

O CASO RYAN LOCHTE E A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA MORAL NO DIREITO NEGOCIAL BRASILEIRO

The Ryan Lochte Case and the Application of Moral Clause in Brazilian Contract Law System

Ana Paula Parra Leite

Professora Adjunta do Departamento de Direito das Relações Sociais da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Líder do Grupo de Estudos e Desenvolvimento de Pesquisa em Direito Obrigacional, cadastrado junto ao Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.¹ Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada.

Zilda Mara Consalter

Professora Adjunta do Departamento de Direito das Relações Sociais da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Líder do Grupo de Estudos e Desenvolvimento de Pesquisa em Direito Obrigacional, cadastrado junto ao Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.² Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada.

Resumo: Ficou mundialmente conhecido o ocorrido com o nadador norte-americano Ryan Lochte, que, durante os Jogos Olímpicos de 2016, relatou ter sido vítima de assalto à mão armada por policiais, enquanto voltava de uma festa num clube noturno do Rio de Janeiro – fato posteriormente desmentido pelas investigações. Pelo comportamento malsinado, o medalhista perdeu seus principais patrocinadores e foi suspenso pela sua Confederação. Tendo como tela o caso acima, este estudo – em abordagem à luz do método científico indutivo – descreve a *moral clause* e analisa a possibilidade da sua aplicação no direito negocial brasileiro, bem como aponta suas principais consequências jurídicas.

Palavras-chave: Cláusulas morais. Direito contratual. Consequências jurídicas.

Abstract: It became worldwide known the case of American swimmer Ryan Lochte that – during the 2016 Olympic Games - reported that had been victim of an armed robbery by policemen while was returning from a party in a nightclub located in Rio de Janeiro – fact subsequently disavowed by investigation.

¹ Cadastrado junto ao Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq: <<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0203115420872092>>.

² Cadastrado junto ao Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq: <<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0203115420872092>>.

Because of his inadequate behavior, the medalist lost his main sponsors and was suspended by American Swimming Confederation. Considering this case, this study – in inductive method of approach – describes the moral clause and examines the possibility of its application to Brazilian contractual law, indicating its main consequences.

Keywords: Moral clause. Contract Law. Legal consequences.

Sumário: **1** Notas introdutórias e uma breve narração do evento em análise: o caso Ryan Lochte – **2** Da origem e evolução da cláusula moral e sua análise em face do caso em destaque – **3** Cláusula moral, ausência de previsão legal, aplicação no direito negocial nacional – **4** Notas conclusivas – admissão da *moral clause* pelo microssistema negocial nacional

Assim como uma gota de veneno compromete um balde inteiro, também a mentira, por menor que seja, estraga toda a nossa vida.

(Mahatma Gandhi)

1 Notas introdutórias e uma breve narração do evento em análise: o caso Ryan Lochte

Em agosto de 2016, a cidade do Rio de Janeiro foi palco dos Jogos Olímpicos. Nesse cenário, entre medalhas e recordes, a preocupação com a segurança durante o evento era uma constante para os seus organizadores.

Entretanto, nenhum acontecimento gerou tanta polêmica e controvérsia quanto o que envolveu o nadador norte-americano Ryan Lochte e outros três americanos, os também nadadores Gunnar Bentz, Jack Conger e Jimmy Feigen.

Durante uma entrevista concedida ao canal americano NBC News, o nadador Ryan Lochte afirmou que o táxi que levava os atletas da Zona Sul da cidade para a Vila Olímpica na volta de uma festa teria sido parado por homens com distintivo da polícia, que teriam lhes apontado arma e dado voz de assalto. Segundo o atleta, tais homens roubaram seu dinheiro e carteira, deixando o celular e as credenciais. Ryan e James Feigen registraram ocorrência de roubo perante a Polícia Civil do Rio de Janeiro.

A Delegacia Especial de Apoio ao Turismo (DEAT), vinculada à Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, investigou o ocorrido e, reunindo contradições no depoimento dos atletas, aliadas ao depoimento de testemunhas, imagens de vídeo, entre outros elementos, concluiu que o nadador havia mentido e inventado o falso assalto e que, na verdade, Ryan e seus companheiros de equipe é que praticaram atos de vandalismo em um posto de combustíveis, estando, na ocasião, visivelmente embriagados.

Uma vez desvendada a mentira, Ryan Lochte, já de volta aos Estados Unidos, justificou-se com base no desconhecimento da língua portuguesa e que deveria “ter sido mais cuidadoso e claro” ao descrever os acontecimentos, formulando um pedido de desculpas formal por seu comportamento.

Dos quatro atletas, três deles tiveram a volta ao país natal obstada até a tomada de providências e a prestação de maiores esclarecimentos quanto aos fatos. James Feigen, que também havia registrado o falso roubo, teve que pagar uma multa de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para voltar ao seu país. Os outros dois atletas, Gunnar Bentz e Jack Conger, prestaram novo depoimento como testemunhas e foram liberados.

No entanto, do episódio, ninguém sofreu mais prejuízos do que o próprio Ryan Lochte. Execrado pela imprensa e pela opinião pública, tão logo voltou para casa, seus principais patrocinadores anunciaram o rompimento de seus contratos com o nadador. Entre os patrocinadores estavam a marca de materiais esportivos Speedo®, a empresa de estética Syneron-Candela®, a fabricante de colchões Airweave® e a luxuosa marca de roupas Ralph Lauren®, sendo que o prejuízo do atleta foi estimado em U\$1.000.000 (um milhão de dólares).³

Além disso, o nadador foi suspenso de suas atividades por seis meses pela Confederação Norte-Americana de Natação.

Usando esse caso como pano de fundo – notadamente suas consequências de natureza jurídica –, este estudo visa analisar a possibilidade de aplicação no Brasil da chamada *moral clause* ou “cláusula moral” para a rescisão de contratos, tais como os de patrocínio de atletas e personalidades consideradas célebres, nas hipóteses em que esses apresentem um comportamento incompatível com a imagem e a mensagem que determinadas empresas querem atrelar a suas marcas e produtos.

Para tanto, em abordagem indutiva, após a introdutória narrativa do caso em tela, passa-se a indicar a evolução da *moral clause* para, então, analisar-se o seu cabimento no sistema negocial brasileiro e descrever-se quais as suas principais consequências nessa seara.

