

**UNIVERSIDADE FUMEC**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**

**BLENDA GUIMARÃES FERREIRA**

**IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NAS TRATATIVAS E**  
**ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO**  
**BRASILEIRO:**  
**uma reflexão a partir da teoria da linguagem, da teoria dos jogos, do**  
**instituto da tutela externa do crédito e da gamificação**

**Belo Horizonte**

**2019**

**BLENDA GUIMARÃES FERREIRA**

**IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NAS TRATATIVAS E  
ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO  
BRASILEIRO:**

**uma reflexão a partir da teoria da linguagem, da teoria dos jogos, do  
instituto da tutela externa do crédito e da gamificação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: Autonomia privada, regulação e estratégia (Direito Privado).

Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

**Belo Horizonte**

**2019**

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

F383i Ferreira, Blenda Guimarães, 1988-  
Importância dos princípios nas tratativas e elaboração dos contratos no direito brasileiro: uma reflexão a partir da teoria da linguagem, da teoria dos jogos, do instituto da tutela externa do crédito e da gamificação / Blenda Guimarães Ferreira. - Belo Horizonte, 2019.

81 f. ; 29,7 cm

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2019.

1. Contratos. 2. Princípios gerais do direito. 3. Direito constitucional. I. Título. II. Fiuza, César Augusto de Castro. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.44(81)



Dissertação intitulada "IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NAS TRATATIVAS E ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO: uma reflexão a partir da teoria da linguagem, da teoria dos jogos, do instituto da tutela externa do crédito e da gamificação" autoria de **BLENDA GUIMARÃES FERREIRA**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza – Universidade FUMEC  
(Orientador)

---

Prof. Dr. Cássio Augusto Barros Brant – NEWTON PAIVA  
(Examinador Externo)

---

Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado – PUC MINAS  
(Examinador Externo)

---

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza  
Coordenador do Programa de Mestrado em Direito  
da Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2019.

**CAMPUS**

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro  
30310-190 - Belo Horizonte, MG  
Tel. (31) 3228 3000  
www.fumec.br

Para minha mãe e meu pai, minha força  
e inspiração.

## AGRADECIMENTOS

Finalizar esse trabalho só foi possível devido à presença de pessoas incríveis na minha vida, que além de acreditarem nos meus sonhos me proporcionam meios para que eles pudessem ser concretizados.

Agradeço ao meu orientador acadêmico, Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza, que ao longo de contínuos dois anos, por meio de sucessivos encontros, acreditou e apoiou a finalização dessa dissertação. Pela paciência, pelos ensinamentos, serei eternamente grata.

Agradeço à minha família, pelo afeto e suporte sem os quais nada disso teria existido. À minha mãe, Maria Madalena Ribeiro Guimaraes Fernandes, pela dedicação sem limites na minha formação acadêmica, pelo exemplo de garra e força que sempre foram presentes. Para ela, não somente os meus agradecimentos, mas todo o meu amor. Minha vida é por você e para você. Ao meu pai, Walter José Ferreira, por me amar de uma forma tão profunda e incondicional que me ajuda a tentar ser uma fortaleza à altura do amor que sempre recebi. Ao meu irmão Bráulio Guimaraes Ferreira, meu eterno conselheiro e companheiro de vida. Não consigo imaginar minha vida sem sua presença. Ao meu irmão Glauber Guimaraes Ferreira, meu pé no chão nessa vida. Obrigada por sempre me resgatar do fantástico mundo de Blenda que eu vivo. À minha cunhada Izabela Mariana de Carvalho Souza que escuta minhas loucuras e me ensinou a ser mais serena. Às crianças da minha vida, Bernardo, Miguel, Pedro e Rafael, que fazem a minha vida mais colorida. Ao Douglas pelo carinho incomparável. À minha vó Francisca, sempre presente na minha memória, com seu exemplo impecável de doçura e bondade.

Agradeço ao meu (eterno) colega do Programa de Pós-Graduação em Direito da FUMEC, Paulo Viana Cunha, por tornar as idas à faculdade muito mais aprazíveis; por proporcionar a oportunidade de trabalhar ao seu lado, local em que me encontrei profissionalmente. Obrigada pela companhia diária e principalmente pelos ensinamentos de vida. Conviver com você é um privilégio.

Agradeço aos meus amigos que fiz durante minha jornada e levarei por toda a vida, sem citar individualmente para que todos recebam igualmente meu agradecimento, por me fazerem rir mesmo quando eu quis chorar e por se fazerem presentes quando eu sumia. Agradeço pela leveza da amizade e pelo companheirismo sólido.

Agradeço ao Layon Duarte, meu amigo querido, por ter sido fundamental na elaboração desse trabalho com suas dicas e correções e por fim ao Bruno Bernardes por sua revisão impecável.

## RESUMO

A presente dissertação tem como tema a importância dos princípios nas tratativas e elaboração dos contratos no direito brasileiro. Como problema de pesquisa, o trabalho indaga se os princípios possuem papel secundário e apenas no auxílio da interpretação dos contratos em eventuais lides ou se são, de fato, um importante elemento, e de observância obrigatória na sua elaboração. Como hipótese, afirma-se que os princípios são fundamentais nas tratativas dos contratos, haja vista que sua inobservância pode gerar, inclusive, a nulidade do contrato, atingindo terceiros, como demonstra o instituto da tutela externa do crédito. Justifica-se a pesquisa pela necessidade de se demonstrar que os princípios não são meros auxílios interpretativos, tornando-se parte primordial do contrato. O objetivo geral do trabalho é investigar, dentro do neoconstitucionalismo, do uso da linguagem e da gamificação, como os princípios devem atuar dentro do contrato no direito brasileiro. São objetivos específicos do trabalho: (a) analisar os princípios e o neoconstitucionalismo brasileiro; (b) investigar como os contratos são formados a partir do uso da linguagem e da teoria dos jogos; (c) identificar o papel dos princípios nos contratos no direito brasileiro. A pesquisa adota, como marco teórico, o conceito de teoria da linguagem do filósofo Ludwig Wittgenstein, que afirma que a linguagem determina como as pessoas vão se comportar em determinadas situações como – no que se refere a presente pesquisa – no ato de contratar, e como o uso da linguagem é relevante na ponderação de princípios. Quanto aos demais aspectos metodológicos, o trabalho adota como raciocínio predominante o dedutivo; a pesquisa é do tipo bibliográfica, analisando os dados extraídos das obras referenciadas.

Palavras-chave: Linguagem. Princípios. Neoconstitucionalismo. Contratos.

## **ABSTRACT**

This dissertation has as its theme the importance of the principles in the dealings and elaboration of the contracts in the Brazilian law. As a research problem, the paper asks if the principles have a secondary role and only in helping the interpretation of the contracts in eventual dealings or if they are, in fact, an important element, and of mandatory observance in their elaboration. As a hypothesis, it is stated that the principles are fundamental in dealing with contracts, since their failure to comply can even lead to the nullity of the contract, affecting third parties, as shown by the institute of external credit protection. The research is justified by the need to demonstrate that the principles are not merely interpretive aids, becoming a primary part of the contract. The general objective of the work is to investigate, within the neoconstitutional framework, the use of language and gamification, how the principles should act within the contract in Brazilian law. Specific objectives of the work are: (a) to analyze the principles and Brazilian neoconstitutionalism; (b) investigate how contracts are formed from the use of language and game theory; (c) identify the role of principles in contracts under Brazilian law. The research adopts, as a theoretical framework, the concept of language theory of the philosopher Ludwig Wittgenstein, who states that language determines how people will behave in certain situations such as - in the present research - in the act of hiring, and how the use of language is relevant in weighting principles. As for the other methodological aspects, the work adopts the predominant reasoning as deductive; The research is bibliographic, analyzing the data extracted from the referenced works.

**Keywords:** Language. Principles. Neoconstitutionalism. Contracts.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>JOGOS DE LINGUAGEM APLICADOS AOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>11</b>
2.1	JOGOS DE LINGUAGEM DOS CONTRATOS .....	17
2.2	APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NOS JOGOS DE LINGUAGEM DA REDAÇÃO DOS CONTRATOS .....	21
<b>3</b>	<b>IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>23</b>
3.1	FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS .....	24
<b>4</b>	<b>A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO .....</b>	<b>26</b>
4.1	NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO .....	26
4.2	O CONSTITUCIONALISMO.....	26
4.3	O NEOCONSTITUCIONALISMO .....	27
4.4	A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	29
4.5	A MORAL E A NORMA.....	31
4.6	O DIREITO DA MINORIA .....	34
<b>5</b>	<b>APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NA ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS .....</b>	<b>36</b>
5.1	CONTRATOS .....	36
5.2	TEORIA DOS JOGOS APLICADA AOS CONTRATOS .....	37
5.3	ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS .....	42

<b>6</b>	<b>TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO.....</b>	<b>44</b>
6.1	PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL.....	46
6.2	O PAPEL DO TERCEIRO .....	48
6.3	FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE .....	50
6.4	O TERCEIRO E A RELAÇÃO OBRIGACIONAL .....	51
6.5	BOA-FÉ NO CONTRATO .....	52
6.6	A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: CASO ZECA PAGODINHO .....	54
6.7	LIVRE INICIATIVA E A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO .....	59
6.8	OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO TERCEIRO .....	60
<b>7</b>	<b>GAMIFICAÇÃO NAS TRATATIVAS DOS CONTRATOS.....</b>	<b>63</b>
7.1	USO DOS MECANISMOS DOS JOGOS .....	64
7.2	NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL.....	65
7.3	GAMIFICAÇÃO EMPRESARIAL .....	68
7.4	APLICAÇÃO DA GAMIFICAÇÃO NA ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS .....	69
<b>8</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>72</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado tem como tema a importância dos princípios nas tratativas e elaboração dos contratos no direito brasileiro. Como problema de pesquisa, o trabalho indaga se os princípios possuem papel secundário e apenas no auxílio da interpretação dos contratos em eventuais lides ou se são, de fato, um importante elemento, e de observância obrigatória na sua elaboração.

Como hipótese, afirma-se que os princípios são fundamentais nas tratativas dos contratos, haja vista que sua inobservância pode gerar, inclusive, a nulidade do contrato, atingindo inclusive terceiros, como demonstra o instituto da tutela externa do crédito. Nesse sentido o uso da linguagem deve cuidadosamente selecionado.

Justifica-se a pesquisa pela necessidade de se demonstrar que os princípios não são meros auxílios interpretativos, tornando-se parte primordial do contrato.

O objetivo geral do trabalho é investigar, dentro do neoconstitucionalismo, do uso da linguagem e da gamificação, como os princípios devem atuar dentro do contrato no direito brasileiro.

São objetivos específicos do trabalho: (a) analisar os princípios e o neoconstitucionalismo brasileiro; (b) investigar como os contratos são formados a partir do uso da linguagem e da teoria dos jogos; (c) identificar o papel dos princípios nos contratos no direito brasileiro.

A pesquisa adota, como marco teórico, o conceito de teoria da linguagem do filósofo Ludwig Wittgenstein, que afirma que a linguagem determina como as pessoas vão se comportar em determinadas situações como – no que se refere a presente pesquisa – no ato de contratar, e como o uso da linguagem é relevante na ponderação de princípios.

No capítulo dois é apresentado a teoria dos jogos de linguagem que contribui para uma análise mais profunda da linguagem como meio de interpretação dos contratos.

No capítulo três, a importância dos princípios no direito brasileiro é estudada, tendo como parâmetro a análise de suas funções.

No capítulo quatro, o conceito de neoconstitucionalismo se faz necessário para entender em que contexto os contratos são formados e como os princípios proporcionam a unidade do Estado Democrático de Direito.

No capítulo cinco a teoria dos jogos é explanada para entender como funciona o interesse dos participantes nas tratativas dos contratos, fazendo uma âncora com a análise econômica do contrato.

No capítulo seis o papel do terceiro é evidenciado através do instituto da tutela externa do crédito que analise essa intervenção passando pelo abuso do direito.

No ultimo capitulo é analisado o comportamento dos participantes na elaboração dos contratos sob o prisma da gamificação empresarial.

Quanto aos demais aspectos metodológicos, o trabalho adota como raciocínio predominante dedutivo; a pesquisa é do tipo bibliográfico, analisando os dados extraídos das obras referenciadas.

## 2 JOGOS DE LINGUAGEM APLICADOS AOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO

Por meio dos jogos de linguagem propostos pelo filósofo Wittgenstein em seu livro *Investigações Filosóficas*, proporciona uma interpretação do mundo com o uso da linguagem, é possível realizar uma análise assertiva nos contratos do direito brasileiro. O direito é um jogo de linguagem e seu uso na elaboração dos contratos possui regras específicas. Esse capítulo busca mostrar a importância do estudo da linguagem nos contratos, constatando suas formas de utilização na concretização da boa-fé.

Imaginemos uma linguagem que concorde com a descrição dada por Agostinho: a linguagem deve servir de comunicação entre um construtor A e um ajudante B. A executa um edifício com blocos de construção; há disponíveis blocos, colunas, lajotas e vigas. B tem que lhe alcançar os blocos de construção na sequência em que A deles precisa. Para esta finalidade, eles se servem de uma língua que consiste das palavras: “bloco”, “coluna”, “lajota”, “viga”. A chama as palavras; – B traz a peça que aprendeu a trazer para este chamado. — Conceba isso como uma linguagem primitiva completa. (WITTGENSTEIN, 1945, p. 7, tradução nossa).<sup>1</sup>

É pela interseção entre as regras que regem o uso da linguagem que os contratos no direito brasileiro são formados e tem sua vigência determinada pela legislação pátria vigente. A análise mais profunda dos jogos de linguagem aplicados a essa hipótese possibilita uma interpretação mais assertiva sobre eventual conflito oriundo do contrato.

Para Wittgenstein a estrutura da linguagem é a estrutura do mundo e essa estrutura é lógica. De acordo com a teoria dos jogos de linguagem, existe um perfeito espelhamento do mundo pela linguagem. Para entender o significado da linguagem é necessário observar a

---

*1 Texto original: Denken wir uns eine Sprache, für die die Beschreibung, wie Augustinus sie gegeben hat, stimmt: Die Sprache soll der Verständigung eines Bauenden A mit einem Gehilfen B dienen. A führt einen Bau auf aus Bausteinen; es sind Würfel, Säulen, Platten und Balken vorhanden. B hat ihm die Bausteine zuzureichen, und zwar nach der Reihe, wie A sie braucht. Zu dem Zweck bedienen sie sich einer Sprache, bestehend aus den Wörtern: »Würfel«, »Säule«, »Platte«, »Balken«. A ruft sie aus; – B bringt den Stein, den er gelernt hat, auf diesen Ruf zu bringen. — Fasse dies als vollständige primitive Sprache auf.*

forma com que ela é utilizada. A linguagem em sentido amplo corresponde a um conjunto de jogos de linguagem.

Pense em quantas coisas diferentes são chamadas de “descrição”: a descrição da posição de um corpo por meio de suas coordenadas; a descrição de uma expressão facial; a descrição de uma sensação táctil; do humor. Pode-se certamente substituir a forma habitual da pergunta pelo enunciado ou pela descrição: “quero saber se ....”, ou “estou em dúvida se ....” – mas, com isso, não se aproximam mais entre si os diferentes jogos de linguagem. A importância dessas possibilidades de transformação, por exemplo, de todas as asserções em sentenças que comecem com as cláusulas “eu penso” ou “eu creio” (portanto, por assim dizer, em descrições da minha vida interior) vai se mostrar mais claramente em outro lugar. (Solipsismo) Às vezes se diz: os animais não falam porque lhes faltam as capacidades mentais. E isso significa: “eles não pensam, portanto não falam”. Mas: eles não falam mesmo. Ou melhor: eles não empregam uma linguagem – se abstramos as formas mais primitivas de linguagem. – Dar ordens, perguntar, contar, tagarelar pertencem a nossa história natural tanto quanto andar, comer, beber, jogar. O que se quer dizer é que o aprendizado de uma linguagem consiste em nomear objetos. Com efeito: pessoas, formas, cores, dores, humores, números etc. Como foi dito – nomear é semelhante a afixar uma etiqueta em alguma coisa. Pode-se chamar isso de preparação para o uso de uma palavra. Mas isso é uma preparação para quê? “Nós damos nomes às coisas e então podemos falar sobre elas. Referirmo-nos a elas na conversa.” – Como se com o ato de denominação já estivesse dado tudo o que faríamos depois. Como se houvesse apenas uma coisa chamada: “falar das coisas”. Enquanto fazemos as mais diferentes coisas com as nossas sentenças. Pensemos somente nas exclamações. Com as suas funções totalmente diferentes: Água! Fora! Ai! Socorro! Lindo! . (WITTGENSTEIN, 1945, p. 23,24, tradução nossa).<sup>2</sup>

---

*2 Texto original: Denke daran, wieviel Verschiedenartiges »Beschreibung« genannt wird: Beschreibung der Lage eines Körpers durch seine Koordinaten; Beschreibung eines Gesichtsausdrucks; Beschreibung einer Tastempfindung; einer Stimmung. Man kann freilich statt der gewöhnlichen Form der Frage die der Feststellung, oder Beschreibung setzen: »Ich will wissen, ob ....«, oder »Ich bin im Zweifel, ob ....« – aber damit hat man die verschiedenen Sprachspiele einander nicht näher gebracht. Die Bedeutsamkeit solcher Umformungsmöglichkeiten, z.B. aller Behauptungssätze in Sätze, die mit der Klausel »Ich denke«, oder »Ich glaube« anfangen (also sozusagen in Beschreibungen meines Innenlebens) wird sich an anderer Stelle deutlicher zeigen. (Solipsismus.) Man sagt manchmal: die Tiere sprechen nicht, weil ihnen die geistigen Fähigkeiten fehlen. Und das heißt: »sie denken nicht, darum sprechen sie nicht«. Aber: sie sprechen eben nicht. Oder besser: sie verwenden die Sprache nicht – wenn wir von den primitivsten Sprachformen absehen. – Befehlen, fragen, erzählen, plauschen gehören zu unserer Naturgeschichte so wie gehen, essen, trinken, spielen. Man meint, das Lernen der Sprache*

Fato é que as técnicas que levam à elaboração do texto dos contratos no direito brasileiro dão origem à forma com que as partes do contrato se relacionam. Nesse contexto, emerge o Judiciário, com funções significativamente diferentes, cabendo interpretar os contratos em face da boa-fé contratual, tendo em vista o uso da linguagem contra os princípios estabelecidos pelo Código Civil (BRASIL, 2019b), por consequência, decidir sobre os limites que a linguagem utilizada deve ser aplicado.

[...] o tipo de ética buscado pelo novo Código Civil é defendido pela corrente Kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão Kantiana, a certeza do dever cumprido, tranquilidade e boa consciência. (DELGADO, 2003, p. 177).

Como se sabe, existem contratos de adesão, nos quais as partes não discutem livremente as cláusulas contratuais; cabe a uma parte aderi-lo integralmente ou não. Sobre esse tipo de contrato, Maria Helena Diniz aduz:

[...] é aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra, como nos ensina R. Limongi França. Opõe-se a ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro [...], aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. (DINIZ, 2009, p. 367).

Outra linguagem que vale mencionar é a linguagem privada.

Linguagem privada, ou pessoal, não é uma linguagem que de fato seja falada e compreendida por uma só pessoa [...] a linguagem privada, para Wittgenstein, é uma linguagem que não pode ser entendida por outro sujeito, a não ser o seu próprio criador, porque as expressões dessa linguagem se referem às vivências interiores pessoais desse criador. (STEGMULLER, 1977, p. 18).

Os jogos de linguagem constituem um conjunto de práticas; as formas como se pergunta, afirma, reclama, entre outros. Nesse sentido, não existe uma linguagem universal,

---

*bestehe darin, daß man Gegenstände benennt. Und zwar: Menschen, Formen, Farben, Schmerzen, Stimmungen, Zahlen, etc. Wie gesagt – das Benennen ist etwas Ähnliches, wie, einem Ding ein Namentäfelchen anheften. Man kann das eine Vorbereitung zum Gebrauch eines Wortes nennen. Aber worauf ist es eine Vorbereitung? »Wir benennen die Dinge und können nun über sie reden. Uns in der Rede auf sie beziehen.« – Als ob mit dem Akt des Benennens schon das, was wir weiter tun, gegeben wäre. Als ob es nur Eines gäbe, was heißt: »von Dingen reden«. Während wir doch das Verschiedenartigste mit unsern Sätzen tun. Denken wir allein an die Ausrufe. Mit ihren ganz verschiedenen Funktionen. Wasser! Fort! Au! Hilfe! Schön! Nicht!*

mas diversas linguagens. Uma das passagens mais famosas de Wittgenstein é a que o autor afirma que a linguagem não representa o mundo, o mundo está na linguagem.

Considere, por exemplo, os processos que chamamos de “jogos”. Refiro-me a jogos de tabuleiro, de cartas, de bola, torneios esportivos etc. O que é comum a todos eles? [...], se você os contempla, não verá na verdade algo que fosse comum a todos, mas verá semelhanças, parentescos, e até toda uma série deles. [...] Considere, por exemplo, os jogos de tabuleiro, com seus múltiplos parentescos. Agora passe para os jogos de cartas: [...] mas muitos traços comuns desaparecem e outros surgem. Se passarmos agora aos jogos de bola, muita coisa comum se conserva, mas muitas se perdem. – São todos ‘recreativos’? Compare o xadrez com o jogo de amarelinha. Ou há em todos um ganhar e um perder, ou uma concorrência entre os jogadores? Pense nas paciências. Nos jogos de bola há um ganhar e um perder; mas se uma criança atira a bola na parede e a apanha outra vez, este traço desapareceu. Veja que papéis desempenham a habilidade e a sorte. E como é diferente a habilidade no xadrez e no tênis. Pense agora nos brinquedos de roda: o elemento de divertimento está presente, mas quantos dos outros traços característicos desapareceram! E assim podemos percorrer muitos, muitos outros grupos de jogos e ver semelhanças surgirem e desaparecerem.

E tal é o resultado desta consideração: vemos uma rede complicada de semelhanças, que se envolvem e se cruzam mutuamente. Semelhanças de conjunto e de pormenor (Investigações Filosóficas, § 66).

Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão “semelhanças de família”; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento etc., etc. — E digo: os “jogos” formam uma família. (GLOCK, 1998, p. 53).

