

Interpretação de contratos civis e empresariais: uma análise do REsp nº 2.101.659/RJ à luz da legalidade constitucional

Lucas MAYON*

Luisa Soares FERREIRA**

Miguel ARRAES***

RESUMO: O presente estudo analisa a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 2.101.659/RJ, em que a classificação de um contrato de locação comercial em *shopping center* como contrato empresarial foi utilizada para atrair critérios hermenêuticos diferenciados. Examina-se, a partir do julgado, a pertinência da interpretação contratual pautada pela suposta divisão entre contratos civis e empresariais como categorias autônomas. Nesse contexto, sustenta-se que a interpretação deve ser tratada como processo cognoscitivo unitário, e não puramente silogístico. Isso porque a mera subsunção de um negócio jurídico à categoria abstrata de contratos empresariais representa o risco de ocultar as escolhas feitas pelo intérprete, bem como dificulta o controle do caminho percorrido até a decisão final.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação contratual; contratos civis e empresariais; contratos paritários e simétricos; autonomia negocial; legalidade constitucional.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias e apresentação do caso; – 2. O caminho hermenêutico trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça e seus possíveis percalços; – 3. Interpretação contratual na legalidade constitucional e tutela de interesses legítimos; – 4. À guisa de conclusão: um retorno ao caso concreto e suas potencialidades interpretativas à luz da legalidade constitucional; – Referências bibliográficas.

TITLE: *Interpretation of Civil and Business Contracts: An Analysis of REsp nº 2.101.659/RJ in Light of Constitutional Legality*

ABSTRACT: *The present work analyzes the decision of the Brazilian Superior Court of Justice in Special Appeal n. 2.101.659/RJ, in which the qualification of a commercial lease agreement in a shopping center as a business contract was used to justify the application of distinct interpretative criteria. Based on that decision, the research addresses the relevance of contractual interpretation based on the purported distinction between the autonomous categories of civil and business contracts. In this context, the study further holds that interpretation ought not to be treated as purely syllogistic, but rather as a unitary cognitive process. Accordingly, the mere qualification of a legal transaction into the abstract category of business contracts risks obscuring the choices made by an interpreter and complicates oversight of the path leading to the decision.*

KEYWORDS: *Contractual interpretation; civil and business contracts; parity and symmetry in contracts; contractual autonomy; constitutional legality.*

* Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado associado do escritório Pinheiro Neto Advogados.

** Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral pela UERJ. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

*** Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado associado do escritório Pinheiro Neto Advogados.

CONTENTS: 1. *Introductory notes and presentation of the case;* – 2. *The hermeneutic path taken by the Superior Court of Justice and its possible obstacles;* – 3. *Contract interpretation within constitutional legality and protection of legitimate interests;* – 4. *In conclusion: a return to the specific case and its interpretative potentials in light of constitutional legality;* – *References.*

1. Notas introdutórias e apresentação do caso concreto

Avolumam-se, na doutrina e na prática forense,¹ as referências aos contratos ditos empresariais e às suas peculiaridades em relação aos contratos civis, o que foi reforçado pela redação do art. 421-A, *caput*, do Código Civil, incluído pela Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica). A alusão a *contratos empresariais* como categoria dogmática autônoma também tem sido vista no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que atribui a essa suposta categoria características próprias que conduzem, em abstrato, a uma maior incidência de determinados postulados hermenêuticos no processo de interpretação.

Esse fenômeno ficou bastante evidente no julgamento do Recurso Especial nº 2.101.659/RJ, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Em 21 de maio de 2024, ao apreciar um contrato de locação de *shopping center*, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a qualificação de contratos como *empresariais* interferiria de forma relevante na sua interpretação. No entender daquela Corte, especificamente nas avenças em que os sujeitos sejam empresários e o objeto decorra de atividade empresarial (os chamados, respectivamente, pressupostos subjetivo e objetivo), devem prevalecer, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*.²

O caso em questão envolvia contrato locatício celebrado entre uma sociedade empresária que explorava o ramo de serviços alimentícios e um *shopping center* situado no Rio de Janeiro. O locatário, autor da demanda, visava à indenização por perdas e danos decorrentes de violação do contrato pelo *shopping center* locador, que autorizara a instalação de restaurante de culinária japonesa, mesmo segmento em que atuava o locatário, em frente ao salão comercial por este locado.

¹ Rápida pesquisa bibliográfica e jurisprudencial já dá conta de demonstrar o que se afirma. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, constam 2.805 julgados com os termos “contrato empresarial” ou “contratos empresariais” na ementa no período de 1.01.2000 a 14.01.2025.

² “O contrato de locação em *shopping center* tem índole marcadamente empresarial. Os sujeitos da relação obrigacional são empresários (pressuposto subjetivo) e seu objeto decorre da atividade empresarial por eles exercida (pressuposto objetivo), o que interfere na forma de sua interpretação, devendo prevalecer nesses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*” (STJ, 3ª T., REsp 2.101.659/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.05.2024).

Em síntese, o locatário alegava que, a despeito da existência de disposição contratual³ conferindo ao locador o direito de alterar unilateralmente o *tenant mix*,⁴ a abertura de negócio concorrente em frente ao seu configuraria atividade contrária à boa-fé objetiva e ao próprio conceito de *tenant mix*, que busca aumentar as vendas e maximizar os lucros dos lojistas. Aduzia, ainda, que o direito de preferência na exploração da culinária japonesa que lhe fora conferido pelo prazo do contrato de locação original, equivalente a 60 (sessenta) meses, teria continuado a produzir efeitos com a renovação do contrato, criando-se uma expectativa de manutenção dessa circunstância e da preservação da clientela.⁵

O *shopping center* locador, por sua vez, sustentava que os contratos de locação com esse e demais locatários do expressamente permitiam a alteração do *tenant mix*. Por esse motivo, a concessão ulterior de direito de preferência pelo locador, sem a devida contraprestação, consistiria em negócio jurídico gratuito e com prazo certo, o que não autorizaria a interpretação extensiva. Também argumentava, com base no artigo 54 da Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) e nos artigos 421 e 421-A do Código Civil, a prevalência dos princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual. Ao seu ver, inexistia, no caso, qualquer elemento concreto que pudesse justificar o afastamento da presunção de que se tratava de contrato paritário e simétrico.

³ As Normas Gerais do *shopping center* locador, às quais o locatário estava vinculado por força da cláusula 1.I do contrato de locação, dispunham expressamente que: “2.3 - A finalidade de um centro comercial identificado como SHOPPING CENTER é congregar, num mesmo local, o maior número possível de atividades empresariais, distribuindo os diferentes ramos de comércio e serviços, segundo uma planificação técnica procedida de acurados estudos sobre as preferências e vocações do consumidor, visando dar a este maior conforto e o máximo de estímulo, facilitando-lhe a escolha e a aquisição. Assim, o LOCATÁRIO, formal e expressamente, declara aceitar os princípios que regem o funcionamento do RDB, concordar com as disposições constantes destas NORMAS GERAIS e aceitar, no momento e para o futuro, a orientação da EMPREENDEDORA na administração do RDB, inclusive quanto a mudança de destinação de qualquer SALÃO COMERCIAL e atualização do plano geral de distribuição de atividades. [...] 3.1. - É facultado à EMPREENDEDORA, em qualquer época, mesmo após a inauguração do RIO DESIGN BARRA e a seu exclusivo critério, alienar parte ou a totalidade do terreno ou do próprio SHOPPING CENTER, promover o remembramento ou desmembramento de parte do terreno, alterar o projeto de construção, inclusive no que tange à modificação dos locais destinados a estacionamento e acesso de veículos, carga e descarga de mercadorias, criar, extinguir, redistribuir, remanejar, ampliar e reduzir áreas destinadas às partes comuns, às lojas, e aos "malls", transformar áreas de lojas em áreas de uso comum e vice-versa, aumentar ou diminuir o número de vagas de garagem, aumentar total ou parcialmente o número de pavimentos ou as dimensões do prédio, podendo ainda construir novos prédios ou alas para ampliação do SHOPPING CENTER”. O contrato de locação igualmente previa, noutras disposições, “a possibilidade [...] de alterações, ampliações e/ou expansão do *shopping center*, ou alterações nas partes comuns, visando melhor composição do *tenant mix*”.

⁴ Por ocasião, Sylvio de Salvo Venosa leciona que o *tenant mix* é um “plano de determinação dos ramos e localização das lojas e pontos-de-venda dentro do centro de compras, gravitando em torno das chamadas lojas-âncora, as quais funcionam como ponto magnético da clientela” (VENOSA, Sylvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 263). No mesmo sentido, v. Caio Mário da Silva Pereira: “A colocação e distribuição das várias atividades comerciais, compreendendo o arranjo físico de empresas de alto porte e firmas comerciais de menores proporções (*tenant mix*) tecnicamente colocadas, assegura uma comercialização planejada e eficiente, que oferece a umas e outras a colocação permanente e satisfatória de suas mercadorias” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. “*Shopping centers*”: organização econômica e disciplina jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 73, n. 580, p. 17, fev. 1984).

Em primeira instância, julgou-se parcialmente procedente o pedido da autora, a fim de que se decretasse a rescisão do contrato de locação, com a aplicação dos consectários contratuais dela decorrentes. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, reformou a sentença para condenar o *shopping center* a indenizar o locatário, por considerar lesiva a sua conduta. Foi então que o *shopping center* interpôs recurso especial, alegando, dentre outras questões, a violação do acórdão ao artigo 54 da Lei do Inquilinato e aos artigos 421, parágrafo único, e 421-A, *caput* e inciso III, do Código Civil.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Turma, por maioria,⁶ decidiu dar provimento ao recurso interposto pelo *shopping center*. Nos termos do voto vencedor, proferido pelo Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, não seria possível afastar o conteúdo livremente pactuado entre as partes para se admitir uma interpretação extensiva do direito de preferência:

A previsão de preferência apenas temporária não trouxe excessiva desvantagem para o locatário, seja porque a cláusula estava claramente redigida e, portanto, passível de avaliação de risco antes mesmo da instalação do restaurante, seja porque a admissão de outro restaurante do mesmo ramo trouxe aumento no faturamento do recorrido, ainda que se afirme que essa situação não tenha refletido nos lucros. [...] Não há, portanto, fundamento para afastar a previsão contratual livremente pactuada pelas partes, afirmando-se que a exclusividade deveria permanecer durante todo o período da contratação como garantia de base econômico-financeira, como fez o Tribunal de origem ao assim concluir. A violação do contrato firmado entre as partes, redesenhando a alocação de riscos previamente estabelecida entre elas, viola os artigos 54 da Lei nº 8.075/1991 e 421 e 421-A, incisos II e III, do Código Civil.⁷

Além disso, a Corte considerou relevante a existência de previsão contratual expressa no sentido de que o locador poderia revisar o *tenant mix*, o que lhe conferiria até mesmo o direito de optar pela instalação de lojas concorrentes, caso entendesse que tal concorrência seria benéfica para consumidores e para lojistas, independentemente do aumento efetivo do lucro para os locatários. Concluiu o relator que

não está vedado ao empreendedor do *shopping*, caso entenda que a concorrência trará benefícios para a organização das lojas (*tenant mix*), optar pela instalação de lojas concorrentes, desde que essa opção não implique desrespeito aos contratos firmados com os lojistas. De

⁶ Deram provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, os Ministros Humberto Martins e Marco Aurélio Bellizze. Vencida a Ministra Nancy Andrichi.