2 Da origem e evolução da cláusula moral e sua análise em face do caso em destaque

No ano de 1921, um comediante chamado Roscoe “Fatty” Arbuckle assinou um contrato milionário com duração de três anos com a Paramount Pictures

³ Dados informados pelo *site* da Rede de Mídia e Notícias CBS. Disponível em: <www.cbssports.com/olympics/new/ryanlotche-dropped-by-first-major-sponsor-since-robbery-debacle>. Acesso em: 14 set. 2016.

quando uma convidada de sua festa foi encontrada gravemente ferida em sua suíte de hotel. A convidada veio a falecer, o comediante foi preso por alegação de estupro e homicídio. Embora tenha sido absolvido em seu julgamento, a opinião pública já havia formado sua opinião.⁴

Esse caso despertou o uso da chamada cláusula moral nos contratos firmados pela Universal Studios – outro famoso estúdio de cinema dos Estados Unidos – com um grupo de atores conhecido como “Hollywood Ten”, que envolvia 10 influentes atores e roteiristas que foram presos e listados por denunciarem as atividades do *House Committee* durante as investigações sobre a influência comunista em Hollywood durante a Era McCarthy.⁵

A cláusula moral, que encontra correspondência na língua inglesa como *moral clause*, *public image*, *good-conduct* ou *morality clause*, garante ao contratante a possibilidade de resolver o contrato (entre outras consequências que serão analisadas na sequência), caso o contratado faça algo que possa afetar a sua imagem e, conseqüentemente, a imagem do contratante.

Segundo Caroline Epstein,⁶ a cláusula moral pode ser expressa ou implícita. Será expressa se fizer parte do contrato firmado, exemplificando a referida autora com a seguinte cláusula:

The spokesperson agrees to conduct herself with due regard to public conventions and morals, and agrees that she will not do or commit any act or thing that will tend to degrade her in society or bring her into public hatred, contempt, scorn or ridicule, or that will tend to shock, insult or offend the community or ridicule public morals or decency, or prejudice the [contracting company] in general. [Contracting company] shall have the right to terminate this Agreement if spokesperson breaches the foregoing.^{7 8}

⁴ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future. *NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, New York, US, v. 5, no. 1, pp. 72-106, Fall, 2015.

⁵ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future, *op. cit.*, pp. 72-106.

⁶ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future, *op. cit.*, pp. 72-106.

⁷ “O porta-voz concorda em conduzir-se de acordo com as convenções públicas e morais, e concorda que ela não praticará ou cometerá qualquer ato que venha a degradá-la perante a sociedade, levá-la ao ódio público, desprezo, escárnio ou ridicularização, ou que tendam a chocar, insultar ou ofender a comunidade ou a ridicularizar a moral pública ou a decência, ou, em geral, prejudicar a companhia contratante. A companhia contratante terá o direito de terminar esse acordo se o porta-voz quebrar o que precede” (Tradução livre das autoras).

⁸ Outro exemplo de cláusula moral, desta vez para o caso específico de atletas: “If at any time, in the opinion of Sponsor, Athlete becomes the subject of public disrepute, contempt, or scandal that affects Athlete’s image or goodwill, then Company may, upon written notice to Athlete, immediately suspend or terminate this Endorsement Agreement and Athlete’s services hereunder, in addition to any other rights and remedies that Sponsor may have hereunder or at law or in equity” (CHASE, Christopher. A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts. *Sports Litigation Alert*, Austin, Tx, US, v. 6, n. 6, April,

Ainda de acordo com Caroline Epstein,⁹ a cláusula será considerada implícita quando derivar dos princípios da *common law*, que impõe a um “talento” o dever de abster-se de atividades que são prejudiciais para o empregador ou que possa desvalorizar o desempenho daquele.

Trazendo a análise para o caso em questão, essa cláusula moral é muito comum em se tratando de contratos firmados entre empresas e atores, atletas e celebridades, visando atrelar a imagem e talento desses que endossam as marcas e produtos que aquelas comercializam. Atrelar a imagem de determinada celebridade a uma marca ou produto geralmente envolve contratos milionários e, quando bem-sucedida, a parceria pode elevar as vendas da empresa ou o valor de suas ações no mercado.^{10 11} Espera-se chamar a atenção dos consumidores, com o objetivo de que, ao aliam-se aos atletas, haja uma conexão com os consumidores.¹²

Em se tratando de atletas, o ponto de partida da ocorrência da cláusula moral ocorreu com Babe Ruth, um jogador de baseball, que tinha, em seu contrato mantido com seu time, uma cláusula em que deveria abster-se do consumo de álcool e deveria estar na cama até a 01h00 durante a temporada de jogos.¹³

Ocorre que, quando atletas ou celebridades agem de forma reprovável, não apenas do sentido de violação estrita da lei e em face das suas atividades profissionais, mas também em sua vida pessoal, é possível que o contratante tenha um prejuízo em razão da transferência que os consumidores fazem da imagem da pessoa para o próprio produto.¹⁴

Exemplificativamente, é o caso da modelo inglesa Kate Moss, que teve fotografias publicadas em todo o mundo em momento no qual consumia cocaína. Na época, a modelo mantinha contratos publicitários milionários com marcas como H&M®, Chanel® e Burberry®, que a dispensaram de suas campanhas publicitárias.¹⁵

2009. Disponível em: <www.fkks.com/news/a-moral-dilemma-morals-clauses-in-endorsement-contracts>. Acesso em: 14 set. 2016.

⁹ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future, *op. cit.*, pp. 72-106.

¹⁰ É o caso da modelo brasileira Gisele Bündchen, que notoriamente aumenta a venda dos produtos e marcas com quem trabalha (N. das AA.).

¹¹ De acordo com Noah B. Kressler, estudos revelam que campanhas publicitárias feitas por celebridades geralmente afetam consumidores mais favoravelmente que campanhas feitas por não celebridades, particularmente entre consumidores adolescentes (KRESSLER, Noah B. Using the morals clause in talent agreements: a historical, legal and practical guide, *The Columbia Journal of Law & Arts*, New York, US, v. 29, colum. 235, 2005).

¹² CHASE, Christopher. A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts, *op. cit.*

¹³ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future, *op. cit.*, pp. 72-106.

¹⁴ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future, *op. cit.*, pp. 72-106.

