

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
RENATO OURIVES NEVES

INCOMPLETUDES DO CONTRATO DE OPÇÃO E SOLUÇÕES À LUZ
DO DIREITO EMPRESARIAL

Nova Lima
2013

RENATO OURIVES NEVES

**INCOMPLETUDES DO CONTRATO DE OPÇÃO E SOLUÇÕES
À LUZ DO DIREITO EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação
Stricto Sensu da Faculdade de Direito Milton Campos,
como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara
Brasileiro

Nova Lima
2013

AGRADECIMENTOS

Imagino, há muito tempo, a satisfação de meus pais Nilo e Violeta, de meu irmão Leandro, de meus tios Linda, Wilson e Fause (*in memoriam*) e de minha mulher Jerusa pela tão esperada chancela acadêmica desta pesquisa.

Não posso esquecer, jamais, que quando me submeti à seleção do Mestrado, minha pequena Gabi tinha apenas dez dias de vida e chorava de duas em duas horas. Exatamente nestes espaços que encontrei tempo e inspiração para os estudos preliminares.

A esses queridos familiares devo o estímulo, a paciência e o apoio decisivos para concretização do trabalho.

Ao conspícuo amigo Osvaldo, mestre e amigo de todas as horas, divido a responsabilidade deste ensaio acadêmico, pois, não fosse ele, as elucubrações jurídicas sobre os temas enfrentados seriam meras especulações de perspectivas frustradas. Ao amigo e mestre Arnaud Belloir atribuo o mérito pela escolha do tema acerca do Contrato de Opção.

Reverencio-me, agradecido, ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves, pela decisiva intervenção em minha caminhada acadêmica, principalmente quando me aconselhou sobre os cenários do magistério e a importância da pesquisa para o Direito.

Aos colegas de escritório, Emílio e Ana Luíza, espero que me perdoem pela ausência durante o curso. Agradeço muito a vocês pela importante colaboração, pois tanto supriram minha distância às rotinas advocatícias, como trouxeram valiosos insumos para incremento da pesquisa. Devo registrar que, nos momentos finais de redação e diagramação, a jovem advogada Ana Luíza dispensou parte significativa de seu tempo na leitura da minuta do texto, trazendo valiosa crítica sobre aspectos formais do trabalho.

Ao meu orientador, Professor Ricardo Brasileiro, jurista rebuscado e sensível, devo muita gratidão, sobretudo desculpas pelas idas e vindas teóricas, que pareciam não acabar. Foi ele, com sua habilidade excepcional, que colocou na proa o trabalho investigativo. Tivemos, sim, diferenças, mas necessárias para uma produção responsável, alicerçada em elementos investigativos seguros e confiáveis. Agradeço aos colegas de mestrado pelo apoio e companheirismo durante o cumprimento dos créditos: foram realmente incríveis, não os esquecerei!

A Deus, nas infinitas manifestações, agradeço pela transformação da idéia, antes confinada na entropia da mente, nesta dissertação submetida ao crivo acadêmico.

Aos professores e funcionários da Faculdade Milton Campos, em especial à bibliotecária Emilce, pela decisiva ajuda na busca do material literário, firmo compromisso de fazer por onde merecer o carinho, durante minha passagem por esta conceituada Casa de Ensino. Todos são coautores deste ensaio, meu festejado ponto de chegada.

OS DOIS HORIZONTES
A M. FERREIRA GUIMARÃES (1863)

**Dois horizontes fecham nossa vida:
Um horizonte, — a saudade
Do que não há de voltar;
Outro horizonte, — a esperança
Dos tempos que hão de chegar;
No presente, — sempre escuro —
Vive a alma ambiciosa
Na ilusão voluptuosa
Do passado e do futuro.**

Machado de Assis em "Crisálidas"

RESUMO

A Opção é contrato preliminar, unilateral e aleatório, através do qual o proponente se obriga a firmar contrato definitivo e o oblato, por força da Opção, tendo o direito potestativo de firmar ou não, em prazo razoável, o contrato definitivo. É necessário advertir, primeiramente, que o contrato unilateral é aquele pelo qual uma só parte tem obrigação. A legislação brasileira não abordou com necessário detalhamento o regime desta modalidade contratual, consistindo ponto de destaque no estudo realizado. A presente dissertação aborda as incompletudes da Opção, apresentando, especialmente, soluções de acordo com preceitos do Direito Empresarial. O contrato preliminar não se confunde com o mero projeto de contrato ou com a fase negocial, apesar desta ser elemento importante para solução de certas incompletudes. O Direito Empresarial, especialmente sob inspiração da corrente do Direito e Economia, oferece soluções eficientes ao tratamento de incompletudes presenciadas no Contrato de Opção, capazes de prover equilíbrio e segurança jurídica ao Meio Econômico, preservando a importância do instituto contratual na produção e circulação da riqueza.

Palavras Chave: Contrato. Opção. Incompletudes. Direito Empresarial.

ABSTRACT

The Option is a preliminary contract, unilateral and aleatory, through which the seller agrees to sign definitive contract, and the buyer, under the Option, has the right to enter into potestative or not, in reasonable time, the final contract. First of all, it is necessary to warn that the unilateral contract is that one through which only one part has obligation. Brazil's legislation didn't broach with necessary detail the regime of this contractual modality, consisting important point in this present study. This Master's thesis addresses the incompleteness of the Option, presenting, especially, solutions according to the precepts of Business Law. The preliminary contract doesn't confuse itself with the mere project or contract negotiation phase, though that is important for the solution of certain incompleteness. The Business Law, especially, under the inspiration of Law and Economics line of thought, offers efficient solutions for the treatment of incompleteness witnessed in the Option Agreement, and is capable to balance and provide legal certainty to the Economic Background, preserving the importance of the contractual institute in the production and circulation of produced wealth.

Key words: Contract. Option. Incompleteness. Business Law.



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*INCOMPLETUDES DO CONTRATO DE OPÇÃO E SOLUÇÕES À LUZ DO DIREITO EMPRESARIAL*” de autoria do mestrando **RENATO OURIVES NEVES** para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. . Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, _____/_____/_____

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – CEP 34000-000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A FASE NEGOCIAL	11
3	A OPÇÃO COMO CONTRATO	14
3.1	Finalidade da Opção	19
3.2	Qualificação jurídica do contrato de Opção	22
3.3	Sujeitos da Opção	33
3.4	Elementos da Opção	34
3.4.1	Prêmio ou indenização pela imobilização	34
3.4.2	Preço de exercício	36
3.4.3	Prazo de exercício	36
3.4.4	Objeto da Opção	37
4	INCOMPLETUDES CONTRATUAIS	41
4.1	Prevalência de incompletudes na experiência contratual	47
4.2	Teoria dos contratos incompletos	49
4.3	Teoria dos jogos e incompletudes do contrato de opção	53
4.4	Incompletudes do Contrato de Opção no direito brasileiro	56
5	A RAZOABILIDADE COMO NORTE PARA SOLUÇÃO DAS INCOMPLETUDES	60
5.1	Conflito da definição de causa e motivo contratuais e o significado de razoabilidade	65
5.2	A razoabilidade sob análise de SWOT	66
5.2.1.	Análise de SWOT sob abordagem filosófica (do direito)	67
5.2.1.1	Realismo jurídico clássico	69
5.2.1.2	Aplicação da análise de SWOT, sob inspiração do realismo jurídico clássico, em tratamento de normas de possível aplicação às incompletudes verificadas nas Opções	72
5.3	A razoabilidade reclamada no art. 466, do Código Civil de 2002.....	74
6	FORÇA COATIVA DA OPÇÃO	75
7	POSSÍVEIS SOLUÇÕES ÀS INCOMPLETUDES DO CONTRATO DE OPÇÃO.....	79
7.1	Função social do contrato e razoabilidade	81
7.2	Boa fé objetiva e probidade	83
7.3	A razoabilidade e o interesse público	85
7.4	Impositiva reforma do art. 466, do Código Civil.....	89
8	O CARÁTER ALEATÓRIO DA OPÇÃO E SUA IMPLICAÇÃO PARA APLICAÇÃO DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS	90
8.1	O contrato aleatório	91

8.2	A álea negociada no Contrato de Opção.....	93
8.3	Possibilidade (ou não) da revisão do Contrato de Opção	93
8.4	Opção sem prêmio – renúncia do proponente a se compensar ou se indenizar pela álea	95
8.5	Opção sem prazo determinado para que o oblato exerça o direito de firmar o contrato definitivo.....	96
9	CONCLUSÃO	101
	REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema deveu-se à relevância do Contrato de Opção no âmbito jurídico. Apesar deste tipo de contrato ser bastante utilizado no universo dos negócios, a doutrina tem sido discreta na abordagem do assunto, sendo raríssimas as incursões em seus elementos estruturais.

No presente trabalho busca-se demonstrar a existência de incompletudes no Contrato de Opção e propor soluções à luz do Direito Empresarial, em especial à corrente do Direito e Economia.

Demonstrar-se-á que fatores econômicos presenciados na fase negocial podem interferir na solução das incompletudes.

Em razão da álea normal, intrínseca da Opção, diante de suas incompletudes, será investigado se há ou não espaço para frustração ou interferência nas expectativas produzidas na formação do contrato.

O problema a ser abordado é a imprecisão da redação encontrada no artigo 466, do Código Civil e as incompletudes estratégicas do Contrato de Opção, propondo-se incursão integrativa e econômica como solução.

No enfrentamento do tema, serão utilizadas, como metodologia, as técnicas de interpretação jurídica, a pesquisa exaustiva em obras clássicas e a aplicação da Análise de SWOT.

O capítulo 2 abordará a fase negocial, dada à sua importância para aferir as expectativas das partes, antes da formação do contrato preliminar.

No capítulo 3 será demonstrado que, a despeito de a Opção se assemelhar a uma mera proposta, ou mesmo parte da fase negocial, trata-se, na verdade, de autêntico contrato.

As incompletudes serão abordadas no capítulo 4, introduzindo o problema a ser enfrentado pelas soluções investigadas e propostas.

Já no capítulo 5, será enfatizada a razoabilidade como norte necessário a qualquer desate que se queira atribuir ao problema da incompletude.

No capítulo 6 serão demonstrados os aspectos processuais e a força coativa que emerge do Contrato de Opção.

As possíveis soluções às incompletudes serão sugeridas no capítulo 7.

O capítulo 8 enfrentará o ponto crucial do problema, que é o aspecto da álea, cuja investigação deverá apontar a compatibilidade funcional e ideológica entre esta característica e a aplicação das soluções propostas.

2 A FASE NEGOCIAL

A fase negocial é aquela que antecede ao contrato. Trata-se de uma fase importante para melhor entender às expectativas levadas a efeito na fase contratual.

Nesta esteira, é importante observar a diferença entre a negociação preliminar e o contrato preliminar, uma vez que estes não se confundem, sendo a primeira despida de força coativa, diferentemente do segundo. Na mesma direção de Philippe Malaurie e Laurent Aynes¹, ensina Caio Mario Pereira²:

Quando duas pessoas querem celebrar um contrato, normalmente passam por aquelas fases a que nos referimos: debatem os seus interesses em negociações preliminares (...). Não é, porém, fora dos quadros habituais que ambas acordem sobre o objeto, fixem condições, e ajustem a celebração de um contrato que é, no entanto, transferido para um momento futuro, seja em razão de impossibilidade momentânea para a sua conclusão, seja porque surjam dificuldades no preenchimento de requisitos formais, seja pela demora na obtenção de financiamento, seja simplesmente por motivos particulares de mera conveniência (...) Distingue-se, também, das negociações preliminares, em que estas não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro”.

A fase do contrato preliminar não se confunde com a negociação, mesmo que esta seja revestida por atos formais. Não raras vezes, projetos de contratos são confundidos com contratos preliminares. Somente terá *status* de contrato a avença que criar obrigação, pelo menos para uma das partes. Sem obrigação não se pode falar em contrato.

De acordo com Karina Fritz³:

Atualmente, é comum as partes, especialmente diante de contratos complexos ou de significativo valor econômico, realizarem na fase negocial atos de diversas natureza jurídica, os quais podem ter natureza negocial ou não. Os

¹ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; GAUTIER, Pierre-Yves. **Contrats Spéciaux**. 14. ed. Paris: LGDJ, 2002. p. 99. “Parfois, les éléments essentiels de la vente à venir (chose, prix, date) ont été débattus et convenus. Mais l’une des parties, en général le futur acquéreur, réserve sa décision. Elle désire bénéficier, pendant un certain temps, d’un **délai de réflexion** à l’issue duquel elle exercera une option : acheter (ou vendre) ou ne pas acheter (ou ne pas vendre). La promesse est unilatérale. Parfois, vendeur et acquéreur sont décidés, l’un à vendre et l’autre à acheter. Aucun des deux ne dispose d’une option. Mais la vente n’est pourtant pas définitivement conclue, car il lui manque un élément que la loi ou l’une des parties considère comme essentiel : une autorisation administrative, purge d’un droit de préemption, obtention d’un prêt... La promesse est synallagmatique”

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 81. v. III. Também, na mesma linha: Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 502. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código interpretado conforme a Constituição da República**. Arts. 421 a 965. Rio de Janeiro: Renovar. p. 462. v. 2.

³ FRITZ, Karina Nunes. **Contratos: formação e regime**. Coleção Doutrina Essenciais. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson, organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 167-168.

primeiros constituem verdadeiros negócios jurídicos na fase pré-contratual como, por exemplo, o contrato preliminar, por via do qual as partes se comprometem a celebrar posteriormente outro contrato (contrato principal), como ensina Caio Mario da Silva Pereira. Os segundos são todos os instrumentos destinados a documentar as negociações com as minutas e as cartas de intenção, denominados genericamente de punctações. Dentre estes atos, apenas os últimos tem relevância em tema de culpa in contrahendo, na medida em que a violação de negócios jurídicos celebrados na fase negocial configura necessariamente responsabilidade contratual e não responsabilidade pré-contratual.

(...)

No Brasil, Popp defende que surgindo entre as partes a confiança legítima que o contrato será celebrado, estágio no qual as negociações se encontram em fase avançada, em havendo rompimento, nasce para a contraparte o direito à celebração do contrato, o qual já integraria a esfera jurídica do lesado.

No que tange à tutela jurídica na fase pré-contratual, merece destaque o entendimento doutrinário que impede a ruptura abrupta e inopinada de uma das partes, em detrimento da outra, colocando fim à negociação, dados os custos necessários para análise da viabilidade da contratação, componentes dos custos de transação.

A ruptura inopinada da negociação é censurada por Haroldo Verçosa⁴, que entende pelo surgimento de uma obrigação pré-contratual, conforme segue:

(...) em favor do reconhecimento de uma segunda teoria (a da responsabilidade de natureza contratual ao tempo das tratativas), poder-se-ia defender a existência de uma responsabilidade de natureza contratual anterior à conclusão do contrato, que surgiria a partir do início das negociações entre os interessados. É como se a “sombra do contrato” se projetasse na forma de um manto protetor ao período anterior ao seu fechamento, de forma a que os ditames legais mencionados sejam tutelados em benefício da parte prejudicada. De outro lado, esta mesma “sombra” se projetaria além do período de tempo relativo à conclusão do contrato (que não interessa discutir no presente momento). Isto significa dizer que o regramento do instituto do contrato como tal incluiria a fase de negociações prévias não efetivamente concretizadas, bem como sua frustração em vista de causa futura de invalidade e ineficácia.

Mas a conduta desleal e abusiva de uma contraparte (verificada na fase das tratativas em contratos que não vingam, ao lado dos fatores que provocam ulteriores invalidade e ineficácia por culpa da mesma contraparte) encontra-se o fundamento da tutela legal do prejudicado também no reconhecimento da presença de um ato ilícito, tal como previsto no art. 186 do NCC. (...)

Isto significa que, qualquer que seja a teoria adotada, existe uma proteção para os sujeitos na fase pré-contratual, mais extensa quando caracterizada a desistência como ato ilícito que como quebra de norma de natureza contratual extensiva.

É verdade que na fase negocial, que antecede ao contrato preliminar, surgem obrigações dirigidas à preservação das legítimas expectativas, contudo, não são obrigações contratuais, propriamente ditas.

⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 4**. Tomo I – Fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 387-388.

Faz-se necessário estabelecer a diferença entre a fase negocial e o contrato preliminar, pois não se confundem, conforme ensina Haroldo Verçosa⁵:

O contrato preliminar é singelamente conceituado como um acordo provisório de vontades destinado a proporcionar as condições para a celebração de um contrato definitivo. Esta provisoriedade diz respeito não ao contrato preliminar em si mesmo, pois ele, uma vez concluído, é definitivo e deve produzir o efeito próprio; mas diz respeito à operação econômica divisada pelas partes, a qual tem no contrato definitivo seu objetivo fundamental.

Assim, resta clara a distinção entre a fase de negociação e a do contrato preliminar, consistindo esta última o foco do estudo da Opção.

Existem instrumentos típicos da fase negocial, como o Memorando de Entendimentos, que revela a expectativa de ambas as partes, através de termo circunstanciado e minucioso, e, também, a Carta de Intenções, pela qual a parte signatária exterioriza seus interesses negociais. Tais instrumentos utilizados nas rotinas negociais, sem espelho na lei, não chegam a ser contrato, alcançando, no máximo, o *status* de proposta, firmada nos termos do art. 427, do Código Civil.

O foco examinado na pesquisa não diz respeito às entranhas do ambiente negocial, mas à fase posterior, que inaugura obrigações propriamente ditas – através do contrato preliminar – que ensejam execução coativa, como veremos a seguir.

É necessário frisar, também, que contrato preliminar não é componente da fase negocial, mas sim integrante autêntico da fase contratual. As dicções pré-contrato e contrato preliminar são utilizadas para exprimir que seu objeto é outro contrato futuro.

⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 4**. Tomo I – Fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 496.

3 A OPÇÃO COMO CONTRATO

O Contrato de Opção tem alicerce no art. 466⁶, inserido no título V - “Dos contratos em geral”, na Sessão VIII - “Do Contrato Preliminar”, do Código Civil de 2002. No texto do Código Civil de 1916 não existia norma correspondente, tampouco título destinado a disciplinar os contratos preliminares. A topologia da norma atual inaugura algumas possibilidades, que merecem atenção, como, por exemplo, a extensão do Contrato de Opção a objetos – os contratos definitivos – que vão além da compra e venda. A propósito do objeto da Opção, é importante esclarecer que, por se tratar de contrato preliminar, seu desígnio diz respeito a outro contrato, o definitivo. O jurista FERNANDO ARAÚJO chega a afirmar que o objeto da Opção pode ser algo além de um contrato negocial, chegando a servir de instrumento de “trava” – espécie de hedge – para definir limites de indenizações⁷. SÍLVIO DE SALVO VENOSA⁸ admite, expressamente, a Opção como contrato preliminar capaz de ter como objeto contratos de serviços e de alocações futuras.

É sabido que a Opção objetiva a celebração de um contrato futuro, cujas partes são: proponente e oblato⁹, o primeiro que se torna devedor da prestação; o segundo, credor do direito potestativo de contratar ou não. Quanto aos elementos, estes podem ser necessários ou facultativos, que, no caso da Opção são: preço de exercício (fixo ou vinculado a parâmetros objetivos), prazo de exercício (determinado ou determinável) e objeto (o contrato definitivo).

Com relação ao prêmio (pagamento ao proponente para que outorgue o direito potestativo ao oblato, com natureza de indenização ou compensação pela álea), é facultativo, pois pode existir ou não, sendo certo que o preço, o prazo de exercício e o objeto são requisitos essenciais do Contrato de Opção.

O Contrato de Opção visa manter o preço e garantir o direito de contratar futuramente nas bases previamente firmadas. Este contrato é usado também como instrumento financeiro (possivelmente especulativo) e de travamento de preço (*hedge*).

⁶ Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

⁷ ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito – Programa e Guia de Estudo**. Lisboa: Almedina, 2008, p. 270.

⁸ “É típico pacto de opção a reserva de compra ou aquisição de serviços. Quando reservamos ingressos em um teatro, uma mesa num restaurante ou uma mercadoria de gênero restrito, garantimos, durante certo prazo, o direito da parte em exercer a opção. Decorrido esse prazo, o titular dos bens ou serviços fica livre para aliená-los a terceiros.” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 422.

⁹ No artigo 427 do Código Civil de 2002 vemos a figura do proponente, e, a quem é direcionada a proposta, chamamos de **oblato**.

A problemática enfrentada na pesquisa gira em torno, principalmente, do sentido da expressão “prazo razoavelmente assinado pelo devedor” (excerto do art. 466, do Código Civil); da dispersão da lei quanto à identidade do Contrato de Opção, uma vez que o Código Civil não fornece, em único dispositivo, todos seus elementos, impondo solução integrativa e a incompletude econômica, visto que, entre a celebração da Opção e o momento de se exercer o direito potestativo, haverá hiato, cuja dinâmica econômica motivará a decisão do oblato. Infelizmente, a legislação brasileira não prestigiou, como deveria, os contratos unilaterais, muito menos o Contrato de Opção. O art. 466, do Código Civil é incompleto na parte que menciona a razoabilidade, por lacuna voluntária e própria, ou seja, da própria legislação e pela intenção do legislador, como também por lacuna imprópria, na abordagem de seu conteúdo, tanto que necessita de um esforço integrativo para que lhe seja atribuído o efeito desejado idealmente, conforme lições de Norberto Bobbio, a serem abordadas no item 4 deste trabalho.

A parte da norma do art. 466, do Código Civil, que elegeu a razoabilidade do prazo, está no chamado sistema móvel, nas lições de Canaris, citadas por Misabel Derzi, conforme também será demonstrado na dissertação.

A Opção é contrato positivado dentro de perspectiva aberta, portanto tipológica e não conceitual, que não significa se tratar de parte completamente móvel do sistema, apesar de expressamente fazer o texto normativo alusão à razoabilidade do prazo para exercício do direito potestativo conferido por aquela modalidade de contrato preliminar.

As partes imóveis, que imprimem sentido ao contrato, são o preço de exercício e o objeto. O prazo de exercício estaria dentro da parte móvel. Contudo, há de se entender que, por ser a Opção um contrato aleatório, o momento de exercer o direito potestativo deve ser determinável, quando não puder ser determinado. Daí a necessidade de investigar os limites da mobilidade. Outro aspecto relevante é afeto à qualificação do contrato. Ora, um instrumento que receba alcunha de contrato preliminar, mas que tenha prazo imediato para o exercício do direito de contratar definitivamente será mera proposta, não um contrato. Da mesma forma, os prazos demasiadamente longos poderão desnaturar o contrato preliminar.

O Código Civil Brasileiro se mostra discreto na definição de *contrato*, sendo necessário, assim, destacar o que Raquel Sztajn¹⁰ buscou no Código Civil italiano como elementos para compor a lacuna legislativa:

¹⁰ SZTAJN, Raquel. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 108. v. 4.

Por meio de norma não seguida pelo legislador brasileiro no NCC, o CCIt, no seu art. 1.321, apresenta o conceito estrutural do contrato como ‘todo acordo de vontades entre duas ou mais partes, destinado a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial’. Nesta definição são reconhecidos os seguintes elementos do instituto, cumulativos e necessários: (i) acordo de vontades; (ii) entre duas ou mais partes; (iii) com a finalidade tríplice (alternativa ou cumulativa em parte) de constituir (dar nascimento), regular ou extinguir uma relação jurídica; e (iv) relação jurídica que se caracteriza como de natureza patrimonial.

Em acréscimo, o art. 1.325 do CCIt estabelece como requisitos ou elementos do contrato o acordo, a causa, o objeto e a forma.

Fazendo alusão ao jurista mineiro Darcy Bessone, Raquel Sztajn¹¹, na obra de sua co-autoria com Haroldo Verçosa, registra ser de consenso na doutrina a aplicação da definição italiana de contrato, esclarecendo, contudo, que da lição de Darcy Bessone ressaltaria apenas a necessidade de substituir o termo “pessoas” para “partes”.

Oferecida a noção de contrato, percebe-se que a descrição estrutural da Opção não deixa dúvida sobre sua tipificação como tal, vale dizer, Opção não é mera proposta, mas contrato.

Assim, a Opção¹² pode ser definida como contrato preliminar, aleatório e unilateral, positivado na norma do art. 466, do Código Civil de 2002, tendo por função a celebração futura de um contrato definitivo. Não se trata, pois, de mera negociação preliminar ou simples proposta, mas de contrato, propriamente dito, dispondo de força coativa para cumprimento compulsório, através da ação cominatória¹³.

¹¹ Note-se que, bem ora não adotado expressamente pelo NCC, o conceito de contrato do direito italiano aplica-se fundamentalmente ao direito brasileiro, tal como tem sido defendido sem contrariedade pela maior parte da doutrina, mormente porque os dois ordenamentos jurídicos em causa são da mesma família, e o NCC foi essencialmente inspirado no seu correspondente italiano. Para Darcy Bessone aquela solução adotada pelo direito italiano indicaria o verdadeiro conceito de contrato – como seja, em suas palavras: ‘O contrato é o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial’. A única observação a ser feita em relação ao pensamento do jurista mineiro é no sentido de que o termo ‘pessoas’ é mais adequadamente traduzido por ‘partes’, estas podendo ser constituídas por uma ou mais pessoas.” SZTAJN, Raquel. *Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais*. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 108-109.

¹² “Pode-se, em síntese, definir o option como o contrato de derivativo em que a uma das partes se atribui, mediante o pagamento de prêmio, a opção de comprar ou vender determinados ativos a preço prefixado na data da contratação ou de trocar o diferencial entre esse preço e o valor que os ativos terão no termo contratual”. BANDEIRA, Paula Greco. **Os contratos de derivativos e a teoria da imprevisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 904, fev. 2011. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson, organizadores. *Obrigações e contratos: contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 783-784. v. 6.

¹³ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

“Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”

Após a celebração do Contrato de Opção, caracterizado como contrato unilateral, as obrigações decorrentes deste contrato se concentram em uma única parte, no proponente, ou seja, no devedor da Opção. Ao oblato, credor da Opção, outorga-se o direito potestativo de firmar ou não o negócio definitivo. Trata-se, ainda, de tipo contratual aleatório, porque a álea faz parte de sua substância, consistindo em característica funcional, capaz de permitir sua utilização como instrumento de travamento de preços (*hedge*), derivativos, retenção de oferta durante a *due diligence*, entre possibilidades emergentes de negociações especiais, como é o caso de comodatos e arrendamentos nos quais se entabulam opções de compra ou de venda em razão dos interesses envolvidos.

As Opções são vistas, frequentemente, como derivativos que, nas palavras de Nelson Eizirik¹⁴, significam:

Derivativos são todos os contratos negociados cujo valor resulta, total ou parcialmente, do valor de outro ativo, financeiro ou não. Com efeito, o valor de tal contrato deriva de outro contrato, ativo ou índice, refletindo as variações diárias destes, daí o seu nome.

O vocábulo derivativo é utilizado para identificar os contratos de Futuro, *Swap* (que é a troca de índices) e Opção. Todos esses tem a álea como componente, distinguindo-se o primeiro do segundo pela existência, no primeiro, da possibilidade de adotar objeto físico na transação (v.g.: uma *commodity* para entrega física), ao invés de mero índice, enquanto a *Swap* é restrita a índices.

Seguindo o mesmo entendimento, Paula Bandeira, define que:

A expressão ‘contrato de derivativo’ se origina do adjetivo inglês *derivative*, tendo a espécie se desenvolvido de forma autônoma no direito anglo-saxão. Pode-se afirmar, em sentido amplíssimo, que a categoria dos derivativos compreende todos os contratos atípicos, de natureza financeira, consistentes na negociação a termo de uma importância econômica e na relativa valorização autônoma do diferencial decorrente do confronto entre preço da importância no momento da estipulação e seu valor no prazo acordado para a execução.¹⁵

¹⁴ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais**: regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 237.

¹⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos de derivativos e a teoria da imprevisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 904, fev. 2011. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson, organizadores. **Obrigações e contratos**: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 783-784. v. 6. *apud* GIRINO, Emilio. I contratti derivati. Miliano: Giuffrè, 2001. p. 5. p. 774.

A expressão **contrato de derivativo** é usada mais no ambiente dos negócios financeiros, através dos quais os agentes buscam resultados de oportunidade, em razão das habilidades que possuem no exame das projeções de evolução de preços e índices, na maioria das vezes por tratamento de dados em escalas históricas.

Paula Bandeira destaca, ainda, que:

Os contratos derivativos, sob o aspecto econômico, correspondem aos contratos cujos valores dependem do preço de um ativo financeiro subjacente ou de valor de um parâmetro financeiro de referência (índice de bolsa, taxa de juros, taxa de câmbio). Em contrariedade ao sentido literal da expressão, os contratos derivativos não derivam de, mas insistem sobre elementos de outros negócios. Os seus valores dependem de ativo fundamental subjacente.¹⁶

As Opções são contratos aleatórios exatamente pela fixidez do preço de exercício e a aleatoriedade do conteúdo econômico do objeto. A ausência de comutatividade está na obrigação de o proponente ter que firmar o negócio definitivo, independente da valorização ou da desvalorização econômica do conteúdo do objeto negociado. O que se observa é que vista a Opção como derivativo, tem-se “como denominador comum a incerteza conexas às flutuações que as grandezas econômicas de referência podem assumir no tempo. Além disso, todos os contratos de derivativos se caracterizam pela finalidade antecipatória em relação a essas flutuações.”¹⁷

Vale ressaltar que o preço de exercício deve ser fixo, contudo, nem sempre em expressão monetária, podendo ser através de parâmetros de mercado, como será visto neste estudo.

O tempo é o componente central da Opção, pois nele é que a dinâmica dos fatos altera o significado econômico e o interesse sobre determinado foco negocial, a ser firmado no contrato definitivo. Ressalta-se que:

o elemento temporal faz com que a contratação se baseie em previsões acerca da evolução dos valores dos bens objeto do ajuste. Acrescente-se, ainda, que os contratos derivativos podem comportar, em sua execução, perdas teoricamente ilimitadas, salvo no contrato de option, no qual o beneficiário tem sua perda máxima restrita ao valor do prêmio.¹⁸

¹⁶ BANDEIRA, Paula Greco. **Os contratos de derivativos e a teoria da imprevisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 774.