⁷ STJ, REsp nº 2.101.659/RJ, 3ª T., Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.5.2024.

fato, cabe ao lojista avaliar se os custos para participar daquele empreendimento, no qual pode enfrentar alguma concorrência, compensam. [...] Ademais, [...] a alteração e ampliação do *tenant mix* não pode ser considerada uma conduta desarrazoada, violadora da boa-fé objetiva. De fato, não há como esperar que o *shopping* mantenha a mesma organização por 18 (dezoito) anos, mormente se a alteração do *tenant mix* está prevista contratualmente e é necessário o enfrentamento das novas situações de mercado.⁸

A Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido, entendeu, no mérito,⁹ que a permissão dada pelo *shopping* locador para a abertura de um concorrente direto em frente ao espaço do locatário, sem demonstração de planejamento mercadológico anterior a justificar a escolha, teria violado o dever contratual referente ao planejamento equilibrado imposto pelo *tenant mix*. Tal dever seria inferido a partir da interpretação da expressão *melhor composição do tenant mix*, presente no §3º da cláusula décima¹⁰ do contrato. De acordo com a Ministra, estaria caracterizado, assim,

o desrespeito à boa-fé objetiva pelo abuso do direito por parte do *shopping* recorrente, no uso de sua prerrogativa contratual de modificação unilateral do *tenant mix*, ao permitir a instalação “porta com porta” de concorrente direto com o lojista recorrido sem o estudo prévio de viabilidade [...].¹¹

Ao ratificar o seu voto, o relator ponderou que a alteração da literalidade do contrato por via interpretativa, a pretexto de violação da boa-fé objetiva, acarretaria a realocação dos riscos previamente estabelecidos pelas partes e criaria obstáculos para a organização do *tenant mix* pelo *shopping* locador.

2. O caminho hermenêutico trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça e seus possíveis percalços

Uma das premissas fundamentais para o resultado da decisão do Superior Tribunal de Justiça foi a qualificação jurídica do contrato de locação como um contrato empresarial,

⁸ STJ, REsp nº 2.101.659/RJ, 3ª T., Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.5.2024.

⁹ Em sede preliminar, a Ministra votou pelo não conhecimento do recurso pela incidência dos Enunciados números 5 e 7 da Súmula do STJ.

¹⁰ Cláusula décima, §3º: “tendo em vista a possibilidade do número e área de salões comerciais serem ampliados ou reduzidos, em decorrência de sua anexação ou divisão e, bem assim de alterações, ampliações e/ou expansão do SHOPPING CENTER, ou de alterações nas partes comuns, visando melhor composição do “*tenant mix*”, o CRD do(s) Salão(ões) Comercial(ais) objeto deste contrato poderá ser modificado, mantendo-se, no entanto, a mesma paridade entre a área do(s) Salão(ões) Comercial(ais) locado(s) em relação à totalidade das áreas brutas locáveis”.

¹¹ STJ, REsp nº 2.101.659/RJ, 3ª T., Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.5.2024.

ou, para utilizar as palavras empregadas no acórdão, de contrato com *índole marcadamente empresarial*. No seu entender, essa qualificação se justificaria porque as partes do contrato seriam empresárias (o que o voto vencedor denominou pressuposto subjetivo) e porque o seu objeto estaria relacionado à atividade empresarial por eles exercida (denominado pressuposto objetivo).¹²

Tal qualificação parece ter sido um ponto nodal para a conclusão do Tribunal, uma vez que, como consignou o voto vencedor, “essa constatação atinge diretamente a forma como o contrato deve ser interpretado”.¹³ Ao seu ver, “a atividade empresarial é caracterizada pelo risco e regulada pela lógica da livre concorrência, devendo prevalecer nesses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*”.¹⁴

Nesse contexto, destacou-se o papel do artigo 54 da Lei do Inquilinato, que prevê que, nos contratos de locação celebrados entre lojistas e *shopping centers*, prevalecerão as condições livremente pactuadas. Fundando-se nas lições de Sylvio Capanema de Souza,¹⁵

¹² Anteriormente à vigência do Código Civil de 2002, a doutrina debatia se no Brasil vigorava a teoria dos atos de comércio ou a da mercancia, cujos defensores, respectivamente, sustentavam (i) que a disciplina do direito comercial era atraída pela prática dos atos de comércio enumerados pela legislação (ou aqueles análogos aos declarados pela lei como atos de comércio), e (ii) que a disciplina do direito comercial incidia sobre os casos de mercancia, ou seja, atividades profissionais exercidas pelo comerciante e enumeradas pela lei. Para uma defesa da teoria dos atos de comércio no direito brasileiro, v. Antonio Bento de Faria: “Se examinarmos os sistemas dos Códigos, veremos, conforme ficou dito, que a prática legislativa preferiu apresentar apenas uma lista exemplificativa, mais ou menos longa, dos atos que reputa comerciais, deixando à inteligência e ao critério do juiz moldá-los nas normas dos apresentados, isto é, permite que outros atos não considerados em tais catálogos possam ser havidos como comerciais quando mantiverem analogias evidentes com os que foram especialmente discriminados como exemplos” (BENTO DE FARIA, Antonio. *Direito comercial: do comércio em geral*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º, 1947, p. 165-166); e, para uma defesa da teoria da mercancia, v. João Eunápio Borges: “[a] primeira conclusão a tirar é, pois: (a) que o nosso Código e leis mercantis complementares não enumeram os atos de comércio, mas no artigo 19 do regul. N.º 737 relacionam sob a denominação de mercancia as profissões consideradas mercantis; (b) que não há em nossa lei nenhum ato de comércio sem que no mesmo intervenha, para dar-lhe colorido mercantil a pessoa de um comerciante” (BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*, vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 171-172). Com a vigência do Código Civil de 2002, além da unificação do direito obrigacional, que fez perder o sentido a aplicação de uma disciplina obrigacional própria do direito comercial a atividades consideradas comerciais, passou a vigorar a teoria da empresa: “Na esteira do CCi, o legislador brasileiro, ao positivar a teoria da empresa, preferiu defini-la indiretamente a partir do conceito de empresário. O empresário, então, identifica-se pelo exercício profissional da empresa que, no CC, traduz-se na atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado: conforme a constituição da república*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 5).

¹³ STJ, REsp nº 2.101.659/RJ, 3ª T., Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.5.2024.

¹⁴ STJ, REsp nº 2.101.659/RJ, 3ª T., Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.5.2024.

¹⁵ “O que a lei admite, ainda que fugindo ao sistema comum, são as disposições atípicas, mas de índole econômica, que as partes livremente pactuam, de acordo com a realidade e a experiência do mercado. Será preciso, entretanto, cuidado para que não sejam estas cláusulas atípicas, que restringem os direitos dos locatários, confundidas com cláusulas abusivas, que os ponham em manifesta desvantagem, e que são fulminadas pela sanção da nulidade. Admitem-se as disposições restritivas como compensação aos benefícios trazidos pela estrutura do *shopping center*, que atrai uma considerável massa de consumidores, o que representa potencial clientela para os lojistas” (SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 239 *apud* STJ, REsp nº 2.101.659/RJ, 3ª T., Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.5.2024).

referiu-se ao fato de que a legislação especial, neste particular, admite e protege as cláusulas denominadas atípicas, de índole econômica. Por esse motivo, deveriam ser respeitadas a disposição contratual temporária do direito de preferência – limitado a 60 (sessenta) meses – e a cláusula que permitiria ao *shopping center* proceder, de forma unilateral, à alteração do *tenant mix* do empreendimento.

A colocação do caminho percorrido pelo STJ é importante, porque daí se extraem dois pontos de partida. O primeiro é o fato de que, para a Corte, o enquadramento do contrato numa categoria específica – no caso, a categoria de contratos empresariais – produz efeitos imediatos e substanciais sobre a sua interpretação com a atração de parâmetros, regras e cuidados específicos. O segundo é que a disciplina específica atraída pela classificação consistiria, em termos concretos, em uma maior prevalência da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos pactos.

O caminho hermenêutico trilhado pelo STJ, em outras palavras, pressupõe um processo interpretativo *fragmentado*, que se inicia pela classificação ou qualificação do contrato como integrante de uma categoria ou tipologia específica para, a partir daí, interpretá-lo com base nos postulados aplicáveis. Por mais didática e apelativa que possa ser a reconstrução do processo interpretativo como formalmente lógico, fragmentado e esquematizado, a sua compreensão nesses termos mascara a complexidade do ofício. Esse caminho, para além de ser excessivamente formalista,¹⁶ acaba por dificultar o seu próprio objetivo, qual seja, o de apreender o conteúdo total, expresso (ou declarado) e implícito (ou não declarado) do negócio jurídico.¹⁷ Como bem leciona Pietro Perlingieri,

[d]izer que a atividade do intérprete é regulada por uma lógica pré-constituída, com um procedimento por graus no qual cada fase, ou momento, é preclusivo em relação àqueles sucessivos, representa uma

¹⁶ Por ocasião, v. Carlos Nelson Konder: “Esta concepção renovada do processo interpretativo se contrapõe frontalmente à sua arraigada visão formalista como processo subsuntivo, no qual, quanto à hipótese em exame, ao intérprete incumbiria verificar exclusivamente o enquadramento do contrato concreto à hipótese normativa – o “tipo contratual” – para determinar-lhe, em sequência, os efeitos jurídicos” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 124); e Karl Larenz “Os autores até agora referidos compartilham sem exceção da ideia de que o processo de uma dedução da maior parte das decisões a partir da lei por meio de uma subsunção lógica (da situação de facto sob a previsão de uma norma legal) ou é geralmente inadequado ou então só lhe reconhecem um significado mínimo” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 4^a ed., p. 215).

¹⁷ Por ocasião, v. Francisco Paulo de Crescenzo Marino: “A finalidade última da interpretação dos negócios jurídicos é, conforme já se viu, determinar o seu conteúdo total, nele compreendidos o conteúdo expresso ou declarado (conteúdo da declaração negocial) e o conteúdo implícito ou não declarado” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159). Vale ainda notar que, para Emilio Betti, “[c]onteúdo é aquilo que o negócio é intrinsecamente considerado: a sua *fattispecie interior*, que é, ao mesmo tempo, fórmula e ideia, palavra e significado: termos esses cuja conexão é tarefa da interpretação” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. 1. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Servanda, 2008, p. 125).

pura presunção, fundada no pressuposto de que o conhecimento jurídico possa se exaurir em operações mecânicas de encaixe automático do fato concreto em uma bem determinada *fattispecie* abstrata.¹⁸

A partir de uma visão renovada do processo de interpretação, deve-se considerá-lo um processo cognoscitivo unitário, e não um processo puramente silogístico ou matemático segmentado em diversas fases ou etapas.¹⁹ Esse tradicional percurso, na realidade, diminui as chances de controle sobre as decisões judiciais, porque a suposta clareza dos postulados mascara a liberdade argumentativa e os juízos de valor que são ínsitos ao processo decisório.²⁰

Dito de outra maneira, a recondução dos contratos a essas categorias ditas *autônomas*, que em tese atrairiam postulados como a autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos pactos, sem um detido e minucioso exame do efetivamente contratado, oculta os juízos de valor e as escolhas feitas pelo intérprete durante a interpretação.

No processo aparentemente lógico e matemático realizado pelo STJ, por exemplo, ignorou-se o fato de que a alteração do *tenant mix* não fora precedida de estudos que demonstrassem sua sustentabilidade, as alegações do locatário de que haveria uma orquestração de atos pelo locador com o único objetivo de removê-lo do *shopping center*, e as alegações de que o próprio *shopping center* se comportara no sentido de reconhecer, mesmo após expirado o prazo de 60 (sessenta) meses, a existência de um direito de preferência.

Nesse sentido, ao se referir à natureza empresarial do negócio para atrair os aludidos postulados, o Tribunal acabou conferindo uma autoridade a essa forma de interpretação,

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 615.