Nesse sentido, a língua se forma conforme o contexto e as relações comunicativas estabelecidas. As palavras não possuem um único conceito ou ponto de referência, mas uma diversidade de sentidos, que são estabelecidos a partir da dinâmica linguística. Os jogos de linguagem são estabelecidos por seus praticantes que definem suas regras. De acordo com Wittgenstein:

Imagine agora este emprego da linguagem: mando alguém às compras. Dou-lhe um pedaço de papel sobre o qual estão os sinais: “cinco maçãs vermelhas”. Ele leva o pedaço de papel ao vendedor; este abre a gaveta sobre a qual está o sinal “maçã”; então procura numa tabela a palavra “vermelho” e a encontra diante de uma amostra de cores; agora ele diz a sequência dos cardinais – eu assumo que ele a sabe de cor – até a palavra “cinco”, e, para cada numeral, ele pega uma maçã da gaveta que tem a cor da amostra. — Assim, e de modo semelhante, opera-se com as palavras. — “Como ele sabe onde e como deve consultar a palavra ‘vermelho’ e o que tem de fazer com a palavra ‘cinco’?” — Bem, assumo que ele age conforme descrevi. As explicações chegam a um fim em algum lugar. – Mas, então, qual é o significado da palavra “cinco”? – Nada se falou sobre isso; só de como a palavra “cinco” é usada. Aquele conceito filosófico de significado se ajusta a uma representação primitiva da maneira como a linguagem funciona. Pode-se, entretanto, dizer que ele seria a representação de uma língua mais primitiva que a nossa. Imaginemos uma linguagem que concorde com a descrição dada por Agostinho: a linguagem deve servir de comunicação entre um construtor A e um ajudante B. A executa uma edificação com blocos de construção; há disponíveis blocos, colunas, lajotas e vigas. B tem que lhe alcançar os blocos de construção na sequência em que A deles precisa. Para esta finalidade, eles se servem de uma língua que consiste das palavras: “bloco”, “coluna”, “lajota”, “viga”. A chama as palavras; – B traz a peça que aprendeu a trazer para este chamado. — Conceba isso como uma linguagem primitiva completa. Agostinho descreve, podemos dizer, um sistema de

comunicação; só que nem tudo que chamamos de linguagem está nesse sistema. E isto tem que ser dito em muitos casos onde se levanta a questão: “Esta apresentação é útil ou inútil?”. A resposta é então: “Sim, é útil; mas somente para este domínio estreito e circunscrito, não para a totalidade do que você pretendia apresentar.” É como se alguém explicasse: “Jogar consiste em movimentar coisas sobre uma superfície de acordo com certas regras...” – e nós lhe respondêssemos: você parece pensar em jogos de tabuleiro; mas esses não são todos os jogos. Você pode corrigir a explicação ao restringi-la expressamente a esses jogos. Imagine uma escrita em que as letras fossem utilizadas para designar sons, mas também para designar acentuação e sinais de pontuação. (Pode-se conceber uma escrita como uma linguagem para descrição de imagens sonoras.) Imagine agora que alguém compreendesse aquela escrita como se cada letra correspondesse simplesmente a um som, e como se as letras não tivessem também funções totalmente diferentes. Uma concepção tão simples da escrita é comparável à concepção agostiniana da linguagem. Quando se considera o exemplo na seção § 1, presume-se, talvez, em que medida o conceito geral de significado das palavras envolve o funcionamento da linguagem com uma bruma que torna impossível a visão clara. – A névoa se dissipa se nós estudamos as manifestações da linguagem em tipos primitivos do seu emprego, nos quais se pode ter uma visão geral clara da finalidade e do funcionamento das palavras. A criança emprega essas formas primitivas da linguagem quando aprende a falar. O ensino da linguagem não é aqui nenhuma explicação, mas um treinamento. Poderíamos imaginar que a língua na seção § 2 é toda a linguagem de A e B; e até toda a linguagem de uma tribo. As crianças são educadas a executar essas atividades, a usar também essas palavras, e a reagir assim à palavras do outro. Uma parte importante do treinamento consistirá em que aquele que ensina aponta para objetos, dirige a atenção das crianças para eles enquanto profere uma palavra; por exemplo, a palavra “lajota” enquanto mostra essa forma. (Não quero chamar isso de “explicação ostensiva” ou de “definição”, até porque a criança não pode ainda perguntar pela denominação. Quero chamar isso de “ensino ostensivo de palavras”. — Digo que isso forma uma parte importante do treinamento, porque este é o caso entre as pessoas; não porque não se poderia imaginar outra coisa.) Esse ensino ostensivo de palavras, pode-se dizer, faz uma ligação associativa entre a palavra e a coisa. Mas o que significa isso? Bem, isso pode querer dizer várias coisas; mas imagina-se muito bem, em primeiro lugar, que a imagem da coisa se apresenta na mente da criança quando ela ouve a palavra. Mas, então, quando isso ocorre – esta é a finalidade da palavra? – Sim, esta pode ser a finalidade. – Eu posso imaginar um emprego de palavras como esse (sequência de sons). (Proferir uma palavra é como tocar uma tecla no piano da representação.) Mas na língua da seção § 2 a finalidade das palavras não é despertar representações. (Pode-se certamente descobrir que isso é útil para a finalidade real.) Se isso, entretanto, é o que o ensino ostensivo provoca, – devo dizer que ele provoca a compreensão da palavra? Não compreende a exclamação “lajota!” aquele que age de tal e tal modo com ela? – Mas isso foi certamente proporcionado pelo ensino ostensivo; mas somente em conjunto com uma determinada lição. Com outra lição, o mesmo ensino ostensivo destas palavras teria provocado uma compreensão totalmente diferente. (WITTGENSTEIN, 1945, p. 7,8,9 e 10, tradução nossa).<sup>3</sup>

---

*3 Texto original: Denke daran, Denken wir uns eine Sprache, für die die Beschreibung, wie Augustinus sie gegeben hat, stimmt: Die Sprache soll der Verständigung eines Bauenden A mit einem Gehilfen B dienen. A führt einen Bau auf aus Bausteinen; es sind Würfel, Säulen, Platten und Balken vorhanden. B hat ihm die Bausteine zuzureichen, und zwar nach der Reihe, wie A sie braucht. Zu dem Zweck bedienen sie sich einer Sprache, bestehend aus den Wörtern: »Würfel«, »Säule«, »Platte«, »Balken«. A ruft sie aus; – B bringt den Stein, den er gelernt hat, auf diesen Ruf zu bringen. — Fasse dies als vollständige primitive Sprache auf. Augustinus beschreibt, könnten wir sagen, ein System der Verständigung; nur ist nicht alles, was wir Sprache nennen, dieses System. Und das muß man in so*

O importante é como a comunidade linguística utiliza os conceitos. A linguagem só tem sentido dentro de uma forma de vida cotidiana. A partir do uso da linguagem, podem-se inferir regras de como utilizá-las corretamente; regras éticas. Somente no contexto social de

---

*manchen Fällen sagen, wo sich die Frage erhebt: »Ist diese Darstellung brauchbar, oder unbrauchbar?« Die Antwort ist dann: »Ja, brauchbar; aber nur für dieses eng umschriebene Gebiet, nicht für das Ganze, das Du darzustellen vorgabst.« Es ist, als erklärte jemand: »Spielen besteht darin, daß man Dinge, gewissen Regeln gemäß, auf einer Fläche verschiebt...« – und wir ihm antworten: Du scheinst an die Brettspiele zu denken; aber das sind nicht alle Spiele. Du kannst deine Erklärungsrichtigstellen, indem du sie ausdrücklich auf diese Spiele einschränkst. Denk dir eine Schrift, in welcher Buchstaben zur Bezeichnung von Lauten benützt würden, aber auch zur Bezeichnung der Betonung und als Interpunktionszeichen. (Eine Schrift kann man auffassen als eine Sprache zur Beschreibung von Lautbildern.) Denk dir nun, daß Einer jene Schrift so verstünde, als entspräche einfach jedem Buchstaben ein Laut und als hätten die Buchstaben nicht auch ganz andere Funktionen. So einer, zu einfachen, Auffassung der Schrift gleicht Augustinus' Auffassung der Sprache. Wenn man das Beispiel im § 1 betrachtet, so ahnt man vielleicht, inwiefern der allgemeine Begriff der Bedeutung der Worte das Funktionieren der Sprache mit einem Dunst umgibt, der das klare Sehen unmöglich macht. – Es zerstreut den Nebel, wenn wir die Erscheinungen der Sprache an primitiven Arten ihrer Verwendung studieren, in denen man den Zweck und das Funktionieren der Wörter klar übersehen kann. Solche primitiven Formen der Sprache verwendet das Kind, wenn es sprechen lernt. Das Lehren der Sprache ist hier kein Erklären, sondern ein Abrichten. Wir könnten uns vorstellen, daß die Sprache im § 2 die ganze Sprache des A und B ist; ja, die ganze Sprache eines Volksstamms. Die Kinder werden dazu erzogen, diese Tätigkeiten zu verrichten, diese Wörter dabei zu gebrauchen, und so auf die Worte des Anderen zu reagieren. Ein wichtiger Teil der Abrichtung wird darin bestehen, daß der Lehrende auf die Gegenstände weist, die Aufmerksamkeit des Kindes auf sie lenkt, und dabei ein Wort ausspricht; z. B. das Wort »Platte« beim Vorzeigen dieser Form. (Dies will ich nicht »hinweisende Erklärung«, oder »Definition«, nennen, weil ja das Kind noch nicht nach der Benennung fragen kann. Ich will es »hinweisendes Lehren der Wörter« nennen. — Ich sage, es wird einen wichtigen Teil der Abrichtung bilden, weil es bei Menschen so der Fall ist; nicht, weil es sich nicht anders vorstellen ließe.) Dieses hinweisende Lehren der Wörter, kann man sagen, schlägt eine assoziative Verbindung zwischen dem Wort und dem Ding. Aber was heißt das? Nun, es kann Verschiedenes heißen; aber man denkt wohl zunächst daran, daß dem Kind das Bild des Dings vor die Seele tritt, wenn es das Wort hört. Aber wenn das nun geschieht, – ist das der Zweck des Worts? – Ja, es kann der Zweck sein. – Ich kann mir eine solche Verwendung von Wörtern (Lautreihen) denken. (Das Aussprechen eines Wortes ist gleichsam ein Anschlagen einer Taste auf dem Vorstellungsklavier.) Aber in der Sprache im § 2 ist es nicht der Zweck der Wörter, Vorstellungen zu erwecken. (Es kann freilich auch gefunden werden, daß dies dem eigentlichen Zweck förderlich ist.)*

uso as palavras adquirem um sentido socialmente reconhecido de acordo com as regras linguísticas.

Entender a linguagem não significa desvendar o seu significado, mas descrever as práticas linguísticas, entender como a linguagem produz os seus significados; a pluralidade de jogos de linguagem factuais entretidos com as diferentes formas de vida culturais integrantes de uma sociedade pluralista. A linguagem é algo eminentemente público; não é possível existir uma linguagem privada.

## 2.1 JOGOS DE LINGUAGEM DOS CONTRATOS

Os contratos são utilizados para inúmeros negócios jurídicos e constituem uma forma das partes terem segurança jurídica. Nos contratos de locações, por exemplo, as partes definem por qual tempo e valor o imóvel se encontrará disponível. Entretanto, as partes podem preferir elaborar o contrato por até 30 meses para facilitar a retomada do imóvel. É uma clara utilização dos jogos de linguagem.

Qual o motivo dos 30 meses (prazo de locação)? Os proprietários, ou seus representantes legais, preferem alugar os imóveis com prazo de locação de 30 meses em função da possibilidade de retomada do imóvel, ou seja, contratos com pelo menos dois anos e meio de duração permitem que o imóvel seja solicitado a qualquer tempo após o seu encerramento. Se o contrato for elaborado com prazo menor, caso não seja feita a solicitação do imóvel até 30 dias após o vencimento, o proprietário só poderá pedir a desocupação após cinco anos de locação ininterrupta (salvo algumas condições especiais). É por essa razão que optam pelos 30 meses. (SANDER, 2014).

Os jogos de linguagem muitas vezes são representados por signos e para interpretá-los deve-se observar a realidade que aquele contrato está inserido, o nível socioeconômico das partes, o lugar da celebração, o objeto do contrato e a linguagem utilizada.

Observa-se que a linguagem é uma das armas poderosas de sobrevivência dessa comunidade, com seus signos. Um sistema arbitrário de símbolos usados para representar ideias, pensamentos que expressam a realidade em que esses sujeitos estão socialmente inseridos. (CASTELLIANO, 2014, p. 15).

É importante ponderar que um mesmo contrato deve ser interpretado de maneira diferente, tendo em vista que o jogo de linguagem deve ser diferente se as partes são distintas. Não existe um jogo de linguagem específico e imutável para cada situação, pois se trata de atores diferentes que possuem diferentes interesses. Nesse sentido, pode-se observar que em um contrato de compra e venda em que duas empresas negociam um imóvel é diferente da compra e venda de um carro utilitário para particulares; apesar de se tratar de um contrato de compra e venda para ambos, o jogo de linguagem utilizado é completamente distinto.

No primeiro caso, o jogo de linguagem utilizado é a comunicação entre duas empresas de poder econômico expressivo e justamente o fato de que as partes estarem iguais na posição de negociar, o jogo de linguagem é essencialmente comercial. No segundo caso, devem-se levar em consideração os objetivos da parte, se existe parte hipossuficiente, sendo que, para cada caso, a linguagem deverá ser utilizada de maneira diferente.

O professor norte-americano de direito Hagggar defende que todo bom jurista, especialmente aquele dedicado à redação de contratos, deve possuir cinco características básicas: acuracidade, clareza, brevidade, simplicidade e tom adequado.

Em resumo, o autor ensina que a acuracidade consiste em mais do que ser preciso ao revisar as minutas. É necessário que o que se escreveu corresponda exatamente aos objetivos de seu cliente. O texto pode estar bem escrito, não ter quaisquer sortes de erros e ainda ter uma série de proteções para os envolvidos, porém pode pecar na ausência da descrição dos verdadeiros objetivos que vinculam as partes. Assim sendo, a descrição e o cumprimento das obrigações estabelecidas pelas partes podem ficar prejudicados.

Com relação à clareza, é necessário que a linguagem contratual seja direta, sem frases truncadas. O texto deve ser em prosa e a linguagem afirmativa. Não há espaço para retórica, o que não quer dizer que, por vezes, não seja conveniente que algumas sentenças beirem a redundância, no intuito de serem efetivamente precisas e claras. Aqui não se trata de uso excessivo ou de se ser repetitivo, mas de preciosismo na linguagem para evitar ambiguidades.

Com equilíbrio, não haverá conflito com a característica da brevidade, visto que não existe uma regra que estabeleça uma quantidade de palavras nem um limite de cláusulas. Isso somente poderá ser aferido frente ao conteúdo do contrato e irá variar conforme a complexidade de seu objeto.

A brevidade está relacionada a cortar o supérfluo. Segundo Hagggar, deve-se ter um cuidado especial com relação à brevidade para que essa não seja elevada ao extremo.

Nesse sentido:

*If an idea can be expressed in a single 26 word sentence, then do it that way. But if that idea requires six paragraphs for full expression, then anything short of that would be inadequate. The answer to the question, How long should it be? Is very simple: long enough and not one word longer (HAGGAR, 1996, p. 6-7).*

Enquanto brevidade significa aqui se expressar com o mínimo de palavras possíveis, simplicidade implica em dizer o que é necessário na forma em que é apresentada.

Hagggar ensina, também, que o “tom” da linguagem a ser utilizada deve ser aquele de uso profissional. O jurista deve deixar de lado a escrita rebuscada e pomposa, da mesma forma que as gírias e palavras coloquiais. Tampouco há espaço para o jurista expor suas impressões pessoais.

Essas características, quando presentes, ajudarão na redação do contrato. Para se ter certeza se elas estão presentes, recomenda-se revisar o contrato quantas vezes forem necessárias, a fim de se verificar se tudo o que é preciso foi incluído, se não há erros ou repetições, etc. É aconselhável que o cliente também revise a minuta contratual, pois é ele quem conhece o negócio que se está ajustando e é quem se vinculará ao termo redigido, sofrendo suas consequências, sejam elas benéficas ou não.

Juntamente com a teoria geral das obrigações, é imprescindível que o advogado conheça a legislação que cercará o contrato que se quer redigir. As espécies de contratos mais comuns foram regulamentadas pelo Código Civil: são os chamados contratos típicos. As disposições legais auxiliam na construção do contrato, pois são um norte para o advogado, associada à teoria geral das obrigações.

Além dos contratos em espécie referidos no Código Civil, há ainda ampla legislação esparsa que regula determinadas contratações, como a Lei de Locação, por exemplo. Não basta apenas conhecer a lei, é preciso entendê-la e saber aplicá-la. Por exemplo, é importante que o advogado saiba que a Lei de Locação não é usada para contratos em que um apart-hotel é cedido a terceiros. Nesse caso, a Lei de Locação não é aplicável, devendo ser empregadas as regras para contratos de hospedagem.

Deve-se ter cuidado com a legislação, sob pena de se ter um contrato parcial ou totalmente nulo. Além disso, um dispositivo contratual ilegal pode gerar responsabilidades cíveis e criminais às partes. Até mesmo a omissão de alguma cláusula contratual, pode, em função da legislação, gerar consequências. Existem, ainda, detalhes específicos que precisam ser considerados quando da preparação de um contrato. (KISCHELEWSKI, 2009).

A jurisprudência abarca casos em que as partes se utilizaram da teoria dos jogos de linguagem para realizar uma denúncia vazia nos contratos de aluguel. A parte que elaborou o contrato utilizou o jogo de linguagem do Direito Civil, para que pudesse ter a opção de extinguir o contrato sem justificativa. Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará determinou:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. LOCAÇÃO PARA FIM RESIDENCIAL. TÉRMINO DO PRAZO DE 30 MESES. PRORROGAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO. LOCADORA QUE PRETENDE A RETOMADA DO IMÓVEL. NOTIFICAÇÃO PARA DESOCUPAÇÃO. REGULARIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONFIRMAÇÃO. 1. Tendo a sentença preenchido os requisitos mencionados no art. 458 do CPC, e estando presentes, de forma clara e objetiva, as razões que formaram sua convicção, não há que se falar em nulidade como pretende o recorrente. 2. Ocorrendo o término do prazo estabelecido no contrato e permanecendo o locatário no imóvel, há a prorrogação por prazo indeterminado, mostrando-se imprescindível a notificação prévia ao despejo por denúncia vazia, conforme disciplina o artigo 57 da Lei do Inquilinato. 3. Comprovada a notificação do locatário, bem como a ausência de qualquer causa impeditiva do direito do locador de reaver seu imóvel, a procedência do pedido autoral é medida que se impõe. Precedentes. 4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença confirmada. **ACÓRDÃO:** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste acórdão. Fortaleza, 17 de junho de 2015. (CEARÁ, 2015).

Um exemplo claro em que os jogos de linguagem são utilizados nos contratos em sentido contrário ao do princípio da boa-fé ocorre quando são inseridas cláusulas abusivas no contrato de adesão. Trata-se, infelizmente, de prática usual, em que o fornecedor do produto ou prestador de serviço redige unilateralmente o contrato, impondo uma gama de cláusulas abusivas que só o favorece sem uma contraprestação justa.

É importante ponderar que diversas vezes o consumidor assina o contrato sem saber o conteúdo do que está sendo imposto, pois geralmente cuida-se de contratos extensos com uma linguagem rebuscada, justamente para dificultar o entendimento.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná, em um dos seus acordão julgou nula uma cláusula inserida no Plano de saúde que restringe a cobertura da internação.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PLANO DE SAÚDE. ADERENTE QUE SOFRE ENFARTO DO MIOCÁRDIO. ATENDIMENTO EMERGENCIAL QUE RESULTA NA SUA INTERNAÇÃO E SUBMISSÃO A CIRURGIA (CATETERISMO), COM IMPLANTAÇÃO DE STENTS. NEGATIVA DE COBERTURA. ALEGADO NÃO DECURSO DO PERÍODO DE CARÊNCIA DE SEIS MESES. CLÁUSULA ABUSIVAMENTE INSERIDA EM CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE DECLARADA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. INADIMPLEMENTO FUNDADO EM CLÁUSULA CONTRATUAL DECLARADA POSTERIORMENTE NULA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ATO ILÍCITO, NEM DE ABUSO DE DIREITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO, OUTROSSIM, DE OFENSA ANORMAL DA HONRA OU DA INTIMIDADE DO APELADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A cláusula inserida em plano de saúde, que restringe a cobertura da internação, decorrente de emergência, é, inequivocamente, abusiva e nula, pois está em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Isto porque este, que abrange a prestação de serviços médicos, visa a resguardar o bem jurídico mais importante que integra a esfera jurídica do contrato em tela, qual seja, a vida e a integridade física do contratante-aderente. 2. O mero inadimplemento de obrigação não gera automático direito à indenização por dano moral, salvo se decorreu de conduta desajustada ou leviana da parte inadimplente ou se caracterizou em abuso violento e causou ofensa anormal da honra ou da intimidade da parte credora. (PARANÁ, 2006).

Outro exemplo da utilização dos jogos de linguagem de forma ilegal ocorre quando, em um contrato de adesão, elege-se cláusula de eleição de foro de maneira a prejudicar o consumidor, parte hipossuficiente.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO DECLARATÓRIA AJUIZADA NO FORO DE DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – CLÁUSULA INSERIDA EM CONTRATO DE ADESÃO – ABUSIVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Se o consumidor está, em sua cidade, a demandar em face de grande instituição de ensino, localizada em cidade diversa, indene de dúvidas que aquele representa parte hipossuficiente na relação jurídica de direito material firmada com esta e, por isso, deve prevalecer o foro de seu domicílio para o ajuizamento da ação, em detrimento da cláusula de eleição de foro, inserto em contrato de adesão, sob pena de a defesa de seus interesses restar completamente prejudicada. Até porque, o contratante não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e os efeitos da estipulação contratual (escolha do foro de eleição). (MATO GROSSO DO SUL, 2016).

Algumas vezes a linguagem utilizada nos contratos não se encontra clara, o que acarreta uma interpretação dúbia pelas partes e pelo operador do direito. Nesses casos o estudo dos jogos de linguagem tem uma importância especial, pois o operador do direito deve analisar a intenção das partes ao firmar aquele contrato, tendo em vista o jogo de linguagem daquela determinada situação. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou recentemente o tema:

EMENTA: APELAÇÃO - DECLARAÇÕES DE VONTADE - INTENÇÃO - SENTIDO LITERAL DA LINGUAGEM - COMPRA E VENDA - PREÇO TOTAL - ELEMENTO ESSENCIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CAUSA SEM CONDENAÇÃO - ARBITRAMENTO - PARÂMETROS. 1. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. 2. O preço total do bem adquirido constitui elemento essencial à formação do contrato de compra e venda. 3. Em causa em que não houve

condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0515.08.034837-5/002 - COMARCA DE PIUMHI - APELANTE(S): DISTRIBUIDORA BEBIDAS PIUMHIENSE LTDA - APELADO(A)(S): SINDICATO RURAL DE PIUMHI A C Ó R D ã O Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, POR MAIORIA, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR. DES. MAURÍLIO GABRIEL 1 Tribunal de Justiça de Minas Gerais RELATOR. DES. MAURÍLIO GABRIEL (RELATOR) (MINAS GERAIS, 2013).

A linguagem deve ser clara para não gerar duplicidade de interpretações e o contrato possa ser cumprido da melhor maneira possível. Nesse sentido, o respeito aos princípios constitucionais devem estar claros na redação dos contratos.

## 2.2 APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NOS JOGOS DE LINGUAGEM DA REDAÇÃO DOS CONTRATOS

O princípio da boa-fé deve ser observado em todos os negócios jurídicos, bem como na elaboração dos contratos, conforme aduz a Constituição da República (BRASIL, 2019), bem como o Código Civil (BRASIL, 2019b). A concretização desse princípio demonstra um avanço na legislação contratual, pois proporciona que os contratos efetivamente cumpram a sua função social, além de manter a equidade entre as partes.

Os juristas deram prioridade à matéria obrigacional em função da unificação dos preceitos que passariam a reger todas as relações de ordem privada. Caracterizam a proposição por uma defesa extrema de boa fé, pelo anseio de coibir os abusos egoísticos, e bela busca da verdadeira liberdade das partes na formação do vínculo e na execução, tendo em vista os interesses da ordem social. Nessa síntese entrelaçam-se a tônica filosófica e o cunho social sempre presente na edificação da comissão. (ALENCAR, 2012).

O fundamento da boa-fé é a ética. Deve-se analisar se o contrato como um todo, bem como o comportamento das partes. Por outro lado, é importante ponderar que a má-fé deve necessariamente ser comprovada, presumindo-se que as partes agiram de boa-fé.

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando por todo o ordenamento jurídico.

Reconhecer a boa-fé não é tarefa fácil, resume o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins. Para concluir se o sujeito estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito, completa o magistrado.

Mesmo antes de constar expressamente na legislação brasileira, o princípio da boa-fé objetiva já vinha sendo utilizado amplamente pela jurisprudência, inclusive do STJ, para solução de casos em diversos ramos do direito.

A partir do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a boa-fé foi consagrada no sistema de direito privado brasileiro como um dos princípios fundamentais das relações de consumo e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas.

No Código Civil de 2002 (CC/02), o princípio da boa-fé está expressamente contemplado. O ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, presidente da Terceira Turma, explica que a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade.

Ele alerta que não se deve confundi-la com a boa-fé subjetiva, que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico. (PRINCÍPIO..., 2013).

