Introdução

O processo de qualificação, no direito como um todo, tem uma importância fundamental. Trata-se do processo pelo qual se determinam os efeitos jurídicos produzidos por um certo fato – como um contrato, por exemplo – normalmente através da sua comparação a um modelo abstrato previsto pela lei. Esta comparação com o modelo abstrato normalmente é concebida como um processo de recondução, ou mesmo de enquadramento: o fato concreto corresponde à hipótese abstrata previamente estipulada e isto determina as normas aplicáveis àquele fato. Neste sentido, no direito, a classificação em modelos teóricos gerais não tem apenas a finalidade organizadora ou didática de satisfazer o natural anseio por ordem da mente racional. Atende principalmente ao objetivo de condicionar o mecanismo de aplicação de normas aos casos concretos.[1]

À primeira vista, o processo parece simples e claro. O fato concreto seria examinado, comparado com a previsão normativa e, diante da similitude entre os dois, proceder-se-ia ao seu enquadramento, cominando-lhe os efeitos jurídicos estipulados pela norma. Estas simplicidade e clareza levam mesmo a crer que pouco ou nenhum espaço há para a liberdade ou criatividade daquele que procede à qualificação. Na interpretação do fato em si, do que efetivamente ocorreu, poderia haver dúvida, assim como na compreensão da norma, de seu significado, haveria a possibilidade de controvérsia. Entretanto, não na junção entre dois: revelado o fato, compreendida a norma, o mero silogismo propiciaria a solução do caso, restando apenas o trabalho de aplicação. O raciocínio é tão singelo quanto ilusório.

Um exemplo quase lúdico ajuda a ilustrar o equívoco. Em meio à análise de uma controvérsia tributária entre a empresa Toy Biz Inc. e a alfândega americana, a juíza Judith Barzilay, da Corte norte-americana de Comércio Internacional (U.S. Court of International Trade), se viu obrigada a determinar se os X-Men, heróis fictícios que lutam contra o racismo e a intolerância para proteger um mundo que os teme e odeia, assim como o Homem Aranha e o Quarteto Fantástico, seriam seres humanos.[2]

---

[1] Referindo-se especialmente à classificação das obrigações, leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: "Reduzindo-se todas as modalidades de tipo obrigacionais a uns poucos grupos, consegue-se ter à mão, para qualquer eventualidade, jogos de princípios que simplificam a solução das questões em torno de cada uma. Não tem, pois, sentido de pura abstração" (*Instituições de direito civil*, vol. 2, 23. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 45).

[2] Toy Biz, Inc. *v.* US Customs, extraído de <http://www.cit.uscourts.gov/slip_op/slip_op03/slip-op%2003-2.pdf>, acesso em 16.07.05.

O litígio inusitado teve origem na aplicação do código tributário americano (HTSUS) que, em virtude de uma recente alteração, passou a determinar taxas de importação maiores para bonecos (*dolls*, 12% *ad valorem* segundo a seção 9502.10.40 do HTSUS) do que brinquedos em geral (*other toys*, 6,8% *ad valorem* segundo a seção 9503.49.00 do HTSUS). A Toy Biz Inc. pressionou a juíza para que declarasse que seus heróis são "inumanos", pois, a prescindir da *ratio juris* da norma, assim poderia obter uma tarifação mais branda em bonecos importados da China, uma vez que, de acordo com a legislação tributária, representações de seres humanos são bonecos enquanto figuras representando animais ou "criaturas", como monstros e robôs, são considerados outros brinquedos.

A Toy Biz defendia que os bonecos não representam humanos, afinal, alguns possuem "tentáculos, garras, asas e membros robóticos". De outro lado, para os procuradores estatais, cada figura possui "uma personalidade individual distinta": alguns são russos, japoneses, negros, brancos, mulheres, até mesmo deficientes físicos; o personagem Wolverine é simplesmente "um homem com próteses nas mãos". Para sopesar estas questões, a juíza Barzilay se debruçou sobre um rol de documentos e mais de 60 bonecos de plástico, incluindo Wolverine, Tempestade e Vampira, além de outros heróis e vilões da Marvel, e, tendo em vista que os personagens apresentavam características humanas em graus variados, conclui que embora muitos "pareçam" (*ressemble*) seres humanos, não podem ser qualificados como "representações de seres humanos".

Não faltam exemplos sobre as dificuldades existentes por trás da aparente simplicidade do processo de qualificação, os quais variam desde casos pitorescos envolvendo debates sobre se personagens dos quadrinhos são seres humanos, se "burritos" são sanduíches[3] e se salgadinhos "pringles" são batatas,[4] até questões candentes sobre os novos desafios da tutela biojurídica da pessoa humana, como no tocante aos efeitos civis da mudança de sexo: o transexual é uma terceira categoria ou se "enquadra" para efeitos jurídicos no gênero para cuja morfologia dirigiu-se a cirurgia de transgenitalização?[5] Diante disso, o processo pelo

---

[3] O debate, que envolvia a determinação de um *shopping center* no sentido de que um determinado estabelecimento vendesse exclusivamente sanduíches é descrito por Marjorie FLORESTAL. Is a Burrito a Sandwich? Exploring Race, Class and Culture in Contracts. *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 14, issue 1, fall 2008, p. 1-58.

[4] A decisão da justiça britânica favorável a esta qualificação para determinar a incidência do imposto de valor agregado foi amplamente divulgada pela mídia, como em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u569476.shtml>, acesso em 21 mai. 2009.

[5] Para uma análise do tema sob o ponto de vista da qualificação jurídica, v. Heloísa Helena BARBOZA. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. *In* Heloísa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETTO (org.). *Temas de direito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-40.

qual se avaliam as características peculiares do objeto concreto e estas são cotejadas com o significado das normas pertinentes, determinando a conseqüência jurídica – o processo de qualificação – revela-se merecedor de uma análise, científica, cuidadosa.

Trata-se não apenas de um anseio metafísico no sentido de uma compreensão mais ampla e profunda sobre como as coisas acontecem. O método por trás do processo de qualificação é determinante na aferição da legitimidade da decisão obtida. Fosse a qualificação um procedimento simples e mecânico, desnecessária seria qualquer atenção ao seu realizar-se. No entanto, constatado que ele é mais complexo e rico do que se imaginava, e que, portanto, ele abre um considerável espaço de liberdade para aquele que qualifica, justifica-se um exame mais rigoroso.

Se a qualificação demanda escolhas, persistir na afirmação de que é um procedimento automático leva a que estas escolhas permaneçam ocultas, afastadas do acesso ao debate público, que é requisito de legitimidade de qualquer atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito. Assim, a compreensão do método adotado para a qualificação ou, de modo mais claro, a discussão acerca de qual o método mais adequado, é atividade cientificamente necessária e conveniente.

Esta premissa aplica-se a qualquer ramo do direito, uma vez que todos eles envolvem alguma forma de qualificação dos fatos para a aplicação das normas. No entanto, na esfera do direito contratual, o processo de qualificação é ainda mais complexo e o debate mais rico e controverso.

Como normalmente ensinado, os contratos são fatos de uma categoria particular, os negócios jurídicos. No tocante a estes fatos, normalmente afirma-se serem caracterizados pela prerrogativa de o particular escolher os efeitos jurídicos que deseja produzir: suas conseqüências seriam *ex voluntate*, e não *ex lege*. Trata-se do espaço conferido à autonomia privada, o âmbito dentro do qual o sujeito pode determinar diretamente as normas que regerão suas relações futuras.[6]

Já sob esta perspectiva constata-se o fator complicador do processo de qualificação. O juiz não lida simplesmente com fatos dados, mas fatos construídos pelos particulares nas suas relações cotidianas, e aos quais eles já predeterminaram em princípio os efeitos jurídicos pertinentes. Ainda que esta liberdade criativa manifeste-se nos negócios jurídicos em geral, é no âmbito dos contratos que ela se opera de forma mais freqüente, mais intensa e,

[6] Entre tantos, v. a didática exposição de Francisco AMARAL. *Direito civil*: introdução, 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 343 e ss.

conseqüentemente, mais significativa. Amplia-se assim consideravelmente a riqueza das situações concretas, que teriam limite somente na criatividade própria da atividade negocial.

Contudo, este fator complicador intensifica-se exponencialmente com a transformação do significado deste espaço de escolha atribuído aos particulares. Primeiro, transformações fáticas da atividade negocial, como a aceleração das trocas comerciais, a desmaterialização dos bens e a internacionalização das relações pessoais. Segundo, e principalmente, as transformações dos valores pelos quais a atividade negocial é avaliada, como a igualdade substancial, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana, que repercutem incisivamente sobre o conceito e a função da autonomia privada.

Sob a perspectiva da constitucionalização do direito civil – marco teórico desta tese[7] – o pleno reconhecimento da primazia hierárquica do texto constitucional tem efeitos diretos na regulação das relações privadas: a superação da dicotomia entre direito público e privado, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e dirigem-se à mesma finalidade, qual seja, a realização das normas constitucionais; o destaque ao perfil funcional dos institutos; o reconhecimento da relatividade e historicidade dos conceitos e a preeminência das situações jurídicas existenciais.[8]

Em especial, no campo do direito contratual, ganha relevância a funcionalização dos institutos de direito civil, a significar o reconhecimento de sua instrumentalidade para a efetivação dos princípios constitucionais, projetados nesta esfera na tutela da confiança, dos interesses coletivos, do equilíbrio entre os contratantes e da tutela dos sujeitos vulneráveis. Ou seja, ao lado do respeito, que permanece, à liberdade do particular em celebrar pactos vinculantes para o direito, outros imperativos de caráter social adentram a esfera das relações contratuais.

Diante disso, a qualificação dos contratos não apenas tem que lidar com uma riqueza muito maior de situações concretas resultantes da atividade criativa dos particulares, mas o significado normativo de tais criações é mediado pela ponderação entre a liberdade deles e o atendimento a estas outras imposições normativas do ordenamento, normalmente enunciadas sob a forma de princípios. Tamanha complexidade não pode ser concebida através de um

---

[7] Toma-se por base, nesta linha, a obra de Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[8] Gustavo TEPEDINO, Maria Celina Bodin de MORAES e Bruno LEWICKI. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial da *Revista trimestral de direito civil*, n. 13. Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. iii-iv.

modelo teórico puramente mecânico e formalista: impõe-se uma atividade do aplicador que vai além da perspectiva positivista tradicional.

Esta mudança de perspectiva no que diz respeito à qualificação ainda não é uma realidade. Enquanto no processo de interpretação a influência de princípios como a dignidade humana, a solidariedade social, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, tem sido objeto de inúmeros e preciosos estudos, a qualificação permanece esquecida sob um modelo clássico que persiste em sobreviver na mentalidade dos aplicadores. O reconhecimento da liberdade valorativa do juiz na interpretação dos contratos não se estendeu à sua qualificação. Entre outros fatores, isto se dá por conta da influência de uma errônea concepção dos enunciados normativos característicos do direito contratual – os tipos.

Entre, de um lado, a impossibilidade de prever e normatizar a infinitude de possibilidades de regulamentos de interesses a que a autonomia privada pode dar origem, e, de outro lado, a insuficiência e insegurança gerada pela mera consagração de princípios gerais aplicáveis a todos os contratos, os ordenamentos costumam refugiar-se em um meio termo.

Faz-se uso da previsão expressa de tipos contratuais, isto é, modelos teóricos que consagram os mecanismos de intercâmbio jurídico de bens mais comuns, socialmente mais recorrentes, e da cominação das normas aplicáveis àqueles tipos. Assim, uma vez reconhecido o contrato concreto – e, portanto, aplicáveis os princípios gerais aplicáveis aos contratos – seria necessário buscar enquadrá-lo em um dos tipos previstos na lei, de maneira a determinar as normas que são a ele aplicáveis.

O método tradicional de qualificação contra o qual é necessário embater-se – a doutrina dos *essentialia*, pautada na subsunção – parte da concepção de que a aplicação destas normas se dá através de um silogismo de lógica formal, neutro, pelo qual se enquadra o fato (o contrato) na norma (no tipo), cominando-lhe os efeitos, isto é, um enquadramento automático e mecânico mediante a leitura exclusivamente estrutural do negócio jurídico envolvido. O processo de qualificação não pode ser concebido dessa forma estéril, devendo-se, portanto, identificar as transformações que ele deve sofrer em virtude do influxo dos novos princípios da teoria geral dos contratos e, de maneira geral, da aplicação direta dos preceitos constitucionais à normativa civil.

O direito comparado oferece um panorama cindido em dois. No esforço de superar o método subsuntivo, de um lado há ordenamentos como o alemão e o português nos quais o estudo das características e peculiaridades dos tipos contratuais – que revelam que tais enunciados normativos são flexíveis e, portanto, não permitem um juízo subsuntivo –

conduziu à construção do chamado método tipológico. De outro lado, em ordenamentos como o francês, o italiano e o espanhol, o procedimento de qualificação, guiado por uma perspectiva funcional do contrato, encontra guarida por meio da previsão legislativa da causa entre os requisitos de validade do negócio. O instituto da causa, nesses ordenamentos, desempenha papel fundamental no processo de qualificação dos contratos, mas o conceito de causa é objeto de extensa controvérsia.

No Brasil, a atenção dedicada pela doutrina a este relevante procedimento vem sendo escassa e a jurisprudência, em desalento, vaga errática, encontrando-se apenas menções às diversas orientações – predominantemente à visão estrutural subsuntiva –, por vezes, combinadas entre si, e, mais grave, na maioria das vezes não há qualquer explicitação sobre o caminho percorrido para a qualificação.[9]

Este cenário pode ser visto como um fracasso ou como uma oportunidade, com desalento ou com otimismo, como um fim ou como um início. Aqui se adota a segunda orientação. O fato de o ordenamento brasileiro não possuir qualquer tradição cristalizada quanto ao método a ser utilizado para a qualificação dos contratos revela a possibilidade de tentar construir um método que seja apropriado para o ordenamento brasileiro, com o objetivo de garantir máxima eficácia às normas da sua Constituição.

A análise da extensa produção teórica sobre a causa do contrato e sobre o método tipológico permite enxergar suas vantagens e desvantagens, suas semelhanças e diferenças, e, tendo em vista as peculiaridades do ordenamento brasileiro, tentar conformar aquilo que seja, não mais correto, mas sim mais adequado às suas características jurídicas, que são inevitavelmente também históricas, sociais e culturais. Mais especificamente, pretende-se defender que, entre as diversas concepções de causa do contrato, existe alguma que, beneficiada pelas justificadas críticas do método tipológico, com ele se concilia e que, feitas as apropriadas adaptações, serve ao ordenamento brasileiro.

O tema da tese, portanto, é a constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Ele abrange o efeito marcante da constitucionalização no direito contratual que é sua leitura funcionalizada aos preceitos superiores. Isto pressupõe a prioridade nesta leitura do perfil funcional do próprio contrato, o

---

[9] Como indica um dos raros estudos recentes sobre o tema, "O exame de julgados brasileiros tem demonstrado que, ainda quando se encontram soluções adequadas, é muito difícil vislumbrar um método uniforme, uma trilha pela qual caminhe o raciocínio jurisprudencial rumo à decisão que se apresentará – seja ela satisfatória ou não" (Giovana Cunha COMIRAN. *Atipicidade contratual*: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 12-13).

que se viabiliza através do controverso instituto da causa, com ênfase na sua formulação objetiva. Abrange ainda a forma como esta funcionalização, somada aos demais desenvolvimentos da hermenêutica acolhidos pelo direito civil-constitucional, repercute sobre o método de qualificação, analisando-se não apenas a construção teórica envolvida, mas também as repercussões concretas que a utilização da causa no processo de qualificação traria ao ordenamento brasileiro.

Este tema confronta-se com a escassez de estudos sobre o processo de qualificação dos contratos no direito brasileiro conduz à manutenção de sua concepção sob uma perspectiva mecanicista e abre espaço para que as decisões judiciais não encontrem o necessário respaldo científico para sua fundamentação, o que acaba por torná-las mais suscetíveis de serem influenciadas por interesses humanos incompatíveis com a principiologia constitucional. Diante disso, pretende-se retomar o obscuro instituto da causa para demonstrar que ele, embora não previsto expressamente em nosso ordenamento, desempenha papel relevante neste campo da qualificação dos contratos.

Um trabalho desta natureza deve ter em mente as consideráveis dificuldades que se impõem a qualquer estudo comparativo, em especial aquele com pretensões de “importação jurídica”. A ausência de previsão expressa somada à tradicional resistência em nosso ordenamento não facilitam o acolhimento da causa. Mas acredita-se que a resistência e o silêncio do legislador, assim como as críticas do método tipológico, referem-se a outras concepções de causa. Sustenta-se que a causa valorada em concreto, que aqui se adotará, insere-se no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de efetivação dos princípios constitucionais no processo de qualificação dos contratos.

Especificamente, dois obstáculos metodológicos se colocam: de um lado, a amplitude da análise e a aridez provocada pela extrema abstração dos debates; de outro lado, os perigos do recurso à comparação jurídica. Quanto ao primeiro, buscou-se inicialmente ser tão sucinto quanto possível, poupando o leitor de qualquer excurso que não fosse imprescindível à compreensão temática, além de temperar as considerações teóricas com exemplos concretos, de finalidade exclusivamente ilustrativa, tanto hipotéticos como reais. Quanto ao segundo obstáculo, a orientação adotada foi de utilizar-se do direito estrangeiro somente com o intuito de ilustrar possíveis conceitos de causa do contrato, de forma a avaliar sua aptidão para atuar no ordenamento brasileiro. Para compreender o real significado destes conceitos é necessário recorrer a exemplos de sua atuação em concreto, novamente expostos apenas com finalidade ilustrativa.

O plano de trabalho para a consecução desta tarefa divide a tese em três capítulos. O primeiro dedica-se à funcionalização dos contratos. Partindo da premissa de que a constitucionalização do direito civil impõe a funcionalização da liberdade contratual, que por sua vez toma por base priorizar a análise do perfil funcional do próprio contrato, este primeiro capítulo da tese busca determinar o conceito de causa do contrato a ser adotado, especialmente diante das críticas e da resistência histórica a este instituto.

Nesta linha, o primeiro capítulo inicia-se com a delimitação do terreno da causa através da identificação do cerne do problema que ela coloca: o papel da autonomia privada no sistema. São afastadas assim do âmbito do debate outras figuras como o enriquecimento sem causa e mesmo as hipóteses de negócios unilaterais, não porque menos importantes, mas porque menos ilustrativos das problemáticas envolvendo o papel da causa no processo de qualificação. A partir dessa restrição do objeto de estudo, passa-se ao exame dos diversos conceitos de causa, lidos a partir de sua transformação histórica e, principalmente, a partir de sua rejeição ou acolhida no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seqüência, ainda no primeiro capítulo, volta-se à explicação da rejeição inicial à previsão da causa em nosso Código Civil em razão da predominância histórica da causa subjetiva, compreendida sob o ponto de vista de cada contratante em separado. Assim, passa-se ao acolhimento em sede doutrinária entre nós da causa em sua versão objetiva, especialmente com base na sua concepção mais difundida, de Emilio Betti, de função econômico-social. Vincula-se esta à novidade trazida pelo Código de 2002 que é a previsão da função social do contrato, cujo significado e alcance são analisados no quarto item em comparação com a figura da causa. A partir da análise das críticas gerais à causa entendida como função econômico-social, o último item do capítulo procede a um cotejo comparativo que conclui pela conveniência, em nosso ordenamento, da utilização da causa do contrato, distinta ainda que complementar à previsão da função social do contrato.

A concepção de causa obtida pretende-se apropriada para a funcionalização e, portanto, seria idônea a uma visão constitucionalizada do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Para verificar isto, será necessário avaliar sua compatibilidade com as novas orientações metodológicas que dizem respeito à interpretação e aplicação do direito como um todo. Deve-se ter ciência de que o tema em debate é, em sua raiz, metodológico. De fato, os resultados do processo de qualificação pelos métodos mencionados podem coincidir – e freqüentemente isto acontece –, mas isso não afasta a relevância da escolha, uma vez que as exigências que se pretende satisfazer não são apenas

referentes à eficácia da determinação das normas aplicáveis, mas também da legitimidade democrática do processo decisório.

Assim, o segundo capítulo inicia-se por um panorama dos métodos de interpretação do direito, como forma de caracterizar o marco teórico adotado através da contraposição e do diálogo com outros métodos interpretativos e com o objetivo de indicar sua harmonia com o conceito de causa obtido. Isto se justifica em seguida por meio da relativização da separação entre interpretação da lei e dos contratos e entre interpretação e qualificação dos contratos, o que revela a inevitável aplicação das considerações iniciais ao processo de qualificação. Dedica-se em seguida a considerações sobre a própria estrutura normativa do direito contratual, que corrobora, no tocante aos métodos de qualificação, a superação da doutrina dos elementos essenciais pelo método tipológico, culminando no método proposto, reputado mais condizente com o marco teórico civil-constitucional: a avaliação da causa em concreto do contrato.

O terceiro e último capítulo se volta às repercussões da utilização desta causa concreta para a qualificação dos contratos. Esta parte encontra-se especialmente rica em exemplos da jurisprudência nacional os quais, destaque-se, foram inseridos não tanto com o objetivo de analisar as questões específicas que eles envolvem, mas o método adotado para lidar com elas. Servem, portanto, com a referida finalidade ilustrativa, de revelar menos sobre o fim atingido do que sobre o caminho percorrido até ele.

Inicia-se examinando duas preocupações relativas à qualificação com base na causa concreta: primeiro, a eventual flexibilização também do processo de qualificação em outros ramos do direito, como o direito tributário e o direito penal, nos quais a rigidez atende a outros imperativos; segundo, a eventual desvalorização do papel dos estudos doutrinários relativos aos modelos típicos abstratos, em razão da constatação da flexibilidade dos tipos e, principalmente, da supervalorização das peculiaridades do contrato concreto para o processo de qualificação.

Superadas estas preocupações, os itens seguintes voltam-se a outras repercussões do método adotado. Inicialmente, a ligação entre a identificação da causa concreta e a aplicação de normas típicas, reputado ou não o contrato concreto como típico. Em seguida, o questionamento acerca da autonomia da categoria dos contratos mistos, que passam a ser reconhecidos no mais das vezes como tipos sociais, com as devidas conseqüências. Finalmente – em que pese a possibilidade de inúmeras outras repercussões para o método utilizado – a tese conclui com a ilustrativa repercussão relativamente à categoria dos contratos

ditos atípicos, revelando a adequação da consideração da causa concreta para dar conta normativamente das criações inusitadas das partes contratantes.

Capítulo I – A funcionalização dos contratos e o conceito de causa

1. O perfil funcional dos institutos e a funcionalização da autonomia privada

Norberto Bobbio, em sua cuidadosa análise do positivismo jurídico, destacou que, sob uma perspectiva dogmática, o jurista tradicionalmente priorizava a análise estrutural dos institutos – a composição de seus elementos –, como forma de "salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal".[10] Superada esta perspectiva através da consciência de que a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los – defendeu-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando do "como ele é" para o "para que ele serve".

Esta premissa foi expressamente assumida pelo marco teórico chamado direito civil-constitucional,[11] o qual destaca que, não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais. A supremacia do texto constitucional impõe que todas as normas inferiores lhe devam obediência, não apenas em termos formais, mas também no conteúdo que enunciam, de forma que todo instituto de direito civil somente se justifica instrumento para a realização das normas constitucionais. A isto normalmente se refere como "funcionalização" dos institutos de direito civil.[12]

---

[10] Norberto BOBBIO. Verso una teoria funzionalistica del diritto. *Dalla strutura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 65.

[11] Entre tantos acerca deste marco teórico, v. o pioneiro Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*, e, entre nós, Gustavo TEPEDINO. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23; Maria Celina Bodin de MORAES. Constituição e direito civil: tendências. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 33-54, além da didática enumeração de sete proposições por Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. *In* Gustavo TEPEDINO (coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 265.

[12] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 671.

Em razão desta funcionalização, impõe-se ao intérprete que as normas de direito civil devam ser aplicadas em vista desta sua justificativa no sistema, isto é, potencializando a sua função de realização dos valores superiores que foram positivados na Constituição. O exercício de qualquer direito subjetivo deve pautar-se pela finalidade, interesse ou valor em razão do qual o direito objetivo o prevê, sob pena de revelar-se abusivo.[13]

A funcionalização incide sobre todo o direito civil, mas tem especial relevância no âmbito do direito contratual. Isto porque, a liberdade contratual, como manifestação da autonomia privada, permite aos particulares escolher em princípio os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas. Assim, neste âmbito, diante da miríade de possibilidades que surgem, é especialmente importante ao intérprete fazer atenção ao perfil funcional do negócio realizado. Deve-se ter em vista os efeitos buscados, a função perseguida, naquele negócio concreto, de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada.

O instituto enraizado na dogmática tradicional do direito civil que mais explicitamente manifesta este perfil funcional que deve ser objeto de observação para viabilizar a funcionalização dos contratos – e que, não por coincidência, é também aquele mais referido para a qualificação dos mesmos – é a causa do contrato. A importância da causa como conceito que tradicionalmente descreve o objeto da funcionalização e da qualificação dos contratos justifica que qualquer reflexão nesta seara se inicie por uma análise mais cuidadosa de seu significado e alcance, de modo geral, e de sua existência e eventuais efeitos, hoje, no ordenamento brasileiro. Esta, contudo, não é empreitada simples.

---

[13] Como explica Maria Celina Bodin de MORAES, "Trata-se, na verdade, de confrontar as duas faces de uma mesma moeda, quais sejam: o aspecto lógico-formal do direito (chamado de estrutural) e o aspecto ético-social (isto é, funcional), e considerar que o princípio da proibição do abuso do direito atua como um limite interno ao próprio direito (subjetivo), o qual somente vigorará para o seu titular se, e enquanto, não for exercido de modo nocivo ao interesse social. Assim, abusa de seu direito aquele que, exercitando um determinado direito subjetivo, embora sem contrariar qualquer específico dever normativo, se afasta do interesse (*rectius*, valor) que constitui a razão de ser de sua tutela legislativa" (Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 181). Especificamente sobre o abuso do direito – incorporado expressamente pelo código civil de 2002 no art. 187 ("Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"), v. Vladimir Mucury CARDOSO. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-109.

O conceito é objeto de extensa controvérsia doutrinária, pois "a noção de causa do contrato é tida como das mais difíceis e complexas em todo o direito civil".[14] Partindo de um superficial panorama comparativo da legislação já se percebe a diversidade: há ordenamentos que a definem, como é o caso do Código Civil espanhol (1889), aqueles que apenas a prevêem, como o Código Civil francês (1804) e o italiano (1942), e ainda aqueles que sequer a mencionam em esfera legislativa, como o Código Civil alemão (BGB, 1894). Mas mesmo nos primeiros, como destaca Guido Alpa com o exemplo espanhol, a definição legislativa é pouco útil, ou mesmo obstrutiva: ela não é considerada vinculante pela doutrina, e reproduzem-se assim todos os debates que cercam o instituto nos demais ordenamentos.[15]

Em doutrina, já se disse, por exemplo, que o conceito de causa é "vago e misterioso", um "feitiço fatal", exuberante fonte de equívocos, que ainda não consegue assumir contornos nítidos, não obstante os arquitetos e a qualidade dos materiais.[16] Se afirmou também que a causa é um tema sobre o qual o único resultado positivo e certo ao qual a doutrina até hoje conseguiu atingir é que se usa na linguagem comum jurídica um termo cujo significado é difícil de precisar.[17] No ordenamento do qual surgiu, se afirma que "a noção de causa... é célebre pelas obscuridades nela acumuladas por um século de comentários tão engenhosos quanto estéreis".[18] No nosso ordenamento, uma das principais abordagens do tema afirma a existência de pelo menos cinco sentidos diferentes para o termo.[19]

Entre as justificativas para tamanha controvérsia, se explica que "poucos resistiram à tentação de exprimir uma noção própria de causa, o que induziu à formulação de muitas

---

[14] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 289.

[15] Guido ALPA. Lineamenti di diritto contrattuale. *Diritto privato comparato*: Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001, p. 196. Sobre as controvérsias em torno do conceito de causa no ordenamento espanhol, v. Luis DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, p. 265.

[16] Italo BIROCCHI. *Causa e categoria generale del contratto*: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, 1. Il cinquecento. Torino: Giappichelli, 1997, p. 17 e, respectivamente, Ferrara, Bonfante, Pugliatti e Giorgianni *apud* Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 67.

[17] Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile*: *Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 76.