¹⁹ Por ocasião, v. Pietro Perlingieri: “As interpretações literais, lógicas e sistemáticas não são nem podem ser fases cronológica e logicamente distintas; elas são perfis e critérios de um processo cognoscitivo unitário. Seria absurdo reconhecer entre os critérios, uma espécie de concorrência ou contraste ‘quase como se fossem configuráveis como pretendentes em luta entre si, aspirantes a uma aplicação exclusiva’. O diverso comportamento, que exclui ou limita a normal utilização destes critérios, apoia-se em um equívoco que consiste na substituição da lógica jurídica pela formal, reduzindo a tarefa da interpretação a uma ‘operação de subsunção silogística semelhante, no seu rígido automatismo, às operações aritméticas” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 616); e Carlos Ferreira de Almeida: “O significado negocial é uno enquanto se refere ao fenômeno da compreensão, mas é também complexo na sua determinação. A decomposição da atividade interpretativa em diferentes aspectos [...] e diferentes momentos [...] não determina uma diversidade ontológica nem um conflito de resultados, mas evidencia as dimensões complementares do significado e o faseamento lógico na evolução do itinerário interpretativo” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, v. 1, p. 154).

²⁰ “Destaque-se aqui, retomando as conclusões referidas no item anterior, que reconhecer esta realidade do procedimento interpretativo é necessário até mesmo para aumentar as possibilidades de controle sobre ele. Persistir a concebê-lo como formalmente lógico e automatizado significaria insistir em limitações puramente formais que não satisfazem as exigências democráticas; ao contrário, ao reconhecer a liberdade argumentativa e os juízos de valor que são ínsitos ao processo decisório, impõem-se mecanismos de controle mais adequados, como a já referida fundamentação das decisões” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*, cit., p. 124).

sem de modo detalhado justificar sua decisão nem endereçar todos os diferentes elementos que poderiam afetar o processo de interpretação e de aplicação do Direito. Preferiu-se, naquele caso, reconduzir o contrato de locação à categoria de contratos empresariais, o que justificaria a maior incidência de um conjunto de postulados especiais, notadamente a autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos contratos. Apesar de diversos julgados²¹ do STJ reiterarem essa posição, o caráter supostamente diferenciado da interpretação desses contratos levanta alguns questionamentos a respeito da sua verdadeira utilidade.

Com efeito, a autonomia contratual²² e a obrigatoriedade dos pactos²³ são amplamente asseguradas e respeitadas no âmbito privado,²⁴ como se extrai do artigo 421 do Código Civil e de uma leitura sistemática de todo o nosso ordenamento. Na verdade, “a principi-

²¹ Como exemplos, *vide* STJ, REsp nº 1902149/DF, 3ª T., Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 3.4.2023; e STJ, REsp nº 1910582/PR, 3ª T., Min. Rel. Nancy Andrighi, j. em 17.8.2021.

²² “A liberdade de contratar propriamente dita é o poder conferido às Partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sei que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter supletivo ou subsidiário, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência das vontades particulares. Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 26); “[O contrato] nasce da vontade livre, segundo o princípio da autonomia da vontade. A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 21ª ed., p. 21).

²³ Por ocasião, v. Pablo Stolze Gagliano: “O princípio da força obrigatória, denominado classicamente *pacta sunt servanda*, traduz a natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social. De nada valeria o negócio se o acordo firmado entre os contraentes não tivesse força obrigatória. Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica” (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017, livro eletrônico); e Francisco Amaral: “O princípio da força obrigatória dos contratos reconhece que a vontade particular, autônoma, pode estabelecer regras entre as partes contratantes, que se vinculam ao cumprimento das respectivas obrigações. O contrato é lei entre as partes, obrigando os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que deva ser cumprimento” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 8ª ed., p. 88).

²⁴ Em doutrinas francesa, italiana e alemã, respectivamente, v., ainda, Georges Ripert: “[p]ara afirmar todo o poder da vontade humana, criadora de obrigações, o Código Civil emprega no artigo 1134 a expressão mais enérgica que se pode encontrar: “as convenções legalmente formadas têm o valor de leis para aqueles que as fizeram” (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937, p. 42); Lodovico Barassi: “*La autonomía de la voluntad em los contratos – Toda la disciplina legal a este respecto está informada por el principio de la autonomía de los contratantes – que son el mejor juez de sus necesidades y de cual sea la forma más adecuada de satisfacerlas – dentro, naturalmente, de los límites marcados por la ley [...]. Dicha autonomía obra tanto en lo referente a la libertad de estipulación como respecto a la determinación del contenido del contrato*” (BARASSI, Lodovico. *Instituciones de derecho civil*, vol. II. Trad. Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: José M. Bosch, 1955, p. 217.); e Karl Larenz: “*Al elevarse la voluntad coincidente de ambos como “contenido contractual” a la categoría de norma vinculante de su conducta recíproca – lo que significa la validez jurídica del contrato – toman parte constructivamente en la creación de su relación jurídica. Esto, empero, considerado filosóficamente, sólo es posible porque al ponerse de manifiesto en el contrato la voluntad de ambos contratantes existe cierta garantía en el sentido de que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino algo que, contemplado en su conjunto, es razonable y justo. Y éste es el verdadero sentido de la “libertad contractual”. Significa que el ordenamiento jurídico considera en principio como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)*” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 65-66).

ologia que pauta o direito contratual contemporâneo nunca constituiu ameaça à autonomia privada; muito menos se encontra na constitucionalização do direito civil um óbice à atividade empresarial”.²⁵

Isso significa dizer, portanto, que a prévia classificação da natureza da avença como empresarial ou civil empreendida pelo STJ não parece contribuir de forma relevante para a interpretação do contrato específico. Afinal, independentemente da categoria contratual (i.e., contratos civis ou empresariais) à qual é reconduzido o acordo, os efeitos produzidos, aparentemente, não se alterariam.

A discussão em torno da existência e utilidade de uma categoria autônoma de contratos civis ou empresariais não é nova em nossa tradição jurídica. Suas raízes remontam ao clássico e tradicional embate levado a cabo por Teixeira de Freitas no sentido de unificação do direito obrigacional civil e comercial.²⁶ Apesar de o empreendimento não ter vingado quando da edição do Código Civil de 1916,²⁷ o Código Civil de 2002 pôs forma ao desejo antigo de unificação dessas duas grandes áreas do direito privado. No mesmo sentido têm caminhado outros países, como a Suíça e a Itália.²⁸

Em que pese o objetivo deste artigo não seja esmiuçar os diferentes argumentos a respeito desse debate histórico, é importante consignar que o Código Civil de 2002 revogou,

²⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro. Disponível em: migalhas.com.br/. Acesso em: 30 de set. de 2024.

²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 88, 1993, pp. 185-238; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 244 e ss. Nas palavras de Augusto Teixeira de Freitas, em carta datada de 20 de setembro de 1867 ao Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Martim Francisco Ribeiro de Andrada: “O Governo quer um Projeto de Código Civil para reger como o subsídio ao complemento de um Código do Comércio; intenta conservar o Código Comercial existente com a revisão, que lhe destina: e hoje minhas ideias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis Civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um Código do Comércio. [...] Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência. Não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis; pois que, em todo o decurso dos trabalhos de um Código Civil aparecem raros casos, em que seja de mister distinguir o fim comercial dos atos, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos” (FREITAS, Augusto Teixeira de. Carta de Teixeira de Freitas, de 20 de setembro de 1867. *Revista de Direito Civil*. n. 1. p. 363-364).

²⁷ Para um panorama histórico sobre o assunto, v. KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A unificação do direito privado e as relações entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 39, pp. 64-73, out. / dez. 2007.

²⁸ BUSHCHINELLI, Gabriel Saad Kik, cit., pp. 249-250. A discussão na Itália, por ex., data do século XIX, como se v. em Alfredo Rocco: “O movimento em prol do código único das obrigações iniciado em 1888 por Vivante num brilhante e genial ensaio – *prolusione* – foi conquistando dia a dia maior favor. A ele aderiram: Bolaffio, Sraffa, Bruschetti. Ao contrário combateram-no Manara, Vidari e Sacerdoti. A observação fundamental de que partem os fautores do código único das obrigações é a seguinte: o desenvolvimento histórico do direito comercial e o estudo das suas condições atuais provam que, de facto, hoje o direito comercial já não regula somente o fenómeno social do comércio, antes se transformou em direito comum, o qual regula comerciantes e não comerciantes, atos de comércio e atos que de comércio só têm o nome, mas que efetivamente são atos da vida civil” (ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*: parte geral. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Livraria Académica Saraiva & Cia, 1931, p. 62).

por seu artigo 2.045, a Primeira Parte do Código Comercial de 1850 – diploma que dispunha, em seus artigos 121 e seguintes, regras específicas relativas aos contratos e às obrigações comerciais e mercantis. A unificação, entretanto, não se deu por mera exclusão formal do campo do direito comercial e sua submissão ao direito civil. Com o *novo* Código Civil, admitiu-se expressamente a possibilidade de as partes celebrarem contratos atípicos (*vide* artigo 425 do Código Civil) e se atribuiu relevância interpretativa aos usos e aos costumes do lugar da celebração (*vide* artigo 113 do Código Civil) – elementos tradicionalmente associados à realidade comercial.²⁹

Também não se pretende, aqui, defender a ideia de que os contratos ditos empresariais não contenham quaisquer peculiaridades que clamem pela atenção cuidadosa do intérprete, muito menos dizer que essa categoria não possa servir para fins didáticos ou de estudos doutrinários, mormente para endereçar e examinar as particularidades desses negócios. A conclusão a que se encaminha, na realidade, é tão somente a de que esses contratos não constituem uma categoria contratual materialmente autônoma,³⁰ ou que a sua qualificação como tal é insuficiente e não carrega uma disciplina inteiramente distinta daquela aplicada aos contratos civis em geral. Como já muito bem arguiu Philomeno da Costa,

nenhuma das peculiaridades de um direito comercial (simplicidade das formas, tutela maior do crédito, velocidade na prática dos atos, onerosidade das obrigações, solidariedade passiva, etc.) tem caráter exclusivo ou privativo; nenhuma delas dá formas ou atributos especiais às normas jurídicas que seriam desse direito comercial; elas são iguais às demais normas jurídico-privadas.³¹

O julgado aqui examinado ilustra bem a possível indiferença dessa classificação, que parece ser tanto desnecessária quanto mal direcionada. Desnecessária porque, como visto, os postulados hermenêuticos que a classificação do contrato empresarial aparentemente atrai, como a autonomia da vontade e obrigatoriedade dos pactos, não são exclusivos de contratos ligados à atividade econômico-empresarial. Pelo contrário, aplicam-se a toda sorte de negócios jurídicos. Mal direcionada porque essa proposta dogmática parece, no fundo, ter como verdadeiro objetivo resolver o suposto problema da prática forense de inobservância sistemática desses postulados na interpretação contratual.

²⁹ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, pp. 22-40. Veja-se, a esse respeito, panorama dado sobre essas alterações em BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik, cit., p. 247.

³⁰ BUSHCHINELLI, Gabriel Saad Kik, cit., pp. 249-250.

³¹ COSTA, Philomeno J. da. *Autonomia do direito commercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 289.

O foco da discussão, nesse contexto, talvez não devesse ser o caráter propriamente diferenciado e especial dos contratos empresariais, mas a indevida compreensão e aplicação dos postulados que também regem os contratos civis. Ao ignorar o verdadeiro problema – qual seja, a aplicação inadequada desses princípios na prática –, acaba-se ao mesmo tempo legitimando essa aplicação inadequada e reforçando um processo interpretativo que não seja verdadeiramente atento às particularidades do negócio e capaz de promover a tutela de interesses protegidos pelo ordenamento.³²

Isso não significa dizer – por óbvio – que nesses contratos afeitos à atividade empresarial os referidos postulados não devam ser respeitados. Mas, sim, que todos os contratos, independentemente da natureza, devem observância aos aludidos princípios, e que a interpretação de tais pactos não pode ser a eles resumida, como se fórmulas mágicas fossem, que mais obscurecem o processo interpretativo do que o efetivamente esclarecem.

