

REVISTA DE DIREITO BANCÁRIO E DO MERCADO DE CAPITAIS **RDB**

ANO 16 • 59 • JANEIRO-MARÇO • 2013

COORDENAÇÃO:
JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

PUBLICAÇÃO OFICIAL



IASP
INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS ESTRUTURADAS

3

MARIO MOURÃO

Especialização em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Cursos de Educação Continuada em Mercado de Capitais e Direito Bancário, Finanças Aplicadas ao Direito na FGV-Law, *Project Finance IIR Training* e *Advanced Loan Documentation* na *Euromoney Legal Training* em Londres. Pós-graduando em Direito do Mercado Financeiro e de Capitais pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. Atuante no mercado financeiro há 11 anos, responsável por operações em banco de investimento (empréstimos sindicalizados, *project finance* e aquisições financeiras). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Bancário; Comercial/Empresarial; Civil

RESUMO: As operações bancárias estruturadas são espécie de contratos empresariais com natureza jurídica distinta dos contratos cíveis em geral ou contratos de consumo, prevalecendo sobre os contratos empresariais o princípio da autonomia privada, representado pela condição das partes de negociarem livremente as cláusulas. Diferentemente dos contratos empresariais, os contratos cíveis em geral e os contratos de consumo são regidos pelo princípio da função social do contrato, prevalecendo os interesses de ordem pública e social sobre o privado. A adoção do novo Código Civil como único regime jurídico para os contratos cíveis e empresariais tem gerado dificuldades ao intérprete da lei e do contrato para distinguir as diferenças entre o princípio da autonomia privada e o princípio da função social. O campo da hermenêutica jurídica contratual tem sido utilizado pelo intérprete como fonte para a aplicação do direito nos casos de controvérsia.

ABSTRACT: Structured banking operations are type of corporate contracts with unique legal nature of general civil contracts or consumer contracts, prevailing over business contracts the principle of private autonomy, represented by the condition of the parties to negotiate the terms with more freedom. Unlike corporate contracts, general civil contracts and consumer contracts are governed by the principle of the social function of the contract, whatever are the interests of the public and social over the private. The adoption to the new Civil Code as the sole legal framework for civil and business contracts has raised difficulties to the interpreter of law and contract in order to distinguish the differences between the principle of private autonomy before the principle of social function. The field of contractual legal interpretation has been used by the interpreter as a source for the application of the law in cases of controversy.

O contrato tem por fundamento a vontade humana, desde que atue conforme a ordem jurídica. Seu *habitat* é o ordenamento jurídico. Seu efeito é a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, ou melhor, de vínculos jurídicos de caráter patrimonial. Portanto, o contrato, como negócio jurídico que é, é um fato criador de direito, ou melhor, de norma jurídica individual, pois as partes contratantes acordam que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra.⁵

Para nossa análise, partimos da premissa de que os contratos pesquisados gozam de seus pressupostos de existência e validade do negócio jurídico, implícitos no Código Civil, cujos requisitos são: (a) vontade; (b) agente capaz; (c) objeto lícito; e (d) forma prescrita ou não defesa em lei.⁶

Sem se aprofundar em todos os elementos acima, até porque não é o objetivo deste estudo, abordaremos inicialmente, como pressuposto essencial do negócio jurídico, a vontade, que na condição de requisito de validade, uma vez manifesta, torna-se a mola propulsora do contrato.

Quando as partes exteriorizam sua vontade, elas dão margem ao contrato, composto pelo consentimento, elemento substancial à validez de todos os negócios jurídicos. O consentimento é originador dos contratos e negócios bilaterais, tendo por objetivo o surgimento da vontade negocial, voltada à obtenção de efeitos práticos, geralmente econômicos, diante da intenção de resultado.

Na liberdade contratual, os interesses humanos devem existir, teoricamente, em pé de igualdade, ao passo que o rompimento contratual se impõe, na lição clássica da força obrigatória dos contratos, somente na ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Sobre o consensualismo, Silvio de Salvo Venosa nos ensina que “a ideia de um contrato absolutamente paritário é aquela ínsita ao direito privado. Duas pessoas, ao tratarem de um objeto a ser contratado, discutem todas as cláusulas minudentemente, propõem e contrapõem a respeito do preço, prazo, condições, forma de pagamento etc., até chegarem ao momento culminante, que é a conclusão do contrato. Nesse tipo de contrato, sobreleva-se a autonomia da vontade”.⁷

É certo, contudo, que as transformações sociais e econômicas vivenciadas nos dois últimos séculos impactaram profundamente o modelo clássico con-

5. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3, p. 24.