Na interpretação dos contratos, é importante ponderar que a linguagem às vezes é utilizada em benefício de apenas um dos atores. Entretanto, sua interpretação deve ser realizada de maneira que a boa-fé seja concretizada.

### 3 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO

Os princípios são norteadores de toda interpretação do ordenamento jurídico. Por meio deles que o Direito consegue, de fato, resolver os conflitos da sociedade e normatizar condutas. Isso se dá porque o Direito não é ciência exata e para sua aplicação é necessário que o seu operador traga o caso concreto à previsão da norma.

Nesse sentido, os princípios influenciam diretamente a aplicação do Direito no caso concreto, como mostra Rizzatto Nunes, ao dispor que:

[...] nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. (NUNES, 2019, p. 164).

[...] percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras. (NUNES, 2019, p. 172).

É importante ponderar que os princípios, além de função de interpretação básica, também possuem função normativa, estabelecendo diretamente normas de conduta a serem seguidas.

Antes de adentrarmos ao tema da normatividade dos princípios é importante que façamos, já nesse momento, alguma digressão a respeito do conceito de princípio.

Da análise do próprio termo princípio, sói perceber quão amplas poderiam ser as noções expostas por quem objetivasse elaborar um conceito a ele. E isto se dá, em razão do caráter multifacetário e polissêmico do termo princípio.

Percebendo também a abstração do termo princípio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, salienta que juridicamente o mesmo poderá possuir três significados, sendo dois deles de conotação prescritiva e um deles de conotação descritiva. Vejamos, por oportuno, as lições do insigne constitucionalista:

Os juristas empregam o termo “princípio” em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam “supernormas”, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas – ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma ‘abstração por indução.

Entretanto, em que pese o vocábulo princípio ter como uma de suas características essa indeterminação conceitual e dimensional, o certo é que, hodiernamente, na fase interpretativa-constitucional em que vivemos, os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhe seja atribuído o enfoque, ganharam, ou melhor, tiveram reconhecido seu intenso grau de juridicidade. Ou seja, deixaram de desempenhar os princípios um papel secundário, para passar a cumprir o papel de protagonistas do ordenamento, ganhando, nessa medida, o reconhecimento de seu caráter de norma jurídica potencializada e predominante.

Daí porque, Bonavides, citando Ronald Dworkin, que é certamente um dos mais expoentes tratadistas do tema, observa que, “tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal”.

Este também é o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, autor que, mesmo sem se dedicar de forma monográfica ao estudo do tema, produz lição de rara propriedade, como é de sua característica:

violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].

Nesse mesmo diapasão, pedimos vênua para, dada a importância, levando-se em conta o ano de sua produção (1952), transcrevermos a lição a que nos brinda Crisafuli:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Das pequenas linhas acima expostas já se pode retirar a conclusão de que, hodiernamente, a doutrina jurídica vem reconhecendo nos princípios jurídicos o caráter conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica.

Dessa atribuição decorre a conclusão, que os princípios possuem positividade e vinculatividade, o que lhes confere a qualidade de normas que obrigam e possuem eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, tais como as regras, ou mesmo os princípios derivados de princípios mais abstratos.

É necessário registrar, todavia, que esse caráter normativo, conforme apreendido por Ruy Samuel Espíndola, “não é predicado somente dos ‘princípios positivos de Direito’, mas também, como já acentuado, dos ‘princípios gerais de Direito’. Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito”.

Mas a uniformidade a que chegou a doutrina nesse modo de pensar atual, não pode nem deve, levar à despropositada conclusão que esse modo de visualização surgiu do dia para a noite. Ao contrário, para conferir normatividade aos princípios a doutrina debateu e amadureceu reflexões que se iniciaram em meio às discussões travadas entre os jusnaturalistas e os juspositivistas, o que veio a ocasionar, em âmbito mais recente, através de uma nova forma de concepção, a chamada ótica pós-positivista do Direito contemporâneo (TOVAR, 2005).

Nesse sentido, os princípios devem ser observados na elaboração dos contratos e não apenas em sua interpretação, devendo nortear os operadores do direito na elaboração das cláusulas, sob pena de nulidade.

### 3.1 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Os princípios exercem diferentes funções dentro do ordenamento jurídico, sendo a principal delas a fundamentação de todas as normas. Dentro desse contexto de fundamentação, é importante ponderar que os fundamentos morais não são necessários para aplicação do direito. No contexto do neoconstitucionalismo brasileiro, o Direito apresenta

limites, que Dworkin apresenta a solução como o direito como integralidade, se utilizada diretamente da normatividade dos princípios. Os princípios exercem diferentes funções dentro do ordenamento jurídico, sendo a principal deles, como fundamentação de todas as normas.

Os princípios jurídicos, dotados de normatividade, exercem distintas funções no ordenamento jurídico. Por todas as suas peculiaridades até então elencadas, eles participam da dinâmica do Direito exercitando as suas finalidades. Bonavides, seguindo os ensinamentos de Bobbio e de Trabucchi, descreve quatro funções principiológicas, as quais ele denomina também de dimensões dos princípios. São elas a função fundamentadora, a interpretativa, a supletivo-integradora e a diretivo-limitativa. A primeira função, a fundamentadora, diz respeito aos princípios que estão na base positivada do Direito e lhe dão sustentação. Pode-se dizer que os princípios constitucionais estão abarcados nesta seara. A função interpretativa se refere àqueles princípios que norteiam a atividade do intérprete. Tendo-se por base que as regras são resultado de especificações de princípios, estes podem ajudar os aplicadores do Direito a entendê-las e a adaptá-las a casos concretos. A terceira função elencada por Bonavides é a supletivo-integradora. Aqui, os princípios têm por finalidade o preenchimento de lacunas das leis. Dessa maneira, um princípio supre uma lacuna, integrando o ordenamento (ex. princípios gerais do Direito). Por fim, a função diretivo-limitativa faz referência às normas programáticas, que têm em si um cunho principiológico, pelo fato de elas limitarem e direcionarem a atividade legislativa. (PINHO, 2011).

Dentro desse contexto de fundamentação é importante ponderar que, segundo Carlos Victor Muzzi Filho, Hart afirma que os fundamentos morais não são necessários, pois:

[...] sua teoria não recusa fundamentos morais ao Direito, embora entenda que eles não seriam necessários. Ao explicitamente aceitar a qualificação de positivista brando (*soft*), Hart nega a crítica de Dworkin de que “o conceito do direito” sustentaria um “positivismo ‘dos simples fatos’” (*plain-fact positivism*). Segundo Hart, “minha teoria não é uma teoria positivista ‘dos simples fatos’, já que admite valores entre os critérios de direito, e não apenas ‘simples’ fatos. (MUZZI FILHO, 2013, p. 81).

Embora os fundamentos morais não sejam necessários eles são desejáveis; o ponto que Hart pretende frisar é da garantia da segurança jurídica de uma visão positiva do direito.

## 4 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Constituição da República do Brasil (BRASIL, 2019a) é fundamento de validade para todo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, a interpretação acerca da constitucionalidade das normas é tema de extrema relevância para aplicação do direito no caso concreto.

### 4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

No contexto do neconstitucionalismo brasileiro, o direito apresenta limites, que Dworkin apresenta a solução como o direito como integralidade, se utilizada diretamente da normatividade dos princípios.

A compreensão do Direito, ou da Teoria do Direito, baseando-se na realidade brasileira, provoca-me, também, outra ordem de impressões, que se relacionam com os próprios limites do Direito. Hart expressamente admite que, nos convencionalmente chamados casos difíceis, o Direito é “fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta”. Assim, segundo Hart, e aqui ele oferece resposta ao “direito como integralidade” de Dworkin, o é um poder intersticial: [...] diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos”. Haverá, então, um grau de discricionariedade mais elevado na decisão a ser tomada pelo juiz, decisão que não se mostra aferível apenas por critérios jurídicos já determinados: “Pois, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva.” (MUZZI FILHO, 2013, p. 90-91).

Nesse sentido são os princípios que mantém o ordenamento jurídico coeso e coerente, que proporcionam segurança jurídica ao operador do direito.

### 4.2 O CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo que a maioria dos países ocidentais adotou tem como base a supremacia da Constituição, bem como o controle de constitucionalidade. Nesse modelo existe um sistema de regras em que as leis constitucionais se sobrepõem a todas as outras leis, sendo essa a base e o fundamento de todo ordenamento jurídico.

O modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, [...] segue, [...] padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos ao longo dos últimos duzentos anos: (i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia

judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais. [...] O quarto aspecto usualmente ligado ao direito constitucional americano – o ativismo judicial – refere-se a um lapso de tempo relativamente reduzido de sua história: os cerca de vinte anos que correspondem à presidência de Earl Warren na Suprema Corte (1953-1969) e aos primeiros anos da presidência de Warren Burger (1969-1986). Depois desse período, a Suprema Corte foi envolvida por uma onda conservadora, com a nomeação de juízes que tinham uma visão severamente crítica do ativismo judicial e dos avanços obtidos. (BARROSO, 2010, p. 1).

É importante ponderar que nesse cenário político, a Constituição se encontra no centro da interpretação e das discussões:

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que combina Estado de direito e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância. O modelo vencedor, portanto, situa a Constituição no centro do sistema político e acena com as promessas de legitimidade, justiça e segurança jurídica. (BARROSO, 2010, p. 2).

A Constituição teve sua origem no contrato, na medida em que foi acordado entre os atores da sociedade quais regras deveriam ser vigentes a partir do acordado na ideia de um direito superior que sobressairia a todos os outros direitos, não se confundindo com o direito natural.

A Constituição americana teve suas origens no contratualismo liberal de Locke – um pacto social de paz e liberdade entre os homens – e na ideia de um direito superior, fundado no direito natural. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da 2ª Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. (...) O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da 2ª Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida (BARROSO, 2010, p. 3-4).

Nesse sentido fica claro que Constituição é um contrato entre os cidadãos e o Estado para que esse, possa governar e atingir a pacificação social.

#### 4.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Os Estados nacionais são constituídos pelo povo, território e pelo sistema normativo, que organiza a vida do primeiro sobre o segundo. A República do Brasil tem sua organização consolidada no texto constitucional, que estabelece a divisão dos poderes emanados do povo entre o Executivo, a quem cabe aplicar a Lei, o Legislativo, a quem compete gerar a lei, e o Judiciário, a quem foi delegada a missão de interpretar a lei, inclusive a constituição (BRASIL, 2019a). Não há hierarquia entre os Poderes, que são independentes e harmônicos entre si.

Em busca de segurança jurídica, o povo da República Federativa do Brasil adotou o sistema de legislação positivada, exaustiva, que materializa as regras morais, os valores e os princípios jurídicos adotados, transformando-os em um extenso texto normativo.

A legislação brasileira é organizada segundo uma hierarquia, pela qual se reconhece a supremacia do texto constitucional sobre a legislação ordinária e, em especial, destas sobre os outros tipos normativos: decretos, resoluções, circulares, instruções normativas e portarias, dentre outras.

A hierarquia da legislação se faz notar especialmente pelo órgão que lhe origina e pelo quórum de deliberação e aprovação, o que, em tese, garantiria a participação popular, direta ou indiretamente, por seus representantes eleitos, na elaboração das leis, nas decisões e condução dos destinos da nação.

No Brasil, as fontes do Direito são, por ordem de importância, a lei, os costumes e a analogia, devendo o juiz, mesmo diante de uma omissão legislativa, decidir o direito aplicando tais fontes. Entretanto, mesmo não sendo, a princípio, fonte formal do Direito, a jurisprudência tem ganhado importância nos últimos anos.

Segundo Luís Roberto Barroso, após a Segunda Guerra Mundial, países que seguem a tradição romano-germânica vêm passando por um “[...] conjunto extenso e profundo de transformações, que modificaram o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados” (BARROSO, 2008, p. 3-4), o que é conhecido como “Estado constitucional de direito”.

Sob a denominação de pós-positivismo, as ideias de Herbert Hart, Ronald Dworkin e vários outros autores renomados, chegaram ao Brasil e foram adotadas por importantes filósofos do direito, passando a influir nas decisões dos tribunais superiores, notadamente na Corte Constitucional, em evidente conflito ao positivismo de Hans Kelsen, que até então vigia como a corrente filosófica que orientava a aplicação do direito aos casos concretos, postos a exame e decisão do Poder Judiciário.

Com o advento desse novo conceito, a submissão das leis e das demais normas ao texto constitucional se acentuou, modificando, assim, o papel do Poder Judiciário:

[...] a Constituição, além de impor limites ao legislador e ao administrador, determina-lhes, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos. Juízes e tribunais passam a deter ampla competência para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição. (BARROSO, 2010, p. 3-4).

A mitigação da importância da legislação para aplicação do direito nas decisões judiciais, com o uso crescente dos princípios e preceitos morais, traz de volta o preceito latino

“*summum ius, summa iniuria*”, que se traduz em “excesso de justiça, excesso de injustiça. Em outras palavras, a aplicação rigorosa da lei pode ensejar injustiças.” (FRANKE, 2015, p. 5).

Os literalismos extremos devem ser aplicados com cautela pelo operador do direito, para que o poder Judiciário tenha decisões mais justas e adequadas com a realidade.

#### 4.4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Direito Constitucional se originou no ambiente pós-positivista, no qual o direito positivo não era suficiente para resolver os problemas da sociedade e onde existe um embate entre o direito natural e o direito positivado.

O ambiente filosófico em que floresceu o novo direito constitucional pode ser referido como pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem visões contrapostas para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostas, mas por vezes singularmente complementares. As demandas da sociedade e do espírito humano por segurança e objetividade, de um lado, e por legitimidade e justiça, de outro, levaram à superação dos modelos puros e abrangentes, produzindo um conjunto amplo e difuso de ideias, ainda em fase de sistematização. O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política. (BARROSO, 2010, p. 5).

Nesse contexto, é importante ponderar que o neoconstitucionalismo visa unir a filosofia com a ciência jurídica.

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade/proporcionalidade e o da solidariedade. (BARROSO, 2010, p. 6).

Com advento da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2019a) o Direito Constitucional teve sua eficácia efetivada com observância obrigatória para todos:

Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional no mundo romano-germânico: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas. [...] No Brasil, foi a partir da reconstitucionalização, em 1988, que ganhou densidade a doutrina e a jurisprudência que afirmavam a efetividade das normas constitucionais, permitindo o surgimento, finalmente, de uma “Constituição pra valer”. [...] A Constituição de 1988 deu significativo impulso ao controle por via de

ação direta, ao ampliar o elenco de órgãos e pessoas que podem suscitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou não de uma lei em tese. (BARROSO, 2010, p. 6-9).

A interpretação constitucional sofreu grandes mudanças com a consolidação do constitucionalismo.

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional. Foram afetadas as premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da norma, suas possibilidades e limites, e quanto ao papel do intérprete, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional, foram desenvolvidas novas categorias, com o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais, a crescente utilização da técnica da ponderação, a reabilitação da razão prática na argumentação jurídica, como fundamento de legitimação das decisões judiciais. (BARROSO, 2010, p. 9).

Tendo em vista a extensão da Constituição da República do Brasil de 1988 (BRASIL, 2019a), a sua interpretação em relação aos princípios acontece de duas maneiras:

No Brasil, particularmente, em razão de uma Constituição extensa e analítica, a constitucionalização do Direito assumiu uma feição dúplice: a) a vinda para a Constituição de princípios relacionados com múltiplas áreas do Direito, incluídos o direito civil, administrativo, penal, processual e outros; b) a ida de princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, aos diferentes domínios do direito infraconstitucional, dando novo sentido e alcance a suas normas e institutos. Associado à constitucionalização do Direito, verificou-se um processo extenso e profundo de judicialização das relações sociais e de questões politicamente controvertidas, que acendeu o debate acerca do papel do Judiciário e da legitimação democrática de sua atuação. De fato, a centralidade da Constituição, a constitucionalização dos direitos fundamentais, a submissão de todo o ordenamento jurídico aos princípios constitucionais e a primazia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição são características do constitucionalismo americano desde a primeira hora. (BARROSO, 2010, p. 14).

O ativismo constitucional dos tribunais surgiu nesse contexto.

No mesmo contexto, juízes, tribunais e, especialmente, os tribunais constitucionais tornaram-se mais atuantes e ativistas, potencializando o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional. Paradoxalmente, nos últimos anos, a prática constitucional americana tem percorrido trajetória inversa. Discursos à direita e à esquerda têm procurado restringir o papel da jurisdição constitucional e valorizar o papel do Poder Legislativo. Em curioso processo, vozes representativas têm pregado abertamente a adoção da supremacia do Legislativo e da lei, o que corresponde, em última análise, ao modelo europeu anterior à 2ª Guerra. Como decorrência, o discurso do momento é a favor da interpretação constitucional estrita e contrário ao ativismo judicial. (BARROSO, 2010, p. 37-38).

Nesse contexto, o debate da repartição de poderes é necessário para delimitar as atribuições de cada operador do direito dentro do Estado Democrático de Direito. O poder legislativo detém competência privativa de legislar de acordo com a Constituição. Os juízes, ao legislarem no caso concreto, por meio do ativismo judicial, estariam ferindo a repartição

clássica dos poderes. Nesse norte, a delimitação de moral e norma é importante para uma análise mais profunda da normatividade dos princípios.

#### 4.5 A MORAL E A NORMA

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de assegurar que a Constituição seja cumprida. Esse órgão não faz análise de caso concreto envolvendo provas, apenas observa se ocorreu alguma afronta aos preceitos constitucionais.

[...] em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos. (...) a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões — formal e substantiva — somam-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões. (BARROSO, 2015, p. 25-26).

A interpretação da Constituição (BRASIL, 2019a) enfrentou grande problema para alcançar a efetividade.

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se mistificação, instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. [...] Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. [...] A partir daí, houve demanda por maior sofisticação teórica na interpretação constitucional, superadora da visão tradicional de que se tratava apenas de mais um caso de interpretação jurídica, a ser feita com base nos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Foi o início da superação do positivismo normativista e de sua crença de que a decisão judicial é um ato de escolha política. (BARROSO, 2015, p. 27).

O neoconstitucionalismo surgiu com as diversas mudanças ocorridas no Estado.

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco filosófico, o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. Por fim, simultaneamente a esses novos desenvolvimentos teóricos, verificou-se, também, vertiginosa ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno é universal e também está conectado ao final da Segunda Grande Guerra. A partir daí, o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e,

consequentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país. (BARROSO, 2015, p. 28).

Nesse contexto, um ponto importante é que nem todas as soluções jurídicas podem ser encontradas na norma.

Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em dado momento e lugar; e b) em grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré- -pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete [...] Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral — em busca da justiça e de outros valores —, da filosofia política — em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia. (BARROSO, 2015, p. 29).

Na intenção de encontrar soluções jurídicas, a interpretação constitucional, novamente, aproximou a moral da norma.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética (...) nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade. Por essa razão, há crescente promulgação de constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses contrapostos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes. Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito. (BARROSO, 2015, p. 32).

Nesse novo modelo de interpretação é necessário definir o que são princípios constitucionais e normas fundamentais.

Faz-se apenas breve menção às situações de colisão entre princípios constitucionais ou de direitos fundamentais. Para lidar com elas, boa parte dos tribunais constitucionais do mundo se utiliza da técnica da ponderação, que envolve a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor realiza a vontade constitucional naquela situação. As diversas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete. Como a solução não está pré-pronta na norma, a decisão judicial não se sustentará mais na fórmula tradicional da separação de Poderes, em que o juiz se limita a aplicar, ao litígio em exame, a

solução que já se encontrava inscrita na norma, elaborada pelo constituinte ou pelo legislador. Como esse juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu. Surge, nessa perspectiva, o conceito interessante de auditório. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa. O tema apresenta grande fascínio, mas não será possível fazer o desvio aqui. [...] Não é incomum referir-se a essa maior participação subjetiva do juiz como discricionariedade judicial. (BARROSO, 2015, p. 31).

O juiz tem o papel fundamental na aplicação dos princípios, ponderando que seu convencimento deve ser sempre motivado.

Nessa acepção, discricionariedade significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma opção entre “indiferentes jurídicos”. Nesse sentido, inexistente discricionariedade judicial. O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa constitui uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário. A concepção não positivista, compreendida neste estudo, afasta-se desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional. [...] Ronald Dworkin, no seu estilo ousado e provocativo, sustentou, em diferentes textos, a tese da existência de uma única resposta correta, mesmo nos casos difíceis, isto é, em questões complexas de direito e moralidade política. Trata-se de uma construção que se situa no âmbito de sua crítica geral ao positivismo jurídico e ao uso que dois dos seus maiores expoentes — Kelsen e Hart — deram à discricionariedade judicial. (BARROSO, 2015, p. 3).

É importante além de preservar o direito da maioria, preservar os direitos fundamentais, pois são por meio deles que o Estado Democrático de Direito se sustenta, pois, somente assim, se pode chegar a conseguir justiça, que é o que possibilita que os homens vivam em sociedade.

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. [...] em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia à América Latina, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstinência revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, como o Brasil, percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer

Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. [...] Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política. (BARROSO, 2015, p. 36-37).

A tirania da maioria deve ser coibida, pois em uma democracia é importante que o direito de todos os participantes seja preservado, para que não se torne um governo ditatorial da maioria com uma democracia frágil. Nesse sentido, os princípios constitucionais são de extrema relevância para que esses direitos sejam observados, inclusive na elaboração dos contratos, que devem prever a atuação com clareza de todas as partes contratuais.

#### 4.6 O DIREITO DA MINORIA

É importante não deixar que a maioria tire a minoria, pois para uma democracia efetivamente funcionar, é necessário que os direitos de pessoas que não têm maioria de representantes no parlamento também sejam assegurados, não apenas nas relações públicas, mas também nas relações privadas.

[...] existe a possibilidade da maioria tirar a minoria, e é exatamente por isso que, na Declaração de Direitos e, em outros trechos, a Constituição assinala certos direitos que devem ser protegidos. [...] é necessário estabelecer limitações colaterais ao governo da maioria, [...] isso também seria mais democrático, já que as imitações colaterais que o interpretacionista impõem foram impostas pelo próprio povo. O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma os valores diretamente da Constituição, [...] quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição - o que significa que o povo controla a si mesmo. Foi o povo quem escolheu o princípio que a lei ou a prática violaram, considerou-o fundamental e transcreveu-o no texto da Constituição para que os juízes o interpretem e apliquem. Noah Webster opinou que “a própria tentativa de fazer uma constituição perpétua é a presunção de ter o direito de controlar opiniões das gerações futuras e de legislar para aqueles sobre os quais temos tanta autoridade quanto temos sobre uma nação asiática.” E Jefferson escreveu para Madison: “que aos vivos cabe o usufruto da terra”, que os mortos não detêm nenhum poder ou direito sobre ela. O direito constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança”. (ELY, 2010, p 37).

Nesse sentido, a liberdade de expressão, ainda que da minoria, deve ser preservada.

A Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a "liberdade de expressão". A leitura moral propõe que todos nós \_ juízes, advogados e cidadãos - interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. (DWORKIN, 2006, p. 2).

Nesse contexto se inserem o direito natural e o positivismo jurídico.

