

Conceito e interpretação dos contratos mercantis

Ivo Waisberg¹
Advogado

1. Introdução

Já tivemos a oportunidade de analisar a autonomia do direito comercial e concluir solidamente por continuar o direito mercantil autônomo, mesmo após a entrada em vigência o Código Civil e a internalização neste diploma do direito de empresa.²

A efetividade dessa autonomia se reflete na peculiaridade dos seus institutos. E, sem dúvida, o contrato mercantil³ é um dos pilares não só do direito comercial, mas também da economia e do mercado.

Este estudo teve por finalidade conceituar o contrato mercantil e analisar as regras de interpretação que norteiam o contrato comercial e o diferenciam de outros regimes contratuais.

2. O contrato mercantil

É controversa a manutenção da existência da distinção entre contratos civis e comerciais após o advento do Código Civil de 2002 e da pretendida unificação do direito obrigacional. A utilidade dessa distinção, que ainda subsiste conforme abordaremos adiante, reside primordialmente na definição dos cânones interpretativos nos contratos empresariais.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que os contratos privados no direito brasileiro (excetuado os contratos de trabalho) eram divididos entre

¹ Livre-Docente em Direito Comercial, Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais e Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. *Master of Laws* em Regulação pela *New York University*. Professor de Direito Comercial da PUC-SP e da GVLaw. O autor agradece o auxílio de pesquisa e revisão de Ana Cláudia de Oliveira Rennó e Sara Tainá Soliani.

² WAISBERG, Ivo. O Projeto de Lei n. 1.572/2011 e a autonomia do direito comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67-84.

³ Para todos os fins, neste artigo, usaremos como sinônimas as expressões contrato mercantil, contrato comercial e contrato empresarial.

comerciais e civis até 1991, quando entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, passando a ser tripartite esta distinção, pois a ela foram agregados os contratos de consumo.⁴ Ricardo Negrão reconhece que a unificação do direito obrigacional não significa o abandono da autonomia do direito empresarial e que não há como tratar igualmente contratos firmados entre empresários e entre pessoas comuns.⁵ A existência da distinção entre contratos comerciais e civis, após o Código Civil de 2002, é também expressamente reconhecida por Haroldo Verçosa, que divide os contratos entre civis, comerciais e do consumidor.⁶

Qualquer tipo de classificação científica não deve ser tomada como certa ou errada, mas sob o ângulo de ser útil ou inútil. Para nós, a classificação dos contratos entre comerciais e civis ainda tem respaldo e utilidade. A esses dois tipos seriam somados ainda como categorias distintas os contratos do consumidor, de trabalho e os contratos de direito administrativo.

Com efeito, a unificação das regras gerais de obrigações e contratos no Código Civil significa apenas que todos os contratos estão sujeitos às diretrizes para formação, validade e forma estabelecidas na parte geral de contratos, assim como a alguns princípios gerais, como a boa-fé objetiva ou a função social, que são aplicáveis, da forma supletiva a todos eles, respeitadas as peculiaridades de cada um. A unificação das obrigações, portanto, não significou o fim da distinção entre contratos civis e comerciais.⁷

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 34-38.

⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, p. 224-225.

⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 24-25. Aponta o autor, ainda, que os contratos civis são usados por empresários, assim como agentes não empresários recorrem a contratos historicamente mercantis (ibid., p. 25-26).

