



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carlos Nelson de Paula Konder

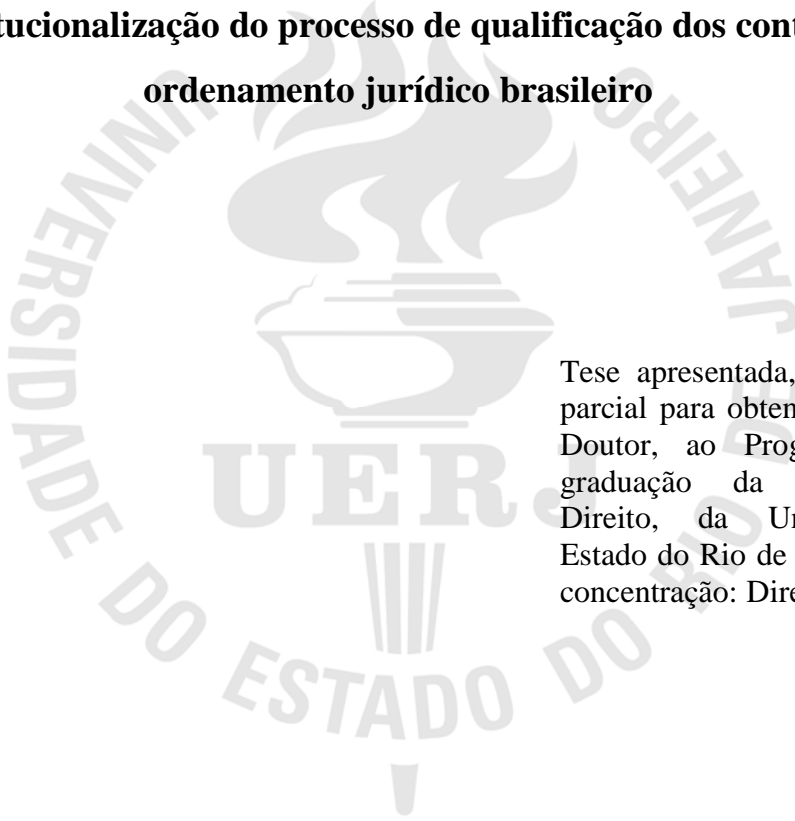
**A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no
ordenamento jurídico brasileiro**

Rio de Janeiro

2009

Carlos Nelson de Paula Konder

**A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no
ordenamento jurídico brasileiro**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

K82c Konder, Carlos Nelson de Paula.
A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro / Carlos Nelson de Paula Konder. – 2009. 238 f.

Orientador: Moraes, Maria Celina Bodin de..
Dissertação (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Contratos – Função social (Direito) - Teses. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

..

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial dessa tese.

Assinatura

Data

Carlos Nelson de Paula Konder

**A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no
ordenamento jurídico brasileiro**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em: 17 de dezembro de 2009.

Banca examinadora: _____

Profa. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes (orientadora)
Faculdade Direito da UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Faculdade Direito da UERJ

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Faculdade Direito da UERJ

Profa. Dra. Daniela Trejos Vargas
PUC-Rio

Profa. Dra. Caitlin Sampaio Mulholland
PUC-Rio

Rio de Janeiro
2009

“It becomes extremely hard to disentangle our idea of the cause
from the effect by which we know
it”

Edmund Burke

RESUMO

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 237p. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009.

A partir da funcionalização da autonomia privada patrimonial como decorrência da constitucionalização do direito civil, a tese defende que o processo de qualificação dos contratos deve ser pautado pela verificação de sua causa em concreto. A tese inicia pela análise da transformação operada no conceito de causa: da sua enunciação subjetiva, ligada à obrigação contraída por cada parte, para a sua objetivação, como causa do contrato; da sua referência a imperativos sociais, associada à função social do contrato, à ênfase de que tais imperativos devem ser positivados juridicamente, dentro do ordenamento, concluindo pela complementaridade mas distinção entre a causa e a função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil. Este conceito de causa é, assim, aplicado ao processo de qualificação dos contratos, sob as premissas da liberdade do intérprete diante da textura aberta da linguagem, limitada internamente pela exigência de fundamentação argumentativa da decisão; da mitigação da separação entre interpretação da lei e do contrato, em razão da transformação da autonomia privada; da unidade do processo de interpretação – qualificação – aplicação, diante da indissociabilidade entre fatos e efeitos jurídicos; e da flexibilidade dos tipos e a diversidade das características que os compõem; a superação do modelo formalista e mecanicista da subsunção. As repercussões desta constitucionalização do processo de qualificação dos contratos são então examinadas, inicialmente respondendo às preocupações referentes ao impacto da flexibilização da qualificação dos contratos em outros ramos mais rígidos, como tributário e penal, e ao papel da análise doutrinária dos tipos em abstrato. Enfim, são abordadas as repercussões do método sugerido no tocante à relativização da distinção entre tipicidade e atipicidade e quanto à determinação dos efeitos normativos dos contratos ditos mistos e dos contratos ditos atípicos.

Palavras-chave: Qualificação. Interpretação. Causa do contrato. Constitucionalização. Funcionalização. Função social do contrato. Tipicidade. Contrato misto. Contrato atípico.

Résumé

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *La constitutionalisation du procès de qualification des contrats dans l'ordre juridique brésilien*. 2009. 237p. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009.