[18] Andre ROUAST. A propos d'un livre sur la cause des obligations, *apud* Hein KOTZ e Salvatore PATTI. *Diritto europeo dei contratti*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 111.

[19] Antônio Junqueira de AZEVEDO lista cinco sentidos de causa: fato jurídico (*causa eficiens*), motivo (causa impulsiva), causa da juridicidade (reconhecimento social do jurídico), causa de atribuição patrimonial e *causa finalis*, sendo que esta última pode ser apreendida sob uma acepção subjetiva (motivo próximo e determinante), subjetivo-objetiva (fim comum dos contratantes) e objetiva (função do negócio). Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, 1986, p. 121-127. Na doutrina estrangeira, em sentido semelhante, Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 77; e Pietro TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*, 6. ed. Milano: Giuffrè, 1983, p. 304.

teorias, sutilmente nebulosas, nas quais a explicação (do significado da causa) se entrelaçava com a eficácia (do requisito da causa)".[20] Afirmou-se ainda que a escolha entre as teorias parece uma questão mais de gosto do que de lógica, porque todos os autores forneceram soluções confiáveis, de um lado, mas de outro lado contribuíram, ainda que involuntariamente, a criar uma zona de sombra, um halo impreciso e nebuloso que tornou cada vez mais difícil uma reconstrução.[21]

Trata-se de uma das noções mais incertas do direito civil, mas que traz uma das bibliografias mais importantes.[22] Assim, um cenário que faz com que "a causa suscite ao mesmo tempo veneração e desconcerto": veneração, como todos os institutos que têm uma história tão controversa; desconcerto pela impossibilidade de reduzi-lo a uma única significação compreensível, pela dificuldade de individuar denominadores de significados, pela ambigüidade dos usos propostos pela doutrina e jurisprudência.[23]

De fato, mesmo em nosso ordenamento, alegadamente não-causalista, a legislação adota o termo causa, para além de seu sentido vulgar, em diferentes sentidos e contextos. Entre tantos, pode-se mencionar a justa causa presente em diversas hipóteses – exclusão do associado (CC, art. 57), recusa do pagamento (CC, art. 335, I), demissão do prestador de serviços (CC, art. 602) ou do comissário (CC, art. 705), a suspensão do agente ou distribuidor (CC, art. 715), execução da empreitada (CC, art. 624), revogação dos poderes do administrador (CC, art. 1.019) e para cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade (CC, art. 1.845) –, a causa cuja diferença excepcionalmente impede a compensação (CC, art. 373), a causa própria que caracteriza certos mandatos (CC, art. 685), a causa cuja ausência enseja a *actio de in rem verso* (CC, art. 884) e a causa do dano que justifica a imputação de responsabilidade (CC, art. 403 e 927).

Diante disso, como iniciar a abordagem deste conceito e de sua função diante da diversidade da legislação e das teorias doutrinárias, ilustrativas de diferentes perspectivas metodológicas, ideológicas e históricas? Aqui, em vinculação ao movimento de funcionalização dos institutos de direito civil, em especial o contrato, parte-se da premissa de que a causa, no âmbito dos negócios jurídicos, exprime o papel do ato de autonomia no

---

[20] Nicola CORBO. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 42.
[21] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 68.
[22] Jacques FLOUR e Jean-Luc AUBERT. *Droit civil – Les obligations*: 1 – L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 199.
[23] Guido ALPA. Lineamenti di diritto contrattuale. *Diritto privato comparato*: Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001, p. 192.

sistema.[24] Trata-se de conceito que serve a traduzir, como destacado pela doutrina, o esforço para manifestar a convergência entre duas perspectivas: a individual, própria do ato, e a geral, própria do ordenamento.[25] Neste se encontra o momento decisivo: a regra criada pelos particulares com seu ato de vontade busca obter a eficácia jurídica própria das normas do ordenamento, ou, em síntese, "se está sempre diante de expressões da autonomia individual, se está sempre diante de situações nas quais a atividade criativa do indivíduo encontra seu reconhecimento e seus limites no ordenamento jurídico".[26]

Assim, a controvérsia sobre o conceito de causa é reflexo de um embate mais profundo, que diz respeito ao modo de entender a autonomia negocial e a sua relação com o ordenamento jurídico, a relação entre a liberdade dos privados e a autoridade do direito.[27] Como destaca Pietro Perlingieri, a identificação da causa tornou-se terreno de embate entre modos extremos de entender a autonomia negocial e sua relação com o ordenamento jurídico: de um lado, o entendimento de que seria suficiente a não oposição do ato de autonomia em relação ao ordenamento; de outro, o entendimento de que é ainda necessário que ele seja idôneo à realização das finalidades gerais fixadas no ordenamento.[28] Na síntese de Paolo Franceschetti: "indagar sobre o problema da causa, então, significa indagar sobre as razões e os limites da autonomia privada no nosso ordenamento. Individuar quais negócios jurídicos são reconhecidos e tutelados pela lei, sob quais condições e dentro de quais limites".[29]

De fato, observa-se que nos ordenamentos nos quais historicamente a autonomia privada foi concebida como um espaço quase ilimitado e praticamente imune a qualquer intervenção exterior, a causa do contrato, quando prevista, vinculava-se a uma verificação essencialmente técnica referente apenas à existência do sinalagma. No extremo oposto, nos ordenamentos totalitários, afirma-se que a causa contribuía para a total submissão dos interesses particulares a supostos interesses públicos colocados por um Estado autoritário e centralizador.

Assim, a busca pelo conceito adequado de causa do contrato deve ser guiada não apenas por uma avaliação técnica de sua aptidão para a solução de problemas, mas principalmente uma avaliação de sua condizência valorativa com um Estado Democrático de

---

[24] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 372.
[25] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 74.
[26] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 5.
[27] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 368.
[28] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 368.
[29] Paolo FRANCESCHETTI. La causa del contratto. Disponível em <http://www.aspirantiuditori.it/causa.html>, acesso em 29 jan. 2009.

Direito no qual se aspira assegurar de forma equilibrada a "co-originalidade entre autonomia pública e autonomia privada", reconhecendo-se os destinatários também como autores das normas.[30] Neste sentido, já se afirmou que o maior problema do direito na atualidade consiste em "estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento da trajetória individual".[31]

Este esforço de adequação do direito civil à democratização constitucional, em especial no que diz respeito ao papel e alcance da autonomia privada, logicamente não se restringe à figura da causa. Ao contrário, deve ser difícil identificar algum instituto de direito civil contemporâneo que não tenha sofrido com a modificação pela qual passou este conceito. De fato, toda a compreensão do direito civil se revoluciona com a superação do individualismo clássico, de viés patrimonialista e voluntarista, por uma perspectiva das relações privadas mais solidarista e adequada às exigências da socialidade.[32] Por outro lado, hoje se questiona sobre o eventual risco de que a invasão das relações intersubjetivas pelo texto constitucional possa conduzir a um autoritarismo ou paternalismo judicial,[33] defendendo-se a importância dos espaços de não-direito, de não-interferência, como mecanismo de garantir às pessoas âmbitos de livre escolha.[34]

Neste ponto é necessário debruçar-se sobre a nova *summa divisio* do direito civil lido sob a perspectiva da constitucionalização: a distinção entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais, conferindo-se preeminência à tutela das últimas.[35] Este processo, que implica a chamada "despatrimonialização do direito civil", tendo por base a aplicação direta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana às relações privadas, conduz não apenas a uma ampliação dos instrumentos de tutela das situações existenciais, mas

---

[30] Jürgen HABERMAS. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy, Cambridge: MIT Press, 1998, p. 104.
[31] Maria Celina Bodin de MORAES. Constituição e direito civil: tendências. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 47.
[32] Em síntese expressiva, explica: "Em 1911 Gioele Solari afirmou que 'o direito de ser homem contém o direito de que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade'. A mudança de paradigma pode ser expressada através do antagonismo a esta melancólica locução, incompatível com a visão pós-moderna do direito. Pretende-se hoje – melhor: exige-se – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade" (Constituição e direito civil: tendências. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 48-49).
[33] Daniel SARMENTO. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 215.
[34] Stefano RODOTÀ. *La vita e le regole* – Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006, *passim*.
[35] Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 22.

principalmente a uma tutela qualitativamente diversa daquela conferida às situações patrimoniais.[36]

Sob esta diferenciação, de um lado, a autonomia privada existencial é a mais pura manifestação da liberdade individual em termos de direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cujos limites são encontrados apenas com base no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, seja no tocante à tutela da personalidade de outros, assegurada nos termos do princípio da solidariedade, seja no tocante à tutela do próprio agente contra movimentos de mercantilização, coisificação e instrumentalização. Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

> Na legalidade constitucional a noção de autonomia privada sofre uma profunda e marcante transformação conforme a sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação pessoal, não-patrimonial. [...] Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional. O mesmo não se dá com as situações privadas patrimoniais, mais sujeitas à intervenção por parte do Estado. Tais situações, em virtude de fatores socioeconômicos, devem desempenhar, além da função individual, também uma função social.[37]

De fato, do outro lado, a autonomia privada patrimonial já nasce juridicamente constrita não apenas por limites externos, mas também por limites internos, uma vez que seu exercício é funcionalmente condicionado. Aqui encontramos uma liberdade condicionada, vinculada, a ser exercida, como se observará, "em razão de" imperativos sociais. Por conta disso, o exame do perfil funcional por ocasião da avaliação jurídica do exercício desta liberdade é prioritário, para aferir se este exercício foi condizente com seu limite interno, com sua razão de ser merecedora de tutela. A distinção, portanto, é marcante, como destaca Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> De um lado, esse espaço significa um mínimo de substrato para o livre desenvolvimento da personalidade ou como consectário direto da dignidade da pessoa humana, que, sem ela, não poderá ocorrer na sua plenitude. De outro lado, a autonomia privada é um modo de realizar a atividade econômica, no que se distingue mais diretamente do regime da economia planificada. Nesse campo, a autonomia privada é um princípio já funcionalizado por uma série de outros que, nos casos específicos, podem sobrepujá-la ou moldá-la, conforme os pesos e as importâncias

---

[36]Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 34.
[37] Maria Celina Bodin de MORAES. Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 190.

> específicas para o caso concreto, como ocorre com a defesa do mais fraco economicamente (consumidor) ou meio ambiente.[38]

Sob o viés patrimonial, portanto, a autonomia privada nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento.[39] Em especial, no tocante à atividade negocial, a atuação dos particulares no sentido de criação de normas que irão reger suas condutas depende do amparo do direito para que aquelas se façam coercíveis e este amparo se fará nas condições e limites em virtude dos quais este poder é concedido. Assim, enquanto no modelo liberal clássico a intervenção legislativa seria entendida como um obstáculo ou restrição à autonomia privada, hoje se reconhece que, em sociedades desiguais, é a atuação do legislador e do poder público que garantem a efetiva liberdade da pessoa humana.[40]

É na expressão dessas condições e requisitos para a tutela jurídica da atividade negocial, na concretização destes limites – mais internos do que externos – sobre o poder normatizador do particular, que se deve encontrar o lócus de atuação da causa. Assim, ficam de fora as referências jurídicas ao vocábulo "causa" no âmbito de outros institutos não restritos ao controle da autonomia contratual, como é o caso marcadamente do enriquecimento sem causa. Em que pesem os valorosos esforços no sentido de buscar uma acepção suficientemente abrangente para incluí-lo nesta mesma esfera, acredita-se que isto implica um excessivo esvaziamento do conteúdo do conceito, pois na vedação ao locupletamento injustificado, que atua também como fonte de obrigação de restituir, a causa ali referida abarca qualquer fato jurídico idôneo a justificar uma atribuição patrimonial, a fundamentar inclusive fenômenos não-contratuais, como a avulsão e o regime das benfeitorias.[41] Já dentro do âmbito da atividade negocial, onde a causa ganha mais nitidamente esta feição de mecanismo de controle é nas relações contratuais. Sem entrar no mérito da chamada crise do conceito de negócio jurídico, nem tampouco do questionamento

---

[38] Jorge Cesa Ferreira da SILVA. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In* Ingo Wolfgang SARLET (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 125.
[39] Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 279
[40] Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17.
[41] Neste sentido, Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 77-78; Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 368; Carlos Nelson KONDER. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. *In* Gustavo TEPEDINO (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 389. Em sentido diverso, buscando um sentido de causa que abarque os dois institutos, v. José Roberto de Castro NEVES. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio de direito civil. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 185-220.

acerca da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, é seguramente no âmbito dos contratos que a extensão desta liberdade e de seus efeitos se coloca em toda a sua plenitude.[42] Assim, a causa vem aqui identificada como objeto de controle da autonomia contratual, relevante para o processo de verificar a satisfação de exigências para a atribuição de juridicidade e de determinar os tipos de efeitos jurídicos cominados para os contratos. Isto impõe que, mesmo no caso dos chamados negócios abstratos, a causalidade negocial impeça a existência de uma abstração plena ou absoluta (negócios sem causa); cabível é tão-somente a abstração simples ou relativa (o negócio possui causa, mas os vícios desta não prejudicam a produção de efeitos) e, ainda assim, não é uma faculdade das partes, mas cabível apenas nas hipóteses – excepcionais – previstas em lei, além de ser normalmente compensada pela exigência de formalidade da declaração.[43]

2. A rejeição à concepção subjetiva: a causa como fim de cada contratante

A resistência do ordenamento brasileiro ao instituto da causa do contrato não se deve tanto à enorme diversidade de concepções sobre a causa, mas especificamente a uma dessas concepções historicamente consolidadas: a causa subjetiva, consagrada a partir do Código Civil francês de 1804. De fato, entre nós a possibilidade de incluir a causa entre os requisitos de validade do negócio jurídico foi objeto de debates por ocasião da elaboração e aprovação do Código Civil de 1916. Contudo, prevaleceram – como prevalecem até hoje – as posições anticausalistas.

Este foi um dos pontos em que a influência do modelo do Código Civil francês, marcante em boa parte de nosso diploma anterior, não se fez sentir, e a legislação acabou por acompanhar o então recém-promulgado Código Civil alemão (BGB, 1896). O ordenamento alemão é considerado o exemplo mais marcante de um sistema não-causalista. A generalizada abstração atribuída aos negócios jurídicos e as peculiaridades do seu sistema registral fizeram com que a única menção à causa do negócio jurídico ocorresse no tocante ao instituto do

---

[42] Sobre o tema, v. Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, pp. 12, 28 e 396; e Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 3.

[43] Neste sentido, Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 372; Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 392; Francesco SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, 9. ed. Napoli: Jovene, 1989, pp. 175-176. Em nossa doutrina, explica Antônio Junqueira de AZEVEDO: "o negócio abstrato pode ser definido como aquele cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa; ele tem, portanto, causa, mas sua causa é juridicamente irrelevante para a validade ou eficácia; ele se caracteriza pela forma, e não pelo conteúdo; tem forma típica" (Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161).

enriquecimento sem causa. Este instituto, já se identificou, visa exatamente a preencher um vácuo provocado pela restrição à aplicação prática da teoria das nulidades: uma série de efeitos claramente injustos que poderiam ser supridos por uma alegação de falta de causa, ou causa ilícita, permaneceriam intocáveis, não fosse a previsão desta ação de restituição daquilo que foi objeto de locupletamento alheio (*actio de in rem verso*).[44] Mas, como já se destacou, a causa a que o instituto se refere, contudo, limita-se à idéia de um fato gerador, um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento, a causa de atribuição patrimonial, por vezes referida como *causa iuris*.[45]

Contudo, deve-se fazer a reserva de que os mais atentos estudiosos afirmam que deter-se sobre a causa na pandectística alemã e explicar o significado da ausência do termo na linguagem normativa do BGB é uma empreitada hercúlea.[46] A razão desta afirmação são indícios de que, não obstante a ausência de previsão de causa entre os requisitos do contrato, aquele ordenamento não é totalmente refratário à funcionalização da liberdade contratual. Por exemplo, a concepção original da função econômico-individual italiana sofreu grande influência da doutrina alemã, em especial indicadas por Ferri as referências à causa como "fim econômico típico".[47] Para ele, na Alemanha o elemento vontade foi concretamente absorvido pela idéia do "escopo prático do negócio", entendido como vontade tendente a um resultado prático, substancialmente extrajurídico. Identificar-se-ia assim a passagem a uma concreta concepção do negócio, na qual a causa representa a vontade verdadeira dos autores do negócio na sua concreta tendência a um resultado.[48] Nesta interpretação, não se atribuem à causa nem uma função jurídica nem uma função econômica, pois tal concepção, entendida como função econômico-social, reclamaria posições nacional-socialistas.[49]

A influência alemã foi grande sobre o ordenamento brasileiro, especialmente através da doutrina portuguesa – outro ordenamento não causalista, mas no qual também se podem encontrar autores ressaltando que a função do contrato não pode ser esquecida pelo

---

[44] Teresa NEGREIROS. Enriquecimento sem causa - aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 55, n. 3. Lisboa: dez. 1995, p. 773 e ss..

[45] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 237; Fernando NORONHA. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 56. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr./jun. 1991, p. 69.

[46] Gerardo BROGGINI. Causa e contratto. *In* Letizia VACCA (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 24. Sobre o tema, v. também Rita ROLLI. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008, pp. 33 e ss.

[47] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 97.

[48] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 102.

[49] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, pp. 103-104.

intérprete.[50] O argumento por trás da rejeição ao instituto da causa que preponderou entre nós, portanto, não é apenas uma genérica aversão a instrumentos de funcionalização da autonomia contratual, mas especificamente à fragilidade da concepção subjetiva da causa, que então prevalecia e merece, portanto, merece ser brevemente examinada.[51]

Embora se possa identificar referências à causa – *rectius*, a uma causa – em momentos anteriores,[52] foi a partir do direito francês moderno que a causa encontrou a primeira positivação que lhe daria difusão no resto do mundo jurídico.[53] O art. 1.108 do Código Civil francês de 1804 elenca a causa lícita como uma das quatro condições essenciais à validade de uma convenção e, na seção sobre a causa, o art. 1.131 explicita a ausência de causa, a falsa causa e a ilicitude da causa como fundamento de ineficácia (*lato sensu*) da obrigação e o art. 1.133 reputa ilícita a causa quando proibida por lei, contrária aos bons costumes ou à ordem pública. O art. 1.132 trata de uma questão de prova: a convenção não será menos válida ainda que a causa não esteja expressa.

A sua origem costuma ser atribuída à sistematização feita por Domat em suas Leis Civis, que viria a ter grande influência sobre os juristas franceses subseqüentes, em especial sobre Pothier, que adotou expressamente as reflexões do primeiro sobre a existência de causa

---

[50] José de Oliveira ASCENSÃO. *Teoria geral do direito civil*, vol. III – Acções e factos jurídicos. Lisboa, 1992, p. 327 e ss.

[51] Destaca Maria Celina Bodin de MORAES, contudo, que a rejeição à causa foi movida também pela prioridade, no âmbito da doutrina, à classificação dos contratos: "Ao tempo do Código de 1916, a doutrina nacional parecia mais preocupada em se manter no terreno da mera classificação dos contratos do que, propriamente, em investigar a função dos negócios jurídicos" (A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 291).

[52] No tocante a esta limitação histórica, v. a oposição entre o princípio causalista e o jusnaturalismo medieval em Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 362 e ainda a diferença de sentido – não apenas fonte contratual, mas a razão de vincular-se interior ao contrato – de acordo com Emanuela NAVARRETTA. *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 187. O perigo de buscar uma causa do contrato, no sentido hoje em dia referido, em períodos anteriores é advertido por Rita ROLLI. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008, p. 6. De fato, em que pese a eterna e perigosa tendência romanizadora entre os civilistas, resta claro que o instituto da causa, nesta configuração, está ausente do direito romano e quanto a este só se pode referir a uma influência indireta sobre o tema (Arnaud CERMOLACCE. *Cause et exécution du contrat*. Aix-En-Provence: P.U.A.M., 2001, p. 22). De modo geral, sobre a evolução histórica da causa v. Luis DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, p. 257 e ss.

[53] Difusão ocorrida essencialmente nos ordenamentos da família romano-germância (*civil law*), já que os ordenamentos da família anglossaxã (*common law*) desconhecem a figura da causa: em que pesem os esforços de comparatistas no tocante a uma aproximação com o instituto da *consideration*, tais estudos revelam mais diferenças do que semelhanças, especialmente no que diz respeito à sua evolução e importância histórica. Cf. Arnaud CERMOLACCE. *Cause et exécution du contrat*. Aix-En-Provence: P.U.A.M., 2001, p. 30 e ss. V. ainda Nicola CORBO. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 23 e ss.; Emanuela NAVARRETTA. *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 238; R. ROLLI. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008, p. 29 e ss. No direito brasileiro, v. Fábio Siebeneichler de ANDRADE. Causa e *consideration*. *Ajuris*, v. 18, n. 53. Porto Alegre, nov. 1991, p. 276-284.

e a falsa causa.[54] Em que pesem as constatações de que estes autores ainda estariam longe de apresentar uma verdadeira sistematização clara e completa da noção de causa, sequer apresentando uma definição geral do conceito, eles permanecem sendo apontados como o marco doutrinário do direito intermediário que levou à consagração da causa na legislação francesa.[55]

Nos trabalhos preparatórios do *Code Napoléon*, as discussões sobre a causa foram reputadas "muito breves" e, embora o texto faça referência também à "causa da convenção" e preveja a ineficácia igualmente por ilicitude ou imoralidade da causa, se considera que o legislador o cristalizou sem grandes mudanças a posição dos juristas dos séculos XVII e XVIII: manteve-se apenas a exigência da *causa abstrata da obrigação*.[56]

Esta versão original da causa francesa carrega um sentido bastante distinto daquele que lhe seria atribuído em outros ordenamentos. Nesta perspectiva, a causa foi tradicionalmente lida como a *causa da obrigação*, e não do contrato.[57] Os causalistas separavam cada obrigação nascida do contrato, destacando-a do conjunto da operação contratual, e buscavam a razão de ser de cada obrigação, o que teria levado aquele contratante a se obrigar.[58]

De um lado, por vincular-se àquilo que move cada um dos sujeitos contratantes separadamente, de forma individualizada, a causa francesa foi comumente indicada por comparatistas como, de modo geral, subjetiva. Todavia, é curioso observar que na doutrina francesa, esta versão clássica da causa – em oposição à sua versão moderna – é reputada objetiva. Isto porque, apesar de traduzir aquilo que moveu cada sujeito a assumir sua obrigação, a causa francesa clássica é *abstrata*, sempre a mesma em uma mesma categoria de contratos.[59] Em oposição aos motivos, que seriam, ao contrário, diferentes para cada pessoa que contrata, a causa permaneceria idêntica dado o tipo contratual de que se tratasse: nesta

---

[54] POTHIER. *Traitè, apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris : L.G.D.J., 2006, p. 21.
[55] G. CHEVRIER. *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 19.
[56] Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, pp. 264-265.
[57] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 298.
[58] Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 265.
[59] Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 265.

linha, os franceses mantinham a distinção clássica entre *causa proxima* e *causa remota*, sendo apenas a primeira relevante para o direito.[60]

Esta causa abstrata da obrigação era, portanto, determinada pelo tipo de contrato que a gerava. Nos contratos sinalagmáticos, a obrigação de cada contratante tinha por causa a obrigação assumida pelo outro contratante: na compra e venda, por exemplo, a causa da obrigação de entregar a coisa era o pagamento do preço. Pouco importa os motivos, as razões pessoais que os levaram à compra e venda: as obrigações recíprocas se servem mutuamente de causa.[61] Já no caso dos contratos unilaterais reais, a causa da obrigação seria a prestação anteriormente realizada pela outra parte, a entrega da coisa. Assim, no empréstimo e no depósito, a causa da obrigação de restituir a coisa era o fato de ela lhe ter sido anteriormente confiada.

Enfim, no âmbito dos contratos gratuitos, a causa seria a intenção de liberalidade, o *animus donandi*, a vontade mesma de fazer um sacrifício sem receber contrapartida. Vale observar que, segundo se afirma, na abordagem original de Domat, a causa nos atos gratuitos seria "qualquer motivo razoável e justo, como um serviço prestado ou qualquer outro mérito do donatário, ou o simples prazer em fazer o bem"; somente com certa "purificação" por parte de Pothier que a causa nos atos gratuitos foi completamente objetivada, adquirindo a feição abstrata e objetiva de intenção liberal.[62]Assim, na versão que ficou consagrada, os motivos que levaram o contratante à liberalidade permanecem alheios à causa da obrigação.[63]

Afirma-se que neste modelo a causa – simplificadamente referida como *a consideração de uma contraprestação* – desempenha um papel de proteção individual, de proteção de um contratante contra o outro, essencialmente no tocante à formação do contrato.[64] Como servia para justificar a vinculação apenas de uma das partes do contrato, afirma-se que em vez de imagem da união entre as partes ela se constitui instrumento de confronto entre os contratantes.[65]

[60] Jacques FLOUR e Jean-Luc AUBERT. *Droit civil – Les obligations*: 1 – L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 201.
[61] Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 265.
[62] Arnaud CERMOLACCE. *Cause et exécution du contrat*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M.: 2001, p. 26. Sobre a distinção entre as teorias de Pothier e Domat, v. também Luis DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, p. 261 e ss.
[63] Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 266.
[64] Jacques FLOUR e Jean-Luc AUBERT. *Droit civil – Les obligations*: 1 – L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 206.
[65] Anne-Sophie LUCAS-PUGET. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 244.

A concepção clássica da causa francesa foi objeto de diversas críticas. Afirmou-se que ela nasceu de um equívoco doutrinário sistematizado por Domat e incorporado por Pothier: uma interpretação equivocada dos princípios do direito romano, verdadeiro *qui pro quo* filológico, que consistiu em uma falsa tradução do termo arcaico *cose*, que foi traduzido para *cause* (causa) ao invés de seu verdadeiro significado, *chose* (coisa).[66] Questionou-se também, a falta de unidade na abordagem do instituto, que toma "por um lado, um efeito do contrato e, por outro, a causa eficiente do seu surgir".[67]

Mas, a crítica mais difundida foi feita por Planiol, para quem a causa seria uma construção logicamente falsa, quando não ininteligível – enfim, "criação artificiosa e inútil".[68] Para o autor, de um lado a concepção é falsa, pois nos contratos sinalagmáticos as obrigações nascem ao mesmo tempo, logo uma não pode ser a causa da outra, nos contratos reais a causa seria apenas o fato gerador da obrigação e nos contratos gratuitos a vontade não poderia ser separada dos motivos sem restar desprovida de qualquer significação. De outro lado, a concepção clássica seria inútil, pois nos contratos reais sem entrega do bem sequer há contrato, logo a ausência de causa se confundiria com a ausência de contrato, nos contratos gratuitos a ausência de intenção liberal seria a própria ausência de consentimento, e nos contratos sinalagmáticos a ausência de causa importaria a ausência de objeto, pois a própria reciprocidade entre as obrigações faria com que o que se chama de ausência de causa de uma obrigação signifique também a ausência de objeto da obrigação contraposta.[69]

Também teve influência a crítica de Giorgio Giorgi que defendia a simplicidade da fórmula racional que compõe o contrato de duas ou mais pessoas capazes de contratar, o consenso respectivo e o objeto, em oposição à adição de um quarto elemento – a causa – que, em seu dizer irônico, atuaria como um "quarto lado do triângulo".[70]

---

[66] Clovis BEVILAQUA. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Bevilaqua*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Rio, p. 338-340; Vale observar, todavia, que ainda hoje os franceses usam o termo "*causa*" (em lugar de "*cause*") para referir-se à concepção romana de *causa efficiente*, fato gerador do contrato (Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 262).

[67] Vasco Taborda FERREIRA. *Do conceito de causa dos actos jurídicos*. Lisboa, 1946, p. 90.

[68] *Traité elementaire de droit civil*, t. II, ns. 1037 a 1039, *apud* Paulo Barbosa de CAMPOS FILHO. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 13 e ss. e p. 71

[69] *Apud* Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 267.

[70] *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol II, 4. ed., p. 548 e ss. *apud* Paulo Barbosa de CAMPOS FILHO. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 17 e ss. e p. 71.