6. Conforme interpretação extraída do art. 104 do CC.

7. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 380.

tratual, limitando o poder das partes de estipular e acordar livremente seus interesses, diante dos preceitos de ordem pública impingidos pelo Estado por meio do seu dirigismo contratual.

Não obstante tais transformações, que impactaram o direito contratual como um todo e suscitaram o surgimento de novas modalidades contratuais, mormente as de caráter consumerista, preocupa o fato de o intérprete do direito sobrevir a ideia de adotar um critério comum para analisar tipos contratuais distintos.

2. EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada, substanciado na liberdade contratual, teve como principais expoentes o filósofo-economista Adam Smith, e sua teoria econômica liberal, influenciadora do capitalismo moderno, e o filósofo Immanuel Kant, que teorizou em sua obra,⁸ como poucos, a manifestação da vontade como expressão máxima do princípio da liberdade, pensamento corrente da escola clássica liberalista dos séculos XVIII e XIX.

A concepção clássica kantiana da moral e do direito e sua máxima de que a ação do indivíduo possa tornar princípio de uma legislação universal, cuja premissa é determinada pela razão do indivíduo que o direciona a vontade de cumprir a lei (ação moral), conduz ao entendimento de que os indivíduos são livres e iguais para contratar.

Os ensinamentos postulados por Kant, originários dos princípios da liberdade e igualdade, sedimentaram as correntes clássicas positivistas e auxiliaram a codificação civil. A máxima “o contrato faz lei entre as partes”, cujo brocardo latino *pacta sunt servanda* tornou-se popular, teve origem no princípio da autonomia privada.

Celso Marcelo de Oliveira⁹ relata esse período da seguinte forma: “o reflexo dessas ideias no direito contratual foi a consagração do Voluntarismo Jurídico como base de todo o direito obrigacional, ou seja, toda a construção jurídica nessa área teve como base a autonomia da vontade e a liberdade contratual. As normas jurídicas que disciplinam as relações privadas são praticamente todas de caráter dispositivo e supletivo, ou seja, são poucas as normas cogentes e imperativas, atuando elas apenas na falta de regulamentação em sentido contrário

8. KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*, 1785.

9. OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Teoria geral dos contratos: tratado de direito bancário*. Campinas: LZN Ed., 2002. p. 71.

pelas próprias partes interessadas. Aliás, o próprio Estado surgiria de uma livre convenção entre os cidadãos, que abdicariam de parte de sua liberdade, para que pudessem viver livre e organizadamente em sociedade (segundo a teoria do contrato social, de Rousseau). O pressuposto de tais concepções consiste na ideia de que todos os homens são livres e iguais em direito. Assim sendo, a liberdade natural do homem só seria limitada pela sua própria vontade, ao assumir obrigações livremente pactuadas. Como também existiria igualdade entre os cidadãos, o regime de absoluta liberdade entre eles faria com que através de livres negociações chegassem eles a um equilíbrio contratual, pactuando cláusulas que fossem de interesse de ambos os contratantes. Daí o mote francês, de todos conhecido – *‘qui dit contractuelle, dit juste’*”.

Ainda sobre o mesmo assunto, Silvio Rodrigues¹⁰ assevera “parece-me que a explicação da obrigatoriedade dos contratos, embora não se afaste em muito desse entendimento, assenta em preocupação que ultrapassa as raias do interesse particular para atender a um anseio de segurança que é de ordem geral. Pois o problema deve ser encarado não sob o ângulo individual, mas sob o social. Aquele que, por livre manifestação da vontade, promete dar, fazer ou não fazer qualquer coisa, cria uma expectativa no meio social, que a ordem jurídica deve garantir. O propósito de se obrigar, envolvendo uma espontânea restrição da liberdade individual, provoca consequências que afetam o equilíbrio da sociedade. Por conseguinte, a ordenação jurídica, na defesa da harmonia das relações inter-humanas, cria elementos compulsórios do adimplemento. Com efeito, é a lei que torna obrigatório o cumprimento do contrato. E o faz compelir aquele que livremente se vinculou a manter sua promessa, procurando, desse modo, assegurar as relações assim estabelecidas. O contrato se aperfeiçoa pela coincidência de duas ou mais manifestações unilaterais da vontade. Se estas se externam livre e conscientemente, se foram obedecidas as prescrições legais, a lei as faz obrigatórias, impondo a reparação das perdas e danos para a hipótese de inadimplemento”.

Muito embora a corrente clássica defensora do princípio da autonomia privada tenha influenciado a legislação contemporânea, é evidente que a partir do século XX, a despeito das relevantes mudanças sociais e econômicas da sociedade, promulgadas pelo processo de industrialização e criação de grandes empresas, a isonomia contratual perdeu espaço para o intervencionismo estatal como forma de equilibrar a relação contratual, conturbada pelo desenvolvimento do capitalismo e a inevitável desigualdade econômica gerada por ele.

10. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3, p. 12-13.

Deste modo, o consagrado princípio liberal encontrou limitação na ideia de supremacia da ordem pública, passando o interesse público a se sobrepor ao interesse individual, quando este último colidia com o primeiro.

As constantes transformações, resultantes de uma sociedade emergente de consumo, substituíram o caráter privado dos contratos para o exercício da função social, conforme ensinamento de Haroldo Verçosa,¹¹ “a doutrina da hipossuficiência no campo contratual veio sendo reconhecida ao longo do tempo, tendo o legislador estabelecido progressivamente em leis especiais, especialmente no microssistema do direito do consumidor – e agora no NCC –, normas protetoras da parte jurídica e economicamente mais fraca. Esta realidade também se apresenta no campo da atividade empresarial, verificando-se muitas vezes (na dependência de diversas situações concretas) o predomínio da vontade e a imposição de cláusulas contratuais abusivas por um empresário em relação ao outro no momento da contratação. Houve, portanto, não apenas uma mudança de grau, mas também de natureza no tocante à autonomia privada”.

A relativização do princípio da autonomia privada ganhou força em nosso meio, mediante novo posicionamento doutrinário, sobretudo de caráter consumerista, ao defender a instauração de uma crise no contrato.¹²

Como exemplo dessa nova corrente doutrinária, Priscilla Lacerda Junqueira de Arantes ressalta a constitucionalização do direito privado e sua coexistência com o direito público, declarando que a grande questão está em conjugar o princípio da autonomia privada com os novos valores consagrados na Carta Magna de 1988, que é essencialmente solidária, para, então, atingir-se a justiça social.¹³

Priscilla, ao explicar o princípio da igualdade substancial nesta nova teoria contratual discorre o seguinte:¹⁴ “é inquestionável que a preocupação com o ser humano modificou o cenário individualista de outrora, mas a sutileza está exatamente em estabelecer qual é o limite ou, até mesmo, qual a restrição viável à liberdade, ou seja, até que ponto a justiça é realizada com a limitação da autonomia privada. A discussão a respeito do princípio da igualdade e da liberdade é muito antiga, não há pretensão de encontrar as soluções e pormenorizar as linhas tênues na restrição ou na ampliação de tais princípios. O objetivo é,

11. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Op. cit., p. 46-47.

12. Conforme obra da Prof. Claudia Lima Marques. *A nova crise do contrato*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

13. ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. *O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 157.

14. Idem, p. 132.

realmente, o de apontar os instrumentos que estão ao alcance de todos". E, por fim, conclui¹⁵ "nos Contratos atuais, há um aflorar de regras imperativas que, anteriormente, representavam uma exceção, e que hoje é, a cada dia, mais usual. Como interpretar esta mudança na amplitude do princípio da autonomia privada e no da liberdade contratual? Estes dogmas do Estado Liberal estão fadados à extinção? Outro questionamento fundamental que merece a devida reflexão na continuidade deste percurso é descobrir se o princípio da justiça social é compatível com a autonomia e a liberdade nos contratos".

Neste ambiente de fusão de ideias e ideais, característico da ideologia do direito, nossos tribunais também não ficaram isentos ao passarem a analisar o direito sob a ótica da ordem pública em diminuição à vontade privada, incorporando princípios da função social, da justiça contratual, da dignidade humana e boa-fé, os quais outrora não se viam.

A intervenção do Estado na economia do contrato embrenhou-se no Judiciário, constatado pelo vasto repertório jurisprudencial do STJ,¹⁶ o qual vem pacificando o entendimento da relativização do princípio da autonomia privada ao permitir a revisão de cláusulas contratuais, inclusive de contratos mercantis, quando embasados em relação de consumo, em favor de um prevalecente dirigismo contratual.

Além do dirigismo contratual nos contratos de relação de consumo, o mesmo interesse público passou a condicionar no Código Civil a celebração do contrato ao exercício de sua função social.¹⁷ Nesse cenário de justiça equitativa, o Código Civil de 2002 adotou ainda os princípios da probidade e boa-fé¹⁸ e do preceito de ordem pública,¹⁹ limitando, por conseguinte, a autonomia privada.

15. Idem, p. 156.

16. AgRg no Ag 1426031/SC (DJ 07.08.2012); AgRg no Ag 1379942/SC (DJ 15.03.2012); AgRg no Ag 1383974/SC (DJ 01.02.2012); REsp 866343/MT (DJ 14.06.2011); AgRg no REsp 1018282/MS (DJ 24.11.2008); AgRg no REsp 921104/RJ (DJ 04.06.2007) e AgRg no REsp 807052/RS (DJ 15.05.2006).

