

DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.002

INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS NA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL

CONTRACT INTEGRATION IN ACCORDANCE WITH THE CIVIL-CONSTITUTIONAL METHODOLOGY

Victor Wilcox

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3572-4730>. E-mail: victorwillcox@gmail.com.

Resumo: Este trabalho pretende analisar a integração dos contratos no direito brasileiro, seja para suprir lacunas deixadas em aberto pelas partes contratantes, seja para adequá-los a normas de ordem pública. No âmbito da integração dos contratos, a incompletude contratual é um dos principais desafios com os quais juízes e árbitros têm de lidar no julgamento de controvérsias contratuais. Em caso de lacunas, é possível resolver a controvérsia com base na equidade ou nos usos e costumes, consoante virá a ser analisado ao longo do trabalho. Ademais, o trabalho examinará, em termos gerais, o impacto da recém-editada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica em matéria de interpretação e integração dos contratos.

Palavras-chave: Contrato. Integração. Interpretação. Equidade. Usos e costumes. Liberdade econômica.

Abstract: This paper aims to analyze contract integration under the Brazilian Law, whether to fill gaps left by the contracting parties or to comply with public order rules. Within the matter, contract incompleteness is one of the main challenges that judges and arbitrators have to cope with when judging contract disputes. In case of gaps, it is possible to settle a dispute based on equity or on customs, as will be examined throughout the work. Furthermore, the paper will provide an overview of the impact of the recently enacted Bill of Rights of Economic Freedom on contract interpretation and integration.

Keywords: Contract. Integration. Interpretation. Equity. Customs. Economic freedom.

Sumário: **1** Introdução: a pluralidade de fontes normativas – **2** Interpretação, aplicação e integração: uma linha divisória tênue – **3** Modalidades de integração – **4** A integração pela equidade – **5** A integração pelos usos e costumes – **6** A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: novas perspectivas para a interpretação e a integração dos contratos? – **7** Considerações finais – Referências

1 Introdução: a pluralidade de fontes normativas

Em uma sociedade complexa e plural como a contemporânea, a autonomia negocial –¹ isto é, a prerrogativa dos indivíduos de regulamentarem os seus próprios interesses e determinarem os efeitos de seus atos – é constantemente conformada por elementos externos à vontade das partes, notadamente os valores e princípios constitucionais.²

Há uma espécie de simbiose entre a autonomia negocial e o ordenamento constitucional. Nas palavras de Perlingieri,

[...] a autonomia dita privada, em termos de efetividade, integra-se com os outros poderes e se conflui, como parte ora atuante e conformada, ora criativa e constitutiva, no ordenamento global, como conjunto de princípios e de regras predispostas e realizadas com a função de ditar ordem na sociedade. Também a autonomia, exercida *iure privatorum*, é síntese de valores escolhidos e de valores impostos, é auto e hetero-regulamentação. Ao ser atuante e criativa, contribui para alimentar o ordenamento, ao mesmo tempo que dele extrai a fonte primária da própria legitimação, que exige e justifica mesmo um confronto com a efetiva harmonização entre os valores livremente

¹ Tradicionalmente, entende-se como *autonomia privada* “a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 335). Modernamente, contudo, tem-se preferido a utilização da terminologia *autonomia negocial*, tal como proposto por Perlingieri: “[...] a locução ‘autonomia privada’ pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo ‘privada’ corre-se o risco de gerar sérios equívocos. Quanto à expressão, bastante difusa, autonomia contratual, essa acolhe exclusivamente aquela atividade que se manifesta com a realização de um negócio bi ou plurilateral de conteúdo patrimonial; de modo que a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de ‘autonomia negocial’, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial. Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual, porém) negocial mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas, pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338).

² A incidência das normas constitucionais sobre as relações privadas tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do seguinte julgado: “O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais” (STF, 2ª Turma. RE nº 201.819/RJ. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005).

escolhidos, as regras livremente estabelecidas e os valores proeminentes e, por vezes, inderrogáveis, indicados no quadro de referência constitucional.

A unidade do ordenamento não exclui, portanto, a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade tem o seu momento unificador no ordenamento que ela própria ajuda a produzir.³

A autonomia negocial não é, pois, hermética: ela, a todo tempo, dialoga com o ordenamento jurídico, na medida em que, por um lado, as normas jurídicas servem para reger supletivamente as relações jurídicas entre as partes e, por outro lado, a criatividade humana, expressada na autonomia negocial, também contribui para retroalimentar o ordenamento.

Os componentes externos à autonomia negocial, provenientes do ordenamento jurídico, são de extrema relevância para a regulamentação dos interesses das partes: ora suprem lacunas deixadas pelas partes, ora até mesmo vão de encontro àquilo que as partes expressamente convencionaram.⁴

Nesse contexto de pluralidade de fontes normativas, o presente trabalho dedicar-se-á, mais especificamente, à regulamentação dos negócios jurídicos por meio de fontes heterônomas – isto é, àquilo que se convencionou chamar de *integração dos contratos*.

2 Interpretação, aplicação e integração: uma linha divisória tênue

Inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, definição normativa da atividade de integração contratual, recorre-se ao disposto no art. 1.374 do Código Civil italiano: “[o] contrato obriga as partes não apenas àquilo que restou expresso, mas também a todas as consequências dele decorrentes de acordo com a lei ou, na sua falta, de acordo com os usos e a equidade”.⁵

³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 309-310.

⁴ “Il regolamento contrattuale può avere la sua fonte non soltanto nell'autonomia, ma anche in altre componenti (esterne) che hanno la funzione di 'integrare' il regolamento di fonte privata [...]. I rapporti tra le fonti concorrenti vanno chiariti. Talora le fonti esterne sono dirette ad 'integrare' quella privata nel senso di 'supplire' alle sue 'lacune'; altre volte la integrano nel senso che sovrappongono, modificano o sostituiscono alla logica delle parti una logica eteronoma, svolgendo così un ruolo di contestazione delle scelte operate dall'autonomia, che prescinde dalla presenza di lacune” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 425).

⁵ Tradução livre do original: “Art. 1374 Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”.

Cumpra situar a atividade integrativa na seara da hermenêutica jurídica. Pode-se dizer que a interpretação dos contratos se cinge à revelação do conteúdo daquilo que está posto, em decorrência do exercício da autonomia negocial pelas partes, culminando na aplicação das avenças no caso concreto.⁶

Importante destacar:

a interpretação tem função aplicativa, tem escopo prático, é a identificação de um significado jurídico (efeitos do fato). O fato não preexiste à interpretação, mas é constituído pelo procedimento que o interpreta: antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições.⁷

A atividade de integração dos contratos, por outro lado, pressupõe a construção do regulamento contratual com base em fontes heterônomas, isto é, externas àquilo que as partes pactuaram.⁸ Integrar consiste em adicionar, colmatar, completar.⁹ Vai-se além da pura e simples interpretação do conteúdo.