⁷ Nesse sentido, Verçosa leciona: “Havendo sido feita a unificação do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro, na esteira do que já ocorreu anteriormente em outros países, avultando de importância para nós o direito italiano, nem por isso teria deixado de existir uma clara separação entre contratos civis e mercantis, já que o Direito Comercial manteve a sua autonomia perante o Direito Civil” (VERÇOSA, op. cit., 2010, p. 29). É de se notar, no entanto, que o autor, ao final da obra ora citada, afirma que os contratos empresariais foram colocados na mesma roupagem dos civis, sem perceber o legislador o equívoco que incorria pelas diferenças existentes entre ambos. Critica, também, a opção legislativa do Código Civil, mencionando ser o antigo Código Comercial mais eficiente no atendimento às necessidades do empresário. Aponta, com isso, o que chama de crise do contrato, uma “infecção generalizada nos contratos mercantis” (ibid., p. 345-348). Efetivamente, não podemos deixar de concordar com a crítica ao modo como tentou o legislador unificar as obrigações no Código Civil de 2002. E este equívoco faz ser ainda mais importante a função de interpretação, tendo a consciência das diferenças das relações civis e comerciais, utilizando-se o ferramental adequado para o exame e interpretação dos contratos comerciais.

Engrácia Antunes, após apontar o declínio da clássica conceituação dos contratos comerciais centrada nas figuras dos atos de comércio ou na subjetividade da parte, concluiu pela existência da qualificação de contratos comerciais ou de empresas.⁸ Conceitua este autor o contrato comercial:

[...] os contratos que são celebrados pelo empresário no âmbito da sua actividade empresarial: a intervenção de um empresário no contrato (designadamente, como uma das partes contratantes) e a pertinência desse contrato à constituição, organização ou exercício da respectiva actividade empresarial, são assim os elementos caracterizadores ou qualificadores da comercialidade de um contrato.

Entendemos que, embora pertinente, essa definição não é completa. Por um lado, corretamente, esse conceito afasta da mercantilização contratos celebrados por empresários fora de sua atividade, não tendo a qualidade da parte como único fator de categorização. Assim, evidentemente, quando dois empresários celebram a venda de uma residência de um para o outro, o contrato é civil embora as partes sejam empresárias. No entanto, a qualificação subjetiva exigir dois empresários restringe a conceituação e acaba por não abarcar, como veremos, alguns contratos nitidamente empresariais.

Forgioni já apontou que uma das características do contrato mercantil é a intenção do lucro:

Identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.⁹

A característica da busca do lucro por ambas as partes é sem dúvida um traço determinante dos contratos comerciais. No entanto, a

⁸ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 40.

⁹ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

autora também aponta a necessidade da subjetivação do conceito ao afirmar que o vínculo jurídico deve-se estabelecer entre empresas, neste ponto na linha similar de Antunes.¹⁰

Bom notar que Forgioni se refere a empresas no lugar de empresários, um avanço com o qual concordamos. Isto porque, a utilização do conceito de empresa ao invés de empresário amplia a abrangência da qualificação subjetiva para a caracterização do contrato mercantil.

Mas mesmo o conceito de empresa não seria capaz de englobar todas as situações passíveis de serem classificadas como mercantis contratualmente em nossa visão. Existem contratos que são mercantis pela essência de seu escopo e ambiente de celebração, ainda que as partes não sejam necessariamente empresárias ou nem mesmo empresas.

O ponto que se coloca é se um contrato celebrado entre um empresário e um não empresário, ou até entre dois não empresários, pode ser considerado mercantil. Ainda que de forma excepcional, entendemos que sim.

Um exemplo dessas situações pode ser encontrado no ambiente societário, podendo ser aplicado o raciocínio tanto para os contratos sociais de sociedades empresárias como para contratos parassociais, tal qual o acordo de acionistas e cotistas ou pactos laterais para instituição de preferência para aquisição de participação societária, opções de compra e venda, *tag along* ou *drag along*.

Em todos esses casos, as partes celebrantes podem não ser empresárias, nem mesmo empresas no seu conceito econômico. Podem ser apenas sócios da sociedade empresária, que em si não se qualificam como empresários ou empresa¹¹. O objeto do contrato, isto é, a participação na sociedade empresária, é um objeto por natureza mercantil, visando por definição a busca do lucro.