17. "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

18. "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

19. "Art. 2.035. (...)

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

A mudança de paradigma do Código Civil anterior para o Código Civil atual trouxe alterações significativas em nosso meio jurídico que até os dias de hoje peleja em interpretar harmonicamente os princípios da autonomia privada, boa-fé e função social do contrato.

Rachel Sztajn explica que o legislador de 2002 visa compatibilizar, nas ações individuais, interesses coletivos – o que, no limite, implica desenhar novo modelo de responsabilidade individual, em que será dever de cada um cuidar para que suas ações gerem efeitos favoráveis a terceiros. Abandonou-se o princípio de que o contrato produz efeitos entre contratantes, facilitando-se o controle social sobre os negócios entre particulares.²⁰

A correlação entre contrato e autonomia privada, substanciada na lei de mercado, é demonstrada com propriedade por Rachel Sztajn “a ligação entre contrato e mercados é direta: sem contratos não há mercados, estes construto jurídico em que as relações entre agentes são uniformes e despersonalizadas. Liberdade de mercado e liberdade de contratar são duas faces da moeda. Contratos – diz-se – são a mais bem arrematada expressão da liberdade individual, representando a faculdade que cada um tem para, voluntariamente, se vincular”.²¹

A preocupação sobre a intervenção do Judiciário na autonomia contratual não é apenas filosófica e tampouco atual. Decisões judiciais de relativização ao princípio da autonomia privada são antigas e seus efeitos acabam sendo perniciosos para a toda sociedade, especialmente se tal posicionamento for reiterado pelos demais juízes.

Vejamos o exemplo de um julgado do STJ no ano de 1994, de relatoria do Min. Paulo Costa Leite, sobre a impossibilidade do banco credor de decretar o vencimento antecipado de dívida constituída por meio da emissão de cédula rural, sem que antes o devedor fosse comunicado acerca do inadimplemento em outros contratos de financiamento, conforme ementa abaixo transcrita:

“Cédula rural. Vencimento antecipado. Notificação. O vencimento antecipado, na hipótese de que trata o parágrafo único do art. 11 do Dec.-lei 167, distinta da que se refere o *caput*, não é consequência necessária do inadimplemento ocorrido em outro financiamento, exigindo, pois, prévia notificação do devedor. Recurso não conhecido”.²²

20. SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 139/32.

21. Idem, *ibidem*.

22. REsp 55286/RS, DJ 20.03.1995.

O mesmo entendimento da necessidade de notificação prévia do devedor, para decretação do vencimento antecipado de dívida de cédula rural por inadimplemento em outro financiamento, também foi seguido em outros julgamentos no STJ.²³

Como o Tribunal *ad quem* é fonte de inspiração aos Tribunais *a quo*, não havia dúvidas de que o mesmo entendimento poderia ser adotado – e no caso – para pior, conforme acórdão de Ap 0030082-10.2009.8.26.0451, do TJSP, de relatoria do Des. Mauro Conti Machado, que desconsiderou o princípio da autonomia privada ao afirmar o seguinte: “ainda que exista previsão contratual de vencimento antecipado da dívida (cláusula 5.^a, f.), incumbia à instituição financeira demonstrar cabalmente o inadimplemento havido que justificasse a antecipação da obrigação”. E continua “conforme bem asseverado pelo juízo *a quo*, na petição inicial do processo executivo não há qualquer menção ao suposto vencimento antecipado. O único indício que teria ocorrido o vencimento antecipado decorre de uma notificação extrajudicial acerca desse fato, na qual há sequer menção dos motivos” (grifo meu).

Ora, na prática bancária é absolutamente padrão a cláusula de vencimento antecipado automático caso o devedor se torne inadimplente em contratos (financeiros e/ou comerciais) com terceiros, denominada tal cláusula no mercado de crédito bancário como *cross default*, tendo em vista a influência cada vez maior do direito contratual inglês e norte-americano em nosso sistema jurídico.

Para essa hipótese de inadimplemento, não há necessidade de prévia notificação pelo banco, posto que a simples comprovação de inadimplemento do cliente em outros contratos ensejará o vencimento antecipado automático da dívida.

Diante das decisões acima, pergunta-se como a autonomia contratual, representada pela liberdade das partes de disporem livremente os termos e condições do contrato, pode ser relegada pelo intérprete do direito?