¹⁷ BANDEIRA, Paula Greco. **Os contratos de derivativos e a teoria da imprevisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 775.

¹⁸ BANDEIRA, op.cit. p. 780.

O objeto deve ser outro contrato, daí a necessidade de a Opção conter todos os elementos necessários ou requisitos essenciais do contrato definitivo, nos termos do art. 462, do Código Civil.

Em obras clássicas do Direito Civil Brasileiro, os contratos unilaterais sequer ganhavam destaque. Em sua obra, sob o título Doutrinas e Práticas das Obrigações, Carvalho de Mendonça¹⁹ limitou-se a classificar o contrato unilateral de forma residual ao contrato bilateral, da seguinte maneira: os bilaterais (impropriamente chamados sinalagmáticos), como a venda, a permuta, a locação, e unilaterais, como o empréstimo, o depósito. Os primeiros criam obrigações recíprocas, os últimos as suscitam para uma só das partes.

3.1 Finalidade da Opção

Inúmeras são as finalidades da Opção, seja como instrumento estabilizador e garantidor das legítimas expectativas negociadas, de modo que o objeto contratual principal fique sobrestado, até momento ulterior, para exames de documentos e regularidades (*due diligence*), obtenção de recursos financeiros para concretização do pagamento do preço, ou mesmo para que o credor decida com o cuidado necessário sobre a viabilidade do negócio, dentro do prazo de exercício determinado ou determinável pelas circunstâncias, segundo autoriza a lei brasileira, da forma que está redigida.

O Contrato de Opção vem sendo utilizado nas situações em que o oblato, beneficiário, ainda, não tem certeza sobre a conveniência de firmar o negócio definitivo, adotando como instrumento a Opção, mediante pagamento ou não de retribuição denominada “prêmio” ou “indenização pela imobilização”, para reservar para si o direito de, no futuro, firmar o contrato definitivo.

É comum a utilização da Opção quando o interessado não dispõe de recursos imediatos e, para não perder o negócio, enquanto busca os recursos financeiros, vale-se de tal contrato preliminar. Outra hipótese é que o beneficiário não sabe se poderá utilizar o bem da forma pretendida, como, por exemplo, o caso de uma aquisição de imóvel para a realização de empreendimento imobiliário (que deve ser precedida de avaliação das leis de zoneamento, restrições ambientais, existência de passivos ambientais etc).²⁰

¹⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inacio. **Doutrina e prática das obrigações**. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 278.

²⁰ PERES, Tatiana Bonatti. **Opção de compra**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 99.

O contrato de Opção ocorre em diversos eventos da vida civil, como, por exemplo, nas reservas de ingressos em teatros ou mesas em restaurantes, podendo, portanto, a Opção ter como foco a compra, a venda ou mesmo a prestação de determinado serviço. Apesar da abordagem de Silvio Venosa²¹ sobre a possível qualificação da Opção como negócio preliminar, o que se rechaça neste estudo, trouxe bons exemplos sobre algumas aplicações da Opção²².

As Opções são, também, derivativos negociados em bolsas, consistindo em ferramenta de gestão e até especulação no ambiente dos valores mobiliários. Inexplicavelmente, as Opções, no Brasil, salvo melhor juízo, são mais conhecidas neste âmbito financeiro do que nas rotinas contratuais, necessitando o instituto da atenção dos juristas pátrios, para lhe dar mais aplicação. O Contrato de Opção, como os contratos a termo, entre outros, tiveram permissão para negociação em bolsa, o que representou grande avanço, praticidade e segurança na ferramenta de gestão. Na França, berço da Opção, o legislador cuidou de ser pioneiro em incluí-la no rol dos produtos negociáveis no mercado de valores mobiliários²³, como hoje ocorre normalmente em muitos mercados que negociam derivativos.

No agronegócio, juristas têm dedicado espaço especial para a opção, destacando sua função econômica, seja ela para comprar ou para vender a *commodity* objeto da negociação, seja para o produto disponível ou futuro, podendo ser à vista (*spot*) ou a termo, com importante função de gerenciamento de riscos de preços²⁴, entre outras funções, como a própria fluidez na aquisição de insumos e venda da produção, na primeira hipótese através da *call* (opção de compra), na segunda da *put* (opção de venda).

É comum, ainda, a utilização das Opções nos negócios imobiliários rurais, com mais frequência nos arrendamentos, cujo proponente, normalmente o arrendador, firma a Opção para que o arrendatário, o oblato, exerça ou não a Opção em determinado prazo.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 421.

²² “É típico pacto de opção a reserva de compra ou aquisição de serviços. Quando reservamos ingressos em um teatro, uma mesa num restaurante ou uma mercadoria de gênero restrito, garantimos, durante certo prazo, o direito da parte em exercer a opção. Decorrido esse prazo, o titular dos bens ou serviços fica livre para aliená-los a terceiros.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 422.

²³ “La loi n. 88-70 du 22 janvier 1988 réformant les attributions de la Commission des opérations de bourse a consacré la théorie du contrat négociable. L'article 1er de l'Ordonnance de 1967 dispose que la C.O.B. veille au fonctionnement des marchés de valeurs mobilières, de produits financiers ou de contrats à term négociables. L'expression n'avait pas été employée dans la première version des textes relatifs au M.A.T.I.F. Afin de clarifier le domaine de ce marché, la loi du 26 juillet 1991 a amélioré le texte de 1985 que modifiait la loi de 1885.” in CAUSSE, Herve. **Les Titres Négociables**. Litec1993. p. 434/435.

²⁴ MATOS, Alan Kardec Veloso de; ALVARENGA, José Eduardo de. A bolsa de mercadorias e futuros. In: QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walkíria Batista dos, coordenadores. **Direito do agronegócio**. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 293-295.

Admite-se, finalmente, na Doutrina do Direito e Economia, a utilização da Opção até como instrumento para compensar lesão, ou seja, para admitir um dano, cujo instrumento de Opção já travaria o valor da indenização, mediante pagamento do prêmio.

Em sua obra “Os Contratos de Derivativos e a Teoria da Imprevisão”, Paula Bandeira define que o Contrato de Opção:

(...) consiste no negócio pelo qual uma parte se obriga a conceder a outra, mediante o pagamento de um preço (prêmio), o direito de adquirir ou vender, em prazo prefixado, certa quantidade de bens (mercadorias, títulos, moedas etc.), a preço predeterminado (preço de exercício ou strike price). O beneficiário tem o direito potestativo de exercer a opção.²⁵

A Opção, sob o enfoque de investimento, apesar de ocupar espaço importante no ambiente econômico e no mundo dos negócios, tem sua abordagem – como valor mobiliário ou ativo financeiro – subsumida nos contornos comuns do direito aqui enfrentado. Os malabarismos operados pelos investidores, no afã de buscarem rendimentos máximos, dentro de um cenário de travamento de perdas, interessam aos estudos gerenciais, não ao direito, que apenas fornece a via contratual com suas regras de aplicação.

A Opção, como contrato preliminar que é, tem suas incompletudes econômicas intrínsecas, principalmente em função do hiato entre sua celebração e o momento da contratação definitiva. Somando-se a tais incompletudes econômicas, há a incompletude criada pelo legislador, ao permitir o exercício do direito potestativo em prazo razoável, tornando a investigação verdadeiro banquete acadêmico, como energia de ativação para outras incursões teóricas acerca dos contratos preliminares. Não bastasse isso, a regra positivada no art. 466, do Código Civil reclama esforço integrativo, para que faça sentido e ofereça segurança jurídica ao funcionamento do instituto da Opção. A pesquisa realizada cuidou de abordar os aspectos das incompletudes da Opção, oferecendo soluções à luz do Direito Empresarial, em sua concepção do Direito e Economia, sugerindo-se, ao final, nova redação, de acordo com a técnica necessária que deve ser aplicada à Opção.

A Opção também é utilizada como ferramenta societária²⁶, seja como porta de saída conferida a um sócio, para que não seja compelido a permanecer na sociedade, hipótese em

²⁵ BANDEIRA, Paula Greco. **Os Contratos de derivativos e a teoria da imprevisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 782.

²⁶ “Outra variedade de instrumentos destinados a preencher interesses entre grupos de sócios diversos entro de sociedades empresárias está na utilização das opções put e call. Por meio da put option, seu titular obriga a outra parte a comprar suas quotas ou ações. Ao usar a call option, por sua vez, um dos sócios obriga o outro a vender-lhe sua parte de capital. A utilidade de tais cláusulas é bastante clara. Se um sócio ou grupo de sócios sente-se ameaçado pelo outro e deseja sair da sociedade, faz

que poderia este compelir o devedor da Opção a comprar-lhe as quotas ou ações, consistindo em uma *Put Option*, ou, simplesmente, Opção de Venda, ou, ainda, via para dar saída a um sócio, por interesse do credor da Opção, o que se daria pela *Call Option*, ou, Opção de Compra. Não raras vezes, a Opção serve como incentivo para os colaboradores, por meio da qual adquirem o direito de comprar ações ou quotas, nas condições firmadas no termo da *Stock Option*.

3.2 Qualificação jurídica do contrato de Opção

A promessa preliminar unilateral de venda denomina-se Opção de Compra ou *Call Option* e a promessa preliminar unilateral de compra denomina-se Opção de Venda ou *Put Option*. O direito do oblato, o credor da Opção é potestativo, ou seja, confere-lhe faculdade de exercê-lo ou não.

A lei não indica, expressamente, se a Opção é ou não modalidade de contrato aleatório. Em suas entranhas, diferentemente do que se vê da expressa indicação da comutatividade – que indica equivalência das prestações – no Contrato de Compra e Venda, inserida no art. 483, do Código Civil²⁷, percebe-se um hiato que reclama interpretação integrativa. Verifica-se que a compra e venda, por deliberação das partes, pode ser aleatória, pelos tipos da *emptio spei*²⁸ ou da *emptio rei sperate*²⁹. Questiona-se, portanto, se a Opção pode, por deliberação das partes, ser comutativa, preservando sua qualificação jurídica. A hipótese seria a de o preço de exercício ser fixado por arbitramento, pelo conteúdo econômico consentâneo à data do exercício do direito potestativo de seu credor.

Cumpra registrar que o direito potestativo do credor jamais pode representar uma condição meramente potestativa, uma vez vedada pelo art. 122, do Código Civil³⁰. Daí a necessidade de se investigar o caso concreto, para aferir se ficou ao talante exclusivo do

uso da put option. Em situação oposta, caso um grupo esteja negociando a venda de suas ações ou quotas para terceiro e não deseje a interferência do outro grupo, faz uso da call option, afastando, por este meio, o sócio que poderia atrapalhar seu negócio.” in VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial 2. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.p. 182-184.

²⁷ Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

²⁸ Risco é na quantidade, então se não vier nada, ou se nada for produzido, o preço não será devido – art. 459 do CC/02.

²⁹ O comprador assume o risco da existência – o preço é devido, mesmo que nada se apure do evento no qual se insere a álea – art. 458 do CC/02.

³⁰ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes.

credor exigir a obrigação do devedor, sem que haja bases seguras que garantam diretrizes para o modo de se exercer o direito potestativo. A exemplo de condição puramente potestativa, teria um Contrato de Opção sem prazo determinável, o que poderia ensejar ao credor obrigar o devedor a firmar o contrato definitivo a seu talante. Óbvio que a solução aplicável seria através da razoabilidade, de modo a afastar o risco da prevalência de uma condição nula, que seria aquela puramente potestativa.

Há de se observar, também, na linha da doutrina mais rigorosa, que o Contrato de Opção não admite cláusula de arrependimento. Isto, por certo, o diferencia do simples contrato preliminar unilateral, que pode conter tal dispositivo de revogação. CALAMARI e PERILLO tratam as opções como *“Irrevocable Offers”* (oferta irrevogável)³¹, o que nos parece perfeito e suficiente para qualificar a Opção em nível mais exigente do que o mero contrato preliminar unilateral.

A Opção é, como já dito, por excelência, contrato aleatório, dividindo-se em Opções Européia e Americana – seja na *Call*, seja na *Put*, dependendo do prazo para exercício.

Nem sempre a Opção se revela com esta nomenclatura e, não raras vezes, os contratos preliminares intitulados pelas partes como bilaterais apresentam componentes que os tornam unilaterais, através de cláusulas discretas ou até dissimuladas em condições que, na verdade, outorgam a um dos contratantes o direito de firmar ou não o negócio definitivo.

Não se pode afirmar, apenas pela revelação da qualificação de tais contratos como unilaterais – e não bilaterais – que estariam acometidos de elementos sub-reptícios ou seriam negócios indiretos, fiduciários, frutos de abuso de direito ou dissimulação. Essas seriam possibilidades adjacentes, mas em nada alterariam a força coativa, acaso firmado o pacto sob o liame de vontade.

Porém, os efeitos da qualificação jurídica que defina o contrato como de Opção podem ser diferentes daqueles encontrados nos negócios bilaterais, a começar pelo reconhecimento de um direito potestativo do credor, ou seja, daquele que poderá firmar ou não o negócio definitivo, em segundo lugar, entender que o sinal seria apenas o prêmio pela

³¹ “a) *What Makes an Offer Irrevocable: The term “option contract” is often used interchangeably with the term “irrevocable offer”. Although the two sets of words are not precisely interchangeable, any distinction does not carry any important Implications. Most offers are revocable. One of the classic ways of rendering an offer irrevocable is by the offeror’s acceptance of a consideration in exchange for a promise to keep the offer open. Such an offer is often called an “option contract”. If A makes an offer to sell specific real property to B for a specified price and states that the offer is open for ten days, the offer is revocable even if A stated that the offer was irrevocable for ten days.” In CALAMARI, John D. PERILLO, Joseph M. **Contracts**. Thompson, fifth edition, St. Paul, MN, 2003, p. 117.*

imobilização, e não arras, afastando os efeitos dos artigos 417³² a 420³³ do Código Civil. A sutileza das disposições contratuais poderá definir o caráter do sinal, pois sendo arras, a regra é diferente do prêmio, pois enquanto a primeira confirma um negócio, a segunda atribui direito potestativo de uma das partes firmar ou não o negócio.

Na França, a Opção é tratada no Código Civil, no título destinado exclusivamente ao contrato de compra e venda³⁴, tendo requisitos de forma, portanto, naquele Estado é um contrato solene³⁵, no caso, o registro do instrumento no prazo de dez dias.

No Brasil, a Opção não requer forma especial, muito menos qualquer registro, podendo servir como eficiente ferramenta aplicada nas rotinas negociais e estratégicas de empresas. O presente trabalho objetiva concitar o meio acadêmico a incursões neste importante contrato. É também importante salientar que o Contrato de Opção não se confunde com as cláusulas especiais de retrovenda (arts. 505 e seguintes, do Código Civil)³⁶, da venda a

³² Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

³³ Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

³⁴ Chapitre Ier : De la nature et de la forme de la vente.

³⁵ “**Article 1589-2** (Créé par Ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 - art. 24 JORF 8 décembre 2005 en vigueur le 1er janvier 2006) Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date.” Consultado em 15 de junho de 2013, no endereço http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F6697B4176102D0C551652D21885D27A.tpdjo04v_2?idArticle=LEGIARTI000006441291&idSectionTA=LEGISCTA000006136377&cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20100118

³⁶ “Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

Art. 506. Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz jus, o vendedor, para exercer o direito de resgate, as depositará judicialmente.

Parágrafo único. Verificada a insuficiência do depósito judicial, não será o vendedor restituído no domínio da coisa, até e enquanto não for integralmente pago o comprador.

Art. 507. O direito de retrato, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente.

Art. 508. Se a duas ou mais pessoas couber o direito de retrato sobre o mesmo imóvel, e só uma o exercer, poderá o comprador intimar as outras para nele acordarem, prevalecendo o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito, contanto que seja integral”.

contento e da sujeita a prova (arts. 509 e seguintes do Código Civil)³⁷ e da preempção (arts. 513 e seguintes do Código Civil)³⁸, visto que as mesmas dizem respeito à compra e venda, com regras próprias.

³⁷ “Art. 509. A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado.

Art. 510. Também a venda sujeita a prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina.

Art. 511. Em ambos os casos, as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la.

Art. 512. Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável”.

³⁸ “Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.

Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

Art. 514. O vendedor pode também exercer o seu direito de prelação, intimando o comprador, quando lhe constar que este vai vender a coisa.

Art. 515. Aquele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado.

Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.

Art. 517. Quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita.

Art. 518. Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé.

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

Art. 520. O direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros.

Art. 521. Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago.

Art. 522. A cláusula de reserva de domínio será estipulada por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros.

Art. 523. Não pode ser objeto de venda com reserva de domínio a coisa insuscetível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congêneres. Na dúvida, decide-se a favor do terceiro adquirente de boa-fé.

Art. 524. A transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue.

Art. 525. O vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial.

Art. 526. Verificada a mora do comprador, poderá o vendedor mover contra ele a competente ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida.

Art. 527. Na segunda hipótese do artigo antecedente, é facultado ao vendedor reter as prestações pagas até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido. O excedente será devolvido ao comprador; e o que faltar lhe será cobrado, tudo na forma da lei processual.

Art. 528. Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato”.

Vale a pena, neste estudo, para exorcizar conclusões precipitadas, que tendem a subtrair o *status* de contrato aos pactos que outorgam direito potestativo, somente a uma das partes, apresentar as formas que se revelam atos de fraude a lei, contratos indiretos e fiduciários, sendo certo que os efeitos devem ser atribuídos a partir da qualificação jurídica e não pela nomenclatura.

A fraude à lei, diferente do abuso de direito (em que não há na tipologia o propósito de obter um resultado expressamente vedado pela lei), busca alcançar-se resultado vedado pela lei, mas através da própria lei.

É bom lembrar que a Opção é contrato previsto no Ordenamento Jurídico Pátrio, não se tratando de fraude à lei as contratações firmadas que atribuem direito apenas a uma das partes, ou seja:

(...) atos in fraudem legis seriam aqueles em que a inobservância da norma se daria de forma indireta, de maneira que, à primeira vista, pareceria não ter sido produzida qualquer violação.

A fraude é, assim, meio pelo qual o agente consegue alcançar um resultado proibido através de atos que não contrariam as palavras da lei, mas que contrariam seu sentido.

O ato que aparentemente não viola qualquer disposição legal, está na verdade frustrando a finalidade de uma norma jurídica, já que por meio dele alcançou-se, ainda que não diretamente, o resultado nela previsto (ou pelo menos a ele equivalente) e por ela proibido.³⁹

José Roberto Neves⁴⁰ aborda, também, a hipótese de fraude à lei, comparando-a com a simulação, defendendo que, embora sejam distintas, apresentam semelhanças. Segundo José Roberto Neves⁴¹ pode-se dizer que a fraude à lei será, por vezes, uma espécie do gênero das simulações.

Não é vedado pela lei firmar contratos em que apenas uma das partes tenha obrigações, mas é vedado que, sob dissimulação, criem-se expectativas aparentemente bilaterais, enquanto são, na verdade, unilaterais. Também, é vedada a inserção de condições impossíveis, que façam gravitar sob uma das partes um direito puramente potestativo que, na verdade, servirá para subtrair do contrato o atributo da vontade.

De nada adianta firmar-se, por exemplo, uma promessa de compra e venda, com aspecto de bilateral, contudo, em seu âmago, planta-se uma cláusula que faculte a uma das partes liberar-se da obrigação. Outra possibilidade pode ser visualizada quando se insere no

³⁹ PEREIRA, Regis Fitchner. **A fraude à lei**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 15.

⁴⁰ NEVES, José Roberto de Castro. **Uma introdução ao direito civil** – parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 151-152.

⁴¹ NEVES, op. cit. p. 151-152.

pacto cláusula de implemento impossível, que culmine na resolução, o que dará ao credor da condição o direito de acionar o dispositivo, para se ver livre do contrato e da obrigação firmada. Há de se examinar cuidadosamente os termos do contrato, a fim de encontrar sua verdadeira qualificação e, ainda, identificar seus vícios fatais, tanto por obra de dissimulação.

É necessário afirmar que o contrato com aspecto de bilateral pode ser convertido em unilateral, através da conversão, art. 170⁴², do CC, ou 184⁴³, do CC, conforme o caso e sempre a partir da análise da vontade declarada, o que, mais uma vez, nos remete à fase negocial, que antecede o contrato preliminar⁴⁴

Diante do entendimento acima colacionado, fica clara a assertiva de que firmar Opção não significa abuso de direito contratual, mas de exercício do direito de contratar sob risco consentido, cuja avença outorga direito a uma das partes, enquanto, no abuso de direito, o dito abuso está no exercício do direito potestativo, caracterizado pela extravagância do modo de atuação do sujeito em relação ao conteúdo da potestatividade.

Sendo assim, a Opção não autoriza o devedor a alegar abuso do direito do credor, caso o conteúdo econômico sofra alterações no tempo compreendido entre a data de formação do contrato e a do exercício⁴⁵.

⁴² “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”

⁴³ “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

⁴⁴ “Tal como ocorre na simulação, o ato ocorrido em fraude à lei é aparentemente lícito, mas atinge efeito jurídico que, na prática, equivale à situação vedada pela lei.

A lei, é óbvio, se exterioriza da forma escrita, por meio de palavras. A interpretação literal da norma permite concluir aquilo que foi dito. Entretanto, o espírito da lei, a sua razão de ser, é normalmente, maior do que aquilo que se encontra externado. Por essa razão, a interpretação teleológica da lei – na qual se afere a finalidade da norma – é fundamental, pois apenas dessa forma se conseguirá atingir o verdadeiro objetivo da regra legal.

Muitas vezes, a pessoa atende à letra da lei, mas se distancia do seu espírito. Na fraude à lei, a pessoa age de acordo com a letra da regra legal, mas foge ao verdadeiro interesse da norma.

(...)

Em muitas ocasiões haverá a conjunção da fraude à lei com a simulação. Tome-se a seguinte situação: uma pessoa tem dois filhos. Um deles é o querido, o outro, a ovelha negra. O pai quer beneficiar o filho amado e decide passar todos os seus bens para ele. Ocorre que o artigo 496 do Código Civil veda a venda de bens de ascendente para descendente sem a autorização dos demais filhos. Como o pai e o filho dileto não querem que essa transferência seja descoberta, a venda é feita a uma pessoa jurídica, que tem como sócio majoritário exatamente o filho amado. Ao descobrir o ardil, o filho prejudicado pode requerer a invalidade do negócio da compra e venda. Neste exemplo, a simulação resultou em fraude à lei.

Em resumo, na simulação absoluta nada é querido e não existe nenhum ato; na simulação relativa, há ocultação do ato realmente desejado; e, por fim, na fraude à lei, quer-se realizar o ato, mas ele ofende o espírito da norma” . NEVES, José Roberto de Castro. **Uma introdução ao direito civil**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 151-152.

⁴⁵ “O art. 188 do Código, já se ressaltou, resguarda que não haverá ato ilícito se o sujeito estiver agindo no exercício regular de um direito. Porém, eventualmente, o titular de um direito pode exercê-lo de forma antijurídica, contrariando a sua real finalidade, violando o interesse social. Nesses casos, estará atuando com abuso de direito.

De acordo com José Roberto Neves⁴⁶:

O direito deve ser praticado para atingir um fim admitido pelo ordenamento. Sob outro ângulo, não pode o titular do direito exercê-lo de modo anti-social. Haverá abuso de direito quando o poder conferido pelo ordenamento jurídico for exercido de modo contrário à sua finalidade, consoante a regra do art. 187, do Código Civil.

Semelhante, não se admite o ato emulativo, no qual uma pessoa exerce um direito apenas para constranger outrem, sem um propósito justo (O Código Civil alemão, ao apreciar o fenômeno do abuso de direito, releva os aspectos subjetivos – como se vê do art. 226 –, ou seja, a intenção do agente em prejudicar alguém).

No Brasil, a corrente mais aceita acerca do abuso de direito põe a tônica em dados objetivos, ‘como a compatibilidade entre o comportamento adotado e o fim econômico ou social visado pela norma atributiva do direito.

No que tange ao abuso de direito, que pode ser verificado inclusive no direito de contratar, Ronnie Duarte cuidou de indicar sua origem, que não se confunde com a decisão da parte contratante de optar por entregar à faculdade da outra parte contratar ou não. Não se trata, portanto, de abuso de direito, mas de exercício regular do direito de contratar, mesmo que isso implique em renúncia a manifestar qualquer vontade, acaso o oblato opte por firmar o contrato definitivo. Através do exemplo, será melhor visualizada a ausência de similitude entre abusar de um direito e firmar contrato pelo qual a outra parte abre mão, conscientemente, do poder deliberativo, quanto à formação do contrato principal:

Com efeito, o poder de impor um dever jurídico deve sempre ser orientado no sentido de obter algum proveito para alguém (ainda que seja um benefício apenas moral), nunca o de somente causar um prejuízo, uma dificuldade ou um ônus.

O direito não pode servir de instrumento de opressão, não pode alimentar um desprezível capricho, um meio de seu titular constranger desnecessariamente outrem.

Se, ao realizar o ato, o titular do direito se afasta do seu regular uso, comete-se abuso de direito, que o ordenamento trata tal qual um ato ilícito.

A propósito, vale citar o caso Clement-Bayard, um dos julgamentos emblemáticos acerca do tema, ocorrido na França, em 1913. Ocorreu que o vizinho de um hangar de dirigíveis resolveu erigir, em sua propriedade, duas enormes construções de madeira, com afiadas pontas de ferro no seu topo. Os espigões não tinham outra finalidade senão a de impedir que seu vizinho pousasse os balões no imóvel contíguo. Evidentemente, todo proprietário tem direito de construir em seu terreno. No caso, contudo, as construções visavam apenas a molestar o vizinho. Pior: o construtor dos espigões pretendia vender seu imóvel ao baloeiro por um preço superior ao do mercado. A questão foi julgada pelos tribunais franceses. Entendeu-se que o vizinho do baloeiro, que edificara os enormes espigões, havia atuado com abuso de direito, isto é, o titular estava exercendo sua faculdade de construir apenas para criar uma situação nociva ao seu vizinho, o que não se poderia admitir.

(...)

Houve o caso de um milionário que adquiriu um quadro de girassóis amarelos de Van Gogh e, no seu testamento, pediu para ser enterrado com a obra de arte. Morto o rico, várias instituições e amantes de arte do mundo buscaram impedir a consumação da cláusula testamentária, que, na prática, iria impedir que o quadro fosse visto e admirado. Venceu a tese do abuso de direito. Haveria abuso do proprietário, ao destinar seu bem a ficar guardado para sempre em uma urna funerária. Não há dúvida de que é direito do proprietário dar aos seus bens o destino que bem entender. Ainda, ao que tudo indica, o milionário não pensou em lesar ninguém. Contudo, objetivamente, a pretensão do dono do quadro era contrária ao interesse social, de que as obras de arte devam ser preservadas.” NEVES, José Roberto de Castro. **Uma introdução ao direito civil** – parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 177-178.

⁴⁶ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**: parte geral. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 81-82.

A origem do abuso de direito se deu na França, no início do século XIX, logo em seguida à promulgação do Code Napoléon. Construção originalmente jurisprudencial, a figura do abuso de direito foi proclamada pelos tribunais franceses em 1808 com a condenação de um industrial cuja fábrica de chapéus expelia vapores desagradáveis para a vizinhança. Abusava assim de seu direito de propriedade e de exercício profissional. A expressão ‘abuso de direito’ é atribuída ao autor belga Laurent.⁴⁷

Já o negócio jurídico indireto significa obter resultado final diferente do escopo, pela atipicidade entre fins e meios⁴⁸, ou seja, é disfunção diferente do abuso de direito. No caso particular da Opção, o instrumento contratual deverá revelar se de fato está sendo outorgado, por ato de vontade inequívoca, direito a somente uma das partes. Qualificar um contrato como sendo de Opção – cuja unilateralidade deve ser oriunda da vontade e não de armadilhas contratuais – exige investigação a fim de concluir se o proponente pretendeu atribuir o direito potestativo ao credor ou se este não construiu pretexto para desonrar o contrato, dando-lhe o tom de Opção, hipótese que não admitirá a conversão do negócio jurídico⁴⁹, mas sim sua completa nulidade, pelo vício de vontade.

Os civilistas Gustavo Tepedino, Heloisa Barboza e Maria Celina de Moraes assim se posicionaram:

O instituto da conversão. Inova o legislado ao prever o instituto da conversão, inexistente no texto codificado de 1916. A essência da conversão do negócio jurídico reside na abertura, para o intérprete de, perante um negócio a que falte um elemento inderrogável, qualificá-lo em outro tipo, mediante o aproveitamento dos elementos prestantes.⁵⁰

Afirma-se, sem medo de errar, que não cabe aplicação da conversão de contrato aparentemente bilateral para contrato unilateral, quando se perceber que a unilateralidade decorreu acidentalmente, e não por convenção negociada, portanto, em se tratando de negócio

⁴⁷ DUARTE, Ronnie Preuss. **Boa-fé**, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro. Revista dos Tribunais, v. 817, p. 50, nov., 2003, reproduzido no vol. III, Edições Especiais Revista dos Tribunais, p. 912.

⁴⁸ CARVALHO, Orlando de. **Escritos páginas de direito I**. Coimbra: Globo, 1998.

⁴⁹ “Conversão é diferente de redução do negócio jurídico, conforme a seguinte lição: “Dá-se a redução do negócio jurídico quando o negócio parcialmente nulo sofre uma alteração quantitativa. Subsiste o mesmo negócio, porém, amputado. Na conversão, ao contrário, opera-se uma alteração qualitativa do negócio totalmente nulo. Quando se verifica mudança do tipo ou natureza do negócio, encontra-se na esfera da conversão e não da redução.” TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. **Conversão de negócio jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 127.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena Barboza e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Novo Código Civil Interpretado**. V. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 321.

jurídico indireto ou fiduciário⁵¹⁵², não se poderá salvar o instrumento com decisão que leve á unilateralidade por defeito técnico do instrumento ou malícia.