Clovis Bevilaqua, ao elaborar o seu anteprojeto de Código Civil, desprezou a causa, invocando expressamente diversos destes autores para afirmar que "a noção de causa é perfeitamente inútil para a teoria dos atos jurídicos".[71] Durante a tramitação do Projeto Bevilaqua no congresso, duas emendas ainda foram propostas tentando incluir a causa entre os requisitos de validade do negócio: foram as emendas de Júlio dos Santos e de Amaro Cavalcanti, que previam, respectivamente, a inclusão de um artigo na seção dos defeitos do negócio jurídico e de um parágrafo no artigo que indicava os requisitos de validade. Contudo, não prosperaram, e o Código Civil de 1916 nasceu sem menção expressa à causa.[72]

No seu ordenamento de origem, embora diversas destas críticas tenham sido consideradas injustificadas e serem difusamente reconhecidos o valor e a importância da concepção clássica de causa, o impacto dos adversários da causa abstrata propiciou a construção de um outro conceito de causa, dito moderno, em oposição à sua versão original. De modo geral, foi dito que esta nova concepção representa um movimento geral de "subjetivação" da causa, no tocante a permitir a integração nela de razões pessoais que estariam na origem do ato de vontade.[73] Em contraposição ao modelo clássico, no qual os elementos subjetivos não perturbam a causa em nome da proteção à estabilidade dos contratos e ao princípio da autonomia da vontade em sentido estrito, o modelo moderno se inspira na idéia de que a autonomia da vontade não é tutelada como um fim em si mesmo, mas somente na medida em que persegue um fim legítimo e, assim, a causa deixa de desempenhar um papel de proteção exclusivamente individual e passa a desempenhar um papel de proteção social.[74] Afirma-se que a redescoberta dos imperativos de equilíbrio contratual e justiça comutativa conduz a buscar o querer concreto de cada parte com relação à finalidade global que eles perseguem através de seu contrato.[75]

Buscando conferir maior uniformidade à acepção da causa nas diversas hipóteses de contrato, Henri Capitant ofereceu a definição que ficou conhecida entre nós como a

---

[71] *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Bevilaqua*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Rio, p. 338-340.
[72] Paulo Barbosa de CAMPOS FILHO. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 27.
[73] Jacques FLOUR e Jean-Luc AUBERT. *Droit civil – Les obligations*: 1 – L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, pp. 207-208.
[74] Jacques FLOUR e Jean-Luc AUBERT. *Droit civil – Les obligations*: 1 – L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 209.
[75] Anne-Sophie LUCAS-PUGET. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 18.

concepção moderna da doutrina francesa: a causa seria o *fim perseguido pelos contratantes*.[76] Partindo do pressuposto de que toda pessoa que se obriga tem um fim, é a consideração deste fim que leva o devedor a se obrigar que é a causa de sua vinculação.[77] Este fim (*but*) – termo que o autor prefere ao conceito de causa, embora o aceite porque consagrado pelo uso – não se confundiria com o motivo determinante e tampouco pode ser explicado pela separação entre móvel direto ou imediato (*causa proxima*) e motivos secundário ou distantes (*causa remota*): para Capitant, o fim é um elemento que se integra dentro do campo contratual.[78] Assim, de um lado, a noção perde a objetividade que tinha nos contratos sinalagmáticos na medida em que passa a ser a *expectativa* de execução da prestação a ser efetivada pela outra parte, a vontade de obter o cumprimento da prestação que lhe foi prometida em retorno.[79] De outro lado, nos contratos gratuitos, não seria mais o *animus donandi* abstrato, tampouco o motivo determinante que não tenha entrado no campo contratual, e sim o fim – necessariamente conhecido pelo donatário – que é perseguido pelo doador (a criação de uma obra, o *animus donandi* em concreto, etc.).[80]

Neste modelo, portanto, a causa não chega a ser puramente subjetiva, ela mantém um caráter objetivo, ao se referir – ainda que de forma ambígua – à integração do elemento subjetivo no campo contratual.[81] Especialmente, persiste como uma concepção de causa da obrigação e não do contrato: "*la cause d'un contrat, cela ne signifie rien*".[82] Por conta disso, é inevitável a constatação de que embora tempere a concepção tradicional, a formulação de

---

[76] Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, 1986, p. 127; Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 86.

[77] Henri CAPITANT. *De la cause des obligations*, 3.ed. Paris: Dalloz, 1927, *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, pp. 55-56.

[78] Henri CAPITANT. *De la cause des obligations*, 3.ed. Paris: Dalloz, 1927, p. 24-25 *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, pp. 56-57.

[79] Henri CAPITANT. *De la cause des obligations*, 3.ed. Paris: Dalloz, 1927, p. 43 *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 60.

[80] Henri CAPITANT. *De la cause des obligations*, 3.ed. Paris: Dalloz, 1927, p. 87 *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 57.

[81] Henri CAPITANT. *De la cause des obligations*, 3.ed. Paris: Dalloz, 1927, p. 26-27, *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, pp. 55-56. Por conta disso, para Jacques Ghestin trata-se de uma concepção única, que não se poderia compatibilizar com uma contemporânea subjetivação da causa (*ibid*, p. 58). Destaca esta ambigüidade – transcrevendo Capitant quando afirma que "na maior parte dos contratos, a ligação que une a obrigação e a causa é invariável e indestrutível. Invariável porque, para um dado contrato, o fim perseguido por cada contratante é sempre o mesmo, qualquer que seja a personalidade dos contratantes" (*De la cause des obligations*, n. 8) – Gustavo Espírito Santo. *La cause, élément constitutif de l'acte juridique*. Mémoir de Master II (Droit Privè General). Paris: Universitè Paris II Panthéon-Assas, 2007/2008, p. 27.

[82] Henri CAPITANT. *De la cause des obligations*, 3.ed. Paris: Dalloz, 1927, p. 26 *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 57.

Capitant ainda se ressente da influência do paradigma individualista e voluntarista.[83] Por outro lado, ela parece sem dúvida pioneira, pois teve o condão de ampliar o alcance da causa para atingir uma perspectiva dinâmica, na medida em que ela atuaria não apenas na formação do contrato como também em sua execução,[84] e, de modo geral, dar início a este movimento de consideração de elementos subjetivos – relativos ao contrato concreto – na avaliação da causa.

De fato, com o objetivo de buscar "a simplicidade em um domínio onde é fácil se perder", chegou-se a afirmar a existência de duas causas diferentes: de um lado, a causa da obrigação, sob a concepção tradicional abstrata, objetiva, imediata, "causa-contrapartida", submetida ao controle de existência; de outro lado, a causa do contrato, subjetiva, concreta, mediata, motivos determinantes, submetida ao controle de conformidade à ordem pública e aos bons costumes.[85]

Esta perspectiva dual chegou à jurisprudência, marcadamente no *arrêt Pirmamod*, julgado pela primeira câmara cível da Corte de cassação em 12 de julho de 1989.[86] No caso, dois parapsicólogos, o sr. Pirmamod e a sra. Guichard, celebraram um contrato para a venda de material de ocultismo pelo valor de 52875 francos. Diante do não pagamento da quantia, o vendedor acionou a justiça, mas seu pedido foi inicialmente negado pela Corte de Apelação de Paris por considerar que o contrato tinha uma causa ilícita. Em recurso, o Sr. Pirmamod impugnou a decisão afirmando, primeiro, que a causa não é a perspectiva de utilização das coisas vendidas pelo comprador, mas sim a transferência destas mesmas coisas, e, segundo, para que a utilização dos objetos vendidos para enganar terceiros fosse considerada motivo comum determinante ilícito – como o foi pela Corte de apelação – seria necessário que ele fosse conhecido por ambas as partes.

A Corte de cassação, contudo, rejeitou o recurso, afirmando inicialmente que "se a causa da obrigação do comprador reside na transferência da propriedade e na entrega da coisa vendida, por outro lado a causa do contrato de venda consiste no seu móvel determinante, isto é, aquele sem o qual o comprador não teria contratado". A partir desta distinção, afirmou que

---

[83] Judith MARTINS-COSTA. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, v. 16, n. 45. Porto Alegre, mar. 1989, p. 227.

[84] Sob uma perspectiva crítica desta posição, Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD e François CHABAS. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 270.

[85] Anne-Sophie LUCAS-PUGET. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 241.

[86] Cass. Civ. I, n. 88-11443, julg. 12.07.1989, publ. *Bulletin Cassation* n. 293, I, 1989, p. 194: " *Vente - Acheteur - Obligations - Cause - Distinction avec la cause du contrat Si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé. Contrats et obligations - Cause - Distinction avec les motifs - Vente*".

no caso a causa impulsiva e determinante do contrato era permitir o exercício do ofício de adivinhar e predizer, atividade que constitui contravenção prevista e punida pelo Código Penal e, portanto, revela caráter ilícito. Enfim, tendo em vista que o sr. Pirmamod exercia a mesma profissão de parapsicólogo que a sra. Guichard, considerando-a como discípula, não poderia ignorar que a venda do material de ocultismo a ela se destinava a lhe permitir exercer o referido ofício e que, portanto, o conhecimento do motivo determinante por ambas as partes não precisava ser provado, decorria dos próprios fatos.

Indica-se que com este movimento a causa tendia a transbordar aquele quadro clássico "tranqüilizador", ganhando outros sentidos que lhe dariam um caráter mais "delicado", "incerto" e mesmo "inquietante", pois ela viria a absorver não apenas as motivações separadas das partes, mas ainda, em um nível superior, seus objetivos conjuntos.[87] Este movimento dito de subjetivação – mais exatamente de concretização – da causa é indicado também na jurisprudência, através de algumas decisões de grande repercussão.

Neste sentido, pode ser citado inicialmente o *arrêt Club Vidéo*, julgado pela primeira câmara cível da Corte de Cassação em 3 de julho de 1996.[88] No caso, a sociedade DPM impugnava a decisão da Corte de apelação de Grenoble que anulara, por defeito de causa, o contrato de criação de uma videolocadora ("*point club vidéo*") e de locação de fitas de vídeo que fora celebrado com o senhor e a senhora Y, por entender que a causa, móvel determinante do vínculo com os Y, era a difusão de certas fitas de vídeo junto à sua clientela, e que esta atividade estava fadada ao fracasso em uma comunidade de apenas 1314 habitantes. A Corte de cassação, por sua vez, afirmou que em um contrato sinalagmático a causa da obrigação de uma parte reside na obrigação da outra parte – no caso a causa da vinculação do casal Y era difundir as fitas de vídeo – e que os motivos determinantes podiam integrar a causa do contrato no caso apurado pela Corte de apelação, pois tais motivos tinham entrado no campo contratual. Tendo em vista que, tratando-se da locação de fitas de vídeo para uma atividade comercial, a execução do contrato de acordo com o equilíbrio econômico buscado ("*l'économie voulue*") pelas partes era impossível, a Cassação considerou que a decisão que

---

[87] Anne-Sophie LUCAS-PUGET. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 241.

[88] Cass. Civ. 1, n. 94-14800, julg. 03.07.1996, publ. *Bulletin civ. I*, n. 286, 1996, p. 200: "*Contrats et obligations - Cause - Absence - Défaut de contrepartie réelle . S'agissant d'un contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, la cour d'appel décide à bon droit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'elle retient que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, constatant ainsi le défaut de contrepartie réelle à l'obligation souscrite par le preneur. Contrats et obligations - Cause - Absence - Contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce*".

considerou o contrato desprovido de causa estava correta, diante da falta de qualquer contrapartida real à obrigação de pagar o preço da locação das fitas de vídeo.

A decisão, considerada emblemática da renovação da causa francesa, foi duramente criticada por alguns juristas, como atentado à força obrigatória do contrato e sacrifício do imperativo fundamental da segurança contratual,[89] mas por outros foi fortemente elogiada por romper com a tradição de se verificar apenas abstratamente a realidade da causa e ligar as concepções subjetivas e objetivas.[90] Mereceu especial destaque a afirmação da Corte de que a apreciação da causa deveria ser feita "dentro do quadro da criação de uma videolocadora" ("*dans le cadre de la création d'un point club vidéo*"), identificando-se que, no caso concreto, não se tratava de um simples contrato de locação de fitas de vídeo, mas algo como um híbrido de franquia e locação de coisa, pois não se referia a uma operação pontual, mas ao primeiro de uma série de contratos similares, inviáveis diante da ausência de sublocatários potenciais.[91] Diante disso, conclui Jacques Ghestin que a decisão não coloca nenhum princípio revolucionário, mas adapta, a um caso particular, uma noção de causa muito menos rígida e abstrata do que a versão freqüentemente apresentada pela doutrina francesa.[92]

Em linha semelhante, mas ainda mais polêmico, está o *arrêt Chronopost*, julgado pela câmara comercial da Corte de cassação em 22 de outubro de 1996.[93] No caso, a sociedade Chronopost, especializada em transporte rápido, foi contratada pela sociedade Banchereau para entregar, até a manhã do dia seguinte, um envelope contendo documentação para inscrição em um concurso. Como a notificação não foi entregue a tempo, a Banchereau sofreu um grave prejuízo, pois perdeu a chance de participar do concurso. Diante do pedido de reparação do prejuízo sofrido, a Chronopost invocou em seu favor uma cláusula do contrato que limitava a indenização por atraso ao reembolso do preço do transporte (122 francos). A

---

[89] As críticas são feitas por Denis MAZEAUD e Jacques MESTRE *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 257.

[90] Os elogios, por sua vez, vêm de REIGNÉ e DELEBECQUE *apud* Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 258.

[91] Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 261.

[92] Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 263.

[93] Cass. Comm., n. 93-18632, julg. 22.10.1996, publ. *Bulletin Cassation* n. 261, IV, 1996, p. 223: "*Transports terrestres - Marchandises - Responsabilité - Clause limitative - Exclusion - Dol ou faute lourde - Spécialiste du transport rapide - Non-respect du délai de livraison . Doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au montant du prix du transport, dès lors que le transporteur, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, qui s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, avait, en ne livrant pas dans ce délai, manqué à cette obligation essentielle dont la clause contredit la portée. Responsabilité contractuelle - Clause limitative de responsabilité - Déchéance - Dol ou faute lourde - Applications diverses - Transporteur - Marchandises - Spécialiste du transport rapide - Non-respect du délai de livraison*".

Corte de Apelação de Rennes denegou o pedido afirmando que, apesar do atraso, a Chronopost não cometeu a falta grave que excluiria a limitação de responsabilidade prevista no contrato.

Todavia, a Corte de Cassação entendeu que, "assim estabelecendo, como especialista do transporte rápido, garantindo a confiabilidade e a celeridade de seu serviço, a sociedade Chronopost se obrigou a entregar o envelope da sociedade Banchereau dentro de um prazo determinado, e em razão do descumprimento desta obrigação essencial, a cláusula limitativa de responsabilidade do contrato, que contradizia o alcance do compromisso firmado, deveria ter sido reputada não escrita". Conseqüentemente, a decisão da Corte de Apelação de Rennes foi cassada por ter violado o disposto no art. 1.131 do Código Civil francês – "a obrigação sem causa, ou com uma falsa causa, ou com uma causa ilícita, não pode ter qualquer efeito" – ao não desprezar a cláusula limitativa de responsabilidade contraditória com o alcance do compromisso firmado.

O raciocínio imputado à Corte foi de que, no caso concreto, diante do que fora afirmado pela Chronopost sobre sua eficiência e, conseqüentemente, a confiança conquistada junto à outra parte, a obrigação de realizar a entrega no prazo se tornara essencial, isto é, integrava a causa do contrato. Nesta linha, uma cláusula contratual que limitasse a indenização por descumprimento dessa obrigação a um valor irrisório privaria o contrato de sua causa. A solução de anular todo o contrato por falta de causa, penalizando a vítima, seria inútil e inadequada, sendo suficiente a eliminação apenas da cláusula controversa para garantir o respeito à causa do contrato.[94]

A decisão insuflou grandes debates doutrinários. Especialmente, tendo em vista que mesmo com a cláusula limitativa haveria alguma obrigação de contrapartida – os irrisórios 122 francos – as críticas se distribuíram contra o abandono da consideração em abstrato da contrapartida, que conduziria a uma subjetivação da causa pela inclusão de móveis dentro do campo contratual – ao considerar que, no caso concreto, havia circunstâncias que incutiam a expectativa de rapidez por parte da Chronopost como essencial.[95]

Estes exemplos indicam um panorama complexo no qual se identifica o esforço de identificar a causa do contrato concreto, mas esta permanece vinculada a cada um contratantes individualmente considerados. De fato, os esforços de certos doutrinadores de conceber uma

---

[94] Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p.184.
[95] Nesta linha, Daniel COHEN, SERIAUX, TERRE e LEQUETTE, C. LARROUMET, como expõe Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, pp. 192-200.

causa para todo o contrato ou, ainda mais, aqueles que, na linha que viria a prevalecer na Itália, a concebem como função objetiva deste contrato, não aparentam prevalecer, sob o argumento de que a função de um contrato é um conceito de ordem objetiva enquanto a causa seria uma noção eminementemente subjetiva.[96]

Isto acaba por produzir – como também veio a ocorrer no Brasil – certo movimento no sentido do alargamento do conceito de objeto, em comparação com a definição que tradicionalmente lhe é atribuída. Assim, a partir da distinção entre causa e objeto em termos de "o que as partes queriam?" contra "por que as partes o queriam?",[97] chega-se a afirmar que o objeto do contrato é a sua finalidade imediata, enquanto a causa seria sua finalidade mediata (o fim psicológico dos efeitos jurídicos).[98]

Sem dúvida, no entanto, a maior crítica à manutenção deste viés subjetivo reside na eventual confusão entre causa e motivos. A concepção de causa expressa na doutrina francesa, de maneira geral, é *subjetiva*, uma vez que a causa acaba por remeter ao escopo que movimenta as partes, à razão psíquica que fundamenta a constituição da obrigação, a uma finalidade que integra a manifestação de vontade. Esta subjetividade ameaça a autonomia do instituto, que termina por se confundir com o conceito de motivo – tradicionalmente irrelevante para o direito.

Segundo os críticos, o motivo pode até tornar-se juridicamente relevante, mas só mediante a sua externalização pelas partes e sua inclusão, em comum, como parte componente do negócio. Portanto, os motivos só adquirem relevância, e influem sobre a validade e eficácia do negócio, penetrando na estrutura negocial, o que pode ocorrer mediante sua transformação em uma modalidade, como a condição, e ainda assim dentro dos limites impostos pela causa.[99]

Como destaca Emilio Betti, os motivos individuais são essencialmente subjetivos e internos, contingentes, variáveis, múltiplos, diversos e freqüentemente contraditórios, por isso são imponderáveis e, diferentemente da causa, não comportam uma avaliação acerca de serem ou não merecedores de tutela enquanto não fazem parte do conteúdo do negócio: são,

---

[96] São referidos J. MAURY e Mme ROCHFELD por Anne-Sophie LUCAS-PUGET. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, pp. 266-268.
[97] Jacques FLOUR e Jean-Luc AUBERT. *Droit civil – Les obligations*: 1 – L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 200.
[98] Anne-Sophie LUCAS-PUGET. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 269.
[99] Francesco SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, 9. ed. Napoli: Jovene, 1989, p. 179.

portanto, irrelevantes para o direito.[100] No mesmo sentido, Salvatore Pugliatti destaca a diversidade de fonte – a causa vem da norma, os motivos da vontade – e de função – os motivos precisam o conteúdo da manifestação volitiva, a causa incide sobre o negócio jurídico em cujo seio a manifestação de vontade é (pode ser) absorvida.[101]

Isto não significa que a vontade dos sujeitos não possa fornecer elementos capazes de modificar o enquadramento do negócio, passando de um para outro esquema causal; mas neste caso ocorrerá uma objetivação do elemento subjetivo, que ficará totalmente absorvido, sem resíduo algum, dentro do esquema apresentado pela norma.[102] Pietro Perlingieri ilustra com o caso do mútuo: o uso da soma recebida da parte pelo mutuário constitui normalmente o motivo que o induz a celebrar o contrato, mas se as partes ou a lei impõem uma destinação à quantia, o interesse a uma determinada utilização adquire relevância causal, porque deduzido no concreto regulamento de interesses entre as partes: trata-se do chamado *mutuo di scopo*. Os motivos, em sentido estrito, são, portanto, os interesses concretos das partes não incluídos no concreto regulamento de interesses por elas estabelecido.[103]

Na concepção francesa dominante, esta sutil distinção entre a relevância e a irrelevância jurídica, ou entre o último ou grande motivo e os demais, seria tudo o que separaria o motivo, impulso psicológico que leva um determinado indivíduo a contratar, da causa em sentido subjetivo, o fim almejado pelas partes contratantes que, posto subjetivo, é externalizado e passa a compor o conteúdo do negócio.[104] As críticas fizeram com que, no ordenamento italiano, a dominância da causa subjetiva ao longo do vigor do Código Civil de 1865 começasse a ceder, fortalecendo-se, a partir do Código Civil de 1942, uma ênfase maior na distinção entre causa e motivo, referida inclusive em sede jurisprudencial:

> O intento prático perseguido por cada contratante representa um motivo ou impulso interno, de caráter essencialmente subjetivo e estranho ao pacto negocial. Ele pode fornecer elementos para determinar melhor o querer de cada contratante e nele encontrar, assim, subsídios para a interpretação dos fatos; mas, uma vez determinada e especificada a vontade comum, qualquer outra indagação sobre o escopo concreto do negócio se torna frustrânea e irrelevante.[105]

---

[100] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 34.
[101] Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 85.
[102] Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 80.
[103] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 372.
[104] Luis Renato Ferreira da SILVA. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2001, p. 4-5 e p. 83.
[105] Cass., 7.4.1970, n. 957, *apud* Elena PAOLINI. *La causa del contratto*. Padova: Cedam, 1999, p. 43.

No caso representativo, os sujeitos tinham estabelecido um contrato preliminar de compra e venda de um imóvel do Monastério para demoli-lo e dar uma destinação diversa à área, mas o Conselho Comunal de Pisa deu parecer contrário à demolição. A Corte de Cassação recusou o recurso, com o entendimento de que o contrato não estava subordinado à condição suspensiva da demolição do imóvel e que restava irrelevante para o direito o intento prático perseguido por cada parte.

Assim, no tocante a esta transição na definição de causa, constata-se a existência de uma multiplicidade de teorias diversas e, portanto, se deve reconhecer que as várias doutrinas não podem ser enquadradas em posições extremistas, até mesmo porque a evolução da transição permite afirmar que as posições se embotaram e as divergências se atenuaram. No entanto, as várias teorias podem ser reconduzidas, de forma geral, a uma ou outra posição, conforme a prevalência da orientação mais subjetivista ou mais objetivista.[106] Neste sentido, pode-se simplificar e afirmar que, diante do esforço de destacar a causa dos motivos, a popularidade das teorias subjetivas diminuiu diante das chamadas teorias objetivas sobre a causa. Diante disso, concluiu Maria Celina Bodin de Moraes que, no contexto de 1916, "teria tido razão, pois, o legislador pátrio em se afastar do que, justamente, se considerava noção 'pouco exata e pouco jurídica'".[107]

3. A recepção doutrinária à concepção objetiva: a causa como função econômico-social do contrato

No ordenamento brasileiro, os defensores da causa criticaram a omissão do legislador de 1916, mas, diante do significativo silêncio da lei, em sua maioria se resignaram.[108] Embora, para eles, a inclusão da causa entre os requisitos de validade do negócio fosse uma idéia louvável, uma vez que o Código não a implementou, não podia ser invocada no ordenamento brasileiro, salvo a título de *lege ferenda*. Para alguns, em compensação, observar-se-ia no direito nacional o alargamento do conceito de objeto, de maneira a tentar suprir algumas hipóteses em que a declaração de nulidade do negócio ocorreria normalmente por meio do exame da sua causa.[109]

---

[106] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 110.
[107] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 298-299.
[108] Carvalho Santos, Espínola, Gilberto de Ulhoa Canto, entre outros, segundo Paulo Barbosa de CAMPOS FILHO. *O problema da causa, cit.*, p. 40 e ss..
[109] Paulo Barbosa de CAMPOS FILHO. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, pp. 156-157.

Entretanto, como veio a destacar Emilio Betti, causa e objeto não se confundem, pois negócios com o mesmo objeto podem ter causas distintas (doação, mútuo, pagamento) e um negócio pode ter uma causa inexistente, ou pode ela tornar-se ilícita ou inatingível, embora o objeto permaneça existente, lícito e possível.[110] Assim, já em seguida ao advento do Código de 1916, outros autores, a despeito da ausência de supedâneo legal, continuaram a defender a relevância da causa.[111] É o caso de Pontes de Miranda, que argumentou que a extirpação da causa do Código Civil era inoperante, uma vez que todo o seu sistema é fundado na causa: "Algo de equivalente ao grito do professor de obstetrícia que se dirigisse às internadas: 'Todos os recém-nascidos nasçam sem pernas'. Mas não nascem em milhões".[112]

Indicavam, na linha da expressão de Guido Alpa, que "nos ordenamentos em que o Código ignora a causa, essa, como a fênix que ressurge de suas cinzas, é construída pela doutrina e pela jurisprudência; a doutrina fala dela abertamente, a jurisprudência a usa ocultamente".[113] O autor italiano alerta que os ordenamentos podem prescindir de uma definição, mas observa-se a persistência da causa na cultura dos juristas dos ordenamentos em que ela é mencionada, misturada a outros institutos e mesmo daqueles em que ela é ignorada.[114] Ou ainda, como destacava Emilio Betti:

> Se a causa, como função social típica e normal determinação, constitui um momento incindível do preceito do negócio, é lógico que a sua eventual falta, a sua ilicitude ou a sua impossibilidade não possam deixar de influir sobre a eficácia daquele preceito; exigência esta que não pode ser desconhecida nem naqueles ordenamentos que operam sem a noção de causa.[115]

Nesta linha, alguns estudos nacionais se aventuraram pelo tortuoso terreno da causa e ousaram afirmar que, presente ou não no dispositivo legal, ela continuaria a ter relevância jurídica em nosso ordenamento. São juristas brasileiros que, não obstante o silêncio da lei, a resistência da maioria da doutrina, certa indiferença da jurisprudência e a inospitalidade do tema, se aventuraram no terreno da causa.[116] Viram-se inspirados por uma drástica

---

[110] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 35.
[111] Torquato Castro, Lino de Moraes Leme, entre outros, cf. Paulo Barbosa de CAMPOS FILHO. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, pp. 44 e ss..
[112] Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*, tomo III, 2. ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 100.
[113] Guido ALPA. Lineamenti di diritto contrattuale. *Diritto privato comparato*: Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001, p. 197.
[114] Guido ALPA. Lineamenti di diritto contrattuale. *Diritto privato comparato*: Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001, pp. 195-196.
[115] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 37.
[116] Como indica Maria Celina Bodin de MORAES, não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência colaborou nesta aproximação à causa: "O profundo repensar do direito brasileiro acerca dos contratos civis vem de mais

transformação que se operava no próprio conceito de causa nos ordenamentos que a consagravam, em especial o ordenamento italiano.

Houve estudos de viés assumidamente comparatistas, mas que reconheceram a figura no ordenamento nacional, como é o caso do aprofundado exame do ordenamento francês por Judith Martins-Costa, a qual comparativamente constata que "entre nós, quando admitida a posição causalista, esta tem sentido 'instrumental' ou 'funcional'", mas que "a construção dessa possível 'teoria brasileira' não se furta, contudo, à influência de sistemas declaradamente anticausalistas",[117] e ainda o esforço de Fábio Siebeneichler de Andrade para diferenciar causa e *consideration*, que conclui assertivamente que "no Direito brasileiro – embora alguns tenha afirmando que se teria repelido a noção de causa – ela também vigora".[118]

Outros adotaram orientações mais propedêuticas, como a didática sistematização operada por Antônio Junqueira de Azevedo, para quem o termo causa pode assumir cinco sentidos: "causa pode ser causa-fato jurídico (*causa efficiens*); causa-motivo (*causa impulsiva*), se motivo psicológico, e causa-justa-causa, se motivo objetivo; causa da juridicidade (*civilis* ou *naturalis*); causa da atribuição patrimonial (ou da atribuição de direitos); e causa do negócio (*causa finalis* com três concepções diferentes)", destacando, quanto a este último sentido, o embate entre correntes subjetivo-objetiva, subjetiva e objetiva, e a dupla significação causa abstrata e causa concreta, para concluir que "a causa concreta é, na verdade, o *'fim do negócio jurídico'*. Esta é a melhor expressão".[119] Em outra ocasião, refletindo sobre o papel da causa na validade e na eficácia dos negócios jurídicos, o autor destaca expressamente problemas que deveriam ser resolvidos através da causa, mas que "o direito brasileiro procura atingir o mesmo resultado, por vias bem menos claras que a da nulidade por falta de causa", e conclui que "tudo isso demonstra a necessidade, dizemos mais,

---

longe, principalmente a partir do início das atividades do Superior Tribunal de Justiça – Corte que, como se sabe, tem desempenhado papel renovador em matéria de obrigacional" (A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 290).