A classificação de qualquer dos contratos acima listados como comercial nos parece evidente. Trata-se de uma relação de investimento visando o lucro de todas as partes. Ao comprar ações ou cotas, ou simplesmente detê-las, as partes estão participando da seara empresarial

¹⁰ “Outrora, do ponto de vista subjetivo, a presença de uma única empresa (ou comerciante) na relação bastava para atribuir comercialidade ao contrato; hoje essa qualificação requerer que o vínculo jurídico seja estabelecido exclusivamente entre empresas” (FORGIONI, op. cit., 2009, p. 30.).

¹¹ Neste ponto, caberia perguntar se a simples condição de sócio de uma sociedade empresarial seria capaz de qualificar tal sócio como empresa. Caso a resposta seja positiva, o conceito de Forgioni captaria tal situação. Entendemos, no entanto, não ser, pois a condição de sócio pode fazer parte de uma atividade organizada, mas não é ela, em si, uma atividade desta natureza.

pelo lado do empresariado. E assim sendo, não pode ter outra característica o contrato que versa sobre a constituição da sociedade ou pactos sobre as participações que não a empresarial.¹² Sobre a compra e venda de participações sociais, por exemplo, Engrácia Antunes já apontou, com acerto, ser este tipo de contrato especificamente um contrato “naturalmente empresarial”.¹³

Outro exemplo de contrato mercantil em que ao menos uma das partes não é empresária está nos contratos relativos a investimentos, como, por exemplo, aqueles que ocorrem no mercado de capitais, envolvendo investidores pessoas físicas e corretoras, bolsas de valores e outros agentes. O objetivo final de lucro é claro e não permite outra classificação que não seja a mercantil, mesmo que uma das partes não seja empresária. Mas o intuito do contrato é indiscutivelmente mercantil. Vale notar que Menezes Cordeiro já esclareceu a importância de se analisar a essência dos contratos para averiguar sua classificação como comercial, mesmo no tocante a contratos mistos, isto é, que possuem parte do escopo comercial e parte não.¹⁴

Assim, a definição de contrato comercial não pode ter como elemento central apenas a questão subjetiva, ou seja, ser baseada unicamente na característica da parte. Isto é, nem o fato das partes serem todas empresárias torna o contrato comercial, nem o fato de não serem afasta a possível natureza mercantil. A classificação, em adendo ao caráter subjetivo, deve levar em conta também o seu escopo.

No nosso entender, o contrato mercantil pode ser definido como aquele celebrado entre empresários ou empresas no bojo de suas atividades econômicas, bem como aquele celebrado por empresários ou não empresários com escopo essencialmente comercial, assim entendido objetivo mediato ou imediato de lucro das partes na celebração, mediante a assunção de riscos alocados contratualmente.

¹² Evidentemente, o direito não despreza as diferenças entre o acionista controlador e o minoritário, ou entre o investidor qualificado e o pequeno investidor. Tanto o direito societário traz regras sobre a proteção do acionista minoritário quanto a regulação de mercado de capitais protege o investidor não qualificado, tentando mantê-lo informado ou destinando alguns investimentos mais sofisticados apenas para determinados tipos de investidor. Contudo, esta proteção ou diferenciação se dá dentro do direito societário ou da regulação de mercado. Os contratos celebrados com esse escopo são sempre comerciais, pois a operação tem como objeto exatamente um valor mobiliário. Sua essência é, portanto, mercantil.

¹³ ANTUNES, op. cit., 2012, p. 45.

¹⁴ Salientamos, ainda, que, num contrato misto que possua disposições de várias ordens, se no seu centro constar uma essencialidade mercantil, comercial será o contrato (ver CORDEIRO, Antônio Menezes, *Direito comercial*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 537.).

Embora sujeitos a uma teoria geral comum, contratos civis e empresariais não são iguais. Em especial, a maior diferença entre eles se dá exatamente no campo da interpretação. Alguns cânones peculiares devem ser seguidos na interpretação dos contratos comerciais.

