”. In. MARTINS-

Eis, então, a **questão central de pesquisa: quais critérios devem orientar a interpretação do contrato segundo a racionalidade econômica das partes?**

O modelo de pesquisa predominante será o trabalho exploratório, para o fim de constatar a importância do vetor interpretativo racionalidade econômica das partes na jurisprudência, realidade que será confrontada com a orientação dogmática existente para, ao final, propositivamente, constatar ação prática ideal ou aprimoramentos da técnica praticada.

O trabalho terá base dogmática a partir de pesquisa legislativa, doutrinária, incluindo literatura de direito e economia, e jurisprudencial.

As fontes de pesquisa serão a legislação brasileira, doutrinas nacionais e estrangeiras, além da análise da jurisprudência, considerando o Superior Tribunal de Justiça e os Estados de São Paulo, por sua expressão jurídica e experimentação à vista da realidade econômica, e do Rio Grande do Sul, por sua notória adjudicação qualificada, sem prejuízo de a localização de precedentes substanciais induzir ao estudo de caso(s).

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso.

A partir da questão central de pesquisa acima referida, necessários são os seguintes quesitos:

Contextualização fática

O fim ou a racionalidade da operação econômica subjacente ao contrato são critérios utilizados para a interpretação pela jurisprudência?

Fonte de consulta:

- Decisões judiciais (pesquisa jurisprudencial)

Referencial teórico-normativo

O que quer dizer racionalidade econômica das partes para o direito privado?

Fontes de consulta:

- Legislação nacional (consulta a fontes oficiais);
- Doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica); e

Como a racionalidade econômica das partes deve orientar a inferência judicial da razoável negociação sobre a questão controvertida considerando as demais disposições do negócio e as informações disponíveis no momento de sua celebração?

Fontes de consulta:

- Legislação nacional (consulta a fontes oficiais);
- Doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica); e

Abordagem analítica

A racionalidade econômica das partes é perfeita ou limitada?

Fontes de consulta:

- Legislação nacional (consulta a fontes oficiais);
- Doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica); e
- Decisões judiciais (pesquisa jurisprudencial)

O fim do contrato é sinônimo jurídico de racionalidade econômica das partes?

Fontes de consulta:

- Legislação nacional (consulta a fontes oficiais);
- Doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica); e
- Decisões judiciais (pesquisa jurisprudencial)

A intenção comum deve orientar a inferência judicial da hipotética negociação das partes conformando a “racionalidade econômica das partes” no contexto das “demais disposições do negócio” e das “informações disponíveis no momento de sua celebração” segundo um destinatário razoável ou é viável interpretação judicial do conteúdo contratual fundada em solução economicamente mais proveitosa para os contratantes, segundo o devido processo legal?

Fontes de consulta:

- Legislação nacional (consulta a fontes oficiais);
- Doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica); e
- Decisões judiciais (pesquisa jurisprudencial)

Recomendações finais

Quais são os critérios de interpretação do contrato segundo a racionalidade econômica das partes?

Fontes de consulta:

- Legislação nacional (consulta a fontes oficiais);
- Doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica); e
- Decisões judiciais (pesquisa jurisprudencial)

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Afigura-se relevante o tema, porque a Lei de Liberdade Econômica incluiu regras do Código Civil na disciplina da interpretação dos negócios jurídicos prevendo expressamente a “racionalidade econômica das partes” como vetor, cujo conteúdo normativo ainda está pendente de conformação pela doutrina e pela jurisprudência, despertando particular interesse à vista da prática contratual substancialmente relacional e incompleta.

Havendo êxito, o presente trabalho contribuirá para: (i) a revisão bibliográfica sobre a concepção da racionalidade econômica para o direito privado; (ii) a constatação de se e como está sendo aplicada a racionalidade econômica pela jurisprudência, conforme pesquisa jurisprudencial, a partir da qual será possível deliberar por sistematização ou destaque de precedentes específicos.