Não obstante essa diferença conceitual, nem sempre é trivial, na prática, distinguir esses dois estágios hermenêuticos.

Na visão de Perlingieri, a atividade de integração também parece fazer parte do chamado “*processo cognitivo unitário* para reconstrução daquilo que ocorreu

⁶ Transcreve-se, a esse respeito, a clássica lição de Carlos Maximiliano: “*Interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. [...] Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 9-10). Igualmente relevante é a definição trazida por Luís Roberto Barroso: “A *interpretação* é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A *aplicação* de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 107).

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 652.

⁸ “L’integrazione del contratto è la costruzione del regolamento contrattuale ad opera di fronti eteronome, cioè diverse dalla volontà delle parti” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 457).

⁹ “Integrazione significa aggiungere, colmare, completare. [...] Le parti non sono vincolate soltanto a quanto esse stesse hanno stabilito: il negozio è suscettibile di numerosi interventi dall’esterno; e quanto è interpretato dal giudice, il regolamento riceve un significato che non si sa se corrisponda effettivamente a quel che ciascuna parte pensava, ma è quello che risulta oggettivamente e che può dare al negozio qualche effetto. Vi è quindi un divario tra il voluto dalle parti e gli effetti che il negozio realizza. Divario che si accentua nella integrazione, quando per effetto di legge, degli usi, o della equità, il negozio riceve modificazioni. Integrazione significa completamento: quando le parti hanno lasciato incompleto il regolamento negoziale, la legge può intervenire [...]. Ma integrazione significa anche modificazione di clausole che le parti hanno inserito nel negozio in contrasto con norme imperative [...]” (ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: Cedam, 2006. p. 94-95).

em uma perspectiva dinâmica”.¹⁰ Para o autor, almeja-se, em tal processo intelectual, alcançar “a individualização da normativa mais adequada, em parte autônoma, em parte heterônoma”.¹¹

Devido à tênue linha divisória entre interpretação e integração, há quem vislumbre uma outra categoria: a chamada interpretação integrativa, por meio da qual o aplicador do direito tornaria claro aquilo que, em alguma medida, já estaria contido implicitamente no contrato.¹²

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 652. O autor vai além, afirmando que “[a] integração, a aplicação da norma, não são efeitos lógicos e consequentes, mas fases essenciais da qualificação do contrato como tipo e como fato singular” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 656).

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 422.

¹² “Segue a mesma linha de rumo da distinção entre interpretação e valoração jurídica, também o critério diferenciador entre interpretação e integração do negócio, bem como entre interpretação e correção (conversão) do mesmo. Também o critério em discussão se delinea de maneira diversa segundo o modo de conceber a tarefa da interpretação. Para quem vê esta tarefa na investigação da ‘vontade real’ das partes em concreto, a interpretação detém-se no ponto em que deixa de estar em discussão uma vontade real: começaria aí a integração. Mas para quem, pelo contrário, faça consistir aquela tarefa em reconstruir o significado objetivo do ato, a interpretação vai até muito mais longe e abrange também pontos do negócio que não foram objeto de reflexões conscientes [...]: pontos para os quais é inútil e irrelevante procurar descobrir uma vontade ‘suponível’ ou ‘presumível’, que a realidade não existiu. Se [...] a interpretação se destina a desenvolver, na sua coerência lógica, a fórmula da declaração ou a estrutura do ato, em busca da idéia mais apropriada, ela leva, necessariamente, a pôr também a claro aquele conteúdo implícito ou marginal do negócio, que não se exprimiu na sua fórmula ou estrutura e que, quando muito, ficou na sombra, até na consciência das partes. É uma exigência, quer lógica, quer até social ou jurídica, do conjunto de tudo aquilo que se disse ou fez, e que, portanto, possam inferir-se ou reconhecer-se através da declaração ou do comportamento, em virtude de um nexos necessário. Isto mostra logo a diferença que há, por um lado, entre a interpretação, embora integrativa (mas que não deixa, por isso, de ser interpretação) e, por outro, a integração do negócio, mais precisamente, do seu tratamento, isto é, dos seus efeitos, mediante normas supletivas. A chamada interpretação integrativa incide sobre pontos do regulamento de interesses que, embora não tendo sido abrangidos pela fórmula, que se tornou inadequada, estão, todavia, compreendidos na idéia que ela exprime e, portanto, estão também sempre enquadrados no conteúdo do negócio. Os pontos a investigar por via interpretativa, inferem-se também sempre do conjunto da declaração, apreciado de acordo com a boa-fé, com os usos sociais, etc., e em harmonia com tudo isso são inteligíveis e reconhecíveis pelas partes. Na medida em que seja inteligível por concludente ilação, a idéia mais lata da fórmula, que seja alcançável por via interpretativa, apresenta-se como sendo referível ao declarante como sua. Mesmo se, no caso específico, este não teve dela consciência, é também claro que ele, refletindo sobre o alcance lógico e social da sua declaração, teria podido dar-se conta daquele significado mais amplo, que a interpretação acabou por pôr a claro: era esse o seu ônus. Por outro lado, é irrelevante que o declarante em concreto, quando tivesse disposto a regulá-lo como exige a boa-fé, o uso social, etc., porque não tem que procurar-se uma vontade hipotética, mas apenas a possibilidade (e o ônus) de entendimento pelas partes. É certo que entre a interpretação destinada a esclarecer o significado objetivo e a integração com normas supletivas ou dispositivas, há o seguinte aspecto comum: ambas tomam por base a causa do tipo abstrato de negócio em questão e aplicam, em conformidade com ela, critérios deduzidos de fontes comuns, como a boa-fé [...]. Mas a interpretação pressupõe, conceitualmente, um dado conteúdo do negócio concreto, quer explícito, quer implícito, uma idéia (preceito) do negócio, expressa ou não com fórmula adequada. Pelo contrário, a integração com normas supletivas ou dispositivas pressupõe, precisamente, a falta de um preceito dedutível desta fórmula, portanto uma lacuna não só nesta, mas também na própria idéia (preceito), no regulamento de interesse; e ela diz respeito não à fatispécie do negócio, mas unicamente aos seus efeitos: é integração dos efeitos” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008. p. 493-496).