Jusnaturalismo e positivismo jurídico, direito natural e direito positivo podem ser concebidos como as duas culturas e as duas experiências jurídicas que estão na base

desse dois paradigmas opostos. Não se entenderia o predomínio milenar do jusnaturalismo como “corrente de pensamento segundo a qual uma lei, deve ser conforme à justiça”, se não levássemos em consideração as características aqui mencionadas da experiência jurídica pré-moderna, na qual, onde faltassem fontes positivas, era exatamente o direito natural que valia como sistema de normas supostas intrinsecamente ‘verdadeiras’ ou ‘justas’, como ‘direito comum’, isto é, como parâmetro de legitimação, seja das teses propostas pela doutrina jurídica, seja da prática judicial. Por essa razão, o jusnaturalismo não podia se senão a teoria do direito pré-moderno; enquanto o positivismo jurídico, expresso pela fórmula hobbesiana, correspondia, então, com aparente paradoxo, a uma instância axiológica ou filosófico-política do dever ser, isto é, de racionalidade e de justiça. Mais precisamente à instância da refundação do direito sobre o princípio da legalidade como meta-norma de reconhecimento do direito existente e, ao mesmo tempo, como primeiro e insubstituível limite contra o arbítrio, fonte de legitimidade do poder por força da sua subordinação à lei, garantia de igualdade, de liberdade e de certeza. [...] A linguagem na qual essas normas são formuladas não é mais, como no direito pré-moderno moldado ao direito natural, uma linguagem espontânea e, digamos, por sua vez, ‘natural’, mas ao contrário, é uma linguagem artificial da qual as regras de uso são estipuladas pela lei: seja quanto às formas dos atos linguísticos normativos – leis, sentenças, medidas, negócios -, seja quanto aos significados expressos e produzidos por estes. Disso resulta uma inversão de paradigma tanto do direito como da ciência jurídica e da jurisdição. Em primeiro lugar, muda com o princípio da legalidade a própria noção de ‘validade’ das normas, a qual se dissocia da noção de ‘justiça’ ou de ‘validade’. E muda, portanto, o critério de identificação do direito existente: uma norma existe e é válida não porque é intrinsecamente justa e ainda menos ‘verdadeira’, mas somente porque é proclamada em forma da lei por sujeitos habilitados por ela. Trata-se de uma mudança que se expressa naquela que chamamos costumeiramente de ‘separação entre direito e moral e que se realiza através de um lento processo de secularização do direito impulsionado, no início da Idade Moderna, pelas doutrinas de Hobbes, Pufendorf e Thomasius, e que atingiu maturidade com o iluminismo jurídico francês e italiano e com as doutrinas claramente juspositivistas de Jeremy Bentham e de John Austin. Sobre essa separação baseia-se a concepção formal da validade entendida como logicamente independente da justiça, que é o traço característico do positivismo jurídico. (FERRAJOLI, 2006, p. 421-423).

O direito de todos os atores que participam da democracia deve ser representado em todas as instituições do Estado Democrático de Direito. Antes do positivismo jurídico, o direito natural era tido como um direito único e justo que emanava de uma divindade, com o passar do tempo essa concepção de direito único se tornou ineficaz para resolver os problemas da sociedade e as regras passaram a ser discutidas e votadas. Dentro desse novo contexto, surgiram novos obstáculos a serem enfrentados, como o de harmonizar o direito de todos e manter a unidade. A observância dos princípios constitucionais na elaboração e nas tratativas das regras tem importância fundamental, pois somente com a aplicação desses princípios as regras serão de fato justas e eficazes para todos. Nesse sentido, com a utilização da teoria dos jogos é possível ponderar os diferentes interesses envolvidos nas negociações e prever a expectativa do participante para elaboração de uma regra ou de um contrato mais eficaz.

## 5 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NA ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS

A teoria dos jogos surgiu no século XVII e se baseia em analisar o comportamento dos jogadores de um determinado jogo, quais estratégias eles utilizam para ganhar a partida.

A teoria dos jogos tem o poder de modelar relações e, com alguma precisão, prever os passos futuros dos jogadores envolvidos. Algumas interações são tão cristalinas, que não é necessário montar uma matriz rebuscada para entender o que ocorre entre os agentes. (FERNANDES, 2010, p. 65).

Nesse sentido, essa teoria se mostra fundamental para o estudo da elaboração dos contratos, pois as fases das tratativas são uma espécie de jogo em que atuam interesses mútuos, às vezes conflitantes, e que têm que ser ponderados por meio de preferências e de princípios, para que se mantenha o ordenamento jurídico coeso.

### 5.1 CONTRATOS

Por meio dos contratos que os negócios jurídicos são praticados. Eles representam a exteriorização da vontade das partes. Há diversas formas de se conceituar contrato. Arnaldo Rizzardo afirma:

Quanto à definição, uma das mais consentâneas com a realidade prona de Ulpiana, apesar de sua concisão: *Est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou em vernáculo, o mútuo consenso de duas pessoas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto. No direito francês, na mesma tradição, também não passou para um acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto de interesse jurídico.

Depreende-se a necessidade da convergência de duas ou mais vontades para conseguir um fim ou um resultado determinado. Há um acordo simultâneo de vontades para produzir efeitos jurídicos. Não se trata propriamente de coincidência de vontades, mas de uma reunião delas. Dai a definição de contrato, também aceita, como convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. (RIZZARDO, 2015, p. 5).

Nesse sentido, o contrato se dá quando duas ou mais pessoas entram em acordo sobre determinado objeto e obrigação. É importante ponderar que nem sempre essa manifestação é acordada, tendo em vista que em diversas oportunidades uma das partes não está em posição de negociar, como acontece nos contratos de adesão.

É importante acrescentar a visão de Paulo Nader que aduz:

Os elementos que integram a relação jurídica são os seguintes: sujeito ativo, sujeito passivo, vínculo de atributividade e objeto. O fato e a norma jurídica, que alguns autores arrolam como elementos, são antes pressupostos da existência da relação jurídica. (NADER, 2015, p. 300).

É importante que existam diversos tipos de contratos com diferentes classificações, cada uma delas para uma situação específica, como contrato de mútuo, compra e venda, de adesão, entre outros.

Nesse sentido é importante ponderar os requisitos extrínsecos – que dão condições de validade aos contratos – e que, segundo Arnaldo Rizzardo, são:

[...] capacidade das partes, forma prescrita ou não defesa em lei, licitude do motivo determinante, não preterição de alguma solenidade essencial no negócio praticado, inexistência de fraude à lei imperativa, ausência de expressa declaração de nulidade ou proibição, ou a existência da previsão de outra sanção, inexistência de simulação, ou a presença da transparência ou lealdade e por fim o consentimento. (RIZZARDO, 2015, p 132).

Estando presentes todos os requisitos de validade do contrato, a análise das discussões contratuais e como a elaboração das cláusulas serão feitas se faz relevante para a aplicação dos Jogos na elaboração dos contratos, como será demonstrado no capítulo a seguir.

## 5.2 TEORIA DOS JOGOS APLICADA AOS CONTRATOS

Essa teoria surgiu com o objetivo de identificar como os atores econômicos se comportam sob certos estímulos ao tomar decisões, levando em consideração como os outros jogadores irão reagir a sua jogada.

A teoria dos jogos é uma teoria matemática criada para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais “agentes de decisão” interagem entre si. Ela fornece a linguagem para a descrição de processos de decisão conscientes e objetivos envolvendo mais do que um indivíduo. A teoria dos jogos é usada para se estudar assuntos tais como eleições, leilões, balanço de poder, evolução genética, etc. Ela é também uma teoria matemática pura, que pode e tem sido estudada como tal, sem a necessidade de relacioná-la com problemas comportamentais ou jogos per se. Algumas pessoas acreditam que a teoria dos jogos formará em algum dia o alicerce de um conhecimento técnico estrito de como decisões são feitas e de como a economia funciona. O desenvolvimento da teoria ainda não atingiu este patamar e, hoje, a teoria dos jogos é mais estudada em seus aspectos matemáticos puros e, em aplicações, ela é usada como uma ferramenta ou alegoria que auxiliam no entendimento de sistemas mais complicados. (SARTINI *et al.*, 2004, p. 1).

O matemático John Von Neumann iniciou essa abordagem quando estabeleceu uma teoria científica especializada em lidar com o conflito humano matematicamente. Nesse contexto, também, John Nash introduziu um elemento importante para análise dos jogos ao aplicar a teoria em ambientes de cooperação.

Todavia, a “Teoria dos Jogos” ganhou nova dimensão, assumindo papel de suma importância, inclusive no campo jurídico, a partir da teoria de doutoramento desenvolvida por Nash, que aprofundou os estudos de equilíbrio entre os agentes econômicos, mormente em relação à aplicação desta teoria em ambientes não cooperativos. A teoria de Nash se trata da solução para determinado mercado competitivo, no qual nenhum agente pode maximizar seus resultados, diante da estratégia dos outros agentes. A análise combinada das estratégias de mercado a serem escolhidas levará, segundo Nash, a um resultado do qual nenhum dos agentes

individualmente experimentará prejuízo, em vista da estratégia de mercado de outros agentes, garantindo o êxito da atividade econômica e a salutar manutenção do mercado.

A aplicação combinada da “Teoria do Equilíbrio”, aliada a “Teoria dos Jogos” é hoje amplamente usada e difundida pelas autoridades antitruste, sendo imprescindível instrumento de interpretação teleológica para o Direito Econômico da Concorrência na análise de condutas anticoncorrenciais. Observe-se que, a verificação econômica das condutas de agentes em ambientes não cooperativos é fator primordial para a indicação de eventual infração à ordem econômica, uma vez que, se dois ou mais agentes maximizam seus resultados, concentrando poder de mercado em torno de si em detrimento dos demais competidores, tal prática é indicativa de conduta cartelizada.

Todavia, em que pese a genialidade do pensamento de John Nash, sua carreira foi precocemente interrompida em 1958, pelo diagnóstico de esquizofrenia, que lhe afastou do meio acadêmico até o princípio da década de 90, quando a patologia retrocedeu. O reconhecimento por sua contribuição científica somente veio em 1994, quando, juntamente com John C. Harsanyi e Reinhard Selten, foi agraciado com o Prêmio Nobel da Economia pelo seu trabalho no avanço da “Teoria dos Jogos” (*Theory of Non-cooperative Games*). (FIGUEIREDO, 2016).

Nesse contexto, John Nash instituiu a noção do equilíbrio. O teorema de Nash afirma que jogos não cooperativos são desvantajosos aos jogadores em face dos jogos cooperativos. Para provar sua teoria Nash testou diversas maneiras. Um bom exemplo é a posição dos postos de gasolina na estrada, conforme Fábio Zugman aduz:

A genialidade do equilíbrio de Nash vem da sua estabilidade sem os jogadores estarem cooperando. Por exemplo, seja uma estrada de cem quilômetros, de movimento igual nas duas direções, representada por uma linha graduada de 0 a 100. Coloquem-se nessa estrada dois empreendedores procurando um local para abrir cada qual um posto de gasolina.

Pode-se assumir que cada motorista irá abastecer no posto mais próximo de si. Se “A” coloca seu posto no quilometro 40, e “B” exatamente no meio, “B” ficará com mais clientes que “A”. O jogo ainda não está em equilíbrio pois “B” pode se arrepender de não estar mais perto de “A”, roubando mais clientes. O equilíbrio de Nash será “A”=X+1 e “B”=X-1. Se um posto estiver um pouco fora do centro, seu competidor vai ganhar mais da metade dos consumidores, colocando-se ao seu lado, mais próximo ao centro. A Teoria dos Jogos explica por quê, nos grandes centros urbanos, farmácias, locadoras e outros competidores da mesma indústria tendem a ficar próximos uns aos outros. Sempre que um jogador se encontra em uma situação em que até poderia estar melhor, mas está fazendo o melhor possível dada a posição de seus competidores, existirá um equilíbrio de Nash. (ZUGMAN, 2005).

A análise matemática é a principal ferramenta, tendo em vista as estratégias que indicam a maximização do benefício, levando em conta todas as reações possíveis dos jogadores. Escolhe-se a estratégia da maximização do ganho mínimo, oposta pela estratégia da minimização do ganho máximo, pela qual se deverá posicionar o adversário. O resultado de cada combinação de estratégias por dois jogadores ou empresas é chamado ganho.

Nesse contexto, pode-se considerar estratégia ótima aquela que maximiza a recompensa esperada de um jogador. Um dos pontos de maior relevância dessa teoria é a busca de métodos que permitam uma análise objetiva de qual é esta estratégia.

Escolhe-se a estratégia do *maximim*”; maximização do ganho mínimo oposta pela estratégia do *mínima*”; minimização do ganho máximo pela qual se deverá posicionar o adversário. O resultado de cada combinação de estratégias, por dois jogadores ou empresas é chamado ganho.

O dilema do prisioneiro é um jogo, de soma nula. Neste jogo, existe uma espécie de vasos comunicantes entre as ações dos jogadores, onde o ganho de um. (ABRANTES, 2004, p. 56).

Para elaborar um contrato, cada parte visa o próprio interesse para obter o maior ganho possível na relação negocial. Para equilibrar esses interesses, ao se aplicar a teoria dos jogos, será possível concluir – se ambas as partes colaborarem – que o ganho será maior para todos os atores. Entretanto, se não houver colaboração, os ganhos serão menores ao longo prazo, ainda que uma análise superficial faça crer o contrário.

Sem dúvidas que, no mundo contemporâneo, a autonomia privada faz com que o contrato ingresse em outros meios, como é o caso do Direito de Família e do Direito das Coisas. [...] olhando para o futuro, “todo contrato gera obrigação para, ao menos, um das partes contratantes. Entretanto, nem todo o contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família. [...] Amplia-se a seara contratual, por exemplo, com a forte tendência de aproximação dos direitos pessoais e dos direitos reais, desmontando aquele antigo comparativo exposto nas aulas inaugurais sobre Direito das Coisas. A título de exemplo dessa aproximação, cai aquela premissa de que os direitos pessoais teriam efeitos inter partes e os direitos reais efeitos *erga omnes*. Como se expõe doutrinariamente, a função social do contrato – em sua eficácia externa -, traz a conclusão de que o contrato gera efeitos perante terceiros. [...] a contemporaneidade demonstra que o futuro é de uma contratualização de todo o direito, um neocontratualismo [...] a necessidade de menos leis, melhores leis. [...] “se está assistindo a um recuo do ‘direito estadual ou estatal’, e se fala mesmo em ‘direito negociado’, embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comportam perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas mais institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídica-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas”. [...] tem ganhado força a contratualização sócio-política, para que exista uma sociedade mais consensual do que autoritária ou conflituosa. Em suma, a construção de contrato serve não só para as partes envolvida, mas também para toda a sociedade. (TARTUCE, 2015, p 230).

Um exemplo da aplicação dessa teoria aconteceu em um contrato trabalhista, em que um trabalhador dos correios sofreu um processo administrativo e foi demitido tendo em vista as decisões que tomou durante o cargo. Ocorre que o juiz, ao analisar o caso concreto em face da teoria dos jogos, concluiu que o resultado alcançado foi o melhor resultado possível e reintegrou o funcionário.

Discute-se nos autos a dispensa do reclamante, por justa causa, em face de sua atuação como chefe do então Departamento de Encaminhamento e Administração de Frotas (Denaf) da reclamada em 2010 quando da contratação da empresa MTA Master Top Linhas Aéreas S.A. por meio dos contratos 51/2010, de R\$ 3,4 milhões, e de 105/2010, de R\$ 19,6 milhões, bem como a regularidade do processo administrativo disciplinar que imputou ao reclamante faltas graves. O debate envolvendo as partes alcança um amplo leque de questões, desde a alegação da

existência de estabilidade e da necessidade de apuração da falta grave por processo administrativo disciplinar, bem como na regularidade desse. Há questionamentos acerca de quais normas disciplinares são aplicáveis, da ocorrência de perdão tácito, a natureza do ato tomado e a correção ou não do procedimento e da decisão tomada. As diversas questões envolvidas no processo, que consumiram do magistrado diversos dias de trabalho, revisão, leitura e releitura da documentação e depoimentos tomados. O próprio reclamante, que reclama a urgência e antecipação de tutela, trouxe uma petição inicial de 157 laudas, recheadas de impugnações e de questionamentos sobre a apuração e a decisão que lhe aflige. Isso, obviamente, acaba por ensejar o retardamento no exame de tantos argumentos e teses. Ante a complexidade dos aspectos que envolvem a demanda, é necessária uma exposição detalhada do contexto dos fatos e da realidade que envolve a atuação do reclamante e de como se iniciou e transcorreu o processo disciplinar, bem como do exame das diversas questões suscitadas nos autos. Para facilitar a exposição, passa-se a dividir essa análise em sessões, capítulos e subcapítulos.

A. Contexto histórico, econômico e político Para compreensão dos aspectos que envolvem os fatos que culminaram com o ato de dispensa por justa causa do reclamante, é necessário mergulhar no contexto histórico, político e econômico da época dos fatos. As decisões debatidas nesses autos podem ser melhores entendidas com a compreensão da dinâmica dos fatos e dos aspectos que o circundam. Quando se olha o passado, com o entendimento do presente, é fácil julgar a história, mas, quando se olha para o futuro, sem saber o que vai acontecer, a melhor opção, muitas vezes, é um mero exercício de possibilidades. Além disso, mergulhar no passado ajuda a entender o tempo em que perdurou o processo administrativo e os aspectos que envolvem a decisão ali tomada, bem como os contratos envolvendo a empresa aérea Master Top Linhas Aéreas Ltda, centro da controvérsia dos autos.

.....

As melhores escolhas à luz da Teoria dos Jogos A grande parte dos julgamentos realizados sobre as ações de cada indivíduo incorre na tentação da simplificação do resultado, segundo a lógica de um sistema binário (ou, quando muito, trinário), no qual se diz que o proceder desse indivíduo foi correto ou incorreto, certo ou errado, resultou em prejuízo (perdas) ou em lucro (ganhos). Tal raciocínio peca por uma lógica de resultados, onde o conseqüente é o senhor absoluto da razoabilidade de uma decisão, e examina a conduta da pessoa de forma isolada, isto é, sem levar em conta as diversas opções possíveis e, o pior, despreza a intervenção de outrem no processo decisório. Todavia, essa forma simples de análise de condutas humanas, que pode ser até útil em algumas situações, esta há superada pelo desenvolvimento da Teoria dos Jogos, que rendeu o prêmio Nobel a diversos estudiosos, e que tem a capacidade, pela análise das estratégias, das ações e das opções que permeiam a conduta humana, prever o resultado de tais ações e o comportamento das partes, de forma lógica e objetiva. Amplamente utilizada por nações, corporações militares e civis e por grandes bancos e empresas, a teoria dos jogos ainda é pouco conhecida por operadores do direito.

G.1. Teoria econômica dos contratos e teoria dos jogos Dentre as diversas teorias acerca do contrato, a Análise Econômica do Direito desenvolveu a teoria econômica dos contratos, que se fundamenta na ideia de que “a eficiência econômica exige que se faça cumprir uma promessa”, que se concretiza no contrato. Para incentivar o cumprimento dessa promessa, o acordo de vontades possui uma série de estímulos e desestímulos que tornam o cumprimento da pactuação a melhor opção entre os promitentes, que diante disso, sentem-se seguros, celebram o contrato, gerando eficiência econômica. Segundo Ronald Coase, prêmio Nobel de Economia, nos negócios jurídicos há uma avaliação do “custo de transação” que norteia a escolha de cada indivíduo, de acordo com o resultado que lhe é mais favorável, do risco do negócio e da sua validação a posteriori (inclusive pelos tribunais). Tal custo social pesa sobre o bem comum e compromete a eficiência do contrato. Quando o custo da transação, para manter o pactuado, torna-se mais elevado do que o seu descumprimento, há o incentivo para que o contrato não seja mais observado, gerando um custo social que afeta o bem comum. Como instrumento para análise dos custos de transação e das estruturas de incentivo e desestímulos e das escolhas e das ações de cada indivíduo, desenvolveu-se, no

século XX, a Teoria dos Jogos, que, essencialmente, é uma teoria matemática para situações de conflito. Por essa teoria, segundo o pioneiro E.S. Véntsel, são descritas as opções razoáveis de ação de cada contendor (chamado de jogador) no curso de cada cenário de conflito (ou de cooperação). Esse modelo matemático simplificado e formalizado da situação de conflito (ou de interação de condutas de diversos atores) é denominado de jogo. No “jogo”, as opções razoáveis de ação de cada jogador são analisadas a partir de um comportamento estratégico. Segundo, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Rendal C. Picker, “strategic behavior arises when two or more individuals interact and each individual's decision turns on what that individual expects the others to do”. O resultado esperado por cada jogador é denominado de payoff, isto é, aquilo que ele vai ganhar ou perder com as suas ações e dos demais jogadores. Por muitos anos, os modelos matemáticos da Teoria dos Jogos não conseguiam solucionar todos os jogos não cooperativos, até que John F. Nash Jr propôs um modelo matemático que, na prática, colocou em xeque os ensinamentos de Adam Smith ao revelar que há situações em que a lei da oferta e da procura é insuficiente para explicar certos fenômenos econômicos. Os indivíduos tendem a agir racionalmente seguindo estratégias que lhe permitam potencializar seus ganhos e reduzir suas perdas. A solução matemática das diversas condutas dos litigantes, isto é, o resultado matemático do jogo, é conhecido, em sua homenagem, como “Equilíbrio de Nash”. A Teoria dos Jogos é bastante útil no presente caso para analisar se, matematicamente e logicamente falando, o reclamante tomou a atitude estrategicamente mais correta para fins de preservar o interesse da reclamada ou, se ao contrário, ele agiu de forma inapropriada, beneficiando a MTA Linhas Aéreas e prejudicando a reclamada (ato de improbidade). Mais ainda, por meio desse modelo matemático, é possível descrever as ações e as opções que ele tinha no momento da tomada de sua decisão, o que pode ser útil a compreender o processo de tomada de decisão que tinha sobre si. Além disso, a Teoria dos Jogos serve para avaliar a conduta da MTA Linhas Aéreas, suas estratégias e ações. Com isso, é possível aferir se o reclamante e a reclamada foram vítimas de um conjunto de ações que os subjulgavam e/ou condicionavam suas condutas em relação aos Contratos 51 e 105/2010 ou se agiram em favor da MTA. A fim de poupar as partes e os operadores dos direitos dos cálculos matemáticos e da econometria, que é de difícil compreensão até mesmo para os bacharéis em Economia<sup>47</sup>, este Juiz apresenta a tabela ou o diagrama de ações e dos resultados<sup>48</sup> dos diversos cenários possíveis envolvendo os Contratos 51 e 105/2010, o que facilita a identificação do equilíbrio de Nash e quando ele se deslocou.

.....

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para, afastando a justa causa aplicada e os atos de improbidade e indisciplina, determinar a reintegração do reclamante no emprego, no prazo de 8 (oito) dias a contar da ciência da reclamada desta sentença. Nesse sentido, presentes os requisitos legais, conforme farta fundamentação ora exposta, CONCEDO a antecipação de tutela requerida. EXPEÇA-SE o competente mandado de reintegração. JULGO PROCEDENTE o pedido, ainda, para determinar o pagamento dos salários deste a demissão até sua efetiva reintegração. Concedida a reintegração, JULGO PREJUDICADO o pedido de reversão da justa causa em dispensa sem justa causa e o pagamento das verbas daí decorrentes. Deverão as partes informar esse juízo acerca da data da reintegração, bem como trazer aos autos os últimos contracheques, a fim de possibilitar a liquidação do julgado. Ante o constatado no item G.1.1.e desta sentença, em especial na conclusão desse item, e o potencial lesivo das práticas e situações ali relatadas passíveis de ocorrer em diversos órgãos públicos federais, bem como a excelência dos serviços prestados pela CGU e pela alta competência de seu corpo funcional, EXPEÇA-SE ofício ao Ministério da Transparência, com cópia desta sentença (inclusive anexo), para que avalie a conveniência de: a) avaliar e propor mecanismos eficazes de proteção ao Erário de situações de monopólio circunstancial e de estratégias dominantes por quem celebra contratos com a Administração Pública Federal em todos os seus âmbitos, inclusive com reforço das garantias e de penalidades para que possam assegurar o efetivo cumprimento do contrato administrativo; b) expedir orientações às áreas estratégicas dos órgãos da

Administração Pública Direta, Indireta e autárquica para que possam identificar situações de dominação econômica por parte contratante antes que causem prejuízo ao Erário. Dizem que Juiz não recomenda. Porém, a palavra “sentença” vem de sentir e a sentença não pode ser omissa. Assim, SUGIRO à reclamada, caso o reclamante tenha interesse, que, uma vez cumprida a reintegração ora determinada, seja ele lotado junto a Vice-Presidência de Operações, cuja experiência e vivência poderá ser muito útil à reclamada. SUGIRO, ainda, que a reclamada desenvolva programa de qualificação avançado em gerência de crise, de identificação de situações de monopólio circunstancial e de análise de comportamento estratégico/estratégia dominante, com o exame da possibilidade de inclusão do reclamante, caso ele queira, em cursos para os novos administradores postais para que possa transmitir sua experiência e conhecimento e, assim, colaborar para que a reclamada continue sendo um grande orgulho para todos os brasileiros, inclusive desse magistrado. (BRASIL, 2016).