[117] Judith MARTINS-COSTA. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, v. 16, n. 45. Porto Alegre, mar. 1989, p. 238.

[118] Fábio Siebeneichler de ANDRADE. Causa e *consideration*. *Ajuris*, v. 18, n. 53. Porto Alegre, nov. 1991, p. 278. Conclui o autor que "modernamente, tem-se entendido que tanto a causa quanto a *consideration* surgiram com a finalidade de limitar a teoria da autonomia da vontade, que possibilitava atribuir um valor legal à simples coincidência da vontade das partes. No entanto, apesar das razões do aparecimento desses conceitos terem sido as mesmas, as formas pelos quais eles surgiram foram diversas" (*ibid*., p. 283-284).

[119] Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, 1986, p. 128-129 – grifos no original.

a inexorabilidade do recurso à causa, até mesmo, *de lege lata* em países que, como o nosso, não a abrigam expressamente".[120]

É necessário destacar ainda os tradicionais manuais de direito civil brasileiro, que em sua maioria não olvidam a figura da causa, muitos deles defendendo expressamente sua existência no ordenamento,[121] assim como referir a existência de diversos trabalhos monográficos que, dedicados a temas específicos, se valem da causa para a solução de controvérsias do nosso sistema.[122]

Mas o estudo mais detido da causa no cenário nacional ainda sob a vigência do Código Civil de 1916 vem de Maria Celina Bodin de Moraes e dedica-se ao procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo, no qual afirma a autora que, sendo a causa a função que o ordenamento reconhece a determinado contrato, situando-o no mundo jurídico e traçando e precisando sua eficácia, "não se pode negar que todo e qualquer instituto há de ter uma função própria para que se possa justificar a sua presença no ordenamento jurídico, seja de modo típico, seja de modo atípico, isto é, permitido implicitamente pelo sistema".[123] A autora já propunha na ocasião para o ordenamento brasileiro uma teoria da causa que abrange a maneira pela qual os efeitos essenciais do negócio se interligam, isto é, na qual "a interdependência funcional, também chamada nexo

---

[120] Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio Jurídico*: Existência, Validade e Eficácia, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 160.

[121] Mencione-se, a título exemplificativo, Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*, vol. I, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 431-436, para quem "uma posição de transigência com a noção de causa seria, contudo, aconselhável" (p. 435); Orlando GOMES. *Contratos*, 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 63-66, que afirma que "são manifestamente úteis as noções de *falsa causa* e *causa ilícita* (p. 64); Miguel Maria de Serpa LOPES. *Curso de direito civil*, vol. 1, 8, ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 481-488; Silvio RODRIGUES. *Direito civil*, vol. 1, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 171-172; Arnoldo WALD. *Direito civil*: introdução e parte geral, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 183-184; Washington de Barros MONTEIRO. *Curso de direito civil*, vol. 1, 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 211. Mencione-se, ainda, a importante referência à causa no tocante à "separação de planos" por Clóvis Veríssimo do Couto e SILVA. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2007, p. 44 e ss., assim como o estudo específico do autor sobre o tema, Teoria da causa no direito privado. *Revista jurídica*, n. 2. Porto Alegre, 1954, p. 21-30.

[122] Entre eles, destaque-se Gustavo TEPEDINO. Questões controvertidas sobre o contratos de corretagem. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2008, p. 148 e ss.; e A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2008, pp. 254 e ss.; Maurício Jorge MOTA e Patrícia Silva CARDOSO. A qualificação dos contratos como determinante da natureza e do regime contratual: uma análise do contrato de operação de posto de serviço. *In* Marilda ROSADO (coord.) *Estudos e pareceres: direito do petróleo e do gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 239-271.

[123] Maria Celina Bodin de MORAES. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mutuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 309. Rio de Janeiro, jan./mar. 1990, p. 35. Vale mencionar também a tese de doutorado de Luis Renato Ferreira da SILVA. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2001, na qual se afirma já de início que "parece resultar induvidoso, porém, (...) que não se pode abrir mão da causa, ainda que se a entenda mais como item explicativo da estrutura da obrigação ou do negócio jurídico do que como elemento constitutivo ou requisito de validade" (p. 3).

de correspectividade, entre os efeitos essenciais serve, de modo especial, a determinar a função negocial".[124]

De fato, o fundamento deste ressurgimento da causa na doutrina brasileira na vigência do não-causalista Código Civil de 1916 pode ser tributado à reviravolta no sentido da objetivação da causa, cuja raiz se encontra no ordenamento italiano, mais precisamente nos debates que vieram a culminar com a redação de um novo Código Civil, cuja *relazione* expressamente afirmava um novo conceito de causa do contrato.

Se, durante a vigência do Código Civil de 1865, a doutrina italiana ainda se encontrava dominada pela concepção subjetiva da causa, como referida à obrigação e identificada no escopo que induziu o sujeito à conclusão do contrato,[125] a partir do Código Civil de 1942, a interpretação da causa como um requisito de validade do negócio jurídico ganhou uma concepção mais objetiva. A causa passou a ser associada não à obrigação, mas ao contrato como um todo. A partir daí difundiu-se a sua concepção como a função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato persegue.[126]

Esta concepção objetiva reflete uma transformação drástica na perspectiva de leitura da autonomia privada e é nela que encontramos um instrumento fundamental para a funcionalização dos negócios jurídicos. Por meio dela, além do exame da estrutura do negócio – sua forma e seu conteúdo (o "como" e o "que coisa") – indaga-se acerca da sua função (o "porquê").[127] A concepção subjetiva é, assim, rejeitada, reputada um resíduo da tendência, em grande parte superada, de reconduzir os conceitos jurídicos à vontade, esquecendo-se do que seria a única e verdadeira fonte formal: a norma.[128] Em oposição à perspectiva tradicional, na qual o contrato é quem produz a disciplina e o ordenamento limita-se a atribuir os efeitos e os limites por vezes necessários para que as partes persigam seus próprios fins e satisfaçam suas próprias necessidades, afirmou-se que nesta perspectiva objetiva o contrato é objeto da

---

[124] Maria Celina Bodin de MORAES. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mutuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 309. Rio de Janeiro, jan./mar. 1990, p. 41.
[125] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 368.
[126] Em que pesem outras referências a ordenamentos nos quais se deu amplo desenvolvimento da interpretação aplicativa da causa, o ordenamento italiano é considerado o mais exemplificativo da evolução rumo à objetivação da causa. Para uma perspectiva comparatista mais ampla, v. Letizia VACCA (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, *passim*.
[127] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 32.
[128] Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 79.

disciplina e a fonte de produção dos efeitos jurídicos é o ordenamento.[129] Como explica Maria Celina Bodin de Moraes:

> Embora continuando a reputar, acertadamente, o negócio como ato de autonomia privada, no qual o sujeito regula o seu próprio comportamento e os seus próprios interesses, passou-se a sustentar que o ordenamento o toma em consideração não porque emanante da vontade privada, mas por pertencer ao mundo jurídico.[130]

Nesta nova fórmula, o ponto inicial da visão é o ordenamento jurídico,[131] pois não é mais a vontade do agente que dá o valor da causa, mas a causa que constitui o fundamento do negócio e, portanto, o sustento jurídico da vontade.[132] De acordo com a melhor doutrina, se à vontade não se pode mais atribuir efeitos jurídicos, o ordenamento precisa de um instrumento objetivo de controle, através do qual se possa determinar se o negócio é merecedor de tutela: este instrumento é a função do negócio, deduzida do ordenamento.[133]

Ao conceber que o contrato preenche uma função e que esta função deve ser lícita para que o negócio seja juridicamente protegido, a autonomia privada deixa de ser o espaço absolutamente livre para qualquer vontade individual – "a expressão incolor e vazia de um capricho individual"[134] – para ser o estabelecimento de um regulamento de interesses a ser avaliado como merecedor ou não de tutela. Supera-se, assim, a unilateral, atomística e individualista visão da causa como causa da obrigação, acusada pelos arautos da concepção objetiva de destruir a unidade do negócio e considerá-lo apenas sob o ponto de vista de cada uma das partes: tratar-se-ia de um absurdo lógico conceber um simples elemento do todo como a razão justificativa de outro elemento do mesmo todo, em vez de reconhecer a subordinação de ambos à totalidade funcional do todo de que fazem parte.[135]

Esta nova dimensão funcional que a causa adquire é, como indicado em doutrina, resultado das escolhas realizadas pelo legislador em matéria de empresa e propriedade, fundadas no debate político e cultural do fim dos anos trinta inspirado pela experiência

[129] Aldo PELLICANÒ. *Causa del contratto e circolazione dei beni*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 10.
[130] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa do contrato. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 295.
[131] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 112.
[132] Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 79-80.
[133] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 299-300.
[134] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 32.
[135] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 34.

soviética e pelo *New Deal*: trata-se da perspectiva funcionalizadora dos institutos fundamentais do direito civil patrimonial, entre os quais o contrato.[136]

Esta definição de causa, embora objetiva, distingue-se do conceito de objeto do contrato. Afirma-se que a ilicitude do objeto se determina através da consideração da prestação contratual em si e por si considerada, prescindindo de sua inserção no contrato, enquanto a ilicitude da causa resulta da sua dedução do contrato, mais precisamente daquele contrato específico.[137] Na mesma linha, explica-se que a individualização do objeto é independente da orientação ou da utilização que as partes lhe possam destinar, a causa, por sua vez, é mais sensível porque desempenha um papel coordenador de toda a operação econômica, é o elemento de coesão entre o acordo das partes e o objeto, exprime a tensão da vontade sobre um bem, o interesse que através do negócio se quer realizar.[138]

A causa objetiva é utilizada pela doutrina e pela jurisprudência para a qualificação, para o controle de compatibilidade, para circunscrever os riscos, para o reequilíbrio das prestações e, principalmente: de um lado, para ampliar a avaliação do merecimento de tutela do contrato, no qual deve ser lícita não apenas a prestação isoladamente considerada, mas a função que persegue, e, de outro lado, para restringir esta avaliação, já que expulsa os motivos das partes do objeto de análise.[139] Eles, sob a perspectiva objetiva, como foi visto, não são em princípio relevantes:

> A causa do contrato se identifica na função econômico-social que este objetivamente persegue e que o direito reconhece relevante aos seus fins; ela é o escopo objetivo do negócio, tornado autônomo com relação aos escopos individuais que as perseguem com a sua estipulação. A causa é um requisito que diz respeito a cada tipo, é uniforme e constante e refere-se à avaliação do negócio que é realizada pelo ordenamento em relação ao interesse social geral.[140]

Neste caso, por exemplo, discutia-se se o negócio de transferência voluntária de um bem, que estava compreendido no plano particular de execução de uma obra pública, seria um negócio de direito público, apesar da existência apenas de uma declaração de utilidade pública, ou, ainda que fosse reputado de natureza privada, seria nulo ou anulável. Em especial, entre os fundamentos do recurso, afirmava-se que o negócio tinha uma causa (típica)

---

[136] Giovanni Battista FERRI. Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò. *Europa e diritto privato*, 2007, fasc. 3, pp. 673-677.
[137] Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 399.
[138] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 370.
[139] Guido ALPA. Causa e contratto: profili attuali. *In* Letizia VACCA (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 274-280.
[140] Cass., 7.4.1971, n. 1025, *apud* Elena PAOLINI. *La causa del contratto*. Padova: Cedam, 1999, p. 28.

diversa da causa da compra e venda, e ainda, mesmo que pudesse ser reconduzido a este tipo contratual, tinha por fundamento motivos com relevância causal. Sob a premissa de que, em virtude dos decretos administrativos que vinculavam o bem à execução da obra pública, não havia no caso a liberdade contratual própria da compra e venda, em especial diante da vinculação do preço à indenização por desapropriação e da finalidade perseguida pelas partes (liquidação da contraprestação diante da formalização da transferência administrativamente provocada do bem, sobre qual era irreversível o apossamento). Enfim, o recorrente sustentava que, embora estes motivos não fossem idôneos a criar um contrato atípico, influíam sobre a sua causa e causavam a sua nulidade por inexistência ou falsidade de causa. A Corte de Cassação, todavia, entendeu que o recurso se pautava na concepção subjetiva de causa, superada pelo Código Civil de 1942, no qual a causa se identifica na função econômico-social que este objetivamente persegue e que o direito reconhece relevante aos seus fins. Assim, são estranhos ao conceito de causa os motivos individuais que, embora comuns a ambas as partes e evidenciados, fazem parte de uma avaliação subjetiva de correspondência do regulamento negocial aos interesses particulares dos estipulantes. No caso, a Corte decidiu que as particulares circunstâncias que determinaram a atividade negocial – erroneamente supostas – não tinham alterado o escopo objetivo do negócio – ponto de convergência dos contrapostos interesses através da transferência da propriedade diante de um correspectivo em dinheiro – e este escopo objetivo é o único válido no que se refere à identificação do instrumento jurídico selecionado pelas partes. O escopo individual dos estipulantes permanece confinado à esfera dos motivos.

Sob esta concepção, reitere-se, somente excepcionalmente, quando inserido pelas partes na estrutura do negócio, os motivos podem ter relevância jurídica: "Os motivos que levaram a parte ao negócio, juridicamente irrelevantes dado seu caráter subjetivo, podem todavia assumir relevância quando se inserem na estrutura do próprio negócio, enquanto nele expressamente indicados e elevados à condição da sua eficácia".[141]

Apesar deste movimento comum, é necessário reconhecer que dentro desta concepção objetiva, contudo, distintas teorias embateram-se pela explicação do que seja a função do contrato que caracteriza a causa. Como afirma Guido Alpa:

> Os usos doutrinários da causa superaram as dificuldades sobre as quais ainda hoje debate a doutrina francesa, uma vez que prevaleceu em doutrina a noção unitária e objetiva da causa do contrato, mas não são unívocas nem sobre a definição, nem sobre

[141] Cass. 18.2.1975, n. 638, *apud* Elena PAOLINI. *La causa del contratto*. Padova: Cedam, 1999, p. 53.

> a função da causa. [...] O cenário oferecido pela jurisprudência é, se possível, mais contraditório e, no mínimo, confuso.[142]

Entre elas, a teoria que ganhou maior repercussão foi aquela sugerida por Emilio Betti e que entende a causa como a função econômico-social do negócio, que seria a síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional.[143] Nesta concepção, a causa é entendida não mais em sentido fenomenológico, mas em sentido teleológico e deontológico, atinente à exigência de socialidade que preside a função ordenadora do direito.[144]

Na leitura de Pietro Perlingieri, a concepção bettiana tem o mérito de fazer com que a tutela do regulamento de interesses dos particulares não dependa apenas da ausência de infração às normas imperativas; será necessário também que, além das finalidades privadas que o negócio fisiologicamente persegue, ele atenda ainda à finalidade geral fixada no ordenamento, do qual constitui instrumento de atuação – nega-se assim proteção jurídica aos negócios socialmente improdutivos, juridicamente indiferentes ou economicamente fúteis.[145] Dessa forma, sintetiza-se:

> Em resumo, para que negócios atípicos sejam reconhecidos e adquiram valor perante o ordenamento, exige-se que realizem interesses considerados merecedores de tutela jurídica, sendo insuficiente, embora necessário, que não contrariem as normas inderrogáveis, o bom costume e a ordem pública.[146]

Afirmou-se também que a escolha da teoria da função econômico-social não simboliza apenas a mudança da avaliação do fenômeno contratual, passando do perfil subjetivo para o objetivo, mas também a passagem do perfil singular ao social.[147] É exemplificativa desta mudança a difundida decisão da Corte de Cassação:

> O contrato com o qual alguns candidatos às eleições política se obrigam, diante de correspectivo pagamento de soma de dinheiro destinada a financiar suas campanhas eleitorais, a fazer convergir os seus votos e daqueles que os apóiam para o financiador, candidato da mesma lista, e, os eleitos, a renunciar o mandato parlamentar em favor deste último, é nulo por ilicitude da causa.[148]

---

[142] Guido ALPA. Lineamenti di diritto contrattuale. *Diritto privato comparato*: Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001, pp. 205-206.
[143] Emilio BETTI. *Teoria geral do negócio jurídico*, tomo I. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969, p. 350.
[144] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 33.
[145] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 368.
[146] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 302.
[147] Nicola CORBO. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 42.
[148] Cass. 27.5.1971, n. 1574 *apud* Giovanni CRISCUOLI. *Il contratto*: Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali, 2. ed. Padova: Cedam, 2002, p. 325, e Elena PAOLINI. *La causa del contratto*. Padova: Cedam, 1999, p. 201.

Na decisão, considerou-se primeiro que, tratando-se de uma *fattispecie* negocial atípica, a finalidade econômico-social perseguida deveria ser avaliada somente no que se refere à correspondência entre os comandos da autonomia privada e, além das normas imperativas, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico (ordem pública) e as normas metajurídicas sugeridas pela consciência social comum (bons costumes). Considerando que, no caso, a convenção seria um mecanismo para obter finalidades marcadas por um indubitável caráter anti-social, não se poderia declarar a validade do acordo firmado entre as partes. Se, em abstrato, poderia ser legítimo o acordo voltado a financiar uma campanha eleitoral e disciplinar seu desenvolvimento, a Cassação considerou que um tal pacto não pode deixar de ser reputado inválido, por ilicitude da causa contrária aos princípios fundamentais da ordem pública e da moral social, quando vise a "obter, de forma coercitiva, e também em conflito com a vontade popular, a eleição do financiador através do exercício do direito de voto expresso de maneira contratualmente determinada e a renúncia, preventivamente acordada, por parte dos eleitos".

Outra decisão exemplificativa, também da Corte de Cassação, pode ser referida:

> Não está dirigido a realizar interesses merecedores de tutela jurídica e deve, portanto, declarar-se nulo o contrato com o qual o marido, durante um processo de anulação do matrimônio por ele promovido perante o tribunal eclesiástico, prometa à mulher pensão alimentícia a partir da anulação e, do outro lado, a mulher prometa em troca submeter-se, para o fim de tal anulação, à inspeção corporal na sua esfera sexual.[149]

No caso, o senhor L. B. promovia um processo de anulação do seu matrimônio com a senhora M. perante o Tribunal Eclesiástico baseado na impotência sexual ["*impotenza sessuale*"] da mulher, mas para comprovar esta circunstância eram necessárias perícias técnicas que invadiriam a privacidade da mulher, dependendo assim de seu consentimento. Em razão disso fazem um acordo escrito pelo qual o senhor L. B. se comprometia a pagar à senhora M. três milhões de liras assim que fosse pronunciada a anulação, enquanto a senhora M. prometia em troca submeter-se às inspeções médicas. Todavia, quando ao senhor L. B. se requereu que cumprisse sua obrigação, ele invocou a nulidade do contrato por ilicitude da causa, argumento que foi considerado justificado pela Corte de Cassação, sob a afirmativa de que "repugna à consciência comum e está em contraste com os fins do nosso ordenamento

[149] Cass., 6.7.1961, n. 1623 *apud* Giovanni CRISCUOLI. *Il contratto*: Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali, 2. ed. Padova: Cedam, 2002, p. 327.

jurídico que a compreensível relutância feminina a inspeções na própria esfera sexual possa constituir ocasião e matéria de comércio".

4. A função social do contrato no Código Civil de 2002

A despeito das críticas, foi a concepção da causa como função sócio-econômica do contrato que se difundiu de forma mais ampla como representativa da objetivação da causa. Entre nós, embora o Código Civil de 2002, em seu art. 104, tenha seguido o mesmo caminho do anterior, e mantido a causa de fora dos requisitos de validade do negócio jurídico, foi considerado um novo impulso para os estudos sobre a causa.[150]

De fato, diversos novos estudos sobre a causa foram produzidos a partir do advento da nova legislação. Por exemplo, em exame de recentes decisões judiciais, entendeu Luciano de Camargo Penteado que "em contratos não recondutíveis a um modelo legal previamente determinado e exaustivo (como os contratos mistos, coligados, conexos ou parcialmente típicos), *a causa contratual é decisiva para o julgamento*".[151] Retomava o autor o eixo já adotado em estudo anterior sobre o tormentoso tema da doação com encargo, o qual se inicia afirmando que "a causa é elemento, isto é, constitui o negócio jurídico a partir de dentro. Consiste em um elemento tão importante que, sem ele, desestrutura-se o próprio negócio, que passa a não existir como negócio ou como aquele negócio".[152]

Os novos manuais de direito civil brasileiro também referem à figura,[153] insuflados pelo fato de que, ao menos em dois pontos, o novo Código destacou a submissão do exercício dos direitos subjetivos – em um deles expressamente a liberdade de contratar – ao perfil

---

[150] Como afirma Maria Celina Bodin de MORAES, a causa atualmente deve ser estudada "seja pelo aspecto controvertido que sempre a acompanhou, seja pela extrema utilidade que o conceito apresenta, seja, enfim, porque, como se verá, a sua investigação se torna útil à luz do Código Civil de 2002" (A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 290).

[151] Luciano de Camargo PENTEADO. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de direito privado*, n. 20. São Paulo, out.-dez. 2004, p. 237. O estudo do autor se pauta pela distinção entre causa razoável e causa suficiente, sendo a primeira apenas "um *quid* necessário para dar juridicidade ao acordo" (p. 245), ligado à sinalagmaticidade, e a segunda "refere-se à maneira como, concretamente, encontra-se composta a relação entre os termos que dependem um do outro" (p. 246), de forma bastante similar à tradicional diferenciação entre causa abstrata e causa concreta.

[152] Luciano de Camargo PENTEADO. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004, p. XX.

[153] Nesta linha, Francisco AMARAL. *Direito civil*: introdução, 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 429-436, o qual conclui que "a evolução doutrinária do nosso direito tem-se orientado porém no sentido de reconhecê-la e admiti-la, principalmente no aspecto de sua função social, próprio da concepção objetiva. [...] O direito brasileiro adota, assim, uma posição de transigências, não se furtando à indagação da causa quando necessário à realização da justiça" (p. 435-436); Silvio de Salvo VENOSA. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363-365; e Paulo NADER. *Curso de direito civil*, vol. 3, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14-15.

funcional que o ordenamento lhe atribui. Este novo vigor da causa, animado pela jurisprudência e pela legislação, fez com que Maria Celina Bodin de Moraes retomasse o tema, fornecendo a seguinte explicação:

> O Código Civil de 2002, neste ponto, traz novos subsídios para o estudo da causa, na medida em que [...] vincula a liberdade contratual à função social do contrato (art. 421) – noção que é reafirmada na, na Parte Geral, pelo art. 187, que veda o abuso do direito, qualificando como tal o exercício que excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.[154]

De fato, podem ser referidos três dispositivos do Código novo como instrumentos de efeitos similares àqueles atribuídos à causa em outros ordenamentos. Primeiro, a hipótese de nulidade do negócio jurídico por ilicitude do motivo determinante, comum a ambas as partes (art. 166, III). Mais próximo da concepção subjetiva de causa, este dispositivo ainda é pouco referido pela doutrina brasileira, que o explica com o exemplo da nulidade por simulação e com os tradicionais exemplos do mútuo destinado ao jogo, a locação que tem por razão de ser a constituição de casa de meretrício ou a doação cuja razão determinante é a recompensa de atividade ilícita, nos casos em que o motivo seja comum a ambas as partes.[155]

Segundo, o novo código positivou uma cláusula geral de proibição do abuso do direito (art. 187). A *fattispecie* não se confunde com os chamados atos emulativos (previstos também no art. 1.228, § 2º) porque é puramente objetiva: constituem também ato ilícito o exercício do direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Apesar da crítica doutrinária no tocante à assimilação do abuso ao ato ilícito, este dispositivo é já objeto de diversos estudos e de ampla aplicação no âmbito do controle da liberdade contratual.[156]

Mas é o terceiro dispositivo que é mais expressivo sobre o tema: a previsão de uma cláusula geral exigindo que a liberdade de contratar esteja em conformidade à função social do contrato:

> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

---

[154] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa do contrato. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 299.

[155] Francisco AMARAL. *Direito civil*: introdução, 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 530.

[156] Para a crítica v. Gustavo TEPEDINO, Heloísa Helena BARBOZA e Maria Celina Bodin de MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342. Sobre o tema do abuso do direito, entre outros v. Vladimir Mucury CARDOSO. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 61-109.

Assim, afirmou-se que "diante do Código Civil de 2002, especificamente de seu art. 421 – que consagra a função social como essencial a todo e qualquer contrato –, a posição anticausalista se torna ainda mais inadequada", estabelecendo-se uma explícita associação entre o conceito de causa do contrato e a figura, construída entre nós, da função social do contrato.[157]

O significado e alcance deste novo enunciado normativo, contudo, é bastante controverso. Sua interpretação continua polêmica, reflexo de um debate – de fundo ideológico – sobre a redação do dispositivo, o qual precedeu a promulgação do Código e persiste ainda hoje como tentativa de sua modificação legislativa.

Na primeira versão do anteprojeto de Código Civil o dispositivo enunciava que "a liberdade de contratar *somente* será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A inclusão do vocábulo "somente" foi muito criticada, pois se temia que fizesse com que o enunciado fosse interpretado de forma a exigir que a única função que o contrato pudesse ter fosse a social, em oposição à função que ele teria apenas para as partes. Assim, receava-se que as partes pudessem ficar adstritas a abdicar de seus próprios interesses para, ao contratar, servir somente à coletividade. As críticas fizeram com que o termo fosse suprimido e o dispositivo ganhasse a redação com que foi promulgado. [158]

Mas o receio quanto às potencialidades do dispositivo persistiram, agora com relação à expressão "em razão de": a liberdade de contratar deve ser exercida *em razão de* sua função social. Este movimento de reticência ao dispositivo, que se poderia chamar "antifuncionalista", afirmava que a função social só poderia servir como *limite*, mas não se poderia exigir que ela fosse *razão* da tutela do contrato. Sua inspiração pode ser atribuída à concepção clássica que infere da atuação do legislador e do judiciário apenas a possibilidade de impor alguns limites externos, negativos e sempre excepcionais ao exercício da liberdade

---

[157] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 292. Também firmando esta associação nos efeitos, Pablo RENTERÍA, o qual destaca, contudo, a distinção na forma de previsão entre as duas figuras: "é inegável que o nosso ordenamento se destaca por ter consagrado explicitamente a função social como razão e limite para o exercício da liberdade de contratar, sem que se encontre nos ordenamentos estrangeiros enunciados similares" (Pablo RENTERÍA. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285). Ainda sobre a ligação entre causa e função social do contrato, v. Claudio Luiz Bueno de GODOY. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.

[158] Afirma Antônio Junqueira de AZEVEDO: "O artigo inicialmente, isto é, no primeiro Anteprojeto, era fascista; dizia que a liberdade contratar somente seria exercida em razão e nos limites da função social. Felizmente o advérbio "somente" foi suprimido [...]" (Entrevista concedida à *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 34, abr.-jun. 2008, p. 305).

contratual.[159] Assim, "só a deformidade, o absurdo, e o teratológico exercício do direito de contratar"[160] seriam objeto de intervenção judicial. Por trás deste "antifuncionalismo" encontra-se uma concepção de gênese jusnaturalista de que o direito atua apenas como um limitador externo da atuação individual, definindo fronteiras ao exercício do direito subjetivo.[161]

Contudo, de outro lado, não foram poucos os juristas que se levantaram em favor da manutenção do dispositivo e, de modo geral, da funcionalização da liberdade contratual. Em oposição ao argumento antifuncionalista, revelou-se o equívoco de reputar excepcional e ocasional o controle da autonomia privada patrimonial, com base na clássica lição de Pietro Perlingieri:

> São facilmente criticáveis aquelas concepções que, para salvar a noção de direito subjetivo, identificam, no poder da vontade que se exprime em forma arbitrária e absoluta, o princípio; e nos limites, a exceção. [...] O enfoque não é correto. No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. [...] Os limites que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função.[162]

Ao contrário, afirmou-se que o fundamento único de juridicidade encontra-se no texto constitucional – e não na vontade individual dos sujeitos – e, em razão disso, todo e qualquer exercício de liberdade é autorizado e protegido porque atende às normas impostas no texto constitucional. Na esteira da constitucionalização do direito civil, impõe-se a releitura do

---

[159] Não é possível, portanto, aquiescer com a posição manifestada por Arruda ALVIM no sentido de que: "Só através das exceções consagradas em lei é que se deverá alterar ou desfazer o contrato, da mesma forma que o direito de propriedade existe também para o dono, do qual não pode, *sic et simpliciter*, vir a ser privado" (A função social dos contratos no novo código civil. *Revista Forense*, n. 371. Rio de Janeiro: Forense, jan./fev. 2004, p. 53). Ou, como afirma o autor mais adiante, "Podemos dizer que as leis de ordem pública acabaram limitando historicamente, desde o meio do século XIX, crescentemente, a autonomia contratual, exatamente em nome, até mesmo como analisam bem, a meu ver, os bons analistas, em nome *e por* causa da vontade [...]" (*ibid.*, p. 63).