¹⁵ FISCHER, Alice. Kate Moss: o ícone da moda que sofreu em silêncio. *Carta Capital*. The Observer, 08 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/kate-moss-o-icone-da-moda-que-sofreu-em-silencio>>. Acesso em: 20 set. 2016.

Ainda pode-se citar o caso do jogador de basquetebol Kobe Bryant que, envolvido em escândalos sexuais, perdeu contratos com McDonald's®,¹⁶ Nutella®, Spalding® e Coca-Cola®, que, juntos, somavam U\$4 milhões (quatro milhões de dólares).¹⁷

O golfista Tiger Woods, também envolvido em vários escândalos sexuais quando casado com a modelo Elin Nordegren, viu patrocinadores como TagHeuer®, Gillette®, Accenture®, Gatorade® e AT&T® encerrarem suas parcerias, com uma perda estimada em U\$22 milhões (vinte e dois milhões de dólares).¹⁸

E por que não citar o caso do ciclista Lance Armstrong, que por sete vezes fora campeão da mais famosa competição de ciclismo do mundo, a Volta da França? Por muitos anos, pairava sobre Armstrong a dúvida quanto à utilização de esteroides anabolizantes, o que, veementemente, era por ele negado, até que, em 2012, em uma entrevista, confessou a existência de um esquema profissional para melhorar a sua *performance* de forma ilícita, custando-lhe a perda de estimados U\$75 milhões (setenta e cinco milhões de dólares) em patrocínio.¹⁹

Segundo Andrew A. Schwartz,²⁰ a cláusula moral geralmente menciona tipos de conduta que legitimarão a empresa a resolver o contrato. Em razão da autonomia negocial, as próprias partes podem estipular que a resolução do contrato será dada pelo mero indiciamento de um crime ou se será necessária a condenação em primeira instância ou o seu trânsito em julgado. Podem também estipular se será qualquer crime que ensejará a resolução ou apenas um ou outro tipo específico.

Outros acontecimentos são exemplificados por Noah B. Kressler,²¹ tais como: uso abusivo de álcool ou drogas, desonestidade, prática de atos tendentes a desmoralizar a própria celebridade perante a sociedade, ou levarem-na ao ridículo e ao desprezo. Pode-se pensar até mesmo num evento anterior à celebração do contrato – mas que somente venha a público após a sua celebração – que dê ensejo a violação da cláusula moral.

¹⁶ A empresa emitiu um comunicado afirmando “McDonald’s and Sprite believe in the Family image, and [sexual assault] is not what family is all about”, ou seja, “McDonald’s e Sprite acreditam na imagem da família e agressão sexual não é sobre o que é a família” (Tradução livre das autoras).

¹⁷ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future, *op. cit.*, pp. 72-106.

¹⁸ UOL ESPORTE. AT&T retira patrocínio a Tiger Woods. *UOL Esporte*, Agências Internacionais, New York, 31 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://esporte.uol.com.br/golfe/ultimas-noticias/2009/12/31/att-retira-patrocínio-a-tiger-woods.jhtm>>. Acesso em: 20 set. 2016.

¹⁹ ZARRIELLO, Andrew. A call to the bullpen: alternatives to the morality clause as endorsement companies main protections against athletic scandal. *Boston College Law School*, Boston, US, v. 56, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol56/iss1/10>>. Acesso em: 20 set. 2016.

²⁰ SCHWARTZ, Andrew A. A “Standard Clause Analysis” of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause, *Colorado Law – legal studies research paper series*, Boulder, Colorado, no. 9-15, p. 1-59, sept., 2009.

²¹ KRESSLER, Noah B. Using the morals clause in talent agreements: a historical, legal and practical guide, *op. cit.*

As partes podem convencionar que as consequências da violação à cláusula moral podem variar desde o fim do contrato; a suspensão do contrato com a manutenção dos serviços do atleta para uma data posterior; a imposição de uma penalidade para o comportamento imoral, mas com a continuidade do contrato; e até mesmo a possibilidade de pleitear os prejuízos em razão da quebra do contrato,²² embora Andrew Zarriello²³ mencione que geralmente a cláusula moral falhe em garantir aos contratantes a opção para recuperar o investimento feito anteriormente no atleta, autorizando apenas a rescisão ou suspensão do contrato, economizando o dinheiro apenas prospectivamente.

Segundo a doutrina americana, o remédio para proteger as empresas do investimento feito anteriormente no atleta seria a inserção da chamada *clawback provision*, ou seja, uma cláusula que permite ao contratante recuperar o que já foi pago ao contratado, anteriormente ao evento malsinado.²⁴

Reforçando a adoção dessa cláusula, Andrew A. Schwartz²⁵ levanta inclusive a hipótese de sua aplicabilidade se o contratado (atleta, celebridade, artista) praticar algum ato inapropriado que resulte em reflexos negativos para a empresa ou marca (tal como o envolvimento em um escândalo, por exemplo).

Como já mencionado, no caso do nadador Ryan Lochte, quatro de seus patrocinadores romperam os seus contratos, a empresa de materiais esportivos Speedo®, a empresa de estética Syneron-Candela®, a fabricante de colchões Airweave® e a luxuosa marca de roupas Ralph Lauren®. A patrocinadora Syneron-Candela® emitiu um comunicado afirmando: “We hold our employees to high standards, and we expect the same of our business partners. We wish Ryan well on his future endeavors and thank him for the time he spent supporting our brand”.²⁶ A Speedo® também justificou o rompimento do contrato, afirmando que o comportamento do atleta contrariava os valores apoiados pela marca: “While we have enjoyed a winning relationship with Ryan for over a decade and he has been an important member of the Speedo team, we cannot condone the behavior that is counter to the values this brand has long stood for”.²⁷ Esta marca, inclusive, em

²² CHASE, Christopher. A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts, *op. cit.*

²³ ZARRIELLO, Andrew. A call to the bullpen: alternatives to the morality clause as endorsement companies main protections against athletic scandal, *op. cit.*

²⁴ BROWN JUNIOR, J. Robert. *Contemporary corporation forms: text model forms commentary*. 2. ed. New York, US: Prentice Hall, 2016. p. 75.

²⁵ SCHWARTZ, Andrew A. A “Standard Clause Analysis” of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause, *op. cit.*

²⁶ “Nós mantemos nossos funcionários em alto padrão e esperamos o mesmo de nossos parceiros de negócios. Desejamos a Ryan o bem em seus futuros empreendimentos e agradecemos o tempo que passou apoiando nossa marca” (Tradução livre das autoras).