A teoria dos jogos, portanto, mostra-se importante na elaboração dos contratos, principalmente ao se valer da análise econômica do Direito, para que os ganhos de todos os jogadores aumentem e para que haja um impacto positivo em toda a sociedade, haja vista que, conforme aduzido, os contratos não atingem exclusivamente as partes contratantes.

O instituto da cooperação é ferramenta que os operadores do Direito devem priorizar, pois, para que se obtenha o maior benefício, é necessário cooperar com os demais jogadores. Assim, ao final, todos os atores, incluindo a população, serão beneficiados, concretizando-se o princípio da boa-fé objetiva, visando uma sociedade mais justa e igualitária.

Diante desse contexto, para ponderar os interesses dos participantes das negociações é importante fazer uma análise econômica do contrato porque o interesse financeiro é de profunda relevância e, em muitos casos, o único interesse do participante é contratar.

### 5.3 ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS

A principal função da análise econômica do Direito é a utilização de um viés econômico para questões de cunho jurídico. É importante ponderar que sempre existiu uma correlação entre a Economia e o Direito, principalmente quando se tratam de situações ligadas à liberdade, propriedade privada, segurança jurídica e contratos.

Os estudos dos contratos por meio desse instituto representam um avanço metodológico tanto no âmbito jurídico como no econômico, buscando uma maneira de harmonizar e relacionar os dois discursos.

No que diz respeito, especificamente, à relação entre os argumentos do Direito e da Economia, é preciso, desde o início, esclarecer que o discurso econômico é essencialmente diferente do jurídico, porquanto se baseia nos critérios de custo e eficiência, enquanto o discurso jurídico está voltado à justiça e legalidade. Assim surge o questionamento da possibilidade de se utilizar a Análise Econômica no Direito Contratual fazendo uma ligação com a função social do contrato, num contrassenso entre a visão liberal de não intervenção do estado tanto na economia

como na relação entre particulares, e a figura do estado social que preconiza a justiça social com a intervenção estatal.

Com essa visão da problemática inicial, pretende-se, pois, abordar, como objetivo geral, a importância do estudo da análise econômica do contrato e a sua correlação com a função social do contrato e, especificamente, (a) analisar o contexto do surgimento, das principais características, do conceito e das peculiaridades da análise econômica do direito, (b) refletir sobre o contrato em si e a suposta crise contratual (c) estudar a análise econômica do direito contratual, propriamente dita, fazendo uma relação entre economia e direito e a função social do contrato e, por fim, (d) refletir sobre a ligação da análise econômica do contrato com a sua função social e a possibilidade de se resolver a crise do contrato. (FIGUEIREDO; SILVA, 2016).

Para a análise econômica dos contratos, deve-se se ater ao impacto não apenas em relação às partes contratantes, mas também em relação a terceiros. A análise não deve ser restrita às consequências legais, mas qual o impacto econômico que aquela transação visa oferecer, seus custos reais.

A resposta a esses questionamentos proporciona uma análise real dos benefícios que o contrato pode proporcionar ou se não vale a pena firmar esse compromisso.

O fundamento maior da Análise Econômica do Direito seria trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Da mesma maneira que os mercados, para serem dotados de um funcionamento adequado necessitam desses postulados, a AED tenta afretar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas. (MONTEIRO, 2015).

Outro ponto a ser ponderado na análise do contrato é a participação (econômica ou não) do terceiro. Essa participação é de extrema relevância para que possa proporcionar segurança jurídica às partes e elas possam negociar de forma livre e justa, respeitando os princípios. Nesse contexto, o instituto da tutela externa do crédito se insere.

## 6 TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO

A tutela externa do crédito é um instituto que representa grandes mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, ponderando princípios como o do *pacta sunt servanda* e da relativização dos contratos. É importante analisar o Direito brasileiro, sob a ótica da função social do contrato e da boa-fé.

O crédito deve ser protegido contra um ato de um terceiro que vise o inadimplemento. Esse deve ter responsabilidade objetiva sobre seus atos, aplicando-se o disposto no Código Civil (BRASIL, 2019b).

A sociedade não poder ficar omissa na formação dos contratos, tratando como assunto exclusivo dos particulares, haja vista que esse instituto jurídico gera efeitos em relação a terceiros. É necessário ponderar que a proteção do contrato em face de terceiros preserva o instituto da segurança jurídica, visando a paz social.

Ademais, é necessário que a confiança seja zelada por toda sociedade, de modo que se evite o inadimplemento do contrato. Ela tem como escopo que os contratos sejam mais éticos e justos.

Nesse contexto, é importante ponderar que a liberdade de contratar está preservada, mas não pode gerar como consequência o não cumprimento se uma obrigação anteriormente firmada.

A tutela externa do crédito visa proteger o credor de um terceiro de má-fé, contribuindo para uma sociedade que respeita a função social do contrato, e que, com isso, torna o direito mais justo.

A teoria clássica dos contratos se baseia no princípio da relatividade dos efeitos, que se firma no conceito de que uma obrigação só pode gerar efeitos somente entre as partes contratantes, sem atingir terceiro. É importante ponderar que a aplicação rigorosa dessa teoria não se mostra eficaz se ponderados o princípio da boa-fé e da função social do contrato. Nesse contexto, o direito contratual evoluiu, trazendo novos institutos jurídicos e uma nova ponderação de princípios, sendo relativizado pelo instituto da tutela externa do crédito.

Atualmente é necessário estabelecer os limites do contrato dentro da esfera do direito. Com o passar dos anos, princípios como o do *pacta sunt servanda* se tornaram insuficientes para analisar as relações, tendo em vista que um contrato pode produzir efeitos e até mesmo gerar obrigações a terceiros, haja vista que estes não podem praticar atos que visem o inadimplemento da obrigação anteriormente firmada.

Surge, então, a tutela externa do crédito, que constitui uma evolução das relações do Direito Civil. A análise restrita do contrato não é suficiente para resolver eventuais lides decorrentes do contrato. Atualmente, princípios como o da boa-fé objetiva, devem preponderar na interpretação. A finalidade individualista do Direito Privado cedeu espaço para a sociabilidade, visando preservar a função social do contrato, que garante que os contratos sejam mais humanos, não apenas sujeito às regras do mudo capitalista, mas tendo que cumprir sua função social, que se torna um princípio maior ao lado do dever de boa-fé objetiva.

A partir dessa premissa, deve-se respeitar a manutenção e vigência dos contratos, sendo vedada a prática de atos que visem dificultar ou impossibilitar o adimplemento do contrato anteriormente firmado.

A questão é até que ponto um contrato pode produzir efeitos e obrigações em relação a terceiros e como a participação desses acontece. É inegável, na doutrina e na jurisprudência, que quando um terceiro sofre prejuízo ele deve ser indenizado, como previsto no art. 932 do Código civil (BRASIL, 2019b), que os pais respondem pelos danos causados pelos filhos. No Código de Processo Civil existe inclusive o instituto dos embargos de terceiros para que este não seja prejudicado.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - POSSE DEMONSTRADA - AÇÃO DE EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO - AFASTAMENTO DA CONSTRIÇÃO - VIABILIDADE - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - SÚMULA 303 DO STJ. A via processual dos embargos de terceiros tutela a posse daquele que, não fazendo parte da relação processual, sofre prejuízos com a constrição do bem. Em Embargos de Terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com as verbas sucumbenciais. Diante do princípio da causalidade, não pode o exequente ser prejudicado com a condenação em honorários sucumbenciais, uma vez que não deu causa à demanda. (MINAS GERAIS, 2018).

Entretanto, é preciso regular a participação e os limites do terceiro no contrato. O objetivo de apontar claramente os limites do terceiro no contrato e suas implicações para que essas controvérsias possam trazer respostas eficazes, que além de traduzir segurança jurídica para todos.

Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor expande os efeitos das relações de consumo ao instituir, em seu art. 17, que “equiparam-se ao consumidor, todas as vítimas do evento” (BRASIL, 2017) e não apenas aquelas que adquiriram o produto ou serviço ou que deles utilizam como destinatários finais. Nessa hipótese, o terceiro é a vítima.

É importante esclarecer os limites da atuação deste terceiro sobre a relação obrigacional. Há casos em que o único intuito é destruir ou impedir que a relação obrigacional produza os efeitos e consequências desejadas pelas partes. A tutela externa do crédito visa à

solução para a vinculação do terceiro à obrigação alheia a partir da sociabilidade e eticidade das relações entre particulares, bem como o direito de oponibilidade. Esse instituto visa, não apenas impor o respeito do terceiro ao contrato alheio, mas também colocar como consequência a responsabilidade de indenizar.

## 6.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

A análise dos princípios norteadores do Código Civil (BRASIL, 2019b) se faz necessária para compreensão do instituto da tutela externo do crédito. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior pondera:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão a sua estrutura mestra (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 56).

Os princípios, além de serem a base de todo ordenamento jurídico, fundamentam concretamente os julgamentos.

Em todo ordenamento jurídico, há princípios que instituem diretrizes de interpretação. Nesse sentido o Código Civil alemão, para preservar o interesse social e a segurança das relações jurídicas, institui o princípio da boa-fé, que prevê que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Nesse sentido, o artigo 242 do Código Civil alemão (BGB), prevê: “O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes” (COSTA, 1999, p. 411). Isso

quer significar - segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242, do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países de common law - modelo de conduta social, arquétipo ou Standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria em homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subjuntivo. (COSTA, 1999, p. 421).

Nesse sentido, destaque para julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Boa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.

O Código Civil de 2002 expressou o princípio da BOA-FÉ objetiva. Na dicção de Álvaro Villaça Azevedo (in Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26/27):

“Deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta”.

“Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

.....

“Todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé”. (MEDEIROS, 2012).

Os princípios fundamentais do Código Civil brasileiro são a eticidade, a operabilidade e a sociabilidade (BRASIL, 2019b). Miguel Reale, coordenador no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019b), rompeu com o individualismo exacerbado que permeava o Código Civil de 1916 (BRASIL, 2019b), propiciando a consolidação de institutos como o da boa-fé objetiva dos contratos. Em relação à eticidade, Miguel Reale pondera:

O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso a analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as conseqüências da cláusula rebus sic stantibus. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo Direito Obrigacional. O direito de resolução obedeceu a uma nova concepção, porque o contrato desempenha uma função social, tanto como a propriedade. Reconhece-se assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude de advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venha alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa. (REALE, 1999, p. 9).

Outro princípio de suma importância é o da operabilidade, que visa diretamente o trabalho do profissional do Direito:

A operabilidade é entendida por Miguel Reale como estabelecimento de soluções normativas, visando à facilitação da interpretação e aplicação do operador do direito. [...] A influência de Ihering na concepção da operabilidade que fundamenta o Código Civil se evidencia na tentativa de considerar a realizabilidade como essência do pensamento que norteou o mencionado Código. (SANTOS, 2004, p. 97).

Finalmente o princípio da sociabilidade, que faz prevalecer os anseios da sociedade, contrapõe-se ao individualismo.

É importante ponderar que os princípios do Código Civil (BRASIL, 2019b) não têm como objetivo desconsiderar a autonomia privada em favor da sociedade como um todo; o que se busca é a ponderação da liberdade e da solidariedade, que busca, como resultado final, uma igualdade material entre as partes contratantes e terceiros que sofrem os efeitos do contrato.

## 6.2 O PAPEL DO TERCEIRO

A tutela externa é um instituto que oferece a oponibilidade do direito creditício a um estranho ao vínculo inicial. Esse instituto busca o estudo da proteção do vínculo contratual formado entre duas partes contra a investida de um terceiro que tenha por objetivo gerar o inadimplemento, por meio da agregação de um dos contratantes, fazendo com que haja um desate do acordo anteriormente ajustado.

A violação do crédito por pessoas estranhas ao contrato é defendida por uma forma de reparação de danos que são causadas por um ilícito. Visa à proteção desses direitos, violados por terceiros, que não participaram da relação jurídica contratual, fazendo com que, dessa forma, o devedor possa cumprir uma obrigação ou receber a prestação que lhe é devida por direito. Esse tipo de responsabilidade civil é chamado de tutela externa de crédito.

Esse instituto busca estender aos direitos de crédito, em determinadas situações, o fato de só o devedor estar obrigado a realizar a prestação e, por isso, tal obrigação só poder ser infringida por ele, não significa que terceiros não possam violar o direito do credor.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explanam:

Com esteio na concepção social do contrato (art. 421 do CC) e na quebra do dogma da relatividade, é possível efetuar uma distinção entre a eficácia das obrigações contratuais e sua oponibilidade. A eficácia das obrigações mantém-se restrita às partes, respeitando-se o princípio da relatividade contratual, pois as prestações de dar, fazer e não fazer só poderão ser exigidas reciprocamente dos contratantes. Porém o princípio da função social condiciona o princípio da liberdade contratual de terceiros, pois torna o contrato oponível erga omnes. Toda a coletividade tem o dever de abster-se de entabular negócios jurídicos que comprometam ou perturbem a realização de obrigações anteriormente assumidas entre sujeitos distintos. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, em um dever jurídico coletivo de abstenção – semelhante ao tradicionalmente reconhecido aos direitos reais –, atribuível a qualquer um que conheça o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. A distinção entre a eficácia das obrigações e sua oponibilidade é sugestiva, tanto na hipótese do terceiro ofensor como na do terceiro ofendido pela relação contratual. Sugere que o direito de crédito, como qualquer direito subjetivo, conduz a idéia de exclusividade da atuação de um titular na atuação de um bem (crédito), mediante a cooperação do devedor. Terceiros não podem ser credores ou devedores de prestações em contratos de que não foram partes. Todavia, eles podem ser credores e devedores de deveres de conduta – sobretudo de proteção –, pois a complexidade de qualquer obrigação exige que, no processamento da relação jurídica, as partes não possam lesar a sociedade ou por elas ser lesadas. Há uma via de mão dupla que demanda um atuar dos contratantes para o bem comum, assim como um agir da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerado solidário em relação aos bens dos demais. (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 60-61).

Cabral afirma que não se pode pactuar um contrato de modo a impor obrigações a terceiros. Entretanto, esses têm o dever de respeitar tal obrigação:

[...] aceita-se, pacificamente, que a circunstância de os sujeitos de um negócio não poderem convencionar a obrigação de prestar por terceiros não equivale àquela outra

que se traduz em impor a estes últimos que respeitem as obrigações validamente acordadas, não dificultando ou tornando impossível a respectiva observância pelas partes. (CABRAL, 2001, p.1.027).

Varela explica a obrigação de um terceiro perante este contrato:

O credor não pode, é certo, exigir a prestação devida, senão do obrigado. Mas todo o terceiro que tivesse conhecimento da relação creditória seria (juridicamente) obrigado a respeitá-la, não lhe sendo lícito induzir o devedor a faltar ao cumprimento, celebrar com ele negócio que o impedisse de cumprir, nem destruir ou danificar a coisa devida (VARELA, 2000, p. 175-176).

É importante ressaltar os efeitos negativos do contrato em relação a terceiros, que consiste em não realizar atos contra os contratos alheios ou não incentivar o rompimento desses pactos. Essa obrigação de não fazer é o que a doutrina chama de oponibilidade do contrato a terceiros, sendo uma forma de efeito reflexo na esfera alheia. Nesse contexto, o estranho à relação contratual que tenha um interesse em conflito com os de algum contratante não pode instigar o rompimento da relação contratual ou favorecer o tal agir, pois estará induzindo ao inadimplemento e, com essa atitude, prejudicando a manutenção, que é a função social do contrato. O terceiro, embora estranho à declaração de vontade daquele contrato, tem o dever de não atrapalhar o desenvolvimento do contrato.

Noronha foca em um ponto crucial, ao explanar que a atitude dolosa do terceiro, causadora de dano a outrem, gera o dever de indenizar.

Em todos os casos suscetíveis de enquadramento na tutela externa do crédito, uma coisa é certa: quando o terceiro interveniente for movido pelo propósito de causar dano ao credor, isto é, quando proceder dolosamente, ele será sempre obrigado a indenizar, devido a uma razão de ordem pública: todo dano dolosamente causado deve ser indenizado. (NORONHA, 2002, p. 58).

Theodoro Neto invoca o princípio da função social do contrato:

Uma das principais suscitações do tema que nos ocupa é a responsabilidade civil do terceiro por lesão de direito de crédito. A idéia de responsabilidade do terceiro pela frustração de uma prestação do contrato parte da premissa de que o terceiro não pode, em princípio, ignorar voluntariamente o contrato. Conhecendo a existência do contrato e seus efeitos jurídicos, não pode agir como se não os conhecesse. Segundo a orientação doutrinária francesa, os terceiros têm um dever fincado na utilidade social do contrato, de respeitar a oponibilidade das convenções. Uma vez que as violem ciente e intencionalmente, adquirem uma obrigação de reparar perante o(s) contratante(s) prejudicado(s). (THEODORO NETO, 2007, p. 126).

Diversos autores tratam o tema da tutela externa do crédito sob aspecto distinto. A partir do estudo do atual ordenamento jurídico brasileiro e do confronto das posições teóricas diversificadas, pode-se concluir que, sendo a liberdade de contratar dotada de função social, não pode ser tal liberdade exercida de forma contrária a essa função. O abuso do direito deve ser invocado para responsabilizar o terceiro que excedeu a liberdade de contratar em desacordo com a sua função social, na medida em que tal liberdade resultou na violação de um direito de crédito alheio, de cuja existência o terceiro tivera conhecimento prévio.

### 6.3 FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE

O princípio da relatividade, em síntese, restringe os efeitos do contrato às partes contratantes, não permitindo que alcance terceiros, tendo, então, o contrato, eficácia relativa. Com o passar do tempo, esse princípio isolado não se tornou eficaz para resolver os conflitos, sendo então introduzida na discussão a ideia de oponibilidade.

A ideia de oponibilidade deve ser tida como necessária a partir da tomada de conscientização do contrato com, um dado social, e não como mera expressão do individualismo. E, de fato, o contrato não deve mais ser visto meramente como instrumento para a relação de interesses próprios de um só indivíduo, mas deve sempre ser considerado como fato socialmente relevante. Por isso se diz que os contratos e as situações jurídicas contratuais podem, como fatos sociais que são, ser invocados pelas partes em face de terceiros e, em dadas circunstâncias mesmo pelos terceiros em face das partes. Constata-se uma evolução na análise do princípio da relatividade do contrato, de forma técnica e sistemática, através da distinção entre o efeito obrigatório do contrato e a oponibilidade da situação jurídica que dele deriva. (THEODORO NETO, 2007, p. 64).

É importante ressaltar que a flexibilização do princípio de relatividade foi resultado da mudança de foco das relações jurídicas, preocupando-se mais com os aspectos sociais e não uma preocupação meramente individualista. É claro que o contrato tem uma repercussão externa, e seu impacto na sociedade não pode ser ignorado.

A mudança de paradigma do Estado de Direito, passando da primazia do indivíduo para a preocupação com o social, nessa ordem de ideias, produziu reflexos diretos para a doutrina dos estudiosos da teoria do contrato. Ativou a consciência de que o contrato, como as obrigações que dele emanam, é um fato social, de relevância para os interesses e para convívio coletivos.

Na medida em que um contrato pode repercutir de alguma maneira nos interesses de terceiros, mesmo sem deles dispor expressamente, por certo que não pode simplesmente ser desconsiderado pelas pessoas no meio econômico e social que repercute. (THEODORO NETO, 2007, p. 66).

A concepção fechada da relatividade dos contratos existiu por séculos e era perfeitamente adequada ao modelo clássico, no qual o objeto consistia no interesse exclusivo das partes contratantes. Com o advento da função social do contrato essa ideia se mitigou.

A visão de que o contrato é um elo da ligação social dentro da cadeia econômica na qual ele repercute, faz transcender seus efeitos às pessoas que originariamente emitiram declaração volitiva qualificada, trazendo consequências também para terceiros que não participaram diretamente do ajuste, mas que sofrerão suas consequências, seja em razão do inadimplemento, que repercute no seio social fazendo com que haja o descumprimento de outros ajustes que dele sejam dependentes, seja mediante o cumprimento de uma obrigação que interessa única e exclusivamente às partes contratantes gerando nocividade à coletividade.

O que se espera dos sujeitos envolvidos e da sociedade é que haja uma atividade de cooperação coordenada entre todos a fim de que o escopo do contrato atingido, finalidade contratual representada pela criação e manutenção de trocas econômicas justas e equitativas. Como todos devem colaborar para a consecução deste escopo,

não há como afastar a oponibilidade dos efeitos contratuais a quem dele não participou de modo originário. (NAZAR, 2009, p. 89).

Existe uma mudança de perspectiva entre o conceito clássico da relatividade dos contratos, no qual a perspectiva é a relação interna, para a análise dos reflexos externos, ponderando o meio social em que o contrato está inserido. Houve um molde do princípio da relatividade contratual para se adequar aos novos valores do direito, sendo um deles, a função social do contrato. Neste sentido, Humberto Theodoro Neto sintetiza:

Na tentativa de sistematizar, portanto, o tema, identifica-se no direito comparado a referência a três manifestações em torno do direito do crédito derivado de um contrato em que se pode vislumbrar uma flexibilização da relatividade dos efeitos do contrato, ainda que não haja em todas propriamente uma quebra de princípio. Essa flexibilização pode fazer derivar um crédito terceiro (estipulação em favor de terceiro); uma obrigação do terceiro de respeitar o pacto alheio ou de reparar dano a direito de crédito de um dos contratantes (direito do contratante em face de terceiro), ou pro fim um direito subjetivo do terceiro à proteção ou à reparação de dano provocado pelos contratantes (direito do terceiro em face do contratante). (THEODORO NETO, 2007, p. 68).

O princípio da relatividade, que antigamente era absoluto, passou a ser ponderado com os princípios gerais do direito, com repercussões positivas e negativas para terceiros. Nesse contexto, a análise do terceiro e da relação obrigacional se faz coerente.

#### 6.4 O TERCEIRO E A RELAÇÃO OBRIGACIONAL

A violação do terceiro ao crédito alheio pode se dar de forma direta ou indireta. A ofensa indireta ocorre quando o terceiro causa dano a uma coisa que é imprescindível ao cumprimento do contrato, ou mesmo a pessoa do devedor, que devido à ofensa a sua integridade física não poderá mais adimplir o contrato. Nesse caso, aplicam-se as regras comuns do Código Civil (BRASIL, 2019), ponderando a culpa, o nexos de causalidade e o dano sofrido.

Dispõe o art. 608 do Código Civil que “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que o prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos” (BRASIL, 2019b). Com a simples leitura desse dispositivo, conclui-se que o ordenamento repugna a ofensa de terceiro de uma relação obrigacional já consumada.

A violação direta do crédito diz respeito justamente à tutela externa do crédito, que acontece quando

[...] o terceiro instiga a outra parte de um contrato anteriormente firmado a descumprir-lo ou a celebrar um novo contrato incompatível com o anterior. Nestes dois casos há o que se chama de ofensa direta ao crédito em conluio entre o devedor e o terceiro. A lesão ao direito ao credor decorre de um acordo de vontades (conluio)

entre o terceiro e o contratante anterior com vistas à frustra o cumprimento da obrigação pactuada, gerando o inadimplemento creditício. Nestas duas hipóteses, há verdadeira indução ao inadimplemento contratual. O terceiro também pode atingir diretamente o crédito alheio mediante prática de ato isolado e autônomo em relação aos contratantes lesados. Ou seja, neste caso, não há participação de nenhuma das partes do contrato afetado. Isto ocorre quando o terceiro age em concorrência desleal ou usa indevidamente informação privilegiada obtida pela sua atuação nos atos contratuais. Mas sem que do contrato assumisse posição de parte). (NAZAR, 2009, p. 108).