Especificamente no caso discutido, a referência do voto vencedor à autonomia da vontade e ao *pacta sunt servanda* parece privilegiar um critério de interpretação literal do contrato de locação, para dele extrair o sentido desejado. Ignoram-se, nesse contexto, outros elementos indispensáveis a uma interpretação contratual informada, como o comportamento das partes, as legítimas expectativas ensejadas pelos usos e pelos costumes, a função do contrato e os demais elementos da relação negocial – elementos esses que, vale dizer, eram considerados critérios interpretativos de contratos mercantis.³³

³² “[...] a doutrina civilista amplamente majoritária opõe-se à distinção entre contratos civis e empresariais, compreendendo que o sistema unificado estipulado pelo Código Civil de 2002 para o direito obrigacional atende à cultura jurídica hodierna no país e, mais do que isso, que também cumpre um relevante papel de efetivação do solidarismo constitucional nas relações privadas – fortemente marcadas, em sua tradição, por um viés liberal clássico datado da época em que as esferas civil e comercial se encontravam separadas” (SOUZA, Eduardo Nunes de; FERNANDES, Marcelo Mattos. Crítica aos contratos empresariais como categoria autônoma no Código Civil. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 23, n. 3, p. 168, set./2024).

³³ V., a esse respeito, o disposto nos artigos 130 e 131 do Código Comercial de 1850: “Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa. Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.

A esse respeito, muito já se escreveu³⁴ no sentido de que o brocardo latino *in claris non fit interpretatio* não pode ser tomado como uma regra verdadeira. Isso porque, em que pese o texto e o dado normativo serem extremamente importantes para o processo interpretativo, a interpretação de um negócio jurídico precisa estar atenta a outras dimensões do negócio, como a vontade das partes objetivamente declarada. Tanto é assim que o artigo 112 do Código Civil prevê que, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Nesse cenário, parece perder substância o entendimento de que a interpretação de contratos empresariais ou civis clama por regras ou por postulados interpretativos distintos. Admite-se que cada um dos elementos que devem ser observados no decorrer de uma diligente interpretação contratual possa apresentar graus de relevância diferentes quando se estiver diante de contratos ditos empresariais (em que os contratantes muitas vezes levam dias para discutir detalhadamente a redação de uma única cláusula). No entanto, isso não significa dizer que o intérprete pode ou deve fechar seus olhos a qualquer um dos referidos elementos que constituem um processo interpretativo completo.

Ao fim e ao cabo, o ofício de interpretar um contrato, seja ele tipicamente civil, seja marcadamente empresarial, ainda será orientado pelo mesmo objetivo: dele extrair ou determinar o seu conteúdo autêntico ou total. Afasta-se, portanto, a utilidade da categorização de contratos *civis* e *empresariais* como determinante à incidência de parâmetros interpretativos específicos proposta no julgamento do Recurso Especial nº 2.101.659/RJ.

3. Interpretação contratual na legalidade constitucional e tutela de interesses legítimos

O fato de se considerar ilegítimo que, de uma classificação formal e abstrata, decorra o favorecimento automático e irrefletido da autonomia privada e da obrigatoriedade dos pactos não significa, em absoluto, negar a importância desses princípios *clássicos* do direito dos contratos. Nesse contexto, passa-se a analisar de que forma tais princípios podem ser cotejados e compatibilizados com os demais princípios de nosso ordenamento, com o auxílio de diretrizes hermenêuticas com vista à máxima satisfação de interesses

³⁴ Por todos, PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit. p. 614-616.

socialmente relevantes.³⁵

3.1. A presunção de paridade e de simetria entre contratantes estabelecida pelo artigo 421-A do Código Civil

Liberdade e obrigatoriedade são, ambas, premissas do direito contratual. Como regra, os indivíduos têm liberdade para escolher quais relações constituem e quais efeitos jurídicos são, a partir delas, produzidos. As livres escolhas são feitas com base na certeza e na segurança propiciadas pela segunda premissa: uma vez estabelecidas as relações e celebrados os contratos, esses devem ser cumpridos. Ao mesmo tempo, a força obrigatória decorre da ideia de que, ao assumirem obrigações, as partes o fazem no exercício da sua liberdade e da sua autonomia. Isto é, na medida em que escolhem livremente se obrigar, obrigam-se quanto às consequências de suas escolhas; *liberdade e obrigatoriedade*,³⁶ apesar da semântica antagônica, justificam-se mútua e constantemente.

Ao menos essa era a lógica dominante nos séculos XVIII e XIX, quando o processo de codificação do direito civil se desenvolveu, com a ascensão da burguesia ao poder, em um cenário de intenso liberalismo econômico. Como precursor emblemático, o Código

³⁵ Toma-se como premissa que a interpretação contratual deve promover a máxima satisfação de interesses socialmente relevantes. Sobre isso, aderimos parcialmente à crítica de Francesco Ferrara à chamada “escola de direito livre”, que, nas palavras do autor, sustentaria que “visto ser a lei defeituosa e insuficiente, toca ao juiz corrigi-la e completá-la, e que nesta função integradora ele pode guiar-se por momentos subjetivos, por apreciações de interesses, pelo seu próprio sentimento, criando no posto e ao lado do direito positivo um direito livre judiciário”. Ora, não são quaisquer interesses que merecem a tutela jurisdicional, mas, apenas, aqueles qualificados, i.e., aqueles a que reconhece relevância o *ordenamento jurídico*, estando o intérprete, portanto, necessariamente vinculado à lei e, especialmente, à Constituição, norma de hierarquia maior. Assim, em que pese se concorde com muitas das críticas empreendidas pela escola de direito livre à interpretação lógica e analógica — como, por ex., seu excesso de formalismo e o fato de que não raramente se torna “criação do direito, criação mascarada, travestida, mediante a qual às vezes negamos aplicação à letra da lei, só porque o seu sentido não corresponde à justa e à oportunidade” —, parece ter razão Ferrara quando defende uma hermenêutica jurídica que “não obsta a que se ponderem interesses e apreciem exigências sociais, prescrutando-as a natureza das relações; simplesmente, o intérprete induz aquelas apreciações que a lei fez e não as que a ele lhe apraz fazer, tirando-as do sentimento próprio ou das suas pessoais convicções”. Reconhece-se, ainda, como fez Ferrara, que “a escola do direito livre trouxe uma renovação benéfica à doutrina da interpretação, um novo sopro vital, pois ao mesmo tempo que lançava a mãos cheias o descrédito sobre o abuso dos teoremas e das construções, isto é, sobre o método lógico, apontou que a decisão deve ser inspirada na natureza real das relações e nas exigências sociais” (FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. D. de Andrade. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1940, p. 67-68, 73, 75, 77).

³⁶ “A liberdade contratual assegura que todo indivíduo é livre para celebrar contratos pautados na sua vontade — nessa liberdade incluída a prerrogativa de escolher se, quando, com quem e o que contratar. A obrigatoriedade dos pactos, por sua vez, estabelece que os contratos são vinculantes e de observância obrigatória, como assevera o célebre brocardo latino “*pacta sunt servanda*” (“os pactos devem ser observados”), ao que se relaciona a impossibilidade de alteração discricionária e unilateral do conteúdo do contrato por iniciativa exclusiva de uma das partes (concepção traduzida do subprincípio da intangibilidade)” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento dos contratos: princípio do equilíbrio e tutela do programa contratual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 53-54). “O princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e consequências. O que as partes, por mútuo acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser cumprido (*pacta sunt servanda*) sob pena de execução patrimonial” (DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6).

Civil francês, alicerçado na figura do burguês proprietário, na ideologia patrimonialista e individualista e na igualdade jurídica meramente formal, considerava a vontade do sujeito — verdadeira expressão da liberdade — como o fundamento de legitimidade dos contratos.³⁷

No decorrer do século XX, graves crises econômicas e sociais estimularam uma análise mais atenta das reais relações de poder entre os indivíduos.³⁸ Verificou-se que a liberdade do mais forte poderia debilitar ou até aniquilar por completo a liberdade do mais fraco, comprometendo a própria definição do contrato como um acordo de vontades.³⁹ A igualdade formal que guarnecia os contratantes acabava por servir à consolidação da desigualdade substancial que os separava.⁴⁰

³⁷ Por ocasião, v. Felipe Frank: “Assim, o contrato, por meio do Código Civil de Napoleão, consolidou-se como a base de todas as relações entre privados na nova ordem capitalista burguesa, a qual se baseia na propriedade privada e nos princípios liberais” (FRANK, Felipe. A consolidação da autonomia da vontade como cânone do direito privado moderno: o caso do *Code* Napoleônico de 1804. *Civilistica.com*, a. 11, n. 1, p. 11-13, 2022). Acrescente-se, ainda, que é mister estudar os institutos inseridos em determinado contexto social, considerando sua relatividade e historicidade: “impõe-se compreender os interesses sociais envolvidos no significado prático de cada instituto, as forças econômicas que desencadearam sua existência, os anseios culturais que movem sua aplicação, a influência das peculiaridades educacionais e religiosas próprias daquela comunidade na sua interpretação, enfim, compreender como todo instituto jurídico, em um dado momento, representa um delicado e transitório equilíbrio entre forças sociais de conservação e de transformação” (KONDER, Carlos Nelson. Os sete erros de abordagens supostamente históricas do direito civil. *Duc in Altum Cadernos de Direito*. v. 13, 2024, p. 3); e “[...] eleger como objeto da história jurídica o *direito em sociedade*. Esta linha de evolução, que domina a historiografia contemporânea [...] leva a uma história do direito intimamente ligada à história dos diversos contextos (cultura, tradições literárias, estruturas sociais, sistemas econômicos, convicções religiosas) com os quais (e nos quais) o direito funciona” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 24-25). Nessa linha, nota-se que, após a Revolução Francesa, a liberdade e a igualdade jurídicas formais, apesar de criticadas principalmente a partir do século XX, desempenharam importantes papéis para a consolidação da burguesia no poder e para a superação das desigualdades institucionalizadas e fundadas no *status*. Por outro lado, Stefano Rodotà explica que o próprio art. 544 do Código Napoleônico, que disciplina o direito de propriedade, sofreu transformações históricas de sentido até alcançar sua máxima interpretação individualista: “Diversas correntes contribuíram para criar as bases de uma tradição que veria no artigo 544 a carta fundamental da classe proprietária. [...] O artigo 544, por outro lado, não representa apenas o ápice de um projeto político, mas também o resultado de uma maturação gradual que, no plano técnico, permitiu desenvolver um instrumento particularmente adequado para evidenciar a ideia individualista na regulamentação de direitos” (RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2004, p. 106. Tradução livre. No original: “*Diversi filoni concorrono a creare le premesse di una tradizione che vedrà nell’art. 544 la carta fondamentale del ceto proprietario. [...] L’art. 544, d’altra parte, non rappresenta soltanto il compimento di un disegno politico, ma anche il risultato di una maturazione graduale che, sul piano tecnico, ha consentito di mettere a punto uno strumento particolarmente idoneo a dar evidenza all’idea individuale nella disciplina dei diritti*”).

³⁸ A título de exemplo, v. San Tiago Dantas: “(...) transformação de longo alcance, observada na matéria, surge quando os particulares se prevalecem da liberdade contratual justamente para eliminarem de suas atividades e relações econômicas a lei da oferta e da procura e o regime de concorrência, iniciando os consórcios de empresas, que viriam a assumir as formas de *trusts* e cartéis. (...) As leis anti-trust exprimem a concepção de que a liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possam admitir os próprios pactos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a defender mesmo contra a liberdade individual, se esta o ameaçar” (DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. p. 9)

³⁹ FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia; QUINELATO, João (Coord.). *20 anos de vigência do Código Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba, SP: Foco, 2024, p. 552.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3: Contratos. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 14.