3. A interpretação do contrato mercantil

Todo contrato pode estar sujeito a interpretação¹⁵. As ambiguidades normais da escrita, as percepções diferentes das partes, a necessidade comercial ou até a falta de boa-fé, elementos habituais e muitas vezes cumulados, podem levar à necessidade de interpretação contratual. E caso isso ocorra, a interpretação passa a ser elemento de estabilização do mercado, pois ela dará o sentido ao contrato, que por sua vez é o instrumento de construção do mercado. É um ato, portanto, de suma relevância e impacto. Pensar em regras interpretativas é uma necessidade prática e não uma escolha acadêmica.

No tocante às diretrizes interpretativas dos contratos comerciais, vale mencionar as principais características que as diferenciam da hermenêutica do contrato civil.¹⁶ Para a interpretação dos contratos

¹⁵ Ensinha Roppo: “Muitas vezes, de facto, interpretar o contrato constitui uma verdadeira e própria necessidade, se se quiser dar ao mesmo uma actuação concreta e assim realizar, efectivamente, a operação económica que lhe corresponde. [...] É claro que situações como esta não são raras, devido ao facto de, nem sempre, as partes, ao formular o texto do regulamento contratual, empregarem expressões tão precisas, unívocas e completas como seria necessário para excluir qualquer dúvida em torno do seu significado, mas, as mais da vezes, usam palavras ou fórmulas linguísticas aproximativas, lacunosas, ambíguas, cujo real significado não é fácil de determinar; até porque uma mesma expressão pode ser entendida de diferentes modos conforme o tempo, o lugar as circunstâncias nas quais o declarante a formulou e o destinatário a recebeu, e em modos também diversos, consoante o grau de cultura, das competências profissionais específicas, os particulares uso linguísticos da região e o ambiente social, ao qual pertencem declarante e destinatário da declaração. É assim compreensível que cada contraente seja tentado (consciente ou inconscientemente) a retirar, para si próprio, vantagens da ambiguidade e das incertezas que, desse modo, se criam, tentando impor a interpretação que lhe é mais favorável. Mas é, por outro lado, claro que por esta via – se nenhum dos contraentes renuncia a fazer valer a sua interpretação, ou se, de qualquer maneira, estes não acordam sobre uma interpretação comum – a operatividade do contrato, do negócio, vem a ser paralisada. E assim permanece até que uma autoridade imparcial (em regra o juiz, solicitado por um dos interessados) declare, com força vinculante para as partes, qual é o sentido a reconhecer à expressão controversa, e assim solucione o conflito surgido. Na procura do significado a atribuir ao regulamento contratual, no individualizar, em concreto, a medida e a qualidade das obrigações que respeitam a cada parte consiste justamente a operação judicial de interpretação do contrato” (ROPPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 169).

¹⁶ “É mesmo evidente que os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, porque estas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários” (FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial,*

mercantis, apontamos a existência de quatro princípios, a saber: (i) autonomia privada ampla; (ii) usos e costumes; (iii) sentido econômico da operação e (iv) interpretação em favor do devedor.

(i) *autonomia privada ampla*

Já conceituamos a autonomia privada como:

a esfera de competência outorgada legalmente ao particular dentro da qual pode ele regulamentar suas relações por meio de negócios jurídicos. Com efeito, essa esfera pode ser maior ou menor dependendo do assunto e da relevância social da relação jurídica regulamentada.¹⁷

Suplantando o princípio voluntarista da autonomia da vontade, o conceito de autonomia privada deixa claro que esta liberdade é exercida dentro de limites sociais pré-estabelecidos.¹⁸

Mas o grau dessa autonomia está ligado ao jogo de forças dos contratantes e ao ramo do Direito. Quanto mais regulamentado e protetivo, menor essa autonomia privada. Assim, se fôssemos usar uma escala de 1 a 10, sendo 1 o menor grau de autonomia privada e 10 o maior, poderíamos dizer que no contrato de trabalho a autonomia seria de grau 1-2, no contrato do consumidor de grau 3-4, no contrato civil de grau 5-6 e no contrato comercial de grau 7-10.