²⁷ “Embora tenhamos desfrutado de um relacionamento vencedor com Ryan por mais de uma década e que ele tenha sido um importante membro da equipe Speedo, não podemos tolerar o comportamento que é contrário aos valores que esta marca há muito tempo representava” (Tradução livre das autoras).

um esforço para recuperar sua imagem, doou U\$50.000 (cinquenta mil dólares) para a “Save the Children”, uma instituição global de caridade, para crianças do Brasil.

O comportamento do nadador – deliberadamente mentiroso e fantasioso – ainda causou danos ao patrimônio imaterial não somente das marcas que representava, mas constrangeu toda uma nação, levando até mesmo o Comitê Olímpico Americano a pedir desculpas publicamente pelo fato.

É de se acrescentar que até o momento, inclusive, o nadador ainda tem sofrido com a hostilidade dos americanos nos eventos que vem participando, sendo o último episódio o relacionado a sua apresentação no programa televisivo *Dancing with the Stars*, cuja apresentação foi interrompida por um grupo de manifestantes que, por discordar de sua conduta, repudiam a sua participação em dita programação de entretenimento.

Como se pode perceber, diversas consequências (de natureza jurídica ou não) puderam ser sentidas pelo nadador norte-americano e à luz do sistema contratual legal daquele país.

A questão gerada, agora, gira em torno da possibilidade da aplicação da teoria da *moral clause* no micro-ordenamento jurídico negocial nacional, o que se passa adiante a analisar.

3 Cláusula moral, ausência de previsão legal, aplicação no direito negocial nacional

É de se indagar sobre a possibilidade de inclusão (expressa ou não) da cláusula moral em contratos – tais como os firmados pelo nadador Ryan Lochte – no direito brasileiro, considerando-se que não há qualquer previsão expressa quanto ao tema na legislação nacional.

Tendo em vista a aplicação do princípio da autonomia da vontade que informa o direito contratual brasileiro, seria perfeitamente possível a inserção expressa de uma cláusula moral tal como a utilizada no Direito norte-americano, estabelecendo quais comportamentos do contratado violariam a cláusula moral, bem como quais as suas consequências.

Ademais, e sob as luzes da liberdade de contratar, bem como para evitar lacunas e possíveis controvérsias, o ideal seria que as próprias partes estipulassem quais comportamentos acarretariam a violação à cláusula moral, bem como quais seriam as consequências de sua violação, pois há vários aspectos que

podem influenciar na sua incidência,²⁸ tais como quais são as partes envolvidas,²⁹ quais são os riscos potenciais do relacionamento entre elas e quais os potenciais danos se sobrevier um evento reprovável.³⁰ Nas palavras de Christopher R. Chase: “Specific things to consider when negotiating these clauses include the type of behavior that is covered and the remedy for a violation of the clause”.^{31 32}

Mas e se o contrato não contemplar expressamente a cláusula moral e o contratado, no caso o atleta ou celebridade, praticar um ato que venha a se configurar como um ato criminoso, ou ainda que não seja um crime, mas resulte em algo polêmico ou indecoroso?

O Código Civil prevê, em seu artigo 478, que:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Referido artigo não é isento de críticas.

Primeiramente pela exigência de que o evento superveniente decorra de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”.

Para Judith Martins-Costa, a imprevisibilidade deve ser relativizada “para considerar-se a expressão em seu significado normativo, de correspondência à legítima expectativa das partes no momento da conclusão do ajuste, tendo-se em conta, como fato primordial, o objetivo desequilíbrio não-imputável à parte prejudicada”.³³

Ainda quanto à redação e exegese do artigo 478, Ruy Rosado de Aguiar Júnior flexibiliza o requisito da imprevisibilidade, considerando necessário para a

²⁸ CHASE, Christopher. A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts, *op. cit.*

²⁹ Pois há atletas que, apesar de seu comportamento inapropriado, mantém sua habilidade de “vender” os produtos por eles endossados, o que levaria a uma cláusula moral mais fraca ou leniente. (AUERBACH, Daniel. Morals clauses as corporate protection in athlete endorsement contracts. *DePaul Journal of Sports Law & Contemporary Problems*, Chicago, Il, US, v. 3, n. 1, summer 2005. Disponível em: <www.via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context+jslcp>. Acesso em: 14 set. 2016.

³⁰ “É possível que um atleta que tenha tido um caso extraconjugal possa endossar materiais esportivos ou medicação para dor de cabeça, mas menos apropriado para um produto associado com valores familiares tradicionais” (AUERBACH, Daniel. Morals clauses as corporate protection in athlete endorsement contracts, *op. cit.*

³¹ CHASE, Christopher. A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts, *op. cit.*

³² “Algumas especificidades devem ser consideradas quando negociadas essas cláusulas, incluindo-se a espécie de comportamento que é coberto e a consequência para a violação da cláusula” (Tradução livre das autoras).

³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 256-257.

revisão do contrato apenas o “dado objetivo da equivalência da prestação”, não sendo necessário que a desproporção decorra de “motivos imprevisíveis”.³⁴

Judith Martins-Costa também corrobora esse posicionamento, afirmando que a imprevisibilidade deve “ser relativizada, para considerar-se a expressão em seu significado normativo, de correspondência à legítima expectativa das partes no momento da conclusão do ajuste, tendo-se em conta, como fato primordial, o objetivo desequilíbrio não-imputável à parte prejudicada”.³⁵

No mesmo sentido segue o posicionamento de Giuliana Bonanno Schunck, para quem teria sido mais benéfico que o Código Civil exigisse apenas a alteração nas circunstâncias, nos moldes do disposto no artigo 437 do Código Civil português, sem mencionar que essa alteração seja decorrente de fatos imprevisíveis.³⁶

Há que se ressaltar que também o BGB alemão, que deu origem à positivação do instituto, em seu §313, não faz qualquer menção à imprevisibilidade.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior também afirma que “o que importa realmente é saber se ocorreram *alterações circunstanciais* e se essas, mesmo com o cálculo, a cautela e a prudência, ensejam a mudança significativa na equação econômica do pacto, que se exterioriza especialmente pela excessiva onerosidade”.³⁷

Sobre o tema, Luiz Philippe Tavares de Azevedo Cardoso afirma que a imprevisibilidade compreende “não só o fato em si (que pode até ser previsível), mas também seus efeitos (estes sim imprevisíveis)”.³⁸

No mesmo sentido é o posicionamento de Claudio Luiz Bueno de Godoy, ao afirmar que a imprevisibilidade deve ser apreciada de forma extensiva, para que se possa considerá-la.³⁹

Corroborando esse posicionamento, afirma ainda Giuliana Bonanno Schunck que: “Dessa forma, bastam que as consequências de determinado evento sejam imprevisíveis ou extraordinárias para que possa ser pleiteada a revisão do contrato pela parte prejudicada”.⁴⁰

³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 152.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 256-257.