[160] Adriana Mandim Theodoro de MELLO. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, n. 364. Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2002, p. 9. Na jurisprudência, também se percebe este movimento: "Em que pese a relativização do princípio *pacta sunt servanda*, em atenção à função social do contrato e aos princípios da probidade e da boa-fé, a ingerência do poder judiciário só resta autorizada em hipóteses excepcionais" (TJDF, 1ª Turma Cível, Ap. Cível 20020111044353, Rel. Flavio Rostirola, julg. 11/06/2008, publ. DJU 14/07/2008).

[161] Tal origem histórica se revela em alguns autores que mantêm a concepção clássica: "Tal como ocorre com a propriedade, a liberdade, inclusive a de contratar, é, entre nós, um direito fundamental do indivíduo inserido no direito natural" (Adriana Mandim Theodoro de MELLO. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, n. 364. Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2002, p. 9).

[162] Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 121-122.

contrato através dos princípios positivados no texto constitucional. A aplicação direta e imediata de princípios constitucionais como a dignidade humana (CF, art. 1º, III), a solidariedade (CF, art. 3º, I), o valor social do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), assim como aqueles que regem a ordem econômica (CF, art. 170), produz um sopro de renovação na dogmática dos contratos.[163] A liberdade contratual passa a ser protegida como instrumento para o livre desenvolvimento da pessoa e para o funcionamento da ordem econômica que visa assegurar a todos existência digna e em conformidade com os ditames da justiça social.[164] Como afirmou Teresa Negreiros:

> [...] a reflexão acerca do contrato passou a abranger novos temas: justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, proteção ao meio ambiente. Trata-se de valores, princípios e tarefas constitucionalmente impostos, em relação aos quais o direito dos contratos não é – não deve ser – indiferente. Hoje, impõe-se reconhecer que a disciplina contratual não está à parte do projeto de sociedade livre, justa e solidária idealizado pela ordem constitucional em vigor no país.[165]

Desse modo, o contrato – antes uma finalidade em si, protegida apenas formalmente como espaço da autonomia individual – passa a ser ele também um instrumento de realização do projeto constitucional. Funcionalizado, ele passa a ser tutelado quando servir à realização daqueles preceitos normativos fundamentais. Quando, contudo, desviado dessa função, não receberá a tutela do ordenamento. Como oportunamente destacado, isto não significa desprezar o papel da vontade na gênese do contrato nem diminuir sua relevância como mecanismo de composição de interesses patrimoniais individuais; implica, sim, reconhecer a

---

[163] A existência de um fundamento constitucional da função social do contrato é razoavelmente pacífica em doutrina, embora alguns autores prefiram situá-lo no art. 170 (Antônio Junqueira de AZEVEDO. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr. 1998, p. 116; Claudio Luiz Bueno de GODOY. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 95), parte nos arts. 1º, III, e 3º, I, (Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 207; Luis Renato Ferreira da SILVA. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In* Ingo Wolfgang SARLET (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 132) e outros ainda na função social da propriedade (Arnoldo WALD. O interesse social no direito privado. *In* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 81; Judith MARTINS-COSTA. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753. São Paulo, julho 1998, p. 39; Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, p. 141-152; Paulo Luiz Netto LOBO. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, n. 42. São Paulo, abr./jun. 2002, p. 191).

[164] Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

[165] Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 492.

instrumentalidade desse papel, condicionado a "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" e aos demais preceitos constitucionais. [166]

A interpretação imposta pela redação do dispositivo do Código corrobora, portanto, a idéia de que a função social do contrato não é apenas mais um limite externo ao livre exercício do direito de contratar. A locução "em razão de" implica compreendê-la igualmente como um *limite interno*[167], isto é, um signo determinante na própria configuração e identificação do instituto e, portanto, de necessário atendimento para obter a tutela por parte do ordenamento. Ou seja, a liberdade de contratar não é absoluta até o limite de sua função social, mas tutelada somente enquanto e por que atende a esta função social. Como destaca Judith Martins-Costa:

> A expressão "em razão da" indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, *o modo de exercício* do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, reconhecendo-se assim que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, *intersubjetiva*, ligando as partes entre si; outra, *transubjetiva*, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim a função social não opera apenas como um limite externo, é também um *elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual*.[168]

Embora a proposta de alteração do art. 421 tenha chegado a ser incorporada a um projeto de lei – o Projeto de Lei n. 6.960 que, buscando realizar uma série de alterações no Código Civil, foi acusado de buscar piorar o que já era ruim[169]– ela não foi mantida no seu

---

[166] Neste sentido, afirmou Paulo NALIN: "Ora, até a Constituição de 1988, o núcleo do contrato sempre foi a vontade contratual e a sua causa, a circulação atributiva proprietária. Após a atual Carta Constitucional, o núcleo do contrato reside na solidariedade e a sua causa codivide espaço entre os interesses patrimoniais inerentes ao contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, e os interesses sociais. O raciocínio decorrente da nova redação proposta leva à conclusão de que o voluntarismo e o patrimonialismo ainda se posicionam como núcleo e causa do contrato, sendo meramente periféricos (limite) o interesse social-coletivo e a solidariedade entre os contratantes. A reforma proposta do novo Código Civil não se harmoniza com os valores constitucionais antes aventados e, muito menos, com o espírito do próprio Código, motivo pelo qual dela se discorda, sendo melhor preservar a redação original" (Paulo NALIN. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 57).

[167] Paulo Luiz Netto LOBO. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, n. 42. São Paulo, abr./jun. 2002, p. 191.

[168] Judith MARTINS-COSTA. Notas sobre o princípio da função social do contrato. *Revista literária de direito*, n. 37. São Paulo, ago./set. 2004, 19. Mais adiante a autora afirma: "Aqui está o verdadeiro salto qualitativo que encontro no art. 421: o entender-se que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo *internamente conformado* o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum. Por isso a importância de permanecer, no texto legal, a expressão 'em razão' que, infelizmente, alguns doutrinadores cogitam eliminar" (*ibid*., p. 21).

[169] Sobre o projeto de lei, afirma Gustavo TEPEDINO: "Só mesmo a cândida proteção da ignorância, que desconhece as conseqüências dos próprios atos, explicaria a promulgação, pelo Congresso Nacional, de semelhante lei. O exame de seus artigos revela o resultado de estapafúrdias sugestões, colhidas a toque de caixa, sem o necessário amadurecimento e sem preocupação com as alterações que a nova lei causaria nos institutos do direito privado. Se o Novo Código Civil já se mostra indigesto, o anteprojeto é verdadeiramente canhestro, uma

substitutivo e, o próprio projeto, nunca chegou a ser aprovado. Prevaleceu assim, no direito positivo, a abertura legislativa para a funcionalização da liberdade contratual, isto é, manteve-se um instrumento para condicionar a eficácia jurídica do contrato ao seu atendimento a uma determinada finalidade em virtude da qual é protegido. Neste sentido, a interpretação de Maria Celina Bodin de Moraes:

> A este respeito, propõe-se a seguinte interpretação: quando a lei diz que "a liberdade de contratar será exercida *em razão* e *nos limites* da função social do contrato", a expressão "em razão" serve para opor justamente a autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, *em razão* da *vontade privada*, como ocorria anteriormente, mas *em razão* da *função social* que o negócio está destinado a cumprir. Do mesmo modo, os limites da liberdade de contratar não mais estão, como já se tratou de explicar, na autonomia dos privados, mas são estabelecidos pelo ordenamento, estando a lei encarregada de prescrever, ou recepcionar, justamente a função social dos institutos jurídicos.[170]

Mas como evitar a ameaça de certo autoritarismo judicial, de invasão estatal das relações intersubjetivas, através deste mecanismo de controle? De acordo com a resposta funcionalista, em que pese a justificadamente criticada falta de critérios específicos do dispositivo[171], a abertura da cláusula geral do art. 421 não significa uma fórmula vazia que franqueia tal julgamento ao mero arbítrio do juiz. Serão sempre as normas constitucionais que vão reger a avaliação de *meritevolezza* do contrato. Assim explica Gustavo Tepedino:

> Entende-se, então, o real significado da cláusula geral da função social do contrato, prevista no art. 421 do Código de 2002, segundo a qual "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República acima transcritos. Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual

---

multidão de elementos sem conexidade axiológica, capaz de apavorar os estudiosos do direito civil" (Muito pior a emenda que o soneto. Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 10. Rio de Janeiro, abr.-jun. 2002, p. iii).

[170] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 315-316. Assim, também Guilherme Calmon Nogueira da GAMA e Caroline Dias ANDRIOTTI. Breves notas históricas da função social no direito civil. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16, para quem "a expressão *função social* deve ser tida como cláusula geral, permitindo ao jurista uma reflexão e construção de acordo com os valores éticos, econômicos e sociais" (grifos no original).

[171] Nesta linha, criticando a falta de diretrizes materiais específicas na constituição para orientar o magistrado, como ocorre com a função social da propriedade, Antonio Junqueira de AZEVEDO. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000, p.11.

> – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.[172]

A função social não pode servir de válvula para que o magistrado ou o governante possa sufocar a liberdade pessoal dos contratantes ao impor seus valores pessoais sob o pretexto de uma função assistencial, pois a demanda por preenchimento valorativo da cláusula geral deverá ser sempre suprida com os valores da comunidade que se encontram positivados sob a forma de princípios constitucionais.[173] Este alerta, aparentemente, foi captado também pela jurisprudência superior, a reconhecer que a exigência de função social não pode, a pretexto de atender a interesses sociais, ter efeitos que sejam completamente incompatíveis com a própria função econômica que o contrato visa desempenhar para as partes:

> A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.[174]

Se, por um lado, impõe-se reconhecer que a limitação à liberdade contratual é também interna na medida em que só será protegida enquanto conforme à função pela qual é tutelada, mas, por outro lado, não se pode descurar da função que o contrato desempenha entre as partes para convertê-lo em instrumento de assistência social, onde está o equilíbrio? De que forma é possível indicar o efeito jurídico desta função social que é limite e razão do exercício da liberdade de contratar?

A identificação dos efeitos de tal dispositivo ainda é objeto de discussão, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, debates que são inspirados pelo esforço de dar

---

[172] Gustavo TEPEDINO. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In* Gustavo TEPEDINO (org.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional, 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXXII.

[173] Como alerta Pedro de Oliveira COSTA: "Por certo, não se deve permitir que o elemento funcional do contrato seja utilizado para um inconseqüente desrespeito ao próprio contrato — o que representaria paradoxo inaceitável, somente vislumbrado em razão de uma equivocada confusão entre a promoção do bem social, buscada através da afirmação de que o contrato (e também a liberdade contratual) só será legítimo se atendida a sua função social, e um assistencialismo não raro piegas" (Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In* Gustavo TEPEDINO (org.). *Obrigações*: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54).

[174] STJ, 3ª T., REsp 803481, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28/06/2007, publ. DJ 01/08/2007; STJ, 3ª T., REsp 783404, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28/06/2007, publ. DJ 13/08/2007).

densidade ao conteúdo jurídico da função social do contrato, de maneira a não permitir que se torne mera afirmação de substrato ideológico-político.[175]

Já nestes poucos anos de vigência da cláusula geral de função social do contrato é possível identificar quatro esferas de efeitos que lhe costumam ser atribuídas, diferenciadas, mas não excludentes entre si. Evidentemente, ficam de fora aqui aquelas correntes "antifuncionalistas" que esvaziam o dispositivo de qualquer significado relevante na medida em que se contrapõem a qualquer instrumentalização da liberdade contratual, como ocorre quando se afirma que o art. 421 serve apenas para grifar que o contrato, de modo geral, é um instituto juridicamente importante porque promove "circulação de riquezas do mercado". Se esta é uma característica do instituto "contrato", em abstrato, todo contrato está respeitando sua função social e, portanto, a norma não teria nenhum efeito.

A primeira esfera de efeitos atribuídos ao art. 421 diz respeito à tutela de interesses das partes. Nesta linha, recorre-se à função social para fundamentar a proibição de contratos injustos ou desequilibrados: eles não seriam protegidos porque a liberdade de contratar estaria sendo exercida de modo incompatível com sua função social. Nessa primeira esfera de efeitos se fala de uma eficácia interna ou normatividade endógena do contrato, que serve a tutelar o equilíbrio entre as partes. Sob este aspecto interno, se reconheceria na função social do contrato uma norma que impõe mitigar ou compensar desigualdades que ocorram entre as partes contratantes.[176] Assim a lesão, a onerosidade excessiva e a vedação de cláusulas abusivas seriam dispositivos respaldados pela função social do contrato.

A jurisprudência, especialmente no tocante às primeiras decisões com base no dispositivo, também seguiu esta linha, sob a afirmação de que, buscando a compatibilização entre os interesses econômicos das partes e os interesses sociais, a "tendência hodierna em reconhecer a função social do contrato não implica em [*sic*] socialização das relações jurídicas, mas reconhecimento no sentido de que o contrato deve ser concebido como

---

[175] É o que destaca Claudio Luiz Bueno de GODOY: "Nesse contexto é que sobressai a função social do contrato, princípio que, positivado no art. 421 do Código Civil, recentemente editado, requer precisa configuração, para não se tornar apenas uma figura retórica do ordenamento, como se não traduzisse uma forma eficiente de prestígio às fontes axiológicas que iluminam todo o sistema jurídico" (*Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1). Na mesma linha, grifou-se que "independentemente da nomenclatura ou natureza jurídica que se proponha à função social, o importante mesmo é que se consiga compreender o seu real conteúdo e alcance e que se implementem de maneira efetiva os instrumentos aptos a cumprir sua finalidade" (Guilherme Calmon Nogueira da GAMA e Caroline Dias ANDRIOTTI. Breves notas históricas da função social no direito civil. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4).

[176] Carlos Alberto Goulart FERREIRA. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*, n. 247. Porto Alegre, mai. 1998, p. 11.

instrumento materializado que objetive, precipuamente, a promoção de maior justiça nas trocas econômicas, sem descurar, todavia, da segurança jurídica, decorrente da observância do *pacta sunt servanda*".[177]

Assim foram suprimidas por violação à função social do contrato condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor,[178] cláusulas impeditivas de restituição do valor pago,[179] negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos,[180] multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas,[181] dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor,[182] cláusula abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias,[183] desligamento compulsório de empreendimento cooperativo.[184] Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social.[185]

É importante observar que na maior parte destas decisões a função social do contrato vem invocada junto com a boa-fé, o equilíbrio econômico, a vedação de enriquecimento sem causa, a dignidade da pessoa humana e outros princípios, sem que haja qualquer esforço no sentido de uma distinção funcional entre eles.[186] Da mesma forma, a invocação costuma vir para amparar intervenção que já era prevista por outro instituto específico, como a redução da cláusula penal[187] e a proibição de cláusulas abusivas[188], ou teorias tradicionalmente ligadas a

---

[177] TJRS, 8ª C.C., Ap. Cível n. 70017926536, Rel. Pedro Celso Dal Pra, julg. 15/02/2007. Indicam que este tipo de referência à função social do contrato antecede a expressa previsão do código civil de 2002 Guilherme Calmon Nogueira da GAMA e Daniel Queiroz PEREIRA. Função social no direito privado e constituição. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.
[178] TJRS, 5ª C.C., Ap. Cível n. 70025660218, Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, julg. 15/10/2008.
[179] TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Léo Romi Pilau Júnior, julg. 08/10/2008.
[180] TJRS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71001565050, Rel. Afif Jorge Simões Neto, julg. 10/09/2008.
[181] TJRS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71000693143, Rel. Mylene Maria Michel, julg. 17/05/2006.
[182] TJRJ, 2ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.33382, Rel. Des. Paulo Sergio Prestes, julg. 13/10/2008; TJRJ, 15ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.15589, Rel. Des. Jose Carlos Paes, julg. 28/05/2008.
[183] TJSP, 4ª C.D.P., Ap. com revisão n. 1613954100, Rel. Maia da Cunha, publ. 28/11/2005.
[184] TJDF, 3ª T.C., APC 20060110408947, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, julg. 12/03/2008 publ. DJU 03/04/2008.
[185] TJRJ, 16ª C.C., Ap. 2008.001.49662, Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra De Melo, julg. 14/10/2008; TJMG, proc. n. 1.0701.06.170086-3/001(1), Rel. Valdez Leite Machado, julg. 24/07/2008, publ. 20/08/2008; TJSP, 14ª C.D.P., Ap. n. 1311473700, Rel. Ligia Araújo Bisogni, julg. 27/09/2008, publ. 24/10/2008; TJRS, 14ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Dorval Bráulio Marques, julg. 14/08/2008.
[186] TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Léo Romi Pilau Júnior, julg. 08/10/2008; TJRS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71001565050, Rel. Afif Jorge Simões Neto, julg. 10/09/2008; TJRJ, 3ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.23900, Rel. Mario Assis Goncalves, julg. 18/08/2008.
[187] TJRJ, 9ª C.C., Ap. Cível 2008.001.22789, Rel. Sergio Jeronimo A. Silveira, julg. 05/08/2008; TJPR, 15ª C.C., Ap. Cível 0481801-3, Rel.: Des. Luiz Carlos Gabardo, julg. 16.07.2008.
[188] TJDF, 2ª T.R.C., proc. 20070111238578, Rel. Alfeu Machado, julg. 15/07/2008, publ. 24/10/2008.

outros princípios contratuais, como o adimplemento substancial.[189] Daí a crítica que pode ser oposta a esta esfera de efeitos que costumam ser atribuídos à função social do contrato: uma vez que não são efeitos exclusivos da função social, esta interpretação contribui para a confusão desta figura com outros princípios e institutos: em vez de auxiliar na individualização da eficácia jurídica própria da função social do contrato, ela produz uma invocação generalizada e sem conteúdo, banalização que serve apenas a esvaziar suas potencialidades.[190]

É curioso perceber algumas decisões que, talvez em atendimento a esta crítica, embora cominem aqueles efeitos referidos, fundamentam sua aplicação na existência de um interesse social por trás. Nesta linha, ainda que se tutele a parte envolvida, pelo dispositivo "julgar-se-á não só a letra do contrato, mas a raiz do negócio jurídico, não se atendo somente à visão individualista da utilidade do contrato para os contratantes, mas verificando a sua utilidade para a sociedade, podendo-se determinar que não se seguirá o contrato naquilo que for estabelecido se implicar ferimento à sua função social".[191]

Em outras ocasiões, ao contrário, se negou a pretensão da parte (resolução por onerosidade excessiva) que poderia ser suprida por outro instituto destacando a peculiaridade da função social do contrato:

> A função social do contrato, princípio de observância obrigatória nas relações contratuais, invocado pela requerida, tem aplicação ao caso. Todavia, não como deseja a ré, que o conclama apenas para justificar o seu descumprimento contratual. Esse princípio vai além do que referido pela demandada, ele transcende a barreira das partes contratantes para alcançar toda a sociedade. Por isso, a função social, nesse caso, deve ser vista por dois enfoques, o da requerida, que foi abatida pela estiagem da lavoura, mas, sobretudo, das dezenas, quem sabe, centenas, de produtores agrícolas que ficaram sem receber pelos produtos que venderam à demandada, prejudicando, inclusive, o sustento da própria família.[192]

---

[189] TJRJ, 18ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.29893, Rel. Celia Meliga Pessoa, julg. 01/07/2008.

[190] Pablo RENTERÍA. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* M. C. B. de MORAES. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288. Por isso, diversos autores preferem reservar estes efeitos aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico, atribuindo à função social somente a chamada eficácia externa: Humberto THEODORO JÚNIOR. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31; Luis Renato Ferreira da SILVA. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In* Ingo Wolfgang SARLET (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 127-150; Jorge Cesa Ferreira da SILVA. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In* Ingo Wolfgang SARLET (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 99-126.

[191] TJSP, 4ª C.D.P., Ap. com revisão n. 1613954100, Rel. Maia da Cunha, julg. 28/11/2005.

[192] TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70022386148, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, julg. 18/06/2008.

De fato, se o interesse das partes é protegido juridicamente é porque há um interesse social que justifica esta proteção jurídica. Mas, no extremo a argumentação culmina com a afirmação de que toda norma de direito contratual está inspirada na função social do contrato e, assim, a cláusula geral do art. 421 é esvaziada de significado. Mais significativas são, portanto, as decisões que entendem que o dispositivo condiciona a tutela da liberdade contratual a interesses superiores ou independentes dos interesses das partes contratantes. Como explica Gustavo Tepedino:

> A primeira delas [teoria] sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante. [...] tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma.[193]

Assim, a segunda esfera de efeitos atribuídos à função social do contrato que se pode identificar diz respeito à tutela de interesses da coletividade. Trata-se da proibição de contratos que repercutam negativamente sobre a coletividade e da conservação ou tratamento diferenciado de contratos que repercutam positivamente junto à coletividade. Nesta segunda série de efeitos, já se enfatiza mais o caráter "social" da função que guia a normatização do contrato. A função do contrato tem que estar de acordo com certos interesses que são independentes das partes, afirmando-se assim que "a liberdade de contratar está limitada não só pela supremacia da ordem publica, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais".[194]

A referência genérica a interesses sociais ou coletivos não autoriza – na linha do que já foi exposto – impor aos contratantes um viés assistencialista na execução do contrato guiado pelo puro arbítrio do juiz. Não são quaisquer interesses do grupo que devem ser atendidos, mas aqueles interesses positivados pelo direito como merecedores de tutela.[195] O regulamento

---

[193] Gustavo TEPEDINO. Notas sobre a função social dos contratos. *In* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 396-397.

[194] TJSP, 11ª C.D.Publ., proc. n. 7248535000, Rel. Francisco Vicente Rossi, publ. 23/10/2008.

[195] O alerta é de que a expressão função social no direito privado "pôde ser utilizada por diversas teorias econômicas para justificar inumeráveis ações estatais limitadoras das liberdades individuais. Do socialismo ao fascismo, a exigência de uma conduta privada na conformidade com o coletivo espalhava-se com relativa aceitação nas sociedades européias da segunda década do século XX" (Guilherme Calmon Nogueira da GAMA e

negocialmente estabelecido deve ser condizente com certos valores reputados socialmente relevantes, quais sejam, aqueles que se encontram positivados no ordenamento por meio dos princípios constitucionais.[196]

O referido art. 170 da Constituição, complementando os princípios fundamentais do ordenamento, elenca uma lista destes interesses que condicionam a atividade econômica, tais como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a dignidade humana, a justiça social, a soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o pleno emprego, a proteção das micro-empresas, etc.[197] Assim, de acordo com esta segunda esfera de efeitos da função social do contrato, um contrato cuja função seja incompatível com esses interesses coletivos não poderá surtir os efeitos pretendidos. [198]

Eventualmente, como já foi destacado, isto pode significar proteger uma das partes também, por exemplo quando o contrato se contrapõe à dignidade humana ou a direitos humanos, pode ser a dignidade de uma das partes que esteja sendo lesada e que vai ser protegida pela extinção do contrato.[199] Mas nestes casos o interesse tutelado é coletivo porque vai além do interesse das partes, podendo, em certos casos, até mesmo se contrapor à vontade de ambos contratantes.[200] Assim, a violação da função social do contrato ocorreria na hipótese

---

Felipe Germano Cacicedo CIDAD. Função social no direito privado e constituição. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19).

[196] É o que explica Paulo Luiz Netto LOBO: "A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do Direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetia à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato" (Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, n. 42. São Paulo, p. 191).

[197] Incluem-se ainda nesta lista "o respeito à cultura, ao desenvolvimento do ensino científico e do desporto, além do meio ambiente" (Guilherme Calmon Nogueira da GAMA e Felipe Germano Cacicedo CIDAD. Função social no direito privado e constituição. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35).

[198] Pablo RENTERÍA considera que este tipo de efeitos já poderia ser atribuído através da ilicitude do objeto do contrato em razão da aplicação direta dos princípios constitucionais (Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 291).

[199] Assim, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA e Felipe Germano Cacicedo CIDAD. Função social no direito privado e constituição. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32, para quem "o intérprete, ao realizar sua atividade de concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve considerar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional sem que, por isso, o litígio deixe de ser de natureza intersubjetiva (privada), mesmo que informado pelos valores e princípios constitucionais".

[200] Nesta linha, o enunciado de número 23 sobre a função social do contrato aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, que faz ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana: "23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do

de restarem atingidos pelos efeitos do contrato interesses metaindividuais juridicamente relevantes, como se destaca também na jurisprudência:

> Não ofende o princípio da função social do contrato a cláusula que prevê o pagamento de multa caso o contratante empregue um dos ex-funcionários ou representantes da contratada durante a vigência do acordo ou após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua extinção, porquanto não existe proibição a tal contratação, encontrando-se ausente qualquer interesse metaindividual, seja coletivo ou difuso.[201]

O perigo indicado aqui é, novamente, o da excessiva generalização dos efeitos que, para alguns autores, sob esta genérica invocação de interesses coletivos, incluem hipóteses tão diversas quanto o direito de purgar a mora nos contratos de alienação fiduciária mesmo se não cumprida a exigência legal de pagar 40% do preço, o dever de contratar nos contratos massificados, a tutela das relações contratuais de fato e a teoria do adimplemento substancial.[202]

Por outro lado, ainda nesta linha de efeitos relativos à tutela de interesses da coletividade, a conseqüência pode ser a inversa: um contrato que eventualmente poderia ser desfeito vai ser conservado, ou vai receber tratamento jurídico diferenciado, exatamente por conta de sua grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante.[203] Na jurisprudência, podem ser identificadas decisões que, seguindo esta linha, invocam a função social do contrato para conferir tratamento jurídico diferenciado aos chamados "contratos de gaveta" no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH) de modo a assegurar o acesso popular à moradia,[204] para interpretar ampliativamente a cobertura do contrato de seguro-saúde de modo a assegurar o direito à saúde,[205] para determinar o parcelamento de débito de

---

novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

[201] TJDF, 4ª T. C., proc. 20070111078052, rel. Maria Beatriz Parrilha, julg. 02/07/2008, publ. 08/09/2008.

[202] Cláudio Luiz Bueno de GODOY. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158 e ss.

[203] É o que previu o enunciado de número 22 aprovado na mesma Jornada que faz ligação com o princípio da conservação do negócio jurídico: "22 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas".

[204] STJ, 3ª T., REsp 811670, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16/11/2006, publ. DJ 04/12/2006; TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70022284731, rel. Odone Sanguiné, julg. 16/04/2008; TJSP, 9ª C.D.P., Ag. Instr. 5245314900, Rel. Grava Brazil, julg. 25/09/2007, publ. 17/10/2007. No caso específico de atribuição de legitimidade para a cessionária do financiamento, STJ, 1ª T., REsp 627424, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 06/03/2007, publ. DJ 28/05/2007.