Pode ocorrer a circunstância de um contrato com aspecto de bilateral ser, na verdade, unilateral, como, por exemplo, a promessa de compra e venda em que uma das partes reserva para si o direito de não firmar o negócio definitivo, em razão de elementos exclusivamente a ele afetos. Esta hipótese de dissimulação da unilateralidade não se confunde com os contratos nos quais se encontram cláusula resolutiva expressa ou de arrependimento, mas de verdadeira armadilha montada com o propósito de desobrigar uma das partes, por mero talante.

A Opção não é contrato bilateral, apesar de se originar de um negócio bilateral, como adverte Tatiana Peres⁵³, uma vez que implica na vinculação do proponente ao exercício ou não do direito potestativo do oblato, beneficiário, de firmar ou não o negócio principal. Nasce, entre os contratantes, uma situação jurídica de potestatividade. O oblato é o credor da opção,

⁵¹ “Do que fica exposto, podemos concluir que tanto nos negócios indiretos como nos fiduciários o resultado final visado pelas partes discrepa do resultado jurídico normal do negócio adotado: enquanto nos negócios indiretos, essa discrepância caracteriza-se apenas pela atipicidade desse efeito final em relação aos efeitos normais do negócio-meio adotado, os negócios fiduciários caracterizam-se pelo fato de o negócio-meio representar um excesso em relação ao fim visado.

No negócio indireto, o negócio-meio adotado pelas partes visa um fim ulterior que, umas vezes, será o de um verdadeiro negócio jurídico, outras vezes consistirá num mero resultado jurídico diferente. Isto é, não será neste caso, o fim de um negócio típico, mas tipificável, no sentido em que esta palavra é usada por Betti: negócios que, embora atípicos, são suscetíveis de serem elevados a tipos, segundo a consciência social dominante em dado momento histórico. (...)

Nos negócios indiretos e fiduciários inexistente qualquer aparência de negócio; naqueles o negócio-meio adotado pelas partes (forma e conteúdo) é real, embora constitua meio para alcançar um resultado não homogêneo com esse meio”. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários. **Revista de Direito Civil**, n. 29, p. 81, jan./mar., 1984, reproduzido no vol. VI, Edições Especiais Revista: Obrigações e contratos. p. 1277-1278.

⁵² “Segundo Regelsberger a característica específica dos negócios fiduciários está ‘numa incongruência ou inhomogeneidade do meio em relação ao escopo’; as partes servem-se de uma forma jurídica cujos efeitos são mais amplos, representam um excesso em relação ao escopo visado.

Mas a essa concepção não faltaram críticas com o fundamento de que o escopo fiduciário não pode ser atingido senão mediante o meio jurídico adotado (no negócio translativo) que, em relação ao escopo fiduciário, é como um instrumento necessário.

Para Cariota Ferrara tanto a fidúcia do tipo romano com a do tipo germânico podem reconduzir-se a um único esquema conceitual genérico na medida em que, nos dois tipos de fidúcia, o que se vê é a atribuição ao fiduciário de um poder jurídico pra a obtenção de escopos mais restritos, um excesso do meio em relação ao fim visado” MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negócio Jurídico indireto e negócios fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 29. p. 81 – 94, jan-mar de 1984, reproduzido no vol. VI, Edições Especiais Revista: Obrigações e contratos. p. 1273-1274.

⁵³ PERES, Tatiana Bonatti. **Opção de compra**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 81: “um negócio jurídico bilateral através do qual uma pessoa – o outorgante – manifesta sua vontade de concluir um contrato preliminar ou definitivo de compra e venda de determinado bem, conferindo a outra pessoa – o beneficiário – durante o prazo acordado, o direito irrevogável de concluir de forma unilateral o contrato projetado, sendo a sua manifestação de vontade suficiente para o nascimento do contrato projetado na opção de compra (...).” No mesmo sentido, posiciona-se Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em Pareceres. São Paulo, 2004. p. 1134. v. II., para quem a opção de compra “é o contrato através do qual uma das partes se compromete a alienar á outra um determinado bem, se esta manifestar interesse em adquiri-lo, no prazo convencionado. Trata-se, portanto, de uma promessa unilateral de venda – promessa a parte venditoris – em que o promitente se obriga a vender, enquanto a outra parte se reserva a faculdade de comprar.

que poderá livremente exercer ou não o direito de firmar o negócio principal, enquanto o devedor, o proponente da opção, fica obrigado a firmar o contrato definitivo, se assim o quiser o oblato. No ato da celebração da opção, o outorgante já manifestou sua vontade de efetivar o eventual contrato que possa surgir no futuro, se assim quiser o outorgado. É o que ensina o Professor Luiz Gastão Leães⁵⁴:

Trata-se, enfim, de um contrato, mediante o qual estipulam as partes que uma delas permanece vinculada à execução de uma prestação, enquanto a outra se reserva a faculdade de exigir ou não o cumprimento da obrigação. (...) A opção importa, assim, na outorga de um direito potestativo, entendendo-se como tal os poderes pelos quais os seus titulares podem influir em situações jurídicas preexistentes, modificando-as, extinguindo-as ou criando novas, através de uma atividade própria unilateral. Basta que o beneficiário da opção declare que quer exercer o seu direito, para que o contrato se conclua. O outorgante encontra-se numa situação de sujeição (pati), não podendo se opor à conclusão do negócio. Advirta-se que essa manifestação do titular da opção consiste numa declaração receptícia de vontade, que só produz efeito quando chega ao conhecimento do destinatário.

O contrato de opção, apesar de não ser o contrato definitivo, constitui um contrato definitivo semicompleto⁵⁵, mas que necessita reunir todos os elementos essenciais ao negócio definitivo. Isto não quer dizer, entretanto, que a Opção deva conter todos os requisitos indispensáveis ao contrato principal, mas apenas que os elementos fundamentais deste ajuste sejam determináveis⁵⁶. Assim, na Opção de Compra devem constar os três elementos essenciais para a celebração de um contrato de compra e venda, os quais, como se sabe, são (a) o preço; (b) a coisa; e (c) o consenso.

Além disso, o Contrato de Opção de Compra deve estabelecer uma limitação temporal para o exercício do direito potestativo pelo beneficiário, ou tempo razoável, como tem sido admitido, sendo prescindível, contudo, a existência de uma contraprestação financeira direta para sua validade e eficácia⁵⁷, pois a lei brasileira não impõe a existência de contraprestação.

⁵⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo, 2004. p. 1135. V. II. No mesmo sentido, posicionavam-se as lições do Professor Antonio Junqueira de Azevedo em **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210, para quem “o efeito essencial do contrato de opção consiste no direito potestativo resultante da promessa irrevogável do proponente. O proponente, renunciando à faculdade de revogar a promessa, permanece sujeito (situação de sujeição) ao poder da contraparte (direito potestativo), que detém a opção de aperfeiçoar o contrato definitivo, dito ‘optativo’.

⁵⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. Vol. II, São Paulo, 2004. p. 1135.

⁵⁶ LEÃES, op.cit., p. 1135.

⁵⁷ PERES, Tatiana Bonatti. **Opção de compra**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 91.

A dicção “assinado pelo devedor”⁵⁸ (art. 466, CC/02) deve ser entendida como circunstância subjetiva, aplicada para relativizar o contexto da álea, presumindo, inclusive, simetria informacional, no momento da contratação, restrita às partes. A razoabilidade só é invocada quando não há prazo previsto no instrumento da Opção.

Ao tratar do art. 466, do Código Civil, Silvio Venosa⁵⁹ o distingue de um contrato preliminar, dizendo que seria uma promessa unilateral de contratar: "

O art. 466 não se refere propriamente ao contrato preliminar, mas à promessa unilateral de contratar:

(...)

Como é lógico, quem promete dar, fazer ou não fazer algo não pode ficar indefinidamente vinculado. Se não houver prazo na promessa, cujo decurso por si só desobriga o promitente, deve este conceder um prazo para que o interessado se manifeste. Em várias situações práticas a promessa unilateral é utilizada, como, por exemplo, na opção que se dá a um credor, para alienar determinado bem.

A Opção é verdadeiro contrato, contudo, unilateral, o que deve – provavelmente – ter provocado algum desconforto em Silvio de Sálvio Venosa para admitir sua eficiente força coativa, transcendente a uma promessa negocial. O art. 466, do Código Civil, apesar de abordar a promessa, a ela não se restringe, pois o Ordenamento Jurídico completa seu caráter, principalmente, no art. 463, do Código Civil, imprimindo-lhe, indiscutivelmente, absoluta força coativa, como convém a um Estado eficiente, conforme recomenda Jurgen Habermas⁶⁰:

A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem estar econômico. As escolas realistas submetem a representação idealista dos participantes do processo, segundo o qual todos (ou a maioria) dos casos podem ser decididos corretamente e consistentemente na base do direito vigente, a uma crítica dissuasiva, na perspectiva do observador. De outro lado, porém, a prática da decisão judicial não tem como operar sem suposições idealizadoras. A renovação não-dissimulada da garantia da segurança do direito significa que a jurisdição precisa renunciar, em última instância, à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento, que é função do direito.”

⁵⁸ Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 424. II v.

⁶⁰ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. [tradução: Flávio Siebeneichler]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

O juiz, ao se deparar com um contrato que tenha em seu âmago a álea, deve arrimar seu desate exatamente na garantia das expectativas criadas pelo pacto e riscos negociados, de modo que conserve o status respeitoso do direito do qual é seu aplicador.

É necessário esclarecer que o Contrato de Opção é, por natureza, aleatório, podendo, contudo, ser excepcionalmente comutativo (contrato em que há equivalência nas prestações), se as partes assim determinarem em relação ao preço de exercício, nas hipóteses em que se lhe atribua equivalência econômica. Esta possibilidade é admitida, mas deve ser vista como exceção, sob pena de se transformar a Opção em proposta ou converter o direito potestativo em mera preferência. O legislador pátrio incluiu o contrato de promessa unilateral na Seção VIII, Do contrato preliminar, estando no Título V, Dos Contratos em geral, portanto, não restringiu a possibilidade da Opção à compra e venda, como ocorre, por exemplo, na legislação francesa⁶¹. Registre-se, ainda, que, enquanto o dispositivo do art. 483, do Código Civil, ao tratar da compra e venda, admitiu a possibilidade de o contrato ser aleatório, por vontade das partes, o mesmo não foi feito, expressamente, quanto ao contrato preliminar unilateral que, por natureza, se revela aleatório. Contudo, não se pode negar a possibilidade de se transformar a Opção em contrato comutativo, desde que expressamente revelada a intenção das partes.

3.3 Sujeitos da Opção

A Opção tem como sujeitos o proponente e o oblato. O primeiro é quem se compromete a firmar o contrato definitivo, o devedor da Opção; o segundo aquele que tem a faculdade de firmar ou não o contrato definitivo, o credor, que tem o direito potestativo de exercer ou não a faculdade de contratar.

A nomenclatura dispensada às partes, aplicada à Opção, proponente e oblato, decorre dos usos e costume, baseando-se no instrumental da proposta, apesar de a Opção ser algo além: um autêntico contrato decorrente de negócio bilateral. Na proposta, o ato jurídico é unilateral, apenas do proponente, produzindo efeito apenas se o oblato manifestar o aceite. É importante salientar que, apesar de o Contrato de Opção ser um contrato unilateral – que imprime obrigações somente a uma das partes – decorre de um negócio bilateral, ou seja, da manifestação de vontade das duas partes contratantes.

⁶¹ Chapitre 1er: De la nature et de la forme de la vente - Article 1589-2.

3.4 Elementos da Opção

Quanto aos elementos da Opção, são três, a saber: preço de exercício, prazo de exercício e objeto.

Com relação ao prêmio, esse não se mostra elemento essencial a integrar a estrutura do Contrato de Opção, uma vez que, por ser esse um contrato preliminar, deve conter todos os elementos do contrato principal, inexistindo qualquer menção positivada quanto ao prêmio (art. 462 do CC/02). O prêmio não diz respeito à forma, nem ao conteúdo da Opção, mas ao aspecto da fase negocial, que antecede ao aperfeiçoamento do contrato preliminar de Opção, cuja inserção em seu corpo apenas indicará o aspecto negocial precedente.

Ocorre que o Contrato de Opção pode ser condicional, ou seja, condicionar-se ao prévio pagamento da opção. Nesta hipótese, a Opção estará adjetivada à condição, que pode ser inserida indiferentemente em qualquer contrato.

3.4.1 Prêmio ou indenização pela imobilização

O valor que se paga ao proponente, para que se vincule à obrigação, denomina-se prêmio. No Direito Francês é chamado de “indenização pela imobilização”. Apesar de o prêmio não integrar à estrutura do Contrato de Opção, quando existente, se incorpora, definitivamente, ao patrimônio do proponente, não sendo suscetível de indébito.

O prêmio é o valor pago pelo oblato, a título de indenização pela imobilização e afetação do bem ou do objeto contratual ao âmbito de sua faculdade, vale dizer, o pagamento é realizado para que o proponente fique obrigado durante o prazo de exercício.

Por expressa deliberação das partes, na conclusão do Contrato de Opção, o prêmio pode ser imputado no preço de exercício. Sendo assim, pode ser entendido como desconto, pois não se pode convolar indenização em preço de exercício, isso porque, se o contrato definitivo não for firmado, não haverá preço a pagar, o que impede seja atribuída a natureza jurídica pela mera conveniência das partes.

Em alguns casos, como nos arrendamentos rurais, o prêmio normalmente é representado pelo valor excedente ao máximo legal do preço anual do arrendamento, uma vez que os contratos rurais de arrendamento e parceria são regulados pelo Estatuto da Terra e o Decreto 59.566/66.

O valor residual garantido - VRG do arrendamento mercantil também não se confunde com o prêmio das opções.

O valor residual garantido – VRG, típico do arrendamento mercantil, tem a finalidade de garantir o direito de comprar, mas o mesmo, necessariamente, é imputado no preço, o que não ocorre, necessariamente, na opção.

A natureza jurídica do prêmio dos contratos de opção não é a mesma do VRG.

O VRG aproxima da figura do “*scrow account*”⁶², carecendo, contudo, a figura do terceiro envolvido que seria a instituição financeira depositária. Contudo, em sendo o *leasing* contrato de manejo exclusivo de instituição fiscalizada pelo Banco Central, pode perfeitamente, cumular a posição de eventual credora ao encargo de depositária do valor do VRG, sendo, assim, sucedânea da figura clássica da instituição depositária da “*scrow account*”.

Assim, percebe-se que o prêmio da Opção tem natureza jurídica exclusiva, não se confundindo com o prêmio de seguro (que é um contrato de distribuição de riscos) ou com o VRG.

É possível que o valor do prêmio seja imputado no preço de exercício, tanto na Opção de Compra, como na Opção de Venda, mas isso não o transforma, por si só, em arras.

A forma de abordar o prêmio, no Contrato de Opção, poderá dar margem para discussões de natureza tributária, pois, adotando sua qualificação jurídica como indenização pela imobilização, conforme modelo francês⁶³, a rigor, vista de maneira superficial, não implicaria sua percepção em incidência de imposto de renda, por ser mera compensação pela imobilização, mas sendo considerada retribuição pela imobilização, incidirá, sem dúvida. Quanto à tributação pelo ganho de capital, se o prêmio for imputado no preço da venda, na eventualidade de o oblato exercer o direito de comprar, passará a compor base de cálculo para o cálculo do imposto devido.

⁶² “*ESCROW ACCOUNT*: conta especial instituída pelas partes junto a uma terceira entidade, sob contrato, destinada a acolher depósitos, a serem feitos pelo devedor e ali mantidos em custódia, para liberação após cumprimento de requisitos especificados.” Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/Infecon/DividaRevisada/apends_gloss_bibliografia.pdf>. Acesso em: 22/04/2011.

“**Serviços Qualificados para o Mercado de Capitais.** É uma modalidade de prestação de serviços em que o Banco, como entidade independente, concorda em receber, guardar em custódia, atender e liquidar operações em favor das partes contratantes, de acordo com o pactuado em contrato, para maior conforto de obrigações financeiras garantidas ou assumidas, mantendo o controle e a supervisão por meio de Conta Vinculada, também denominada ‘*Escrow Account*’.” (http://www.bradescom.com.br/uploads/conteudo/22431/09_EstruturaOperacional.pdf)

⁶³ O prêmio é chamado de “indenização pela imobilização”, lembrando-se que o contrato preliminar unilateral é previsto no título reservado ao contrato de venda, diferente do sistema brasileiro, que inseriu a Opção na parte do Código Civil destinada ao contrato preliminar.

3.4.2 Preço de exercício

O preço, ou seja, o valor que o oblato pagará ou suportará em razão do contrato definitivo, denomina-se preço de exercício.

Um dos requisitos da opção é a definição do preço que, necessariamente, não precisa ser indicado através de expressão financeira, podendo ser definido por referência de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar⁶⁴ ou em função de índices ou parâmetros de objetiva determinação⁶⁵, *e.g.*, variação de *commodities*.

É possível que o preço seja deixado ao arbítrio de terceiro, no Contrato de Opção, a teor do art. 485, do Código Civil, conforme também autoriza a *Incomplete Contract Theory*, abordada por Fernando Araújo⁶⁶.

É claro que o preço de exercício poderá ser travado em índices, como, por exemplo, a compra e venda de um imóvel em que o preço seja um número certo de arrobas de boi ou de sacas de soja, pela cotação de determinada fonte eleita pelas partes. Mas se o imóvel valorizar mais que a variação das arrobas de boi ou das sacas de soja, ainda assim a quantidades dessas persistirá para quitação do preço de exercício. A utilização dos arts. 486 e 487 do Código Civil nos instrumentos, para se atualizar a expressão monetária do preço de exercício é uma boa solução para corrigir os efeitos do tempo contra o poder de econômico da moeda. Óbvio que o instrumento deverá deixar bem claro que o preço de exercício estará vinculado à variação do índice ou parâmetro eleito, com a maior indicação possível de sua fonte.

3.4.3 Prazo de exercício

O prazo, a rigor, deve ser fixado no contrato preliminar. Ocorre, no entanto, que o art. 466, do Código Civil de 2002 dispõe que o direito do credor do contrato preliminar poderá ser exercido em prazo razoável.

Prazo razoável não significa prazo indeterminado. Toda Opção deve ter um prazo determinado ou determinável. A razoabilidade dita na lei refere-se à possibilidade de delimitar o prazo em relação a certo evento, a partir de tal ou mesmo antes do termo conjecturado. Por

⁶⁴ “Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.”

⁶⁵ “Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação.”

⁶⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147.

exemplo, um criador de cavalos outorga opção ao interessado em adquirir um potro de uma de suas matrizes até um dia antes do nascimento. Assim, mesmo que haja atraso ou demora no prazo, o mesmo se flexibilizará. A dicção “*razoável*” pode ser entendida como previsível, sob pena de induzir insegurança para o proponente e abrir as portas para a abusividade do oblato que não pode ter a seu talante exercer quando desejar a faculdade de firmar o contrato definitivo.

Quanto aos prazos determináveis, mas não determinados no contrato, o direito potestativo deve ser exercido em contexto de estabilidade fático-econômica, o que dependerá de simetria de informações entre proponente e oblato. Entregar o prazo à razoabilidade representa jogo perigoso, capaz de produzir disparidades, acaso o oblato disponha de informações assimétricas, que o levarão ou poderão levá-lo a imputar a melhor data para o exercício do direito potestativo que emerge da opção, correndo-se o risco de transformar o direito potestativo em direito puramente potestativo, que é vedado por lei (art. 122, do CC).

É necessário frisar que o direito de contratar definitivamente deve ser exercido, na eventualidade de inexistir prazo determinado assinalado no contrato preliminar, enquanto as circunstâncias se mantiverem estáveis em comparação com o momento da tratativa preliminar e considerando a inexistência de assimetria de informações entre oblato e proponente, pois aquele, tendo informações privilegiadas, poderá exercer o direito de firmar o contrato definitivo no momento que lhe aprouver, em detrimento da álea, que perderia o sentido, esvaziando o conteúdo da opção.

Ainda quanto ao prazo, as Opções, quando têm um prazo em período para exercício do direito, são chamadas americanas. Quando é fixada data certa, em dia determinado, para o exercício, chamam-se Opções Europeias.

3.4.4 Objeto da Opção

O objeto do Contrato de Opção é um contrato futuro, que, a rigor, pode ter, por sua vez, objeto a obrigação de vender, ou a de comprar. Nada impede, contudo, que haja Contrato de Opção cujo objeto seja o contrato de prestação de serviços ou mesmo um contrato que solucione um dano, por via de indenização por responsabilidade civil, como informou Fernando Araújo, ícone da Teoria Econômica do Contrato. Este doutrinador diz que a Opção de Venda (*put option*) e a Opção de Compra (*call option*) estariam contempladas nas “*liability rules*”, que, no Direito norte-americano, corresponde às normas de

responsabilidade, mais precisamente “dever legal”. Parece-nos estranha a colocação de Fernando Araújo, pois diz que o prêmio (ou indenização pela imobilização de determinado bem) serviria como retribuição à renúncia a um direito garantido por lei, ou seja, o proponente devedor da Opção, ao receber o prêmio, estaria admitindo ser lesado. Em outras palavras, Fernando Araújo substitui a hipótese negocial do risco em renúncia a eventual reparação, seja ela qual for.

No exercício do direito do credor da Opção, estará ocorrendo não um efeito normal daquele contrato preliminar, mas lesão compensada pelo prêmio. Este posicionamento não encontra respaldo no Direito Brasileiro, pois o instituto estaria sendo equiparado ao seguro e, ainda, não traria explicação para o enriquecimento daquele que recebe o prêmio, na hipótese de o credor da Opção não exercer o direito de firmar o contrato principal⁶⁷.

Fernando Araújo admite a Opção como instrumento de “trava” à eventual dano de natureza civil, o que se afigura excessivo, pois o contrato não tem aplicação em “*torts law*”^{68,69}. O objeto deve ser necessariamente um outro contrato, não um evento danoso.

A Opção é, por excelência, contrato aleatório, dividindo-se em Opções Européia e Americana – seja na *Call*, seja na *Put*, dependendo do prazo para exercício.

As opções são, também, derivativos negociados em bolsas, consistindo em ferramenta de gestão e até especulação no ambiente dos valores mobiliários.

O Contrato de Opção, como os contratos a termo, entre outros, tiveram permissão para negociação em bolsa, o que representou grande avanço. Na França, berço da Opção, o

⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 270-272.

⁶⁸ “*Torts law*” é a disciplina jurídica norte americana que estuda responsabilidade civil.

⁶⁹ “Reconheçamos que, vencida alguma resistência a esta “complicação” adicional, esta cisão das “*liability rules*” com adição das “*put options*” torna o modelo muito mais realista, podendo até admitir-se que elas sejam a regra em muitas situações de responsabilidade extracontratual: por exemplo, uma pessoa vítima de um furto deve poder exercer a sua “*put option*” de, em vez da devolução do bem furtado, impor a venda desse bem ao lesante – o que equivale na prática a preferir a indemnização.

No que especificamente respeita à Teoria do Contrato, pode dizer-se que a responsabilidade contratual é basicamente dominada por uma “*liability rule*” do tipo da regra 2, reconhecendo-se ao devedor uma “*call option*” sobre o direito do credor, que ele exercerá sujeitando-se a indemnizar o interesse lesado – mas que não seria de excluir, ao menos em *abstracto*, a aplicação de qualquer das outras três formas de “*liability rules*”, ainda que em concreto seja de esperar que as partes prefiram evitar complicações e sujeitar-se a um regime de responsabilidade contratual que, se não é supletivo, seja fruto de uma estipulação detalhada do tipo das sanções convencionais, como as cláusulas penais ou as “*liquidated damages*”.

Ficam por explorar os pressupostos e incidências teóricas das “*inalienability rules*”, uma limitação absoluta incontornável às transferências de titularidade, o que pode ser apresentado como uma salvaguarda para a liberdade individual, travando expressões de uma vontade condicionada e enfraquecida (pense-se na proibição da redução voluntária à servidão, ou os vários motivos pelos quais alguns bens são colocados “fora do comércio”), mas a maior parte das vezes poderá ser configurado, ao menos do mais extremado campo libertário, como uma intolerável interferência paternalista na liberdade de disposição e de troca que está no âmago da liberdade econômica. Para a análise econômica, a inalienabilidade corresponderá, na maior parte dos casos, a uma forma imperativa de regulação que, sem indemnização, priva o titular dos recursos de um dos valores insitos nesses recursos, o valor da transmissibilidade.” ARAÚJO, op. cit., p. 271-272.

legislador cuidou de incluir no rol dos produtos negociáveis no mercado de valores mobiliários os Contratos de Opção, como ensina Herve Causse⁷⁰.

Herve Causse⁷¹ fez questão de destacar que a Opção é um contrato (de promessa), não mera proposta⁷², ou seja, nada impede que essa natureza contratual lhe subtraia a qualidade de um título negociável, contudo, se o Contrato de Opção for celebrado em caráter *intuitu personae*, a transferência somente será possível se houver aquiescência do proponente.

Na mesma linha, preleciona Nelson Rosendal⁷³, após dar panorama completo dos contornos do Contrato de Opção:

Os contratos preliminares se dividem em unilaterais ou bilaterais. Estes geram obrigações para ambas as partes, podendo uma exigir da outra o cumprimento do contrato definitivo (v.g., na promessa de compra e venda, o promissário comprador assume obrigação de pagar prestações – e o promitente vendedor, de fazer outorgar escritura definitiva). Já os contratos unilaterais produzem obrigações para apenas uma das partes. Constitui exemplo de promessa unilateral a promessa de doação, figura controversa no direito pátrio.

Tradicional exemplo dessa modalidade é o contrato de opção – frequente em negócios imobiliários -, pelo qual os contratantes deliberam que um deles exercerá preferência para a eventual celebração de um contrato. Enquanto uma das partes assume a obrigação de conceder a preferência, nas condições da declaração, a outra tem a liberdade de efetuar ou não o contrato, sendo suficiente que exerça o direito potestativo da preferência no prazo estipulado – que se converte, portanto, em prazo decadencial. Enfim, só uma das partes está adstrita à prestação de fazer. A outra é livre.

O artigo em exame aduz que, quando não houver prazo, o credor será cientificado por um termo razoável, aposto em notificação. Aliás, é um equívoco e uma contradição, em termos, utilizar a expressão “prazo indeterminado”, pois o vocábulo prazo já indica um tempo ou período determinado.

O mérito do dispositivo consiste em demonstrar que as obrigações são transitórias, na medida em que uma pessoa não pode se vincular ao poder da vontade alheia ad eternum. O termo vínculo expressa a ideia de cadeia, prisão. A relação obrigacional remete a ideia de liberdade que, inicialmente cedida em prol do êxito do projeto contratual, será recuperada pelo devedor com o adimplemento.

Por fim, não se pode confundir a promessa unilateral de contratar com a proposta do contrato a que alude o art. 427 do Código Civil. Na policitação, o proponente apenas realiza uma oferta, aguardando a aceitação ou a contraproposta do oblato. A proposta não gera obrigatoriedade em várias oportunidades (art. 428 do CC). Já a promessa unilateral é um contrato formado em que se concretizou a manifestação

⁷⁰ “La loi n. 88-70 du 22 janvier 1988 réformant les attributions de la Commission des opérations de bourse a consacré la théorie du contrat négociable. L'article 1^{er} de l'Ordonnance de 1967 dispose que la C.O.B. veille au fonctionnement des marchés de valeurs mobilières, de produits financiers ou de contrats à terme négociables. L'expression n'avait pas été employée dans la première version des textes relatifs au M.A.T.I.F. Afin de clarifier le domaine de ce marché, la loi du 26 juillet 1991 a amélioré le texte de 1985 que modifiait la loi de 1885.” CAUSSE, Herve. **Les Titres Négociables**. Litec, 1993. p. 434-435.

⁷¹ CAUSSE, Herve. **Les Titres Négociables**. Litec, 1993. p. 434-435.

⁷² “Le marché d'options négociables de Paris (M.O.N.E.P.) est tout aussi démonstratif car la doctrine consacre implicitement la théorie du contrat négociable: sous un intitulé “options négociables” on trouve inévitablement, l'affirmation que “l'option est un contrat...”.” CAUSSE, Herve. op cit. p. 435.

⁷³ ROSENVALD, Nelson. **Art. 466**, Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Coordenador Cezar Peluso. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 501-502.

das vontades. Outrossim, a segurança jurídica do contrato preliminar, mesmo que unilateral, estende-se ao plano da sucessão mortis causa, pois o contrato integra o acervo hereditário transmitido aos herdeiros do promitente (devedor) e do beneficiário (credor), ao contrário da proposta, que caducará com a morte do ofertante ou do destinatário.

Das lições de Nelson Rosenvald⁷⁴, ressalva-se que a possibilidade de o prazo ser aquele razoavelmente assinado pelo devedor não possa significar o fixado por interpelação, notificação ou protesto, pois ficaria adstrito ao poder supremo do credor escolher a data de exercício. A lei dispõe ser o prazo razoavelmente assinado pelo devedor, não pelo credor da opção, por óbvio, sob pena de se transformar o direito potestativo do credor (típico da opção) em condição puramente potestativa. A hipótese de se fixar prazo para o exercício de um direito, como é típico do Contrato de Opção, é totalmente diferente de se outorgar a faculdade para o credor de exercê-lo ou não, com amplo poder exclusivo de escolher o prazo para tal exercício, o que não encontra respaldo no ordenamento jurídico, nos termos do art. 122, do Código Civil.