É necessário ponderar que o terceiro tem o dever de proteção em relação ao contrato firmado, mesmo não tendo sido parte direta da obrigação. Isso se dá na linha da função social do contrato e do princípio da boa-fé. Nesse sentido, Teresa Negreiros expõe:

O princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos tem o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar obrigações contratuais exigíveis em face de terceiro (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito pro tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige). (NEGREIROS, 2005, p. 265).

A função social do contrato somente será alcançada se as partes agirem com boa-fé contratual, respeitando toda a cadeia de princípios para que as pessoas possam viver em sociedade com paz social.

## 6.5 BOA-FÉ NO CONTRATO

Resta ultrapassada a época do direito essencialmente formalista. Atualmente o magistrado adequa os seus julgados a valores sociais analisando o caso em concreto, é claro, pautado no direito posto.

A boa-fé é um instrumento que ajuda o magistrado adequar os valores sociais à aplicação do direito. Nesse contexto, é importante diferenciar a boa-fé objetiva da subjetiva:

Há de salientar que existem duas acepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. O princípio da boa-fé objetiva – circunscrito no campo do Direito das obrigações - é o objeto do nosso primeiro enfoque. Compreende-se ela um modelo de conduta social, verdadeiro standart jurídico ou regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte.

A boa-fé objetiva pressupõe: a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como bônus pater famílias; c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.

Em sentido diverso, a boa fé objetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que em verdade só existe na aparência. O indivíduo encontra-se em

escusável situação de ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão do direito alheio. (NEGREIROS, 2005, p. 265).

A boa-fé se aplica ao instituto da tutela externo do crédito na medida em que a conduta do terceiro alheio à obrigação pactuada tem responsabilidade civil, não podendo quebrar os princípios da boa-fé, de modo que este deva zelar pela continuidade do contrato, sob pena de incidir o dever de indenizar sobre aquele que induz o outro à prática de ato que gere inadimplemento do contrato ou realização de outro contrato incompatível com o anterior pactuado. Nesse sentido, a boa-fé se complementa com o abuso do direito.

Nesse contexto deve-se salientar que

Elevada à categoria de norma positivada pelo Novo Código Civil, todos os membros de uma comunidade jurídica devem comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva em suas relações recíprocas que, assim, projeta-se em duas direções, vale dizer, criando direitos e deveres para todos os envolvidos.

A boa-fé objetiva faz parte do ordenamento jurídico e, portanto, serve como um instrumento para permitir maior aproximação do texto geral das leis com as necessidades impostas pelos casos concretos em que as leis são aplicadas.

Esta noção é uma importante descoberta para o pensamento jurídico contemporâneo, pois permite que os julgadores não se limitem à simples recitação das soluções consagradas na jurisprudência, mas exige deles a compreensão do significado das normas jurídicas. Esta compreensão é que permitirá chegar às soluções mais adequadas sem recorrer a exaustivos artifícios retóricos para atingir o mesmo resultado já delineado pelo princípio da boa-fé objetiva, por exemplo.

O princípio da boa-fé objetiva tem sido aplicado pela jurisprudência e delineado pela doutrina, desde a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, onde o princípio já aparecia expresso. Pelo fato de agora a boa-fé objetiva estar contida expressamente no Código Civil, isto significa que deva ser estendido para todos os setores do ordenamento jurídico, indistintamente e sem receios. (ZIMMERMAN, 2005, p 2).

A boa-fé objetiva contratual, constante no art. 422 do Código Civil (BRASIL, 2019), é fonte criadora de deveres para as partes do contrato, podendo repercutir na esfera de terceiros. Nesse sentido, Humberto Theodoro Neto aduz:

Além desse princípio contratual, porém há também a previsão de boa fé e observância de fim social para a conduta geral, independente do vínculo com a relação contratual; o que se direciona direta e indistintamente a todos, independente da posição de parte ou terceiro. Isto é, a conduta do terceiro em relação aos contratantes, e vice-versa, também se regula por uma cláusula geral de boa-fé e observância do fim social dos negócios estatuída pelo art. 187 do Código Civil Brasileiro, que expressamente iguala a conduta dela desviada ao ato ilícito, gerando responsabilidade civil para seu autor (THEODORO NETO, 2007, p. 158).

O instituto da Tutela externa do crédito tem aplicação prática no direito brasileiro, com repercussão inclusive de um caso que aconteceu com um famoso artista brasileiro e duas das principais fabricantes de cerveja do país.

## 6.6 A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: CASO ZECA PAGODINHO

Em 2003 houve um famoso caso a respeito do instituto da tutela externa do crédito, onde figurava o artista Zeca Pagodinho. À época o ocorrido gerou grande discussão a partir de um problema criado pelo artista em uma campanha publicitária.

O artista assinou um contrato que continha cláusula de exclusividade com a empresa Schincariol, cuja campanha publicitária tinha como *slogan* a palavra “experimental”. Entretanto, sem comunicação prévia à cervejaria Schincariol, o artista fez propaganda de marca concorrente (Brahma), com o *slogan* “amor de verão”, satirizando a empresa Schincariol.

A Schincariol, então, moveu ação contra a AMBEV, empresa detentora da marca Brahma, em que alegava quebra de contrato, danos morais e materiais, requerendo a responsabilização solidária do cantor pela quebra do contrato. Não satisfeita, provocou o Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária (CONAR), requerendo, inclusive em sede de liminar, a suspensão imediata da propaganda da Brahma, sob pena de multa diária.

O filme provocou protestos da Schincariol e sua agência, Fischer América, e atraiu grande atenção da imprensa, pois Zeca Pagodinho havia estrelado meses antes a campanha de relançamento da cerveja Schincariol, onde era convencido a experimentar o novo produto e o aprovava. Como no verso citado, entre outros de teor semelhante, o filme da Brahma sugere que tudo não passou de um “amor de verão”.

Em sua denúncia ao Conar, as autoras argumentaram que o anúncio da Brahma não teve o propósito de esclarecer ao consumidor mas “tão somente, denegrir a marca e o produto Schincariol, em verdadeiro ato de pirataria, aproveitando-se da imagem do seu ícone, Zeca Pagodinho”. Schincariol e Fischer América aduzem manter com o cantor contrato de exclusividade, devidamente anexado à denúncia, e que não permite que Zeca consuma em público cervejas de outras marcas. Anunciante e agência pedem o enquadramento do filme da Brahma em oito artigos do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, com solicitação de sustação liminar. Esta foi negada pelo relator do processo, que considerou preliminarmente os termos do filme dentro dos limites da propaganda comparativa. Quanto à conformidade do uso da imagem de Zeca Pagodinho no filme da Brahma, o relator considerou a questão além dos limites do Código.

Dias mais tarde, a Brahma passou a veicular um novo filme, onde pessoas entrevistadas na rua, comentando o depoimento de Zeca Pagodinho, o aprovam. Para Schincariol e Fischer América, o filme repetiu os vícios alegados

anteriormente.

Anunciante e agência enviaram defesas separadas ao Conar. A da África alega, entre outras considerações, que o caso, em sua essência, versa sobre o rompimento unilateral do contrato entre Zeca Pagodinho e a Schincariol e a Fischer América e que teria sido motivado por um desconforto do cantor em relação a certas promessas que lhe teriam sido feitas, ainda que não constassem do contrato. Alude ainda a defesa a uma conhecida preferência do cantor pela cerveja Brahma, que consumiria habitualmente. Assim, para a África, a questão não é ética mas de exclusiva natureza jurídica, já que o contrato possui cláusulas de rescisão, com estipulação detalhada das penalidades a que se sujeitaria o infrator. (QUEIROZ; RODRIGUES, 2004)

A justificativa do rompimento unilateral do contrato por parte do Zeca Pagodinho sob o argumento que existiria promessas verbais descumpridas, enfraqueceu a defesa da Brahma, tendo em vista a improbabilidade da existência de eventuais tratativas em face do valor do contrato.

A Ambev, fabricante da cerveja Brahma, em sua defesa, considera que a denúncia da concorrente “não consegue apontar, objetivamente, quais as ocorrências do anúncio que efetivamente afrontaram as normas éticas”.

A defesa nega haver nos filmes propaganda comparativa, concorrência desleal, denegrimento ou apelo a marcas de terceiros. “Torna-se até difícil formular a presente defesa, tendo em vista que a queixa não indica precisamente os fatos que caracterizaram as infrações apontadas”.

Em primeira instância, o relator propôs a sustação do filme. Para ele, o caso é exemplar e merece reflexões dos anunciantes e publicitários sobre as táticas para buscar vender muito e cada vez mais e de se tentar não vencer a concorrência mas sim arrasa-la e, com isso, obter-se uma conquista territorial na base da pedra sobre pedra, tudo isso em nome de um avanço nos gráficos dos relatórios de vendas. O relator lembrou que o Código de Ética do Conar sempre teve por foco o anúncio e que a denúncia que fundamentou o processo trouxe um clamor que, embora veemente, não materializava as infrações ao Código que estariam contidas na publicidade. “Não que a publicidade restasse inocente”, escreveu o relator, “mas as imputações contra ela foram disparadas por um grande canhão, mas que deixaram ileso o anúncio-alvo. Naquele momento, as requerentes cobravam do Conar uma ação sobre a qual tem um controle normativo inteiramente abstrato. Basta lembrar do conteúdo do anúncio contestado: um personagem testemunhal, utilizado para elogiar uma marca de cerveja através de uma publicidade em TV, professa mea culpa em nova publicidade, desta vez declarando-se fiel à marca concorrente. Vale dizer que o personagem testemunhal desempenha esse desmentido sem nenhuma alusão direta à marca que abandonou valendo-se para isso do simbolismo e das metáforas típicas do gênero musical que compõe e canta”.

Ele entendeu que o filme não infringiu o artigo 32 do Código, que versa sobre propaganda comparativa, e todo o restante da denúncia formulada por Schincariol e Fischer América cobrava do Conar uma ação normativa não pertinente à legislação do Código de Ética. “É preciso que fique evidente que o Conar não legisla sobre matérias referentes à administração e gestão das atividades de propaganda e marketing exercidas por anunciantes e agências. Aliás, felizmente o Conar não vai além das sandálias”, escreveu o relator. “Mesmo com os excelentes advogados que fazem parte da Câmara de Ética, creio que nem estes estariam instrumentados para julgar este contrato e vincular sua análise aos preceitos do Código”. “No mais”, prossegue o relator, “a denúncia peca pelo apelo ao maniqueísmo. O fato de cada um de nós ter a sua opinião e interpretação pessoal sobre comportamentos profissionais não pode se sobrepor à dependência do conselheiro à letra e ao espírito do Código de Ética. Se há, como foi escrito na denúncia, ‘piratas modernos da propaganda’, isso foge ao anúncio, da mesma forma que outros eventuais vilões de bastidores”.

Estes foram os fundamentos que levaram o relator à negativa de concessão de liminar do anúncio.

“A interrupção de veiculação do anúncio por decisão judicial” vai adiante o relator, “não impediu e até fortaleceu um grande interesse público e um amplo e generalizado debate popular sobre os conceitos emitidos na publicidade e, principalmente, sobre o comportamento, a idoneidade, o perfil psico-social e a própria ética do personagem-testemunhal, aliás batizada por ele como ética de Xerém”. (QUEIROZ; RODRIGUES, 2004)

A decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação publicitária de suspender o anúncio da Brahma foi acertada tendo em vista a inobservância dos princípios norteadores das relações contratuais como o da Boa fé objetiva na execução do contrato.

Para o relator, a partir do momento em que Zeca Pagodinho passou a explicar, publicamente, seu comportamento em relação ao anúncio, ao consumo de cerveja em anúncios, ao porquê da sua migração para outro produto, além de outras experiências comportamentais associadas à cerveja e aos negócios, a questão passou a ser absolutamente pertinente ao anúncio e, portanto, com méritos a serem analisados sob o prisma do Código de Ética. “O personagem-testemunha é o anúncio vivo e suas atitudes provocaram uma espécie de reação química no anúncio, gerando um nutriente maligno que transformou o arranhão em um tumor. Tais manifestações do personagem-testemunha, aliadas às manifestações das cervejarias em conflito e suas agências lançaram para o debate público o julgamento ético da atividade publicitária e de como anúncios são utilizados para difusão de propostas irresponsáveis. Disse o inefável artista em uma das suas entrevistas: Para mim, o que existe é a ética d Xerém (...). Tal visão ética é exemplificada em outras

entrevistas, quando declara por exemplo que, em comercial anterior, fingia que bebia Schin, quando na realidade havia Brahma no seu copo. Ou, que só elogiou a cerveja das requerentes, no passado, 'porque os caras me infernizaram dia e noite... diziam que bastava experimentar...'. É impossível dissociar-se tais comentários do anúncio, tal como foi veiculado aos consumidores. E as justificativas de tal falsificação ideológica estão provocando nos consumidores - como estamos observando atualmente - muitas reações de apoio sarcástico, da assumida valorização do "tudo por dinheiro", do quanto pior melhor". "A escolha do personagem-testemunha", prossegue o relator de primeira instância, "acabou também por fazer do anúncio um instrumento de irresponsabilidade na propaganda de bebidas alcoólicas. Agora sabemos - por declarações do próprio e por informações jornalísticas não contestadas - tratar-se de um alcoólatra, que corre risco de vida se não parar de beber. 'Quando eu morava em Xerém, começava a beber tipo 6 da manhã. Agora acordo mais tarde, então começo mais tarde'. Afirmo que tem um inchaço no fígado e que recebe apelos médicos para parar de beber. E, ainda, dá um infeliz exemplo de comportamento familiar em relação ao consumo de álcool, inclusive de acentuada ilegalidade, quando diz: 'às vezes eu brinco com meu menor, falo para ele dar um tapa na cerveja'.

Para o relator, Brahma e África não podem alegar falta de conexão entre o artista que escolheram como personagem-testemunha do anúncio e o personagem da vida real. "O Código é explícito em seu Anexo Q, que diz: O Anunciante que recorrer ao testemunhal de pessoa famosa deverá, sob pena de ver-se privado da presunção de boa-fé, ter presente a sua responsabilidade para com o público". Seu voto foi aprovado por unanimidade pela 1ª Câmara do Conselho de Ética. Brahma e África recorreram da decisão repisando argumentos apresentados em sua defesa de primeira instância. O relator do recurso ordinário votou pela manutenção da decisão inicial.

Ele justificou seu voto, entre outros motivos, por considerar de todo inadequada a forma como foi feita a "rescisão" - um filme publicitário - do contrato celebrado entre a Schincariol e sua agência e Zeca Pagodinho. "Contratos são feitos para protegerem os envolvidos e prevêm rescisões e multas", escreveu ele em seu voto. O relator baseou-se também no impacto provável do filme sobre o consumidor, como previsto no artigo 17 do Código ético-publicitário. "A Brahma pode ter tido a intenção de vender seu produto. Mas às custas de um prejuízo ético para a Nova Schin".

O seu voto foi acolhido por unanimidade pela Câmara Especial de Recursos. (QUEIROZ; RODRIGUES, 2004)

Nesse caso, o instituto da externa do direito de crédito verificou-se, já que o terceiro tem o dever de respeitar a situação criada pelo contrato, consistente em uma abstenção. Como

consequência dessa oponibilidade, o terceiro que participa da violação de um contrato é responsável pelo dano que cause ao credor. Eis a tutela ou eficácia externa do crédito.

No entanto, ocorre aqui uma ofensa ao princípio da função social do contrato, pois este interessa a toda sociedade, tratando-se de publicidade e isto afeta o interesse das pessoas, confunde, gerando descaso até por parte dos consumidores. Ocorre então, que este contrato não afeta apenas as partes, e sim, a sociedade. Gera uma dúvida, em que cerveja acreditar? Qual delas é a melhor? Haja vista que o cantor provou das duas e garantiu que as duas são boas. Ocorre aqui um descaso por parte do compositor com relação à empresa Schincariol, portanto gera o dever de indenizar a parte afetada. O devedor, no caso Zeca Pagodinho, tem o dever de indenizar solidariamente com a Brahma a empresa credora, no caso a Schincariol.

A condenação da empresa Ambev só ressalta que o terceiro pode ser responsabilizado pelo dano causado ao credor e deve repará-lo.

Portanto, sendo a liberdade de contratar dotada de função social, não pode ser tal liberdade exercida de forma contrária a esta função. O abuso do direito deve ser invocado para responsabilizar o terceiro que excedeu a liberdade de contratar em desacordo com a sua função social, na medida em que tal liberdade resultou na violação de um direito de crédito alheio, de cuja existência o terceiro tivera conhecimento prévio.

No entanto, ocorre à violação do direito da empresa Schincariol, e neste caso, a outra empresa tinha conhecimento, pois aceitou pagar a rescisão contratual e eventuais multas que o contrato geraria se fosse desfeito, propondo ao sambista uma. (WAGNER, 2007).

Nesse caso, o novo contrato deve ser considerado nulo nos termos do art. 166 do Código Civil (BRASIL, 2019b), que versa sobre a anulação de um contrato quando o objetivo for fraudar a lei imperativa. No caso em epígrafe, o objetivo da AMBEV foi violar o crédito que a Schincariol detinha com o compositor Zeca Pagodinho. Com a publicidade vinculada, ocorreu um claro abuso do direito, violando a função social e econômica do contrato. Ora, os possíveis consumidores, ao se depararem com a nova publicidade, vinculada no intervalo do Jornal Nacional, se sentiriam mais atraídos a consumirem a cerveja Brahma, haja vista que o objetivo da publicidade era satirizar a outra cervejaria.

A campanha da Nova Schin com Zeca Pagodinho teria rendido à empresa um avanço de 8,6% em agosto de 2003 para 13% em fevereiro, segundo números da AC Nielsen. A Brahma, nesse período, caiu de 20,2% para 17,8%. “Ganhamos espaço e vamos nos firmar como segunda marca no curto prazo, atrás da Skol”, acredita Adriano Schincariol. No entanto, a Antarctica - a marca escalada na época para combater a concorrente - também ganhou consumidores no período, passando de 9,8% para 10,5%. O crescimento da Nova Schin, da Antarctica, e, agora, da Brahma só comprova a velha máxima de que propaganda é a alma do negócio. Ou seja, sem anunciar, as vendas estavam estagnadas. Com a guerra de anúncios e os comerciais, as vendas reagiram. A movimentação intensa envolve até quem não busca a liderança. Em quinto lugar no ranking, a Kaiser, comprada pela canadense Molson, está criando uma equipe própria de vendas. “Nossa briga vai ser no botequim, não na televisão”, diz Paulo Macedo, diretor de assuntos corporativos, numa referência às armas usadas por Nizan e Fischer.

A InterbrewAmBev recusa-se a encarar os métodos de convocação de Pagodinho como antiéticos. “O que é ética? Ética é mexer com a imagem de nossa tartaruga, como a Schincariol fez, colocando um bichinho velho sentado no sofá? Ética é chamar um artista adorado no Brasil de traíra?”, argumenta o diretor de marketing Miguel Patrício. “Trata-se da aplicação da velha lei de Gérson, pela qual se deve

levar vantagem em tudo”, rebate Fischer. “É inaceitável que companhias usem o poder econômico para subverter parâmetros corretos de conduta”, diz.

A Schincariol entrou no Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar) pedindo a suspensão do anúncio da Brahma do ar. O julgamento será nesta semana. Também entrou com uma ação na Justiça e obteve, na sexta-feira, uma liminar impedindo a veiculação dos anúncios da Brahma enquanto durar o contrato da Nova Schin. Está prevista multa diária de R\$ 500 mil se a liminar não for respeitada, mas a AmBev vai recorrer. Além disso, a Schincariol prepara-se para processar a InterbrewAmBev e o compositor por perdas e danos. Os advogados da empresa trabalham com um valor de indenização que chega aos R\$ 30 milhões. “Se ele é bebedor contumaz de Brahma, deveria ter pensando nisso quando fechou contrato conosco”, argumenta Adriano Schincariol. (MENDONÇA, 2004).

Ocorreu um uso predatório da publicidade, culminando em sua ilicitude. Flávio Tartuce também perfilha desse entendimento ao ponderar:

Prevê o art. 166, VI, a nulidade do negócio ou contrato que “tiver como objetivo fraudar lei imperativa”. Na verdade em casos tais o seu objetivo fraudar a lei imperativa. Na verdade em casos tais o seu objeto será ilícito, razão pela qual estaria enquadrada no inciso II do contrato legal em questão. De qualquer forma, o legislador quis destacar essa causa de nulidade, que merece atenção. Por certo que eventual abuso de direito por quebra da função social e econômica de um instituto jurídico, da boa-fé objetiva e dos bons costumes, pode gerar nulidade do negócio, pois há no ilícito o intuito de fraudar lei imperativa. (TARTUCE, 2005, p. 275).

As pessoas são livres para negociar da maneira que lhes for mais conveniente, sendo o princípio da livre iniciativa, crucial para a base de todo ordenamento jurídico. Entretanto, nenhum direito ou princípio é absoluto.

## 6.7 LIVRE INICIATIVA E A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO

Diante de um instituto que, de certo modo, limita a liberdade de contratar do terceiro, alguns autores filiados à teoria clássica do contrato, da qual Hans Kelsen é figura importante, perfilham o entendimento de que a tutela externa do crédito contraria a livre iniciativa e a liberdade de contratar. No entanto, a pesquisa materializada na presente dissertação não compactua com tal conclusão. A livre iniciativa não pode prosperar concomitantemente à prática de um ato ilícito doloso. Entretanto, se o terceiro não tinha conhecimento do vínculo jurídico anterior, não será obrigado a indenizar. O ponto chave da questão é o conhecimento e a conduta dolosa do terceiro estranho à obrigação. Nesse sentido, pondera Humberto Theodoro Neto:

É importante ressaltar que a aplicação da tutela externa do crédito não pode ser aplicada de forma generalizada e indiscriminada em toda e qualquer situação em que ocorra um prejuízo a interesse jurídico ou econômico de contratante anterior ao devedor ou de concorrente do terceiro, pois isso representaria, além de contradição com os pressupostos de aplicação da própria teoria desenvolvida para a tutela do direito de crédito, um elemento nocivo para a livre-iniciativa e para a livre-concorrência, asseguradas em nosso ordenamento em sede constitucional e essencial ao sistema de mercado capitalista que adotamos e do qual depende o

desenvolvimento econômico e social de toda coletividade. (THEODORO NETO, 2007, p. 192-195).

Diante do exposto, não há que se falar em supressão da livre iniciativa em face do instituto da tutela externa do crédito, haja vista que esta rege apenas na má-fé do terceiro. O instituto da tutela externa do crédito visa preservar a eticidade e a sociabilidade entre as partes e a sociedade, fazendo com que o contrato efetivamente cumpra sua função social. Não há dúvidas de que o mercado deve ser livre; mas é importante ponderar que essa liberdade não pode se dar de modo que não haja responsabilidade do terceiro, quando este instiga uma das partes a realizar atos que impossibilitem o adimplemento da obrigação.

## 6.8 OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO TERCEIRO

A tutela externa do crédito representa a ideia do abuso do direito, na qual a violação da boa-fé objetiva e da função social do contrato resulta a responsabilidade do terceiro que não participa da relação obrigacional.

No início do século XXI, a teoria do abuso do direito, também conhecida como exercício irregular do direito, fortaleceu-se, renovando alguns aspectos do direito brasileiro. O Código Civil prevê, no art. 187, a figura do abuso de direito, nos seguintes termos: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2019).

Esse instituto já estava previsto no Brasil, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019b), que o previu expressamente.