Econômico e Financeiro, São Paulo, 130, p. 23, abr./jun. 2003.). E continua a autora: “Portanto, a interpretação do negócio comercial, sob o ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar que: (i) segurança e previsibilidade são necessárias para garantir a fluência de relações de mercado; (ii) os textos normativos devem permitir adequada equação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação/flexibilização do direito; (iii) ao Estado, enquanto agente implementador de políticas públicas, há de ser assegurado o poder de intervenção sobre o mercado, editando normas que estabeleçam o que é lícito e o que é ilícito; (iv) a força normativa dos usos e costumes deve ser adequada ao interesse público; (v) os usos e costumes são fonte de direito comercial; a racionalidade econômica dos agentes não pode ser desconsiderada pelo direito estatal [...]”

¹⁷ WAISBERG, Ivo. Autorização prévia da cessão de contrato nos contratos de adesão. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 3, v. 6, p. 84, jul./dez. 2000. Segundo Noronha, autonomia privada: “consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e distribuição de bens e serviços” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 115.).

¹⁸ Sobre a evolução da teoria contratual, ver WAISBERG, op. cit., 2000.

Assim, no contrato de trabalho o grau de decisão das partes é pequeno, normalmente ligado a poucos elementos essenciais da contratação. No direito do consumidor, embora mais largo, a incidência de normas protetivas e de reequilíbrio é grande. No civil, já há um maior respeito à autonomia privada. Mas é no contrato mercantil que esta autonomia tem maior peso. E assim deve ser.

Com efeito, sendo os contratos mercantis parte fundamental da economia de mercado pautada na liberdade de iniciativa e concorrência, nada mais lógico que a autonomia das partes seja ampla, cabendo a cada uma o ônus da decisão de contratar ou não e do que definir como risco/retorno. Assim, a alocação de risco negociada deve ser respeitada.

Nesse cenário, as normas de caráter mitigador da autonomia, como aquelas referentes à onerosidade excessiva¹⁹, revisão de contratos, função social, têm seu espectro de incidência reduzidos ao caráter excepcional.²⁰ Não se pode dizer que não se apliquem, mas sua aplicação supletiva é mais rara em razão do respeito à autonomia das partes.

É comum a distinção entre interpretação subjetiva e objetiva²¹. A primeira diz respeito à intenção comum ou vontade comum das partes²². A segunda abrange encontrar o sentido mais funcional e comum daquela operação econômica para esclarecer as ambiguidades ou obscuridades contratuais de forma a dar sentido mercadológico à contratação.²³

¹⁹ “O padrão de conduta que se exige dos profissionais é mais elevado. Nesse contexto, o rol de eventos ‘extraordinários e imprevisíveis’, capazes de conduzir a uma ‘onerosidade excessiva’, nos termos da lei, é também mais restrito” (PELA, Juliana Krueger. Risco e contratos empresariais: a aplicação de resolução por onerosidade excessiva. In: SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos de Almeida; TEIXEIRA, Tarcisio (Coord.). *Direito empresarial: estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2015. p. 494.).

²⁰ No caso de aplicação das leis de insolvência, por exemplo, a aplicação desses princípios pode ter seu espectro de incidência aumentado justamente em razão dos princípios de preservação da empresa e proteção aos empregos, o que, novamente, impacta tanto o grau de autonomia quanto os cânones interpretativos.

²¹ “Dois são os principais critérios de interpretação: o critério subjetivo induz ao exame de intenção comum dos contratantes, o critério objetivo busca dar ao contrato sentido, entre os expostos em juízo pelas partes, que melhor corresponda a valores de objetiva sensatez, equidade, funcionalidade” (BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 57.).

²² “A interpretação subjetiva é a indagação da vontade comum, ou seja, constitui a verificação da vontade real das partes contratantes - determinar o conteúdo do contrato aplicando-se o princípio de investigação da vontade real (voluntas spectanda - vontade verificada)” (SILVA, Américo Luis Martins da. *Contratos comerciais: atualizado de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 152).