[205] TJRS, 5ª C.C., Ap. Cível n. 70026788521, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15/10/2008; TJRS, 5ª C.C., Ag. Instr. n. 70026516435, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15/10/2008; TJRJ, 15ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.42010, Rel. Helda Lima Meireles, julg. 01/07/2008; TJSP, 4ª T.C., Recurso Inominado 11449, Rel. Maria do Carmo Honorio, julg. 08/07/2008, publ. 23/10/2008; TJDF, 1ª T. C., Ag. Instr. 20080020101970, Rel. Natanael Caetano, julg. 24/09/2008, publ. 29/09/2008.

usuário de serviço de fornecimento de eletricidade evitando, assim, que ocorra a sua interrupção, em nome da proteção à dignidade humana,[206] ou para condenar o fiador a manter-se garantidor da locação na prorrogação automática do contrato por seu afastamento, genericamente, "ofender interesses sociais previstos na Constituição".[207]

É importante destacar que nesta esfera de efeitos já se ressalta a relevância da função específica daquele contrato para determinar sua compatibilidade com a função social que lhe garante juridicidade.[208] Os efeitos aqui cominados, seja no tocante à privação de eficácia por incompatibilidade com interesses metaindividuais, seja no tocante ao tratamento diferenciado por atendimento àqueles interesses, só são determinados em virtude da comparação da finalidade daquele contrato individualizado com relação aos interesses coletivos. Neste sentido, afirma Gustavo Tepedino:

> É a função que permite que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados – segundo o qual, por exemplo, uma locação cujo objeto fosse lícito seria sempre legítima – dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo em concreto – a verificar qual a função econômico-individual que desempenha aquela locação no caso concreto.[209]

Em doutrina se indica o tratamento especial dado pela lei à assunção de débito hipotecário,[210] com consentimento presumido em razão da relevância social deste tipo de dívida e o direito de preferência nos contratos agrários.[211] Na jurisprudência, por exemplo, na análise do merecimento de tutela da cláusula penal de um contrato de prestação de serviços, a fundamentação se diferencia na medida em que se trata da prestação de serviço educacional e, em virtude desta especificidade, a "limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares determinada na origem encontra amparo na função social do contrato".[212] Na mesma

---

[206] TJRJ, 2ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.47220, Rel. Carlos Eduardo Passos, julg. 10/09/2008.
[207] STJ, 3ª S., EDcl nos EREsp 791077, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 23/04/2008, publ. DJ 21/08/2008.
[208] Sobre a importância de considerar as distinções entre os contratos ao aplicar a função social, v. Guilherme Calmon Nogueira da GAMA. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. *In* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-393.
[209] Gustavo TEPEDINO. Notas sobre a função social dos contratos. *In* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 402.
[210] Sérgio CAVALIERI FILHO. O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinomias. Revista da EMERJ, v. 5, n. 20. Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, p. 110.
[211] Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, p. 138.
[212] STJ, 3ª T., REsp 476649, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20/11/2003, publ. DJ 25/02/2004.

linha, a ruptura de um contrato de seguro é reputada especialmente injustificada por tratar-se o segurado de pessoa idosa.[213]

Mesmo hipóteses que se poderiam considerar enquadradas na esfera de efeitos de mera tutela de interesse das partes encontram justificativa em interesses coletivos na medida em que a razão da intervenção reequilibradora passa a ser uma especificidade funcional do contrato em exame. Por exemplo, a cláusula resolutiva que priva o devedor do direito a purgar a mora, é especialmente abusiva por se tratar de um contrato de financiamento habitacional: "Isto porque o contrato, na modalidade apontada, contempla manifesto interesse social – obtenção de moradia".[214]

De fato, a mudança de foco, que deixa de restar exclusivamente sobre a função genérica atribuída ao tipo contratual e passa a buscar a função específica desempenhada pelo contrato concreto em exame, é especialmente perceptível nos contratos de financiamento habitacional. Assim, a revisão deste contrato de mútuo é guiada por regime especial tendo em vista a função de aquisição da casa própria:

> A função social, aqui, evidencia-se pela finalidade da venda da casa própria, mediante financiamento dirigido pelo Estado em cumprimento a um dos principais objetivos da República democrática: reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III, da CF), pela promoção dos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia etc. (art. 6º da CF). Sobre o tema, de acordo com o e. Des. Sylvio Capanema de Souza, do e. TJRJ, a "função social do contrato é fazer com que o contrato se transforme num instrumento da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade, construindo o que se convencionou chamar o Estado do bem-estar. Essa função social dos contratos também está referida no campo dos direitos reais no que tange à posse e à propriedade".[215]

A aferição da compatibilidade do contrato com sua função social só pode se realizar levando em conta diversas características que não se enquadram no modelo típico abstrato, mas são determinantes sobre a sua função específica, no sentido de que "a análise da demanda não pode se dar exclusivamente sob o aspecto legal. Tratando-se de contrato para aquisição de moradia popular entabulado entre o poder público e família de baixa renda, ganha relevo a função social do contrato".[216]

---

[213] TAPR, AC n. 263.725-6, Rel. Des. Wilde de Lima Pugliese, publ. 10/09/2004.
[214] TJSP, proc. 4500574100, Rel. Elcio Trujillo, publ. 25/09/2006.
[215] TJDF, 1ª T. C., Ap. Cível 20050110818407, Rel. Vera Andrighi, julg. 03/09/2008, publ. 22/09/2008.
[216] TJDF, 2ª C. C., Emb. Inf 19990110809806, Rel. Sandoval Oliveira, julg. 18/06/2007, publ. 13/09/2007. V. também TJDF, 1ª T. C., Ap. Cível 20050110268770, Rel. Nívio Geraldo Gonçalves, julg. 12/04/2007, publ. 26/06/2007.

Fazendo uso de um exemplo específico, observe-se o caso de um contrato de gaveta de permuta de imóvel em financiamento: ao analisar o caso o STJ entendeu que a morte do devedor e conseqüente quitação do saldo devedor em virtude de seguro de vida habitacional imporia revisão dos termos da permuta, tendo em vista que o seguro deveria reverter em benefício dos dependentes do mutuário falecido: "o seguro habitacional tem dupla finalidade: afiançar a instituição financeira contra o inadimplemento dos dependentes do mutuário falecido e, sobretudo, garantir a estes a aquisição do imóvel".[217]

A terceira esfera de efeitos que vem sendo atribuídos à função social do contrato diz respeito ao interesse de terceiros relativamente ao contrato. Na medida em que o contrato é inserido em seu contexto social para que se possa aferir se é com ele funcionalmente compatível, pode resultar um confronto da liberdade de contratar não mais com interesses metaindividuais gerais, mas com interesses específicos de terceiros. Neste âmbito, a função social do contrato foi reconhecida pela doutrina como possuidora de uma eficácia externa (*ultra partes*)[218] e como princípio de direito contratual cuja aplicação contrapõe-se ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato.[219]

O princípio da relatividade dos efeitos, referido normalmente pelo brocardo justiniano "*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*"[220], teria fundamento na concepção clássica de que o fundamento da obrigatoriedade do contrato era a autonomia da vontade e, portanto, só poderiam sofrer seus efeitos os sujeitos que manifestassem a referida vontade.[221] A partir do momento em que a lei passa a ser o fundamento da obrigatoriedade do contrato, ou melhor, a liberdade concedida pelo ordenamento tendo em vista finalidades por ele tuteladas, o poder jurígeno deixa de surgir da vontade autônoma, mas passa a ser derivado e

---

[217] STJ, 3ª T., REsp 811670, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16/11/2006, publ. 04/12/2006.

[218] Claudio Luiz Bueno de GODOY. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 110 e 131, Paulo NALIN. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 56.

[219] Para um minucioso exame deste princípio, v. Caitlin Sampaio MULHOLLAND. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280, a qual assevera que "a função social do contrato será, desta maneira, a balizadora da aplicação do princípio da relatividade contratual" (p. 279).

[220] Em crítica a esta vinculação, Mireille BACACHE-GIBEILI. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1996, pp. 228-229.

[221] Como afirmava Simone CALASTRENG: "*C'est un précepte naturel: celui qui n'a jamais consenti, le tier à l'acte, ne doit subir malgré lui, ni dans sa personne ni dans ses biens, la modification défavorable ou même profitable que d'autres ont decidée. L'article 1165 du Code civil est plus qu'une règle de droit civil français; c'est une exigence de liberté; c'est l'honneur et la dignité de l'homme* " (*La relativité des conventions*. Paris: Sirey, 1939, p. 413).

funcionalizado a finalidades heterônomas.[222] Desse modo, o exame da função do contrato permite, em certas hipóteses atingir os chamados terceiros, dado que ele visa à satisfação de finalidades que não se restringem mais ao interesse particular. [223] Nesse sentido, "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito".[224] Esta esfera de efeitos da função social do contrato implica certa heterogeneização do conceito de terceiro, pois impõe que não se submeta ao mesmo regime jurídico – a indiferença –todos aqueles que não são partes formais da relação obrigacional constituída.[225] Cumpre verificar, no caso concreto, a função daquele contrato, de maneira a perceber as implicações que ele pode ter para com aquele sujeito que não fez parte de sua celebração.[226]

Nesta linha de proteção aos relevantes interesses de terceiros temos, por exemplo, as decisões que autorizam a desistência do participante do contrato de consórcio nas hipóteses em que o seu afastamento não prejudique os demais integrantes.[227] Ou ainda as hipóteses de contratos conexos com partes diferentes, quando dois contratos encontram-se de tal maneira vinculados que aquele que é parte em um deles mas terceiro com relação ao outro deve, mesmo quanto a esse, receber um tratamento jurídico especial, que não seja o mesmo que todos os demais indivíduos que com ele não mantêm vínculo.[228]

Esta esfera de efeitos da função social referente aos interesses de terceiros específicos, que vem sendo largamente difundida em doutrina, costuma ser subdividida em duas, conforme a direção de sua repercussão: de um lado, as hipóteses em que a função do contrato

---

[222] Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 223-224.

[223] Justifica este efeito Luis Renato Ferreira da SILVA: "Ora, aceitando-se a idéia de que o contrato é um elo da cadeia econômica e que transcende, desta forma, os interesses exclusivos dos contratantes (ainda que primariamente seja construído a partir e para estas vontades), acaba-se por ter de admitir que a função social faz com que se tenha que pensar em uma minoração da idéia de relativismo." (Luis Renato Ferreira da SILVA. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In* Ingo Wolfgang SARLET (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 138).

[224] Este o teor do enunciado de número 21 sobre a função social do contrato aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, que destaca a mitigação do princípio da relatividade.

[225] Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

[226] Pedro de Oliveira COSTA. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In* Gustavo TEPEDINO (org.). *Obrigações*: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16.

[227] TJDF, 1ª T.R., Ap. Cível n. 20060110991482, Rel. Hector Valverde Santana, julg. 14/08/2007, publ. 05/09/2007.

[228] Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245 e ss.

não é atingida e com isso fere relevante interesse de terceiro, caso em que o terceiro (vítima), teria ação direta em face do contra o contratante inadimplente; a segunda, mais controversa, diz respeito aos casos em que a função do contrato não é atingida exatamente por causa da intervenção indevida do terceiro (ofensor), caso em que este será responsabilizado perante o contratante vítima do inadimplemento por ato ilícito.[229]

No tocante à tutela do interesse do terceiro vitimado pelo inadimplemento do contrato, o raciocínio é de que o interesse na execução do contrato não se restringe às partes que o celebraram; há um interesse social no cumprimento do pactuado tendo em vista que aquele contrato é um instrumento para a realização de uma finalidade superior, protegida pelo ordenamento, e, no caso, esse interesse social se combina com o legítimo interesse de um terceiro que, embora não tenha participado da celebração do acordo, será beneficiado pelo seu adimplemento – ou será prejudicado pelo seu inadimplemento.[230]

Legislativamente, alguns dispositivos específicos teriam consagrado esta vertente da função social, como é o caso da tutela do consumidor, que permite a ele interpelar outros membros da cadeia de contratos com os quais não teve relações diretas. Assim, por exemplo, a jurisprudência admite que pessoa presenteada com celular tenha legitimidade para acionar a empresa por dificuldade em efetuar as ligações:

> Dessa forma, privilegiando a função social do contrato, tenho que devam ser mitigados os requisitos dos negócios jurídicos, devendo ser reconhecido o vínculo contratual, por extensão, existente entre o fornecedor e o seu efetivo usuário do serviço tido como defeituoso".[231]

Igualmente, a jurisprudência do STJ destacou este fundamento no dispositivo do Código que autoriza o fracionamento da hipoteca e que teria, portanto, aplicabilidade imediata:

> O art. 1.488 do CC/02 consubstancia um dos exemplos de materialização do princípio da função social dos contratos , que foi introduzido pelo novo código. Com efeito, a idéia que está por traz dessa disposição é a de proteger terceiros que, de boa fé, adquirem imóveis cuja construção – ou loteamento – fora anteriormente financiada por instituição financeira mediante garantia hipotecária. Inúmeros são os casos em que esses terceiros, apesar de terem, rigorosamente, pago todas as prestações para a aquisição de imóvel – pagamentos esses, muitas vezes, feitos às custas de enorme esforço financeiro – são surpreendidos pela impossibilidade de transmissão da propriedade do bem em função da inadimplência da construtora perante o agente

---

[229] Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229 e ss.
[230] Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.
[231] TJRS, 6ª C.C., Ap. Cível n. 70013514468, rel. Artur Arnildo Ludwig, julg. 31/08/2006.

> financeiro. [...] Nos autos, está fartamente comprovada a existência de inúmeras ações, propostas em face da recorrente por terceiros que, tendo pago todas as prestações do financiamento dos imóveis que adquiriram, pretendem ver reconhecido seu direito à transmissão do bem por escritura pública. Trata-se de uma questão que apresenta um reflexo social considerável e que traz, tanto à recorrente como a esses terceiros, um prejuízo considerável.[232]

Fora das hipóteses previstas em lei, a jurisprudência também contribuiu para criar novas hipóteses de ação direta do terceiro lesado frente ao contratante. Na mesma linha do dispositivo supra citado, afirmou-se que a instituição financeira não pode executar a hipoteca de unidade imobiliária que garantia o financiamento concedido para a construção do imóvel porque o comprador do imóvel já havia quitado sua obrigação de pagamento perante a construtora que o vendeu.[233]

Ou ainda o reconhecimento da possibilidade de "a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro".[234] De fato, em que pese a opinião dos doutrinadores que identificam nesta decisão o mero reconhecimento de uma estipulação em favor de terceiro, não se pode deixar de constatar que a própria qualificação do contrato neste sentido encontra respaldo na sua função social, como se identifica na fundamentação de diversas decisões.[235]

Em tais hipóteses não há ligação contratual direta entre a vítima e a seguradora, entre o comprador da unidade e a instituição financeira, mas a função social dos contratos autorizou que tais pessoas jurídicas não fossem consideradas terceiros indiferentes à relação contratual existente.

De outro lado, temos a hipótese do terceiro ofensor, isto é, do sujeito que tem interesse na não-execução do pactuado, no desrespeito ao contrato, e interfere naquela relação jurídica

---

[232] STJ, 3ª T., EREsp 691738, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12/05/2005, publ. DJ 26/09/2005. Em comentário à decisão, v. Eroulths CORTIANO JUNIOR. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: Um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. *In* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 359-368.

[233] STJ, 2ª Seção, EREsp 187940, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 22.09.2004, publ. DJ 29.11.2004.

[234] STJ, 3ª T., REsp. 228840, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 26.06.2000, publ. DJ 04.09.2000, p. 150. V. altresì STJ, 4ª T., REsp. 401718, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 03.09.2002, publ. DJ 24.03.2003, p. 228; STJ, 4ª T., REsp. 294057, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 28.06.2001, publ. DJ 12.11.2001 p. 155 e LEXSTJ 149/196; e STJ, 4ª T., REsp. 97590, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 15.10.1996, publ. DJ 18.11.1996 p. 44901 e RSTJ 93/320, e specialmente STJ, 3ª T., REsp 444716, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 11/05/2004, publ. DJ 31/05/2004.

[235] TJSP, 35ª C.D.P., Ap. Sem Revisão 1071021000, Rel. Mendes Gomes, julg. 26/11/2007, publ. 03/12/2007; TJDF, 3ª T.R.C., Ap. Cível 20060610085403, Rel. Alfeu Machado, julg. 01/10/2008, publ. 07/10/2008; TJRS, 1ª T.R.C., Recurso. Cível n. 71001737865, Rel. Ricardo Torres Hermann, julg. 09/10/2008.

de maneira a prejudicar o adimplemento contratual. Aqui a função social do contrato é invocada para respaldar a chamada tutela externa do crédito, ou responsabilidade pela violação do direito de crédito.[236] Embora amplamente difundida, é bastante controversa a utilização da função social do contrato para respaldar aquilo que em outros ordenamentos foi fundamentado pela idéia de oponibilidade ou eficácia indireta ou reflexa do contrato.[237] A ligação estaria no fato de, uma vez que o contrato desempenhe uma relevante função social, será merecedor de proteção também perante terceiros.

A oponibilidade neste caso, de acordo com a doutrina dominante, depende de ser o contrato cognoscível pelo terceiro: em oposição à oponibilidade absoluta dos direitos reais, esta oponibilidade dos direitos de crédito é relativa.[238] Tal conhecimento pode até ser presumido – em virtude de circunstâncias especiais, do cumprimento do dever de informar, da publicidade do negócio, do seu registro –, mas é necessário indagar da presença desse requisito no caso concreto.[239] Fica clara, portanto, a necessidade de, para efeito de oponibilidade, diferenciar ainda o terceiro conhecedor da relação jurídica do terceiro que a ignora. Esta concepção, todavia, é criticada por prestigiosa doutrina que afirma que, nos casos excepcionais nos quais se pode impor a responsabilidade ao terceiro pela lesão ao crédito, o seu fundamento seria a boa-fé:

> Tal concepção, nesta esteira, concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alçando-a a fundamento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice. Dito por outras palavras, a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes de modo a respeitar a situação jurídica creditória anteriormente constituída da qual têm conhecimento. [...] Todavia, esta posição acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se

---

[236] Sobre o tema, v. Antonio Junqueira de AZEVEDO. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo, abr. 1998, p. 113-120; Patrícia Silva CARDOSO. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro, out.-dez. 2004, p. 125-150; Pedro de Oliveira COSTA. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In* Gustavo TEPEDINO (org.). *Obrigações*: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 66; e, fora da doutrina nacional, E. SANTOS JÚNIOR. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

[237] Sobre o tema, v. Luis DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 5. ed.. Madrid: Civitas, 1996, pp. 427 e ss.

[238] Patrícia Silva CARDOSO. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro, out.-dez. 2004, p. 125-150.

[239] Patrícia Silva CARDOSO. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2004, p. 134.

> dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual.[240]

A quarta e última esfera de efeitos que têm sido atribuídos à cláusula geral prevista no artigo 421 do Código Civil diz respeito ao interesse perseguido pelo próprio contrato. Neste âmbito afirma-se que o novo dispositivo serve a determinar a ineficácia do contrato que perca sua função concreta, isto é, sua razão de ser. Nesta esfera é que mais nitidamente a aplicação considera necessariamente a *função concreta* de cada contrato, e não a função abstrata do instituto "contrato". A falta da função concreta, própria de cada contrato, poderá tornar ineficaz o contrato, uma vez que perde sua razão de ser. Aqui se refere expressamente em doutrina a uma utilização da função social do contrato com efeitos similares à teoria da base de negócio alemã e, especialmente, à "causa final concreta".[241] Neste sentido, a referência à função social é utilizada para explicar a contaminação da ineficácia de um contrato no caso de coligação funcional a outro contrato que se tenha tornado ineficaz por qualquer motivo.[242]

Este panorama revela como na conceituação e na miríade de efeitos atribuídos à cláusula geral prevista no art. 421 do código civil há grande similaridade funcional à figura da causa do contrato. De fato, muitos dos efeitos que a função social do contrato incorporou entre nós são aqueles desempenhados pela causa nos ordenamentos que a prevêem. Isto justificou a associação entre os dois institutos. Para Maria Celina Bodin de Moraes, em posição mais representativa desta tendência, o advento do novo dispositivo implicou o reconhecimento da causalidade negocial entre nós:

> Isto, na verdade, confirma que o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão-somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da

---

[240] Gustavo TEPEDINO. Notas sobre a função social dos contratos. *In* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 398.

[241] Antônio Junqueira de AZEVEDO. Entrevista concedida à *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 34. Rio de Janeiro, abr./jun. 2008, pp. 305.

[242] V. Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 228; Pablo RENTERÍA. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 312; Rodrigo Xavier LEONARDO. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832. São Paulo, fev. 2005, pp. 100-111; Antônio Junqueira de AZEVEDO. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função social do contrato. (parecer). *Revista dos Tribunais*, n. 832. São Paulo, fev. 2005, pp. 113-137.

> "causalidade negocial". Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio "não cumpre a sua função social".[243]

Este cenário revela como o disposto no art. 421 significou uma profunda conquista em termos de funcionalização dos contratos. No entanto, acredita-se que as divergências doutrinárias, a disparidade entre os efeitos atribuídos ao dispositivo e as críticas e receios quanto às suas possibilidades impõem um aprofundamento sobre seu sentido e, principalmente, sua ligação efetiva com a causa do contrato. O que se percebe é que, embora o dispositivo tenha acenado com uma bem-vinda ampliação da recepção da causa entre nós, esta associação se deu mais centralmente com concepção bettiana da causa como função sócio-econômica, em virtude da redação do dispositivo e da popularidade desta versão do conceito de causa. Esta versão, contudo, sofre algumas críticas por conta de alguns pontos obscuros e, acredita-se, nestes pontos obscuros pode residir a fonte de alguns dos problemas já destacados relativos à aplicação do art. 421 e, também, da própria causa entre nós. Por este motivo, se justifica examinar o debate que se seguiu na doutrina italiana com relação à concepção bettiana de causa e seus problemas, de forma a diferenciar a causa da função social, tanto lá como entre nós, e assim refinar a versão de causa em algo ainda mais adequado para o processo de qualificação dos contratos.

5. Rumo à concepção da causa em concreto

A teoria bettiana da causa como função econômico-social, apesar de seu pioneirismo e de sua extensa acolhida, não passou sem críticas. Uma das principais refere-se à sua contaminação por elementos metajurídicos. Acusa-se, neste sentido, a hibridez da concepção bettiana, pois enquanto sua estrutura situa-se plenamente no campo do direito, a sua função é referida por meio de elementos metajurídicos.[244] Para Pugliatti, principal crítico de Betti neste aspecto, não basta fazer referência a uma função genérica, sendo necessário examinar o negócio no conjunto de seus efeitos específicos concretos, de modo que a causa não deve ser identificada em uma função econômica ou social, mas unicamente na sua particular razão de ser jurídica, substancial e integralmente emergente do preceito legislativo que a reconhece.[245]

---

[243] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 316.
[244] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 109.
[245] Salvatore PUGLIATTI. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 90.

O raciocínio de Pugliatti parte da dificuldade de determinar com rigorosa precisão científica o que seja uma função econômico-social distinta da função jurídica: para o autor, a dita função econômico-social é apenas uma arbitrária redução, um empobrecimento do esquema jurídico. Ele afirma que a determinação recorrente do conceito de causa como escopo ou função econômico-social ganhou popularidade sem que os autores que a subscrevem percebessem que ela designa um *quid* de todo estranho ao Direito e que, portanto, dá origem a uma insanável – e inexplicável – dualidade, uma vez que todo negócio tem, sem dúvida, uma função jurídica.[246]

A partir disso, Pugliatti decompõe o esquema conceitual de Betti de maneira a demonstrar que nele, embora a estrutura do negócio seja jurídica, sua função é definida com referência a categorias metajurídicas, gerando uma inaceitável contaminação, capaz de comprometer critérios metodológicos que foram custosamente conquistados.[247] Quais seriam os elementos essenciais do negócio jurídico cuja síntese define a causa? A vontade fica descartada em razão de sua clara oposição à construção do conceito de causa, o que impede que esta seja síntese composta por aquela; a forma, do ponto de vista em exame, não têm relevância, e a causa é justamente o que se busca definir.[248] Deste modo, a causa seria construída exclusivamente a partir da síntese de elementos extrajurídicos, fazendo com que o instrumento capaz de conferir juridicidade aos acordos de vontade seja examinado exclusivamente a partir de elementos estranhos àqueles componentes do ordenamento positivo.

Por conta disso, Pugliatti propõe outra interpretação, na qual a causa seria a função jurídica do negócio, expressa pela síntese de seus efeitos jurídicos essenciais.[249] De acordo com esta definição, a causa constitui a mínima unidade de efeitos do contrato: por exemplo, no mandato, seria a obrigação do mandatário de cumprir um ou mais atos jurídicos por conta do mandante, pois sem isto, não pode haver mandato.[250] Assim, afirma-se que a passagem da causa como "função econômico-social" à causa como "síntese dos efeitos jurídicos" não é

---

[246] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, pp. 108-109. Para Pugliatti, apenas o próprio Betti percebeu e assumiu explicitamente esta extrajuridicidade – sinceridade que, para ele, não afasta a ambigüidade, ou mesmo a equivocidade da afirmação (*ibid.*, p. 109).
[247] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 109.
[248] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, pp. 110-111.
[249] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 119.
[250] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 369.

somente expressão de uma "limpeza" da tese ajurídica precedente, mas ilustração de um modo diverso de entender a relação entre vontade e negócio jurídico, uma relação que passa a construir-se com referência direta ao dado normativo.[251]

Pugliatti ainda replica a crítica de Betti à sua concepção de função jurídica – segundo a qual se a causa fosse função jurídica, não seria síntese funcional dos efeitos do negócio, mas a síntese dos efeitos que o direito o impõe, e não existiria ato jurídico que não tivesse uma causa neste sentido, uma vez produtivo de efeitos. O defensor da função jurídica responde que, de fato, em abstrato, não há negócio que, no seu esquema típico, não produza efeitos e, portanto, não possua causa; entretanto, a questão não é ver se e quais efeitos jurídicos produza, mas estabelecer se pode em concreto produzir efeitos ou se deve ser considerado como mal construído, seja porque falte ou seja ilícita a causa, seja ainda porque extrapolados os limites de elasticidade do esquema causal.[252]

Na concepção bettiana, é a consciência social que identifica um interesse e que, em seu aspecto típico, busca a tutela jurídica, enquanto o direito julga esse interesse digno de tutela e autoriza uma determinada tutela jurídica – esta ocorre por meio de seu instrumento típico (o negócio jurídico), no qual o interesse é assumido como elemento que determina a função. Pugliatti sustenta aí a existência de uma incoerência, pois acaba que não há diferença entre uma função econômico-social e a função jurídica, já que é o direito que, no final das contas, assimila a tutela do interesse, não havendo necessidade de fazer referência à sua fisionomia original. A avaliação e a configuração dita econômico-social dão lugar, em última instância, à configuração jurídica e, portanto, não há um elemento dúplice, com possibilidade de conflito, mas um elemento só: o jurídico, nascido social, mas transposto, transformado e consumado no campo do direito.[253]

A concepção de Pugliatti, portanto, retira a causa da consciência social e a localiza dentro do ordenamento, na própria norma. A partir da aplicação desta, ela se manifesta:

> A causa é elemento [...] que, permanecendo normalmente oculta e em quietude, exprime uma considerável força coesiva e atrativa quanto aos elementos que constituem a organização da estrutura do negócio, e também uma força centrípeta quanto a determinações acessórias do conteúdo daquele. Mas quando, em virtude de forças externas, é compelida a abandonar seu estado normal de quietude e a manifestar-se, tem a força de destruir toda a organização negocial, ou, transformando

---

[251] Nicola CORBO. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 45.
[252] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 110.
[253] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 116.

> em força centrífuga a força centrípeta inicial, de excluir ao menos do conteúdo do negócio tais efeitos que são com ela incompatíveis.[254]

Pugliatti, contudo, embora seja árduo defensor da juridicidade e objetividade da concepção da causa, não despreza o papel que desempenha o escopo prático perseguido pelas partes no sentido de identificar o negócio concreto em exame – em comparação com a tipicidade abstrata do ordenamento.[255] É esta dificuldade entre situar a causa na norma, garantindo sua objetividade, e reconhecer alguma relevância concreta ao escopo prático dado ao negócio pelas partes, sem recair na subjetividade das intenções particulares, que vai conduzir a novas reconstruções da definição da causa.

As críticas de Pugliatti à concepção da causa como função econômico-social levaram a outra concepção de causa, como função econômico-individual. Esta concepção teve origem especialmente na observação de que a função econômico-social acarreta uma confusão entre causa e tipo.