Parece que o Direito das Obrigações é a derradeira cidadela do *missionarismo* no campo jurídico; ali se acastelam, os últimos adversários da organização democrática, no sentido mais amplo e liberal da expressão. Entretanto, até ali a vontade individual vai cedendo terreno, embora a custo, à solidariedade, à utilidade social. Contudo o progresso é lento; aqueles mesmos que abandonam a *teoria da vontade*, relativamente à interpretação das leis, lhe atribuem valor exagerado na exegese dos contratos.¹³

Enfim, a noção tradicional de que a integração se distinguiria da interpretação por demandar uma atuação mais criativa do aplicador do direito parece ter perdido sua utilidade prática à medida que se superou o processo silogístico de subsunção do fato à norma, devendo o intérprete ir além e reconstruir o ordenamento no caso concreto, ponderando-se, à luz das peculiaridades, os valores e princípios constitucionais. Não obstante essa ressalva, a distinção entre interpretação e integração permanece para fins didáticos.

3 Modalidades de integração

É recorrente, na doutrina, a distinção entre duas formas de integração. De um lado, chama-se de integração *supletiva* aquela destinada a resolver o problema da incompletude e suprir lacunas¹⁴ deixadas pelas partes, em virtude de circunstâncias das mais diversas: negligência, esquecimento, ignorância, preguiça, incapacidade de antever desdobramentos futuros etc.¹⁵ Na complexa realidade

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 304.

¹⁴ “Por ‘completude’ se entende a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Posto que a ausência de uma norma se chama, com frequência, de ‘lacuna’ (em um dos sentidos do termo ‘lacuna’), ‘completude’ significa ‘ausência de lacunas’. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Caso queiramos dar uma definição mais técnica de completude, poderemos dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* de sua norma contraditória. Se quisermos especificar, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende *nem* a norma que proíbe um determinado comportamento *nem* a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que *nem* a proibição *nem* a permissão de um determinado comportamento podem ser deduzidas do sistema, tal como é posto, é preciso dizer que o sistema é incompleto, que o ordenamento jurídico tem uma lacuna” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 113-114).

¹⁵ “L’integrazione suppletiva ‘supplisce’, appunto, alle lacune della determinazione volontaria. Come principale fattore di determinazione del regolamento contrattuale, l’accordo delle parti può coprire un territorio molto vasto, dotando il testo di un gran numero di clausole dirette a regolare con estrema ampiezza e precisione più diversi aspetti, problemi, evenienze del rapporto. Ma non è detto che l’accordo occupi per intero quel territorio. Anzi, è normale che l’occupi solo in parte (più o meno ampia, a seconda che il testo concordato

contemporânea, é absolutamente normal que as partes não prevejam – voluntariamente ou não – todos os riscos que podem vir a afetar a economia contratual.¹⁶

A incompletude contratual muitas vezes revela uma opção das partes por uma abertura ao futuro, postergando-se a busca de soluções para o momento futuro e incerto em que os riscos supervenientes se verificarem.¹⁷

A lacuna contratual sobre determinado risco pode não ser voluntária, mas, ao contrário, decorrer da impossibilidade de as partes preverem todos os riscos. Menezes Cordeiro exemplifica: “ninguém de bom senso iria contratar a 20 ou 30 anos se, no programa econômico-financeiro subjacente tivesse de integrar variáveis de tipo político ou de tipo econômico, nacional e/ou internacional”.¹⁸ Segundo Oliver Hart e Bengt Holmström:

[...] it may be difficult to write a sufficiently detailed contract ex ante, specifying exactly what aspect of performance will be rewarded. Finally, even if such a contract could be written, it may be difficult to enforce it, because a third party (e.g., a judge) may not be able to verify the performance ex post. In view of the difficulties involved in writing and enforcing detailed contracts, it is not surprising that many of the contracts we actually observe are highly incomplete.¹⁹

Por outro lado, diz-se que a integração é *cogente* nas hipóteses em que normas de ordem pública se sobrepõem àquilo que fora expressamente pactuado pelas partes no exercício de sua autonomia. Trata-se de um instrumento antagônico da autonomia negocial, destinado a sacrificá-la nas hipóteses em que o seu exercício violar valores e princípios caros ao ordenamento jurídico.²⁰

sia più o meno ricco e dettagliato): le parti regolano alcuni punti del rapporto, ma ne lasciano altri privi di regolamentazione volontaria. Ciò può dipendere dalle cause più diverse: trascuratezza, dimenticanza, ignoranza, pigrizia, incapacità di prevedere sviluppi futuri, affidamento più o meno consapevole su fonti esterne, ecc. Sta di fatto che *I contratti sono quasi sempre ‘incompleti’*” (ROPPA, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 458).

¹⁶ “No âmbito dos mecanismos de alocação de riscos, como visto, as partes distribuem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, efetuando a *gestão positiva da álea normal*. Tal alocação de riscos, identificada a partir da vontade declarada pelos contratantes, define, portanto, o equilíbrio econômico do negócio. Essa equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a corresponsabilidade entre as prestações, há de ser respeitada no decorrer de toda a execução contratual, em observância aos princípios do equilíbrio econômico e da obrigatoriedade dos pactos. Ao lado da gestão positiva da álea normal dos contratos, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis, em contrato incompleto, já conceituado como *negócio jurídico que adota a técnica da gestão negativa da álea normal dos contratos*” (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175).

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio. Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. *Cadernos O Direito*, Coimbra, n. 2. p. 111.

¹⁹ HART, Oliver; HOLMSTRÖM, Bengt. Contract theory, Kungl. Vetenskaps-Academien – *The Royal Swedish Academy of Sciences*. Disponível em: nobelprize.org.

²⁰ “L’integrazione cogente non supplisce un accordo mancante, bensì *si sovrappone a un accordo esistente fra le parti, ma disapprovato dall’ordinamento giuridico* perché violatore di interessi o valori preminenti. I

A integração cogente se dá em homenagem a outras normas e princípios do ordenamento que, em determinado caso concreto, devem ser ponderadas com o princípio da autonomia negocial. O principal fundamento axiológico da integração cogente residiria na promoção da igualdade substancial, e não meramente formal – tal como preconizado no art. 3º da Constituição da República –, a fim de proteger as partes mais fracas das relações jurídicas.²¹

Exemplo típico de integração cogente, no direito brasileiro, reside nos deveres anexos de informação, lealdade, cooperação etc., decorrentes da boa-fé objetiva (Código Civil, arts. 113 e 422).²² A incidência cogente da boa-fé objetiva pode criar, para as partes, deveres de observância mandatória, que não raras vezes se sobrepõem àquilo que fora avençado.

4 A integração pela equidade

É recorrente na doutrina a referência à equidade como forma de suprimento de lacunas no direito. Ao temperar o rigor da norma, busca a equidade encontrar a solução mais justa para o caso concreto.²³

contenuti disapprovati vengono espulsi dal regolamento contrattuale, benché voluti dalle parti. L'integrazione cogente è dunque *antagonista all'autonomia privata*; anzi, è il meccanismo che più intensamente di ogni altro *sacrifica la libertà contrattuale in nome di interessi superiori* agli interessi individuali di cui le parti dispongono col contratto. Come le restrizioni della libertà contrattuale si moltiplicano – dando luogo al fenomeno forse più rilevante del moderno diritto dei contratti, quello che maggiormente lo differenzia dal diritto contrattuale dello Stato liberale -, così si espande l'area di operatività dell'integrazione legale, che a sua volta si presenta come meccanismo fra i più qualificanti del diritto dei contratti dello Stato sociale. Fonte dell'integrazione cogente sono, essenzialmente, le norme imperative” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 471).