²³ “A interpretação objetiva é a indagação que visa buscar o sentido concreto da intenção das partes contratantes, ou seja, é o meio de esclarecer as declarações literais contidas no contrato, cuja aplicação à realidade fática encontra-se prejudicada em virtude de serem dúbias ou ambíguas e por não ser possível identificar qual a efetiva intenção das partes contratantes. Daí dizer-se que

No contrato comercial, no entanto, existe um certo paradoxo na utilização das interpretações objetiva e subjetiva. Caso seja clara, a subjetiva deve prevalecer, ainda que seja contrária à objetiva, por respeito à autonomia privada ampla. Caso não seja clara, apenas a objetiva pode ser utilizada pelo intérprete.

Para dar vazão à autonomia privada, a primeira fonte interpretativa é o próprio contrato e seus documentos ancilares. Apenas após buscar nele a solução, restando omissivo, é que outras fontes de integração, como a boa-fé objetiva ou a vontade hipotética das partes, devem ser acionadas.²⁴ O intérprete deve buscar a intenção das partes nas suas declarações, seja no contrato, em contratos conexos ou em documentos negociais. Apenas das partes pode vir a sua vontade e a interpretação subjetiva. Obviamente uma cláusula ou uma comunicação, ou até um ato de execução podem explicitar a vontade de outra cláusula controversa, pois o contrato deve fazer sentido.

De forma ainda mais rigorosa que no contrato civil, portanto, o intérprete deve achar a intenção das partes e respeitá-la. E o local mais adequado para encontrar a intenção dos contratantes é, sempre, o contrato.²⁵ Assim, havendo dubiedade, a hermenêutica deve procurar na própria arquitetura contratual, levando em conta outras cláusulas do mesmo arcabouço contratual a melhor interpretação.²⁶

(ii) usos e costumes

Em segundo lugar, a influência dos usos e costumes na interpretação do contrato é muito superior no contrato comercial que no civil. Havendo dúvidas, lacunas ou ambiguidades, o costume do local para o mesmo tipo de negócio passa a ser importante fonte interpretativa.²⁷

a interpretação objetiva é uma interpretação subsidiária: somente deve ser invocada quando for impossível a aplicação do princípio de investigação da vontade real das partes contratantes” (SILVA, op. cit., 2004, p. 153).

²⁴ CORDEIRO, op. cit., 2012, p. 536.

²⁵ Além das disposições contratuais, a conduta das partes no cumprimento da obrigação também é um importante elemento para esclarecer o que foi pactuado, pois a prática real é um fator essencial do direito de empresa.

²⁶ Dispunha o revogado artigo 131 do Código Comercial de 1850 (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), no inciso 2: “2 – as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas”.

²⁷ De certo modo, novamente, era o que constava com acerto 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”; bem como

A utilização dos usos e costumes atinge os contratos comuns de mercado, de contratação setorial ou local reiterada, em que se pode achar claramente um padrão comum e respeitado e se pressupor sua incidência no silêncio contratual ou na sua ambiguidade.

Contratos não usuais não poderão utilizar essa ferramenta interpretativa. Assim, por exemplo, um contrato entre dois agentes para a constituição de uma *joint venture* não tem como utilizar usos e costumes deste tipo de empreendimento, pois as peculiaridades do caso evitam a existência de um padrão e mesmo a justa expectativa no silêncio contratual.

(iii) sentido econômico da operação

Em terceiro lugar, os contratos comerciais são onerosos. Qualquer obrigação assumida no bojo de um contrato comercial deve ser tida por onerosa. Ainda que não se possa atribuir um preço àquela especial disposição, o fruto de transação e concessões durante uma negociação comercial faz com que todo o contrato seja tido por oneroso.