A jurisprudência já o reconhecia em inúmeros casos. Um dos primeiros, em termos históricos, ocorreu na Alemanha. Um nobre, cuja esposa houvera falecido, a enterrou no castelo de sua propriedade. O filho do casal, anos depois, manifestou o desejo de visitar o túmulo da mãe, tendo sido impedido pelo pai, com quem estava brigado. O pai, declarando ser o castelo de sua propriedade, disse que ali só entraria quem ele quisesse, impedindo assim o acesso do filho ao túmulo onde sua mãe estava enterrada. A jurisprudência alemã, em decisão inédita, facultou o acesso do filho ao túmulo, entendendo haver na recusa do pai abuso do direito de propriedade.

Em outro conhecido caso, ocorrido na França, mais de um século atrás, um vizinho construiu em sua propriedade enormes e pontiagudas torres de madeira, que não tinham nenhum propósito ou utilidade, senão furar os balões e dirigíveis de seu vizinho, o que, de fato, acabou acontecendo. Trata-se de inusitado, porém evidente, caso de abuso de direito.

No Brasil, por muito tempo, a legislação do inquilinato permitia a chamada purgação da mora. Do que se tratava? Da possibilidade do inquilino (locatário), em débito com os aluguéis, e citado em ação de despejo, pagar o que devia, ficando com isso livre do despejo. Trata-se de faculdade legal e legítima. Acontece, porém, que inquilinos havia que apenas se dignavam a pagar em juízo, exigindo, assim, absurdamente, que os locadores propusessem sucessivas e infinitas ações de despejo

para receber os aluguéis. A jurisprudência reconheceu o direito do inquilino de assim proceder, mas vetou os abusos. A lei do inquilinato, posteriormente, reconheceu o acerto da posição jurisprudencial, sendo modificada para impedir a purgação à mora se o inquilino já houvera exercido o direito por duas vezes, nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação de despejo (Lei nº 8.245/91).

São inúmeros os exemplos possíveis de abuso de direito. Pensemos num contrato de locação. É comum, em tais negócios jurídicos, inserir-se cláusula que faculta ao locador, a certo tempo (digamos que a cada seis meses), comparecer ao imóvel para verificar-lhe o estado de conservação. Normalmente tais cláusulas não prevêm a hora em que tal visita se fará. Se o locador aparece às três horas da madrugada no imóvel, exigindo que o cumprimento da cláusula contratual se dê àquela hora, naturalmente teremos abuso de direito, ultrapassando os limites do possível. Todos os direitos devem ser exercidos com razoabilidade e dentro de limites recíprocos. (BRAGA NETTO, 2009).

Nesse contexto, observa-se que toda utilização de um direito que ultrapassar os limites do razoável, gerando abuso, importará numa oposição perante o ordenamento jurídico:

O abuso de direito não guarda submissão aos caracteres clássicos da ilicitude civil. É uma espécie por assim dizer aberta, o que evidencia que outros são os padrões contemporâneos de referência dos ilícitos civis. Pontes de Miranda articula: “O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente, os seus limites, os seus encontros, são os que a lei dá, como quem põe objetos mesma maleta, ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer – quando se lançam na vida, quando se exercitam – têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros”. (BRAGA NETTO, 2009).

O abuso de direito pode gerar só a responsabilidade civil, mas também a cominação de outras sanções, sendo algumas delas a indenização, a nulidade, a perda de direitos, o efeito probatório contrário aos interesses de quem age abusivamente. É importante ponderar que quem age com abuso será penalizado, independente da culpa:

A construção, histórica, dogmática e jurisprudencial da categoria sempre se fez independentemente da culpa, salvo na sua fase inicial. Pontes de Miranda esclarece, retomando o fio histórico: “Só depois e por isso mesmo que se praticou o individualismo feroz, foi que o legislador – no sentido geral de criador de soluções jurídicas – teve de ressaltar certas situações e iniciar, casuística e, mais tarde, aprioristicamente, a teoria do abuso do direito. Na sua primeira fase, tinha de ser subjetivista”. Aguiar Dias reforça: “Vemos, pois, que o abuso de direito, sob pena de se desfazer em mera expressão de fantasia, não pode ser assimilado à noção de culpa. Inócua, ou de fundo simplesmente especulativo, seria a distinção, uma vez que por invocação aos princípios da culpa se teria a reparação do dano por ele causado” (José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, p. 539, n. 184).

Essa, afinal de contas, parece ser a tendência de interpretação assumida pelo século XXI. As Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, aprovaram o Enunciado nº 37: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico (BRAGA NETTO, 2009).

O abuso de direito é algo a ser combatido pelo operador jurídico para que nenhuma das partes, nem o terceiro da relação obrigacional, tenham prejuízo decorrente daquele

determinado contrato. Nesse contexto, as técnicas de gamificação representam ferramentas eficazes para atingir esses objetivos na elaboração dos contratos.

## 7 GAMIFICAÇÃO NAS TRATATIVAS DOS CONTRATOS

A gamificação é a aplicação das técnicas do *design* dos jogos para alcançar um objetivo, na fase de elaboração contratual, em que as partes negociam a melhor forma que seus interesses sejam explicitados no contrato. A ênfase dessa interpretação, tendo como base a análise da dinâmica dos jogos, proporciona uma perspectiva objetiva do comportamento humano de contratar.

Gamificação, do inglês *Gamification*, é a prática de aplicar mecânicas de jogos em diversas áreas, como negócios, saúde e vida social. O principal objetivo é aumentar o engajamento e despertar a curiosidade dos usuários e, além dos desafios propostos nos jogos, na Gamification as recompensas também são itens cruciais para o sucesso. Embora não seja necessário criar um jogo em si, a prática tem ganhado muito espaço na sociedade, e vem sendo inserida até em aplicativos e livros. (VASCONCELLOS, 2017).

Nesse contexto, analisar o ambiente empresarial se torna fundamental para definir o perfil dos *players* daquele determinado contrato. É importante ponderar que a gamificação é uma técnica utilizada para diversos fins. Entretanto, para o presente trabalho, o recorte utilizado é o da gamificação empresarial.

Organizações de todo o mundo estão acompanhando o aumento na força de trabalho da geração Y, inclusive, nos cargos de liderança. Devido às transformações geracionais esses profissionais requerem abordagens diferentes das tradicionais, e cabe à empresa mapeá-las. A gamificação é uma das estratégias que dialoga bem com esses perfis, permitindo uma maior interação entre os colaboradores e contribuindo para a melhoria do fluxo de trabalho.

Mas, na prática, o que é gamificação? Antes de responder a essa questão precisamos entender o que ela não é. Gamificação não é um jogo de entretenimento. Ou seja, não podemos simplificar o termo a algo como capturar Pokémon no trabalho. Sob uma perspectiva mais técnica, podemos considerar a gamificação uma abordagem na qual os elementos e princípios de um jogo são usados para criar uma experiência de aprendizagem eficaz e envolvente. O objetivo da sua adoção nas empresas é fazer com que os colaboradores melhorem o seu desempenho, usando a motivação e o feedback em tempo real para o aumento do engajamento e o alcance de objetivos individuais. Na prática, são oferecidas recompensas aos participantes que realizam tarefas pré-determinadas, em níveis e fases a serem superados. A mecânica envolve a definição de tarefas que estejam de acordo com o objetivo, a criação de regras e a aplicação de controles e mensuração de indicadores. As recompensas pelas interações dos participantes podem variar, indo desde incentivos virtuais, como medalhas (ou “badges”, termo mais usual em gamificação) a, eventualmente, prêmios físicos. Parte-se do princípio de que a diversão é a maneira mais fácil de mudar o comportamento das pessoas para melhor. A vantagem do modelo é que ele instiga duas fortes características do ser humano: a cooperação e a competitividade. O reforço de aprendizagem é imediato, por meio de feedbacks instantâneos que indicam se as decisões tomadas estão certas ou não. Com isso, a gamificação nos permite aprender coisas novas e buscar uma melhoria constante. Sem contar que o sentimento de desenvolver uma certa habilidade é um dos aspectos mais importantes da satisfação e bem-estar no local de trabalho. Mas é possível aplicar a gamificação a qualquer empresa ou organização, independentemente do tamanho? Acreditamos que sim. O foco pode ser interno, permitindo o desenvolvimento e engajamento dos colaboradores, bem como a verificação da satisfação e a aderência a valores e cultura. Ou pode ser externo, visando recrutar novos colaboradores, que sejam assertivos e tragam produtividade à organização, além de envolver os clientes e

parceiros com a marca e produtos. Quando a sua empresa entrará no jogo? (AZEVEDO, 2017).

A gamificação empresarial é utilizada para que os funcionários da empresa alcancem um maior rendimento e possam gerar maiores lucros para as empresas.

## 7.1 USO DOS MECANISMOS DOS JOGOS

Gamificação é o uso dos mecanismos dos jogos aplicado em diversas situações, tais como no ensino, na empresa e na comunicação em geral. Essa técnica permite que os participantes sejam estimulados e aumentem a criatividade, além de proporcionar um retorno imediato.

A palavra gamificação (do inglês *gamification*) nos remete diretamente a games. Por esta proximidade muitas pessoas acreditam que ela seja um jogo de fato ou uma metodologia que transforma algo em um jogo. Uma ferramenta pronta, porém como vamos ver, a resposta à pergunta “o que é gamificação?”, é um conceito muito mais abrangente.

O termo corresponde ao uso de mecanismos ou elementos de jogos orientados ao objetivo de resolver problemas práticos e/ou de despertar engajamento entre um público específico, em um contexto fora de jogos.

Para alguns a gamificação é conhecida também como ludificação, que ao contrário de nos “colocar” em um game, nos remete ao lúdico. Ou seja, nos traz como conceito tornar uma atividade tediosa (planilhas do excel, por exemplo) em algo estimulante e prazeroso. Isso aumenta o engajamento e é um dos melhores meios para se aumentar a criatividade.

Em resumo, se você for responder a pergunta: “o que é gamificação?”. É um processo oriundo dos games que aplicado em tarefas cotidianas as tornam mais atrativas e prazerosas.

Contudo, submeter-se a aplicação dessa abordagem não implica na participação do usuário em um game, mas sim no uso de seus aspectos. Mecanismos, estética e dinâmicas para alcançar os ganhos que geralmente são obtidos em jogos. (BIAVA, 2017).

A gamificação possui diversos benefícios, como estimular a colaboração e a persistência dos participantes. É importante ponderar que a prática do jogo está enraizada em todas as comunidades.

Os games não são novidade, existem em diversos formatos e com diversos objetivos. Mas o que eles têm em comum é que conquistam diferentes gêneros e idades em vários setores. Para Jane McGonigal, uma das principais referências no assunto, os games são uma ferramenta para mudar o mundo e proporcionam sentimentos de otimismo e esperança nas pessoas. Segundo uma pesquisa realizada pela NPD Group, 82% dos brasileiros com idades entre 13 e 59 anos joga algum tipo de game nas mais diversas plataformas.

Não é difícil compreender porque os jogos vêm sendo introduzidos nas empresas. Quando analisamos o comportamento de jogadores, podemos compreender os motivos que transformaram as técnicas de games em uma ótima estratégia de gestão de pessoas. Algumas das principais habilidades comportamentais desenvolvidas são:

Persistência

Quando um jogador inicia a partida e começa sua busca por pontos, prêmios ou moedas para atingir um próximo nível, a persistência é uma das principais características associadas.

Mesmo perdendo pontos, errando caminhos ou perdendo vidas durante o processo, o jogador não desiste, reinicia a partida e estuda novas alternativas para conquistar os níveis e bater recordes.

#### Otimismo

Além da persistência para alcançar os objetivos, o participante se mantém otimista no resultado, ele acredita realmente que pode alcançar o último nível e vencer a batalha.

Com essa característica, ele está sempre estudando novas estratégias e trabalhando para conquistar mais medalhas, habilidades, vidas ou quais forem as recompensas no meio do caminho. Tudo para alcançar o objetivo final com a maior quantidade de pontos possíveis.

#### Cooperação

Muitos jogos acontecem online e dependem de equipes para que as atividades sejam realizadas, assim, várias pessoas se envolvem na mesma missão. Com isso, o sentimento de cooperação é fortalecido, pois todos os membros da equipe precisam confiar uns nos outros e trabalhar focados pelo objetivo final. (CLOSS, 2017).

É possível atribuir uma publicidade social do trabalho realizado por meio da gamificação, em que os players divulgam seus resultados.

Os jogos são um modelo moderno de organização das pessoas com o fim de alcançar um objetivo. A estrutura e os modelos operacionais das empresas ainda são os mesmos do século 19, baseados na hierarquia, na burocracia e na especialização do trabalho com o objetivo de alcançar escala e eficiência dos resultados. Esse modelo exige funções e responsabilidades claramente definidas, processos exatos e gerência baseada em comando e controle, assim como se observa em organizações militares. No mundo moderno, entretanto, tais premissas limitam a capacidade individual, a forma por meio da qual ela é cobrada e o comprometimento com os objetivos profissionais. A Tecnologia da Informação criou a possibilidade de organizar o trabalho de forma diferente — por intermédio do aspecto social —, e os jogos são a plataforma que mais se ajusta como instrumento dessa nova ordem. As plataformas sociais comuns no mundo moderno permitem a interação entre as pessoas, mas isso apenas não é o bastante para atingir o propósito de organizar o trabalho. Utilizando jogos, as plataformas sociais se ampliam, permitindo o compartilhamento de conteúdos especializados, potencializados pelo contexto do uso e pelas comunidades que se formam ao seu redor. É possível transformar as tarefas das empresas introduzindo a dimensão social do trabalho a partir de jogos, que despertam motivação, engajamento e satisfação pessoal. Gradualmente, as plataformas de trabalho. (VIANNA; VIANNA; MEDINA; TANAKA, 2013, p. 9).

Diante desse contexto, tendo em vista que, durante as tratativas de um contrato, as partes visam o seu maior benefício, o seu estudo se faz relevante.

## 7.2 NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL

As tratativas constituem uma fase importante na formação dos contratos, pois nessa etapa são definidas as regras que serão aplicadas, bem como a delimitação do objeto. As partes precisam estar em condição de igualdade nessa negociação.

Nessa fase do contrato, geralmente as partes celebram os acordos provisórios, que por sua vez, costumam ser chamados de protocolo/carta de intenções e minuta. Protocolo de intenções é o instrumento pelo qual as partes costumam estabelecer as regras que deverão ser seguidas no decorrer do contrato, enquanto que a minuta consiste na redação inicial do contrato, como se fosse um texto que ainda não se encontra na sua versão final, uma espécie de esboço, rascunho. Apesar dos acordos provisórios não possuírem caráter vinculante, as partes já encontram-se vinculadas aos poucos pontos e cláusulas que foram determinadas naquele contrato. É importante esclarecer a diferença entre as negociações preliminares e a proposta, esta caracteriza-se por exteriorizar, de forma definitiva, o projeto do contrato, ou seja, é uma manifestação de vontade bem definida em todos seus termos e só depende da aceitação da outra parte para a formação do contrato. Pode-se conceituá-la, então, como uma afirmação séria da vontade de contratar, sendo expressa, definitiva, completa e precisa. Outra distinção relevante é entre as negociações que estamos tratando e o contrato preliminar. Enquanto aquelas não envolvem compromissos, nem geram obrigações às partes, até porque elas nem sabem se chegarão efetivamente a formar o contrato. Por outro lado, o contrato preliminar é uma convenção bem mais sólida e completa que demanda uma relação jurídica e um acordo de vontades, de natureza patrimonial; é como se fosse um “contrato já formado”, mas não foi executado por vontade das partes, dessa forma, esse contrato garante a futura executabilidade do contrato que fora firmado agora, não é por acaso que o objeto dos contratos preliminares é a futura execução do contrato principal pelas partes. As tratativas não vinculam as partes, logo a recusa de iniciar qualquer negociação preliminar é algo natural, jamais enquadrado como abusivo, até mesmo pela coerência com o princípio da liberdade contratual. O artigo 422 do Código Civil determina “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”; apesar do artigo tratar claramente apenas da fase contratual e pós-contratual, utiliza-se uma interpretação extensiva e sistemática, logo fica implícito que o enunciado do dispositivo engloba também o cumprimento honesto e leal da obrigação durante as negociações preliminares. Portanto, busca-se conciliar a autonomia privada com a noção da indispensável responsabilidade das partes sobre as legítimas expectativas de confiança. É possível dividir as consequências da boa-fé em três ramos, são eles o dever de esclarecimento, dever de proteção e dever de cooperação. O primeiro consiste no dever de fornecer à outra parte todas as informações devidas sobre o objeto do contrato e afins, ou seja, busca-se sanar todas as possíveis dúvidas quanto ao bem material e a questão procedimental do contrato. O segundo consiste no dever de proteger a outra parte, por meio do cuidado e prudência com o patrimônio e integridade psicofísica do outro. Por último, o dever de cooperação procura enaltecer e estimular a honestidade e lealdade, favorecendo a cooperação e a confiança das partes. Portanto, essa valorização máxima da boa-fé pretende proporcionar uma legítima expectativa de contratar que será baseada na confiança mútua dos contratantes, visto que os deveres de esclarecimento, de proteção e de cooperação procuram estabelecer e consolidar uma relação justa e amigável entre as partes. Implicitamente procura-se evitar o venire contra factum proprium, que ocorre quando há dois comportamentos que são lícitos e sucessivos, porém são contraditórios entre si, de tal forma que apesar da licitude e possibilidade de ambos os comportamentos, quando são sucessivos tornam-se contraditórios, logo lesam as expectativas da outra parte. Inevitavelmente, surgirá a grande questão a ser respondida, até quando é possível, de forma lícita, a recusa de contratar. Acredita-se que essa recusa é lícita até aquele momento que não gera qualquer forma de prejuízo à outra parte, ou se houver a recusa com prejuízo, analisar-se-á o que motivou sua desistência. (MARGALHO, 2017).

É na fase de negociação que são apresentadas as propostas e contrapropostas para que as partes entrem em um acordo.

Na maioria dos negócios, há a fase preliminar ou preparatória do contrato, em que as partes formalizam as intenções e providenciam a confecção do contrato definitivo. Verifica-se uma simples promessa de contratar. Procede-se uma estipulação

preliminar dos termos em que o contrato virá a ser outorgado, em data posterior. Os interessados realizam um trabalho de aproximação e exame das condições e exigências da relação que se desenvolverá. (RIZZARDO, 2015, p. 41).

Um ponto relevante na fase de negociação contratual é que a boa-fé deve ser obrigatoriamente respeitada.

A boa-fé é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam, Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecido no mundo social. (LOBO, 2012, p. 72).

Nesse contexto, a ausência desse requisito pode acarretar a resolução contratual e possível condenação em perdas e danos perante o Poder Judiciário.

No Direito brasileiro, como se sabe, o princípio da boa-fé objetiva é a base de todo relacionamento pré e contratual, figurando como responsável aquele que por ação ou omissão frustra o contrato. O rompimento pode ser culposos, pode resultar de uma negligência simples ou mesmo não incidir um caráter de gravidade. Não precisa caracterizar má-fé, é necessário que entre a falta de boa-fé e o dano exista um nexo, um vínculo de conexão. De acordo com tal princípio, avalia-se os três pontos centrais de determinada relação jurídica contratual: iniciando-se pela responsabilidade pré-contratual, passando pela responsabilidade contratual e finalizando por meio da responsabilidade pós-contratual. Nas relações jurídicas entre empresas, a manifestação de vontade e todo o complexo projeto de elaboração de seus interessados em negociar destinado à formalização e conclusão do contrato, mostram-se como ponto principal para avaliar-se o ato gerador de responsabilidade pré-contratual. Nesta espécie de formação do contrato há incidência de direitos e deveres anexos a serem seguidos, paulatinamente, pelas partes. No tradicional conceito de contrato como classe dos negócios bilaterais, a reciprocidade de prestações figura como essência da relação contratual. Os contratos são classificados em “nominados”, “inominados”, e também em “mistos”, que são aqueles que resultam da fusão de vários tipos. Dentro dessa divisão, incidem duas formas de formação dos contratos, definidos como período pré-contratual e proposta. Juridicamente, o pré-contrato difere da proposta. A proposta é entendida como oferta e recebe previsão específica por meio dos artigos 427 a 435 do Código Civil, que é uma manifestação de vontade determinado com exatidão de contratar, e se não impedida até o momento permitido pela Lei, torna-se obrigatória. Por sua vez, caracteriza-se a pré-contratualidade no momento em que as partes efetivamente negociarem toda a base do contrato, ou até mesmo se uma das partes prometer algo e não cumprir ou ocultar informações essenciais à correta formação do contrato. Por este ângulo, é exigido uma atividade dos interessados em negociar, que se destine à conclusão do contrato, em que o projeto esteja em elaboração. O ponto fundamental é configurar que cada uma das partes “conduza as negociações num plano de propriedade, lealdade e seriedade de propósitos”. Não é necessário, como salienta o eminente professor Orlando Gomes, citando Sacco, que se trate de “uma proposta contratual perfeita e acabada”; “basta que os interessados estejam em entendimentos a respeito do futuro contrato ou que se encontrem vis a vis numa posição que induza um deles à convicção de que o outro celebrará o contrato que lhe foi prometido”. O importante é que a confiança seja traída. (COVOLO, 2008).

O contrato é a forma com que os funcionários e clientes pactuam com a empresa. Por meio dele é que são estabelecidas as regras de conduta daquela relação.

### 7.3 GAMIFICAÇÃO EMPRESARIAL

A gamificação no ambiente empresarial tem dois objetivos claros: motivar os funcionários e captar uma quantidade maior de clientes. Essa ferramenta vem sendo utilizada no mundo inteiro por empresas que desejam crescer e se consolidar no mercado, atraindo mais clientes.

Há um mundo de possibilidades para a gamificação nas empresas, sendo que as técnicas mais utilizadas atualmente envolvem programas de pontos, desafios, conquistas de medalhas e *badges*, placares de líderes, etc. Na prática, recompensas são oferecidas aos participantes que realizam tarefas pré-estabelecidas (comportamentos que levarão a objetivos estratégicos).

O Grupo Gerdau, referência em siderurgia no país, aderiu ao recurso de gamificação para treinar seus funcionários sobre segurança do trabalho. Em uma das unidades da empresa, óculos de realidade virtual e jogos de conhecimento foram aplicados em substituição aos treinamentos teóricos. Em troca, os funcionários recebem a certificação obrigatória de Análise Preliminar de Riscos (APR). A Academia de Liderança da Deloitte, multinacional de consultoria empresarial, trocou o treinamento formal para executivos da empresa e clientes pela gamificação. Antes, o curso tinha baixa adesão e conclusão. Desde a mudança, houve um aumento de 47% entre os usuários que retornam ao site para fazer novas tarefas. Duas coisas ficam claras com esses exemplos: que a gamificação nas empresas é possível até mesmo em ambientes formais e que existe um desafio constante de manter clientes, funcionários e parceiros envolvidos com os valores da instituição. (GAMIFICAÇÃO..., 2018).

É importante ponderar que a gamificação não é apenas um jogo, mas um método efetivo para que a empresa aumente seu faturamento.

O intuito é estimular os colaboradores abraçarem um desafio espontaneamente e incentivarem todo o grupo de forma colaborativa em busca de um objetivo em comum com a empresa onde trabalham. A sua mecânica contribui para uma compreensão mais ampla dos processos operacionais internos, possibilita novos conhecimentos, uso das melhores práticas existentes no mundo e um aumento no desempenho produtivo individual e coletivo. (GAMIFICAÇÃO..., 2017).

Os anseios e as expectativas dos participantes devem ser atendidos para que a gamificação cumpra seu objetivo.

A aplicação de uma bem-sucedida estratégia de gamificação está diretamente associada ao entendimento do contexto em que se insere o usuário, e quais são seus anseios e limitações extrínsecos (incitados pelo meio externo) e intrínsecos (automotivados). É importante observar também que só nos envolvemos em longo prazo com jogos que façam sentido, destacando-se a relevância de criar argumentos e tecer narrativas factíveis, ou seja, que digam respeito à realidade do público a que se destinam. (VIANNA; VIANNA; MEDINA; TANAKA, 2013, p. 18).