²¹ À luz do ordenamento italiano, Roppo expressa preocupação semelhante: “Fondamento politico-ideologico delle norme unilateralmente imperative è la concezione che intende *libertà e uguaglianza in senso sostanziale, e non solo formale*. Per rimediare alle *disparità di forza economico-sociale, e quindi di effettivo potere contrattuale, fra categorie contrapposte di contraenti* (locatori e conduttori, imprese e consumatori, datori di lavoro e dipendenti ecc.), la legge dà alla parte debole vantaggi contrattuali che invece nega alla parte forte. In questo modo tratta diversamente le due parti: ma la differenza di trattamento non realizza una discriminazione anticostituzionale (violatrice dell'art. 3 C.), nella misura in cui persegue, secondo ragionevolezza, oiettivi di uguaglianza sostanziale (art. 3 C.)” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 476).

²² “[...] para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atual, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000. p. 429).

²³ “Desempenha a Equidade o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à Hermenêutica e à Aplicação do Direito. É, segundo Aristóteles, ‘a mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempo’; no parecer de Wolfio, ‘uma virtude, que nos ensina a dar a outrem

Na doutrina clássica em matéria contratual, a equidade é comumente referida como exigência de justiça e de equilíbrio no concreto regulamento de interesses.²⁴ Não se trata de um mero princípio de justiça moral hábil a substituir os critérios normativos aplicáveis de acordo com o ordenamento.²⁵

Não obstante, em vista das premissas metodológicas endossadas neste trabalho, tem-se dificuldade em enxergar, na equidade, um instrumento autônomo que possa auxiliar o intérprete a resolver discussões contratuais complexas. A perda de importância da equidade no meio jurídico é bem ilustrada por Carlos Maximiliano:

Não se recorre à Equidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva *clara e prevista*. Esta ressalva, aliás, tem hoje menos importância do que lhe caberia outrora: primeiro, porque se esvaneceu o prestígio do brocardo – *in claris cessat interpretatio*; segundo, porque, se em outros tempos se atendia ao *resultado* possível de uma exegese e se evitava a que conduziria a um absurdo, excessiva dureza ou evidente injustiça, hoje, com a vitória da doutrina

aquilo que só imperfeitamente lhe é devido'; no dizer de Grócio, 'uma virtude corretiva do silêncio da lei por causa da generalidade das suas palavras'. A Equidade judiciária compele os juízes, 'no silêncio, dúvida ou obscuridade das leis escritas, a submeterem-se por um modo esclarecido à vontade suprema da lei, para não cometerem em nome dela injustiças que não desonram senão os seus executores'. A sua utilidade decorre dos inconvenientes que acarretaria a aplicação escrita dos textos" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 158).

²⁴ "Tradicionalmente l'equità si definisce come la *giustizia del caso singolo*. Applicata al contratto, essa autorizza il giudice a *determinare aspetti del regolamento non contemplati nell'accordo delle parti, né puntualmente definiti da leggi o usi*; a determinarli tenendo conto delle circostanze concrete in presenza delle quali il contratto è stato fatto e deve essere eseguito, e nella prospettiva di affermare *soluzioni che siano giuste ed equilibrate alla luce dei programmi e degli assetti d'interessi definiti dal contratto*" (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 462). Em sentido semelhante: "Inoltre l'equità, a differenza della ragionevolezza, attiene talvolta a una valutazione quantitativa (si pensi all'equità che opera più frequentemente per determinare il *quantum* del risarcimento piuttosto che il suo *an*) e a istanze di 'misura', di proporzione, di equilibrio ora del giudizio, ora dell'assetto di interessi" (PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015. p. 127).

²⁵ "Quale fonte di integrazione del contratto l'equità non è un principio di giustizia morale che si sostituisce alla regola del diritto positivo per la soluzione della controversia [...]. Essa rileva piuttosto come uno dei criteri che secondo la previsione legislativa concorrono a determinare gli effetti giuridici del contratto. Questo criterio esprime l'esigenza dell'equilibrio contrattuale e cioè che i singoli interessi siano contemperati in relazione all'economia dell'affare. Quale principio di integrazione del contratto l'equità é precisamente il criterio del *giusto contemperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare*. [...] L'equità é un precetto di giustizia contrattuale che ha come destinatari le parti e che trova applicazione al fine di integrare le lacune del regolamento contrattuale. Sebbene la grave inequità possa costituire un limite di validità del contratto, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale le parti non sono tenute specificamente ad attenersi al criterio dell'equità. Tale criterio subentra piuttosto a contratto concluso quando rimangono da definire aspetti non determinabili mediante le altre regole d'integrazione" (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. III. p. 518-519).

da socialização do Direito, mais do que nunca o hermeneuta despreza o *fiat justitia, pereat mundus* – e se orienta pelas *consequências* prováveis da decisão a que friamente chegou.²⁶

No mais, a busca da justiça do caso concreto já é intrínseca à própria metodologia civil-constitucional, que propugna pela aplicação das normas jurídicas do ordenamento – em especial, os princípios e valores constitucionais – levando-se em consideração, sempre, as peculiaridades do caso concreto em questão. A propósito, vejamos as elucidativas ponderações de Perlingieri:

Em um ordenamento complexo não se pode falar [...] de qualificação e de interpretação do fato como uma operação de tipo meramente silogístico, em contraposição, além disso, a um juízo de equidade totalmente fundado sobre a intuição do juiz. Se este, para que o seu juízo não seja arbitrário, é de toda sorte vinculado às normas constitucionais e comunitárias, como considerá-lo desvinculado dos princípios gerais do ordenamento, como aqueles que caracterizam, por exemplo, a matéria de responsabilidade civil ou da repetição do indébito? Se a equidade não significa arbítrio do juiz, todos os valores do ordenamento devem ser considerados parâmetros que concorrem à sua determinação.

Isto não significa que dessa forma a equidade se torne integrativa ou corretiva. A equidade e a razoabilidade, às vezes, representam a própria razão justificadora da norma escrita, especialmente se lida à luz da Constituição e das normas hierarquicamente superiores. Não se deve, portanto, contrapor equidade-substitutiva e equidade-integrativa. A equidade frequentemente é a síntese de vários princípios normativos, ela representa de qualquer forma uma ponderação de valores, que tem função de instrumento de proporção e de razoabilidade, e não pode ser concebida senão em conformidade com as normas imperativas e inderrogáveis, as quais podem ser bem indicadas pelas normas ordinárias, pelos 'princípios reguladores da matéria' ou pelos 'princípios gerais do ordenamento do Estado'. Como negar que a equidade possa prescindir destes princípios. [...]