No caso de um direito de preferência instituído no bojo de um acordo de acionistas, por exemplo, pressupõe-se que a preferência para a aquisição de ações foi precificada pelas partes como elemento para a decisão de contratar. As partes atribuíram um valor para dar ou receber a preferência, o que pode ter tido impacto determinante na decisão de contratar. Compreender a economia do contrato, base da sua onerosidade, é fundamental para nortear a interpretação objetiva, pois no campo comercial, de forma enfática, o contrato é a “veste jurídica de operações econômicas”²⁸ havidas entre as partes.²⁹

do inciso 4 do artigo 131, que dizia: “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”. O Código Civil traz disposição geral similar, mas que, no caso comercial, tem influência muito mais severa: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

²⁸ ROPPO, op. cit., 2009, p. 127: “Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto refletem a ‘conveniência econômica’ do próprio contrato. [...] isto é que o contrato mais não é que a veste jurídica de operações econômicas, o instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas”.

²⁹ Obviamente que, se o elemento essencial do contrato for gratuito, como, por exemplo, a fiança sem custo, as regras de interpretação de negócios gratuitos vão se aplicar.

Ao analisar objetivamente o contrato, o intérprete deve atentar para a lógica econômica sistêmica do negócio entabulado. Assim, a alocação de riscos deve ser analisada juntamente com o retorno esperado. Preço, prazo, investimento, oportunidade, tudo deve ser ponderado.

Essa equação nem sempre se limita a preço, podendo atingir investimentos, prazos contratuais, elementos concorrenciais, ou estratégicos. De certo modo, o sentido econômico é a causa contratual do contrato mercantil.

Como já dito, uma vez ultrapassada a interpretação subjetiva por não ser clara a intenção das partes, a interpretação objetiva toma lugar. Nesse momento, é necessário buscar uma lógica econômica coerente para o contrato e ferramentas como a boa-fé objetiva, preconizada no artigo 422³⁰ do Código Civil, podem ser usados na interpretação do contrato comercial.³¹

Novamente, a parte tem liberdade para assumir um grande risco desprotegido ou uma prestação desproporcional dentro de sua autonomia privada. Mas se essa vontade não surge clara, na interpretação objetiva o sentido econômico pressupõe equilíbrio e sinalagma.

O intérprete deve procurar a melhor solução do caso concreto para seguir o que foi efetivamente contratado e que faça sentido econômico nessa fase. A interpretação deve ser pela função que as cláusulas interpretadas exercem no caso concreto e pela estrutura geral do negócio efetivamente entabulado entre as partes.

(iv) interpretação em favor do devedor

Por fim, entendemos ainda vigente um princípio que já vinha expresso no antigo Código Comercial de 1850: “Art. 1313, 5 – nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

³⁰ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Para fazer justiça ao vetusto Código Comercial, a influência da boa-fé já estava reconhecida nos contratos comerciais nos incisos 1 e 3 do artigo 131: “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; 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; [...]”

³¹ A boa-fé objetiva como elemento de interpretação e integração dos contratos já está sedimentada entre nós, não merecendo muita digressão. Sobre o assunto, ver NORONHA, op. cit., 1994, p. 125-204; COSTA, Judith Martins, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Ou seja, caso da interpretação subjetiva em respeito à autonomia privada ampla não surja clara a vontade das partes e da interpretação objetiva não se possa, usando os usos e costumes nem o sentido econômico do contato, chegar a uma solução razoável, a interpretação deve então favorecer o devedor. É uma regra de desempate, como a interpretação a favor do aderente ou o *in dubio pro reo* do direito penal.

Conclusão

Os contratos mercantis são categoria contratual autônoma. Embora sujeitos supletivamente às normas gerais dos contratos, possuem peculiaridades que fazem com que suas regras interpretativas sejam distintas das demais categorias contratuais, mesmo do contrato civil.

O conceito de contrato empresarial não pode estar limitado à qualificação subjetiva das partes. Existem contratos entre empresários que não são comerciais, como existem contratos entre não empresários que são mercantis.

Os princípios que devem reger a interpretação contratual são a autonomia privada ampla, usos e costumes, sentido econômico da operação e interpretação em favor do devedor.