Não seria inútil esclarecer que a Opção não tem aplicação somente nos contratos de compra e venda, podendo ter como objeto contratos diversos, como serviços, locações, alocação de reservas etc. A Opção exige objeto certo, mas o contrato definitivo pode ser um outro contrato aleatório. Imagine-se o exemplo de uma opção firmada para que um comerciante possa até 15 minutos antes da saída da mercadoria firmar ou não contrato de compra e venda cujo objeto seja “emptio spei” ou “emptio rei sperate”.

⁷⁴ ROSENVALD, Nelson. **Art. 466**, Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Coordenador Cezar Peluso. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 501-502.

4 INCOMPLETUDES CONTRATUAIS

Os Sermões de Padre Antonio Vieira⁷⁵ advertem: “*como o mundo se governa tanto pelos sentidos, podem às vezes mais os brados que a razão*”. Contra isto deve pugnar a Ciência Jurídica, pois deixar ao talante dos ventos soluções decisivas, sejam para preservar ou resolver contratos, significa vilipendiar a segurança jurídica e impedir projetos mínimos, que muito viabilizariam custos e imprimiriam qualidade no intercâmbio de riquezas.

Ocorre que as incompletudes podem mostrar-se convenientes para ambos contratantes, quando alicerçadas no propósito da preservação perene do equilíbrio. Um bom modelo deve partir da escolha de critérios para resolver as incompletudes. Adotando determinado critério, as partes podem discutir no ambiente escolhido as formas de preenchimento de lacunas.

Em determinados contratos, os investimentos são sazonais, ocorrendo mais em determinados períodos que em outros; também, podem ser pontuais, para atender a certas demandas ou contingências, enfim, são numerosas as possibilidades, impondo aos contratantes estabelecer um ambiente de incompletude e eleger critério determinado para o incremento da lacuna.

É muito perigosa a utilização de cláusula que preveja renegociação em caso de ocorrer determinado evento, pois a ausência de tal negociação pode acabar imprimindo validade ao pacto original, conforme se vê do acórdão exarado da apelação cível 9141117-84.2004.8.26.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 16/09/2004, em que o Tribunal, diante da ausência da renegociação – prevista no instrumento – deu por validada a tratativa original, em detrimento do possível desequilíbrio que a tratativa original poderia estar causando naquele contexto consentâneo. Se houvesse, pelo menos, disposição de arbitragem, o imbróglio não ficaria sob o poder exclusivo da parte que se recusou a renegociar, livre de sanções. A não renegociação pode significar que, o contratante apenas exerceu a faculdade de não aderir à proposta que lhe fora submetida. Desate bem diferente poderia ocorrer na arbitragem.

⁷⁵ VIEIRA, Antônio. *Sermões do Padre Antônio Vieira*. Seleção Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 47.

As incompletudes quanto aos preços de futuro podem ser resolvidas com utilização dos artigos 485⁷⁶, 486⁷⁷ e 487⁷⁸ do Código Civil, inclusive o art. 488⁷⁹ oferece solução para o problema.

A incompletude mostra-se inerente a todos os contratos, conforme adverte Fernando Araújo⁸⁰:

(...) é frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objecto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos ‘standards’ de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo ou sancionatório – sendo essa insuficiência ex ante que propicia a eclosão de conflitos durante a relação contratual, mesmo dentro da margem que bilateralmente se aceite como sendo a da ‘boa fé’.

Em razão dessas incompletudes acidentais que se recomendam estabelecer as incompletudes estratégicas, por consignação expressa de nortes de solução, de modo que o contrato receba respostas que preservem seu equilíbrio, consistindo as previsões de meios de resposta às incompletudes estratégicas um importante expediente de dirimir conflitos.

O artigo 466, do Código Civil, dispõe sobre o contrato preliminar unilateral, permitindo ao credor que firme ou não o negócio definitivo, em prazo razoável, assinado pelo devedor. É exatamente esta incompletude produzida pela norma positivada que instiga investigação nas entranhas do contrato, buscando imprimir segurança jurídica nas entabulações do tipo, considerando, sobretudo, os artigos 421, 422 e 458 do Código Civil.

A Opção deve servir como ferramenta contratual eficiente de planejamento e gestão, capaz de assegurar escalas e parâmetros sustentáveis de equilíbrio no

⁷⁶ Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa.

⁷⁷ Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.

⁷⁸ Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação.

⁷⁹ Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.

⁸⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 148.

exercício da atividade produtiva, daí a importância do enfrentamento teórico, para afastar discussões supérfluas, destoadas do exame minucioso. A investigação teórica é profícua para inibir especulações superficiais e imprime, pelos estudos do tema, melhor aceitabilidade ao tipo contratual.

A dificuldade na abordagem teórica acerca da Opção pode ser explicada tanto pela insuficiência em sua positivação no ordenamento pátrio, quanto pela incompletude intrínseca e estratégica produzida no art. 466, do Código Civil, que reclama solução jurídica sob impositivo enfoque do Direito Empresarial, principalmente na concepção do Direito e Economia.

A álea faz parte da Opção, inclusive o comportamento do credor dependerá de razões pessoais, sem participação do proponente, segundo as quais esse credor poderá exercer ou não o direito de firmar o contrato definitivo, em prazo razoável, caso este não tenha sido indicado expressamente.

Saliente-se que a incompletude da dicção legal “razoável” instiga necessária investigação econômica, cuja mobilidade tipológica foi enfrentada na presente pesquisa, para compreensão do aspecto temporal do contrato. Verificou-se a natureza do prêmio (possível retribuição dada ao proponente devedor, pela outorga do direito potestativo ao oblato credor) e se seria elemento essencial do contrato. Pela combinação do caráter unilateral e aleatório da Opção, mostra-se eficiente como ferramenta de travamento de preços, garantido boa performance no fluxo da riqueza, de bens e serviços no processo produtivo, o que corrobora o espírito do vetusto Direito Comercial, atualmente inspirado na maximização da eficiência na circulação da riqueza, nos parâmetros da novel corrente doutrinária Law and Economics.

No enfrentamento das incompletudes, mister se faz compreender o sentido de “completude do ordenamento jurídico”, sob as perspectivas de Norberto Bobbio.⁸¹

Completude significa, a grosso modo, falta de lacuna F. Savigny⁸², citado no texto de Norberto Bobbio, destaca a unidade como característica aliada à completude, em seu Sistema assim esclarecendo:

(...) o conjunto das fontes de direito... forma um todo, que está destinado à solução de todas as questões surgidas no campo do Direito. Para corresponder a tal finalidade, ele deve apresentar estas características: unidade e completude... O procedimento ordinário consiste em tirar do

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 115-160.

⁸² SAVIGNY, F. C. **Sistema del diritto romano attuale** [tradução italiana]. v. 1, § 42, p. 267 apud BOBBIO, op. cit., p. 117.

conjunto das fontes um sistema de direito... Falta a unidade, e então trata-se de remover uma contradição; falta a completude, e então trata-se de preencher uma lacuna. Na realidade, porém, essas duas coisas podem reduzir-se a um único conceito fundamental. De fato, o que tentamos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa, com a eliminação das contradições; a unidade positiva, com o preenchimento das lacunas.

Na esteira de F. Savigny⁸³, Francesco Carnelutti⁸⁴, em sua Teoria Geral do Direito⁸⁵, também citado por Norberto Bobbio⁸⁶, diz ser “incompletude por exuberância” as antinomias (aparente conflito entre uma norma que proíbe um certo comportamento em relação a outra que o permite) e “incompletude por deficiência”, no caso de lacunas.

Como remédio contra a “incompletude por exuberância”, Francesco Carnelutti⁸⁷ recomendou a “purificação”. Já contra a “incompletude por deficiência”, a “integração”.

Norberto Bobbio⁸⁸ critica severamente o “dogma da completude”, uma vez que, segundo os adeptos daquela corrente, de cunho positivista, todas as normas jurídicas deveriam ser emanadas de uma lei do Estado. Lembrou que a Escola da Exegese afirmava ser incompleto o Direito Estatal, cujas lacunas deveriam, segundo aquela corrente, ser preenchidas pelo “poder criativo do juiz”⁸⁹. Falou-se em um “direito livre”⁹⁰, capaz de preencher o “espaço jurídico vazio”, depois enfrentou a questão defendida por aqueles que defendiam a inexistência de um espaço jurídico vazio. Concluiu, peremptoriamente, que é factual a incompletude do ordenamento, reveladas em lacunas ideológicas, que seria a falta de uma “norma justa”. Diante da obviedade reconhecida pelo próprio Norberto Bobbio⁹¹, dispensa-se maior incursão nesta tipologia de incompletude, pois teria relevo a classificação entre próprias e impróprias; subjetivas e objetivas, voluntárias e involuntárias; *praeter legem* e *intra legem*:

⁸³ SAVIGNY, F. C. **Sistema del diritto romano attuale** [tradução italiana]. v. 1, § 42, p. 267 apud BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 117.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 2. ed. 1946. p. 76.

⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 2. ed. 1946. p. 76.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 117.

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 2. ed. 1946. p. 76.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 115/160.

⁸⁹ BOBBIO, op. cit. p. 123.

⁹⁰ id. 1995, p. 127.

⁹¹ ibid. p. 140.

A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal.

(...)

Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador, objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador. As subjetivas, por sua vez, podem dividir-se em voluntárias e involuntárias. Involuntárias são aquelas que dependem de um descuido do legislador, que faz parecer regulamentado um caso que não é, ou faz deixar de lado um caso que talvez se considere pouco frequente, etc. Voluntárias são aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, quando a matéria é muito complexa e não pode ser regulada com regras muito miúdas, e é melhor confiá-la, caso por caso, à interpretação do juiz.”⁹²

A incompletude do art. 466, do Código Civil – sob o aspecto do vocábulo “razoavelmente” – é voluntária, mas também involuntária, pois o legislador não só deixou a interpretação do “prazo razoavelmente” sem esclarecimento do norte do razoável, como não esclareceu o sentido de “assinado pelo devedor”, uma vez que somente deve ser utilizada tal parte da norma na falta de indicação precisa do prazo. É indiscutível que tal dispositivo, nestes particulares, esteja inserido no chamado “sistema móvel do ordenamento jurídico”. Só no que toca ao vocábulo razoavelmente é que atrairá – ou deverá atrair – pela vontade do legislador, soluções distintas, conforme o caso, sua natureza e objeto. Também é “*intra legem*”, na linha da explicação de Norberto Bobbio ⁹³:

Outra distinção é entre lacunas praeter legem e lacunas intra legem. As primeiras existem quando as regras, expressas para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade; as segundas têm lugar, ao contrário, quando as normas são muito gerais e revelam, no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher. As lacunas voluntárias são normalmente intra legem. No primeiro caso, a integração consistirá em formular novas regras ao lado das expressas; no segundo caso, as novas regras deverão ser formuladas dentro das regras expressas.”

⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 145.

⁹³ BOBBIO, op. cit. p. 145.

As soluções dadas por Norberto Bobbio⁹⁴ constituem em dois métodos diferentes, a saber: heterointegração e auto integração, segundo terminologia de Francesco Carnelutti⁹⁵:

O primeiro método consiste na integração operada através do:

- a) Recurso a ordenamentos diversos;
- b) Recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a Lei).

O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.

Explicando melhor a auto integração, Norberto Bobbio⁹⁶ diz que tal método se arrima em dois procedimentos: na analogia e nos princípios gerais do direito, recorrendo, nas páginas finais do capítulo, sobre esses institutos.

O que nos interessa é que, no art. 466, do Código Civil, há uma incompletude voluntária, ao deixar o legislador em aberto o sentido de “razoavelmente”, na expressão “razoavelmente assinado pelo devedor”; outra involuntária, ao não esclarecer o que significaria “assinado”, uma vez que esta parte final somente seria aplicada no silêncio do instrumento quanto ao prazo de exercício.

Mais grave ainda é a constatação de que entre a primeira e a segunda parte do art. 466 do Código Civil existam “incompletudes por exuberância”, ou seja, aparente antinomia, o que deve ser corrigido pela leitura do termo “assinado”, como algo relacionado às simetrias.

É necessário dar um sentido para o vocábulo “assinado”, no contexto, como recomenda o Código Civil francês, ao fazer recomendação, em seu art. 1.157, quanto à interpretação de cláusulas contratuais: “quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, devemos dar preferência àquele que possa produzir um efeito útil, em lugar daquele que não possa produzir nenhum”⁹⁷. O termo “assinado” tem também significado de destinado⁹⁸, portanto, destinado pelo devedor remete à ideia de

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 146.

⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Generale Del diritto**, 2. ed. 1946. p. 76.

⁹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 150-151.

⁹⁷ Article 1157 (créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) “Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.”

⁹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 11. ed. São Paulo: ed. Nacional.

destino, motivo dado pelo devedor, um convite à incursão na reserva mental e no contexto informacional e circunstancial.

Estando a Opção dentro da perspectiva móvel do sistema positivado, suas incompletudes não escapam ao exame econômico, devendo ser ponderadas as circunstâncias, de modo que as lacunas obtenham soluções mais próximas àquelas que inspiram a modalidade contratual, sobretudo sob o ponto de vista da álea intrínseca que trava o preço de exercício, componente do sistema imóvel.

As demais incompletudes devem seguir a recomendação de soluções inspiradas na equidade, merecendo ênfase a preservação da paridade e da simetria informacional entre os envolvidos, reclamando investigação inclusive da fase negocial, que antecede o contrato preliminar.

A parte fixa do sistema garante a força coativa do instrumento de Opção, capaz de impor ao proponente que compre (na opção de venda) ou que venda (na opção de compra). Para eficiente performance do contrato preliminar, necessária se faz a fixação do objeto (o contrato definitivo), prazo e preço de exercício. No que diz respeito à celebração do contrato definitivo, suas cláusulas devem ser bem descritas no próprio contrato preliminar, ainda mais quando os bens a que diz respeito tenham variadas classificações, como é comum nas *commodities*.

A contextualização é muito importante, mostrando-se fundamental a análise da fase negocial, que antecede a contratação preliminar. Na observação da trilha formadora do contrato, passando-se pela policitação, discussão e aceite, a vontade por ventura não declarada pode ser resgatada por solução flexível (“*flexible approach*”), através da qual há de se garantir a preservação das expectativas legítimas, missão inafastável a ser perseguida nas soluções das casuísticas do gênero.

4.1 Prevalência de incompletudes na experiência contratual

A regra é a preservação dos contratos, sendo a resolução exceção. As incompletudes, sejam elas acidentais ou estratégicas, reclamam intervenção para o fomento do equilíbrio pretendido quando da contratação, que é o ato de entrega de vontades. A vontade termina na contratação, na aposição da assinatura ou manifestação sucedânea ou eficiente para aperfeiçoar a avença. Contratadas, as partes não mais têm vontades, mas um contrato que, em tese, deve exaurir-se nele mesmo.

Mas a vontade consignada no contrato pode sofrer frustrações de ordem funcional, nem sempre possibilitando a preservação da avença.

O assunto lembra a obra de Jean-Baptiste Molière⁹⁹, retratada pelo comentário de Robert Jouanny, ao proclamar que “não existe vício privilegiado. Não existe coisa boa em si que não possa se corromper e corromper. Decência torna-se pudicícia, ciência transforma-se em pedantismo, a medicina resvala para o charlatanismo, e a piedade para a hipocrisia religiosa”, assertivas que nos convidam a uma reflexão e a um olhar além, mais crítico sobre os propósitos maiores do Direito, ao incluir a boa-fé como princípio, inclusive positivado, entre nós, no art. 422, do Código Civil de 2002, que oferece o norte necessário para solução das incompletudes. Somente as expectativas individuais reconhecidas como justas – jamais a má-fé – conjugadas com a função social do contrato, devem ser consideradas nas soluções das incompletudes.

As expectativas individuais podem indicar como melhor solução o desate resolutorio, com possibilidade de indenização pelas frustrações produzidas pelas incompletudes, evento muito comum nos contratos relacionais, de duração. A preservação forçada do contrato significa sobrevivência artificial do ajuste, de intercorrências indomáveis, por ímpetos e revanchismos contaminantes, daí a ideia de evitar, nos contratos relacionais, a continuação infinita, estando até previsto em lei, no art. 720, do Código Civil, para o caso do contrato de distribuição, prazo de aviso prévio, sem prejuízo de ampliação, acaso tenha havido investimentos consideráveis. A preservação, pela via do implemento de incompletudes, diante de uma crise contratual, deve levar em conta a função social, requisito necessário para todo contrato, nos termos do art. 421, do Código Civil, assim visto – como requisito – uma vez que o contrato é a *sinapse* da circulação da riqueza. Todo contrato tem função social implícita. Quando sua existência se mostrar nociva a essa circulação de riqueza, o desate sobre contendas contratuais deve ser resolutorio, extirpando-o das raias econômicas, para que não contamine outros.

As incompletudes, nas suas manifestações por acidente, estratégia, vontade ou conjectura, classificadas na linha de Norberto Bobbio¹⁰⁰, reclamam integração, devendo ser evitados os desates que impliquem em aniquilação do contrato, pois a

⁹⁹ MOLIÈRE, Jean-Baptiste Poquelin. **O tartufo ou o impostor**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 33 apud JOUANNY, Robert (Prefaciador).

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 146.

regra é a preservação do contrato, impondo os melhores esforços para se alcançar tal desiderato.

4.2 Teoria dos contratos incompletos

Na abordagem da Teoria dos Contratos Incompletos faz-se necessário, primeiramente, salientar a importância da dinâmica socioeconômica como elemento de força exercida contra os termos, daí a relevância de um exame transcendente à letra fria do termo no texto. É no contexto que se extrai o sentido do termo. Mas não é só. Temos que admitir a cooperação como instrumento e não apenas evento. Cooperar deve ter o sentido mais amplo do que mera faculdade, mas, às vezes, sacrifício.

Fernando Araújo¹⁰¹ destaca a importância da incursão do jurista na realidade e no ambiente metanormativo, transcendente ao individual, para alcançar uma ideia de direito mais completa, como propõe a “*Law and Economics*”. O Ministro Eros Roberto Grau¹⁰², em sua festejada obra “O direito posto e o direito pressuposto”, destaca o seguinte:

(...) a natureza opõe obstáculos à ação do homem; há além do homem, uma realidade que é independente do seu ser” e que “a sociedade não pode ser compreendida, em seu dinamismo, senão como também produzida pelas interferências procedentes de todas as demais instâncias (jurídico-política e ideológica).

É exatamente pela dinâmica dos fatos que a cooperação deve acompanhar o curso relacional, buscando soluções que preservem o equilíbrio das incumbências de cada parte. Em alguns contratos relacionais, a Opção pode estar presente, como é o caso de contratos de distribuição, no qual a indústria aparece como oblato em Opção de Compra das cotas ou ações da distribuidora, ou, ainda, o distribuidor como oblato em Opção de venda de suas cotas ou ações, daí a pertinência da abordagem dos contratos relacionais.

Ricardo Saad¹⁰³, citando Rubens Requião, ao tratar do contrato relacional de representação comercial, mencionou a utilização dos usos e costumes no preenchimento de eventuais incompletudes, destacando, sobretudo, a cooperação:

Cooperar é o mesmo que trabalhar em comum, colaborar, ajudar, auxiliar.

¹⁰¹ ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito**. Lisboa: Almedina, 2008. p. 23.

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Malheiros. São Paulo, 1996. p. 39.

¹⁰³ REQUIÃO, Rubens apud SAAD, Ricardo Nacim. **Representação comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 75.

(...)

Todavia, à falta de condições preestabelecidas, Rubens Requião dá a receita: ‘A remuneração desses encargos, como é claro, deverá ser previamente ajustada pelas partes, sendo a presunção, caso não seja combinada, de que não é gratuita, dada a onerosidade natural das obrigações comerciais. Havendo essa omissão, a remuneração será a que for normal, decorrente dos usos e costumes e, na falta desses, por arbitramento judicial’”.

Alexandre Cateb e José Alberto Gallo¹⁰⁴, enfatizando a importância do comportamento cooperativo, ressaltam que a incompletude é comum e muito prevalente em contratos, e que inspirações éticas e solidárias devem prevalecer às soluções que prestigiem comportamentos oportunistas.

Do mesmo artigo, se destaca a seguinte citação de Armando Pinheiro¹⁰⁵, sobre o papel da boa fé nos contratos incompletos e sua impositiva incidência:

Dois elementos, implícitos ou explícitos, de qualquer transação são a previsão dos fatores de risco que podem impedir a sua realização conforme desejam as partes e a definição de como as mesmas se ajustarão a essa ocorrência. Em tese, esses dois elementos deveriam constar explicitamente dos contratos, formais ou informais, que sustentam cada transação. Mas os contratos são, em geral, incompletos, seja porque as partes podem, inadvertidamente, esquecer de incluir alguma contingência, seja porque, propositalmente, se decide não especificar todas as possibilidades futuras no contrato. Há várias razões para se redigir contratos incompletos: por exemplo, a dificuldade de prever todas as futuras contingências, a complexidade de especificar por escrito todas as regras que prevalecerão para cada contingência que se possa prever, e a dificuldade de se observar e verificar a ocorrência de muitas contingências, para que se possa determinar se as ações contratualmente previstas devem ser colocadas em prática. É racional, pois, não ter contratos completos, ainda que haja riscos em deixar um contrato muito em aberto. O nível ótimo de lacunas contratuais dependerá dos riscos e do custo de tornar o contrato mais completo. A função da norma é, exatamente, reduzir esse risco, sem implicar custos elevados. Quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato.” (...)

“Em primeiro lugar, a boa-fé lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes. Em

¹⁰⁴ Como pontua Décio Zylbersztajn: ‘Se pudéssemos desenhar contratos completos, não existiria problema para as organizações se estruturarem e os problemas gerados a partir do comportamento não ético seriam antecipados e tratados com cláusulas de salvaguarda. O conflito entre a ortodoxia e a economia das organizações pode ser relativizado ao afirmar-se que a economia ortodoxa foi desenhada para estudar o funcionamento dos mercados e o papel dos preços, mas não o papel, a estrutura e a operação das organizações. A isto sobrepõe-se o conceito dos custos do funcionamento dos mercados, para marcar nitidamente o foco de um novo campo para o estudo das organizações. Se as organizações modernas podem ser entendidas como umnexo de contratos, o comportamento dos agentes que são partícipes dos contratos bem como as instituições que os garantem assumem grande importância. Comportamento cooperativo e benigno quando contrastado com comportamento oportunista terá conseqüências para o desenho das organizações, daí a sua ligação com a ética nas organizações. Departamento de Administração Série de Working Papers. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/wpapers/index.htm> Acesso em: 23/04/2011.

¹⁰⁵ Departamento de Administração Série de *Working Papers*. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/wpapers/index.htm> Acesso em: 23/04/2011.

segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios. Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. A boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade e equilíbrio.

Ocorre que existem contratos que a incompletude é parte intrínseca, integrada ao cerne de sua qualificação jurídica, com importantes reflexos no conteúdo obrigacional, como ocorre com os contratos de derivativos.

Os contratos relacionais podem ter a álea negociada, o que impedirá a intervenção judicial, acaso falte cooperação entre os contratantes, mas a disposição deverá estar, expressamente, consignada no instrumento.

Não raras vezes, a sorte fica entregue a um índice ou a um preço, conforme se vê nos artigos 486 e 487 do Código Civil¹⁰⁶, tornando o acordo intangível, devendo as partes suportar as oscilações para cima ou para baixo, tampouco criarem conflitos aparentes que busquem subtrair os efeitos de disposições com nítido cunho aleatório, aplicando-se a regra geral, conforme ensina Gustavo Tepedino¹⁰⁷:

Na medida em que o contrato obriga os contratantes, o acordo torna-se intangível, ou seja, insuscetível de alteração por vontade unilateral de uma das partes ou por interferência externa. Submete-se, pois, o Contrato realizado entre as Empresas X e Y aos princípios da obrigatoriedade e da intangibilidade, impedindo-se, conseqüentemente, a qualquer dos contratantes, ou mesmo o juiz, a alteração das cláusulas livremente pactuadas. Daí não ser consentido ler-se o contrato de modo a que um dispositivo contido em uma cláusula possa anular o conteúdo de outra ou dela própria, mecanismo que acabaria por resultar na violação dos princípios acima aludidos.

Nos contratos relacionais com negociação de álea, não deve prosperar pretensões revisionistas, assim como ocorre nos unilaterais e os propriamente aleatórios. A disposição é promessa irrevogável, atraindo a aplicação da conclusão da Jornada IV STJ 366, que assim está ementada: “O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.

¹⁰⁶ “Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.”

“Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação.”

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 377, p. 237-254, 2005.

A jurisprudência é unânime em afastar a possibilidade de revisão, por imprevisão, aos contratos aleatórios, a exemplo do acórdão 9141117-84.2004.8.26.0000, do e. TJSP de 16/09/2004 e, também, de outro do TJMG, exarado da Apelação Cível 1.0126.04.000854-5/002, da 17ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Lucas Pereira¹⁰⁸:

E, como de sabença, o risco do contrato aleatório é o principal elemento deste contrato e é justamente nesse ponto que reside a inaplicabilidade da teoria da imprevisão a essa modalidade contratual.

De tudo quanto dito, conclui-se ser inadmissível exonerar o vendedor das condições pactuadas, em razão de alteração ascendente, sendo este o entendimento jurisprudencial dominante.

Assim, mesmo não tendo o contrato relacional qualificação ordinariamente de avença aleatória, se houver disposição que revele negociação sobre a álea, não poderá haver revisão, tampouco consistiria a avença – de sorte ou revés – em cláusula abusiva, por estar no ambiente de disposição das partes.

¹⁰⁸ Do acórdão citado, foram extraídos, ainda, os seguintes excertos:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO LIMINAR. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO ALEATÓRIO DE COMPRA E VENDA FUTURA. 1- Não se encontram presentes os requisitos para o deferimento da liminar, uma vez que o contrato de compra e venda da produção de soja em grãos é um contrato de coisa futura, aleatório, sob a modalidade de compra da esperança.

2- O Contrato de Compra e Venda de Safra Futura não se enquadra como contrato de execução continuada ou diferida, sendo inaplicável a resolução do contrato por onerosidade excessiva por ausentes os seus elementos objetivos". (TJGO, AI nº 32723-2/180, 4ª CC, Relator Desembargador Floriano Gomes, 23/1/2004).

E mais: "Compra e venda de soja. Inaplicável a teoria da imprevisão, vez que quando da contratação, o vendedor assumiu o risco da estimativa de preço, obrigação de dar coisa incerta. Incabível a extinção da obrigação face o art. 877 do Código Civil". (TJRS, Ap. 592076897, 6ª CC, Relator Desembargador Sérgio Gischkow Pereira).

No caso dos contratos aleatórios, como visto, não se pode dizer que se encaixam nas modalidades em que se poderá alegar a onerosidade excessiva, pois seus traços característicos são absolutamente incompatíveis com os requisitos traçados pelo artigo 478 do Código Civil, conforme será adiante demonstrado.

Portanto, pode-se dizer, com Caio Mário Pereira, op. cit. p. 78, que "São aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, ficam dependentes de um acontecimento incerto." Nessa extensão, em qualquer modalidade em que se verifique o contrato aleatório, certamente haverá o risco como seu principal elemento, seja quanto à existência do bem objeto da negociação, seja ainda com relação à quantidade em que virá a se verificar.

Gize-se que a diferença básica entre os contratos aleatórios dos comutativos, reside no fato de que naqueles o risco é de sua essência, ao passo que nestes, a relativa certeza quanto às condições em que o negócio irá se desenvolver e a equivalência de prestações são suas principais características.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila os dizeres de Carlos Alberto Bittar Filho em sua obra teoria da imprevisão, dos poderes o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 23, que assevera: "Não é a todos os contratos que se aplica a teoria da imprevisão - seu campo de incidência não é ilimitado. Pode ser invocada essa teoria, com efeito, somente em se tratando de certas espécies contratuais, de acordo com os lindes traçados pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, é plenamente possível a utilização da teoria em apreço em se tratando de contratos comutativos de execução diferida, continuada ou periódica, não se podendo dela cogitar para a resolução de contratos aleatórios, ou unilaterais."

4.3 Teoria dos jogos e incompletudes do contrato de opção

A Teoria dos Jogos pode ser entendida como o estudo da tomada de decisões entre indivíduos quando o resultado de cada um depende das decisões dos outros, numa ideia de interdependência que ocorre em um “jogo”. Isso quer dizer que as decisões não são independentes e que os ganhos decorrentes dessas decisões dependem de ações que visem o encontro de um equilíbrio, o qual é denominado de Equilíbrio de Nash¹⁰⁹, em homenagem a John Nash Jr., quem contribuiu, de forma definitiva, para a propagação dos jogos estratégicos, no ano de 1950.

Cumprido ressaltar que a teoria dos jogos visa demonstrar que, embora os indivíduos se posicionem com o intuito de satisfazerem seus próprios interesses, haverá situações em que há interação com outros indivíduos, e que tal comportamento não prevalecerá (ou não deveria prevalecer, sob pena de, inclusive, gerar prejuízo a todos que participam dessa relação).¹¹⁰

De acordo com a supracitada teoria, uma decisão poderá ter vários desfechos com relação aos “jogos”, os quais podem apresentar os seguintes resultados para um determinado indivíduo: (i) ganhar, (ii) perder ou (iii) empatar e, ainda, (iv) nem perder e nem ganhar.

José Augusto Carvalho¹¹¹, produzindo o texto intitulado de “Introdução à Teoria dos Jogos no Direito”, cita o entendimento de Paulo Sandroni¹¹², com relação à aplicação da teoria no mundo dos negócios:

De modo geral, a teoria dos jogos demonstra que, em jogos de apenas uma pessoa, a estratégia é determinada exclusivamente pelas regras do próprio jogo. Em jogos com duas pessoas, cada jogador leva em consideração as possíveis estratégias do outro. (...) Finalmente, nos jogos com mais de duas pessoas, o que uma perde não é necessariamente ganho por outra, exigindo considerações mais complexas. No entanto, o resultado pode ser influenciado pela formação de coalizões, até o ponto de reduzir o jogo com n participantes a um jogo com apenas dois participantes. No mundo dos negócios podem acontecer situações desse tipo, quando algumas empresas de grande porte fazem acordos com a finalidade de retirar do mercado pequenos concorrentes e exercer de fato um poder de cartel.