[...] na realidade, não existe uma equidade sem relação com o ordenamento jurídico, considerado na sua unidade e na sua articulada complexidade. A equidade se coloca neste ordenamento e não pode nunca com ele contrastar.²⁷

²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 161.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 225-227.

Como se pode perceber, a equidade guarda proximidade com outros instrumentos similares, tais como a razoabilidade. A semelhança consiste no fato de que ambos possibilitam o temperamento do rigor das normas jurídicas, sem, contudo, legitimar o arbítrio do juiz ou do árbitro. A decisão lastreada seja na equidade, seja na razoabilidade deve sempre se reconduzir, em última análise, ao ordenamento jurídico, em especial aos princípios e valores constitucionais.²⁸

Enfim, não obstante a discussão conceitual, o que se defende neste trabalho é que o imperativo de equidade – consistente em levar em consideração as particularidades do caso concreto para se encontrar a solução mais justa – parece exigível em todo e qualquer caso, e não apenas quando o intérprete se depara com lacunas (integração *supletiva*) ou em um cenário patológico, de violação a normas de ordem pública (integração *cogente*).

5 A integração pelos usos e costumes

Os usos e costumes são tradicionalmente referidos como normas não escritas que determinado contexto social observa constantemente à medida do tempo, como se se tratasse de normas efetivamente vinculantes.²⁹ Neste trabalho, ambos os conceitos serão empregados de forma equivalente.

Segundo a lição clássica de Carlos Maximiliano, o costume consiste em “norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei”.³⁰

Na hermenêutica jurídica, é recorrente a alusão às três espécies de costume: *secundum legem*, *proeter legem* e *contra legem*. O primeiro se reportaria à própria lei, que determina, em certos casos, a observância do costume; o segundo teria aplicação em caso de silêncio do legislador; o terceiro, por sua vez, iria de encontro

²⁸ “Di frequente si confonde la ragionevolezza con l’equità. È vero che neppure l’equità, come la ragionevolezza, deve essere intesa, anche quando è fonte di una regola [...], parametro di giudizio scisso dal diritto positivo. Le soluzioni prese secondo equità e quelle assunte secondo ragionevolezza sono entrambe fortemente condizionate dal sistema vigente e dai suoi valori normativi o, più semplicemente, dal diritto positivo (che, in quanto tale, non è entità separata dai valori dei quali è portatore). Ed è vero, quindi, che, come per la ragionevolezza, il giudizio di equità non si risolve nell’arbitrio, perché il giudice, quando decide secondo equità, lo fa sempre [...] in conformità al diritto positivo, ai principi costituzionali e ai principi regolatori della materia” (PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015. p. 125-126).

²⁹ “Gli usi normativi o consuetudine sono quelle norme non scritte che un ambiente sociale osserva costantemente nel tempo come norme giuridicamente vincolanti (l, n. 56). In generale la consuetudine trova applicazione nelle materie non regolate da leggi o regolamenti ovvero quando essa sia richiamata da tali norme [...]” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. III. p. 517).

³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 172.

à expressa dicção legal, de modo que majoritariamente se lhe tem negado eficácia como fonte do direito.³¹

A utilização dos costumes no direito brasileiro, com vistas ao suprimento de lacunas nos negócios jurídicos, remonta a longa data. O Código Comercial de 1850 já previa, em seu art. 133, que, “[o]mitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”.

Atualmente, o Código Civil de 2002 prevê, no art. 113, *caput*, que “[o]s negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Para Pontes de Miranda, “[o] uso do tráfico entra no suporte fático, como vontade do figurante ou dos figurantes, que, concluindo o negócio jurídico, quisessem como a generalidade sói querer”.³² Em outras palavras: se as partes deixaram em aberto determinada lacuna, é razoável supor que, caso ocorrido o evento em apreço, quereriam regulamentar os seus interesses da mesma forma como o restante da coletividade.

Em matéria contratual, além de ser inadmissível o costume *contra legem*,³³ não pode tampouco o intérprete valer-se do costume para deixar de aplicar expressa disposição contratual em sentido contrário, a menos que, durante a execução do

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 175.

³² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Atualização de Cláudia Lima Marques *et al.* São Paulo: RT, 2012. t. 38. p. 174-175.

³³ “Comercial. Recurso especial. Ação de cobrança. Prestação de serviço de transporte rodoviário. Cargas agrícolas destinadas a embarque em porto marítimo. Cobrança originada por atraso no desembarço das mercadorias no destino. Discussão a respeito da responsabilidade do contratante pelo pagamento das ‘sobrestadias’. Requerimento de produção de prova testemunhal para demonstração de costume comercial relativo à distribuição de tal responsabilidade. Natureza dos usos e costumes mercantis. Sistema de registro dos costumes por assentamento nas Juntas Comerciais. Costume ‘contra legem’. Conflito entre duas fontes subsidiárias de direito comercial (Lei civil e costume comercial) no contexto relativo à vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916. - Atualmente, a Lei nº 8.934/94 atribui competência às Juntas Comerciais para proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis. Impertinente, portanto, a alegação da recorrente no sentido de que nenhum regulamento portuário indica ser de responsabilidade da contratante do serviço de transporte o pagamento das eventuais ‘sobrestadias’, pois não cabe a tais regulamentos consolidar usos e costumes mercantis relativos ao transporte terrestre de bens. - Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial - de prova plena - àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume. - Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal. - Da simples autorização para produção de prova testemunhal não decorre, automaticamente, qualquer imputação de responsabilidade a uma das partes. Trata-se apenas de, uma vez demonstrada a existência do costume, tomá-lo como regra jurídica para a solução do litígio. Tal solução, porém, dependerá ainda da verificação da subsunção do suporte fático àquele comando, em atividade cognitiva posterior. - A adoção de costume ‘contra legem’ é controvertida na doutrina, pois depende de um juízo a respeito da natureza da norma

contrato, as próprias partes tenham se comportado conforme o costume em apreço – hipótese que, eventualmente, poderá caracterizar *surrectio* e *suppressio*.³⁴

É comum também a referência aos usos e costumes como forma de interpretação do negócio jurídico em consonância com o comportamento social em vigor – hipótese em que, a rigor, não se estará diante de uma hipótese de utilização de fontes exclusivamente heterônomas.³⁵

Um empecilho recorrente à utilização do costume para resolução de controvérsias consiste na circunstância de “não ser fácil verificar a sua formação, tanto que, se alguém o invocar, agirá com prudência, se o expuser de modo expresso e provar que ele existe”.³⁶ Incidem, aqui, as regras processuais atinentes à distribuição do ônus probatório.

