

GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Civil e Arbitragem em Cursos de Pós-Graduação. Diretor do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e da Câmara de Arbitragem da Federasul (CAF). Autor de obras jurídicas nas áreas de Direito Civil e Arbitragem. Sócio de Contencioso e Arbitragem de Tozzini Freire Advogados.

LACUNAS CONTRATUAIS E INTERPRETAÇÃO

HISTÓRIA, CONCEITO E MÉTODO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2019
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE

Lacunus Contratuais e Interpretação:

História, Conceito e Método

São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ISBN 85-7674-998-X

1. Direito Civil. 2. Direito Privado.
3. Contratos. 4. Lacunas. I. Título

Editor

Vinícius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Antonio Marcos Cavalheiro

Revisão gramatical

Ronaldo Santos Soares

Capa

Anderson dos Santos Pinto

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815;

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: quartierlatin@ globo.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Nota do Autor e Agradecimentos.....	13
Apresentação por Judith Martins-Costa.....	17
Prefácio por Cristiano de Sousa Zanetti.....	21
Prefácio por Luis Renato Ferreira da Silva.....	23

INTRODUÇÃO, 31

1. Objeto e Justificativa deste Trabalho.....	33
2. Sobre a Divisão de Assuntos e Alguns Conceitos Preliminares	44

PARTE I

LACUNOSIDADE E INTEGRAÇÃO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA, 49

Considerações Introdutórias.....	51
1. Lacunosidade e Integração na Tradição Portuguesa.....	56
1.1. Cenário e Direito	56
1.2. As Ordenações Filipinas.....	61
1.3. A Lei da Boa Razão.....	67
1.4. A Doutrina Portuguesa.....	75
2. Lacunosidade e Integração no Brasil do Século XIX.....	83
2.1. Cenário e Direito	83
2.2. O Código Comercial de 1850.....	87
2.3. Os Projetos de Código Civil	97
2.4. Doutrina	109
3. Lacunosidade e Integração no Brasil do Século XX:	
as primeiras décadas	127
3.1. Cenário e Direito	127
3.2. O Código Civil de 1916	132

3.2.1. Premissas: projeto, trâmite e feito geral.....	132
3.2.2. Decorrências: interpretação e integração contratual no Código Civil de 1916	138
3.2.3. Outras tentativas de codificação civil: Projeto Inglês de Souza (1911) e Ante-Projeto de Código de Obrigações (1941).....	144
3.3. Doutrina	149
4. Conclusões Preliminares	165

PARTE II

LACUNOSIDADE CONTRATUAL, 171

Considerações Introdutórias.....	173
1. Conceito de Lacunosidade Contratual.....	188
1.1. Lacuna da Lei e Lacuna do Contrato (e considerações sobre a comparação entre integração da lei e integração do contrato).....	188
1.2. Conteúdo do Contrato e Lacunosidade	212
1.2.1. Sobre a premissa deste Capítulo: os planos do negócio jurídico.....	212
1.2.2. Exercício de comparação jurídica: objeto e conteúdo nos direitos brasileiro, estrangeiro e transnacional	220
1.2.3. Síntese da questão: conceitos de objeto e conteúdo do contrato	231
1.2.4. Conteúdo e lacunosidade; conteúdo implícito e conteúdo presumido	241
1.2.5. Fontes do conteúdo contratual e lacunosidade	253
1.2.6. Conteúdo contratual e lacunas em contratos atípicos.....	260
1.2.7. Lacunosidade e planos do negócio jurídico.....	267
1.3. Lacunosidade e Outras Figuras	273
1.4. Lacunosidade e Contratos Incompletos	279
1.4.1. A visão da Teoria Econômica.....	281
1.4.2. Apreciações críticas.....	286
1.5. Sumário de um Conceito de Lacuna Contratual	291
2. Hipóteses de Lacunosidade	294
2.1. Quanto à Previsão Legal: lacunas típicas e lacunas atípicas	295