¹⁰⁹ BORICHELO, Fernando. Teoria dos jogos. Disponível em: <<http://www.teoriadosjogos.net/list-trechos.asp?.id=24>>. Acesso em: 23/04/2011.

¹¹⁰ CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no direito**. Direito Empresarial: falimentar e recuperação empresarial. V. 6. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

¹¹¹ CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no direito. Direito Empresarial: falimentar e recuperação empresarial. V. 6. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.179. In: **Dicionário de economia e administração**. Os economistas. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 415.

¹¹² SANDRONI, Paulo apud CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no direito. Direito Empresarial: falimentar e recuperação empresarial. V. 6. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179. In: **Dicionário de economia e administração**. Os economistas. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 415.

Nesse sentido, trazendo à baila as incompletudes do Contrato de Opção, pode-se observar que tais incompletudes não podem servir de plataforma para frustrar o ambiente de um determinado “jogo”, ou seja, elas não podem ser completadas para beneficiar qualquer um dos jogadores envolvidos, pois, assim, não se chegaria ao equilíbrio esperado.

Para melhor entender a questão aqui proposta, suponhamos que uma determinada pessoa X, que tenha interesse em vender um imóvel no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) e a pessoa Y, interessada em adquirir o referido imóvel, se unam com o intuito de estabelecer um Contrato de Opção (Opção de Compra), cujo valor do prêmio é de R\$30.000,00 (trinta mil reais) e, além do prêmio, terá o prazo de exercício fixado em três meses. Firmado tal contrato entre as partes e, passado o prazo de exercício, ou seja, três meses decorridos da assinatura do Contrato de Opção, caso o oblato (comprador) não adquira o imóvel, por exemplo, pelo fato do imóvel ter sofrido uma desvalorização, ele terá um prejuízo equivalente ao prêmio, certo de que o proponente (vendedor) lucrou o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Em contrapartida, se o oblato (comprador), então, adquire o bem no prazo de três meses (prazo de exercício), pagará pelo valor total do imóvel, ou seja, R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo que, na hipótese de ter ocorrido uma valorização, passando o imóvel a valer R\$600.000,00 (seiscentos mil reais), o oblato (comprador) é que terá o lucro, no total de R\$100.000,00, tendo em vista que o Contrato de Opção garante ao oblato (comprador) a permanência do preço estipulado, mesmo diante das alterações provocadas pelo mercado imobiliário. Esta variação é álea inerente, daí o porque de não incidir as regras de revisão contratual, em Contrato de Opção.

Continuando o exemplo aqui apresentado, poderá ocorrer um desfecho diferente, por exemplo, se o prazo de exercício for fixado de acordo com um determinado fenômeno previsível, ou seja, caso o prazo (termo) seja de acordo com o início das chuvas (v.g.), nesse caso, pode acontecer de o proponente (vendedor) ser privilegiado por uma informação meteorológica, a qual não seria possível ser obtida pelo oblato (comprador), o que faria, com isso, que este último fosse prejudicado no negócio. Assim, ocorreria uma situação em que um jogador seria colocado em desvantagem em relação ao outro, situação provocada pela assimetria de informações. Considerando-se essa situação hipotética, percebemos que o agir do proponente (vendedor), buscando exclusivamente o seu interesse pessoal, direcionou o “jogo” a um completo desequilíbrio.

Diante do exemplo acima colacionado, é possível observar uma hipótese que não pode ocorrer quando se trata de um Contrato de Opção, visto que as incompletudes jamais podem ser solucionadas colocando uma parte em privilégio da outra, no momento de sua celebração, pois na busca de uma solução para o impasse deve-se manter a paridade informacional. O que nos leva a concluir, portanto, que a “álea” não pode decorrer de assimetria informacional que golpeie o aspecto competitivo do “jogo”.

Observa-se, pois, que a assimetria informacional que faria com que o proponente (vendedor) lucrasse o valor do prêmio, R\$30.000,00 (trinta mil reais), induz que, nas decisões tomadas de forma independentes e com privilégios (assimetria informacional), com intuito de burlar o estipulado na Opção, não direciona ao equilíbrio necessário para o desfecho do negócio, conforme prelecionou John Nash¹¹³.

Após a breve análise do que é a teoria dos jogos e como ela se aplica no mundo fático, merece atenção, ainda, a estreita relação entre essa teoria e o Direito. Sendo assim, o dilema do prisioneiro, o jogo mais conhecido e difundido na teoria dos jogos, que melhor discorrerá sobre a relação aqui mencionada, pois é a demonstração da técnica sobre a elucidação de um crime, no qual se tem dois indiciados a serem ouvidos pela autoridade policial. Na persecução do fim do “jogo” são utilizadas estratégias que demonstram a utilização da teoria no âmbito jurídico. Vejamos o enredo:

Dois delinquentes cometem um crime e são presos posteriormente. A polícia, porém, não tem provas contundentes sobre o grau de participação de ambos no crime. Diante dessa situação, a polícia coloca os indiciados em salas separadas e, a cada um, isoladamente, faz uma proposta: se o primeiro indiciado concordar em confessar o crime e acusar o parceiro, livrar-se-á da cadeia e seu cúmplice ficará preso por quatro anos (a recíproca também é verdadeira para o outro indiciado); se ambos confessarem o crime, cada um ficará preso por dois anos, uma vez que a confissão perderá a eficácia como acusação do comparsa; se não houver confissão de nenhum indiciado, os dois ficarão presos por um ano, uma vez que as provas que os policiais possuem somente permitem provar o crime de menor potencial ofensivo.”¹¹⁴

O que se depreende do dilema do prisioneiro é que a melhor solução para o “jogo” seria que os jogadores confessassem, uma vez que cada um deles vai escolher para si a melhor estratégia possível, levando em consideração, também, a melhor estratégia que deverá ser

¹¹³ NASH John apud CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no direito. Direito Empresarial: falimentar e recuperação empresarial. V. 6. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179. In: **Dicionário de economia e administração**. Os economistas. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 415.

¹¹⁴ CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no direito**. Direito Empresarial: falimentar e recuperação empresarial. V. 6. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.191.

adotada pelo outro. Essa combinação de estratégias, na qual está presente uma posição de equilíbrio para ambos os jogadores, é o que denominamos de “Equilíbrio de Nash”¹¹⁵.

Diante do todo aqui exposto, é possível concluir que a teoria dos jogos é uma importante ferramenta para os operadores do Direito. A teoria dos jogos tem como objetivo precípuo a previsão de resultados e, em consequência, o estabelecimento de estratégias, a fim de resolver ou tentar minimizar os impasses que surgem na busca de soluções nos conflitos judiciais e processuais entre particulares.¹¹⁶

4.4 Incompletudes do Contrato de Opção no direito brasileiro

Misabel Derzi¹¹⁷ tratou dos sistemas móveis (positivismo aberto a soluções flexíveis) e imóveis (positivismo fechado em partes fixas e rígidas), segundo lições do alemão Canaris, chegando à seguinte conclusão:

Enfim, sistema móvel não é cláusula geral. Ele contém uma parte fixa e convive, dentro do Direito, com sistemas imóveis, inerentes àqueles setores em que prevalece a segurança jurídica em relação à justiça como igualdade. Nos direitos reais, nos títulos de créditos e nas sucessões (diremos ainda no Direito Tributário e no Direito Penal), em que cresce a importância da segurança jurídica, avultam as previsões normativas rígidas, vazadas em conceitos determinados e fechados.

Mas interessa ainda destacar que, naqueles sítios, onde se impõem a igualdade e as diferenciações relevantes, a ordem jurídica autoriza o sistema móvel, em que os elementos se combinam em número e intensidade variável, tudo disponível para abarcar as fluidas transições de um caso concreto a outro. Mesmo assim, ressalta o jurista, o sistema móvel sofre limitações, pois os elementos que o compõem são limitados pela própria ordem jurídica, o que reduz a possibilidade de se atender até o fim às peculiaridades de cada caso concreto.

Problemas surgem nos contratos preliminares no requisito de preenchimento de todas as cláusulas essenciais do contrato definitivo, pois assim dispõe o art. 462, do Código Civil. O objeto do contrato definitivo deve ser bem definido no contrato preliminar, de maneira precisa, de modo a evitar dúvidas sobre a natureza, a qualificação e o alcance do contrato a ser firmado no futuro, acaso o oblato exerça seu direito potestativo. O preço de exercício também deve ser definido com precisão. É possível fixar as cláusulas do contrato definitivo, podendo ser consignadas no contrato preliminar. É importante estabelecer o prazo de exercício, seja ele

¹¹⁵ CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no direito**. Direito Empresarial: falimentar e recuperação empresarial. V. 6. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.191.

¹¹⁶ CARVALHO, op. cit. p.199-200.

¹¹⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 164-165.

na modalidade americana (a qual o direito potestativo pode ser exercido a qualquer tempo, até o termo final fixado) ou europeia (o direito potestativo deve ser exercido em data certa). Mesmo tomando todos os cuidados, ainda assim podem persistir incompletudes acidentais, cujo tratamento recomendado por Fernando Araújo¹¹⁸ é o seguinte:

O problema da interpretação do contrato incompleto

Quando se trata de apurar se uma determinada conduta do devedor constitui ou não o cumprimento da obrigação principal a que ficou adstrito, o julgador externo, limitado pela assimetria informativa, deverá desenvolver um esforço interpretativo que lhe permita em primeiro lugar apurar qual a principal obrigação que emerge do contrato, e que depois lhe permita determinar qual é o modo normal, expectável, de cumprimento dessa obrigação. É especialmente nesse âmbito que surge o confronto entre textualismo e contextualismo – o primeiro assente na convicção de que tudo há-de conter-se no clausulado contratual e de não é preciso buscar-se apoios extrínsecos para a interpretação dos deveres que impendem sobre a parte devedora e para a descoberta dos modos de cumprimento desses deveres que sejam tidos por legítimos, o segundo assente na convicção oposta de que esse ponto interpretativo há-de basear-se numa ponderação de elementos intrínsecos e extrínsecos, começando pela indagação relativa às finalidades que o contrato serve e acabando na consideração do peso que as circunstâncias têm no desempenho das condutas a que o devedor ficou adstrito”.

Os contratos que têm o risco como ingrediente são denominados aleatórios, conforme artigos 458, 459, 460 e 461 do Código Civil. Um bom exemplo de contrato aleatório é a Opção, que é modalidade de contrato preliminar, unilateral, com disciplina do art. 466, do Código Civil¹¹⁹. A cooperação nos contratos aleatórios – ao contrário do que parece – precisa ser ainda mais marcante, até o limite das expectativas objetivamente contratadas. Nos contratos unilaterais, em que somente uma parte tem obrigação, a credora deverá, também, manter conduta reta, contudo, até o limite entre o que se espera da integração comum entre os pactuantes e aquele aonde reside a “aposta”, a álea, em que o descortino dos fatos beneficiará a uma ou outra parte.

É inerente ao Contrato de Opção o desejo da parte que se obriga, o proponente, que o credor, o oblato, não exerça seu direito potestativo no prazo fixado, trata-se de uma álea negociada.

¹¹⁸ ARAÚJO, Fernando. **Análise económica do direito**. Lisboa: Almedina, 2008. p. 509.

¹¹⁹ BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114-115: “Por derradeiro, dispõe o art. 466 que, ‘se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.’ Promessa unilateral de contrato, também chamada de opção, é aquela em que somente uma das partes se obriga a firmar o contrato definitivo e a outra reserva-se o direito de não concluí-lo. Nesse caso, o credor, ou seja, aquele que não contrariou obrigação alguma deve expressar a sua vontade de celebrar o contrato definitivo no prazo estabelecido no pré-contrato ou, se neste não estiver estipulado, no prazo razoavelmente determinado pelo devedor.”

Ocorre que não cuidou o legislador de atribuir nome ao contrato preliminar unilateral que outorga a uma das partes o direito potestativo de firmar ou não o contrato definitivo. Este contrato preliminar deveria receber expressamente o nome de Opção, uma vez que essa é a denominação dada aos contratos com tal qualificação jurídica.

A lei é incompleta até nessa omissão quanto ao nome do contrato. Apesar da indicação do nome não ser essencial, pois com ou sem nome a qualificação é de Opção, conhecida nos mais diversos Ordenamentos Jurídicos, denuncia um descaso do legislador para essa importante ferramenta negocial, com suas diversas finalidades.

Note-se que o art. 466, do Código Civil de 2012, mostra-se não só demasiadamente discreto, mas intencionalmente faculta uma incompletude, entregando à razoabilidade o norte para desate de casuísticas contratuais.

O art. 466 deve ser lido com aqueles relativos aos aleatórios, de modo que o Código Civil se complete.

Nas palavras de Raquel Sztajn¹²⁰:

Ninguém é perfeito – já se disse, muitas vezes, sobre certas pessoas, em muitas ocasiões. Também pode ser afirmado que, verdadeiramente, não existe contrato completo, que possa, por meio de suas cláusulas expressas, ver resolvido todas as questões jurídicas verificadas depois de sua conclusão, afetando-o em sua eficácia.

A doutrina de Raquel Sztajn¹²¹ procurou distinguir o contrato preliminar, do Contrato de Opção, posição que não espelha o entendimento doutrinário majoritário, que trata a Opção como contrato preliminar, sem qualquer distinção:

Enquanto no contrato preliminar as duas partes assumem direitos e obrigações em relação à celebração futura do contrato definitivo, examinando-se a opção sob o ponto de vista econômico-funcional, verifica-se que seu titular tem a prerrogativa individual de refletir sobre as condições do negócio antes de decidir se a exerce ou não, sendo-lhe facultado especular até o último dia do seu exercício sobre as condições de flutuação do mercado.

Mesmo assim, Massimo Bianca indica a existência de visão diversa de parte da doutrina italiana, segundo a qual, do ponto de vista da função, não haveria diferença entre o contrato preliminar e a opção, tendo em vista que em ambos estaria presente o mesmo interesse, como seja, o de se criar instrumento que assegure, durante certo tempo, a vantagem de se decidir sobre a realização de um negócio. Mas se isto pode ser verdade em algumas situações, ainda assim não podem ser

¹²⁰ SZTAJN, Raquel. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 536.

¹²¹ SZTAJN, Raquel. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 503.

confundidos os dois institutos, porque no contrato preliminar cada uma das partes tem o direito de exigir a prestação da outra, enquanto na opção a conclusão do negócio depende tão somente da vontade daquele que pode exercê-la, encontrando-se a outra parte sujeita à manifestação da primeira.”

Parece ter razão a Professora Raquel Sztajn, pois se o contrato preliminar unilateral tiver cláusula de arrependimento, não será uma Opção, pois o arrependimento é inconciliável com o direito potestativo conferido ao oblato. O oblato, nesta hipótese, poderá ver frustrado seu direito, caso se consigne no instrumento cláusula de arrependimento. Daí a incidência do destaque dado pela doutrinadora, quanto aos direitos do proponente, que persistem, caso se trate de mero contrato preliminar unilateral. Para que seja uma opção deve ser o contrato irretratável. A lei deveria ser contundente neste particular.

O Contrato de Opção no Direito Brasileiro mostra-se incompleto não só pelo aspecto intencional do legislador, de deixar em aberto o prazo de exercício, quando não fixado, expressamente, mas por exuberância, pois ao mesmo tempo que se determina a fixação de um prazo, abre-se para o exercício do direito potestativo em “prazo razoavelmente assinado pelo devedor”.

5 A RAZOABILIDADE COMO NORTE PARA SOLUÇÃO DAS INCOMPLETUDES

Razoabilidade exprime racionalidade, vocábulos de mesmo radical e imbuídos de mesmos propósitos. Ensina Álvaro Ricardo Cruz¹²² que a experiência sensível preenche espaços vazios de todos os atos, daí a necessidade de se socorrer no fato, na realidade em seu estado natural e em perspectiva dinâmica, buscando incrementar o sentido essencial do ato jurídico, a razão de sua existência como ser, instituto.

Da manifestação do negócio jurídico do Contrato de Opção, deve erigir produto inteligível, capaz de exprimir signo, significado e, por óbvio, o significante. O significante do Contrato de Opção é o negócio pelo qual se garantirá a uma das partes o direito de firmar outro contrato, sob determinado preço e em prazo fixado ou razoavelmente “*assinado pelo devedor*”¹²³, independente das externalidades que lhe alterem o conteúdo econômico. O signo é o próprio vocábulo Opção, consolidado nas rotinas econômicas. Finalmente, o significado, é aquele dado pela norma jurídica. Álvaro Ricardo Cruz trouxe na obra retro citada crítica sobre a teoria da correspondência¹²⁴, uma vez que não esgota a essência do ser, do negócio sob o prisma do domínio empírico. Tal conclusão nos remete ao mundo sensível, no qual o aspecto econômico incrementa o signo, alcançando-se o significante, numa perspectiva não meramente de linguagem, mas sim vivificante, um esforço pragmático.

Paula Forgioni¹²⁵ assim aborda a racionalidade:

Há inegavelmente uma racionalidade própria ao direito empresarial que; e cultivada, querida e incentivada pelo sistema, porque mola propulsora da fluência de relações do mercado. Basta pensar que, para fins de diminuição da insegurança e da imprevisibilidade, é preciso que o direito dê guarida ao comportamento legitimamente esperado de um comerciante ativo e probo. Não fosse dessa forma e o sistema não se prestaria à pacificação dos conflitos e a evitar crises. Essa mesma racionalidade era posta por Cairu, em simples frase:

‘Presume-se que cada qual aprova o que lhe faz a bem, e que todo o prudente em igual caso desejaria, e praticaria.’

De uma forma mais contemporânea, Natalino Irti traz lição para esclarecer essa intrincada questão: como podemos utilizar a função econômica do negócio como uma pauta para a sua interpretação? A vantagem do estabelecimento da relação entre função econômica e interpretação aparece clara: revestir a interpretação contratual de um juízo de coerência e previsibilidade (ou

¹²² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta** – Incurções jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 224. “Qualquer ato jurídico, de qualquer domínio do saber jurídico, é uma ação comunicativa empreendida dentro de um jogo que reconhece sua forma de acontecer. Requisitos, condições e seus elementos exigem serem compreendidos por aquilo que se dão no acontecer, como know how, e não como essência, como um know that do que quer que seja”

¹²³ Parte final do art. 466 do CC.

¹²⁴ Que representa a apreensão inteligível, pela linguagem, ou seja, “*linguagem como instrumento para a construção de seu pensamento*”. CRUZ, op. cit. p. 9

¹²⁵ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 531.

calculabilidade, como quer Irti inspirado em Weber) que viabiliza e incrementa o funcionamento do sistema.”

Exatamente a partir da ideia de razão, sob o enfoque econômico, sobretudo da segurança jurídica, é que o jurista deve buscar respostas através de incursões cada vez mais atreladas ao fato, em seu nicho de ocorrência. Não há receita pronta tratamento de todas as incompletudes, mas as soluções devem partir de premissas verdadeiras, ou pelo menos aparentemente verdadeiras, capazes de diminuir o risco da eleição das falsas, pseudo-verdadeiras.

Importa destacar que qualquer seja o desate dado à incompletude, deve pautar-se na segurança jurídica¹²⁶, com ênfase na previsibilidade e na estabilidade, conforme lições de Roberto Barroso¹²⁷.

A Opção é exatamente o contrato pelo qual o credor busca segurança econômica, necessitando, contudo, da segurança jurídica de que poderá exercer seu direito potestativo, de modo a prover o contingenciamento das adversidades econômicas ou estratégicas. Como derivativo, inclusive negociado no mercado financeiro, sua função de delimitar ambiente da álea intrínseca, negociada no contrato, tem na segurança seu principal atrativo, de modo que estará blindado de regras revisionistas que possam subtrair do oblato o direito de exercer seu direito potestativo.

¹²⁶ “O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a segurança jurídica – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade. Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De 1789, como um direito natural e imprescritível, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do caput do art. 5º.

O próprio constitucionalismo francês procurou conceituar o termo, no preâmbulo da Constituição de 24 de junho de 1793: ‘A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades’. Tal formulação a aproxima da cláusula do devido processo legal do direito anglo-saxão, incorporada quase literalmente à Constituição brasileira em vigor, no art. 5º, LIV.” BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, 94. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Disponível em: <www.iabnacional.org.br> (Acesso em 20/02/2007). p. 1.

¹²⁷ 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
 5. igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, 94. Disponível em: <www.iabnacional.org.br> (Acesso em 20/02/2007). p. 1-2.

A pós modernidade, nas linhas de Zygmunt Bauman¹²⁸, é marcada por um paradoxo no que diz respeito á segurança, contudo, no ambiente contratual, dela não se pode prescindir. Não se concebe justiça contratual sem segurança, daí a importância de dar efetividade aos contratos, ainda mais quando uma das partes firma o negócio na perspectiva de sua força coativa.

A previsibilidade no contrato unilateral é aquela voltada para a força coativa contra o devedor da Opção, acaso se comporte recalcitrante no cumprimento da obrigação que lhe cabe exclusivamente. Contudo, o termo empregado pelo artigo 466, do Código Civil de 2002, produz uma escala de interpretação ampla, ameaçando – aparentemente – o exercício do direito potestativo do credor, sugerindo existência de ambiente discricionário para aquilatar o sentido de “razoavelmente assinado”.

A incompletude deve ser enfrentada aprioristicamente, em se tratando de contratos aleatórios, ainda mais que o elemento *tempo* é decisivo para o exercício do direito potestativo de firmar o contrato definitivo.

É bom informar que a Opção não cria mera expectativa de direito¹²⁹ para o credor, mas direito concreto de contratar. Nem mesmo seria conveniente falar em legítima expectativa de direito, pois ainda assim estaria sendo reduzido o contrato a mera negociação preliminar, que é diferente de contrato preliminar. O direito do credor da Opção é aquele

¹²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. [tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman]. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 10 “A civilização – a ordem imposta a uma humanidade naturalmente desordenada – é um compromisso, uma troca continuamente reclamada e para sempre instigada a se renegociar. O princípio de prazer está aí reduzido à medida do princípio de realidade e as normas compreendem essa realidade que é a medida do realista. ‘O homem civilizado trocou o quinhão de segurança’. Por mais justificadas e realistas que possam ser as nossas tentativas de superar defeitos específicos das soluções de hoje, ‘talvez possam também familiarizar-nos com a ideia de que há dificuldades inerentes à natureza da civilização que não se submeterão a qualquer tentativa de reforma’.

Dessa ordem que era orgulho da modernidade e a pedra angular de todas as suas outras realizações (quer se apresentando sob a mesma rubrica de ordem, quer se escondendo sob os codinomes de beleza e limpeza), Freud falou em termos de “compulsão”, “regulação”, “supressão” ou “renúncia forçada”. Esses mal-estares que eram a marca registrada da modernidade resultaram do “excesso de ordem” e sua inseparável companheira – a escassez de liberdade. A segurança ante a tripla ameaça escondida no frágil corpo, o indômito mundo e os agressivos vizinhos chamados para o sacrifício da liberdade: primeiramente, e antes de tudo, a liberdade do indivíduo para a procura do prazer. Dentro da estrutura de uma civilização concentrada na segurança, mais liberdade significa menos mal-estar. Dentro da estrutura de uma civilização que escolheu limitar a liberdade em nome da segurança, mais ordem significa mais mal-estar. “

“Você ganha alguma coisa e, em troca, perde alguma outra coisa: a antiga norma mantém-se hoje tão verdadeira quanto o era então. Só que os ganhos e as perdas mudaram de lugar: os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade. Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais”.

¹²⁹ BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, 94. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Disponível em: <www.iabnacional.org.br> (Acesso em 20/02/2007). p. 6: O fato aquisitivo teve início, mas não se completou.

denominado Direito consumado, ou seja, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “*o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente*”¹³⁰, ou seja, o contrato preliminar de opção outorga o direito consumado de o credor exercer ou não o direito de firmar, no futuro, o contrato definitivo.

Submetendo o termo razoabilidade na Teoria da Norma, significaria, na linha de Robert Alexy, comando de definição e, como princípio, comando de otimização. A diferença mostrada entre este e Ronald Dworkin, seria um “*tudo ou nada*” relativamente às regras. A identidade das linhas está na particularidade de que ambos rechaçam o conflito entre princípios, dizendo que os mesmos devem ser sopesados.

Mas no enfrentamento da razoabilidade do prazo de exercício da Opção, não se deve afastar a investigação sob o prisma utilitarista, concebida pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832), certamente oriunda do Hedonismo de Epicuro que, por sua vez, vem de Sócrates, ao indagar aos seus alunos, na maiêutica, “*o que é bom?*”. Aristipo de Cirene (c. 435-360) concluiu que bom era simplesmente prazer (*hêdonê*), segundo Michael Flocker¹³¹, ora, bom, no plano contratual, é aquilo que não produz surpresa, a menos que seja negociada, como é o caso da álea negociada na Opção.

Na obra de Michael Sandel¹³², informou-se o seguinte sobre Jeremy Bentham:

Jeremy Bentham, filósofo moral e estudioso das leis, fundou a doutrina utilitarista. Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor.

Continua Michael Sandel¹³³: “Todas as divergências morais, devidamente compreendidas, são discordâncias sobre como se deve aplicar o princípio utilitarista da maximização do prazer e da minimização da dor.”

¹³⁰ BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, 94. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Disponível em: <www.iabnacional.org.br> (Acesso em 20/02/2007). p. 6.

¹³¹ A guisa de ilustração, Michael FLOCKER respondeu: “Essa teoria foi elaborada mais tarde por um ateniense chamado Epicuro (341-270), que ensinava no seu tranqüilo jardim que o objetivo de todos os nossos atos deveria ser o de alcançar o prazer, que prazer era o supremo bem. Ele acreditava que somente ao dominar o temor dos deuses e da morte era possível encontrar o verdadeiro caminho para a felicidade. Mas Epicuro não foi afoito nem míope nos seus ensinamentos. Ele alertou que a pessoa sábia evita os prazeres que podem levar ao sofrimento. O equilíbrio era a chave, e a busca do prazer trazia consigo implícita noção de responsabilidade.” FLOCKER, Michael. **Manual do hedonista**. Rio de Janeiro: Rocco. 1993. p. 21.

¹³² SANDEL, Michael J. **Justiça - o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 48.

¹³³ SANDEL, Michael J. **Justiça- o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 49.

É importante traçar um “tipo” jurídico da *razão*, sob pena de colocá-la no labirinto de Étienne Condillac¹³⁴, que, no festejado Tratado das Sensações, atribui a origem de todo conhecimento na sensação. Ora, sensação é demasiadamente subjetiva, pessoal, conjectural e vazia de critério.

Francis Bacon¹³⁵, em razão da impossibilidade de se conhecer algo ou alguém de imediato, sugere o seguinte: “em todos os assuntos um tanto difíceis, é mister não querer semear e colher ao mesmo tempo, devendo-se ter o cuidado de fazer uma preparação dos negócios e conduzi-los gradativamente até seu ponto de amadurecimento.”

Qual seria esse *timing* de “amadurecimento”?

Esse amadurecimento seria julgado pelas impressões subjetivas. Da mesma forma se mostra o termo “razoavelmente”, que consta no art. 466, do Código Civil. Certamente, Francis Bacon recomendaria a utilização da Opção a seus seguidores, pois a parcimônia é uma boa receita para bons negócios, pois o tempo – inevitavelmente – revela a essência dos objetos e dos sujeitos.

A questão do tipo foi objeto de investigação da Professora Misabel Derzi¹³⁶:

É enorme a literatura, no campo das Ciências sociais, sobre tipo. Na Psicologia, na Filosofia, na História, na Metodologia e no Direito, a palavra tipo tornou-se moda já na primeira metade do século XX, podendo-se dizer que pouquíssimos termos técnicos gozaram de tamanha popularidade. E, a partir de então, como todo modismo, cresceu e se expandiu, a ponto de causar incômodo e certos ramos do conhecimento humano. Ambiguidade, polissemia e sentidos contraditórios são fenômenos que Leenen denomina de ‘o mal-estar na tipologia’.

Em outras palavras, a disseminação do vocábulo tipo culminou em patologia vocabular. Tipo não pode ser conceito fechado, pois o tipo sempre é aberto, sempre suscetível às adaptações exigidas pela dinâmica econômica.

Continua Misabel Derzi¹³⁷:

Como observa Larenz, o tipo ideal weberiano é ideal no sentido lógico, porque não quer ser uma diretriz ou norma; nele se acentua, artificialmente, a peculiaridade do fenômeno, tornando-se útil ao conhecimento das formas mistas ou menos puras encontráveis na realidade.

(...) o tipo é mais específico que o conceito (...)

¹³⁴ CONDILLAC, Étienne de. **Tratado das sensações**. Tradução Denise Nottman Campinas. Unicamp, 1993. p. 31.

¹³⁵ BACON, Francis. **Ensaio sobre moral e política** [Tradução Edsob Bini]. Bauru: Edipro, 2001. p. 160.

¹³⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 81-82.

¹³⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 86.

A primazia de uma e outra forma de raciocínio, sempre em tensão, na realidade, é manifestação da prevalência de tendências e princípios que também se relacionam em constante tensão: justiça, igualdade, uniformidade, segurança, praticidade, legitimidade e legalidade, economia utilidade etc. Uns e outros levam a movimentos de conceitualização ou tipificação.”

A necessidade levará a adotar certa máxima como conceito ou tipo. A opção deve indicada pela conveniência, mas certamente exige coerência, não podendo ser aplicado um ou outro, mas adotado como pressuposto se será visto e entendido como conceito ou tipo.

Sobre a necessidade de contextualização consentânea, ensina Misabel Derzi:¹³⁸ “a linguagem do Direito positivo é uma linguagem não atualizada, que contém referências aos dados do mundo. É linguagem natural, e é por isso que um raciocínio dentro do direito não é questão lógica, mas extra lógica, uma vez não atualizado.”