Na jurisprudência brasileira, há fartos julgados invocando os usos e costumes nas mais diversas disputas contratuais. O Supremo Tribunal Federal já utilizou os usos comerciais para determinar o prazo de pagamento de determinada mercadoria, sobre o qual o contrato de compra e venda silenciara.

As partes haviam contratado a compra e venda de 2.000 arrobas de cacau, mas somente uma parcela fora entregue pelo vendedor. No pedido da mercadoria, único documento a comprovar a transação, havia referências tão somente à quantidade, à data de entrega da mercadoria e ao preço – restando lacuna quanto ao prazo para pagamento. Após o comprador demandar a entrega da mercadoria, o vendedor recusou-se a realizá-la, escorando-se na ausência de pagamento do preço acordado.

aparentemente violada como sendo ou não de ordem pública. - Na hipótese, não se trata apenas de verificar a imperatividade ou não do dispositivo legislado, mas também analisar o suposto conflito entre duas fontes subsidiárias do Direito Comercial – quais sejam, a lei civil e o costume mercantil, levando-se em conta, ainda, que a norma civil apontada como violada - qual seja, o art. 159 do CC/16 - não regula, de forma próxima, qualquer relação negocial, mas apenas repete princípio jurídico imemorial que remonta ao ‘neminem laedere’ romano. - Especialmente em um contexto relativo ao período em que não havia, ainda, ocorrido a unificação do direito privado pelo CC/02, é impossível abordar o tema de forma lacônica, como se fosse possível afirmar, peremptoriamente e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume comercial em face de qualquer dispositivo da Lei civil, ainda que remotamente aplicável à controvérsia. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido” (STJ, 3ª Turma. REsp nº 877.074/RJ. Rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 12.5.2012).

³⁴ Sobre o assunto, v. SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório* – Tutela de confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

³⁵ Nesse sentido, aludindo aos usos e costumes como critério interpretativo, veja-se o seguinte julgado do STJ: “Nas avenças mercantis típicas, em que não há dependência econômica de nenhuma das sociedades empresárias, ‘as partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da ‘proteção externa’), não sendo ‘desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso poderia levar ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas, a um nível insuportável!’” (STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.377.908/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.5.2013).

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 174.

Na hipótese, não obstante a regra da exceção de contrato não cumprido – que facultaria ao vendedor a prerrogativa de não entregar a coisa enquanto não pago o preço –, comprovou-se, ao longo do litígio, que a prática comercial em vigor na Bahia, àquela época, era de que o pagamento fosse posterior à entrega da mercadoria. Nas palavras do Min. Aliomar Baleeiro:

Como é de uso muito antigo no comércio de cacau entre fazendeiros produtores e firmas exportadoras da Bahia, as operações se realizam a termo, para entrega futura, fixados desde logo em singelo “pedido”, – único documento – a quantidade, a data de entrega e o preço. Nada mais [...]. É o uso imemorial na Bahia.

Milhões de quilogramas são vendidos desse modo, cada ano, sem estrépito, salvo quando há grande oscilação do preço externo [...]. [...]

Em qualquer caso, está evidente que a causa foi julgada pela averiguação dos usos e costumes mercantis das praças da Bahia na espécie, pelos documentos, e, finalmente, pela interpretação de cláusulas contratuais [...].³⁷

Também o Superior Tribunal de Justiça tem diversos precedentes, inclusive mais recentes, invocando os usos e costumes, nas seguintes situações: (i) para fixar a remuneração do corretor de imóveis, em consonância com o art. 724 do Código Civil,³⁸ (ii) para arbitrar, em harmonia com a média do mercado locatício,

³⁷ STF, 1ª Turma. RE nº 79.545/BA. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 22.11.74.

³⁸ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. INTERMEDIÇÃO. COMISSÃO DE CORRETAGEM. CONTRATO VERBAL. REMUNERAÇÃO DO CORRETOR. VALOR. ART. 724 DO CÓDIGO CIVIL. NATUREZA DO NEGÓCIO. USOS LOCAIS. PRAXE DO MERCADO IMOBILIÁRIO. CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. CONSULTA AO SITE OFICIAL. VIABILIDADE. 1. O recurso especial tem origem em ação de cobrança de comissão de corretagem referente à intermediação de negócio de compra e venda de imóveis no Rio de Janeiro. 2. O modo como se dará a remuneração do corretor está definido no artigo 724 do Código Civil, segundo o qual, em não havendo contrato entre as partes, a remuneração do corretor será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais. 3. Na aferição dos usos e costumes locais, é válida a consulta aos sítios virtuais dos Conselhos Federal e Estaduais de Corretores de Imóveis. 4. No caso dos autos, na fixação do percentual da comissão de corretagem levou-se em consideração: (i) o valor expressivo envolvido na negociação; (ii) as condições em que as partes se envolveram no negócio - sem a devida cautela acerca da formalização do valor a ser desembolsado pelo trabalho do corretor; (iii) todo o material probatório constante nos autos; (iv) o princípio da razoabilidade e, sobretudo, (v) a praxe e os costumes locais para identificar o valor habitualmente praticado no mercado de corretagem mediante consulta ao sítio virtual do Conselho Federal de Corretores de Imóveis. 5. Não se coaduna com a missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça - de guardião da legislação federal - averiguar os usos e costumes locais para definir qual percentual mais se amolda àquele efetivamente praticado nas negociações de imóveis de determinada localidade, especialmente quando essa tarefa já foi realizada com zelo pela instância de piso, a quem compete o amplo juízo de cognição da lide. 6. Recurso especial não provido” (STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.537.306/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.6.2016).

o aluguel devido pelo comodatário em mora, que deixou de restituir tempestivamente o imóvel emprestado;³⁹ e (iii) para definir a área útil de imóvel objeto de determinada transação imobiliária.⁴⁰

Os exemplos citados evidenciam o amplo espectro de situações em que os usos e costumes podem auxiliar o intérprete a suprir lacunas contratuais (integração *supletiva*), sem, de qualquer forma, afrontar a autonomia negocial.⁴¹

Curiosamente, na maior parte dos casos encontrados, a utilização dos usos e costumes como critério quantitativo, a fim de mensurar a prestação do devedor, que não fora precisamente delimitada pelas partes contratantes. Nada obsta, contudo, que os usos e costumes sejam utilizados em situações diversas.