2.2. Quanto ao Momento de seu Surgimento: lacunas contemporâneas à conclusão do contrato e lacunas supervenientes à conclusão do contrato	299
2.3. Quanto à Escolha das Partes: lacunas por expressa deliberação das partes e lacunas não deliberadas	303
2.4. Quanto à Matéria não Regulada: lacunas jurídicas e lacunas extrajurídicas	309
2.5. Quanto à Origem das Lacunas: lacunas originárias e lacunas derivadas.....	312
3. Conclusões Preliminares	313

PARTE III

“INTEGRAÇÃO” DE LACUNAS CONTRATUAIS, 319

Considerações Introdutórias.....	321
1. Integração e Interpretação	333
1.1. Exercício de Comparação Jurídica	333
1.1.1. “Integração” de lacunas no direito brasileiro	333
1.1.2. “Integração” de lacunas no direito estrangeiro e transnacional	343
1.2. Síntese da questão: conteúdo e “interpretação completativa”.....	368
2. Meios de Colmatação de Lacunas Contratuais.....	390
2.1. Pelas Próprias Partes	391
2.2. Pelo juiz	398
2.3. Pelo árbitro	405
2.3.1. Panorama	405
2.3.2. <i>A lex arbitri</i>	410
2.3.3. O direito material	417
2.3.4. A convenção de arbitragem: síntese da questão.....	419
2.4. Pelo arbitrador	427
2.5. Por “ <i>Dispute Boards</i> ”	438
3. Critérios para a Colmatação de Lacunas Contratuais.....	443

3.1. O Postulado Normativo: a intenção comum das partes	444
3.2. Critérios Específicos: a colmatação de lacunas típicas.....	455
3.2.1. Sobre a tipificação do método no próprio contrato e a prioridade dos critérios legais específicos.....	455
3.2.2. Lacunas típicas no Código Civil	458
3.2.2.1. Art. 485: o preço no contrato de compra e venda.....	458
3.2.2.2. Art. 596: a retribuição no contrato de prestação de serviços.....	463
3.2.2.3. Art. 628, Parágrafo Único: a retribuição no contrato de depósito oneroso.....	464
3.2.2.4. Art. 658, Parágrafo Único: a retribuição no contrato de mandato oneroso	467
3.2.2.5. Art. 701: a remuneração no contrato de comissão.....	469
3.2.2.6. Art. 724: a remuneração no contrato de corretagem.....	470
3.2.2.7. Casos de “falsa lacuna”: arts. 488, 569, inc. II, 581 e 599.....	472
3.3. Critérios Gerais: a colmatação de lacunas atípicas	477
3.3.1. Usos e costumes	478
3.3.1.1. Aproximação retrospectiva	478
3.3.1.2. Panorama atual: práticas, usos do tráfico e costumes.....	484
(i) Usos Individuais ou Práticas	490
(ii) Usos do Tráfico ou Usos Propriamente Ditos	498
(iii) Costumes ou Direito Consuetudinário	501
3.3.1.3. Funções dos usos e costumes; práticas e usos do tráfico como critérios de colmatação de lacunas	506
3.3.2. Legislação	520
3.3.2.1. A legislação como não critério para a colmatação de lacunas: regras legais cogentes, regras legais dispositivas e conteúdo contratual	520
3.3.2.2. Regras legais por analogia: critério para a colmatação de lacunas em contratos mistos.....	529
3.3.3. Boa-fé objetiva.....	540
3.3.4. Equidade apenas quando autorizada pelas partes em arbitragem	556
3.3.5. Tecnicidade para a colmatação de lacunas extrajurídicas.....	564
3.3.6. Escalonamento na aplicação dos critérios gerais e enquadramento da colmatação	566

CONCLUSÕES, 585

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, 597

1. Livros e Artigos	597
2. Jurisprudência Citada	630