Não é à toa que pensadores do direito têm manifestado preocupação quanto à forma de intervenção do juiz na relação contratual, conforme assinala Marcos Cavalcante de Oliveira “o contrato é instrumento essencial em uma economia de mercado, razão pela qual sua eficácia não pode ficar na dependência da arbitrária vontade de qualquer das partes ou da discricionariedade do juiz. Admitir-se que o juiz possa discricionariamente intervir no preço contratado entre as partes é violar a livre iniciativa com um dos fundamentos da Repúbli-

23. REsp 63.535/RS, DJ 06.11.1995, REsp 87.765/RS, DJ 17.03.1997 e REsp 240876/GO, DJ 08.05.2000.

ca e eliminar as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da separação de poderes”.²⁴

Entendemos que exemplos de situações controversas, como as demonstradas acima, devem ser tratadas pelo campo da hermenêutica contratual, que terá a difícil missão de esclarecer a real intenção das partes, guiando-se o intérprete de aguçada percepção jurídica para aplicar o direito de acordo com os princípios contratuais que regem o caso em exame.

3. INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Nas operações bancárias estruturadas é comum a contratação de assessor legal para elaborar e negociar os documentos da operação, emitindo ao final uma opinião legal sobre o negócio jurídico realizado. Inicialmente, verificamos que o primeiro intérprete de tais operações será o próprio assessor legal contratado, que aconselhará as partes acerca da forma, validade e exequibilidade dos documentos da operação.

Porém, no transcorrer da operação pode ocorrer divergência entre as partes sobre o conteúdo do contrato ou alguma cláusula nele inserida, instaurando-se aí um litígio, que se não composto, inevitavelmente fluirá no Judiciário ou no juízo arbitral, o qual se incumbirá de interpretar o negócio jurídico para descobrir o sentido exato de sua disposição contratual.

Tal como existe a necessidade de interpretação da lei, a fim de esclarecer o sentido exato de uma norma jurídica, de tal modo é a interpretação do contrato, restrito, nas suas devidas proporções, às partes contraentes.

Em sua brilhante obra sobre a teoria dos princípios²⁵, Humberto Ávila apresenta a seguinte distinção entre regra e princípio: “as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os

24. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras – Regime jurídico*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 505.

25. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 184.

aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”.

O juiz, como destinatário das regras de interpretação de um contrato, exercerá sua análise limitado a dois parâmetros (a) vontade declarada das partes, circunscrita ao ato negocial e suas cláusulas (interpretação objetiva) e (b) investigação da real intenção dos contratantes (interpretação subjetiva).

Segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda,²⁶ “interpretar um negócio jurídico é determinar o sentido e o alcance com que se expressou e afinal deve vigorar o conteúdo negocial, as diversas cláusulas que consubstanciam esse conteúdo, quer consideradas individualmente, quer consideradas no todo em que se integram. A averiguação do conteúdo decisivo do negócio, o sentido com que afinal há de vincular os contratantes, é que constitui o escopo de toda a atividade interpretativa nos negócios jurídicos”.

A regra fundamental, no campo da hermenêutica contratual, está descrita no art. 112 do CC: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Assim, podemos dizer que a interpretação do negócio jurídico consiste no exame da manifestação de vontade das partes, fixando-se o interpretador em normas empíricas, mais de ordem prática do que de dispositivos legais, posto que o novo Código Civil não contempla um capítulo específico de interpretação do contrato.

Todavia, nessa atividade puramente cognitiva, não significa que o juiz ficará isento da palavra externada pelas partes, analisando tão somente a intenção comum dos contraentes. Pelo contrário, a regra geral de interpretação fluirá a partir da declaração de vontade e de sua literalidade. Buscar-se-á primeiro o sentido das expressões utilizadas e sua aceitação ao ambiente a que se refira. Havendo divergência na fase de interpretação objetiva, ou seja, o sentido atribuído à linguagem ainda gera dúvidas, dar-se-á início à segunda fase, de interpretação subjetiva, na qual o intérprete perscrutará a vontade interna do declarante.

3.1 Equilíbrio econômico contratual

O equilíbrio econômico das partes deve ser um dos pressupostos da relação contratual empresarial, tanto que o Código Civil considera ato ilícito o titular

26. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 132.

de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social.²⁷ De acordo com a regra, o fim econômico ou social deve ser interpretado em conjunto com a boa-fé e os bons costumes, que serão explicitados adiante.

O equilíbrio contratual nos remete à ideia de realização de equidade e justiça contratual, que servirão de critério norteador ao juiz para decidir como aplicar o direito, quando nem a lei e tampouco a vontade das partes forem suficientes para isso. A valorização dos interesses das partes com base na equidade, a fim de recompor o equilíbrio econômico contratual, não visa à eliminação da norma, mas de auxílio para a realização da justiça contratual.