O ponto relevante para que essa técnica funcione, é que ela tem que ser prazerosa para os participantes.

Existem algumas coisas que são extremamente difíceis de definir. Ou por falta de vocabulário disponível ou ainda pela natureza da ação. Brincar ou jogar, em minha opinião, parece ser algo primário, que todos sabem o que é e cujo encantamento está muito mais na experiência do que na definição. Brincar ou jogar existe mesmo sem a linguagem verbal como abordamos no capítulo 2 ao falar de aspectos filosóficos ligados a essa atividade. Stuart Brown e Christopher Vaughan lidam com a

dificuldade de definir o que é brincar, apresentando um grupo de propriedades da brincadeira ou do jogo. Entre essas propriedades estão o fato de que a brincadeira ou o jogo são aparentemente algo sem propósito, acontecem por si só, ou seja, não parecem ser algo essencial para a vida, não é algo que se faz pra ganhar dinheiro e sobreviver. Você não brinca ou joga pelo seu valor prático e, por isso, algumas pessoas acham que brincar é perda de tempo. Brincar também é algo que você faz voluntariamente, ou seja, não é obrigatório. Soma-se a isso o fato de que jogar tem uma atração inerente à atividade, é divertido, faz com que você se sinta bem, promove prazer, ou ainda, é a cura para o tédio. Além disso, existe a libertação do tempo, ou seja, quando você está totalmente engajado em um jogo ou brincadeira, você perde a noção do tempo e também faz com que possamos experimentar a diminuição da consciência do “eu”. Isso acontece porque paramos de nos preocupar com o fato de não parecermos bem ou parecermos tolos. Na verdade, quando jogamos podemos experimentar um outro “eu” por meio da representação de um personagem. Em um jogo ou brincadeira estamos totalmente engajados no momento, no espaço e tempo do jogo, estamos experimentando o que o psicólogo Mihaly Csikszentmihalyi chama de “flow”. Um jogo ou brincadeira tem um alto potencial de improviso, pois somos restritos às regras que limitam o alcance óbvio dos objetivos. Não somos obrigados a fazer algo exatamente de uma maneira, estamos autorizados a tentar. O resultado disso é uma verdadeira avalanche de novos comportamentos, estratégias, pensamentos e ideias diferentes para fazer a mesma coisa que não apareceria se não estivéssemos neste mundo encantado onde tentar é possível. Vemos coisas de uma perspectiva diferente e, por isso, temos novas ideias. Finalmente, jogar ou brincar tem um “gostinho de quero mais”, ou seja, traz em si o desejo de continuação. Se algo ameaçar estragar a diversão, inventamos uma maneira de continuar. (ALVES, 2014).

A gamificação aumenta a probabilidade dos desejos dos participantes serem atendidos, e é justamente essa satisfação dos jogadores que torna essa técnica eficaz na elaboração dos contratos.

#### 7.4 APLICAÇÃO DA GAMIFICAÇÃO NA ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS

O grande desafio no mundo corporativo é encontrar estratégias para fidelizar o cliente em um ambiente capitalista altamente competitivo.

O que é Fidelizar clientes? Para a empresa fidelizar é transformar um comprador eventual em um comprador frequente, que retorna e até divulga a empresa, de maneira a criar um relacionamento de longo prazo, estabelecido sobre bases sólidas o suficiente para resistir à pressão do tempo e do mercado. (ROCHA; VELOSO, 1999, p. 48).

Nesse contexto, a aplicação da gamificação nos contratos se torna uma ferramenta interessante, na medida em que o cliente deverá participar ativamente na elaboração do contrato firmado por meio do jogo proposto.

Conquistar clientes que retornam ao estabelecimento ou utilizam os serviços com frequência é um dos maiores desafios para as empresas. O custo para manter um cliente fidelizado é menor do que o custo para captar novos clientes — sem mencionar que os habitués têm uma maior predisposição para gastar. "Um consumidor bem engajado com uma marca vai gastar entre 50% e 70% do seu orçamento mensal com um único estabelecimento", estima o CEO da Loyalty Sci, Carlos André. "Se o varejista direcionar seus esforços para aproximar mais ainda esse consumidor, ao invés de tentar adquirir novos consumidores, esta equação será positiva — especialmente também se tiver uma boa plataforma de lealdade guiando a

estratégia a partir das preferências do consumidor”, detalha. Nesse sentido, a gamificação pode ser um aliado de outros programas estratégicos, como a área de relacionamento e fidelização. Para conquistar a lealdade dos clientes, é preciso engajar — o que não vai ser fácil apenas com promessas e um programa mediano. “A maioria das empresas brasileiras ainda não entendeu completamente o conceito de lealdade e acaba subutilizando esse recurso investindo em programas de fidelidade simplistas demais que geram pouco engajamento. Simplesmente entregar recompensas com base em acúmulo de pontos não é suficiente”, afirma Carlos André. Uma estratégia de gamificação para clientes ou *prospects* pode incluir desde ferramentas simples — como um *quizz*, por exemplo — até jogos digitais e aplicativos com um grau maior de imersão. O importante é que o game proporcione uma sensação de evolução, ofereça conquistas pelo esforço e tenha um sistema de recompensas. Um exemplo bem sucedido é o programa money UP, da empresa canadense Sun Life, focada em produtos financeiros. A money UP é uma plataforma para orientar potenciais clientes, especialmente jovens adultos, em relação aos planos de previdência privada oferecidos pela empresa. A plataforma foi lançada em 2013, quando a base de clientes entre 21 e 35 anos — que se encontram na faixa etária ideal para começar a planejar a aposentadoria — era de 24%.

Após três meses de funcionamento, o número de clientes na faixa etária desejada aumentou para 32% do total. Além disso, segundo a empresa, o programa de gamificação aumentou a retenção dos clientes de todas as faixas etárias em 40%. Dados da empresa referentes a 2016 apontam que os jovens são os que mais visitam e se engajam no money UP: o volume de interações com a plataforma é maior entre os jogadores da chamada Geração Y, com 39% de participação — 15% a mais em relação a 2013. Outra métrica importante foi o aumento das contribuições, que teve um acréscimo de 52% no geral. Entre os clientes que utilizaram a plataforma money UP, 32% aumentaram o volume de contribuições. Os dados apontam que, quando bem elaborada, uma estratégia de gamificação pode reforçar os resultados da empresa nas duas pontas: colaboradores e clientes. Para Correrá, o principal erro desse tipo de programa “é quando o game não foi bem estruturado para atingir o objetivo”. A ideia é oferecer uma avaliação no final e garantir uma sensação de missão cumprida. (COMO..., 2018).

Deixar o cliente escolher como quer interagir é uma forma que torna essa ferramenta eficaz, pois o cliente, de fato, determina como o contrato será firmado dentre daquele determinado jogo corporativo.

Campanhas de *marketing* são responsáveis pela sua imagem junto ao cliente assim como influenciam se a pessoa irá consumir os seus produtos ou serviços. Essas campanhas não podem prometer mais do que a empresa tem capacidade de entregar e precisam criar uma experiência positiva em relação à marca. Mas campanhas tradicionais não permitem que o cliente escolha, como, quando e onde vai interagir com a sua marca, enquanto as estratégias de gamificação entregam esse poder ao consumidor. A interação com a marca é mais personalizada, os clientes não recebem uma mensagem pronta e completa. Ele é que vai determinar como será o engajamento, criando experiências mais agradáveis. (ANDRÉ, 2017).

Outro ponto relevante é que o empresário pode atrair outros clientes para o seu negócio, incentivando indicações por meio da gamificação.

Os clientes querem ter controle sobre as suas jornadas de compras, escolhendo produtos e pontos de venda. Mas geralmente eles são “bombardeados” com propagandas. Um estudo realizado pela consultoria Accenture mostrou que mais de 40% dos consumidores compram em qualquer lugar por conta da variedade de opções.

As redes sociais, blogs especializados e sites de e-commerce estão repletos de recomendações – ou não – de produtos e de serviços. Essa nova forma de avaliar nada mais é do que antigo boca a boca, só que amplificado ao extremo pelo alcance

das novas mídias. E até mesmo Philip Kotler, considerado o maior especialista em marketing, afirma que “nenhum anúncio ou vendedor é tão convincente e persuasivo em relação às virtudes de um produto ou serviço quanto um amigo, um conhecido, um ex-cliente ou um especialista”. Hoje também podemos acrescentar a essa lista um influenciador digital.

Então, que tal implantar estratégias de gamificação para incentivar o compartilhamento de recomendações? O serviço de armazenamento na nuvem Dropbox, por exemplo, oferece mais espaço para os clientes que compartilham uma mensagem positiva sobre o serviço em várias redes sociais. (ANDRÉ, 2017).

Nesse contexto dos jogos, o uso da linguagem é essencial para que as partes, além de serem comunicadas com clareza, consigam alcançar os seus objetivos, sem ferir os princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

## 8 CONCLUSÃO

Considerando-se a pesquisa desenvolvida, confirma-se a hipótese inicial, a saber, a de que os princípios são fundamentais nas tratativas dos contratos, haja vista que sua inobservância pode gerar, inclusive, a nulidade do contrato, atingindo inclusive terceiros, como demonstra o instituto da tutela externa do crédito.

A normatividade dos princípios em face do neoconstitucionalismo exerce diferentes funções dentro do ordenamento jurídico, sendo a principal delas a fundamentação de todas as normas. Além de fundamentar a existência da norma, os princípios são importantes ferramentas de interpretação na resolução de conflitos. Os fundamentos morais não são necessários para aplicação do direito, pois através deles que se elaboraram mecanismos que evite que maioria tire a minoria.

Nesse contexto, a gamificação consiste na aplicação das técnicas de *design* dos jogos para alcançar um objetivo. Na fase de elaboração contratual, em que as partes negociam a melhor forma que seus interesses sejam explicitados no contrato, a gamificação se torna uma ferramenta importante. A aplicação dessa técnica tem ênfase na interpretação, tendo como base a análise da dinâmica dos jogos e proporciona uma perspectiva objetiva do comportamento humano de contratar. Com essa ferramenta é possível ao mesmo tempo melhorar o potencial dos vendedores e cativar o cliente, transformando interesses divergentes em convergentes.

Os jogos de linguagem, propostos pelo filósofo Wittgenstein, proporcionam uma interpretação do mundo por meio do uso da linguagem. Nesse sentido, é possível realizar uma análise assertiva nos contratos do direito brasileiro por meio desse parâmetro. O Direito é um jogo de linguagem e seu uso na elaboração dos contratos possui regras específicas. Na interpretação dos contratos, é importante ponderar que a linguagem às vezes é utilizada em benefício de apenas um dos atores. Entretanto, sua interpretação deve ser realizada de maneira que a boa-fé seja concretizada. Nesse contexto, deve-se analisar qual jogo de linguagem é aplicado para cada caso, pois diversos fatores influenciam nas regras do jogo.

Os jogos de linguagem são importantes na interpretação dos contratos, tendo em vista que a estrutura da linguagem é a estrutura do mundo e essa estrutura é lógica. De acordo com a teoria dos jogos de linguagem, existe um perfeito espelhamento do mundo pela nossa linguagem. Para entender o significado da linguagem, é preciso observar a forma com que ela é utilizada. A linguagem, em sentido amplo, corresponde a um conjunto de jogos de linguagem.

A teoria dos jogos é um mecanismo que busca entender a lógica das escolhas dos jogadores para obter o resultado individual mais favorável. Essa teoria aplicada na interpretação dos contratos no direito brasileiro fornece uma análise relevante aos seus operadores. A ênfase dessa interpretação, tendo como base a análise econômica, proporciona uma perspectiva objetiva do comportamento humano de contratar.

Ao se analisar economicamente o contrato, deve-se se ater ao impacto não apenas em relação às partes, mas também em relação a terceiros. A análise não deve ser restrita às consequências legais. Qual viés de impacto econômico que aquela transação oferece? Quais são seus custos reais? Os custos compensam os desgastes? As respostas a esses questionamentos proporcionam uma análise real dos benefícios que o contrato pode proporcionar.

Nesse contexto é importante a teoria dos jogos na elaboração dos contratos, principalmente ao se valer da análise econômica do Direito, para que os ganhos de todos os jogadores aumentem e possam ter um impacto mais positivo em toda a sociedade, haja vista que, conforme aduzido, os contratos não atingem exclusivamente os atores envolvidos.

A importância da análise desses princípios se dá porque a elaboração de cláusulas, pura e simplesmente, não são mais suficientes para regular as relações jurídicas dos atores do contrato. Os princípios devem ser observados na estipulação das cláusulas e devem permear as negociações, para que o contrato seja eficaz no sistema jurídico, considerando todos os aspectos legais.

De acordo com a teoria dos jogos de linguagem, existe um perfeito espelhamento do mundo pela linguagem. Para entender o significado da linguagem, há que se observar a forma com que ela é utilizada, em especial, como é utilizada na elaboração dos contratos.

Ao se analisar os contratantes como jogadores no contexto da teoria dos jogos é possível estabelecer a atuação dos princípios nos contratos e a pactuação mais assertiva para os interesses negociados.

## REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Maria Luísa. **A teoria dos jogos e os oligopólios**: abordagem. Luanda: Multitema, 2004.
- ALENCAR, Ana Valderez. **Código Civil**: anteprojetos.2012.
- ALVES, Flora. **Gamification**: como criar experiências de aprendizagem engajadoras. São Paulo: DVS Editora, 2014.
- ANDRÉ, Carlos. 4 estratégias de gamificação para melhorar a experiência do cliente. **Digitalks**, São Paulo, 24 out. 2017. Disponível em: <https://digitalks.com.br/artigos/4-estrategias-de-gamificacao-para-melhorar-experiencia-do-cliente/>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- AZEVEDO, Felipe. O papel da gamificação nas empresas. **Administradores.com**, [S. l.], 27 jan. 2017. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/tecnologia/o-papel-da-gamificacao-nas-empresas/116557/>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, jan. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.
- BIAVA, Ivan. O que é gamificação? **User onboarding**, [S. l.], 20 abr. 2017. Disponível em: <http://useronboarding.com.br/o-que-e-gamificacao/>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Abuso de direito. **Dom Total**, Belo Horizonte, 2 dez. 2009. Disponível em: <http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1086>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 22 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 22 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 22 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. (3. Vara do Trabalho de Brasília, DF). **Autos nº 1138-67.2015.5.10.0003**. Juiz Gustavo Carvalho Chehab, 27 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/teoria-jogos-decisao.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

CABRAL, Rita Amaral. A tutela delitual do direito de crédito. *In*: ALBUQUERQUE, Rui de. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gomes da Silva**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

CASTELLIANO, Tânia Regina. Linguagem e poder: uma análise da inserção do falar dos meninos do tráfico em diversas práticas comunicativas. *PROLING*. Disponível em: . Acesso em: 31 out. 2018.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação 00539168420128060001**. Apelação cível. Ação de despejo por. Denúncia vazia. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Locação para fim residencial. Término do prazo de 30 meses. Prorrogação por tempo indeterminado. Locadora que pretende a retomada do imóvel. Notificação para desocupação. Regularidade. Sentença de procedência. Confirmação [...]. Relator: Des. Francisco Sales Neto, 17 de junho de 2015.

CLOSS, Daniéli. Gamificação - Saiba o que é e como aplicar na Comunicação interna de sua Empresa. **Endomarketing**, [S. l.], [2017]. Disponível em: <https://endomarketing.tv/gamificacao>. Acesso em: 22 jun. 2019.

COMO a gamificação pode aumentar a produtividade dos funcionários e fidelizar clientes. **Administradores.com**, [S. l.], 8 fev. 2018. Disponível em: <https://administradores.com.br/noticias/como-a-gamificacao-pode-aumentar-a-produtividade-dos-funcionarios-e-fidelizar-clientes>. Acesso em: 22 jun. 2019.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COVOLO, Mateus Augusto Siqueira. Boa-fé deve reger negociação preliminar na relação contratual. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 mar. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-mar-06/boa-fe\\_reger\\_negociacao\\_preliminar\\_negociacoes](https://www.conjur.com.br/2008-mar-06/boa-fe_reger_negociacao_preliminar_negociacoes). Acesso em: 22 jun. 2019.

DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. *In*: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade**: uma leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FERNANDES, Eduardo Miguel Serafini. **Aplicação da teoria dos jogos na negociação de contratos com cláusula promissória**. 2010. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; SILVA, Marcos Alves da. **A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato**. [S. l.], 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322572904\\_A\\_Analise\\_Economica\\_do\\_Direito\\_Contratual\\_e\\_a\\_Funcao\\_Social\\_do\\_Contrato](https://www.researchgate.net/publication/322572904_A_Analise_Economica_do_Direito_Contratual_e_a_Funcao_Social_do_Contrato). Acesso em: 22 jun. 2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A contribuição de John Nash para o Direito: a Teoria do Equilíbrio na análise jurídica de ambientes concorrenciais. **GenJurídico**, São Paulo, 5 jul. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/07/05/a-contribuicao-de-john-nash-para-o-direito-a-teoria-do-equilibrio-na-analise-juridica-de-ambientes-concorrenciais/>. Acesso em: 22 jun. 2019.

FRANKE, Úrsula Silva. **A hermenêutica da lei maria da penha na Justiça**. Goiana, . Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-hermeneutica-da-lei-maria-da-penha-na-justica/>. Acesso em: 01 ago. 2019.

GAMIFICAÇÃO nas empresas: como funciona essa estratégia? **Tudo sobre incentivos**, [S. l.], 26 set. 2018. Disponível em: <http://tudosobreincentivos.com.br/gamificacao-nas-empresas/>. Acesso em: 22 jun. 2019.

GAMIFICAÇÃO: utilizada por 40% das empresas da Fortune 1000 para atingir melhores resultados. **Oniria**, [S. l.], [2017?]. Disponível em: <https://oniria.com.br/gamificacao-utilizada-por-40-porcento-das-empresas-da-fortune-1000-para-atingir-melhores-resultados/>. Acesso em: 22 jun. 2019.

GLOCK, H. J. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

KISCHELEWSKI, Flávia Lubieska N. Cuidados na formulação de contratos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 ago. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/cuidados-redacao-contratos-incluem-texto-objetivo-preciso>. Acesso em: 22 jun. 2019.

LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARGALHO, George Almeida. Negociações preliminares e responsabilidade civil pré-contratual. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 4 maio 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589008&seo=1>. Acesso em: 22 jun. 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento 1414470-22.2015.8.12.0000**. Agravo de instrumento – Exceção de incompetência – Ação declaratória ajuizada no foro de domicílio do consumidor em detrimento da cláusula de eleição de foro – Cláusula inserta em contrato de adesão – abusiva – Recurso conhecido e não provido [...]. Campo Grande, 7 de março de 2016.

MEDEIROS, Rogério. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.657003-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): VINICIUS DINIZ E SILVA DE ABREU - APELADO(A)(S): CONDOMÍNIO SHOPPING DEL REY . Acórdão 2009.**

MENDONÇA, Martha. Deixa o copo me levar. **Revista Época**, [S. l.], 19 mar. 2004. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG63316-6012,00-DEIXA+O+COPO+ME+LEVAR.html>. Acesso em: 22 jun. 2019

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (15. Câmara Cível). **Apelação cível 1.0515.08.034837-5/002**. Apelação - Declarações de vontade - Intenção - Sentido literal da linguagem - Compra e venda - Preço total - Elemento essencial - Honorários advocatícios - Causa sem condenação - Arbitramento – Parâmetros [...]. Relator: Des. Maurílio Gabriel. Belo Horizonte, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3. Câmara Cível). **Apelação cível 1.0349.12.001205-0/001**. Apelação cível - Embargos de terceiro - Posse demonstrada - Ação de execução - Ausência de transferência de veículo - Afastamento da construção - Viabilidade - Honorários de sucumbência - Princípio da causalidade - Súmula 303 do STJ [...]. Rel. Des. Elias Camilo, 5 de julho de 2018.

MONTEIRO, Renato Leite. **ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA VISÃO DIDÁTICA** Deixa o copo me levar. **Revista Conpedi**, . Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2425.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf). Acesso em: 22 jun. 2019

MUZZI FILHO, Carlos Victor. Limites do direito e o “Pós-escrito” de Hart: impressões de um advogado. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 77-98, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/1781/1152>. Acesso em: 22 jun. 2019.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NAZAR, Fábio Murilo. **Tutela externa do crédito**. Belo Horizonte: 2009

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**. São Paulo: Renovar, 2005.

NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, 2002.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 1590743**. Apelação cível. Ação de indenização. Contrato de prestação de serviços. Plano de saúde. Aderente que sofre enfarto do miocárdio. Atendimento emergencial que resulta na sua internação e submissão a cirurgia (cateterismo), com implantação de *stents*. Negativa de cobertura. Alegado não decurso do período de carência de seis meses. Cláusula abusiva inserta em contrato de adesão. Nulidade declarada. Incidência do código de defesa do consumidor. Dano moral. Inadimplemento fundado em cláusula contratual declarada posteriormente nula. Não caracterização de ato ilícito, nem de abuso de direito. Não caracterização, outrossim, de ofensa anormal da honra ou da intimidade do apelado. Recurso conhecido e parcialmente provido [...]. Curitiba, 10 de julho de 2006.

PINHO, Daniella Ribeiro de. A normatividade dos princípios. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2972, 21 ago. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19800>. Acesso em: 22 jun. 2019.

PRINCÍPIO da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. **Jusbrasil**, [S. l.], [2013]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boua-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>. Acesso em: 22 jun. 2019.

QUEIROZ, José Francisco; RODRIGUES, Ênio Basílio. **Representação nº 72/04 em recurso ordinário**. Autores: Primo Schincariol e Fischer América. Junho, 2004. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=2475>. Acesso em: 22 jun. 2019.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIZZATO, Nunes. **Introdução ao estudo do direito**. 15. Ed. São Paulo : Saraiva, 2019

ROCHA, Thelma; VELOSO; André. **A hora da recompensa: como obter sucesso através dos programas de fidelização**. São Paulo: Cobra Editora e Marketing, 1999.

SANDER, Isabel. Contratos de locação e as regras que devem ser observadas. **JusBrasil**, [S. l.], [2014?]. Disponível em: <https://bernardocesarcoura.jusbrasil.com.br/noticias/146440406/contratos-de-locacao-e-as-regras-que-devem-ser-observadas>. Acesso em: 22 jun. 2019.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SARTINI, Brígida Alexandre *et al.* **Uma introdução a teoria dos jogos**. [S. l.]: II Bienal da SBM, 2004.

STEGMULLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**. São Paulo: E.P.U., 1977. 2 v.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do Código de defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6824>. Acesso em: 22 jun. 2019.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I.

VASCONCELLOS, Paulo. O que é Gamificação? Conheça a ciência que traz os jogos para o cotidiano. **Techtudo**, Rio de Janeiro, [2017?]. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2016/07/o-que-e-gamificacao-conheca-ciencia-que-traz-os-jogos-para-o-cotidiano.html>. Acesso em: 22 jun. 2019.

VIANNA, Ysmar; VIANNA, Maurício; MEDINA, Bruno; TANAKA, Samara. **Gamification, Inc: como reinventar empresas a partir de jogos**. Rio de Janeiro: MJV Press, 2013.

ZIMMERMANN, Fernando Henrique Guedes. A Introdução da Boa-fé Objetiva nos Contratos sob a Égide do Novo Código. **Fórum Jurídico**, 8 jun 2004. Disponível em: <https://forumjuridico.org/threads/a-boa-fe-objetiva-nos-contratos.14/>.. Acesso em: 10 ago. 2019.

ZUGMAN, Fábio. Teoria dos jogos: uma introdução à disciplina que vê a vida. **Migalhas**, [S. l.], 15 jun. 2005. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13139,51045-Teoria+dos+Jogos+Uma+introducao+a+disciplina+que+ve+a+vida>. Acesso em: 22 jun. 2019.

WAGNER, Luiz Guilherme da Costa Junior. **Livro de Processo Civil Curso Completo**. Belo Horizonte: Editora: del rey;2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. Berlim:..Books On Demand; Edição: 6, 2019