Essa constatação, inafastável, abalou a ideia voluntarista de que o exercício formal da liberdade estaria apto a legitimar a obrigatoriedade dos contratos. Em uma virada paradigmática, a força vinculante é ligada ao exercício da autonomia direcionada a promover interesses merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, sempre interpretado à luz dos valores constitucionais.⁴¹ A liberdade não mais se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa e a responsabilidade conseguinte ultrapassam e subordinam a liberdade de dispor do próprio patrimônio.⁴² A atenção do intérprete é deslocada da estrutura para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia,⁴³ merecedores de tutela conforme funcionalizados à realização da tábua valorativa da Constituição.

O reconhecimento de relações substancialmente assimétricas — sejam assimetrias econômicas, técnicas ou informacionais — conduz à reformulação dos parâmetros da interpretação-aplicação dos contratos celebrados entre partes desiguais com o objetivo de minimizar os efeitos da vulnerabilidade, privilegiando a igualdade material. No direito civil, a ênfase atribuída aos contratos de consumo nas últimas décadas, com o crescimento do direito do consumidor, fez com que a lógica protetiva acabasse por impactar a interpretação de contratos firmados em relações de outra natureza. Passou-se, cada vez mais, a admitir a flexibilização do vínculo contratual com base em princípios, como o da boa-fé e o da função social,⁴⁴ muitas vezes utilizados apenas de modo retórico. O *pacta sunt servanda* virou quase sinônimo de vilania.

A crítica, porém, não se direcionava, necessariamente, à *obrigatoriedade* dos contratos. Ao contrário: a força obrigatória permanece um dos sustentáculos do direito contratual.

⁴¹ Nas palavras de Pietro Perlingieri, “o ato de autonomia negocial não é um valor em si: pode assim ser considerado, e dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse merecedor de tutela” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 355).

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 336. Ainda, “a constituição econômica não pode ser isolada do contexto do inteiro ordenamento constitucional: este é, de toda sorte, o resultado de uma interpretação sistemática, orientada ao respeito às hierarquias e aos valores, expressa pela visão do mundo que se deduz da própria constituição” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 536); e “[m]as, quando se faz referência ao direito fundamental à autodeterminação, pode o consentimento ser reduzido à noção de autonomia privada que nos é dada pela tradição privatista? Para evitar equívocos culturais, e conclusões políticas impróprias, é bom recordar que a noção de autonomia e as consequentes regras sobre consentimento foram construídas tendo como ponto de referência as dinâmicas do mercado e as consequentes exigências de certeza na circulação dos bens. Não por acaso, o Código Civil italiano, quando menciona justamente o contrato, define-o como “uma relação jurídica patrimonial”. Basta isto para se dar conta da impropriedade das tentativas de adotar aquelas referências e aquelas categorias jurídicas para delinear o quadro institucional no qual se coloca o direito à autodeterminação, que se refere à vida, em si irredutível à lógica do mercado, e que deve verdadeiramente referir-se ao tema da personalidade e, definitivamente, da soberania” (RODOTÀ, Stefano. *Autodeterminação e laicidade*. Trad. Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 144, jul. / set. 2018).

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 359.

⁴⁴ “É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do *pacta sunt servanda* vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual” (STJ, AgRg no Ag 1394166/SC, 4ª T, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 08.05.2012; STJ, AgInt no AREsp 1214641/AM, 3ª T, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 13.03.2018; e STJ, AgInt no AREsp 2137625/MS, 4ª T, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 24.04.2023).

Além de garantir a estabilidade e a segurança das relações sociais, a obrigatoriedade integra o próprio conceito de contrato.⁴⁵ Contratos devem ser cumpridos.

A mudança paradigmática está muito mais voltada à preocupação com o efetivo exercício da *liberdade*: a liberdade maximizada cede espaço para a *justiça* material do contrato. Identifica-se, assim, na relação entre liberdade substancial e vulnerabilidade concreta, um parâmetro adequado a mensurar a aceitabilidade da intervenção estatal corretiva nas relações privadas: ausentes circunstâncias concretas que consubstanciem a vulnerabilidade, preservada a autonomia dos contratantes na negociação, maior deferência deve ser prestada ao programa contratual por eles escolhido.

No âmbito das relações empresariais, percebe-se uma certa resistência à superação da visão oitocentista de simbiose entre liberdade formal e obrigatoriedade dos contratos. Um dos motivos talvez seja a considerável influência da ideologia da *luta de classes* na mudança de paradigma contratual — isto é, a oposição entre burguesia e trabalhadores e, posteriormente, entre fornecedores e consumidores — sem que se destinasse muita atenção às desigualdades de poder dentro da própria burguesia.⁴⁶

O grande motivo, porém, parece ser o apego à figura, formal e abstrata, do empresário como *homo economicus* — entidade teórica da economia capaz de fazer escolhas livres e racionais após considerar todas as informações disponíveis e sopesar, com cautela, todos os custos e benefícios dessas escolhas. Este ente, hábil a efetuar o perfeito cálculo das próprias utilidades, sabe sempre maximizá-las.⁴⁷ O *homo economicus* pode pensar como Albert Einstein, ter tanta capacidade de armazenamento quanto a nuvem do Google e tanta força de vontade quanto Mahatma Gandhi.⁴⁸ De fato, se alguém for capaz de ostentar tais características, esse alguém será uma sociedade empresária assessorada por estruturas jurídicas e econômicas robustas e especializadas. Mas nem sempre será assim.⁴⁹ O direito empresarial parte da premissa de que as relações são travadas por sujeitos que

⁴⁵ “Não há que se falar em contrato se o acordo firmado entre as partes não se mostra hábil a produzir efeitos vinculantes. (...) Isso não significa que as partes conheçam a totalidade dos efeitos jurídicos que se produzirão, mas que tenham perseguido o vínculo efetivamente normativo, dotado da coercitividade própria das normas jurídicas (...), cuja violação implica a cominação de sanção externa e institucionalizada (...)” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3: Contratos, cit. p. 9).

⁴⁶ FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional, cit. p. 561.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 503-504.

⁴⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2023, p. 22.

⁴⁹ Aliás, “para a detecção da assimetria contratual, pouco importa o tamanho da empresa. O relevante é o seu poder na relação contratual, em vista da atividade visada e disciplinada pelo contrato” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 302).

visam ao lucro e que conhecem o mercado e os riscos inerentes à atividade econômica. Daí a presunção, positivada no art. 421-A do Código Civil, de paridade e de simetria entre os contratantes empresários. Percebe-se que, mesmo antes do advento da Lei de Liberdade Econômica, a jurisprudência do STJ já estava consolidada no sentido de que o controle judicial sobre cláusulas em contratos empresariais é mais restrito e de que a concreção do princípio da autonomia privada no plano do direito empresarial tem mais força do que em outros setores do direito privado.⁵⁰

Sustenta-se, contudo, que o vetor interpretativo não deve partir, como visto, da dicotomia formal entre contratos civis e empresariais, mas, sim, da análise minuciosa do caso concreto, com base no qual, naturalmente, considerar-se-á o fato de os contratantes exercerem atividade empresarial.⁵¹ Todavia, não se pode deixar de eventualmente perquirir, em cada caso, a eventual existência de vulnerabilidade, a despeito de uma presunção legal apriorística de paridade e de simetria. Nesse sentido, Pietro Perlingieri destaca

a necessidade de se reconstruir a noção de parte do contrato não em termos gerais e abstratos, mas sublinhando as peculiaridades de fato e de direito, subjetivas e objetivas, que em concreto caracterizam “aquele” contratante, sem chegar a criar categorias contratuais que tenham fundamento em tais peculiaridades.⁵²

O art. 421-A do Código Civil está alinhado a esta perspectiva ao prever a possibilidade de afastamento da presunção diante de elementos concretos que o justifiquem. As circunstâncias concretas compõem, necessariamente, a construção da solução jurídica a que chegará o intérprete:⁵³ normatividade e faticidade são inseparáveis.

3.2. Boa-fé objetiva e diretrizes hermenêuticas previstas no artigo 113 do Código Civil

Liberdade e solidariedade compõem, ainda, um binômio inseparável na legalidade constitucional. Nesse contexto, os princípios clássicos da autonomia e da obrigatoriedade

⁵⁰ STJ, REsp 1409849/PR, 3ª T, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 26.5.2016. *Vide*, ainda, STJ, REsp 936741/GO, 4ª T, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 03.11.2011.

⁵¹ A esse respeito, v. Rodrigo da Guia Silva: “Essa indispensabilidade da análise das circunstâncias concretas da relação deve conduzir o intérprete, na sequência do raciocínio, à adoção de cautela para o enfrentamento de previsões legais que se destinem a estabelecer presunções quanto à situação subjetiva dos contratantes – e, por via de consequência, quanto ao tratamento a lhes ser dispensado” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento dos contratos: princípio do equilíbrio e tutela do programa contratual*, cit. p. 120).

⁵² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit. p. 375.

⁵³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 40. Rio de Janeiro: UERJ, dez./2021, p. 12 e ss.

passam por uma revisão em que a lente estática da estrutura é antecedida pela lente dinâmica da função: é a partir da identificação da função do negócio jurídico concreto que se pode individualizar a estrutura a ele aplicada.⁵⁴ Para trilhar esse caminho, destinado ao efetivo cumprimento do programa contratual de interesses merecedores de tutela, além da atenção a potenciais vulnerabilidades tratadas no item anterior, reconhece-se no princípio da boa-fé objetiva uma diretriz hermenêutica importante.

Amparada nos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade substancial, a boa-fé objetiva, prevista no art. 113, *caput* e §1º, inciso III, do Código Civil, desempenha papel fundamental na dinâmica contratual ao servir como princípio interpretativo voltado à tutela da confiança. Observa-se que,

sendo a boa-fé objetiva um princípio, é inevitável que somente seja completamente densificado diante do caso concreto, justamente por se tratar de estrutura normativa cuja aplicabilidade se volta a uma gama de situações que a regra legal não tem a capacidade de prever.⁵⁵

Essa característica, contudo, não deve dar margem à desvirtuação do princípio como um mero legitimador da vontade do intérprete. Ao contrário, a boa-fé hermenêutica é sempre aplicada a partir do contrato concreto, respeitado o horizonte de significados expressos e implícitos no regulamento de interesses.⁵⁶ As circunstâncias do caso — os fatos, as condutas, as finalidades e os usos — são a moldura que traça os limites e a perspectiva da interpretação.⁵⁷

Além de incidir como parâmetro interpretativo, a boa-fé objetiva demarca o exercício da autonomia, não apenas pela lógica da ilicitude, mas também por coibir abusos de direito (art. 187 do Código Civil), e estabelece padrões de conduta para os contratantes, que devem agir pautados pela lealdade e pela cooperação mútuas tanto nas fases de conclusão

⁵⁴ Para um entendimento mais aprofundado das abordagens estruturalista e funcionalista do direito, permita-se remeter a BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 81-112. Ainda, sobre uma abordagem funcional do negócio jurídico, v. Gustavo Tepedino: “Todo negócio jurídico é composto por uma estrutura e uma função. A identificação da função que se pretende alcançar e sua compatibilidade com os valores constitucionais precedem e definem a estrutura a ser utilizada. Não será, pois, a estrutura do negócio, ou seja, o modus operante (os dispositivos do Código Civil previstos para determinada tipologia ou modelo), que definirá a função a ser desempenhada, mas, ao contrário, é a função que se pretende desempenhar que indicará a estrutura a ser utilizada diante de determinado arranjo negocial. Tal perspectiva funcional é informada pela tábua axiológica do ordenamento e se associa à utilidade social das relações jurídicas, de modo a justificar a promoção dos interesses socialmente relevantes dos respectivos titulares de direitos” (TEPEDINO, Gustavo. *Relações contratuais e a funcionalização do direito civil*. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 1, jan./mar. 2023, p. 1-2).

⁵⁵ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 17.

⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 506.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 506.

e de execução do contrato (art. 422 do Código Civil), quanto nas fases pré e pós-contratual.⁵⁸ Impõem-se deveres jurídicos anexos, como os deveres de transparência e de informação, que, integrados ao regramento de interesses estabelecido no contrato, visam a auxiliar o seu cumprimento de acordo com as legítimas expectativas, essas analisadas a partir das vontades objetivamente declaradas no instrumento contratual, da natureza do contrato e do comportamento das partes.

Aliás, o comportamento — intimamente relacionado à boa-fé objetiva e às suas figuras parcelares, como o *venire contra factum proprium* — foi destacado como diretriz interpretativa pelo art. 113, §1º, inciso I, do Código Civil, visto que o modo como os contratantes se comportam após a celebração do negócio indica uma interpretação concorde dada por eles, que são, em verdade, os primeiros intérpretes do contrato.⁵⁹ Em outras palavras, considera-se que, depois de firmado o pacto, a conduta das partes pode ser reveladora do sentido de uma declaração aparentemente ambígua, confusa ou lacunosa.⁶⁰

O critério colocado pelo art. 113, §1º, inciso II, do Código Civil também apresenta uma clara ligação com a boa-fé objetiva ao reconhecer o papel que a repetição de condutas desempenha no estabelecimento de expectativas tuteladas pelo direito.⁶¹ Como explica Judith Martins-Costa, os usos e as práticas auxiliam a perceber o que é legitimamente esperado, tornando passível de averiguação por elementos objetivos a expectativa do destinatário da manifestação negocial. Assim, “os deveres de agir conforme a boa-fé não de ser aferidos de modo coligado ao que normalmente acontece no setor de mercado onde atuam os contratantes”.⁶² Nas relações negociais ditas empresariais, os usos, os costumes e as práticas condicionam ainda mais o sentido de boa-fé, a fim de minimizar a tensão entre a segurança jurídica e o dinamismo mercadológico.⁶³

A empresa, atividade organizada para a produção ou para a circulação de produtos ou de serviços com finalidade lucrativa, é exercida no mercado. Na medida em que o mercado é dinâmico, cabe ao Direito a importante função de oferecer previsibilidade e segurança às relações ali travadas. Afinal, segurança e previsibilidade são essenciais à produção e à

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17-19.

⁵⁹ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica, cit., p. 18.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 532.

⁶¹ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica, cit., p. 21.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 286.

⁶³ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 142-143.

circulação de riquezas e ao bom fluxo das relações econômicas no mercado.⁶⁴ Dentre os instrumentos jurídicos, o *contrato* ocupa a posição de maior destaque na constituição, na organização e no exercício da atividade empresarial.⁶⁵ Nesse ambiente, a atuação leal e cooperativa das partes, desde a fase das tratativas, em muito contribui para a promoção de um espaço em que as trocas sejam estimuladas. A tutela da confiança confere a previsibilidade necessária para os cálculos de risco constantemente feitos por investidores e por empresários:⁶⁶ quanto maior a previsibilidade, mais se reduzem os custos transacionais. A confiança constitui, assim, “espinha dorsal das transações econômicas tanto em seu viés de credibilidade quanto em suas repercussões na segurança das transações”.⁶⁷

O §1º, inciso IV, do art. 113 do Código Civil, por sua vez, estabelece que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável. Trata-se de regra de interpretação que remonta ao direito romano, a chamada regra *contra stipulatorem* ou *contra proferentem*, que também se relaciona à boa-fé objetiva ao impor àquele que redige a cláusula o ônus da clareza, sob pena de, diante de dúvidas, a interpretação favorecer o outro contratante. Pode ser árdua, porém, a tarefa de identificar o redator de cada dispositivo nas relações negociais mais complexas, em que há constante troca de minutas até que se chegue à redação final do contrato. De fato, a identificação do estipulante só é fácil nos contratos de adesão.⁶⁸

A classificação dos contratos como *paritários* ou *de adesão* está associada à já abordada relação entre liberdade e obrigatoriedade: quanto maior a liberdade concreta das partes na construção da normativa contratual, mais forte é a vinculação aos termos pactuados. Entre esses dois extremos, admite-se a existência de inúmeras formas de assimetria que devem ser aferidas no exame da relação concreta.

Nos contratos paritários, em que ambas as partes possuem condições reais de negociar livremente, apresentando propostas e contrapropostas e construindo, em conjunto, o seu

⁶⁴ Não se olvida que a livre iniciativa é considerada, pela Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República, e também o é a dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, incisos III e IV). Do mesmo modo, como objetivos fundamentais, caminham juntos o desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CRFB, art. 3º, incisos I e II). Nesse cenário, “a função do mercado se deduz dos mesmos valores que, imanentemente, do seu interior, vinculam a liberdade econômica legitimando-a como poder de relevância constitucional. Nisso consiste o nexó incindível entre liberdade de iniciativa econômica e valores personalistas e solidários, na medida em que invioláveis são os direitos [da pessoa] e inderrogáveis são os deveres de solidariedade econômica, política e social; e na medida em que as situações patrimoniais – empresa, propriedade e contrato – não podem deixar de ter uma função socialmente relevante e, sobretudo, não podem deixar de se realizar em conformidade aos valores da pessoa humana” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit. p. 521-522).

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 283.

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 287.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 287.

⁶⁸ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*, cit., p. 24.

conteúdo, a revisão contratual deve ser excepcional e limitada, nos termos do art. 421-A, inciso III do Código Civil.⁶⁹ Já nos contratos de adesão cujo conteúdo é predeterminado por uma das partes e, a outra, somente adere ao programa unilateralmente elaborado, a interpretação tende a favorecer o aderente, não só pela regra, mais recente, do art. 113 §1º, inciso IV, do Código Civil, mas também pelo disposto nos artigos 423 e 424, presentes no Código Civil desde a sua promulgação.

No âmbito empresarial, o STJ tem entendimento consolidado⁷⁰ no sentido de que os contratos de franquia são contratos de adesão e, por isso, devem observar os requisitos previstos no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) para que a cláusula compromissória tenha eficácia. Contrária à posição da Corte, Aline de Miranda Valverde Terra aponta a importância de se compreender o contrato de adesão não como tipo contratual, mas como técnica de contratação: “a forma de celebração por adesão requer mais do que a redação unilateral, requer a rigidez do conteúdo, que só pode ser aferida examinando os fatos do caso concreto”.⁷¹ E, na medida em que o contrato de franquia é celebrado entre partes empresárias, presume-se a paridade (art. 421-A do Código Civil), recaindo, então, sobre o franqueado, o ônus de provar, por meio de elementos concretos, que o seu contrato foi celebrado por adesão. Carlos Nelson Konder e Williana Nayara Carvalho de Oliveira, em sentido diverso, entendem que o critério hermenêutico que beneficia o franqueado se justifica diante da patente assimetria entre as partes no que tange à estipulação dos termos do negócio.⁷² Em caso de dúvidas, portanto, caberia a interpretação favorável ao franqueado.

Outro critério interpretativo positivado pela Lei de Liberdade Econômica, presente no §1º, inciso V, do art. 113 do Código Civil, é a busca pelo sentido correspondente à razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. A construção do significado atenta à integralidade do contrato já era deduzida da própria natureza do processo interpretativo que parte do negócio como um sistema unitário, em que todas as cláusulas dialogam para a persecução

⁶⁹ Observa-se que “a previsão da excepcionalidade da revisão contratual no art. 421-A do Código Civil nada adicionou ao ordenamento, vez que os requisitos exigidos para tanto permanecem os mesmos. Não se trata de impedir posições de vantagem (ou alocações de risco) estabelecidas consensualmente pelas partes, mas de coibir desproporções contingenciais que não merecem tutela do ordenamento” (TEPEDINO, Gustavo. Relações contratuais e a funcionalização do direito civil, cit., p. 7).

⁷⁰ STJ, REsp 1602076/SP, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.09.2016. Vide, ainda, STJ, REsp 1803752/SP, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 04.02.2020; e STJ, AgInt no AREsp 1319805/SP, 4ª T, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 19.03.2024.

⁷¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Na pauta do STJ: competência para decidir sobre a validade e a eficácia de cláusula compromissória em contrato de franquia. *AGIRE: Direito Privado em Ação*, n.º 91, 2023.

⁷² KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica, cit., p. 24.

de uma função comum. A menção à *racionalidade econômica* das partes, contudo, remete ao problemático conceito de *homo economicus*, já abordado neste estudo.⁷³

Recebe críticas, também, o §2º do art. 113 do Código Civil, que somente reafirma a liberdade individual já lastreada no princípio da legalidade em seu viés negativo: as partes são livres para pactuar as regras que regerão suas relações privadas, desde que a lei não as proíba. Ademais, a normativa, ao explicitar a *interpretação*, o *preenchimento de lacunas* e a *integração dos negócios jurídicos*, pode conduzir ao entendimento de que se trata de fases distintas do processo hermenêutico. Como visto, porém, a interpretação não se desenvolve com base em etapas independentes e cronologicamente ordenadas, mas sim de modo unitário, em que a lei e o contrato são constantemente integrados aos fatos na construção dos significados e da norma do caso concreto.

A parte final do referido §2º, que permite que as partes pactuem regras diversas *daquelas previstas em lei*, deve ser compreendida como aplicável somente aos casos disciplinados por normas dispositivas, e não por normas de ordem pública.⁷⁴ A grande questão consiste, porém, em identificar quais regras legais hermenêuticas são cogentes e quais, ao contrário, estão efetivamente à disposição da autonomia negocial,⁷⁵ algo que a Lei de Liberdade Econômica não solucionou. Nesse cenário, a validade das regras interpretativas estabelecidas pelas partes, em caso de disputa, dependerá da avaliação do intérprete julgador que continuará a utilizar as diretrizes já presentes no sistema, sempre à luz da legalidade constitucional.

4. À guisa de conclusão: um retorno ao caso concreto e suas potencialidades interpretativas à luz da legalidade constitucional

O caminho percorrido até aqui conduziu a importantes conclusões. Primeiramente, impõe-se reconhecer a impropriedade dos argumentos em favor de um arcabouço hermenêutico específico aplicável aos contratos ditos empresariais, haja vista a inexistência de

⁷³ Nesse sentido, Carlos Nelson Konder e Williana Nayara Oliveira defendem que “[t]omar exclusivamente a eficiência como objetivo a ser atingido contrasta com um ordenamento que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária como seu objetivo fundamental, e consagra, entre os princípios da ordem econômica, a defesa do consumidor, do meio ambiente e a redução das desigualdades” (KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica, cit., p. 26).

⁷⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro, cit.

⁷⁵ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica, cit., p. 30. Por ocasião, ainda, v. Miguel Reale, que explica que o caráter de ordem pública da norma traduz “a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento”, caracterizando os interesses de ordem pública como “altos interesses sociais”, e complementa que “A imperatividade jurídica é algo que só se compreende no sistema ordenatório das regras que consubstanciam os valores ou estimativas dominantes no seio da comunidade” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed., t. 22ª. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 122).

autonomia material desse grupo de contratos em relação aos demais contratos civis desde a unificação do direito das obrigações na legislação pátria.⁷⁶

Em segundo lugar, constata-se a impertinência de um critério interpretativo que considere a autonomia privada — sobretudo quando concebida em acepção estática como vinculação das partes à literalidade das disposições contratuais —, como elemento prioritário na atribuição de sentido à disciplina contratual. Na legalidade constitucional, inexistem espaços de autoridade absoluta da autonomia negocial, que passa a ser ressignificada diante da integração do contrato por princípios de matriz constitucional promotores de interesses relevantes.

Por fim, verifica-se a existência de determinados critérios hermenêuticos capazes de auxiliar a atividade interpretativa com vista a identificar a disciplina que promova a máxima compatibilização da função concreta do negócio com os interesses juridicamente tutelados.