³⁶ SCHUNK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 95.

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 160.

³⁸ CARDOSO, Luiz Philippe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, 2010, p. 123.

³⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

⁴⁰ SCHUNK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil*, op. cit., p. 96.

Junqueira de Azevedo, por seu turno, assevera que fatos genericamente previsíveis podem provocar efeitos concretos imprevisíveis.⁴¹

Nesse sentido, foi editado o Enunciado nº 17, aprovado na Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários de 2002, o qual, reportando-se ao artigo 317 do Código Civil, prevê: “A interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’ constante no artigo 317 no Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis quando causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

Mais uma vez, menciona-se o Projeto de Lei nº 276/2007, que objetiva alterar a redação do artigo 478 para excluir o requisito da imprevisibilidade, ressaltando-se ainda a existência do Enunciado nº 175 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal sobre o tema: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no artigo 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.

Também o Projeto de Lei nº 3.619/2008⁴² de autoria do Deputado Carlos Bezerra visa a excluir do texto o termo “imprevisível” da redação do artigo 478.

Ainda, o legislador pátrio, no referido artigo 478, exige que o evento extraordinário e imprevisível seja posterior à celebração do contrato e anterior à sua execução.

Entretanto, como visto por ocasião da análise da cláusula no direito norteamericano, o ato malsinado do atleta pode ter ocorrido anteriormente à celebração do contrato, mas tornar-se conhecido no curso de sua execução, ensejando ainda assim, a aplicação das penas atinentes à cláusula moral.

Outra exigência contemplada no artigo 478 do Código Civil está em que do evento superveniente que torna a prestação excessivamente onerosa para uma

⁴¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

⁴² Na justificação para a elaboração do referido projeto, afirmou o Deputado Carlos Bezerra: “A teoria que fundamenta a revisão contratual é denominada “rebus sic stantibus” e preconiza a revisão contratual sempre que acontecimentos extraordinários e imprevisíveis violarem o equilíbrio entre as partes conforme já mencionado; representa exceção ao princípio, aliás não absoluto, de acordo com orientações doutrinárias mais recentes, de que o contrato faz leis entre as partes. Aliás, as modernas doutrinas sobre contratos ressaltam a sua função social, baseados nos princípios da boa-fé e probidade das partes, princípios que o tornam coerente e compatível com a realidade do bem estar coletivo. E dentro dessa ótica é decorrência lógica que a leitura, o cumprimento das avenças devem estar alicerçadas em escritos e avaliação que vedem onerosidade excessiva para uma das partes e enriquecimento indevido para a outra; esse entendimento é o que melhor atende ao princípio da solidariedade e dignidade da pessoa humana, agasalhado pela Constituição. Desnecessário, pois, que o fator de desequilíbrio, ocorrente durante o cumprimento do contrato, seja previsível ou não. Tem-se pois, que ocorrido um evento extraordinário que torne insuportável a contraprestação, impõe-se a revisão contratual” (BRASIL, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

parte advenha uma “extrema vantagem para a outra parte”. Isso vem sendo criticado pela doutrina, eis que, nesta hipótese, o comando legal estaria a exigir, por exemplo, que,

[...] num contrato de fornecimento, o facto de o credor do fornecimento, a manter-se inalterada a sua execução, poder continuar a receber os produtos ao preço antigo, enquanto que agora teria de pagar mais pela sua aquisição, não significa que daí lhe advenha um ganho. É que uma das razões que o levou a celebrar um contrato daquele tipo, ou a aceitar determinadas regras para o fornecimento, pode justamente ter sido a de garantir certa estabilidade ou regularidade na obtenção dos produtos em causa, com base nos quais ele firmou, por seu turno, por exemplo, condições de venda de bens com eles manufacturados, que tem de manter.⁴³

Essa exigência vem, portanto, recebendo inúmeras críticas da doutrina, pois é possível que a onerosidade excessiva para uma das partes não implique, necessariamente, uma vantagem ou benefício para a outra, de forma que uma análise simplista do contido no referido artigo poderia levar à conclusão de que, se a onerosidade excessiva para uma parte não implicou um benefício para a outra, o artigo 478 não poderia ser invocado.

Nesse sentido também é o posicionamento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao afirmar que “é possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir a onerosidade excessiva que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor”.⁴⁴

Além do autor acima citado, Claudio Luiz Bueno de Godoy igualmente critica esta exigência, a que denomina de efeito “gangorra”:

[...] pela letra da nova lei, uma parte pode ser completamente reduzida à insolvência, por alteração das circunstâncias, sem acesso à teoria da imprevisão, se não comprovar lucro exorbitante da outra. E veja-se que se essa vantagem à outra parte pode até ser considerada de ocorrência normal, como contrapartida da onerosidade excessiva do devedor, nem sempre isso poderá suceder (lembre-se do exemplo do leasing em dólar, quando o banco brasileiro ainda deva o repasse ao banco estrangeiro).⁴⁵

⁴³ CARVALHO FERNANDES, Luís A. *A teoria da imprevisão no direito civil português*. Lisboa: Quid Juris?, 2001. p. 289.

⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato: os novos princípios contratuais*, *op. cit.*, p. 67.