Sous la prémisse de la fonctionnalisation de l'autonomie privée patrimoniale comme effet de la constitutionnalisation du droit civil, la thèse défend que le procès de qualification des contrats doit être opéré pour la vérification de la cause en concret. La thèse commence en analysant la transformation opérée dans le concept de cause, attachée à sa concrétisation; de son énonciation subjective, liée à l'obligation contractée par chaque part, vers son objectivation, comme cause du contrat; de sa référence à impératifs sociaux, associés à la fonction sociale du contrat, à l'emphase de que des tels impératifs doivent être positifs juridiquement, et conclut par la complémentarité mais différenciation de la fonction sociale du contrat prévue dans l'article 421 du Code Civil. Ce concept de cause est appliqué au procès de qualification des contrats et prend pour fondement les prémisses de la liberté de l'interprète devant la texture ouverte du langage, limité à l'intérieure par l'exigence de fondement argumentative de la décision; l'atténuation de la séparation entre l'interprétation de la loi et du contrat, en raison de la transformation de l'autonomie privée; l'unité du procès d'interprétation – qualification – application, en face de l'indissociabilité des faits et des effets juridique; la flexibilité des types et la diversité des caractéristiques qui les composent; le surmenage du modèle formaliste et mécaniciste de subordination. Les répercussions de l'utilisation de cette cause en concret pour la qualification des contrats sont alors examinées, initialement en réponse aux préoccupations relatives à l'impact de la flexibilisation de la qualification des contrats dans d'autres branches plus rigides, tels le tributaire et le pénal, et au rôle de l'analyse doctrinaire des types en abstract. Enfin, sont abordés les répercussions de la méthode suggérée dans ce qui concerne à la relativisation de la distinction entre typicité et atypicité et en ce qui concerne à la détermination des effets normatifs des contrats dits mixtes et des contrats dits atypiques.

Mots-clé: Qualification. Interprétation. Cause du contrat.
Constitutionnalisation. Fonctionnalisation. Fonction sociale du contrat. Typicité. Contrat mixte.
Contrat atypique.

Riassunto

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *La costituzionalizzazione del processo di qualificazione dei contratti nell'ordinamento giuridico brasiliano*. 2009 37p. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009.

Partendo dalla funzionalizzazione dell'autonomia privata patrimoniale come effetto della costituzionalizzazione del diritto civile, la tesi difende che il processo di qualificazione dei contratti deve essere basato sulla verifica della causa in concreto. La tesi inizia per l'analisi della trasformazione sul concetto di causa, riguardo alla sua concretizzazione: della sua enunciazione soggettiva, collegata all'obbligazione assunta da ciascuna parte, alla sua oggettivazione, come causa del contratto; dal suo riferimento a imperativi sociali, associata alla funzione sociale del contratto, alla enfasi sull'esigenza che questi imperativi siano positivati giuridicamente, dentro l'ordinamento, concludendo per la complementarità ma distinzione fra causa e funzione sociale del contratto prevista dal art. 421 del Codice Civile brasiliano. Questo concetto di causa è applicato al processo di qualificazione dei contratti, sulle premesse della libertà dell'interprete dinanzi alla tessitura aperta del linguaggio, limitata internamente per l'esigenza di giustificazione argomentativa della decisione; la mitigazione della separazione fra interpretazione della legge e del contratto, in ragione della trasformazione dell'autonomia privata; l'unità del processo di interpretazione – qualificazione – applicazione, dinanzi alla indissociabilità tra fatti e effetti giuridici; la flessibilità dei tipi e la diversità delle caratteristiche che lo compongono; la superazione del modello formalista e meccanicista della sussunzione. Le ripercussioni dell'utilizzo della causa in concreto per la qualificazione dei contratti sono dunque esaminate, inizialmente rispondendo all'apprensione riguardanti l'impatto della flessibilità della qualificazione dei contratti su altri rami più rigidi, come il fiscale e il penale, e riguardanti l'importanza di analizzare in dottrina i tipi in astratto. In fine, si tratta delle ripercussioni del metodo proposto in riguardo alla relativizzazione della distinzione fra tipicità e atipicità e in riguardo alla determinazione degli effetti normativi dei contratti c.d. misti e dei contratti c.d. atipici.

Parole-chiave: Qualificazione. Interpretazione Causa del contratto. Costituzionalizzazione; Funzionalizzazione. Funzione sociale del contratto. Tipicità. Contratto misto. Contratto atipico.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
1 A FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E O CONCEITO DE CAUSA.....	20
1.1 O perfil funcional dos institutos e a funcionalização da autonomia privada.....	20
1.2 A rejeição à concepção subjetiva: a causa como fim de cada contratante.....	28
1.3. A recepção doutrinária à concepção objetiva: a causa como função econômico-social do contrato.....	42
1.4 A função social do contrato no Código Civil de 2002.....	52
1.5 Rumo à concepção da causa em concreto.....	74
2 O PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO COM BASE NA FUNÇÃO DO CONTRATO CONCRETO	94
2.1 A interpretação segundo a metodologia civil-constitucional: liberdade argumentativa, exigência de fundamentação e responsabilidade do intérprete.....	94
2.2 Relativização da distinção entre interpretação da lei e dos contratos e a unidade do processo de interpretação e qualificação.....	113
2.3 Formas de enunciação normativa do direito contratual e sua influência sobre a qualificação dos contratos.....	125
2.3 A flexibilização dos métodos de qualificação: da doutrina dos <i>essentialia</i> ao método tipológico.....	136
2.5 A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro: em torno da causa concreta.....	144
3 Repercussões da constitucionalização do processo de qualificação dos contratos.....	153
3.1 Da qualificação contratual ao enquadramento típico em outros ramos do ordenamento.....	153
3.2 O potencial conflito entre tipos e o papel da análise doutrinária em abstrato	166
3.3 Causas concretas que afastam e que atraem normas típicas	176
3.4 Contratos ditos mistos e sua consolidação como tipos sociais	189
3.5 Criatividade contratual e as regras para o mundo da “atipicidade”	197

4	Conclusão	213
	Referências	222