Essas constatações exigem do intérprete uma postura diferente da adotada no julgamento do Recurso Especial nº 2.101.659/RJ. Não se pode admitir que a subsunção à categoria dos contratos empresariais, supostamente capaz de atrair determinado critério interpretativo, simplesmente afaste, aprioristicamente e sem a devida justificação, a incidência das normas responsáveis pela tutela de interesses legítimos. É, antes, necessário ao intérprete, casuisticamente, identificar se há lesão aos interesses merecedores de tutela, e, havendo múltiplos interesses relevantes contrapostos, ponderar qual deve ser a disciplina que melhor promova a axiologia constitucional.⁷⁷

⁷⁶ Ainda sobre o tópico, v. Eduardo Nunes de Souza: “Preocupa, nesse sentido, constatar que, dentre as disposições da Lei da Liberdade Econômica, há vestígios da crescente consolidação dos chamados contratos “civís” e “empresariais” como categorias apartadas (por exemplo, no art. 421-A do Código Civil). Ora, não é por meio da consagração de novas categorias abstratas e estáticas que se poderá avançar no propósito de dar aos contratantes uma tutela adequada (nem deficitária, nem excessiva) à sua concreta vulnerabilidade. Ao contrário, o apego à estrutura e à categorização abstrata dos contratos tende a levar, com o tempo, a aplicações exageradas de remédios protetivos, particularmente pela jurisprudência (tendência já muito observada no direito do consumidor, e que deveria ser evitada caso se pretenda uma tutela efetiva à autonomia privada). A criação da categoria normativa dos “contratos empresariais”, assim, parece traduzir a tentativa de construir um âmbito do direito privado totalmente infenso à incidência da solidariedade social - postura que contraria, como já explicitado, não apenas a autonomia privada, mas a ordem constitucional como um todo. A unificação do direito obrigacional pelo codificador de 2002, neste particular, representou um avanço importante no combate a esse raciocínio, que não deveria ser desconsiderado. Espera-se que reformas legislativas futuras, se comprometidas com a promoção da autonomia, dediquem-se à construção de instrumentos que permitam ao intérprete dosar os remédios adequados à vulnerabilidade específica das partes em cada caso concreto - esta sim, uma pauta premente do direito contratual atual” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro, cit.).

⁷⁷ Por ocasião, v. Maria Celina Bodin de Moraes: “Ao se mencionar ponderação quer-se fazer referência a um procedimento de verificação, diante do caso concreto, da presença ou consistência (ou não) das razões que justificaram a criação jurisprudencial da norma frente às expectativas existentes à época quanto à obediência geral e suas consequências, independentemente, a princípio, de outro pleito normativo concorrente que possa incidir sobre o mesmo fato. Busca-se, assim, uma aproximação com o procedimento de ‘adequação’ proposto por Klaus Günther bem como com a ideia de ‘direito como integridade’ de Ronald Dworkin” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*, a. 2, n. 2, p. 10, abr.-jun./2013). Para um aprofundamento da matéria, v., ainda: GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993; e DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Dirigindo o olhar para o conflito em comento entre *shopping center* locador e restaurante locatário, percebe-se uma miríade de elementos fáticos que deveriam, no processo unitário de interpretação, ter sido objeto de valoração. O voto vencedor selecionou determinados componentes do fato (i.e., a relação do objeto do contrato com o exercício de atividade empresarial e a qualificação das partes como empresárias), a despeito da consideração de outros aspectos, conferindo-lhes valor *a priori* e conduzindo o negócio à categoria dos contratos empresariais, com a conseqüente adoção do critério hermenêutico da prevalência da autonomia privada e da obrigatoriedade dos pactos. Esse percurso, todavia, corre o risco de ocultar a análise detida dos elementos fáticos específicos do caso, de que ora se pretende tratar.

Um primeiro ponto de destaque é a avaliação da efetiva paridade e simetria entre as partes, de tal maneira a compreender o espaço verdadeiro de exercício da autonomia negocial. Como já se esclareceu, o caráter empresarial de um negócio jurídico não afasta necessariamente hipóteses de assimetria, como ocorre quando (i) há extrema dependência econômica de uma sociedade empresária em relação a outra, (ii) há desproporção subjetiva de forças (e.g. um dos contratantes é sociedade empresária de pequeno porte, com pequeno faturamento e pouca ou nenhuma assessoria jurídico-financeira, e, o outro, uma grande corporação, com acesso aos melhores escritórios de advocacia e detentor de considerável poder econômico), ou (iii) há marcante assimetria informacional entre as partes que confere a uma delas importante vantagem.⁷⁸

Em linha com o previsto no art. 421-A do Código Civil, existindo elementos factuais concretos que conduzam à conclusão de que há assimetria e disparidade entre as partes, há que se considerar a necessidade de tutela de interesses legítimos em prestígio à igualdade substancial, à solidariedade e à justiça contratual. Nesse sentido, como já se afirmou, pode o intérprete valer-se de certos critérios interpretativos, como a interpretação contrária à parte que redigiu o contrato (ou, conforme o caso, a cláusula contratual) havendo redação ambígua ou confusa, com fundamento no art. 423 do Código Civil.⁷⁹ Com isso, equilibra-se a equação de forças no contrato mediante a atribuição de sentido a determinada avença.

Não se quer aqui afirmar que a relação entre o *shopping center* e o restaurante locatário era marcada por assimetria. Observa-se, apenas, que a matéria sequer foi objeto de consideração

⁷⁸ KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p. 89, nov. 2016.

⁷⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro, cit. Ainda, v. Judith Martins-Costa: “Caracterizando-se a relação contratual em exame como um contrato formado por adesão, incidem as regras dos arts. 423 e 424 do CC. Assim, havendo cláusulas contraditórias ou ambíguas, estas se interpretam do modo mais favorável ao aderente, isto é, ao lojista [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de *shopping center*. *Revista do Advogado*, v. 116, p. 115, 2012).

mais detalhada pelo intérprete, fosse para rejeitar ou para afirmar eventual disparidade subjetiva. Não é incomum que, em contratos de locação comercial em *shopping centers*, o locador se encontre em situação vantajosa em relação ao locatário, seja negocial ou informacional, muitas vezes definindo unilateralmente o conteúdo das cláusulas contratuais, às quais cabe ao locatário apenas aderir.⁸⁰ Não se justifica, portanto, que o intérprete tenha evitado perquirir a existência de elementos fáticos que indicassem eventual assimetria subjetiva, a qual, uma vez confirmada, poderia ensejar, v.g., uma interpretação da cláusula que conferia ao locador o direito de alteração unilateral do *tenant mix* de forma benéfica ao locatário, impondo limites justificados à liberdade do *shopping center*.

Outros elementos fáticos importantes não considerados pelo intérprete na individuação da normativa do caso concreto foram o comportamento posterior das partes, os usos e costumes, e a função concreta do contrato, todos associados à tutela da confiança e das legítimas expectativas das partes, promovida pela boa-fé objetiva.⁸¹

Conforme identificado nos autos do Recurso Especial nº 2.101.659/RJ, mesmo decorrido o supostamente limitado prazo de 60 (sessenta) meses da eficácia do direito de preferência do restaurante locatário, o *shopping center* locador notificou o lojista, no dia 15 de abril de 2008, informando os termos comerciais de proposta de terceiro, para fins de exercício do referido direito. Ou seja, apesar de o *shopping center* defender que o direito de preferência estaria limitado ao prazo de 60 (sessenta) meses, seria possível defender que o comportamento das partes posterior à conclusão do contrato suscitou a legítima expectativa de que o acordo de preferência permanecia firme e vinculativo.

Nesse contexto, a alegação do *shopping center* de que o direito de preferência do locatário teria perdido a eficácia no decurso do prazo de 60 (sessenta) meses do contrato poderia ser considerado um comportamento contraditório, visando ao exercício abusivo de uma situação jurídica, incompatível com a função restritiva de direitos desempenhada pela boa-fé objetiva. O comportamento efetivamente adotado pelas partes, portanto, poderia conferir ao

⁸⁰ Por ocasião, v. Carlos Nelson Konder: “O negócio jurídico do centro comercial celebra-se pela adesão do lojista às condições gerais predispostas pelo dono do empreendimento, que são cláusulas invariáveis preparadas antecipadamente. O contrato de adesão é modo de contratar em que uma das partes estabelece unilateralmente o conteúdo do futuro contrato, restando à outra aderir ao regramento sem oportunidade de alterá-lo substancialmente ou mesmo de debate prévio. Como antes observado, mesmo nas relações civis e empresariais, poderá existir assimetria de poder negocial entre os contratantes no momento da formação da relação jurídica, uma vez que cabe ao empreendedor predefinir as obrigações contratuais, sendo que ao aderente-lojista somente resta concordar com o conteúdo predisposto” (KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora, cit., p. 188-189).

⁸¹ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da lei de liberdade econômica, cit. Ainda, v. Judith Martins-Costa: “A “parceria” (também por vezes expressada na ideia de “relação simbiótica”) é ínsita aos que mantém relação locatícia no âmbito de um *shopping center*, em vista do “interesse comum” refletido na estrutura jurídico-econômica de um centro comercial, acrescendo o grau de atuação do princípio [da boa-fé objetiva]” (MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de *shopping center*, cit., p. 114).

intérprete um parâmetro hermenêutico para extração de sentido das avenças contratuais em conformidade com a boa-fé objetiva, o que não chegou a ser considerado.

Em sentido contrário, o fato de que as partes celebraram, depois do término do prazo da avença original, novos contratos de locação sem qualquer menção ao suposto direito de preferência, poderia corroborar as conclusões alcançadas, ao mesmo tempo em que também se extrai sentidos em consonância com a boa-fé objetiva.

Menciona-se, ainda, o papel hermenêutico dos usos, dos costumes e das práticas de mercado, que, no caso em comento, poderiam conduzir à mesma conclusão alcançada no voto vencedor, sem, contudo, deixar de prestigiar expressamente a tutela da confiança. Nesse sentido, sabemos que os espaços em *shopping centers*, tipicamente, são ocupados por concorrentes diversos. Basta pensar, por exemplo, nas praças de alimentação, em que é comum que inúmeros restaurantes que oferecem produtos de mesmo gênero alimentício compartilhem o ambiente (e.g. a presença de diversos restaurantes de *fast food* próximos uns aos outros).

Assim, seria possível argumentar pela existência de uma prática associada ao mercado de locação de espaços em *shopping centers*, verdadeiro costume, que geraria no *locador* uma legítima expectativa de que poderia exercer o *tenant mix* livremente e com vista ao atingimento da melhor equação econômica, sem estar sujeito à restrição de alocação de concorrentes em espaços próximos.⁸² Em outras palavras, o elemento fático definido pelos usos, pelos costumes e pelas práticas de mercado aplicáveis ao caso em questão poderia ter relevância hermenêutica, o que, entretanto, tampouco foi observado.

Na mesma toada, a concessão de direito de preferência específico e com prazo determinado no ambiente de locação de *shopping centers* não é completamente estranha à prática mercantil. Como destacou Anderson Schreiber em parecer apresentado aos autos, “o direito de preferência outorgado no momento de instalação de um *shopping center* costuma funcionar como relevante atrativo para grandes lojistas, interessados na faculdade de preterir concorrentes na fase inicial de sua instalação”. Por isso, no seu entender, essa “situação, corriqueira na prática, é inteiramente distinta de um suposto direito de preferência *ad eternum*”.

⁸² Em perspectiva contrária, v. Rubens Requião: “Sem dúvida que a ideia de organização do centro comercial estrutura-se sobre um espaço imobiliário, de dimensão avantajada, para colher uma sorte de empresas comerciais varejistas e de serviços. Mas esse sistema não é organizado livremente pelo seu empreendedor, no sentido de procurar apenas o seu interesse na venda condominial das unidades ou na locação do salão comercial. Ele objetiva efeitos comunitários, tendo em vista um projeto racional e econômico. [...] Assim, tratando-se de “centro comercial” organizado pelo proprietário do imóvel, a sua exploração se inicia com o contrato de locação dos salões comerciais, segundo a planificação adotada. Não será, portanto, uma locação “livre”, mas, sim, um contrato locativo subordinado a certas obrigações e condições que derivam da planificação da organização” (REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“*shopping centers*”) no Brasil. *Revista dos Tribunais*. v. 571, p. 19, maio / 1983).