3.2 Usos e costumes

Outra forma de interpretação do contrato é de acordo com os usos e costumes praticados pelas partes no lugar de sua celebração.

Nesse sentido, diferem-se as operações bancárias estruturadas dos demais contratos bancários. Para a efetivação de tais operações, é comum as partes iniciarem suas tratativas celebrando primeiro um acordo de confidencialidade para divulgarem suas informações confidenciais, vinculando-se aos termos e condições ali previstos. Essa fase pode ser chamada de embrionária, pois dará ensejo às negociações preliminares, que os bancos de investimento denominam como “propostas”.

Usualmente, mas não como regra, a primeira proposta que o banco encaminhará ao cliente será a “proposta indicativa” ou “carta de *marketing*”, tecnicamente talvez não o melhor termo (objeto de outro estudo), mas amplamente aceito pelas partes envolvidas neste tipo de operação estruturada. Tais documentos preliminares caracterizam-se pelo seu caráter não vinculante, de modo que os termos e condições da proposta indicativa ou da carta de *marketing*, tais como condições suspensivas, declarações e obrigações, hipóteses de vencimento antecipado, entre outras, não serão exaustivos, mas apenas indicarão as linhas gerais do negócio jurídico ainda pendente de aceitação pelas partes.

Nesta fase preliminar, como o documento não é vinculante, deverá constar de forma clara sua condição indicativa e que o propósito é de apenas iniciar discussões a respeito de um possível empréstimo, não constituindo qualquer

27. Código Civil. “Art. 187. 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”.

promessa de mútuo, haja vista que qualquer compromisso pelo banco nesse sentido dependerá de todas as aprovações internas necessárias, inclusive do cumprimento de todas as condições suspensivas da operação, dentre elas a conclusão de auditoria legal, de forma satisfatória às partes.

No estudo da formação do contrato, a proposta indicativa ou a carta de *marketing* será apenas uma negociação preliminar, de modo a viabilizar para as partes as conversações prévias necessárias e o estudo sobre o negócio, não representando, novamente, qualquer vinculação jurídica entre os participantes, caso os termos e condições avençados não venham a ser aceitos.

Se porventura as aprovações internas necessárias do banco já tiverem sido formalizadas, dentre elas, mas não limitado, a auditoria técnica e financeira do projeto, jurídica, *compliance* e de crédito, o banco poderá seguir com a negociação e encaminhar ao cliente outra proposta, desta vez com efeito vinculante, ao passo que a aceitação de todos os termos e condições pelas partes converterá a proposta em um contrato, que disciplinará os documentos da operação. Logicamente tal compromisso ainda continuará sujeito ao cumprimento de todas as condições suspensivas estabelecidas na proposta e/ou nos documentos da operação, todavia, eventuais direitos à remuneração, indenização, multa e quaisquer despesas da operação (por exemplo, a contratação de assessor legal,) deverão ser arcados pelo cliente, caso restar comprovado que este agiu com culpa ou dolo na rescisão da proposta e/ou dos documentos da operação.

O art. 125 do CC dispõe sobre a condição suspensiva ao subordinar a eficácia do negócio jurídico ao cumprimento dela. Como ensina Silvio de Salvo Venosa,²⁸ “o ato pode existir, isto é, possuir um aspecto de negócio jurídico, mas não ter validade, por lhe faltar, por exemplo, capacidade do agente. Por outro lado, o negócio pode existir, ser válido, mas ser ineficaz, quando sobre ele, por exemplo, pender condição suspensiva”.

É cediço que a conclusão do contrato de empréstimo bancário se opera quando o banco entrega a coisa (crédito) ao mutuário, de modo que se não houver a entrega da coisa, enquanto não satisfeitas todas as condições suspensivas, haverá apenas promessa de mútuo bancário, não estando o banco sujeito ao cumprimento do contrato e entrega do bem, até porque poderia sofrer consequências perante o órgão regulador, pela assunção de risco de crédito, caso, por exemplo, o incumprimento fosse em relação à insolvência do mutuário.

28. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 358.

Em linhas gerais, as fases de formação do vínculo contratual indicadas acima, conforme os usos e costumes contratuais praticados pelas partes, são de grande valia para o intérprete do direito.

3.3 *Probidade e boa-fé*

Os princípios da probidade e boa-fé estão presentes no Código Civil, dispostos no art. 422, consistindo em princípios tão importantes que não permeiam somente o direito contratual civil, como também os princípios gerais do direito.

O dever de probidade e boa-fé não está ligado apenas à conclusão do contrato, mas a todas as fases do negócio, seja na fase preliminar, contratual ou pós-contratual.

Em relação à probidade, considera-se a honestidade que a pessoa deve apresentar e a lealdade que deve ter em relação ao outro, portando-se com integridade e retidão.