³⁹ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMODATO. MORA DO COMODATÁRIO EM RESTITUIR O IMÓVEL EMPRESTADO. FIXAÇÃO UNILATERAL DE ALUGUEL PELO COMODANTE. POSSIBILIDADE DESDE QUE NÃO OCORRA ABUSO DE DIREITO. REVISÃO DA SUCUMBÊNCIA. PREJUDICADO O PEDIDO RELATIVO À COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (SÚMULA 306/STJ). 1. Constituído em mora o comodatário para a restituição do imóvel emprestado, fica ele obrigado ao pagamento de aluguel arbitrado unilateralmente pelo comodante. 2. O arbitramento, embora não deva respeito à média do mercado locativo, deve ser feito com razoabilidade, respeitando o princípio da boa-fé objetiva, para evitar a ocorrência de abuso de direito e do enriquecimento sem causa do comodante. 3. Razoável o arbitramento do aluguel pelo comodante em valor inferior ao dobro da média do mercado locativo. 4. Com o acolhimento integral da pretensão da parte autora, prejudicados os pedidos de revisão da sucumbência e de compensação da verba honorária (Súmula 306/STJ). 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO” (REsp nº 1.175.848/PR. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 18.9.2012).

⁴⁰ “PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ‘ÁREA ÚTIL’. AUSÊNCIA, QUANDO DA PACTUAÇÃO, DE NORMATIZAÇÃO TÉCNICA DEFININDO O SEU CONCEITO. MOLDURA FÁTICA APONTANDO NÃO TER HAVIDO MÁ-FÉ E QUE, NO ESTADO DO TRIBUNAL DE ORIGEM, ANTERIORMENTE À DEFINIÇÃO PELA ABNT, CONFORME OS USOS E COSTUMES LOCAIS, O CONCEITO CONFUNDIA-SE COM O DE ÁREA PRIVATIVA. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. O artigo 85 do Código Civil de 1916, vigente na época dos fatos, dispunha que, nas declarações de vontade, atender-se-ia mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. 2. As instâncias ordinárias apuraram que, anteriormente à edição de norma técnica da ABNT (2004) estabelecendo o conceito de ‘área útil’, o que prevalecia, conforme os costumes locais, confundia-se com o de ‘área privativa’, descartada a possibilidade de má-fé por parte da compromissária vendedora. Desse modo, como não havia conceito seguro acerca do que consiste a ‘área útil’, o caso, nos termos dos artigos 126 do Código de Processo Civil e 4ª da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser solucionado de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. 4. Os artigos 130 a 132 do Código Comercial, que vigiam quando dos fatos, apresentam critérios para interpretação contratual, que reconhecem os usos e costumes locais e privilegiam a boa-fé, dispondo que o ‘verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer rigorosa e restrita significação das palavras’. 5. O acórdão recorrido apurou que ‘à época da elaboração do contrato não haviam conceitos bem definidos acerca do que realmente poderia ser denominado ‘área útil’, verifique que não houve, por parte da apelada, má-fé ao descrever a área total (leia-se: privativa) do bem como sendo a ‘área útil’. Tal descrição, à época da elaboração do pacto em discussão nesta ação, era absolutamente comum e aceitável nas relações comerciais celebradas tendo como objeto imóveis’” (REsp nº 1.015.379/ES. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 16.2.2012).

⁴¹ “Como o papel do hermeneuta é dar vida aos textos, fazê-los eficientes em toda a sua plenitude, revelar, não só o sentido, mas também o alcance integral dos mesmos, jamais poderia exercer tarefa semelhante com o lançar mão de costumes cuja vigência importasse, de fato, na queda do valor imperativo das normas, escritas ou cientificamente estabelecidas. Por isso, nem sequer para o efeito interpretativo se admitem usos inveterados, ou práticas consuetudinárias, em antagonismo com a lei, ou com os princípios fundamentais do Direito” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 176).

Enfim, como visto, o recurso aos usos e costumes como fontes heterônomas de integração dos contratos legitima-se em virtude da própria vida em sociedade, levando a crer que, se as partes se omitiram sobre determinado ponto, é razoável supor que quereriam submeter-se às práticas reiteradas da coletividade.

Recentemente, a possibilidade de integração dos contratos por meio dos usos, costumes e práticas do mercado veio a ser corroborada pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, por meio da redação atribuída ao art. 113, §1º, II, do Código Civil, consoante se verá no próximo capítulo.

6 A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: novas perspectivas para a interpretação e a integração dos contratos?

Cabe, por fim, trazer uma última reflexão à luz do direito brasileiro. Têm-se difundido, no Brasil, os defensores da análise do direito contratual à luz de sua eficiência econômica. Nessa linha, tem-se sustentado que, dada a importância dos contratos para a circulação de riquezas na sociedade, devem eles ser regidos de forma segura e previsível, livre de interferências externas.⁴²

Nesse cenário, recentemente, a Medida Provisória nº 881, de 30.4.2019, foi aprovada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei nº 13.874, de 20.9.2019,

⁴² Na doutrina brasileira, Luciano Benetti Timm é um dos principais defensores da aplicação da análise econômica no direito contratual: “[...] a análise econômica do Direito pode ser empregada para explicar a função social do contrato em um ambiente de mercado. Essa perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços. Ademais, argumentou-se favoravelmente à utilização da análise econômica do Direito no âmbito dos contratos, para que se alcance um entendimento mais perspicaz acerca das externalidades do contrato, gerando menos prejuízo à coletividade e mais eficiência social. A conclusão final é a de que existe discrepância entre o contrato (fato) e o direito contratual (regras e princípios). Os contratos são instrumentos para a circulação de bens e serviços na sociedade. Esta é a sua função social. O direito contratual, para a resolução dos problemas gerados pela imperfeição dos mercados, tem por função: a) Oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção judicial; b) Minimizar problemas de comunicação entre as partes; c) Salvaguardar os ativos de cada agente; d) Criar proteção contra o comportamento oportunista; e) Gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco; f) Facilitar a interação com o direito antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos” (TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 876, p. 11-43, 2008). No Judiciário brasileiro, aos poucos começa a haver ecos dessa corrente: “A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado” (STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.163.283/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.4.2015).

instituindo a chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Diversos dispositivos do Código Civil de 2002 foram alterados, entre os quais os seguintes, em relação aos quais há grande pertinência com o objeto deste estudo:

Art. 113. [...]

§1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - 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.

§2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. [...]