A própria função concreta do contrato, ou seja, a síntese de seus efeitos essenciais, também poderia exercer papel de parâmetro hermenêutico relevante. Essa abordagem prestigia a autonomia privada, não em sentido estático, na acepção da literalidade da avença, nem em sentido psicológico, como intenção interior das partes, conforme preconizado, respectivamente, pelas teorias da vontade e da declaração, mas, sim, em consideração ao vínculo entre a declaração e o seu fim objetivo.⁸³ Prestigia-se, também, a boa-fé objetiva, com a tutela da legítima expectativa das partes no atingimento da finalidade do contrato que impõe um comportamento honesto, leal e cooperativo para a realização da causa negocial.

Nesse sentido, a alocação de um concorrente em ambiente muito próximo ao espaço explorado pelo restaurante locatário, sem prévio estudo de mercado, resultando na inviabilidade econômica do empreendimento por ele desenvolvido, poderia frustrar o fim concreto do contrato, qual seja, a locação de espaço para o exercício de determinada atividade econômica. Destaque-se, neste ponto, que a finalidade econômica atribuída pelo locatário ao espaço objeto da locação em *shopping center* não está adstrita ao campo dos meros motivos do negócio, mas, ao contrário, incorpora-se ao concreto regulamento de interesses das partes,⁸⁴

⁸³ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, p. 368-368, 2018.

⁸⁴ A propósito, v. Pietro Perlingieri: “A distinção entre causa e motivo torna-se imediatamente perceptível quando a causa se identifica com o esquema típico, pois dela se excluem os interesses concretos perseguíveis. Assim, na compra e venda, se a causa é a transferência da coisa em troca do preço, o motivo é tudo aquilo que levou cada uma das partes a celebrar o contrato. Por outro lado, na perspectiva que identifica na causa a ‘síntese’ dos efeitos essenciais nos termos anteriormente indicados, para distinguir causa e motivo é necessário qualificar os interesses que conduzem à determinação dos efeitos essenciais, separando-os daqueles que não possuem essa relevância. No contrato de mútuo, por exemplo, o uso da soma recebida pelo mutuário normalmente constitui o «motivo» que o leva a firmar o contrato. Porém, se as partes ou a lei impõem uma destinação específica (a chamada destinação obrigatória dos recursos), o interesse por uma determinada utilização adquire relevância causal, pois é incluído no regulamento concreto de interesses, configurando-se como um mútuo de finalidade, seja legal ou voluntária. O motivo, em síntese, representa o interesse concreto de uma ou de ambas as partes quando não é incluído no regulamento específico por elas estabelecido” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 12ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 497, 2024. Tradução livre. No original: “La distinzione tra causa e motivo è immediatamente percepibile ove si risolva la causa nello schema tipico, perché si eliminammo dalla medesima i concreti interessi perseguibili. Così nella compravendita, se la causa è il trasferimento della cosa contro il corrispettivo del prezzo, il motivo è tutto ciò che ha spinto ognuno dei contraenti alla conclusione del contratto. Invece, nella prospettiva che ravvisa nella causa la ‘sintesi’ degli effetti essenziali nei termini innanzi indicati, ai fini della distinzione, si devono qualificare gli interessi che conducono alla individuazione degli effetti essenziali da quelli che non hanno questa rilevanza. Nel contratto di mutuo, ad es., l’uso della somma ricevuta da parte del mutuuario costituisce normalmente il «motivo» che lo induce a concludere il contratto, ma se le parti o la legge impongono una destinazione (c.d. destinazione obbligata della provvista), l’interesse ad una determinata utilizzazione acquista rilevanza causale perché dedotto nel concreto regolamento d’interessi, configurandosi un mutuo di scopo, legale o volontario. Il motivo costituisce, in sintesi, il concetto interesse di una o di entrambe le parti quando non dedotto nello specifico regolamento da esse predisposto”). Para aprofundamento sobre a tão controvertida discussão acerca da causa do negócio jurídico, v., ainda, em perspectiva causalista: BODIN DE MORAES, Maria Celina de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 4, out.-dez./2013; e, na esteira desta, SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019; já em viés anticausalista, v. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 476-486.

inclusive pelo seu papel na determinação da remuneração do locador.⁸⁵ Nesse contexto, a função do contrato representaria importante parâmetro hermenêutico, na medida em que inviabilizaria uma interpretação das cláusulas contratuais em sentido contrário àquele compatível com o atingimento do fim do negócio.

No caso em comento, seria possível argumentar que o direito do *shopping center* locador de unilateralmente exercer o *tenant mix* não incluiria a possibilidade de alocação de um concorrente em frente ao salão comercial do locatário. Pelo menos não sem antes avaliar se tal medida implicaria a inviabilidade do exercício da atividade econômica desenvolvida pelo locatário, sob pena de contrariar o atingimento da função concreta do contrato, em prejuízo da confiança suscitada na contraparte na cooperação para realização dos fins do contrato.⁸⁶

Demonstra-se, portanto, que a adoção de critério apriorístico decorrente da categorização do contrato como empresarial fraciona o fato, conferindo, arbitrariamente, relevância a certos elementos, e ignorando determinados aspectos da realidade capazes de atrair a tutela de interesses legítimos. Elencaram-se, em caráter não exaustivo, algumas potencialidades interpretativas capazes de promover a tutela de interesses juridicamente relevantes, em aplicação ao caso concreto, com vista, apenas, a demonstrar a insuficiência da atividade interpretativa que resultou no voto vencedor no julgamento do Recurso Especial nº 2.101.659/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, destaca-se que o intérprete não está vinculado às mesmas conclusões que foram propostas. Não obstante, não pode o julgador, no exercício da atividade de interpretação e aplicação do direito, esquivar-se de olhar para o fato concreto de forma holís-

⁸⁵ Por ocasião, v. Orlando Gomes: “O traço marcante da relação jurídica travada entre o dono do *shopping center* e os lojistas é a forma de remuneração do uso temporário, para exploração comercial das lojas, o chamado “aluguel percentual”, considerado o elemento-chave do notório êxito dos centros comerciais dessa espécie. Em vez de pagar quantia fixa, como sucede adequadamente no contrato de locação de coisa imóvel, o lojista entrega parte do valor do seu faturamento mensal. Demais disso, contrai obrigações e aceita comportamentos que não são próprios de um locatário” (GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “*shopping center*”. *Revista dos Tribunais*. v. 72, n. 576, p. 12-13, out. / 1983). Ainda que não estivesse expressamente disposta no contrato a importância causal do fim econômico dado ao imóvel em locação em *shopping center*, não se pode desconsiderar, como já tratamos nesse artigo, sua relevância para o regulamento de interesses das partes nessa modalidade de negócio. Como explica Pietro Perlingieri, “[a] natureza causal de um negócio não é eliminada pelo fato de a causa não estar expressa e completamente indicada, podendo ser identificada por meio do procedimento interpretativo” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 498. Tradução livre. No original: “*La natura causale di un negozio non viene meno per la circostanza che la causa non è espressamente e compiutamente indicata, potendosi comunque riscontrare mediante il procedimento di interpretazione*”).

⁸⁶ KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p., nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p176. ISSN: 2178-8189.

tica, aberto a identificar os elementos que suscitam a incidência da axiologia do ordenamento. Mais do que isso, deve justificar suas escolhas interpretativas, e não se esconder por detrás de uma suposta interpretação e aplicação do direito com caráter puramente silogístico, caracterizada pela simples condução do fato à categoria jurídica que, ao fim e ao cabo, oculta as verdadeiras preferências do intérprete e todas as legítimas potencialidades interpretativas do caso.⁸⁷

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, v. 1.
- ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 88, p. 185-238, 1993.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- BARASSI, Lodovico. *Instituciones de derecho civil*, vol. II. Trad. Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: José M.ª Bosch, 1955.
- BENTO DE FARIA, Antonio. *Direito comercial: do comércio em geral*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º, 1947.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 4, out.-dez./2013.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*, vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- COSTA, Philomeno J. da. *Autonomia do direito commercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.
- DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁸⁷ Por ocasião, v. Carlos Nelson Konder: “As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma a libertá-lo do Direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete. Por meio da fundamentação, verificam-se os argumentos que levaram o intérprete a escolher, é nela em que encontramos os parâmetros para compreender a decisão. Pela fundamentação, verifica-se se os elementos extrajurídicos foram absorvidos por meio de elementos normativos, se os valores referidos são sociais e culturais e não pessoais: viabiliza-se, em última instância, um controle final sobre os argumentos adotados. Isso significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não importa a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais” (KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, a. 14, n. 19, p. 37, jul.-dez./2016).

- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- FRANK, Felipe. A consolidação da autonomia da vontade como cânone do direito privado moderno: o caso do *Code Napoleônico* de 1804. *Civilistica.com*, a. 11, n. 1, 2022.
- FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia; QUINELATO, João (Coord.). *20 anos de vigência do Código Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba, SP: Foco, p. 551-570, 2024.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. Carta de Teixeira de Freitas, de 20 de setembro de 1867. *Revista de Direito Civil*. n. 1.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017, livro eletrônico.
- GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “shopping center”. *Revista dos Tribunais*. v. 72, n. 576, p. 9-26, out. / 1983.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2019.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A unificação do direito privado e as relações entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 39, pp. 64-73, out. / dez. 2007.
- KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul.-dez./2016.
- KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.176-200, nov. 2016.
- KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 4, n. 1, p. 355-404, 2018.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. Indaiatuba/SP: Foco, p. 71-86, 2020.
- KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020.
- KONDER, Carlos Nelson. Os sete erros de abordagens supostamente históricas do direito civil. *Duc In Altum Cadernos De Direito*. v. 13, p. 40-53, 2024.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª ed., 2005.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

- MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de *shopping center*. *Revista do Advogado*. v. 116, p. 110-117, 2012.
- MILL, Alfred. *Tudo o que você precisa saber sobre economia*. São Paulo: Gente, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. “*Shopping centers*”: organização econômica e disciplina jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 73, n. 580, p. 15-26, fev. 1984.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 12ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2024.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed., t. 22ª. São Paulo: Saraiva, 2001.
- REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“*shopping centers*”) no Brasil. *Revista dos Tribunais*. v. 571, p. 9-35, maio / 1983
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica / Saraiva & Cia, 1937.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial: parte geral*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1931.
- RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e Laicidade. Trad. Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul. / set. 2018.
- RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2004.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento dos contratos: princípio do equilíbrio e tutela do programa contratual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 40. Rio de Janeiro: UERJ, dez./2021.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro. Disponível em: migalhas.com.br/. Acesso em: 30 de set. de 2024.
- SOUZA, Eduardo Nunes de; FERNANDES, Marcelo Mattos. Crítica aos contratos empresariais como categoria autônoma no Código Civil. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 23, n. 3, p. 158-178, set./2024.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed., 2023.
- TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar do Direito – Faculdade de Direito de Valença*, v. 16, n. 1, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo. Relações contratuais e a funcionalização do direito civil. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 1, p. 1-10, jan./mar. 2023.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3: Contratos. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado: conforme a constituição da república*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Na pauta do STJ: competência para decidir sobre a validade e a eficácia de cláusula compromissória em contrato de franquia. *AGIRE: Direito Privado em Ação*, n.º 91, 2023.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2023.

Como citar:

MAYON, Lucas; FERREIRA, Luisa Soares; ARRAES, Miguel. Interpretação de contratos civis e empresariais: uma análise do REsp nº 2.101.659/RJ à luz da legalidade constitucional. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 2, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
26.4.2025