Sobre essa exigência, Antonio Celso Fonseca Pugliese faz sua crítica, afirmando que ela não se coaduna com o posicionamento dos principais ordenamentos jurídicos do mundo, implicando em mais um ônus processual para a parte prejudicada, que terá ainda que provar a vantagem da parte contrária.⁴⁶

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos também se posiciona neste sentido:

Alguns autores acreditam que deva ocorrer também o enriquecimento indevido para a outra parte, favorecida pelo desequilíbrio contratual, do que se ousa discordar, pois, casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica em lucro excessivo para a outra, mas sim, até em algum prejuízo, por sofrer também as consequências da alteração das circunstâncias e, além disso, a finalidade principal da imprevisão é socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual e não punir a parte que se enriquecerá com esse desequilíbrio.⁴⁷

O já mencionado Projeto de Lei nº 276/2007, alterando a redação do artigo 478, não exige a vantagem da outra parte, sendo que na justificativa para o projeto foi consignado que “não se deve configurar a onerosidade excessiva, na dependência do contraponto de um grau de extrema vantagem. Isso significaria atenuar o instituto, sopesado por uma compreensão menor”.

Também o Enunciado nº 365 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal prevê: “A extrema vantagem do artigo 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

O Código Civil italiano, em seu artigo 1467,⁴⁸ não exige o benefício ou vantagem da outra parte. Também a doutrina portuguesa entende não ser necessário que ao prejuízo de um dos contraentes corresponda um ganho do outro e muito menos um ganho equivalente.⁴⁹

⁴⁶ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 830, p. 15-16, dez. 2004. p. 15-16.

⁴⁷ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual*, Belém: Cejup, 1989. p. 37.

⁴⁸ “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168)”.

⁴⁹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil, *op. cit.*, p. 15-16.

Nos casos de incidência da cláusula moral, não há, evidentemente, o prejuízo de um (contratante) em detrimento do outro (atleta). O que ocorre é um prejuízo a ambas as partes, e a manutenção dos termos do contrato tal como originalmente acordado mostrar-se-ia desequilibrada, pois o contratante não terá mais o benefício da até então boa imagem do atleta na divulgação de sua marca ou produto. O atleta, por outro lado, perderá o seu patrocínio.

Considerando-se as críticas que a doutrina vem fazendo quanto à aplicação do artigo 478 do Código Civil, é possível afirmar-se que o que mantém os contratos nos seus estritos termos é a existência de um equilíbrio entre prestação e contraprestação.

Caso os contratos entre o nadador Ryan Lochte e seus patrocinadores tivessem sido firmados no Brasil, poder-se-ia afirmar que seria possível a sua rescisão, objetivando-se, portanto, colocar fim ao vínculo mantido, ou então, buscar uma revisão para a diminuição do valor do patrocínio (caso não se trate de ato malsinado de maior gravidade, mas que tenha causado algum prejuízo ao contratante).

Não é de se olvidar ainda a aplicação do princípio da boa-fé que informa as relações negociais, principalmente ao se considerar a concepção dinâmica da relação obrigacional, tal como foi preconizada por Clóvis do Couto e Silva, segundo a qual a obrigação é concebida como um *processo*, em que se objetiva “sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”.⁵⁰

E assim concebido o ato negocial perfectibilizado pelo contrato (como um processo permeado e envolto em obrigações indiretas, além das diretamente pactuadas), sugere-se que seja visto como um meio e não como um fim em si mesmo, ao passo que “[...] se presta a finalidades sociais e morais, e não apenas econômicas e individuais”.⁵¹

Desse modo, a relevância recentemente dada ao princípio da boa-fé no campo do direito das obrigações expressa, talvez, a “principal reação contra as idéias (*sic*) e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do direito”,⁵² representando um corte epistemológico profundo, pois a boa-fé assumiu a posição de modelo de comportamento no direito brasileiro.⁵³

Tanta é a importância da boa-fé na atual teoria contratual que o alemão Josef Esser afirma que ela concilia contribuições tanto do mundo ôntico quanto do plano deôntico, pois “[...] incorpora valores do ordenamento e da sociedade, que servem

⁵⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 10.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, *op. cit.*, p. 637-638.

⁵² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, *op. cit.*, p. 41.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 157.

como balizamento não apenas para a solução de litígios, senão para a própria atuação das partes, sua conduta com relação àqueles com quem se relacionam e com a comunidade em geral”.⁵⁴

E veja-se que a atuação da parte é um termo que se espraia, não podendo ser considerada apenas a ação dos pactuantes no ambiente contratual, mas sim num contexto mais amplo e abrangente.

Nessa senda, impera ressaltar que o Código Civil brasileiro de 1916 não fazia menção à boa-fé relacionada aos negócios jurídicos na sua Parte Geral; entretanto, foi inserida no Código Civil vigente, em seu artigo 113, quando prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

Também o artigo 187 faz menção à boa-fé ao referenciar que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O artigo 422 do Código Civil de 2002, por seu turno, prevê que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

E, diante dessa nova forma de enxergar os pactos e a própria boa-fé, o Projeto de Lei nº 6.960, que visa alterar alguns dispositivos do Código Civil de 2002, propõe como nova redação do artigo 422 o seguinte texto:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

Impende também destacar que a concepção da relação obrigacional como processo contrapõe-se à concepção da relação obrigacional como um *vínculo estático*, resultante da soma do crédito e do débito. A concepção estática da relação obrigacional visualiza-a como vínculo, basicamente, o seu aspecto externo, que é definido pelos seus elementos: sujeitos, objeto e o vínculo de sujeição que liga o devedor ao credor.⁵⁵

⁵⁴ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboration jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo ValentiFiol, Barcelona: Bosch, 1961. p. 185.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 394.

Por outro lado, segundo Clóvis do Couto e Silva, a concepção dinâmica da obrigação abrangeria “todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários dependentes e independentes), obrigações, exceções, e, ainda, posições jurídicas”.⁵⁶

No mesmo sentido, Mário Túlio de Almeida Costa ensina que,

[...] numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação – tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários -, os deveres laterais (“Nebenpflichten”), além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, etc.* Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: *a relação obrigacional complexa, ainda designada relação obrigacional em sentido amplo ou, nos contratos, relação contratual.*⁵⁷

Para elucidar essa formulação, Judith Martins-Costa cita os chamados deveres de informação, afirmando não ser possível exaurir-se o seu conteúdo, sua intensidade, nem a situação em que se revelam, além do que tais deveres decorreriam de exigências do tráfico jurídico-social viabilizados pela boa-fé objetiva.⁵⁸

Essa concepção implica o declínio do dogma da vontade, elevando a boa-fé a uma fonte de obrigação. Assim, a boa-fé, em sua concepção objetiva, é considerada como uma reação ao individualismo exacerbado que dominou o pensamento do mundo jurídico, e que também vigorava no ordenamento jurídico brasileiro no momento em que entrou em vigor o Código Civil anterior.