Se a teoria da função econômico-social acentua os aspectos coletivos do controle de merecimento de tutela, afirmou-se que ela descura do aspecto privado do ato: se controla somente a conformidade da causa ao interesse coletivo, sem indagar sobre a sua suficiência para realizar a troca e assim fogem ao controle os interesses simplesmente privados.[256] Em especial, ao ser concebida abstratamente, a causa acaba por achatar-se ao tipo, deixando de fora dos horizontes da causa tudo aquilo que excede as linhas mestras do tipo e que individualizam e especificam a operação perseguida, o que significa o empobrecimento e enrijecimento da avaliação do contrato.[257]

A modificação na definição da causa é também expressão de transformações históricas. Afirma-se que a utilização da teoria da função econômico-social no período fascista é expressiva de uma vocação potencial para a tutela de interesses estranhos à vontade dos particulares, que corre o risco de subordinar o ato de autonomia a exigências gerais variáveis de acordo com a ideologia dominante política, social e econômica no momento.[258] Sob esta inspiração, o pioneiro desta nova definição de causa, G. B. Ferri, recusa as "visões

---

[254] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 114.
[255] Salvatore PUGLIATTI. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 117.
[256] Guido ALPA. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: Cedam, 2006, p. 48.
[257] Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 364.
[258] Emanuela NAVARRETTA. *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 209.

sociologicizantes do fenômeno jurídico".[259] Para o autor, a emersão deste interesse social-geral, que faria com que os interesses dos particulares desapareçam ou sejam absorvidos por este interesse estatal, está ligado a uma visão mais ampla do fenômeno jurídico, na qual os princípios clássicos do ideário democrático-liberal são rejeitados. Em outra ocasião, afirmou Ferri:

> Atualmente, derrubado o sistema político-econômico ao qual se referia originalmente o código civil de 1942, recuperados, com a constituição republicana os valores de liberdade e democracia, a autonomia privada, como de resto a iniciativa econômica privada e a propriedade, perderam aquela dimensão funcional que o modelo corporativo e dirigente lhe tinha atribuído.[260]

Trata-se, novamente, de crítica à visão considerada permeada pela contaminação da ciência do direito pela sociologia jurídica, que reputa o jurista vinculado à norma somente enquanto nela encontre valores condizentes com as contingências históricas e sociais: para os críticos, nesta visão a causa perde importância e torna-se elemento de difícil enquadramento, em razão de sua expansividade.[261]

É ilustrativa deste problema uma decisão sobre um contrato no qual uma sócia (Giuseppina Zerbi Ottolini) prometera ao mandatário (Raffaele Spera) que a sociedade (Ottolini Carta) estava por contratar uma indenização no caso de extinção do mandato, para compensá-lo pelo abandono de sua profissão anterior. Falecida a senhora Zerbi e extinto o mandato, o senhor Spera requereu ao seu sucessor legal (Ospedale di Circolo di Rho) o adimplemento da obrigação. A Corte de Milão, ao avaliar o merecimento de tutela do contrato atípico – "tudo se resume a verificar se os interesses perseguidos são correspondentes a uma função útil e se são socialmente apreciáveis" – entendeu que o contrato, embora não tendesse a "nenhum fim menos que honesto", criava o perigo de uma contaminação dos ingredientes conhecidos e por conhecer da vida da sociedade e um risco de adulteração dos resultados da empresa.

Comentando esta decisão, o próprio Ferri critica a "extrema generalidade deste tipo de discurso" e afirma o perigo desta concepção: "... na sentença não vem indicada uma única norma referente à disciplina das sociedades por ações que se considere violada; nem vem indicado um único elemento do qual se possa extrair o conteúdo ou os conteúdos de tais

---

[259] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 101.
[260] Giovanni Battista FERRI. La causa nella teoria del contratto. *In* Letizia VACCA (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 417.
[261] Nicola CORBO. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 46.

finalidades econômico-sociais do sistema. Se diz que o acordo entre Spera e Zerbi está em conflito com finalidades econômico-sociais, mas nem se indica de quais finalidades se trata, nem se explica por que e de que forma tal conflito seja determinado".[262]

Partindo desta premissa, Ferri se contrapõe ao conceito de "função econômico-social" ao qual, no código civil italiano de 1942, causa e tipo conduziam e ao qual a doutrina aderiu, ainda que esta adesão não tenha verdadeiramente abrangido os pressupostos e as conseqüências que aquela orientação implicariam.[263] Para o autor:

> O critério de socialidade, a inserção do agir dos privados nas finalidades da ordem jurídica, a invocação dos ditames da consciência civil e política, das exigências da economia nacional, além da ordem pública e dos bons costumes, não apenas são expressões da ideologia política dominante naquele período, mas também são o resultado de doutrinas e correntes de pensamento consideradas válidas e largamente seguidas no campo jurídico, no qual aquela ideologia encontra sua base teórica. Não apenas tais visões atendem aos princípios do Estado autoritário do qual tudo deve depender, mas também atendem a construções e técnicas largamente validadas na ciência jurídica, sobretudo por mérito de Kelsen.[264]

Todavia, as críticas à definição de causa como função econômico-social não se referem apenas à exigência de satisfação de interesses sociais no negócio jurídico, mas especialmente à confusão entre o conceito de causa e o de tipo. De fato, ao tratar da causa, Betti refere-se a conceber o conteúdo do negócio como um preceito de autonomia privada, com o qual as partes regulam interesses em vista de escopos práticos de caráter típico, socialmente valorados por sua constância e normalidade na vida de relações.[265] Além disso, ao afirmar que a causa se traduz na síntese dos elementos essenciais, destaca que os elementos essenciais do tipo negocial são os mesmos elementos essenciais da sua causa: elementos constantes e invariáveis em cada negócio concreto que se subsuma a um certo tipo e, portanto, indispensáveis para sua identificação.[266]

Em defesa dessa aproximação, Betti afirmou que é possível falar de uma tipicidade das causas dos negócios jurídicos, fora do seu sentido dito "antigo", datado do direito romano clássico, qual seja, o rígido esquematismo que impedia a realização de negócios não especificamente denominados e taxativamente disciplinados pelo direito objetivo.[267] No

---

[262] Giovanni Battista FERRI. Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXIX, parte prima. Vallardi, 1971, p. 96
[263] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 118.
[264] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 127.
[265] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, pp. 32-33.
[266] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 35.
[267] Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, pp. 38-39.

sentido moderno, para o autor, as causas são típicas no sentido de que, embora não previstas taxativamente pela lei, devem ser em princípio, admitidas pela consciência social como correspondentes a uma necessidade prática legítima, a um interesse social duradouro, e como tais valoradas como dignas de tutela: não se trataria apenas da tipicidade de previsão legislativa, mas do reenvio às concepções dominantes na consciência social nos vários campos.[268]

Esta submissão das causas a uma tipicidade social é suscetível de crítica sob dois aspectos: de um lado, a referência a uma tipicidade metajurídica sofre das problemáticas já apontadas por Pugliatti; de outro lado, viabiliza a interpretação por alguns de que, nos contratos legalmente típicos não haveria necessidade de análise de merecimento de tutela, pois a expressa previsão legislativa já importaria a licitude da causa daquele contrato.[269] Perde-se, nesse processo, a relevância da causa concreta do negócio que, posto enquadrar-se no tipo legal, pode possuir elementos específicos relevantes na avaliação de merecimento de tutela.

A tese de Ferri afirma que, diante de um contrato concreto, não é suficiente examinar o esquema abstrato ao qual ele corresponde e sobre o qual já se reconheceu cumprir uma função socialmente útil, mas é necessário também avaliar em concreto o modo específico no qual aquele esquema abstrato é utilizado.[270] Sob esta visão, o centro gravitacional da causa se desloca do controle de exigências sociais, cristalizadas no tipo normativo, à reconstrução hermenêutica dos interesses perseguidos através da operação contratual.[271]

Quando se afirma que a causa é a função econômico-social, se faz confusão entre o objeto e o critério na qualificação, entre o fato e o valor, entre aquilo que é avaliado e aquilo que avalia.[272] Explica o autor que fazer referência ao conceito de função implica não somente a existência de uma relação entre situações, mas também que esta relação se coloque entre uma situação avaliadora e uma situação avaliada. Assim, uma das duas situações exprime os princípios a partir dos quais se possa, da outra situação, extrair uma função. Quando à causa, elemento do negócio jurídico, se atribui a natureza de função econômico-social – isto é, a

---

[268] Neste sentido o autor defende que não se deve assimilar negócio inominado e atípico, uma vez que nos negócios ditos atípicos está presente a impossibilidade de um interesse objetivo digno de proteção resumir-se ao mero arbítrio individual, ao capricho, ao motivo transitório, que, como tal, embora seja plausível em concreto, é irrelevante para o direito (Emilio BETTI. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 39).

[269] É o que sustenta Francesco GALGANO. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 100.

[270] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 358.

[271] Emanuela NAVARRETTA. *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 212-213.

[272] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 155.

função se exprime em termos de socialidade, de ordenamento – se acabaria misturando elementos do negócio e critérios de avaliação do próprio ordenamento.[273] Em uma explicação enfática:

> [...] Na acepção de *função econômico-social* do negócio, a causa acaba por ganhar a *dimensão*, quase *hermafrodita*, na qual ficam confundidos e indistintos, de um lado, o ponto de vista do autor ou dos autores do negócio, isto é, o escopo subjetivo por eles perseguido, conforme *objetivado* na regra negocial (e que, em certa medida, continua a caracterizá-la), de outro lado, o ponto de vista do ordenamento estatal, ao qual historicamente foi atribuído o papel de controlar se os valores expressos e as finalidades perseguidas pelo negócio singular estejam (e em que medida) *compatíveis* com os valores fundantes do ordenamento jurídico do Estado.[274]

Esta confusão entre a função do negócio concreto avaliado e os critérios de avaliação do ordenamento conduziria à desconsideração, no julgamento do merecimento de tutela, de elementos importantes para o negócio concreto, mas não reputados essenciais para o modelo abstrato. A tese de Ferri afirma que a distinção entre elementos essenciais e elementos acidentais, entre determinações acessórias, pressupostos e motivos, só podem ser adotadas com valor descritivo e abstrato, isto é, como classificações gerais dos elementos de composição do negócio. Concretamente, no negócio jurídico que efetivamente ocorreu, isto é, na sua estruturação objetiva, somente podem ser distinguidos elementos essenciais (que no caso concreto podem ser também os chamados elementos acidentais) e não essenciais para as partes. No caso concreto, no conjunto de elementos essenciais e não essenciais, o negócio forma um bloco unitário e como tal, unitariamente, deverá ser avaliado pelo ordenamento: somente desta maneira – afirma o autor – se pode identificar o sentido e o alcance da operação econômica que o negócio exprime.[275] O interesse individual, perseguido pelas partes através do negócio concreto, modifica-se não somente em razão de uma alteração substancial da estrutura, mas também pela inserção, na estrutura, de determinações acessórias e, por vezes, até mesmo de motivos psicológicos conexos às partes e considerados como determinantes da vontade negocial. Assim, prossegue, um interesse que, sem aquela determinação acessória, ou na falta da inclusão daquele motivo psicológico, seria merecedor de tutela, pode não sê-lo mais quando aquela inserção ocorra.[276]

---

[273] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 364.
[274] Giovanni Battista FERRI. Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò. *Europa e diritto privato*, 2007, fasc. 3, p. 680.
[275] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, pp. 255-256.
[276] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 258.

O argumento conduziu à definição da causa como função econômico-individual, com o objetivo de esclarecer o seu papel, um papel unificador dos vários elementos do negócio.[277] A função econômico-individual, sem se confundir com o escopo meramente subjetivo, esclarece que, sendo o negócio expressão de uma regra privada, sua causa é elemento que liga a operação econômica objetiva aos sujeitos que dele são autores e é "índice de como o regulamento negocial de interesses é expressão objetiva de tais finalidades subjetivas".[278]

Assim se promove, também nos contratos ditos típicos, uma separação entre as prerrogativas dos particulares e as prerrogativas que o ordenamento pôs na base daquele esquema contratual: o conteúdo da operação negocial, embora tipificado pelo legislador, permanece condicionado pela presença de instâncias exclusivamente individuais, materializáveis, por exemplo, nos elementos acessórios.[279] A relevância do motivo, de outro lado, dependerá do papel que ele concretamente tenha assumido no negócio, dependerá da incidência determinante que ele assume na operação negocial considerada como um todo: "é, portanto, a essencialidade, e não a ilicitude, que torna o motivo relevante".[280] Na jurisprudência italiana já se advertiu:

> A causa do contrato, ainda que se busque temperar o rigor da teoria objetiva – segundo a qual a causa se identifica na função econômico-social abstratamente e imutavelmente estabelecida pelo ordenamento com relação a cada tipo negocial e em vista do interesse social geral –, ao admitir-se uma ligação concreta do contrato àquela função e ao exigir-se um cotejo entre a função abstratamente considerada e a função concreta, não se pode nunca confundi-la com a representação subjetiva de finalidades particulares não essenciais ao acordado, isto é, com os motivos contratuais, a menos que estes tenham sido inseridos objetivamente na estrutura negocial, em função de específica condição de eficácia do negócio, e constituam elementos de pressuposição.[281]

Esta definição, portanto, resolveria o problema dos elementos não reputados essenciais ou relevantes pelo ordenamento. Quanto à causa assim entendida, os elementos ditos acidentais incidem, de forma mais ou menos relevante, sobre a função econômico-individual e servem para delimitar o interesse concretamente perseguido: a condição será essencial se considerada, na vontade das partes, necessária para a realização da função econômico-

---

[277] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 371.
[278] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 372.
[279] Luca BARCHIESI. Meritevolezza degli interessi e causa in concreto nel contratto di cassette di sicurezza. *Rassegna di diritto civile*, ano XIV, n. 2, 1989, p. 971.
[280] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 382.
[281] Cass. 24.10.1973, n. 2725 *apud* Elena PAOLINI. *La causa del contratto*. Padova: Cedam, 1999, p. 50.

individual atribuída ao negócio, ainda se não o for no que diz respeito à função econômico-social do tipo contratual correspondente.[282]

Contra o argumento da distinção entre causa abstrata e causa concreta, Ferri afirma que dizer que a causa abstrata é lícita, enquanto a concreta não é, tem todo o ar de ser pouco mais que um inútil jogo de palavras. Para ele, em abstrato e, portanto, nas figuras contratuais típicas (legais ou sociais) não existe causa, somente um modelo de organização de interesses, não uma hipótese de sua regulamentação concreta, suscetível de ser qualificada e avaliada.[283]

Ferri faz a reserva, todavia, que a substituição do adjetivo social pelo individual não se deve entender como um enfático retorno a concepções de exasperado (e imotivado) individualismo, mas somente um destaque de como, no sistema desenhado pela Constituição, o ato de autonomia privada volta a ser expressão de interesses privados que, como tais, devem ser avaliados pelo ordenamento jurídico. Segundo o autor, em uma imagem significativa, o indivíduo se liberta da farda de funcionário do sistema corporativo e volta a ser considerado, mesmo sob o perfil econômico, pessoa, certamente não egoísta ou a-social, mas autônomo protagonista, na sociedade, da própria existência.[284]

Esta reserva, contudo, não foi suficiente para rebater todas as críticas que a teoria de Ferri sofreu, não tanto pela sua versão originária, mas pelas suas conseqüentes. Critica-se a possibilidade oferecida pela complexa nebulosidade da teoria da função econômico-individual de dar lugar a filões de pensamento que acabariam em uma superação do próprio papel da causa, tal como as orientações que conduzem o juízo de merecimento de tutela a regras do mercado, a interesses da empresa e à celeridade do tráfico comercial, em vez de ao ordenamento jurídico.[285]

Também na linha da avaliação da causa somente em concreto – mas reconduzindo-a aos parâmetros expressos pela legalidade constitucional – encontramos Pietro Perlingieri. O autor critica a aproximação entre causa e tipo e afirma que a distinção entre causa abstrata (presente na norma, a partir da tipificação) e causa concreta do negócio serve apenas para destacar a confusão existente. Para ele, não é possível falar de uma causa abstrata porque ela teria que ser imune ao juízo de licitude, o que a privaria da própria essência do conceito de

---

[282] Giovanni Battista FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968, p. 378.
[283] Giovanni Battista FERRI. La causa nella teoria del contratto. *In* Letizia VACCA (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 420.
[284] Giovanni Battista FERRI. La causa nella teoria del contratto. *In* Letizia VACCA (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 419.
[285] Emanuela NAVARRETTA. *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 220-230.

causa: um modelo de organização de interesses não pode ser objeto de um juízo de licitude e de merecimento de tutela.[286]

Perlingieri inicia seu exame do tema tomando por premissa a inexistência de uma relação de prioridade lógica entre interesses e efeitos – porque mesmo estes não são um *prius*, mas uma decorrência de um procedimento unitário de interpretação e qualificação – para concluir por uma confluência, na constituição da causa, entre o interesse concreto e os efeitos essenciais do contrato.[287] Isto não significa desprezar as definições anteriores – ao contrário, ele destaca a importância das concepções bettiana e pugliattiana no sentido de reconhecer que o regulamento de interesses constituído pela autonomia da vontade só é protegido porque reconhecido digno de tutela pelo ordenamento –, mas critica a identificação da causa com o esquema regulamentar abstrato a que ela conduz.[288]

Afirma ainda que a falta de um consenso acerca da concepção de causa decorre essencialmente do fato de que a causa não se resolve em um elemento estrutural da *fattispecie* negocial, concebível exclusivamente em termos de mais um "elemento essencial".[289] Para o autor, a superação da perspectiva da subsunção, com o objetivo de valorizar a identificação dos interesses envolvidos e as peculiaridades que distinguem o negócio concreto, dando prevalência ao perfil funcional do negócio, impõe reconhecer na causa um *quid* que ilumina o contrato na sua dimensão de valor, isto é, de regulamento de interesses. Assim, prefere definir a causa como a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação.[290] Exemplificando, demonstra que, em meio a uma pluralidade de compras e vendas, é possível encontrar uma identidade de tipo (caracterizado pela permutação da coisa pelo correspectivo preço), mas uma pluralidade de causas (no sentido de que cada uma terá um interesse específico perseguido pelos contratantes).[291]

Algumas decisões recentes da Corte de Cassação ilustram a modificação no ordenamento italiano no sentido da avaliação em concreto da função do contrato. As

---

[286] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.
[287] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.
[288] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 369.
[289] Neste sentido a crítica à sua listagem no Código Civil italiano entre os demais elementos (Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 367). No mesmo sentido afirma, na doutrina nacional, Antônio Junqueira de AZEVEDO: "Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois, como 'função', é 'elemento constitutivo' do negócio. Ora, isso envolve a insuperável contradição de colocar a função como fazendo parte do negócio, quando jamais, a função de um ser pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele" (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, cit.*, p. 174).
[290] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.
[291] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.

primeiras referências são feitas no que se refere ao contrato de *leaseback* (venda com *leasing* de retorno), no qual o bem a ser financiado já é de propriedade do locatário. Entre as questões colocadas, estava a possibilidade do contrato receber os benefícios fiscais permitidos ao contrato de *leasing* (arrendamento mercantil tradicional) e a possível incidência da proibição de pacto comissório. Mas a mais marcante entre elas é que tem sido considerada a prova de que a Corte de Cassação adotou a concepção da causa do contrato em concreto.

No caso, um engenheiro, N., firmou com a Gerolimich S.A. dois contratos de consultoria tendo por objeto a avaliação de projetos industriais e de aquisição de empresas. O primeiro contrato previa o objeto da consultoria, enquanto o segundo, "prosseguimento do outro", concluído dois meses depois, pactuava uma compensação anual de 240 milhões de liras. Um era assinado pelo próprio N., o outro por uma pessoa jurídica da qual ele era titular, a Business Gain. No âmbito de das obrigações assumidas, N. foi incluído entre os componentes dos órgãos de administração de algumas sociedades subsidiárias da Gerolimich. Iniciada a execução, N. emitiu uma fatura para o recebimento de 140 milhões de liras relativos a parte do contrato e, por não ter recebido o montante, através da alegada cessionária dos créditos, Business Gain, constituiu em mora a devedora. A Gerolimich, por sua vez, contestou em juízo afirmando que todas as atividades desenvolvidas pelo N. deveriam reputar-se absorvidas pelas suas atribuições impostas pela participação nos conselhos de administração das sociedades a ela coligadas. Destacou ainda que a Business Gain não tinha realizado atividade alguma, sendo mero esquema societário fictício para elidir normas fiscais: os contratos de consultoria estavam viciados por simulação subjetiva, pois apenas nominalmente celebrados pela Business Gain, quando na verdade eram referentes diretamente ao seu titular, N. De fato, o tribunal entendeu que o contrato fora estipulado na realidade diretamente entre a Gerolimich e N. e que não havia diferença entre as atribuições de N. desenvolvidas no conselho de administração da Gerolimich e as atribuições objeto do contrato de consultoria. Declarou, portanto, nulo o negócio dúplice por defeito de causa. A Corte de Apelação de Milão rejeitou o recurso proposto por N., confirmando a decisão e declarando a nulidade do contrato "por falta de justificação concreta".

Entre os seis fundamentos do recurso interposto por N. – todos rejeitados pela Corte de Cassação – o quinto é especialmente relevante: alegava o recorrente equívoco na aplicação

do art. 1.418, CCi,[292] por ter sido invocada a *fattispecie* da nulidade superveniente. O recurso observa em particular que a expressão adotada pelo juiz milanês ("falta de justificação concreta do contrato") era na verdade usada no sentido de objeto do contrato. A propósito de rejeitar este argumento, a Corte, ainda que concordando com as decisões anteriores, reputou necessários alguns esclarecimentos sobre a ausência de causa. Começou por afirmar que a prestação era possível tanto física quanto juridicamente, assim infundado o argumento sobre a confusão com a impossibilidade do objeto. Em seguida, a Corte afirmou que o negócio não poderia dizer-se legitimamente "privado de causa" se esta fosse entendida no significado comum de "função econômico-social" do contrato, em uma abordagem hermenêutica de tipo "abstrato", porque correspondente a um esquema legal típico (aquele desenhado pelo art. 2.222, CCi). Para a Corte, todavia, aquela noção de causa, seguindo uma atenta reflexão da doutrina mais recente, não deve vincular-se ao perfil objetivo da estrutura contratual. Após uma breve referência à evolução histórica do conceito de causa, a Corte admitiu que a definição do código é a função econômico-social do negócio reconhecida relevante pelo ordenamento com o fim de justificar a tutela da autonomia privada. Todavia, afirmou a obsolescência da matriz ideológica que configura a causa do contrato como instrumento para o controle da sua utilidade social. Sobre este pressuposto, afirmou que, da parte da doutrina mais atenta e de uma muito esporádica jurisprudência, há algum tempo se discorre de uma *fattispecie* causal concreta, que reconstrói este elemento em termos de síntese dos interesses reais que o próprio contrato tende a realizar:

> Causa, portanto, ainda inscrita na órbita da dimensão funcional do contrato, mas, agora, função individual do singularizado, específico contrato realizado, prescindindo do relativo estereótipo abstrato, seguindo um iter evolutivo do conceito de função econômico-social do negócio que, movendo-se da cristalização normativa dos vários tipos contratuais, volta-se afinal a captar o uso que os contratantes entenderam realizar de cada um daqueles, adotando aquela determinada, específica (a seu modo única) convenção negocial.[293]

E ainda:

---

[292] "*Art. 1418. Cause di nullità del contratto. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa (1343), l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge (190, 226, 458, 778 e seguente, 780 e seguente, 788, 794, 1261, 1344 e seguente, 1350, 1471, 1472, 1895, 1904, 1972)*".

[293] Cassazione civile, sezione III, 8.5.2006, n. 10490.

> Causa do contrato é o escopo prático do negócio, a síntese dos interesses que ele está concretamente dirigido a realizar (chamada "causa concreta"), como função individual da singular e específica negociação, além do modelo abstrato utilizado.[294]

Para alguns doutrinadores italianos a decisão da Corte foi entendida como uma mudança de rota no tema da causa para acolher a chamada teoria da função econômico-individual,[295] ou do escopo prático, segundo a qual para individuar a causa do contrato é necessário levar em conta os escopos práticos para os quais o contrato foi realizado.[296] Mas se faz a reserva de que a decisão não pode ser vista como um retorno à concepção subjetiva, porque permanece função, não obstante os seus parâmetros de funcionalidade sejam referidos a cada contrato singular, fora de seu pertencimento a tipos legais ou sociais.[297] A partir desta reserva, de outro lado, há quem defenda que a teoria da causa em concreto não é sinônimo da chamada função econômico-individual, porque não pretende dar relevo ao dado psicológico das partes (sinalizando um retorno às teorias subjetivas), pois razão concreta que justifica o contrato não é o interesse pessoal de cada uma das partes, sob a ótica da satisfação da necessidade do indivíduo, modificável de sujeito para sujeito e de caso para caso, mas o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, um interesse portanto ainda econômico-social, porém perseguido não por um tipo contratual pré-confeccionado, mas sim avaliado "no particular contexto de circunstâncias e finalidades e interesses no qual aquelas partes o programaram".[298] Outros doutrinadores, ainda, afirmaram que a pronúncia da Corte é inovadora na afirmação de princípio, mas não na solução operacional oferecida, pois esta seria a mesma se a Corte mantivesse acolhida a tradicional concepção de causa como função econômico-social do contrato – a sociedade tinha estipulado contratos para obter prestações que já tinha direito de receber com base na relação de administração, tal como a compra de produto de que já é proprietário – pois a fidelidade da jurisprudência à concepção tradicional já era há tempos mais formal do que substancial.[299]

---

[294] [294] Cassazione civile, sezione III, 8.5.2006, n. 10490.

[295] Neste sentido, Francesca RIMOLDI. La causa quale ragione in concreto del singolo contratto. *I contratti*, n. 7, 2007, p. 634; Bernardino IZZI. Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2007, fasc. 4-6, p. 479; Rita ROLLI. Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta. *Contratto e impresa*, 2007, fasc. 2, pp. 450.

[296] Francesca RIMOLDI. La causa quale ragione in concreto del singolo contratto. *I contratti*, n. 7, 2007, p. 634.

[297] Bernardino IZZI. Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2007, fasc. 4-6, p. 493-494.

[298] Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 364.

[299] Flaminia BESOZZI. La causa in concretto: un vero *revirement*? *I contratti*, n. 11, 2007, p. 1009-1011.

Em síntese, a despeito das controvérsias na interpretação, deve-se reconhecer a valorização do conceito de causa em concreto, a atribuir relevância, em chave funcional, ao concreto arranjo de interesses determinado pelos contratantes.[300] Trata-se de uma perspectiva metodológica sensível às exigências de concretude, não desligadas da atenção à integração sistemática. Explica Vincenzo Roppo:

> A concepção concreta da causa não significa (e não deve implicar) um retorno à concepção subjetiva da causa: isto é, uma imprópria valorização das motivações estritamente individuais de uma parte, das suas pessoais representações psíquicas, dos seus interesses particulares cultivados em foro interno. "Concreto" não se identifica com "subjetivo"; a concretude pode (e aqui deve) pôr-se em termos de objetividade.[301]

E prossegue o autor com exemplos:

> O desejo de utilizar a coisa comprada como presente de núpcias para o amigo, a intolerância por pontas e quinas pronunciadas, são simples motivos que restam confinados na esfera individual da parte, [mas] se A dá fiança a B para garantir seu ingente crédito perante a devedora sociedade X, impelido pelo interesse que deriva do fato de ser sócio majoritário de X (em virtude de sucessão hereditária do velho sócio falecido), este seu interesse introduz no contrato uma concreta causa de troca empírica ao lado da causa típica de garantia; por isso a dissolução deste interesse (quando, por exemplo, um testamento posteriormente descoberto prive A da herança, e assim da qualidade de sócio) é evento que afeta a causa do contrato, e abre o problema do seu destino.[302]

O critério, segundo o autor, não é se o interesse da parte é conhecido pela contraparte, e nem se ela o externalizou apropriadamente à outra parte – este dado subjetivo, embora relevante, não é decisivo – mas deve ser qualquer outro dado que dê dimensão objetiva ao interesse invocado pela parte e a relevância que este tem para a posição contratual dela própria: "se A dá fiança a B pela dívida de X, e explica que o faz por causa da grande amizade com o devedor, este permanece um motivo irrelevante ainda que comunicado à contraparte; a sucessiva ruptura da amizade com X certamente frustra o interesse contratual de A, mas frustra um motivo e não a causa do contrato".[303]

Este processo de concretização da causa parece ser bem-vindo no ordenamento brasileiro, de forma a justificar entre nós a referência à causa do contrato como instituto idôneo a viabilizar, entre outros efeitos, sua qualificação. De fato, a contraposição entre, de um lado, o debate italiano e a evolução da causa a partir das críticas à teoria da função sócio-

---

[300] Antonino CATAUDELLA. *I contratti*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 188.
[301] Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 364.
[302] Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 377.
[303] Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 378.

econômica e, de outro lado, o incipiente debate brasileiro sobre o teor do art. 421 do Código Civil revela-se promissor especialmente para o nosso ordenamento.

O cenário desenhado revela uma similitude funcional entre a longa e bastante complexa história da causa do contrato e a breve, mas igualmente complexa, história da função social do contrato. De fato, em que pesem algumas peculiaridades decorrentes da inserção no contexto, entre os inúmeros efeitos cominados ao contrato através da invocação da causa ou da função social, o espaço de identidade é muito superior ao espaço das diferenças. Mais do que isso, todos estes efeitos são cominados, na utilização de ambos os institutos, a partir de uma premissa comum, qual seja, a identificação da função que o contrato visa a perseguir. Da interpretação de cláusulas obscuras a partir da finalidade essencial para o acordo à intervenção reequilibradora do juiz levando em conta o fim específico daquele negócio, do enquadramento em um modelo típico mais compatível com o que se buscava naquele acordo à proibição do negócio que conflite com valores coletivos juridicamente protegidos, em todos se observa que a aplicação de ambos os institutos induz a um procedimento também semelhante.