Quanto à boa-fé ela pode ser dividida em subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva é representada pela crença do manifestante, estritamente ligada ao seu aspecto psicológico, de que a conduta exercida é correta, a despeito do grau de conhecimento que possui sobre o negócio.

A boa-fé objetiva, que merece mais explicação, exige um padrão de conduta comum, do homem médio para o caso concreto, levando em conta os aspectos econômicos e sociais envolvidos. Naturalmente a boa-fé objetiva será mais compreensível, já que é uma regra de conduta inerente ao indivíduo (ao contrário da má-fé que deve ser comprovada), por meio do qual as partes deverão agir em conformidade com os padrões sociais e economicamente difundidos pela sociedade.

Nos termos do Código Civil, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 113, CC); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187, CC); e função de integração do negócio jurídico (art. 421, CC).²⁹

Sobre a boa-fé objetiva, vale destacar o texto de Haroldo Verçosa³⁰ “é importante ressaltar como o direito contratual está firmado no reconhecimento da sua construção dentro de um conjunto de relações sociais de caráter patrimonial, sejam elas privadas, sejam exercidas como atividade econômica profissional. Neste sentido, o contrato não se configura como instituto desti-

29. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos* cit., p. 394.

30. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 103.

nado a proteger o interesse de uma das partes que possa ter alguma forma de ascendência sobre a outra, mas apto a proporcionar um vínculo equilibrado, segundo cada situação concreta. Isto não retira a liberdade das partes, mas a condiciona dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador os quais, como veremos logo em seguida, restaram distorcidos pela segunda a qual foi estabelecida a obediência ao princípio da função social do contrato”.

As declarações usualmente prestadas pelo tomador do empréstimo nos documentos da operação bancária estruturada são um bom exemplo de boa-fé objetiva, de forma que qualquer informação inexata, falsa ou imprecisa quanto ao estado de solvência do tomador, das garantidas prestadas na operação ou de autorizações necessárias para realização do negócio, ensejará ao banco o direito de vencer antecipadamente a dívida.

3.4 Função social do contrato

É incontestável que a exegese do art. 421 do CC é um tema espinhoso e alvo de calorosos debates na doutrina, uns defendendo a aplicação da função social do contrato e outros o princípio da autonomia privada.

Diante de tantas transformações sociais, econômicas e jurídicas será que o contrato perdeu sua importância em nosso ordenamento jurídico? Não existe mais a liberdade de as partes regulamentarem livremente seus interesses? Os contratos devem ser analisados somente sob o prisma do exercício da função social? Chegaremos ao contrassenso de considerar um princípio mais relevante do que o outro?

Conforme abordamos ao longo do trabalho, vimos alguns defensores do princípio da função social, tal como Claudia Lima Marques, e suas famosas obras consumeristas, Priscilla Lacerda Junqueira de Arantes, cujo trabalho enfatiza o direito público nas relações privadas para sustentar o princípio da igualdade substancial entre as partes. Encontramos ainda o ilustre jurista Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora e revisora do Anteprojeto do Código Civil, cujo pronunciamento realizado na Academia Paulista de Letras em 2001 enfatizou o caráter coletivo que assumiu o Projeto e suas diretrizes de valores de eticidade, socialidade e operabilidade, afastando-se o caráter individualista do Código Civil de 1916.³¹

31. Pronunciamento do Prof. Dr. Miguel Reale na sessão de 29.11.2001, como membro da Academia Paulista de Letras – APL, reconstituído pelo autor, e publicado pela mesma Academia.

Do lado mais moderado, encontramos Caio Mário que externa o seguinte pensamento:³² “a função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. Como princípio novo ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior”.

Contrariamente ao princípio da função social, citamos Haroldo Verçosa, que de forma bastante crítica expõe o seguinte “o critério em questão transmite ao intérprete sem dúvida alguma a ideia de que o novo Código Civil no art. 421 estabeleceu como pré-requisito da liberdade de contratar (*em razão e nos limites*) do atendimento de sua função social. Esta expressão jamais pode ser tomada como relacionada ao exame do equilíbrio contratual no caso concreto. A existência de uma função social pré-condiciona o contrato na sua celebração tanto como condição para recorrer-se a este instituto quanto no que diz respeito aos limites em que a liberdade de contratar é exigida. Se isto atenta contra o princípio da autonomia privada, que se descarte a norma. Caso contrário, entendida a liberdade de contratar na qualidade de uma expressão da função social da propriedade, conforme visto acima, o passo seguinte estará em identificar a sua natureza jurídica, ou seja, o lugar que ela ocupa na teoria geral do contrato. Trata-se de engolir obrigatoriamente uma pílula amarga e indigesta, plantada pelo legislador inconsequente no novo Código Civil, o que não foi falta de aviso, lembrada, entre outras, a posição de Tancredo Neves”.³³

32. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 14.

33. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Op. cit., p. 110. Para melhor elucidação, segue a transcrição do texto citado pelo autor do então deputado Tancredo Neves: “É uma disposição da maior inconveniência, porque significa que, fora dos limites da ‘função social’ do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar. Acontece que o conceito de ‘função social’ do contrato é impreciso. A consequência será que, subordinada a estes requisitos, a liberdade de contratar, que é fundamental dentro do regime de livre iniciativa, fica fundamente atingida”. Diante do exposto, Tancredo Neves apresentou uma proposta de outra redação do art. 420 do Projeto, que teria se revelado uma solução adequada: “Ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social” (Mensagem 160/1975 do Poder Executivo, com a Emenda 371, Diário do Congresso Nacional – Seção I – Suplemento – Suplemento ao n. 111, em 14.09.1983), p. 107.

Rachel Sztajn, também contrária à abrangência do princípio da socialidade, ressalta que talvez o legislador de 2002 não tenha dado atenção maior ao fato de que a mudança de paradigma do individualismo para a socialidade não era prioridade para a sociedade, que a globalização era fato absorvido pela sociedade brasileira, que muitas normas constitucionais haviam, já alterado a aplicação de dispositivos do Código Civil de 1916, de forma a privilegiar certos comportamentos e tutelar os mais vulneráveis na sociedade, atendendo, com isso, a eventuais reclamos sociais.³⁴

Vemos, portanto, que discorrer sobre a função social do contrato não é um caminho fácil. Existem dificuldades claras em (a) precisar o conceito do termo; (b) entender a abrangência de sua utilização; e (c) avaliar a multiplicidade de interpretações doutrinárias e judiciais em torno do assunto.

Como diz Rachel Sztajn, a função social do contrato padece de todas as dificuldades de se lidar com um conceito vago, ambíguo, que dá margem a variadas e nem sempre homogêneas interpretações e que, em certa medida, constitui entrave à liberdade econômica das pessoas.³⁵

Apesar das incertezas que porventura possam circular pelos tribunais inferiores, devemos aclamar as três louváveis decisões do STJ, uma delas proferida recentemente, para o recurso especial interposto por uma empresa de *trading* cuja parte contrária pretendia buscar a revisão do contrato de compra e venda futura de soja, alegando onerosidade excessiva. Vejamos a transcrição da ementa abaixo:³⁶

“Direito empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade.

1. *Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.*

2. *Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.*

34. SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 37.

35. Idem, p. 36.

36. REsp 936.741/GO, DJe 08.03.2012, de relatoria do Min. Antonio Carlos Ferreira. Ver também duas decisões sobre o mesmo tema, REsp 803.481/GO e REsp 783.404/GO.

3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (a) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (b) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (c) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.

5. Recurso especial conhecido e provido” (grifo meu).

4. CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar ao longo deste trabalho que a abrangência do princípio da função social na atividade empresarial e a utilização do Código Civil como único instrumento para julgar as demandas empresariais demonstraram-se frágeis para apaziguar os conflitos provenientes da atividade empresarial.

O empresário, ao explorar atividade lucrativa, busca primeiramente avaliar os riscos de seu negócio para então mensurar o retorno de seu capital. A insegurança jurídica é um componente que dificilmente o empresário contabiliza, muito embora exista a definição de risco legal. Perdas fazem parte do negócio, tanto é que existem as provisões para isso, mas como avaliar aquilo que muitas vezes é intangível ou muitas vezes fruto de um resultado ideológico? A ciência do direito não pode ficar alheia à realidade empresarial que tem como fundamento a liberdade econômica, força motriz do capitalismo.

Para um problema de difícil solução, nada melhor do que o bom senso. Parece-nos, portanto, que olhar de quem analisa não deve ser extremado, conjugando princípios meramente positivistas ou princípios exclusivamente da socialidade (sem entrar no mérito se um é mais importante do que o outro), pois, a par daquilo que se pretendeu demonstrar, a dificuldade que se vislumbra é de harmonizar tais princípios aos contratos empresariais, que ainda gozam do prestígio da autonomia privada e da força vinculante de suas disposições.

Certamente não há fórmulas prontas para a solução do problema, talvez o direito não seja o único remédio a ser aplicado. O intérprete contratual talvez tenha que se valer de outros campos do conhecimento, tal como a economia, a filosofia, as finanças ou até a sociologia, tendo em vista a influência que estes exercem sobre o direito empresarial.