Com o surgimento do Estado Social em detrimento do Estado Liberal, o conceito de boa-fé nas relações negociais sofreu modificações, passando de subjetiva para objetiva, trazendo em seu conceito toda uma carga de solidariedade, de cooperação, de justiça e de eticidade.

Para Orlando Gomes, a boa-fé objetiva corresponde a uma “regra de conduta, um modelo de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito”.⁵⁹ Exige, além do elemento interno (subjetivo) de o contratante julgar estar agindo de acordo com procedimentos condizentes com a boa-fé (padrões razoáveis de conduta), um *plus* exterior. Enquanto isso, na boa-fé subjetiva, somente o elemento interno é suficiente.⁶⁰

⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo, op. cit.*, p. 8.

⁵⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Túlio. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. aum., Coimbra: Almedina, 2004. p. 63.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado, op. cit.*

⁵⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador: Edvaldo Brito. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 43.

⁶⁰ GOMES, Orlando. *Contratos, op. cit.*, p. 43.

Já segundo Teresa Negreiros, a boa-fé objetiva consiste em um “dever de conduta contratual ativo”,⁶¹ ou seja, obriga a parte a praticar determinado comportamento em vez de outro; exige colaboração e cooperação “com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado”.

De acordo com Cláudia Lima Marques, a boa-fé impõe aos contratantes (portanto, tanto ao devedor, quanto ao credor) “[...] uma atuação “refletida”, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva”.⁶²

Essa cooperação teria por objetivo atingir o cumprimento do contrato e, conseqüentemente, a realização dos interesses de ambas as partes contratantes.

Frente a esta atribuição, considera-se que as obrigações advindas da boa-fé não se esgotam no mero dever de prestar e no correlato dever de exigir ou pretender a prestação. Ela é situação jurídica globalizante, complexa, plena de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos e expectativas jurídicas. Soma-se a isso a recusa veemente da ideia de credor e devedor antagonistas, dando relevo a uma conduta colaboracionista em todo o processo obrigacional (*affectio contractus*).⁶³

Nessa esfera, a boa-fé é fonte de deveres jurídicos implícitos (secundários, acessórios, marginais, laterais, anexos ou instrumentais, condições subentendidas) e que se identificam com deveres de confiança, lealdade e colaboração, visando ao correto adimplemento do contrato; tais deveres serão identificados pelo intérprete/aplicador em vista das características da situação concreta a que se aplica.⁶⁴

Trata-se de uma intervenção heterônoma que deflui de diretrizes éticas do sistema jurídico, culminando por alargar o conteúdo contratual: há dilatação da cláusula geral em favor *de ambos os contratantes*, bem como uma extensão a todas as fases da obrigação.⁶⁵

Pela inserção da cláusula geral da boa-fé, houve um rompimento com a concepção de que todos os problemas surgidos pudessem encontrar fácil subsunção nas disposições legais contidas no ordenamento jurídico. Atribuem-se ao juiz

⁶¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 122.

⁶² LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p. 107.

⁶³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo, op. cit.*; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos, op. cit.*, p. 167; e ALMEIDA COSTA, Mario Túlio. *Direito das obrigações, op. cit.*, p. 63.

⁶⁴ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 90 *et seq.*

⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas, op. cit.*, p. 153.

maiores poderes interpretativos, facilitando que uma mesma previsão legal possa se adaptar às novas realidades sociais.

Também se pode sustentar que, a par das funções hermenêutico-integrativa, criadoras de deveres e limitadoras do exercício de direitos subjetivos, a boa-fé teria ainda uma função corretiva, sendo responsável por garantir uma relação de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação nos contratos comutativos. Nesse aspecto, estaria relacionada a outro princípio contratual, qual seja o princípio da justiça contratual.

Disso não implica dizer que seja necessária a existência de debilidade ou hipossuficiência por parte de um dos contratantes ou do desequilíbrio entre os polos da relação⁶⁶ (e vem à tona o ideário da Teoria da Violação Positiva do Contrato, criação alemã de extrema pertinência ao assunto). Essa teoria, pensada no século XX, prevê que haverá violação positiva do contrato sempre que uma parte acarretar dano a algum direito da outra, mesmo tendo agido no sentido da contratação ou para o cumprimento de uma obrigação negocial, e de sua conduta vier a causar o prejuízo. Prejuízo esse que gera desequilíbrio e injustiça contratual para uma das partes.⁶⁷

Assim, como a conduta da pessoa direcionada ao adimplemento pode, muitas vezes, acarretar prejuízos outros à vítima, fala-se em violação positiva porque a ofensa ao direito decorreu de uma conduta comissiva do infrator. Segundo Castro Sampaio,⁶⁸ forte no pensamento de Franz Wieacker, a manutenção da equivalência econômica entre a prestação e a contraprestação é uma função do princípio da boa-fé objetiva.

Laerte Marrone de Castro Sampaio sintetiza:

[...] o fato é que o direito contratual atual está impregnado pela idéia (*sic*) de solidariedade. Dessa forma, ele não tolera que a vontade das partes, sem nenhuma peia, conduza a situações manifestamente desiguais, em que a relação entre prestação e contraprestação mostre-se desequilibrada.⁶⁹

No caso dos contratos de patrocínio firmados por empresas e o nadador Ryan Lochte, parece evidente que há um agir em colaboração com o contratante, para que o fim contratual fosse atingido, qual seja, a “transferência” que a reputação do contratado faz para o produto ou marca anunciados, ainda que não contivesse

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁷ SENSE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. v. III: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

⁶⁸ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004. p. 85.

⁶⁹ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*, *op. cit.*, p. 85.

uma cláusula moral expressa, esta restaria implícita em razão da aplicação da boa-fé objetiva.