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Como se vê, a nova lei tem como principal escopo o fomento à liberdade econômica, aliado à limitação das interferências externas nos contratos. Em suma,

busca-se privilegiar a autonomia negocial em detrimento da possibilidade de intervenção exógena para regulamentar os interesses das partes.⁴³

Quanto à técnica legislativa adotada, a norma tem sido criticada por ser sutilmente paradoxal, já que a intervenção feita pelo Poder Executivo por meio da medida provisória se dera justamente sob a bandeira da *não intervenção*, consoante pondera Gustavo Tepedino:

Já em relação à intervenção subsidiária, mínima e excepcional, chega a ser irônico que o Poder Executivo se valha de uma medida provisória, unilateralmente imposta sobre os particulares (haverá intervenção maior e mais intensa?), para dispor sobre a necessidade de se reduzir a intervenção. Seria como alguém que, aos gritos, pedisse calma e serenidade aos seus pares.⁴⁴

Em relação especificamente ao objeto deste trabalho, um exemplo interessante está na nova redação dos arts. 113, §2º, e 421-A do Código Civil: a lei estimula as partes a estabelecerem, no regulamento concreto de interesses, critérios de interpretação e integração para a resolução de eventuais controvérsias entre elas.

Ora, se as partes, em seu regulamento de interesses, tiverem estabelecido critérios para o preenchimento de lacunas, tal como expressamente permite o art. 113, §2º, do Código Civil, a rigor, o intérprete não estará aplicando fontes totalmente heterônomas – o que corrobora o anteriormente exposto neste trabalho quanto à dificuldade de se distinguir, de modo preciso, interpretação e integração.

Enfim, conquanto seja louvável o propósito da lei de fomentar a liberdade econômica, o princípio da livre iniciativa (previsto nos arts. 1º, IV, e 170 da Constituição da República) não goza de preferência *prima facie* sobre os demais princípios e valores constitucionais.

Pode-se sujeitar, portanto, a eventuais ponderações que, no caso concreto, ainda assim poderão militar em favor da regulamentação dos interesses das partes por meio de fontes heterônomas.

⁴³ Mesmo antes do advento da medida provisória, já havia, na doutrina, quem repudiasse o excesso de intervenção nos contratos. Parece ser o caso de Paula Forgioni: "Nos contratos entre empresas, a autonomia econômica não implica tributo ao velho individualismo, nem tampouco defesa dos agentes de maior porte. Seu respeito é fundamental para a preservação das liberdades econômicas: ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou de sua própria vontade. Autorizar o intérprete a ajustar disposições contratuais em nome e por conta das partes pode golpear sua liberdade, ferindo a Constituição" (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 304).

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. A MP da Liberdade Econômica e o direito civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 20, n. 2, abr./jun. 2019.

Nas relações paritárias, evidentemente, requer-se um ônus argumentativo maior para legitimar a ingerência do intérprete no regulamento de interesses das partes, em consonância com as ideias que inspiraram a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

7 Considerações finais

Em matéria contratual, até onde vai a *interpretação* daquilo que está posto pelas partes e onde começa a *integração* por meio do recurso às fontes heterônomas? A resposta a esta indagação, como visto, está longe de ser trivial.

Primeiro, porque, em virtude da complexidade dos arranjos contratuais contemporâneos, autorregulamentação e heterorregulamentação comumente se mesclam, tornando ainda mais árdua a tarefa de distinguir os dois conceitos.

Segundo, porque ambos os estágios hermenêuticos demandam uma boa dose de criatividade por parte do aplicador do direito.⁴⁵ No positivismo, à interpretação se costumava atribuir uma exigência de maior parcimônia, no sentido de que o intérprete limitar-se-ia a revelar o conteúdo daquilo que as partes estabeleceram, sem inovar (ao contrário do que ocorreria na integração dos contratos).

Atualmente, superada a subsunção, não mais se espera do intérprete que efetue uma mera operação silogística, enquadrando o fato no âmbito de incidência da norma contratual. Muito mais do que isso, impõe-se ao intérprete que considere todos os interesses e variáveis em jogo na relação jurídica especificamente analisada, aplicando o ordenamento jurídico como um todo – em especial, as normas e valores constitucionais – àquele caso concreto.

Dessa forma, parece ter-se esvaziado significativamente a utilidade prática da distinção conceitual entre interpretação e integração dos contratos.

Por fim, é possível vislumbrar, na sociedade brasileira contemporânea, uma expectativa de mais liberdade econômica – o que, na seara contratual, significa maior deferência para com a autonomia negocial, em detrimento da invocação das fontes heterônomas para se solucionar eventuais discussões existentes entre as partes.

⁴⁵ “O reconhecimento do papel criativo dos magistrados [...] não importa em decisionismo, ou voluntarismo judiciário. A própria noção de segurança jurídica há de ser reconstruída a partir do compromisso axiológico estabelecido pela Constituição da República, com a elaboração de dogmática sólida, capaz de enfrentar a complexidade dos novos fenômenos sociais e de suas mudanças. Nessa esteira, torna-se imperioso fortalecer e difundir a teoria da argumentação, associada à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada juiz, a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial” (TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 35, 2008. p. iv).

Nessa linha, a recém-editada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica parece endossar a clássica observação de Larenz, no sentido de que “[o] juiz não deve impor seus próprios módulos às partes, que determinam por si o conteúdo do contrato no âmbito de sua autonomia privada, mas apenas levar a termo a ponderação das valorações em que elas se basearam”.⁴⁶ Ocorre, contudo, que essa ponderação nem sempre se faz possível.

Conquanto, de fato, seja recomendável ao intérprete que observe a alocação de riscos definida pelas partes, especialmente nas relações paritárias (salvo, obviamente, se ocorrer vício de consentimento), os riscos relacionados à execução do contrato jamais são integralmente geridos pelas partes, já que, como dito, todo contrato é incompleto em alguma medida.

Logo, em matéria contratual, por mais deferente que seja o juiz ou árbitro para com o regulamento de interesses tal como estabelecido pelas partes, haverá situações em que o recurso às fontes heterônomas se tornará inevitável.

Na hipótese das lacunas contratuais, a intervenção exógena se faz necessária, por meio da integração *supletiva*, até mesmo porque, uma vez instaurada a controvérsia, o Poder Judiciário ou o Tribunal Arbitral têm de resolvê-la, em virtude da proibição do *non liquet*.⁴⁷

Por outro lado, ainda que não haja lacunas no contrato sobre determinado aspecto da relação entre as partes, tal circunstância não é, por si só, suficiente para afastar *tout court* a possibilidade de intervenção exógena, por meio da integração *cogente*, já que a autonomia negocial se sujeita, mesmo nas relações paritárias, ao controle de merecimento de tutela.

Referências

ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: Cedam, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴⁶ LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte general*. Traduzido para o espanhol por Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Caracas: Edersa, 1978. p. 746.

⁴⁷ De acordo com o Min. Carlos Ayres Britto, “[...] se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de *non liquet*, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (STF, Pleno. HC nº 91.352/SP. Rel. Min. Menezes Direito, j. 28.2.2008).

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. III.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.
- PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 2004.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WILCOX, Victor. Integração dos contratos na perspectiva civil constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 19-39, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.002.

Recebido em: 07.05.2020

Aprovado em: 21.08.2020