A dinâmica dos fatos leva a uma necessidade perene de atualização dos conceitos, portanto, o Direito adota o tipo, o conceito aberto, para sistematizar seu raciocínio e seu método interpretativo, de modo que seja sempre consentâneo à ideia predominante de justiça.

Enquanto o conceito é classificatório, o tipo é conceito aberto, que necessita de preenchimento de valor. Eis o problema. O que seria *valor*, afinal? Razoabilidade como tipo funcionaria bem a partir da consideração de quais valores?

5.1 Conflito da definição de causa e motivo contratuais e o significado de razoabilidade

Não se mostra viável tratar da *razoabilidade* sem adentrar à seara da *causa* e do *motivo* contratuais. De fato, às vezes causa, objeto e motivo se confundem no contrato, o que se flagra naqueles firmados com fins específicos, cuja performance esperada foi determinante para sua celebração. Não verificada a performance esperada, considerando causa como motivo, restará concluído que não houve aperfeiçoamento da causa, portanto, atraindo-se o necessário desate pela inexistência do contrato. Caso se entenda que a ausência de performance – frustração da causa prometida – estaria no campo da função social do contrato, o não atendimento deste implicaria na aplicação do art. 476, do Código Civil de 2002, ou seja, implicaria na suspensão da prestação da parte que se obrigara com o resultado, conforme

¹³⁸ DERZI, op. cit. p. 127.

lições de Raquel Sztajn¹³⁹, que arremata seu raciocínio invocando Vincenzo Roppo, que lembrou a divergência histórica do instituto da causa quanto ao significado e ao valor.

Diversas são as teorias das causas, conforme investigou Raquel Sztajn¹⁴⁰, que concluiu inexistir no Direito Brasileiro tratamento direto¹⁴¹. A despeito desta constatação, temos um dispositivo que define objetivamente a causa, qual seja, o artigos 421 do Código Civil que, ao declinar a função social como fim do contrato, afasta dela os motivos da contratação, deslocando-a para um horizonte além. O art. 422, do Código Civil, ao abordar a boa fé e a probidade, indica que, na contratação que fomenta a circulação de riqueza, os agentes devem agir com retidão, portanto, este dispositivo não subtrai a qualidade daquele como indicador da natureza da causa, em nosso Ordenamento Jurídico. O primeiro trata da causa contratual, o segundo do dever de conduta, o modo de agir como contratante.

Significa razoável aquilo que se mostrar coerente com a causa, sob o ponto de vista da função social, e com a conduta, analisada sob o crivo da boa fé e da probidade. Ocorre que a razoabilidade contratual não se confunde com a razoabilidade principiológica que inspira predileções de justiça, no enfoque da Teoria da Norma ou do Utilitarismo, resultado de inspirações hedonistas de Epicuro.

5.2 A razoabilidade sob análise de *SWOT*

A razoabilidade comporta incidência de recursos utilitaristas que podem ser implementado pela análise de *SWOT*.

É interessante o conteúdo da norma do art. 421, do Código Civil, que faz expressa menção à função social, asseverando que a liberdade de contratar será exercida em razão dela.

No silêncio do contrato, a razoabilidade deve ser aplicada como regra, vista na análise da causa e da conduta, sendo que esta adjetiva aquela.

O exemplo clássico pode ser visto no contrato de compra e venda de um imóvel, no qual está instalada uma indústria de beneficiamento de determinada cultura local, em certo *cluster* ou APL – Arranjo Produtivo Local. O adquirente firma o negócio para transformá-lo em mera posição especulativa, suspendendo suas operações, comprometendo a cadeia produtiva. O negócio é lícito em sua causa e a conduta das partes regular, apesar de criar

¹³⁹ SZTAJN, Raquel. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. Tomo I – Fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 240.

¹⁴⁰ SZTAJN, op. cit. p. 249 e segs.

¹⁴¹ id. 2011, p. 290.

embaraços para o meio econômico no qual está inserido. Adotando a Teoria de Robert Alexy, apesar de existir o princípio da razoabilidade, este não incidirá na casuística, para se infirmar o negócio, porque outro, de maior relevância no caso concreto, que garante a liberdade e a propriedade, em tese, teria aplicação mais adequada. Se mudarmos o prisma, considerando o mesmo negócio no contexto de o adquirente ter captado dinheiro no mercado, com algum subsídio ou obtido regime especial tributário para manter lá sua atividade, acaso deixe de cumprir, poderá ensejar ruptura motivada, desta vez por verdadeiro inadimplemento contratual, seja por infração à causa ou ao dever de conduta, mesmo se quitar o preço e inexistir qualquer previsão consignada no instrumento. Não se trata de reserva mental, prevista no art. 110, do Código Civil, mas de infração à regra da causalidade ou do modo de agir, a conduta, elevada a dever pela norma positivada.

É necessária a tentativa de teorizar a análise da razoabilidade, mostrando-se aplicável a análise de *SWOT*, como ocorre nas Ciências Econômicas.

5.2.1. Análise de SWOT sob abordagem filosófica (do direito)

É sempre desafiador abordar matéria jurídica sob enfoques filosóficos. Não se pretende adentrar com amíúde no complexo aspecto filosófico envolvendo o tratamento da razoabilidade, mas sinalizar a necessidade de um investimento intelectual menos positivista. Para guardar coerência lógica, nesta abordagem adotar-se-á o sistema filosófico do Realismo Jurídico Clássico.

Javier Hervada¹⁴² assinala que: “A filosofia do direito é assim denominada por ser o saber filosófico cujo objeto é o direito. É a especulação filosófica sobre o direito”.

Mas essas assertivas ainda não resolvem a incompletude do próprio significado de direito, que pode ser compreendido sob diversos prismas, por suas variedades, conforme assinala Javier Hervada¹⁴³: “A arte do direito tem por objeto dizer o direito (*iuris dictio*), determinar os direitos das pessoas e sua extensão. Em outras palavras, tem por objeto determinar o título e a medida do direito”.

O enfrentamento da razoabilidade, sob enfoque filosófico, objetiva apresentar mais uma ferramenta para o direito, frente ao que se espera do justo, dentro do razoável.

¹⁴² HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 1.

¹⁴³ HERVADA, Javier. **O que é direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 55.

Michel Villey¹⁴⁴ se debruçou acerca das razões que justificariam estudar filosofia do direito, consignando em suas *questões* valiosos mananciais de reflexão como segue: “Faltam os fins e os princípios. De que me serve conhecer os horários dos trens se não tenho a menor idéia do destino da viagem e da estação em que devo embarcar?”

Não foi sem propósito filosófico que é trazida a ferramenta metodológica da análise do *SWOT*, oriunda das áreas econômicas¹⁴⁵, como recurso especulativo, alternativo à lógica, em suas diversas matizes, pois a pretensão é induzir abstração através de algum critério coerente em suas premissas.

O problema estará nas premissas, cuja ideia da lógica aristotélica de que a premissa maior falsa culmina em resultado também falso, na análise de *SWOT*, também o será, contudo, as variáveis são maiores, diluindo ou anulando o peso da falsificação na diversidade de seus feixes verificativos. Por exemplo, se o resultado falsificado estiver nas *forças*, por premissa falsa neste nicho, mas nos demais nichos (*fraquezas*, *oportunidades* e *ameaças*) não as houver (premissas falsas), a conclusão poderá ser verdadeira.

A análise de *SWOT* compreende:

(S) *Strengths* (Pontos Fortes, de origem interna)

(W) *Weaknesses* (Pontos Fracos, de origem interna)

(O) *Opportunities* (Oportunidades externas)

(T) *Threats* (Ameaças externas)

¹⁴⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 7.

¹⁴⁵ A Análise *SWOT* é uma ferramenta utilizada para fazer análise de cenário (ou análise de ambiente), sendo usado como base para gestão e planejamento estratégico de uma corporação ou empresa, mas podendo, devido a sua simplicidade, ser utilizada para qualquer tipo de análise de cenário, desde a criação de um blog à gestão de uma multinacional. A Análise *SWOT* é um sistema simples para posicionar ou verificar a posição estratégica da empresa no ambiente em questão. A técnica é creditada a Albert Humphrey, que liderou um projeto de pesquisa na Universidade de Stanford nas décadas de 1960 e 1970, usando dados da revista Fortune das 500 maiores corporações. O termo *SWOT* é uma sigla oriunda do idioma inglês, e é um acrônimo de Forças (*Strengths*), Fraquezas (*Weaknesses*), Oportunidades (*Opportunities*) e Ameaças (*Threats*). Não há registros precisos sobre a origem desse tipo de análise, segundo PÚBLIO (2008) a análise *SWOT* foi criada por dois professores da Harvard Business School: Kenneth Andrews e Roland Christensen. Por outro lado, TARAPANOFF (2001:209) indica que a idéia da análise *SWOT* já era utilizada há mais de dois mil anos quando cita em uma epígrafe um conselho de Sun Tzu: "Concentre-se nos pontos fortes, reconheça as fraquezas, agarre as oportunidades e proteja-se contra as ameaças " (*SUN TZU*, 500 a.C.) Apesar de bastante divulgada e citada por autores, é difícil encontrar uma literatura que aborde diretamente esse tema. O caminho mais indicado para entender o conceito da análise *SWOT* é buscar diretamente sua fonte: The concept of corporate strategy, do próprio Kenneth Andrews. Porém, uma leitura superficial dessa fonte frustra os mais afoitos por definições precisas e modelos práticos, pois o autor não faz nenhuma referência direta à análise *SWOT* em todo seu livro.

A análise de *SWOT*, também conhecida como análise FOFA (usando as iniciais de *forte, oportunidade, fraco e ameaça*) é adotada como método de avaliação dos princípios, para que se obtenha um resultado, mesmo que parcial.

Na abordagem da razoabilidade, faz-se necessário tocar na filosofia, pois dela poderá partir a utilização da ferramenta metodológica de investigação de cenários econômicos.

A filosofia é de aplicação irrestrita, como lembra Isaiah Berlin¹⁴⁶:

Qual é o tema da filosofia? Não há nenhuma resposta universalmente aceita para essa pergunta. As opiniões diferem, desde aqueles que a consideram uma contemplação de todo o tempo e de toda a existência – a rainha das ciências, a pedra angular de todo o arco do conhecimento humano – até aqueles que desejam descartá-la como uma pseudociência que explora confusões verbais, um sintoma de imaturidade intelectual, destinada junto com a teologia e outras disciplinas especulativas ao museu de antiguidades curiosas, assim como a astrologia e a alquimia foram há muito tempo banidas pela marcha vitoriosa das ciências naturais.”

A filosofia permite sublimações, incursões e especulações sobre horizontes mais longínquos. Talvez seja essa sua maior virtude. Assim, nela há de caber a análise de *SWOT*, cuja combinação com o Realismo Jurídico Clássico trará boa alternativa para soluções de incompletudes – como se vê do dispositivo legal do art. 466 do Código Civil – certamente com tez econômica, alma jurídica e corpo filosófico. Para tanto, os aplicadores não devem evitar combinações que gerem híbridos estéreis, como muales, que, apesar de eficientes, não se reproduzem. A ideia de razão deve ser tipológica, sempre suscetível a produzir ideias férteis, hábeis a encontrar respostas adequadas ao momento social e econômico.

5.2.1.1 Realismo jurídico clássico

Nas *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, de Javier Hervada, é visto que a Filosofia do Direito erige-se da Filosofia, por via de seus instrumentos de cognição, objetivando complementar a ciência jurídica, com a qual não se confunde e, também, que duas noções absolutas devem permear o campo filosófico do direito, que são a de direito e a de justiça. Finalmente, filosofia corresponde à ideia de sabedoria, critica e avalia o fato jurídico tal como aparece em suas fontes de positivação e formalização, como conhecimento superior que atinge os princípios supremos e o mais íntimo ser da realidade jurídica. Conhecer

¹⁴⁶ BERLIN, Isaiah. **A força das ideias**. Organização Henry Hardy; Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2005. p. 47.

a filosofia do direito é uma necessidade, vivificando-se nas reflexões sobre a natureza e finalidade das leis, enriquecendo o ofício de jurista. Logo, no prólogo da referida obra, verifica-se que Javier Hervada busca utilizar linguagem acessível, distanciando-se dos esquemas filosóficos e da própria linguagem que comprometem a performance de compreensão, pois endereça seu trabalho aos alunos. A finalidade é atrair o estudante de Direito às letras da filosofia jurídica. A categoria filosófica tratada na obra é o realismo jurídico clássico e suas perspectivas. É exatamente neste sistema de filosofia do direito que a análise de *SWOT* incidirá no ensaio aqui proposto. Javier Hervada adverte, ainda no prólogo, que não pretende enveredar-se por polêmicas, tampouco tem a pretensão de expor panorama das diversas correntes de filosofia jurídica, mas colocá-las ao lado do Positivismo Normativista, que chama de “*etapa mórbida da ciência jurídica em fase de superação*”¹⁴⁷.

Javier Hervada diz que a filosofia do direito é o saber filosófico cujo objeto é o direito, uma especulação filosófica sobre o direito, apresentando, inclusive, a diferença entre filosofia especulativa e filosófica prática¹⁴⁸: enquanto a primeira adentra à intimidade do fato, a segunda diz respeito à orientação para ação, ou a própria ética. Para Javier Hervada, a função da filosofia seria revelar ao homem aspectos sobre si mesmo, o mundo em que está imerso, com o desejo de atingir aquele saber fundamental que dê coerência a seu agir. A filosofia, segundo ele, não constitui disciplina única, mas um conjunto de disciplinas, a exemplo da metafísica, gnosiologia, filosofia da natureza, antropologia, lógica etc¹⁴⁹.

O que encoraja a presente abordagem sobre aplicação da análise de *SWOT*, sob perspectiva filosófica, no direito, e em especial às incompletudes observadas no Contrato de Opção, é a assertiva sobre a dinâmica do conhecimento que, no Realismo Jurídico Clássico, parte do empirismo, como caminho necessário para o metaempirismo, a experiência inteligível¹⁵⁰, seja para a filosofia especulativa (intimidade), seja para a prática (orientação para ação – ética)¹⁵¹.

Se nos fosse dado – pela abundância de recursos e por conveniências moral e social – viver à moda hedonista, de Epicuro, o direito não teria mínima razão de ser, pois inexisteriam contingências a serem corrigidas. Mas a realidade é de escassez e impotência diante dos desejos infinitos lastreados na natureza humana e pela própria marcha das perenes contingências da vida. Neste vazio, o Contrato de Opção objetiva garantir a preservação de

¹⁴⁷ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Prólogo.

¹⁴⁸ HERVADA, op.cit., p. 10.

¹⁴⁹ id., 2008. p. 5.

¹⁵⁰ ib. p. 9.

¹⁵¹ ib. p. 10-11.

expectativas, imunizando a obrigação do proponente, a favor do oblato, dos efeitos da álea natural. Contra os desejos e os ímpetos, inclusive instintos – não podemos negar – surge imponente o direito. O proponente da Opção, ao celebrar o contrato, encerra sua vontade, passando a ter a obrigação. Lembre-se que o pagamento do preço (preço de exercício na opção) é componente do contrato definitivo, portanto, não se integra à prestação do contrato preliminar, mas do definitivo. Não há espaço para perquirição de justiça ou injustiça pela álea verificada entre a formação do Contrato de Opção e o termo final do exercício do direito potestativo de contratar ou não. Está é, inclusive, a opinião de Eros Roberto Grau¹⁵², que diz inexistir justiça ou injustiça, mas que:

os sentidos, de uma e outra, são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança (segurança social), tal como concebida em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo e que, em rigor, a teoria do direito não é uma teoria da justiça, porém, na dicção de Habermas (1992/241), uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico.

Elucubrações sobre direito e justiça sob a ótica filosófica são encontradas na Escolástica (após a idade média), principalmente em Tomás de Aquino, em textos católicos (obras de teologia com fragmentos filosóficos)¹⁵³, e até hoje se mostram como discussão necessária. Josef Pieper¹⁵⁴ comparar o poeta ao filósofo pelo aspecto da admiração. O jurista não está fora deste grupo, que também deve observar os fatos e cotejá-los à norma.

Em razão do aspecto realístico do fato, segundo impressões da observação empírica, componentes do Realismo Jurídico Clássico, pode-se, facilmente, conciliar este estilo filosófico à análise de *SWOT*, servindo como ferramenta a serviço da interpretação contratual e até de soluções às incompletudes. No ambiente contratual, a realidade não pode ser aquela idealizada por letras frias do instrumento, devendo ser enfrentada à luz da constatação empírica, pois contrato não é local estéril, mas estuário rico, suscetível a externalidades, que reclamam atuação do direito, para lhe manter na proa do encontro de vontades que o ensejou.

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 73.

¹⁵³ HERVADA, **op. cit.**, p. 21.

¹⁵⁴ PIEPER, Josef. **Que é filosofar?** São Paulo: Loyola, 2007. p. 7.

5.2.1.2 *Aplicação da análise de SWOT, sob inspiração do realismo jurídico clássico, em tratamento de normas de possível aplicação às incompletudes verificadas nas Opções*

A filosofia, como ferramenta de reflexão, bem aparelhada com mecanismos de análise científica, poderá representar propedêutica eficiente para a interpretação, integração de normas, valoração de provas e do interesse público que envolvam as mais diversas casuísticas contratuais. Acredita-se que este ponto da dissertação se afigurará polêmico, pois não se dará qualquer resposta, mas indicará apenas um possível caminho metodológico, inspirado em máximas filosóficas. Em se tratando de ensaio sobre incompletude formalista, elege-se como ponto de partida – como é próprio do estilo do Realismo Jurídico Clássico – a leitura do Código Civil, no que diz respeito às regras de interpretação. Parece ser de consenso que suas disposições se mostram tímidas em expor regras eficientes de interpretação¹⁵⁵, e se afigura ainda mais insuficiente quando se está diante de conflitos contratuais, pois se aumentam as variáveis e externalidades.

Como proposta metodológica, elegeu-se neste trabalho a utilização do método da análise de *SWOT*, sob perspectiva do realismo jurídico clássico. Para investigação, foram criados cenários com aplicação das regras do Direito Civil e do Direito Empresarial. Os resultados deverão ser avaliados sob óticas econômica, social, ética, lógica e jurídica, através de método comparativo e atribuição de pesos atribuídos na análise de *SWOT*.

No âmbito da casuística haverá a incidência dos pontos fortes e fracos, como análise interna. Quantos aos efeitos gerais da norma, inclusive econômicos, examinar-se-ão as ameaças e as oportunidades.

Propõe-se analisar pontos fortes de cada uma das regras de interpretação, levando-se em consideração os seguintes pontos:

¹⁵⁵ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta.

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

Forças:

a) a aplicação da regra x é de compreensão e aplicação objetivas, no caso concreto?

Fraquezas:

a) a aplicação da regra x poderia promover o enriquecimento ilícito, no caso concreto?

Ameaças:

a) a aplicação da regra x poderia induzir comportamento econômico capaz de prejudicar a circulação de riqueza?

b) poderia induzir comportamento de dissimulação de contratos ou de relações jurídicas, com o propósito de afastar a casuística do risco daquela interpretação?

c) existem antinomias aparentes capazes de dificultar a aplicação efetiva da regra em exame?

d) fomentaria a inadimplência?

e) aumentariam custos?

Oportunidades:

a) a aplicação da regra x poderia determinar ou induzir o meio econômico a formalizar instrumentos e termos de forma mais explícita e segura, tornando mais acessível o exame do conteúdo de documentos?

b) poderia impor uma tendência mais solidária sobre matérias contratuais?

c) teria repercussão econômica em proveito da maximização do bem estar produzido pela riqueza?

No esforço próprio do jurista de encontrar justiça no direito, depara-se com ensaios inacabados, métodos artificiais de resultados inconvincentes, teorias produzidas pela vaidade intelectual em si mesma e a esta restrita, entre outros tantos resíduos de elucubrações primárias. Não são inéditos os assuntos aqui tratados, especialmente, a análise de *SWOT* e o realismo jurídico clássico, mas, muito provavelmente, jamais se tentou aplicar análise de *SWOT*, sob perspectiva do estilo realista em questão, ingrediente necessário para um ver melhor, livre de abstrações convenientes, como se a sociedade fosse uma pedra imóvel.

O realismo jurídico clássico convida o jurista a um esforço de observação, contemplação e ponderação. A análise de *SWOT* apenas oferece pontos de tratamento, nichos que são verdadeiros observatórios.

No enfrentamento da razoabilidade, análise de *SWOT* e realismo jurídico clássico podem representar boas alternativas para respostas mais adequadas sob o ponto de vista econômico, pois encerram uma investigação real, enquanto a investigação positivista nem sempre oferece bases consentâneas, capazes de alicerçar soluções viáveis, considerando a dinâmica dos vínculos jurídicos.

5.3 A razoabilidade reclamada no art. 466, do Código Civil de 2002

A nosso ver, a doutrina não conseguiu chegar perto de uma explicação razoável do que seria prazo “*razoavelmente assinalado pelo devedor*”.

Gustavo Tepedino; Heloisa Barbosa; Maria Celena Moraes¹⁵⁶ sugerem o enfrentamento da razoabilidade consignada no art. 466 no contexto da casuística, sem, contudo, oferecer critérios para tanto:

Trata-se de um princípio análogo ao que rege a obrigatoriedade da proposta feita a pessoa ausente, daí a remissão aos comentários já feitos a propósito do art. 428, II. A omissão do credor, no sentido de manifestara sua vontade de que o contrato definitivo seja celebrado, retira o caráter obrigatório da promessa, liberando o promitente, já que a lei não lhe quer indefinidamente vinculado, não importando sequer se tal omissão é devida a um caso fortuito ou de força maior.

Como visto a propósito do mencionado art. 428 – em relação, especificamente, ao conceito de ‘tempo suficiente’ –, o problema está em se definir o que seja um prazo ‘razoavelmente assinado pelo devedor’. Entende-se que o conceito de razoabilidade não se presa a limites apriorísticos, pois que deverá ser construído à luz das circunstâncias concretas, inclusive, e especialmente, à luz da maior ou menor complexidade do negócio a que se reporta a promessa. Aqui, com, em geral, em todos aqueles casos onde é dado ao juiz uma maior margem decisória, avulta em importância o princípio da boa-fé, na sua dimensão de parâmetro de interpretação-integração contratual (v. art. 422).

Nas poucas abordagens doutrinárias sobre o tema da incompletude consignada no art. 466, do CC, poucos oferecem soluções e, quando o fazem, parecem ignorar o texto da lei, adotando método prático, contudo, injusto, como fez Nelson Rosenvald¹⁵⁷, ao sugerir que bastará a notificação do credor da Opção ao devedor. Ora, o prazo não poderá ser determinado pelo credor, sob pena de transformar seu direito potestativo em puramente potestativo, vedado pelo art. 122, do CC.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de.

Código interpretado conforme a constituição da republica. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104.

¹⁵⁷ O artigo em exame aduz que, quando não houver prazo, o credor será cientificado por um termo razoável, aposto em notificação. ROSENVALD, Nelson. **Art. 466**, Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Coordenador Cezar Peluso. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 501.

6 FORÇA COATIVA DA OPÇÃO

A recusa do proponente devedor em firmar o negócio definitivo implicará no cumprimento compulsório, conforme entende a doutrina¹⁵⁸ e autoriza a jurisprudência¹⁵⁹, nos termos dos arts. 461¹⁶⁰ e 466-B¹⁶¹, do CPC, que confere ao beneficiário da Opção a possibilidade de obter uma sentença judicial com os mesmos efeitos do contrato definitivo que deveria ter sido firmado pelo outorgante e, ainda, perdas e danos ou, ainda, indenização substitutiva, cujo manejo depende de depósito judicial prévio, pois o exercício do direito de contratar impõe o pagamento do preço, o que atrai a aplicação do art. 466-C, do CPC¹⁶².

O contrato preliminar unilateral é uma promessa unilateral de contrato pela qual o promitente se obriga a contratar perante o seu contratante que não se obriga, mas que possui o direito potestativo de contratar ou não dentro de um prazo certo ou incerto. Trata-se de instituto que o direito francês consagrou como sendo a figura principal dos contratos preparatórios, principalmente de compra e venda de imóveis, conforme doutrina de **François Dutilleul e Philippe Delebecque**¹⁶³.

Na mesma linha, leciona **Caio Mário Pereira**:

¹⁵⁸ Nesse sentido, citem-se as lições de Orlando Gomes. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 289-290: “Já a opção de compra, compreendendo, como compreende, vinculação irrevogável, comporta a execução sob a forma específica, porque não é necessária uma sentença para vincular o proponente, vinculado que se acha pela sua própria declaração de vontade. Permitido é, nessa hipótese, obter sentença constitutiva de igual eficácia do contrato recusado. O Código Civil de 2002 admite a execução específica do contrato preliminar estipulado sem cláusula de arrependimento, seja ele unilateral ou bilateral, o que parece tornar menos relevante, do ponto de vista prático, a distinção entre opção de compra e promessa de venda.”

¹⁵⁹ Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “Obrigação de fazer. Opção para compra de imóvel. Execução específica. Tratando-se de opção de compra irrevogável, válida e regular, uma vez não cumprida pelo devedor a obrigação, e permitido ao credor obter a condenação daquele a emitir a manifestação de vontade a que se comprometeu, sob pena de, não o fazendo, produzir a sentença o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Aplicação do art. 639 do CPC. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 5.406/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 26/03/1991, DJ 29/04/1991, p. 5273)

¹⁶⁰ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

¹⁶¹ Art. 466-B: “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”

¹⁶² Art. 466-C: “Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.”

¹⁶³ “La promesse unilatérale de vente a la double nature de contrat de promesse et d’avant-contrat de vente. On peut la définir succinctement comme le contrat par lequel le promettant s’engage à vendre un bien au bénéficiaire qui a le droit de l’acquérir dans un certain délai” François Collart-Dutilleul et Philippe Delebecque. *Contrats Civils et Commerciaux*. 5.ed. Paris: Dalloz, 2001. p. 56.

A promessa unilateral (mais usual no Direito Francês) consiste numa obrigação para uma das partes (promessa de vender ou promessa de comprar), enquanto a outra fica livre de realizar ou não o contrato (...) A promessa de vender – promessa a parte venditoris – por ter suscitado mais numerosos problemas, é mais rica de soluções, não estando os princípios que compõem a sua teoria perfeitamente assentados. É o caso da opção (...) A opção é contrato unilateral, que traz obrigação de contratar apenas para o promitente vendedor, pelas condições constantes no instrumento¹⁶⁴.

A força coativa do Contrato de Opção é bem salientada nas lições de Orlando Gomes¹⁶⁵, que disserta sobre o tema reconhecendo seu aspecto unilateral e eficaz para produzir os efeitos obrigacionais para a parte credora, no caso da opção, o oblato:

Na promessa unilateral, a faculdade de exigir o cumprimento reserva-se exclusivamente a uma das partes. A outra contrai obrigação cujo adimplemento fica subordinado à vontade da que pode exigí-lo. A promessa unilateral de contrato chama-se, impropriamente, opção. A circunstância de criar obrigação ex uno latere não lhe tira a natureza contratual, por evidente que só se torna perfeita pelo acordo de vontades.

Este pré-contrato pode ser, portanto, um contrato de promessa unilateral de venda (somente o promitente vendedor se obriga a vender – o contrato será a Opção de Compra), ou um contrato de promessa unilateral de compra (obrigando apenas o promitente comprador a comprar caso o vendedor decidir vender – o contrato será a Opção de Venda), cuja inadimplência enseja a via do artigo 466-B, do CPC. Chama-se atenção para a nomenclatura, quando se utiliza o nome contrato de promessa, pois, tecnicamente, a parte credora é que projeta seu direito para o nome da Opção, ou seja, será de Venda quando o comprador se obriga a comprar e o vendedor tem a faculdade de vender e será de Compra quando o vendedor se obriga a vender, enquanto o comprador tem a faculdade de comprar. Esta distinção é importante para melhor entender a força coativa do Contrato de Opção.

Segundo a voz unânime da doutrina, a qualificação de contrato preliminar unilateral, e não do contrato preliminar bilateral, repousa sobre a vontade do beneficiário da promessa unilateral de firmar ou não o negócio definitivo, sendo Opção de Compra, cuja promessa unilateral é de venda, pode o oblato comprar ou não¹⁶⁶; na Opção de Venda, o oblato pode vender ou não, contudo, há de se conservar a obrigação, até o vencimento do prazo convencionado, mantendo incólume a liberdade do oblato de contratar ou não. Uma vez

¹⁶⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 196-197. v. III.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 163.

¹⁶⁶ François Collart-Dutilleul et Philippe Delebecque. **Contrats Civils et Commerciaux**. 5.ed. Paris: Dalloz, 2001. p. 70.

revelada a inadimplência do proponente, caberá a via de efetivação compulsória dos efeitos que emergem da Opção.

Em direito brasileiro, o contrato preliminar unilateral tem a sua sede no artigo 466 do Código Civil que dispõe: “Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, devera manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.” Por coincidência, é também o artigo 466-B, mas do Código de Processo Civil, que oferece o instrumento para compelir o devedor a honrar sua obrigação: “Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”.

Incontestavelmente, o Código Civil de 2002 manifestou a sua preferência para o contrato preliminar bilateral, limitando a regulamentação da promessa unilateral à questão do prazo, indubitavelmente a peça chave, o elemento essencial desta modalidade de pré-contrato, embora não exija que este prazo seja expressamente estipulado, obrigando o devedor, neste caso, a deixar ao credor um tempo razoável, ou suficiente, para exercer o seu direito de opção. A notificação premonitória não servirá para constituir a mora, mas para exteriorizar intenção, portanto, tecnicamente será o Protesto Judicial, que tem este fim específico, cabendo ao Poder Judiciário investigar o aspecto da razoabilidade. Vale dizer, por si só, a notificação ou o protesto judicial não induzem fixação de prazo, mas apenas revelam interesse no exercício do direito emergente da Opção, quando não expressamente fixado.