A propósito, primeira amostragem de precedentes revelou decisões proferidas com fundamento na racionalidade econômica das partes no seguinte sentido: (a) em contrato verbal atípico de construção em terra nua própria de um dos contratantes controverteram as partes sobre a distribuição dos lucros não previamente ajustados, se proporcional ao investimento individualmente realizado ou idealmente, prevalecendo esta, pois, “Inexistindo qualquer documento quanto às cláusulas do negócio jurídico verbal celebrado, especialmente quanto à divisão dos lucros e ao valor dos terrenos sob os quais foram construídas as casas, a interpretação deve se dar conforme a boa-fé, correspondendo a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (CC 113 §1º V)¹⁴”; (b) em apertada síntese, cessão de quotas (“CMS”) com assunção de passivo pelo cessionário teria sido realizada juntamente com parceria verbal (“CMS” e “Grupo Lótus”), sobrevivendo frustração do cessionário, quem imputou conduta oportunista abusiva ao cedente e parceiro informal (“Grupo Lótus”), de quem esperava exclusividade na atribuição dos financiamentos de veículo novos (“CMS”) e não apenas a prestação de serviço de limpeza deles, os quais eram prestados sem custos conforme contratado, sobrevivendo resilição unilateral por parte do cedente crítico quanto à qualidade dos serviços prestados. O oportunismo foi rechaçado a partir da racionalidade econômica do negócio, conforme trecho elucidativo bastante: “(...) **com foco nos princípios positivados da boa-fé e probidade nas relações contratuais (art. 422, do CC), ao invocar a racionalidade econômica do negócio** e questionar “qual a lógica em se assumir uma sociedade com passivo relevante e prestar serviços gratuitamente sem que lhe fosse assegurada a exclusividade?”, a apelante olvida que, além dos riscos inerentes às atividades empresariais, não houve contrapartida financeira na aquisição das quotas sociais, pelo cessionário, uma vez que o preço fixado (R\$ 123.032,11) no contrato de cessão deveria ser pago “através da absorção e assunção do atual passivo financeiro da empresa” (cláusula 2.1, a fls. 83). **Ou seja, foram considerados os implícitos riscos do negócio (assunção do passivo e incerteza sobre o contrato verbal de parceria que vigia entre a apelante e terceiros), ao aceitar as quotas sociais, sem desembolso de valores¹⁵”.**

O caráter inovador da pesquisa decorre do seu recorte jurisprudencial, ainda pendente de aprimoramento, conforme acima referido, e da análise das lições da literatura de direito e economia para a melhor aplicação do art. 113, §1º, inciso V, do Código Civil.

O trabalho será relevante aos estudantes de direito em geral, advogados e juízes, sem prejuízo dos próprios empresários caso seja possível constatar algum conteúdo normativo da cláusula geral em exame aplicado na jurisprudência redutor de custos de transação ou indutor de aprimoramentos na técnica contratual.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível nº 00002745820158070004. Apelante: Nazareno Alves de Andrade. Apelado: Jose Ferreira das Dores e outra. Relator: Sérgio Rocha. Brasília, 4 de dezembro de 2019.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 1005274-74.2014.8.26.0506. Apelante: CMS Serviços Automotivos Ltda. Apelado: Lotus Participações e Empreendimentos Ltda. e outros. Relator: Grava Brazil. São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

O pesquisador é juiz de direito estadual (São Paulo) desde 2014 com competência no período vinculada aos temas de direito privado importantes para exame analítico do tema da pesquisa, especialmente interessado por remédios jurídicos previsíveis no campo dos contratos.

5. Bibliografia preliminar

ALMEIDA, Carlos Ferreira D. *Contratos IV*. 2ª ed. Coimbra: Grupo Almedina, 2018

ANCONA LOPEZ, Teresa. “Princípios Contratuais”. In: Fernandes, Wanderley (coord.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *The Yale Law Journal*. V 99, n. 1, 1989, pp. 87-130.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (tu quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’” *estabelecido*. Revista Forense, v. 351, jul. ago. set. 2000, p. 275-283.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. 1986. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Da forma ao contexto: a importância dos elementos contextuais na evolução histórica da categoria do contrato*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

CATALAN, Marcos. “Devaneios de Ícaro: Uma Reflexão Ligeira Acerca De Incongruências Vivificadas Pela Lei Da Liberdade Econômica”. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 1, abr. 2020, p. 09-16.

COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin. 2019.

- CHARNY, David. "Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation". *Michigan Law Review*, v. 89. n. 7. 1991, pp. 1815-1879.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. Teoria Geral e Aplicação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.
- FRAZÃO, Ana. "Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social". In. Salomão, Luis Felipe; Cueva, Ricardo Villas Bôas; Frazão, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 89-121
- GERHART, Peter M.; KOSTRITSKY, Juliet P.. "Efficient Contextualism". *Faculty Publications*. Vol. 76, 2015, pp. 509-568.
- JACKSON, Howell Edmund et al. *Analytical Methods for Lawyers*. New York: Foundation Press, 2003. p. 396-419.
- HAICAL, Gustavo. "Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002". In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Revista de Direito Privado*. Vol. 50, 2012, pp. 11-47.
- KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020. p. 13-35
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). *Direito privado na Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Almedina, 2022.
- 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.
- NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e Interpretação. Histórica, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista De Direito Administrativo*. V. 262, 2013, pp. 95–144.
- _____. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. *Tulane Law Review*. V. 90, 2015, pp. 430-470.