Nessa linha, Caroline Epstein,⁷⁰ ao tratar da cláusula moral, relata que a dificuldade na sua apreciação está nas diversas concepções de moral até porque o que é um ato de má reputação, desprezível, ou escandaloso para uma pessoa pode ser bastante aceitável para o outro.⁷¹

Entretanto, fazendo-se um paralelo entre a *moral clause* e a boa-fé, que tem seu significado semântico aberto, o juiz, para determinar se houve ou não violação à cláusula moral, não pode agir arbitrariamente. Ao contrário, o juiz, ao decidir o caso concreto, deverá pautar-se por critérios objetivos, procedendo “a comparações com grupos de hipóteses já decididas anteriormente pela jurisprudência ou pela doutrina”; ainda, considerando o comportamento *standard*, ou seja, o comportamento padrão, qual seja aquele observado pelo homem médio, do bom pai de família, que age de maneira normal e razoável dentro da situação *sub judice*.⁷²

Visando melhorar ou estreitar o conceito tão aberto, Karl Larenz⁷³ estabelece alguns parâmetros. Para ele, na relação (seja ela negocial ou contratual), a boa-fé espalha-se em três direções: a) a do devedor, a fim de que cumpra a sua obrigação sem se restringir à letra do pacto, mas também ao seu espírito, de forma a satisfazer o que o credor dele razoavelmente espera; b) a do credor, com a obrigação de exercitar o seu direito em correspondência à confiança depositada pela outra parte e à consideração altruísta que ela possa pretender; e c) a de ambos os participantes da relação, a fim de que se conduzam de forma a atender ao sentido e à finalidade da relação, com uma consciência honrada.

Aplicando-se o mesmo pensamento à cláusula moral, pode-se meditar sobre qual o comportamento que se espera de um atleta, considerando-se seu grau de influência para “transferir” seus qualificativos para determinado produto, a extensão da publicidade do caso, sendo que até mesmo o tipo de produto ou marca pelo atleta anunciado deve ser levado em consideração para análise do caso concreto.

Assim, ao que parece, mostra-se possível a admissão no sistema jurídico brasileiro da chamada cláusula, desde que obedeça aos limitadores contratuais corriqueiros, não acarretando uma limitação ao princípio da autonomia da vontade, mas também respeitando o princípio da boa-fé como gerador de obrigações

⁷⁰ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future, *op. cit.*, p. 72-106.

⁷¹ CHASE, Christopher. A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts, *op. cit.*

⁷² SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*, *op. cit.*, p. 33.

⁷³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de J. Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 148.

satelitárias ao contrato (tais como a probidade⁷⁴ e a colaboração entre os pactuantes) e impondo deveres que sequer foram lembrados pelos contratantes quando da redação do mesmo. O que não significa que possam ser esquecidos ou inobservados.

4 Notas conclusivas – admissão da *moral clause* pelo microsistema negocial nacional

A guisa de finalização deste texto – e não do assunto tratado, que é de relativa complexidade – pode-se tecer algumas ilações decorrentes da análise efetuada.

No que tange à possibilidade de utilização da *moral clause* no sistema contratual brasileiro, após a análise do caso Ryan Lochte, traz-se à tona uma característica bastante marcante da cláusula moral: o fato de ela estar sempre fincada na boa-fé, esteja ou não prevista expressamente no instrumento. Esse fato tem como impacto principal o de relativizar um dos principais axiomas da lógica jurídica, segundo o qual tudo o que não está proibido está, automaticamente, permitido.

Ora, a boa-fé – como elemento gerador ou limitador de direitos conexos ao contrato, seja na fase pré ou pós-contratual, ou na própria execução do mesmo – pode vedar conduta que não foi apreciada no pacto ou pode, ainda, obrigar uma ou ambas as partes a se comportarem de modo que nem sequer foi aventado naquele contrato.

Dessa maneira, em dadas circunstâncias (e entende-se que o episódio em estudo se encaixa perfeitamente), elementos inseridos no corpo do instrumento contratual terão de ser reanalisados e até desconsiderados, ao passo que, em outros momentos, fatos que não foram previstos pelas partes gerarão para as mesmas deveres tais como se estivessem expressos no pacto. Tudo isso para realinhar os polos e fazer com que as partes mantenham a sua postura de colaboradoras na execução daquele e não ajam, de maneira alguma, mediante práticas antagonistas ou motivadas pela vindita.

⁷⁴ Assim sendo, em relação à *probidade* (qualidade de quem é probo, honesto), tem-se que ela “[...] versa sobre um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial, os de veracidade, integridade, honradez e lealdade”. Desse princípio decorre logicamente o da boa-fé, que reflete não apenas uma regra de conduta, mas consubstanciada a eticidade orientadora da construção jurídica do Código Civil de 2002. (BARROS MONTEIRO, Washington de; DABUS MALUF, Carlos Alberto; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. v. 5. 2ª parte: direito das obrigações. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

Por ser uma questão que mexe com as bases fundantes contratuais – e do Direito como Ciência – parece ser este o principal aspecto a ser levantado quando se fala em boa-fé. No entanto, outras questões também merecem comentário.

Desde a sua normatização, a boa-fé sempre guardou de modo destacado o aspecto de oferecer ao julgador a possibilidade de comparar com um *standard* social a conduta do caso que analisa, para aferir se houve ou não conduta em (des) conformidade com o princípio. Por si só, essa função já confere ao julgador e às partes enorme conforto e segurança jurídica. E essa segurança não atinge apenas o momento do julgamento, mas pode servir de bússola em todo o processo negocial, sendo útil tanto nas tratativas e demais atos pré-contratuais, quanto durante a execução do pacto e até após a sua finalização.

Assim, embora a gênese do instituto seja romana, ainda hoje (e o caso Ryan Lochte prova isso) a sua presença na teoria contratual é de extrema relevância, seja porque contribui para a atualização do instituto sem que se dependa de novas regras ou da alteração das já existentes, seja porque confere à prática contratual a segurança de que, mesmo não havendo escrita eventual obrigação decorrente da boa-fé, isso não gerará defeito do pacto, mas será dever firme e existente – e que, portanto, deverá ser observado estritamente – como todos os demais enumerados no instrumento.

Ademais, caso as partes entendam necessária a estipulação expressa da *moral clause* no instrumento, tal se dará apenas por cautela, pois mesmo ausente expressamente, ela ainda assim força a resolução do pacto em razão da inconveniência ou onerosidade na sua consecução/continuidade que fora causada pela conduta do contratado.

Para finalizar, é imperioso lembrar que essas cláusulas deverão obedecer, *incontinenti*, aos limites contratuais da autonomia da vontade das partes, da lei, da moral e dos bons costumes, bem como apreciar se o pacto não deixou de observar o cumprimento de sua função social.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, p. 37-57, abr./jun. 2017.

Recebido em: 20.10.2016

1º parecer em: 26.10.2016

2º parecer em: 21.11.2016