A Opção é uma proposta irrevogável e consiste em afirmar que a parte contratante (o proponente – possível futuro vendedor, na opção de compra, ou comprador, na opção de venda) acha-se definitivamente privada de sua liberdade de contratar com terceiros, como analisa a doutrina de Philippe Malaurie e Laurent Aynès¹⁶⁷. Ao Poder Judiciário caberá enfrentar o problema da razoabilidade, quando da apreciação da Ação, formulada com base no art. 466-B, do CPC.

A regulamentação pelo art. 466 do Código Civil do contrato preliminar unilateral garantiu sua execução coativa contra o contratante já obrigado que recusar de formalizar (e não de reproduzir) seu consentimento¹⁶⁸. É importante observar no instrumento se há vícios intransponíveis e inconciliáveis com a Opção, que é a existência de cláusula de

¹⁶⁷ “*La promesse de vente aurait ainsi le caractère d’une offre, ce qui est inexact : le promettant donne, dès la promesse, son consentement définitif au futur contrat*” Philippe Malaurie, Laurent Aynès, **Cours de Droit Civil. Les Obligations, 2. Le contrat**. 11. ed., Paris: Cujas, 2002. p. 63.

¹⁶⁸ Neste sentido: AZEREDO, Antônio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo de Cescenzo *In*: GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 290 (atualização).

arrependimento por parte daquele que se obriga. Neste caso, admite-se, será um contrato unilateral, mas não uma opção. O manejo da ação cominatória estará condicionada ao não exercício anterior da faculdade daquele que se obrigou de desistir do negócio.

Em síntese, tratando-se do contrato de promessa unilateral, somente uma parte se obriga, o promitente ou o proponente da opção; a outra, o oblato, fica com a alternativa de contratar ou não, quando deverá satisfazer a exigência. Por exemplo, sendo de compra a opção, deverá o oblato efetivar o pagamento do preço (nos termos da norma do art. 466-C, do CPC). Este contrato obedece, portanto, às normas dos contratos (Código Civil, arts 104, e 421 a 479). Assim, em caso de inexecução imputável ao promitente ou proponente, aplicar-se-ão as regras da responsabilidade contratual (Código Civil, art. 389 e seguintes) e dos artigos do Código de Processo Civil pertinentes à Ação competente.

O objeto do contrato de promessa unilateral de venda ou de compra, por exemplo, ou contrato preliminar unilateral de venda ou de compra, é uma obrigação de fazer, isto é celebrar mais tarde um contrato definitivo nas condições determinadas no instrumento, ou seja, uma compra e venda, caso o comprador decida comprar ou o vendedor decida vender. Evidentemente, os dois contratos não se confundem. Um, a promessa, contrato unilateral, antecede o outro, o contrato bilateral de compra e venda. A celebração do contrato definitivo de compra e venda caracteriza uma declaração de vontade, e depende da vontade discricionária do beneficiário da Opção, que poderá deixar de exercer o direito potestativo, sem que a outra parte tenha poder para impor o implemento, uma vez que não desfruta de tal faculdade.

A Via Processual a ser perseguida pelo credor da Opção, contra eventual recusa do devedor, em firmar o contrato definitivo, é a Ação prevista nas normas dos artigos 461, 466-B e 466-C do CPC.

7 POSSÍVEIS SOLUÇÕES ÀS INCOMPLETUDES DO CONTRATO DE OPÇÃO

Qualquer solução jurídica oferecida às incompletudes do Contrato de Opção deverá pautar-se na segurança jurídica. Indaga-se, por oportuno, qual seria o significado de segurança jurídica.

Ricarlos Cunha¹⁶⁹ diz ser segurança jurídica algo além da previsibilidade, como um impulso derivado da própria natureza humana.

As emoções não são desprezíveis no Direito, tanto que Richard Posner¹⁷⁰, em sua obra *Fronteiras da Teoria do Direito*, dedica longa argumentação demonstrando que o aspecto emocional pode ser determinante para implementação de atos jurídicos, não só das partes, mas, também “*ao estado emocional apropriado da autoridade judiciária, seja essa o juiz, seja o jurado*”. O juiz, ao se deparar com um Contrato de Opção eivado de incompletude patológica, deverá buscar socorro na lei, lida como parte de um ordenamento jurídico uno, no qual as regras devem interagir-se, combinando-a com constatações empíricas, conforme indica Robert Alexy¹⁷¹, que diz serem as questões empíricas elementos indicativos do Direito vigente, ou seja, a lei combinada com a constatação empírica indicará o Direito vigente.

A intensidade do Contrato Preliminar pode ser máxima, média e mínima, conforme abordagem de Alcides Tomasetti Jr., citado por Raquel Sztajn¹⁷², que diz respeito à predeterminação relativa ao conteúdo do Contrato Definitivo. Somente no caso de o Contrato Preliminar ostentar intensidade máxima é que se poderá obter suprimento judicial relativamente à celebração do Contrato Definitivo. Por intensidade mínima entende-se aquele pacto elaborado sob as perspectivas de um negócio não consumado e suscetíveis de acordos residuais ulteriores. A intensidade média corresponde ao fato de faltar algo em relação ao Contrato Definitivo que, apesar de não depender ou prescindir de nova declaração das partes, poderia subtrair segurança em elementos essenciais do Contrato Definitivo. O *leading case* noticiado por Raquel Sztajn¹⁷³ envolveu a venda do supermercado Disco ao Grupo Pão de

¹⁶⁹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. ps. 58. v. 1.

¹⁷⁰ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito** [tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Sales e Pedro Sette Câmara . Revisão de tradução e texto final Evandro Ferreira e Silva]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 304.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁷² SZTAJN, Raquel. **Curso de direito comercial**. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. Volume 4. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 506.

¹⁷³ SZTAJN, Raquel. **Curso de direito comercial**. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 507. v. 4

Açúcar (STF, RE 88.716-RJ, rel. Min. Moreira Alves), no qual a indefinição sob a estipulação do preço do aluguel das lojas culminou com a inexecução do Contrato proporcionando reparação por perdas e danos. A doutrina chega a afirmar que a avença preliminar de intensidade mínima sequer tem status de Contrato Preliminar.

Apesar de o Contrato de Opção estar inserido na parte móvel do sistema jurídico, tema enfrentado profundamente pela Prof. Misabel Derzi¹⁷⁴, se, da análise de seu instrumento, não forem identificados todos os requisitos do Contrato Definitivo, nos termos do art. 462 do Código Civil, não será Contrato Preliminar, mas “projeto de contrato”¹⁷⁵.

Portanto, dependendo das incompletudes, sequer será o instrumento reputado como um contrato, consistindo importante desafio do operador do Direito encontrar meios para preservar as tratativas, devendo ser evitadas, ao máximo, soluções que vilipendiam o esforço empreendido pelas partes, rumo a uma transação. Nas palavras de Richard Posner¹⁷⁶, em sua obra “A economia da justiça”, “*a função econômica do direito contratual moderno é facilitar transações nas quais uma ou ambas as partes levam tempo considerável para cumprir sua obrigação*”.

O tempo é elemento destacado no Direito Contratual, pois, enquanto o art. 134 do Código Civil diz que “*os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo*”, o art. 466 do mesmo diploma flexibiliza aquela regra, dizendo que a vontade do oblato poderá ser manifestada em prazo razoável, assinado pelo devedor (proponente).

Nem mesmo a aplicação do art. 428 do Código Civil, que dispõe sobre a proposta sem prazo, prestaria subsídio à solução acerca de incompletudes produzidas pelo uso da dicção “razoavelmente assinado pelo devedor”, como está no texto do art. 466, uma vez que

¹⁷⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 161.

¹⁷⁵ “*Tantôt, c’est la formation de la vente qui dépend d’un évènement futur : la promesse de vente n’est alors qu’un projet, surtout si la survenance de l’évènement dépend du bon vouloir des parties. Des distinctions s’imposent. En droit civil, une condition est un évènement futur et incertain suspendant l’existence d’une obligation. Comme on ne peut en même temps s’obliger et ne pas s’obliger, seul un évènement ne dépendant pas des parties peut constituer une condition, car lui seul est incertain. Si l’évènement mis en « condition » est l’exercice par les parties d’un acte de volonté – telle la réitération de la promesse para acte authentique ou le paiement du prix, l’acte n’est pas conditionnel et peut avoir deux significations, selon la volonté des parties. Ou bien, elles se sont engagées à exécuter l’acte ; l’évènement n’est pas incertain, puis qu’elles peuvent y être contraintes ; il constitue un terme. Ou bien, il s’agit d’un projet, qui n’est pas obligatoire*”. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Cours de Droit Civil, Contrats Spéciaux, 14.ed., Paris : LGDJ, 2002, p. 115/116

¹⁷⁶ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. [tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 216.

“imediatamente” (art. 428, CC/02) não espelha, nem de longe, “razoavelmente” (art. 466, CC/02).

As soluções do Direito Empresarial levam em consideração a realidade consentânea e o dinamismo social e político, à luz da ideia predominante de justiça que, segundo Ronald Dworkin¹⁷⁷, deve partir de análise principiológica, com foco em “*seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política que a serve*”.

No desafio de oferecer soluções às incompletudes, todos os recursos são válidos, não se resumindo, muito menos se esgotando, em qualquer fórmula dogmática, servindo de inspiração até obras literárias, como se vê das importantes lições de direito extraídas da obra do civilista José Roberto Neves¹⁷⁸, que aborda temas de direito civil a partir da literatura shakespeariana.

7.1 Função social do contrato e razoabilidade

Função social não é mero adorno da Constituição Federal e do Código Civil, mas norte a ser perseguido na interpretação dos contratos e na aplicação do direito quando de suas contingências.

Preleciona Gustavo Tepedino¹⁷⁹:

Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis.

O conflito entre o objeto do contrato e sua função social deve ser resolvido com o esforço adaptativo e, caso não aproveitável, com sua compulsória resolução. Não se trata de ponderar sobre ganhos ou perdas das partes, mas nos impactos que sua existência poderá produzir no meio econômico. A importância da aferição da função social é impositiva, não meramente decorativa, conforme arremata Gustavo Tepedino¹⁸⁰:

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. [tradução Luís Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239.

¹⁷⁸ NEVES, José Roberto de Castro. **Medida por medida: o direito em Shakspeare**. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

¹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. t. III. São Paulo: Renovar, 2009. p. 5.

¹⁸⁰ TEPEDINO, op.cit., p. 18.

(...) a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a uma mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas. Trata-se, de maneira muito mais ampla, da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados. (...)

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais.

A civilista Cláudia Marques¹⁸¹, trazendo o magistério do professor Clóvis do Couto e Silva, se manifestou no sentido de que o contrato produz mais do que obrigação de cumprir a prestação, mas de conduta, de atuação clara das partes, de modo a dar segurança geral, inclusive ao meio econômico, inibindo utilização de trunfos capazes de servir de pretextos para o descumprimento do avençado:

Esta visão dinâmica e realista do contrato é uma resposta a crise da teoria das fontes dos direitos das obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência (fase de execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal. Em outras palavras o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas envolve também uma obrigação de conduta!

Quanto mais se exigir conduta das partes, algo além da obrigação de cumprir a prestação, mais se evitará efeitos reflexos e frustrações contratuais em cascata. Por isso que o Código Civil, no parágrafo único de seu art. 2.035, assim dispôs:

Art. 2.035 –

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

A inclusão de tal dispositivo no Código Civil representa avanço importante do Direito brasileiro, rumo à socialização do contrato, como instrumento de fomento de circulação de riqueza, daí a importância das cláusulas gerais, como preleciona Judith Costa¹⁸²:

¹⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.108.

¹⁸² COSTA, Judith Martins. O direito privado como um sistema em construção - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileira. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v.753, p. 32,1988.

(...) as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas parcialmente em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e pautas de valoração. É, portanto, o aplicador da lei, direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas a concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.

As cláusulas gerais ganham espaço especial no enfrentamento das incompletudes contratuais, concitando o intérprete a observar padrões sociais constatáveis na experiência concreta, por óbvio, consentânea, de modo a inspirar ilação adequada ao momento social conjugado ao cenário econômico atrelados aos preceitos de ordem pública, inclusive emanados da Constituição Federal.

7.2 Boa fé objetiva e probidade

Os civilistas Gustavo Tepedino, Heloisa Barboza e Maria Celina Moraes, no festejado Código Civil Interpretado, 2006, p. 422, assim se posicionaram sobre a boa-fé, inserida hoje no art. 422, do Código Civil, dando ênfase no aspecto da conduta contraditória¹⁸³:

Em tal contexto, faz-se referência ao princípio segundo o qual *Nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua acepção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial. De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos.

A vedação da prática de condutas contraditórias é a maior bandeira da Teoria da Boa Fé Objetiva. O comportamento das partes, não só durante, mas antes e depois da execução do contrato, é corolário de justiça contratual, nas poucas vezes que justiça ou injustiça tomam alguma feição objetiva. No exame do contrato e de suas casuísticas, há de se verificar coerência, que sinaliza probidade, daí o encontro do justo, em matéria contratual, nos

¹⁸³ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 90.

ensinamentos de Anderson Schreiber¹⁸⁴, sobretudo no que diz respeito à confiança, em via de ser elevada a princípio contratual:

a terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem com standards impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.

O Superior Tribunal de Justiça asseverou¹⁸⁵: “(...) 3. Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha a adotar comportamento posterior e contraditório (...)”

As relações contratuais impõem que as partes ajam com transparência, deixando em evidência suas expectativas de ganhos, riscos, aspirações de remodelagem, para que reine a probidade, pois soluções atribuídas no escuro podem ser, como diz Shakespeare, *in Hamlet*, “*estrume sobre ervas daninhas*”.

Probidade consiste na conduta desarmada do contratante, livre de trunfos para surpreender a parte com quem contrata, ou seja:

(...) uma causa ou uma fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes através dela. As partes não se devem só aquilo que elas mesma estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõem a boa fé.¹⁸⁶

Assim, sem pretender adentrar aos temas específicos da Teoria da Boa Fé Objetiva, em especial as quatro hipóteses, a saber: *supressio* (omissão que induz a impressão de que determinada imprecisão no cumprimento de parte das prestações do contrato não teria o condão de repercutir em sua efetividade), *surrectio* (ao contrário da *supressio*, a ação positiva

¹⁸⁴ SCHREIBER, op. cit. p. 83.

¹⁸⁵ SUPERIOR Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso especial. Direito cambiário. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Nota promissória. Assinatura escaneada. Descabimento. Invocação do vício por quem o deu causa. Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Aplicação da teoria dos atos próprios sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium'. Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1099550/SP. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 02.03.2010. DJe 29.03.2010.

¹⁸⁶ PICAZO, Luiz Diéz, prólogo de “*El principio general de la buena fé*” de Franz Wiacker apud ROSADO, Aguiar Jr. de. **A extinção dos contratos por incumprimento do devedor**; resolução. Rio de Janeiro : Aide, 1991. p. 91.

adjacente ao objeto do contrato produziria a impressão de que eventual imprecisão no cumprimento de parte das prestações do contrato não teria o condão de repercutir em sua efetividade), *venire contra factum proprium* (é a conduta puramente contraditória, no âmago da parte da prestação inadimplida, que informa intenção preservacionista do contrato em um primeiro momento e atuação contrária em momento posterior) e *tu quoque* (comportamento subjetivo que estabelece confiança, inclusive na preservação do contrato, mas, em momento de oportunismo, o agente volta-se contra a própria expectativa que criou, pretendendo com isso se desobrigar), há de se esperar e exigir conduta transparente das partes contratantes, mesmo anteriores ao pré-contrato, pois elementos da fase negocial poderão esclarecer pontos obscuros, incompletudes ou até mesmo desmanchar expertises maliciosas postas em cláusulas sub-reptícias, ou forjadas sob abuso intolerável de uma parte sobre a outra.

7.3 A razoabilidade e o interesse público

O bom senso, atributo do gênero humano, tem importância na interpretação dos contratos e na aplicação das leis em suas casuísticas. Ocorre que nem sempre há consenso sobre o bom senso, o que concita o jurista a encontrar um ponto de equilíbrio para aferir o sentido da razoabilidade, conforme lições de Luiz Carlos Branco, que se utiliza da definição traçada por José Carvalho Filho¹⁸⁷:

Razoabilidade é uma qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob mera alegação de que não a atendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle.(grifo nosso)

Quanto ao surgimento do princípio da razoabilidade, preleciona Luiz Carlos Branco: (...) surge da necessidade em dar garantia à liberdade individual face aos interesses onipotentes da administração. Esta ideia decorre das teorias jusnaturalistas formuladas na

¹⁸⁷ BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade**, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Campinas: Millennium, 2012. p. 97-98.

Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.¹⁸⁸ Os ensinamentos produzidos nas disciplinas do Direito Público tem aplicação na doutrina contratual, pois nenhum direito pode escapar às diretrizes constitucionais, conforme defende o mesmo doutrinador:

(...) o princípio da razoabilidade é um indicador a ser empregado pelo poder judiciário na resolução dos casos em espécie, a fim de permitir uma compatibilidade com os valores da Constituição, bem como de todo o ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de direito justo, ou justiça.¹⁸⁹

Verifica-se que o ordenamento jurídico é uno, significando suas distintas matizes em disciplinas coordenadas, voltadas para melhorar a dinâmica em sua aplicação, não se anulando entre si, mas, como em diálogo, estabelecendo elos de aplicação racional, na órbita dos princípios que lhe são afins, como concluiu Luiz Carlos Branco:

A palavra princípio é equívoca, pois possui diversos sentidos. Ora quer significar a origem de algo; ora, um preceito, uma regra ou uma lei. Neste trabalho, nos atemos ao conceito jurídico de princípio como preceito ou regra.

Na verdade, os princípios são espécies de normas jurídicas, assim como as regras jurídicas apenas possuem uma maior abstração que estas últimas. E, no caso de incidir mais de um princípio, o que geralmente ocorre, todos convivem pacificamente, porém, um sobrepõe-se ao outro, mas não ao ponto de excluí-lo.¹⁹⁰

Sob a ótica do utilitarismo e da novel Teoria Econômica, o primeiro tendo como principal precursor Jeremy Bentham, a segunda Richard Posner, razoabilidade teria finalidade econômica, contudo, os meios de aferição se conflitariam.

A Teoria Econômica do Direito, de acordo com Richard Posner, é o mais importante campo interdisciplinar dos estudos jurídicos, definida, também, como análise econômica do direito. O autor, em sua obra, descreve brevemente a referida teoria a partir do estudo de Jeremy Bentham e Gary Becker, os quais se unem por uma concepção comum de alcance do modelo econômico do comportamento humano.¹⁹¹

Segundo Richard Posner:

O problema da influência de Jeremy Betham sobre a teoria econômica do direito é particularmente difícil, ainda que só diga respeito a uma minúscula porção da vasta influência desse autor sobre o pensamento e a prática do direito. Essa

¹⁸⁸ BRANCO, op. cit. p. 99

¹⁸⁹ id., 2012. p. 99.

¹⁹⁰ BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade**, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Campinas: Millennium, 2012. p. 101.

¹⁹¹ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito** [tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Sales e Pedro Sette Câmara - revisão de tradução e texto final Evandro Ferreira e Silva]. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 3.

dificuldade advém do próprio caráter problemático da determinação de influências, sobretudo quando o intervalo de tempo a ser considerado é grande. A teoria econômica do direito só começou a adquirir uma forma semelhante à atual em algum momento entre 1958 e 1973¹⁹²

De acordo com Richard Posner, a teoria econômica do direito só teve seu início com o lançamento do *Journal of Law and Economics* (Revista de Direito e Economia), pois antes não era possível afirmar que a teoria econômica do direito existia. Para escolher um marco taxativo do surgimento da teoria, o autor escolhe 1968, por uma razão que se mostra ligada a Jeremy Bentham, ainda que vagamente. Ademais, em 1968, Jeremy Bentham já estava morto há 136 anos.¹⁹³

Ressalta Richard Posner, ao negar a paternidade de Bentham à teoria econômica do direito, que é difícil estabelecer uma relação de causa e efeito entre Jeremy Bentham e um evento que ocorreu quase um século e meio depois de sua morte. Ademais, considera possível que Jeremy Bentham foi inspirador da teoria econômica do direito¹⁹⁴.

Segundo Richard Posner:

A relação entre economia e direito já é fato conhecido, pelo menos desde a discussão hobbesiana da propriedade, no século XVIII. Tanto David Hume quanto Adam Smith discutiram as funções econômicas do direito. Já na década de 1930, uma série de campos do direito que lidam explicitamente com a concorrência e o monopólio, sobretudo o direito antitruste e a regulamentação das companhias públicas, era alvo da atenção constante dos principais economistas ingleses e norte americanos.¹⁹⁵

Ainda, de acordo com Richard Posner, a análise econômica do direito teria como método a investigação das descrições e das prescrições. As primeiras serviriam para indicar o modelo de comportamento esperado, as segundas para determinar, compulsoriamente, conduta indeclinável:

A análise econômica do direito possui tanto aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também busca aperfeiçoar o direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas.¹⁹⁶

¹⁹² POSNER, op. cit. p. 4.

¹⁹³ id., 2011, p. 4-5.

¹⁹⁴ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito** [tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Sales e Pedro Sette Câmara - revisão de tradução e texto final Evandro Ferreira e Silva]. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 6.

¹⁹⁵ POSNER, op. cit., p. 6.

¹⁹⁶ id.2011, p. 8.

Um vez eleito contratualmente determinado aspecto positivo, ou seja, a descrição do objeto ou da conduta, qualquer solução dada a conflitos deverá ser fundamentada nos limites da descrição. Ausente a eleição descritiva, impossibilitando a completa tipificação, há de se buscar na regra, com observância dos princípios que identificarão o direito a incidir na matéria contingente.

Por sua vez, Ronald Dworkin¹⁹⁷ defende o posicionamento de maximização da riqueza social, como norte de encontro da razoabilidade, na perspectiva da análise econômica do direito, mas se mostra cético em relação ao reconhecimento de sua dignidade:

A análise econômica do direito sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que comprariam, não fossem os custos da transação. Mas não está claro por que a riqueza social é um objetivo digno.

De acordo com Ronald Dworkin¹⁹⁸, há um risco de que o argumento de Richard Posner se torne circular. Segundo ele na “análise econômica do Direito, os direitos devem ser atribuídos instrumentalmente, de tal maneira que a atribuição de direitos promova a maximização da riqueza.” Complementando seu entendimento¹⁹⁹, diz:

Posner tampouco limita o alcance desse argumento- de que as atribuições de direitos devem ser feitas instrumentalmente – ao que poderiam ser chamados de direitos menos importantes, como direito à proibição de um ato nocivo ou à reparação de danos por negligência. (...). Ele considera uma importante virtude da maximização da riqueza o fato de que ela explica por que as pessoas têm esses direitos. Mas se a maximização da riqueza deve ser apenas um valor instrumental – e essa hipótese que está sendo considerada agora -, então deve haver alguma afirmação moral independente a favor dos direitos que a maximização da riqueza recomenda.

A assertiva “*razoavelmente*” jamais pode ferir as expectativas criadas no momento em que foi firmada a Opção, devendo ser examinado o contexto econômico, na perspectiva do momento daquela contratação e na aferição da maximização da riqueza social, fomentada, seguramente, segundo nosso entendimento, pela performance segura dos contratos, de modo que cada vez mais alcances as expectativas existentes no momento de sua celebração.

¹⁹⁷ ib. p. 356.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. [tradução Luís Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 374.

¹⁹⁹ DWORKIN, op. cit. p. 374-375.

7.4 Impositiva reforma do art. 466, do Código Civil

As lacunas produzidas pelo texto do Código Civil merecem atenção e reparo legiferante.

Após enfrentamento do tema, percebeu-se a necessidade de se propor aprimoramento do texto normativo afeto à Opção, de modo que se torne mais adequado à essência do tipo contratual.

O texto legal ficaria bem melhor se assim fosse redigido:

Art. 466. Opção é o contrato preliminar pelo qual o proponente outorga a favor do oblato o direito potestativo de firmar ou não determinado contrato em prazo e por preço fixados pelas partes.

Parágrafo primeiro. Poderá o proponente, na formação do contrato de opção, receber prêmio pela outorga de referido direito potestativo, que terá caráter indenizatório pela imobilização da coisa ou pelo tempo de comprometimento e retenção para negociar com terceiros o objeto contemplado no contrato definitivo.

Parágrafo segundo. O oblato deverá exercer seu direito de firmar o contrato definitivo através de ato especialmente elaborado para este fim, dirigida ao proponente por via eficiente para produzir seus efeitos, quando não for indicada a via de manifestação no instrumento da opção.

A alteração legal deixaria claro o caráter preliminar e unilateral da Opção, além de concatenar todos os elementos dispersos, tanto na própria lei, como outros definidos doutrinariamente, em um único dispositivo, dando-lhe melhor performance estrutural e segurança em seu manejo.

Não precisaria ser dito que, após o prazo fixado no contrato preliminar, o oblato não exercendo o direito de firmar o contrato definitivo, o proponente ficaria completamente liberado da obrigação.

8 O CARÁTER ALEATÓRIO DA OPÇÃO E SUA IMPLICAÇÃO PARA APLICAÇÃO DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS

Por natureza, a Opção é aleatória, pois soubesse o proponente ou o oblato as contingências futuras ou circunstâncias que refletiriam na decisão de contratar ou não, sua existência passaria a ter pouco ou nenhum sentido. O tempo produz efeitos que, de um lado, o proponente deverá compensar-se pelo prêmio recebido, acaso o oblato exerça seu direito de firmar o contrato definitivo, por outro lado, o oblato paga o prêmio exatamente para obter o direito de decidir no futuro. Acaso o oblato não exerça o direito de contratar, perde o prêmio. A álea está exatamente nos elementos que vão determinar a conduta do oblato, credor da opção.

Existe abordagem teórica sobre o domínio da dicção “álea”, merecendo transcrição, o texto de Raquel Sztajn²⁰⁰, citando Vincenzo Roppo:

(...) ‘álea’ significa ‘sorte’ (perfil objetivo), mas também significa ‘risco’ (perfil subjetivo). Neste sentido, os contratos aleatórios são aqueles nos quais a prestação depende de fatos incertos ou desconhecidos das partes e, portanto, definitivamente, da própria sorte, ou, ainda, aqueles em relação os quais os contraentes assumem o risco de ver sua prestação agigantada ou, mesmo, reduzida a zero, por sua iniciativa e sob sua responsabilidade. Completa afirmando que o risco que torna o contrato aleatório consiste em um ‘risco econômico-jurídico, inerente a prestação’. Assim, não se trata de risco puramente econômico, relativo ao custo da prestação devida ou ao valor ou utilidade da mesma prestação.

Conclui Raquel Sztajn²⁰¹ que a sorte ou revés não dependerão do incremento real, sendo compulsória a prestação mesmo na inexistência superveniente do objeto:

Nos contratos aleatórios as partes deixam à sorte a existência e a consistência do objeto da prestação, como é típico do caso da venda de safras futuras, em relação à qual o risco recai sobre o adquirente, responsável pelo pagamento do preço, mesmo diante da inexistência superveniente do objeto do negócio.

No contexto de inexistência superveniente do objeto, deve ser aplicado o § 1º do art. 461, do Código de Processo Civil²⁰².

²⁰⁰ ROPPO, Vincenzo *apud* SZTAJN, Raquel. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. Tomo I – Fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 490.

²⁰¹ SZTAJN, op. cit., p. 493.

²⁰² Art. 461. (...)

A característica mais importante dos contratos aleatórios é que “a caracterização de completo desequilíbrio das prestações²⁰³” não acarreta o estado de onerosidade excessiva da parte que sofre o dano e que somente na falta da possibilidade do objeto ou de sua inexistência superveniente que se convolará em direito a perdas e danos para o credor.

8.1 O contrato aleatório

Conforme doutrina de Caio Mário Pereira, são aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida, ficando dependente de um acontecimento futuro e incerto, onde basta que haja risco para apenas uma das partes contratantes para ser considerado aleatório²⁰⁴. Na Opção, o risco integra o contrato, sendo que, no momento da avença, as partes devem travar os pormenores que delimitem o ambiente de risco, assim como o prazo e o preço de exercício, viabilizando a relação jurídica. Diferente do contrato de compra e venda, que em regra é comutativo, como apontado no item 3.2 deste trabalho, a Opção não recebeu do legislador indicação expressa de que seria aleatória, talvez pela obviedade de tal constatação. Contudo, por lei, não se afirmou ou negou a possibilidade de ser a Opção comutativa, o que ocorreria na hipótese de se adotar dispositivo contratual para imprimir equivalência econômica entre o preço de exercício e o conteúdo econômico do contrato definitivo.

A questão da álea é realmente intrigante, na medida em que legitima eventual desequilíbrio econômico. A propósito, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR faz um retrospecto histórico sobre a álea, distinguindo a sorte do acidente, sob interessante perspectiva, que vale a pena ser transcrita:

Já na antiguidade Aristóteles falava das coisas que ocorrem por acaso. Diz ele (Fis., II, 5,196b10) e seguintes, também 6,197b e ss): as coisas ou se passam sempre do mesmo modo (coisas necessárias) ou quase sempre do mesmo modo (coisas frequentes). Há, porém, uma terceira espécie que não acontece como as precedentes, isto é, coisas que não são nem necessárias nem frequentes, mas contingentes. Nesta terceira, porém, está contida uma dualidade que deve ser esclarecida. As coisas não só são necessárias ou frequentes ou nem necessárias nem frequentes (por acaso), mas são também tendo em vista um fim ou não tendo em vista um fim. A partir disto, diz ele que aquela terceira espécie (por acaso) pode ser por fortuna ou sorte, isto é causas nem necessárias nem frequentes (causalidade, eventualidade), tendo em vista um fim determinado, ou por acidente, isto é, eventuais, causais, tendo em vista um fim determinado. Aristóteles até dá um exemplo curioso para distinguir a sorte do acidente: se o dono de um cavalo

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

²⁰³ *id.*, 2011, p. 493.

²⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 69

perdido sai à sua procura (finalidade) e o encontra onde nunca poderia supor que ali estivera, houve sorte. Mas de parte do cavalo, que foi achado (poderia ser por qualquer um que não o estivesse procurando), houve um acidente.

O tema do acaso sempre trouxe repercussões para o direito. O esforço doutrinário em distinguir força maior de caso fortuito tem a ver com isso. Esses termos costumam ser associados à noção de risco, em face de ocorrências que, por serem imprevisíveis e inevitáveis (acaso por acidente) isentam de responsabilidade.²⁰⁵

Ainda, sob o enfrentamento da álea, o professor Tércio destaca a distinção entre condição aleatória, da obrigação aleatória. A condição aleatória seria típica de entabulações de apostas e da promessas de recompensa, ao passo que, obrigação aleatória se insere na disposição exclusiva das partes:

Nos contratos aleatórios, a álea está no próprio objeto: por exemplo, comprar o que vier a ser pescado pelo barco, vender ao valor que vier a alcançar em determinado prazo. Mas, nos contratos sob condição aleatória, a álea referente à implementação ou não de uma condição suspensiva não é, propriamente, o objeto da obrigação, mas a circunstância que confere eficácia à prestação prevista. Inserida num contrato, ela lhe torna incerta a eficácia da obrigação prevista, mas não faz do contrato um contrato aleatório.

Isto porque não é pura e simplesmente a inserção de álea no negócio que faz dele um contrato sob condição aleatória, mas sim o modo como a aleatoriedade da obrigação nele se constitui.

Mas a aleatoriedade presente na obrigação condicional – contratos sob condição aleatória suspensiva – está presente, por sua vez, também em negócios jurídicos unilaterais que podem ter uma proximidade com o negócio bilateral mencionado (aleatoriedade na circunstância, condição de eficácia), mas dele se diferenciam pela unilateralidade.

Nesse caso está a relação de promessa de recompensa e, dentre os seus casos, a recompensa mediante sorteio (sorte).²⁰⁶

Apesar de esdrúxula a hipótese de a Opção ser excepcionalmente comutativa, parece-nos que, ainda assim, estaria preservada sua qualificação jurídica, a despeito de perder sua principal característica, que é a álea intrínseca.

²⁰⁵ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Do negócio jurídico de distribuição de prêmios mediante sorteio a título de propaganda comercial**. Castro, Rodrigo Rocha Monteiro de; Warde Junior, Walfrido Jorge; Guerreiro, Carolina Dias Tavares (coord.). Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professo José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 665

²⁰⁶ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Ob. cit. p. 666-667

8.2 A álea negociada no Contrato de Opção

A álea negociada na Opção diz respeito ao conteúdo econômico do objeto contratual definitivo. O proponente, ao firmar o Contrato Preliminar, sujeita-se ao aumento ou à diminuição do conteúdo econômico do bem ou serviço relativo ao contrato definitivo.

É importante dar exemplos: imagine-se que determinada pessoa firme contrato de opção de compra de um imóvel rural, como proponente, ao preço equivalente a tantos sacos de soja (ou qualquer parâmetro) por hectare. Suponha-se que, no prazo fixado no contrato, o imóvel tenha obtido valorização vultosa, em razão de urbanização. O oblato poderá compelir o proponente a firmar o contrato definitivo, independentemente do conteúdo econômico da venda. Bastará que pague o preço de exercício (ou o ofereça na ação judicial) para que se consuma o direito de firmar o contrato definitivo, mesmo que o preço do parâmetro também sofra desvalorização. O exemplo ficaria menos complexo caso não se utilizasse o preço de exercício travado em parâmetros de mercado, mas a sofisticação objetivou apenas ressaltar que o valor do contrato está exatamente na sua álea, que se mostra no conteúdo econômico das prestações, podendo sofrer desequilíbrios significativos na celebração do negócio definitivo. Pode ocorrer, também, na Opção de Venda, pela qual o proponente obriga-se a comprar determinado imóvel rural pelo preço de tantas arrobas de boi, contudo, o preço do imóvel cai expressivamente, assim como aumenta o preço da arroba do boi. O oblato poderá compelir o proponente a comprar a propriedade, independentemente de tal desvalorização imobiliária, daí o porque de ser o contrato aleatório.

8.3 Possibilidade (ou não) da revisão do Contrato de Opção

Fosse a Opção apenas um contrato preliminar unilateral, poderia experimentar a incidência da revisão contratual. Ocorre que a Opção também é aleatória (em regra), consistindo a álea cerne do contrato, o que lhe blinda da incidência do art. 480, do Código Civil.

A solução é dada pelo Direito Italiano, no Código Peninsular, conforme transcrição dos arts. 1468 e 1469, destacada por Luiz Gastão Leães²⁰⁷:

²⁰⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A onerosidade excessiva no código civil**. In: Doutrina Especiais Revista dos Tribunais – 100 anos. Coordenador Arnaldo Wald, v. IV, Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

1468. Contrato com obrigações de uma só parte. Nas hipóteses previstas no artigo precedente, se se trata de um contrato no qual apenas uma das partes assumiu obrigações, esta pode pedir a redução de sua prestação ou então uma modificação no modo de execução, suficiente para reconduzi-la a equidade.

1469. Contrato aleatório. As normas dos artigos precedentes não se aplicam aos contratos aleatórios por natureza ou por vontade das partes.’

Os dispositivos correspondentes do Código Civil brasileiro são praticamente idênticos aos do Código italiano, exceção feita ao último artigo, que não tem correspondente.

Assim, apesar da lacuna do Ordenamento brasileiro, pela natureza da Opção, cuja álea lhe é intrínseca, não há que se cogitar incidência de normas revisionistas.

É possível firmar contrato de Opção, cujo contrato principal é uma compra e venda sob a modalidade de “*emptio spei*”²⁰⁸ ou da “*emptio rei sperate*”²⁰⁹.

Vale a pena dar dois exemplos de opção sobre objeto incerto:

a) O proponente, pescador, recebendo o prêmio de R\$ x, oferece ao oblato (comerciante de peixes) o direito de firmar ou não o contrato de compra e venda de sua pesca, pelo preço de R\$ x, a ser exercido até a entrada do barco pescador na enseada, em regime de “*emptio spei*”. Se o proponente (pescador) adivinhar que o oblato²¹⁰ (comerciante) vai exercer seu direito de comprar, poderá se esforçar menos, pois pouco importará se vier muito ou pouco peixe. Mas como não sabe, procurará agir dentro de um nível ótimo, considerando que, não exercido o direito de comprar pelo oblato, terá ele, proponente, que vender o produto de seu trabalho para outros. A compra não está feita, no momento em que firmaram a Opção, mas sim o direito de contratar pelo regime de “*emptio spei*”. O preço de exercício somente será exigido se vier alguma coisa.

b) Em caso da Opção firmada para contratar sob o regime de “*emptio rei sperate*”, se não vier peixe algum (adotando o exemplo do pescador), ainda assim, caso o oblato exerça seu direito de contratar, terá que pagar o preço de exercício.

²⁰⁸ Risco é na quantidade, então se não vier nada, ou se nada for produzido, o preço não será devido – art. 459 do CC/02.

²⁰⁹ O comprador assume o risco da existência – o preço é devido, mesmo que nada se apure do evento no qual se insere a álea – art. 458 do CC/02.

²¹⁰ Oblato – sem tradução precisa para o inglês – é aquele que recebe a proposta, podendo aceitá-la ou não. Nelson Rosenvald assim descreve a posição das partes na fase de formação do contrato: “Em verdade, visando à proteção da segurança das relações negociais, o legislador diz que o proponente se encontra em situação de sujeição, posto que executará precisamente os termos da proposta caso o oblato exerça o direito potestativo da aceitação, submetendo aquele à concretização do conteúdo integral da proposta.” ROSENVALD, Nelson. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 3. ed. Coordenador Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 465.

Em síntese, se for contratada a Opção para o exercício do direito de contratar sob o regime “*emptio rei sperate*”, uma vez exercido o direito de comprar, o oblato terá que pagar o preço de exercício.

8.4 Opção sem prêmio – renúncia do proponente a se compensar ou se indenizar pela álea

Não há qualquer previsão legal que condicione a validade da Opção ao pagamento do prêmio.

Muitas vezes, é do interesse do proponente firmar negócios coligados, como arrendamentos e parcerias, ou mesmo utilizar da Opção como um incentivo positivo.

Os planos de *stock Options* são utilizados por companhias como incentivos positivos para induzir a permanência do empregado na empresa ou melhorar a produção.

A professora Dinorá Fernandes²¹¹ registrou a tendência de se utilizar a opção de compra de ações como incentivo:

A frequência com que as companhias utilizam os stock options plans nas relações com seus empregados como contraprestação ou incentivo para a produção, facultando-lhes se tornarem acionistas no empreendimento, por si só demonstra a relevância de se pesquisar e definir a natureza de tais planos em decorrência da sua estreita proximidade com verbas de natureza trabalhista.

Para o empregado ou beneficiário da opção de compra, não haverá nenhuma exigência de pagamento de prêmio²¹², objetivando o plano, de modo geral, reter o colaborador na companhia, tanto que é comum se exigir tempo de permanência como critério para aferir o prazo de exercício, ou induzir melhor performance produtiva, principalmente dos executivos, não se tratando de remuneração, pois o risco afasta completamente a modalidade de incentivo como forma de remuneração.

Dinorá Fernandes²¹³ ilustrou seu artigo com diversos acórdãos que afastam a natureza salarial dos *stock options plans*, exatamente em função dos riscos inerentes à operação. Nem mesmo o deságio poderia ser entendido como salário indireto.

²¹¹ FERNANDES, Dinorá Carla de Oliveira Rocha. **Opção de compra de ações como mecanismo de remuneração estratégica e suas repercussões nos benefícios previdenciários**. In: Tópicos Especiais de Direito Público e Privado. Jean Carlos Fernandes, Gustavo Costa Nassif (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50.

²¹² FERNANDES, op.cit. p. 63.

²¹³ id., 2011. p. 59-61.

Conclui-se, assim, que o prêmio não é elemento indispensável à Opção, pois o proponente pode renunciar a ele, sem prejuízo da formação e da validade do contrato.

8.5 Opção sem prazo determinado para que o oblato exerça o direito de firmar o contrato definitivo

O prazo de exercício da Opção deve ser determinável. Através de análise utilitarista será possível averiguar qual seria o tempo razoável, no caso concreto, levando-se em consideração principalmente a necessidade de preservar as expectativas contratadas.

O tempo, o passado, o futuro e o presente, como diz Joaquim Maria Machado de Assis²¹⁴, “*no presente, - sempre escuro, - vive a alma ambiciosa, na ilusão voluptuosa, do passado e do futuro*”. Onde encontrar no presente, espaço para as certezas? A questão levantada por Boaventura Santos²¹⁵, quanto à abundância de ações e escassez de previsões, dá ao Contrato de Opção – cujo objetivo é exatamente remediar patologias do tempo – perfil eficiente, capaz de garantir palanque seguro contra incertezas e contingências insuscetíveis de mensuração.

A Opção representa para o Meio Econômico, principalmente para atividades de risco inerente, “*uma maneira de ajustar o corpo a imperativos temporais*”, conforme diz Michel Foucault²¹⁶, ao sugerir uma adequação na marcha, para firmar sincronismo e lhe dar controle.

Devido a um desequilíbrio, criado pela ciência moderna, entre a capacidade de acção, que é cada vez maior, e a capacidade de previsão, que é cada vez menor, o futuro é hoje para nós, ao contrário do que foi para Marx, simultaneamente mais próximo e mais imperscrutável. Nunca esteve tanto nas nossas mãos, mas as nossas mãos nunca foram tão ignorantes sobre se aflagam uma pomba ou uma bomba. “

As incompletudes não solucionadas pela cooperação podem ser objeto de intervenção judicial, sendo importante ressaltar que a preservação é a regra e a resolução medida extrema.

Trataremos aqui de dois aspectos: o da revisão e o da resolução. Em ambos os casos, a boa fé objetiva²¹⁷ funcionará como norte, seja através do exame sob a ótica do “*venire*

²¹⁴ MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. Os dois horizontes. In: Crisálidas. Cf. Obra completa, v. III, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

²¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p.43

²¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 146

*contra factum proprium*²¹⁸, “*exceptio non adimpleti contractus*²¹⁹”, “*tu quoque*”²²⁰, “*supressio*”²²¹ e do “*surrectio*”²²² ou da regra que veda o enriquecimento sem causa, conforme positivado no art. 884, do Código Civil, permeados entre os princípios da boa-fé e da probidade, além da função social, insculpidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil.

O ordenamento jurídico brasileiro contemplou bastante a possibilidade de revisão de contratos, chegando a incluir tal direito como básico do consumidor²²³, em detrimento da “*pacta sunt servanda*”.

O Código Civil de 2002 procurou disciplinar a matéria relacionada à imprevisão e à onerosidade excessiva em três dispositivos que merecem leitura reservada, a começar pelo art. 478, que prevê a resolução como solução ao interesse do autor, tratado como devedor, não sendo a este franqueada a possibilidade de obter a revisão, rumo ao equilíbrio das prestações. O texto da lei em questão é claro: “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. Somente ao réu é dado pedir a revisão, para preservar o contrato, conforme se vê do art. 479: “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.” Esse é um erro grave, que a doutrina deverá cuidar de corrigir nas linhas teóricas e reclamar atenção dos aplicadores do direito, sobretudo através de aplicação supletiva do art. 317, do mesmo Diploma.

O mais grave é o que está no art. 480, do Código Civil, ao permitir revisão em contratos unilaterais, de forma genérica, conforme a seguinte redação: “se no contrato as

²¹⁷ Enunciado editado pela Nova Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 187. As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.” CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p. 797.

²¹⁸ Regra que proíbe condutas contraditórias.

²¹⁹ A parte somente poderá exigir o cumprimento da prestação da outra parte, depois de honrar a sua.

²²⁰ Condutas intencionalmente ambíguas que se destinam a produzir o erro na parte contrária, em ambiente de falsa apresentação da realidade contratual.

²²¹ Não exercer um direito que emerge do contrato, fazendo a outra parte ter a impressão de que estaria havendo renúncia ou interesse na persistência do contrato, apesar da falha de um contratante consentida pelo silêncio do outro.

²²² Atos praticados por uma parte que dão a entender à outra que a falha contratual estaria sendo desprezível para implicar em alguma sanção ou reprimenda.

²²³ Código de Defesa do Consumidor “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. Ora isso implica em vilipêndio do equilíbrio, pois a parte que já encerrou sua obrigação, cumprindo-a integralmente, tem a justa expectativa de aguardar pelo adimplemento, na forma avençada. Não há condição mínima para buscar equilibrar o que já está consumado, com a conclusão da prestação de uma das partes. No esforço de dar vida útil a tal dispositivo, entende-se que em alguns tipos de contratos unilaterais, como os de locação e o de empreitada, em que o elemento surpresa não faça parte do tipo contratual, há de se admitir revisão, mas com cautela máxima capaz de não sacrificar as expectativas contratadas, aliadas aos riscos normais. Temos que distinguir o risco contratado como objeto do risco admitido como evento adjacente. Todo contrato em que o risco é objeto do contrato, não há que se cogitar revisão, não incidindo a regra do art. 317, do Código Civil.

A Teoria da Imprevisão, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já tinha ampla aplicação, conforme doutrina a seguir é transcrita:

De fato, após algumas hesitações onde predominam arestos em sentido contrário, parece ter se firmado orientação no sentido de se permitir a rescisão dos contratos, em virtude da excessiva onerosidade das prestações, oriunda de acontecimentos extraordinários e supervenientes, imprevisíveis por ocasião do negócio.

O primeiro caso vitorioso no Supremo Tribunal Federal ilustra bem a figura em estudo e revela, de maneira nítida, o calor da controvérsia, àquele tempo.

Certa firma brasileira prometeu comprar de empresa Belga, durante os anos de 1930 a 1933, vultosa quantidade de porcas e parafusos, num montante de três milhões e duzentos mil francos. Os fornecimentos haviam de ser pagos em moeda estrangeira, devida ainda a comissão ao intermediário. Advindo a Revolução de 1930, que transformou fundamentalmente as condições do negócio, não só pela alta do câmbio, como pelas restrições ocorridas no mercado interno, pleiteou a compradora a rescisão do contrato, com base na cláusula *rebus sic stantibus*.

Acolhida a pretensão pela sentença de primeira instância, foi a decisão cassada em apelação, para ser novamente restabelecida em embargos, recebidos estes pelas Câmaras Conjuntas do Tribunal do Distrito Federal.²²⁴

O Supremo Tribunal, desprezando o recurso extraordinário, entendeu que a tese esposada pelo aresto recorrido (onde havia expressa admissão da cláusula *rebus sic stantibus*) não colidia com a lei federal²²⁵

Outros numerosos casos de admissão da teoria em estudo podem ser conferidos na jurisprudência citada por Washington de Barros Monteiro e por Paulo Carneiro Maia.²²⁶

²²⁴ Ver Revista dos Tribunais, v. 121, p. 703.

²²⁵ Ver Arquivo Judiciário, v. 39, p. 178.

²²⁶ Jurisprudência apud MONTEIRO, Washington de Barros. Código de defesa do consumidor. p. 22 nota 19; MAIA, Paulo Carneiro, p. 242, nota 381. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011.

Assim, vê-se como tem evoluído o contrato, talvez no sentido de se sacrificar a amplitude de seus princípios básicos em favor das restrições que almejam fazê-lo mais justo e mais humano.²²⁷

Segundo esta concepção não é mister que a prestação se torne impossível para que o devedor se libere do liame contratual. Basta que, através de fatos extraordinários e imprevisíveis, ela se torne excessivamente onerosa para uma das partes. Isso ocorrendo, pode o prejudicado pedir a rescisão do negócio.²²⁸

A cláusula rebus sic stantibus, elaborada pelos pós-glosadores, espousa a idéia de que todos os contratos dependentes de estações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente. Contractus Qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intellinguntur.

Tal idéia se inspirava em princípio de equidade, pois se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação de uma das partes, estabelecendo profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria injusto manter-se a convenção, pois haveria o indevido enriquecimento daquele, com o injustificado empobrecimento deste.²²⁹

Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando conseqüências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da alea que todo contrato dependente do futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações.

Na fundamentação da retratabilidade, por força da chamada imprevisão, dissentem os escritores. Explicam-na alguns, esclarecendo que a alteração do estado de fato faz desaparecer a vontade contratual, por isso que emitida em atenção às circunstâncias existentes no momento da formação do contrato e às que poderiam ser previstas. Se pudessem as partes prever os acontecimentos que provocaram a alteração fundamental da circunstância, outra seria a declaração de vontade.²³⁰

A Teoria da Imprevisão, se não for muito bem aplicada, pode servir de veículo eficiente para manobras oportunistas, portanto, deve ser manejada com cautela e com olhos no enfoque das legítimas e reais expectativas das partes, frente a um ambiente econômico dinâmico, cujas vicissitudes não podem servir de pretexto para enriquecimento ilícito ou correções de estratégias equivocadas, pois o risco inerente ao negócio não pode ser transferido para a outra parte, assim como não se pode aquinhoar a parte que eventualmente se beneficia com algum evento econômico.

Nos eventos de resolução contratual, sob a modalidade de rescisão unilateral, o Código Civil admite a incursão judicial para aferição do momento em que a denúncia produz seus efeitos, conforme abaixo se transcreve:

²²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 1999. v. 3. p. 25.

²²⁸ RODRIGUES, op. cit., p.22.

²²⁹ id. 1999. p.22

²³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 48.

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Não há dúvida que na Opção o risco de perder, ser lesado e sofrer prejuízo é negociado, como parte do Contrato, daí não ser acudido o contratante desfavorecido com as regras de revisão contratual. O inadimplemento – se por fato invencível ou impraticabilidade intercorrente – acarretará a convolação em perdas e danos, considerando o conteúdo econômico da prestação inadimplida, no momento do exercício do direito potestativo.

9 CONCLUSÃO

As dificuldades encontradas na abordagem do Contrato de Opção devem-se principalmente aos espaços vazios deixados pelo legislador, ao redigir o texto do art. 466, do Código Civil, sem dotá-lo de inteligibilidade compactada no próprio dispositivo, entregando ao jurista a incumbência de montá-lo ao longo do texto legal. É comum atribuir-se ao Contrato de Opção o caráter de mera proposta, ou mesmo lhe posicionar como elemento da fase negocial. Tudo isto foi exorcizado nas páginas anteriores, que demonstram tratar a Opção de verdadeiro contrato, de natureza preliminar, uma vez ter em seu foco o contrato definitivo, que poderá ou não ser firmado no futuro. É também aleatório, pois o conteúdo obrigacional dependerá unicamente da decisão do oblato, credor do contrato, assim como unilateral, por concentrar obrigação exclusivamente ao proponente.

Como visto, o texto legal merece adaptações para melhor tipificar o Contrato de Opção, tornando-o compacto e abrangente, como lhe convém, para atender às expectativas de performance.

A incompletude, como dito neste trabalho, é da essência da Opção, não só pelo vazio da positivação do texto legal brasileiro atual, mas pela álea intrínseca que motiva sua formação. É comum que o oblato necessite de prazo para decidir ou reunir condições para firmar o contrato definitivo, contudo, até que se decida, as externalidades econômicas não poderão justificar uma desobrigação do proponente. Assim, hão de se preservarem o objeto pactuado e seus efeitos inerentes, sendo a solução resolutória a última, depois de esgotados todos os meios de aproveitamento do contrato, lembrando-se que o proponente se encontrará completamente vinculado por todo o prazo fixado na Opção.

É bom salientar, conforme feito ao longo da dissertação, que o oblato não tem obrigação alguma: poderá firmar ou não o contrato definitivo.

A incompletude econômica é essencial à Opção, enquanto a incompletude acidental notada no texto do art. 466, do Código Civil poderia ser resolvida através de nova redação. Aliás, o legislador também provocou uma incompletude, ao admitir que o exercício do direito de firmar o contrato definitivo pudesse ocorrer em prazo razoável. A nosso ver, esta última incompletude é nociva à performance adequada da Opção, devendo ser suprimida do texto. Enquanto persistirem tais incompletudes forjadas pelo legislador, a solução deverá ser dada à luz das legítimas expectativas, cuja fase negocial – que antecede ao pré-contrato – deve ser investigada, assim como os cenários econômicos anteriores e posteriores ao contrato

preliminar. Os artigos 421 e 422 do Código Civil, o primeiro ao contemplar a função social, o segundo a boa-fé e a probidade, têm especial importância nas soluções das incompletudes diagnosticadas nos Contratos de Opção, como também o princípio da segurança jurídica. O foco de justiça a ser pugnada nos enfrentamentos das incompletudes das Opções estará exatamente na estrita observância do que foi pactuado e nas legítimas expectativas produzidas no momento da contratação preliminar. Qualquer intenção de se frustrar o caráter da álea negociada na formação do Contrato de Opção configurará golpe de morte ao referido instituto contratual, daí o porquê de não se admitir incidência de regras revisionistas que compensem lucros ou prejuízos, imprevisões ou que busquem equilibrar a economicidade das prestações, ainda mais por ser a Opção um contrato unilateral (produz obrigação somente para o proponente) e aleatório. Mais uma vez, esclarece-se que o conteúdo econômico do contrato a ser firmado não interessará para fins de validade do contrato preliminar se for exercido o direito de contratar no prazo fixado ou razoavelmente assinado (conforme dispõe o texto do Código Civil) e mediante pagamento do preço de exercício. Assim visto, o jurista deve ficar atento à essência do Contrato de Opção, corrigindo suas incompletudes sempre com o propósito de preservar os interesses que justificam a própria existência desse importante tipo contratual.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés (Organização); [tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes]. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito – Programa e guia de estudo**. Lisboa: Almedina, 2008.
- _____. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BACON, Francis. **Ensaio sobre moral e política** [Tradução Edson Bini]. Bauru: Edipro, 2001.
- BANDEIRA, Paula Greco. **Os contratos de derivativos e a teoria da imprevisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 904, fev. 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, 94. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Disponível em: <www.iabnacional.org.br> (Acesso em 20/02/2007).
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. [tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman]. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BERLIN, Isaiah. **A força das ideias**. Organização Henry Hardy; Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2005.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão, dos poderes o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. *In*: BIERWAGE, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.
- BORICHELO, Fernando. Teoria dos jogos. Disponível em: <<http://www.teoriadosjogos.net/list-trechos.asp?.id=24>>. Acesso em: 23/04/2011.
- BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2012.
- CALAMARI, John; D. PERILLO, Joseph M. **Contracts**. Thompson, fifth edition, St. Paul, MN, 2003.

CARNEIRO, Athos de Gusmão. O contrato de leasing financeiro e as ações revisionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 742.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 2. ed. 1946.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inacio. **Doutrina e prática das obrigações**. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à teoria dos jogos no direito**. Direito Empresarial: falimentar e recuperação empresarial. V. 6. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. *In*: **Dicionário de economia e administração**. Os economistas. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

CARVALHO, Orlando de. **Escritos páginas de direito I**. Coimbra: Edições Globo, 1998.

CAUSSE, Herve. **Les Titres Négociables**. Litec, 1993.

CONDILLAC, Étienne de. **Tratado das sensações**. Tradução Denise Nottman Campinas. Unicamp, 1993.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 2. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um sistema em construção - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileira. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v.753, p. 32,1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta** – Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça. Belo Horizonte, Arraes, 2011.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

Departamento de Administração Série de Working Papers. Disponível em: www.ead.fea.usp.br/wpapers/index.htm Acesso em: 23/04/2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. *In*: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. v. 1.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Boa-fé**, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro. Revista dos Tribunais, v. 817, p. 50, nov., 2003, reproduzido no v. III, Edições Especiais Revista dos Tribunais.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. [tradução Luís Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais: regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Escrow Account'.” Disponível em: http://www.bradescom.br/uploads/conteudo/22431/09_EstruturaOperacional.pdf. Acesso em 23/04/2011.

FERNANDES, Dinorá Carla de Oliveira Rocha. Opção de compra de ações como mecanismo de remuneração estratégica e suas repercussões nos benefícios previdenciários. *In*: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa.(coordenadores). **Tópicos especiais de direito público e privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 11. ed. São Paulo: ed. Nacional.

FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo. **Direito aplicado: vivências judiciais de conflitos coletivos agrários em Minas Gerais**. Brasília: MDA, 2009.

FLOCKER, Michael. **Manual do Hedonista**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

FRANÇOIS Collart-Dutilleul et Philippe Delebecque. **Contrats Civils et Commerciaux**. 5. ed. Paris : Dalloz, 2001.

FRITZ, Karina Nunes. **Contratos: formação e regime**. Coleção Doutrina Essenciais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson, organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIRINO, Emilio. *I contratti derivati*. Miliano: Giuffrè, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Malheiros. São Paulo, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. [tradução: Flávio Siebeneichler]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **O que é direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Do negócio jurídico de distribuição de prêmios mediante sorteio a título de propaganda comercial**. Castro, Rodrigo Rocha Monteiro de; Warde Junior, Walfrido Jorge; Guerreiro, Carolina Dias Tavares (coord.). *Direito Empresarial*

e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A onerosidade excessiva no código civil**. In: Doutrina Especiais Revista dos Tribunais – 100 anos. Coordenador Arnaldo Wald, v. IV, Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo, 2004. p. 1135. v. II.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. Os dois horizontes. In: Crisálidas. Cf. Obra completa, v. III, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; GAUTIER, Pierre-Yves. **Contrats Spéciaux**. 14. ed. Paris: LGDJ, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATOS, Alan Kardec Veloso de; ALVARENGA, José Eduardo de. A bolsa de mercadorias e futuros. In: QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walkíria Batista dos, coordenadores. **Direito do agronegócio**. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários. **Revista de Direito Civil**, n. 29, p. 81, jan./mar., 1984, reproduzido no v. VI, Edições Especiais Revista: Obrigações e contratos.

MOLIÈRE – Jean-Baptiste Poquelin. **O tartufo ou o impostor**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, José Roberto de Castro. **Medida por medida: o direito em Shakspeare**. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

_____. **Uma introdução ao direito civil** – parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III.

_____. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Regis Fitchner. **A Fraude à Lei**. Renovar, Rio de Janeiro, 1994.

PERES, Tatiana Bonatti. **Opção de compra**. Curitiba: Juruá, 2011

PICAZO, Luiz Diéz, prólogo de “*El principio general de la buena fé*” de Franz Wiacker In: ROSADO, Aguiar Jr. de. **A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; resolução**. Rio de Janeiro : Aide, 1991.

PIEPER, Josef. **Que é filosofar?** São Paulo: Loyola, 2007.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. t. 38. Campinas: Bookseller, 2005.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. [tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Fronteiras da teoria do direito** [tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Sales e Pedro Sette Câmara - revisão de tradução e texto final Evandro Ferreira e Silva]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Direito do Agronegócio**. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 1999. v. 3.

ROSEVALD, Nelson. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 3. ed. Coordenador Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2009.

SAAD, Ricardo Nacim. **Representação Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça - o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SAVIGNY, F. C. **Sistema del diritto romano attuale** [tradução italiana]. v. 1, § 42. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SZTAJN, Raquel. Direito e economia dos contratos. Os conceitos fundamentais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**, t. I – Fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 377, p. 237-254, 2005.

_____. **Temas de Direito Civil**. t. III. São Paulo: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código interpretado conforme a Constituição da República**. Arts. 421 a 965. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. **Novo Código Civil Interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. **Conversão de negócio jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. II v.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. t. I. **Curso de direito comercial 4**. Fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4.

VIEIRA, Antônio. **Sermões do Padre Antônio Vieira**. Seleção Porto Alegre: L&PM, 2007.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WALD, Arnaldo. A introdução ao leasing no Brasil. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 415, 2011.