Mais do que isso, são semelhantes os debates e as controvérsias por trás dos dois institutos, tanto em sede jurisprudencial como doutrinária. Chocam-se tendências mais e menos controladoras da liberdade contratual, todas na busca do equilíbrio delicado entre dois perigosos extremos: de um lado, a ausência de controle jurídico embasada na premissa de uma falsa liberdade absoluta de contratar, de cunho individualista, patrimonialista e voluntarista, características do liberalismo do século XIX; de outro o controle total, a demandar a satisfação de exigências indefinidas, alegadamente sociais, mas na realidade estatais, modelo característico dos regimes totalitários do século XX.

Afirma-se que a tarefa do comparatista inclui compreender as causas das relações, que podem ser de natureza histórica, de caráter econômico, político e social, decorrentes apenas da vontade do legislador ou, ao contrário, da insuficiência da disciplina legal, quando cabe à jurisprudência individuar a solução mais adequada, [304] e que, para conseguir tal objetivo, deve-se recorrer a aspectos extrajurídicos – econômicos, sociais, políticos – com o propósito de compreender o porquê das diferenças,[305] perceber o papel dos fatores metajurídicos, entender as condições reais nas quais os institutos se formam e funcionam.[306] Arriscando-se

---

[304] Léontin-Jean CONSTANTINESCO. *Il metodo comparativo*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 237 e ss.
[305] Léontin-Jean CONSTANTINESCO. *Il metodo comparativo*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 175.
[306] Léontin-Jean CONSTANTINESCO. *Il metodo comparativo*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 190.

nesta linha, não se pode esquecer que tanto o ordenamento italiano no qual a causa se desenvolveu quanto o brasileiro que deu berço à clausula geral de função social do contrato, ao longo do século passado diante dos dramáticos efeitos econômicos dos excessos ou deturpações do liberalismo, tornaram-se vítimas de regimes autoritários que constrangeram as liberdades fundamentais. Talvez daí a origem e a força desta constante preocupação em satisfazer ambas as necessidades: a proteção da liberdade de contratar e o seu controle em busca de efeitos compatíveis com a convivência social.

Nesta orientação pode encontrar-se a explicação para o fato de, enquanto alguns autores estrangeiros alegam estar-se a vivenciar um movimento de repúdio à causa, especialmente manifesto nos esforços de unificação do direito contratual europeu,[307] aqui no Brasil os trabalhos mais promissores no sentido de atribuir conteúdo autônomo e efeitos próprios e claros à função social do contrato se direcionem rumo a uma aproximação à causa do contrato.[308]

De fato, os dois institutos têm servido a finalidades similares, mas deve-se ter em mente, novamente, como os debates e controvérsias vivenciados nas suas aplicações se direcionaram rumo a: evitar o subjetivismo que decorreria da incorporação de motivos pessoais e contingentes à esfera jurídica; prevenir a arbitrariedade que poderia decorrer da contaminação por elementos extrajurídicos no processo de avaliação do merecimento de tutela; concretizar este processo de avaliação sobre o contrato específico e individualizado, de modo a evitar a confusão entre causa e tipo e assegurar um controle funcional mais justo.[309]

Para evitar estes riscos, entende-se que a cláusula geral da função social do contrato, apesar de sua relevante importância na funcionalização dos contratos, não serve a substituir a

---

[307] Afirmam a importância desta ausência Flaminia BESOZZI. La causa in concreto: un vero *revirement*? *I contratti*, n. 11, 2007, p. 1011; Hein KOTZ e Salvatore PATTI. *Diritto europeo dei contratti*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 112; e Emanuela NAVARRETTA. *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 5-6; em sentido inverso, em defesa da causa, Gianlucca SICCHIERO. Tramonto della causa del contratto? *In*: Gianlucca SICCHIERO. (org.) *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*. Padova: Cedam, 2005, pp. 1-34; Jacques GHESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris : L.G.D.J., 2006, p. 5 e ss.; e Rita ROLLI. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008, p. 139.

[308] Nesta linha Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 289-316; e Pablo RENTERÍA. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 304.

[309] Esta preocupação em "juridicizar" a "socialidade" imposta à função do contrato se percebe mesmo entre os autores que entre nós vieram a defender a concepção bettiana em associação à função social do contrato: "Quando a causa é típica, é porque foi previamente determinada e aprovada pela lei; quando é atípica, deve obedecer às normas gerais do Código (CC, art. 425), bem como à tipicidade social (*tipicità sociale*, segundo Betti), *contida na tábua axiológica constitucional*" (Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 316 – grifou-se).

ausência de causa em nosso ordenamento: embora em sua atuação os respectivos papéis sejam bastante complementares, como forma de reduzir as problemáticas expostas, convém diferenciar os conceitos, em termos de estrutura e de função.

Assim, a cláusula geral prevista no art. 421, ao determinar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da sua função social estabelece a exigência de um controle funcional de qualquer contrato no tocante à sua compatibilidade com interesses socialmente reputados merecedores de tutela – a "funcionalização" da liberdade contratual. A "função social do contrato" nela referida é exatamente o parâmetro contra o qual se confrontará o contrato concreto, é o critério ao qual o exercício da atividade negocial dos particulares deve adequar-se. A "função social do contrato" é, portanto, o elemento valorador, avaliador, "agente", por assim dizer, do processo de controle em termos de merecimento de tutela. Trata-se, sem dúvida, de conceito flexível, na medida em que não há uma única função social, específica e identificada, à qual todos os contratos devem adequar-se, mas isto não significa que sua determinação seja arbitrária: seu conteúdo deve, necessariamente, ser preenchido exclusivamente através da legalidade constitucional, das normas jurídicas positivadas, com base em uma leitura adequada à sistematicidade e hierarquia do ordenamento. O termo "social", contido no significante, indica a amplitude da repercussão do parâmetro de valoração necessária, porém não suficiente: função reputada socialmente relevante e, por isso, juridicamente protegida.

Se a função social do contrato é aquilo que avalia – ou perante a qual se avalia – a causa do contrato é aquilo que é avaliado. Trata-se da função que aquele contrato específico visa a realizar – seu "perfil funcional" – e que, para tanto, deverá ser compatível com o ordenamento, isto é, com a finalidade, socialmente relevante, em virtude da qual se concede este poder aos particulares, enfim, a dita função social do contrato. A causa do contrato, em conseqüência, é causa daquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e vicissitudes, e por isso referida por alguns como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação.[310] Expressa-se igualmente na síntese dos efeitos jurídicos essenciais: não os efeitos tipicamente atribuídos àquela estrutura negocial, mas os efeitos essenciais àquele negócio concretamente firmado. Como já indicado, entra nessa esfera não aquilo que seja motivação pessoal das partes, mesmo que partilhada entre elas – o

[310] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.

conhecimento pela outra parte, em que pese ser relevante, não é necessário nem suficiente –, mas sim aquilo que se tenha objetivado como parte daquela situação contratual específica.[311] A síntese destes efeitos essenciais *in concreto* é que deverá ser objeto de avaliação pelo ordenamento, para aferir se compatíveis com os referidos preceitos gerais do ordenamento.

A distinção entre função social do contrato e causa do contrato, apesar de sua complementariedade, percebe-se pela própria estrutura do mecanismo de avaliação de merecimento de tutela. Se, conforme o disposto na lei, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites de sua função social, não existe contrato juridicamente protegido que apresente algum tipo de incompatibilidade com essa função social. Conseqüentemente, deve-se evitar falar de ausência de função social ou, contraditoriamente, de função social ilícita. A função social é o parâmetro avaliador estabelecido pela norma. De outro lado, a causa do contrato, como núcleo funcional do negócio, será objeto de avaliação, podendo-se reputá-la, em concreto, ilícita ou inexistente, e inapto o ato de autonomia para produzir efeitos.

Embora na maior parte dos casos os institutos atuem em conjunto, corrobora a necessidade de distinção a possibilidade de conceber repercussões de cada um em separado. Assim, por exemplo, quando um contrato é firmado em vista de uma determinada razão de ser (como um outro contrato, no caso de coligação), não sendo mais possível atender a esta razão de ser deve o contrato ser extinto. O fundamento neste caso é a superveniente ausência de causa, em virtude da própria constatação da inaptidão real daqueles efeitos essenciais. Não há comparação da causa com outro parâmetro e, portanto, ainda que se tenha, na falta de melhor solução, invocado a função social do contrato, neste caso a causa do contrato seria o instituto mais adequado a ser referido.

Esta concepção de causa do contrato, distinta porém normalmente complementar à aplicação da cláusula geral de função social do contrato, desvincula-se das duas críticas opostas à concepção bettiana. Primeiro, remove a associação com uma perigosa "socialidade" extrajurídica, remetendo-a ao interno do ordenamento – ou, ao menos, através de elementos que lhe são internos, e assim equilibra liberdade e segurança, flexibilidade e rigor científico. Segundo, ao ater-se à análise da causa apenas em concreto também serve para desvinculá-la da indevida associação com o tipo, que descura da flexibilidade necessária à funcionalização do processo de interpretação e aplicação das normas de direito contratual.

---

[311] Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 378.

Estes aspectos saltam aos olhos quando se tem em mente não apenas a avaliação sobre se o contrato é ou não merecedor de tutela, mas especialmente a avaliação de qual tutela lhe será determinada, quais efeitos jurídicos ele será apto a produzir, isto é, quando se adentra o plano da qualificação do contrato. Como destaca a melhor doutrina, um dos planos de maior relevância da causa é a qualificação dos contratos:[312] neste plano, contudo, defende-se que ainda melhor do que conduzir a causa à função social do contrato é diferenciá-las, reconhecendo sua complementaridade, mas ater-se, quanto à causa, à sua análise apenas em concreto, como meio de evitar as críticas à concepção bettiana. Este refinamento que seria a utilização da causa apenas em concreto para a qualificação dos contratos será o objeto do próximo capítulo.

[312] É o que destaca Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 306: "Na prática, só muito excepcionalmente a causa falta, porque na normalidade dos casos os negócios são feitos para produzir efeitos; a função que o negócio realiza é que poderá ser considerada diversa daquela nominada pelas partes. Nestes casos, será necessário 'requalificar' o negócio, independentemente do *nomen juris* atribuído pelas partes".

Capítulo II – O processo de qualificação com base na função do contrato concreto

1. A interpretação segundo a metodologia civil-constitucional: liberdade argumentativa, exigência de fundamentação e responsabilidade do intérprete

A relevância da causa concreta no processo de qualificação dos contratos, assim como os problemas relativos à utilização de outros institutos para a qualificação – até mesmo outras concepções de causa – se identifica somente no contexto de um determinado método de interpretação e aplicação do direito. De fato, o viés aqui adotado não é mais correto ou verdadeiro em absoluto, mas pretende-se que seja o mais adequado à metodologia da constitucionalização do direito civil que se defende.

Por este motivo, é imperioso contextualizar a qualificação dos contratos e o papel da causa no universo mais amplo do Direito. De fato, ao menos no âmbito das ciências sociais, mesmo as reflexões sobre questões metodológicas são contingentes ao contexto histórico-social de que se originam. O procedimento de interpretação e qualificação do direito não é exceção. Não obstante esforços no sentido de buscar uma técnica pura, uma forma neutra, um método correto e verdadeiro de realizar a interpretação, há que se reconhecer que as diferentes teorias interpretativas são produtos de anseios relativos a determinados locais e a certas épocas.

Isto diz respeito ao impacto não somente das transformações fáticas da realidade à qual o direito se vincula – como, por exemplo, o aumento de complexidade da estrutura do ordenamento em decorrência das transformações operadas no tocante às fontes do direito[313] –, mas principalmente da modificação dos valores sociais sobre os quais o direito se constrói. A historicidade e a relatividade da teoria da interpretação decorrem especialmente do fato desta vincular-se a uma multiplicidade de fatores sobre os quais freqüentemente não se reflete.[314]

---

[313] Sobre o tema, v. Pietro PERLINGIERI. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. I. Milano: Giuffrè, 2005, p. 635-669. V. também P. SCHLESINGER. Interpretazione della legge civile e prnassi delle corti. *Rivista di diritto civile*, ano XLVII, parte prima. Padova: Cedam, 2002, p. 531, e, na doutrina nacional, sob perspectiva diversa, Alexandre Santos de ARAGÃO. Teorias pluralistas das fontes do direito: lex mercatoria, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas. *Revista trimestral de direito civil*, n. 36. Rio de Janeiro, out./dez. de 2008, p. 3-36.

[314] Pietro PERLINGIERI. Tavola rotonda e sintesi conclusiva. *In* Antonio PALAZZO (coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001, p. 478.

A nítida e estreita ligação entre a teoria da interpretação e a própria ciência do direito faz com que as mudanças na concepção do que seja o direito impliquem igualmente modificações na forma de interpretá-lo.[315] Mais precisamente, são reflexos do que se pretende que seja o direito e como deve ser a forma de aplicá-lo, a culminar no reconhecimento de que a opção metodológica é também, em algum nível, uma opção ideológica.[316] Neste sentido, o que é imperioso é explicitar o método adotado, também através da contraposição com os demais métodos, pois, como explica Pietro Perlingieri, "o que essencialmente se exige do jurista é a coerência com o método adotado. O confronto depois, sobre qual seja o método mais adequado para a abordar o assunto, é um discurso aberto sobre o qual ninguém possui, em um certo sentido, a verdade".[317] E sintetiza o autor: "a reflexão sobre o método não é tanto reflexão sobre a escolha, quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização comporta. É nesse sentido que a ciência e a metodologia se envolvem reciprocamente".[318]

Assim, para efetuar esta apresentação da concepção de interpretação e qualificação que será aqui adotada – reputada mais adequada ao momento histórico e ao contexto social no qual se insere –, também a partir da contraposição com os demais métodos, podemos sistematizar as escolas, apenas para fim didático, sob a afirmativa de que cada metodologia produz distintas respostas para duas grandes questões – bastante interligadas – acerca da interpretação do direito.

A primeira referente ao foco da interpretação: de um lado posições que vinculam o intérprete à construção teórica, à coerência científica, à pureza da doutrina; de outro lado, o intérprete voltado para o impacto social da decisão, sua atuação na realidade concreta, as repercussões sobre o contexto fático. Uma perspectiva mais deontológica da atividade interpretativa em oposição a uma perspectiva mais teleológica.

A segunda referente à fidelidade da interpretação ao texto: de um lado, posições que restringem mais a atuação do intérprete, mantendo-o mais amarrado à letra da lei; de outro

---

[315] Vito RIZZO. *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*. Napoli: ESI, 1985, p. 11.

[316] A importância da explicitação destas escolhas é destacada por Lênio Luiz STRECK: "Por isso, o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/ pensado/ apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação e seu consumo, não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo" (Lênio Luiz STRECK. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 19). Pietro PERLINGIERI destaca, contudo, que isto evidentemente não significa legitimar a substituição do jurista pelo filósofo ou o sociólogo na tarefa da interpretação (Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 93).

[317] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88.

[318] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 124.

lado, posições que lhe garantem maior liberdade e autonomia na adaptação do enunciado normativo para sua aplicação ao lado concreto. A interpretação como ato de conhecimento, de descoberta ou de revelação, em contraposição à interpretação como ato de vontade, de invenção ou de construção.

Também com finalidade didática, para facilitar a ilustração dos métodos, será utilizado um exemplo hipotético: uma nova lei que previsse que a ação de despejo em contratos de locação somente poderia ser intentada após nove meses de inadimplemento do aluguel caso o locatário seja portador de neoplasia maligna. Uma lei como essa provavelmente levantaria, além de argüições sobre a sua inconstitucionalidade por violação ao direito à propriedade e ao princípio da proporcionalidade, controvérsias sobre a eventual extensão desse benefício a locatários portadores de outros tipos de patologia.

Assim, no tocante à resposta da primeira pergunta, é possível partir do modelo mais clássico – e possivelmente mais extremo – que foi a chamada "Jurisprudência dos conceitos", ou "Pandectística". Marco histórico influente sobre as teorias contemporâneas do direito civil a Pandectística tem origem no contexto da Alemanha do século XIX, em que a falta de unidade política inviabilizava a construção de uma legislação codificada, nos moldes do *Code* dos franceses, o que conduziu a doutrina a centrar seus esforços sobre o tratamento formal dos conceitos clássicos e a descrição neutra dos princípios.[319] Neste modelo, em que o processo de reflexão e construção do direito se realiza a partir de operações lógicas e imutáveis, de silogismos automáticos e estéreis, buscava-se a construção de uma doutrina neutra, cientificamente adequada independente do contexto social a que se lhe aplicasse, no que já foi descrito como "a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e

[319] António Manuel HESPANHA. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 186. Como descreve Karl LARENZ, "o 'sistema' significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de um certa matéria; significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da 'racionalidade' intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade" (Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 21).

moral do direito".[320] Considera-se que o auge desta tendência se encontra no normativismo kelseniano.[321]

Em um modelo como este, a discussão sobre a possibilidade de interpretação extensiva do benefício legal exemplificado hipoteticamente desprezaria qualquer consideração sobre o impacto social que ele produz. Provavelmente a argumentação estaria restrita à coerência teórica do benefício – e de sua ampliação – com os elementos componentes do contrato de locação, os direitos que podem ser atribuídos por sua conta ao locatário e, até mesmo, as condições e requisitos processuais para a ação de despejo.

Este modelo quase matemático de como o jurista atua, em sua versão mais extrema e exemplificativa, sofreu severas críticas. Sem descurar a importância da coerência teórica para garantir a cientificidade do direito, a atividade interpretativa não pode abrir mão da perspectiva de que se destina a atuar na realidade social, sob pena de o rigor científico, que deve guiar a análise conceitual, degenerar no puro gosto pela classificação, sem função e alienada da realidade. [322] Nas palavras de Pietro Perlingieri, a jurisprudência dos conceitos "relega a praxe da reflexão, considerando-a um acidente e privilegiando a norma como objeto da interpretação" e "ficam assim garantidas a unidade e a coerência do sistema, mas com a perda do 'contato com o dinamismo social externo, com a dimensão diacrônica do direito'".[323]

De fato, como já foi destacado, este esforço obsessivo pela depuração dos conceitos e institutos nunca será capaz de afastar o direito da realidade concreta de que é produto e assim jamais atinge a pureza teórica pretendida. Ao contrário, desmascarada esta insustentável mistificação de uma pureza teórica, o movimento rumo a uma suposta neutralidade revela-se apenas como uma forma de ocultar as escolhas ideológicas por trás da atividade do intérprete. Os conceitos abstratos persistem a carregar em sua estrutura, de forma implícita, os valores

---

[320] A frase é atribuída a Franz WIEACKER por Karl LARENZ (*Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 29). No entanto, vale destacar que embora WIEACKER afirme que, por conta da Pandectística, "a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno", destaca também que "os seus conceitos fundamentais se fundaram numa ética autónoma do dever e da liberdade tal como correspondia à consciência ética da maior parte dos seus contemporâneos" (Franz WIEACKER. *História do direito privado moderno*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 13 e 504, respectivamente).
Nota sobre o fato curioso de ser uma evolução da escolha histórica

[321] Ironicamente, afirma Karl LARENZ, "assim como a Jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a 'teoria pura do Direito' atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático seus resultados são escassos" (Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 92).

[322] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 92-93.

[323] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.

que estão por trás de sua construção, e que se revelam quando se analisa o impacto da decisão na realidade social.[324]

A constatação da inviabilidade de plena neutralidade no tocante ao intérprete conduziu à construção de escolas radicalmente opostas, que viriam a responder à questão colocada no sentido inverso: se o juiz é inevitavelmente condicionado pelos seus próprios valores, abre-se mão de seu compromisso com a teoria e a interpretação do direito volta-se exclusivamente para a transformação da realidade concreta a que se aplica. Nesta linha do que se poderia indicar genericamente como "realismo sociológico", a atividade de análise destaca-se das formalidades em favor da atenção aos fatores reais que conduzem às decisões judiciais, em nome de desligar-se de construções abstratas oriundas das classes dominantes para dirigir-se a um direito espontaneamente construído pela sociedade na sua verdadeira vivência cotidiana como grupo.[325]

Nesta linha radical, o exemplo-guia seria debatido exclusivamente pelo seu impacto social, pelo esforço de tutela de pessoas acometidas por uma doença de tratamento dramático e por vezes sem cura. Quando não fosse substituída pela admissão de práticas sociais constatadas nestes casos, a interpretação seria guiada pela fragilidade da condição destes sujeitos e por um esforço de compensação social, diante da insuficiência do sistema público de saúde, através da imposição forçada da manutenção do vínculo aos locadores particulares em todas as hipóteses em que houvesse este tipo de desequilíbrio sócio-econômico.

Mas este extremo oposto também é bastante criticável, na medida em que se dispõe a trocar a validade da norma jurídica pela efetividade da dita norma social. A dissolução das garantias oferecidas pelo ordenamento numa suposta realidade social arrisca entregar-se à lei do mais forte, que pode normalmente traduzir esta suposta autorregulação espontânea do corpo social, ou ainda, lembrando a premissa de que toda atividade interpretativa e marcada por valores, deve-se reconhecer que o próprio processo de "escolha" do que sejam estas normas espontaneamente sociais não é ideologicamente menos tendencioso do que aquele que

---

[324] Como explica Eros Roberto GRAU, "a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do *texto* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)" (Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84).

[325] No ordenamento nacional, v. Roberto LYRA FILHO. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1995; Amilton Bueno de CARVALHO. *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998; José Geraldo SOUSA. *Introdução crítica ao direito*. Brasília: UnB, 1993; Antônio Carlos WOLKMER. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994. V. ainda Boaventura de Sousa SANTOS. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência, 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

se pauta nas normas institucionalizadas formalmente. Esquece-se que as garantias formais são conquistas históricas que encontram fundamento da legalidade e na democracia:

> Uma coisa é verificar que o jurista, na tentativa de interpretação objetiva da norma, não pode se subtrair do condicionamento histórico-ideológico, outra coisa é querer exasperar esse condicionamento no processo hermenêutico, de maneira a recusar a interpretação do dado normativo e propor que seja justamente essa bagagem cultural, histórico-ideológica, a constituir garantia de justiça.[326]

Ainda na linha das escolas mais conseqüencialistas, que oferecem resposta à questão proposta no sentido de que o intérprete deve guiar-se pelo impacto de sua decisão na realidade concreta, encontramos a vertente que mais se popularizou – de forma negativa – da chamada "análise econômica do direito". Desenvolvida a partir dos anos 60 nos Estados Unidos, esta escola se tornou conhecida de modo geral pela utilização de princípios universais de eficiência para explicar os fenômenos jurídicos.[327] Concebe-se o direito não como um sistema de normas com sanções, mas como um sistema de incentivos aos comportamentos dos indivíduos: como em qualquer situação de mercado, o comportamento será adotado ou não conforme o seu preço. Assim, o critério científico para a organização social não seria a justiça, mas sim a eficiência, e seu objetivo seria a maximização da riqueza social. Um de seus desenvolvimentos mais referidos encontra-se na teoria dos custos dos direitos, voltada a vincular a aplicação dos direitos fundamentais à chamada "reserva do possível", uma vez que a escassez de recursos estatais é obstáculo à realização de direitos, que dependem da atuação executiva para sua implementação.[328]

Sob esta perspectiva, a avaliação da legislação imaginada perpassaria a consideração de que a generalização de benefícios aos locatários portadores de doença em última instância acabaria por reduzir a freqüência da celebração de contratos de locação, especialmente entre locatários pertencentes a grupos de risco, assim encarecendo os aluguéis e diminuindo o acesso à moradia. Seria também ponderado o fato de que o referido benefício acabaria por

---

[326] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 100.

[327] São referências tradicionais Richard POSSNER. *Economic analysis of Law*, 7. ed. New York: Aspen, 2007, e Guido CALABRESI. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. A diversidade de vertentes, nem todas partilhando estas características, é considerável, sendo exemplificadas pela melhor doutrina as escolas de Chicago, Austríaca, Institucionalista e Neo-Institucionalista, da "Public Choice" e ainda a de New Haven (Cf. Carlos Emmanuel Joppert RAGAZZO. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Tese de doutorado. UERJ, 2008, p. 95 e ss.; e Bruno Meyerhof SALAMA. O que é pesquisa em Direito e Economia?. *Cadernos Direito GV*, v. 5. São Paulo: FGV, 2008, p. 4-58).

[328] Stephen HOLMES e Cass SUNSTEIN. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, W.W. Norton, 2000. No ordenamento nacional, sobre o tema v. Flávio GALDINO. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

aliviar a superlotação dos hospitais públicos, já que os doentes de casos mais leves teriam onde ficar e a manutenção do domicílio auxiliaria na recuperação das enfermidades. Isto poderia levar à conclusão de que a lei só seria constitucional ou seu benefício só poderia ser estendido se financiada pelo poder público. Em um grau ainda mais radical, a constatação de que na grande maioria dos acometidos pela neoplasia a doença é fatal poderia levar à conclusão de que o benefício deveria ser restrito aos portadores de doenças com maior índice de recuperação.

A unilateralidade da vertente mais conhecida da análise econômica do direito é objeto de crítica, pois ao partir do pressuposto de que a ação humana é guiada unicamente por motivações utilitaristas, acaba por impor uma perspectiva materialista e conservadora ao direito, incompatível com a proteção integral da pessoa humana:

> Tal perspectiva, prescindindo da credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade.[329]

Esta crítica não deve abrir mão, todavia, da importância da consideração a respeito do impacto econômico das escolhas políticas, especialmente no nível mais amplo do sistema social, mas restringe esta consideração ao processo legislativo e a admite apenas como mais um argumento – não o único, nem o mais importante – no processo de interpretação e aplicação do direito. De fato, a constatação acerca da pluralidade de princípios que imantam o sistema do direito permite – e impõe – que haja uma multiplicidade de argumentos a conduzir o intérprete na sua atividade.[330]

Neste sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é, sim, um sistema e, portanto, demanda para seu funcionamento coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, pautado pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, como se pretendera sob uma perspectiva hermética e auto-referenciada, de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem

---

[329] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.
[330] Neste sentido, destaca Carlos Emmanuel Joppert RAGAZZO: "Há uma potencial consonância entre a teoria dos princípios, a teoria da argumentação e a análise econômica do Direito" (*Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Tese de doutorado. UERJ, 2008, p. 87).

jurídica.[331] Por conta disso, o sistema permite – *rectius*, exige – a sua constante renovação através da introdução de elementos extraídos da realidade social:

> Com efeito, sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de 'auto-referência absoluta'.[332]

No entanto, este processo de incorporação de elementos extrajurídicos não pode dar-se de forma arbitrária, o que levaria à implosão do próprio pressuposto de sistematicidade. Necessariamente o processo de abertura deve ser viabilizado pelos próprios elementos do sistema: além do direito positivo, mas através do direito positivo. Se, de modo geral, o reconhecimento da textura aberta da linguagem já favorece esta abertura mediada no processo de interpretação, isto se revela ainda claro quando se trata da utilização da estrutura normativa de princípios, postulados argumentativos que propiciam a abertura do sistema através da interseção com fundamentos éticos, sociais e culturais.

No contexto atual, o reconhecimento da normatividade dos princípios, especialmente aqueles hierarquicamente superiores em razão de sua alçada constitucional, garantiu-lhes proeminência na atividade do intérprete, deixando para trás as concepções que lhes relegavam papel subsidiário ou programático.[333] Através deles, valores sociais e culturais invadem claramente o mundo do direito, mas mediados pelos significantes que os expressam e por um cuidadoso mecanismo científico – posto argumentativo – de aplicação.[334]

Assim, na análise da constitucionalidade do exemplo-guia é imperioso considerar seu impacto social, mas esta consideração deveria realizar-se através da análise e ponderação dos

---

[331] Claus-Wilhelm CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 104 e ss.

[332] Teresa NEGREIROS. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 162-163.

[333] Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232-238.

[334] A aproximação entre direito e ética e a utilização da teoria da argumentação como mecanismo de controle da discricionariedade do intérprete é vinculada pela melhor doutrina a este modelo que atribui normatividade aos princípios, também referido por vezes de "pós-positivismo". Nesta linha, Luis Roberto BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004; Ana Paula de BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Antônio Cavalcanti MAIA. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In* Manoel M. PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly NASCIMENTO FILHO (org.). *Os princípios da constituição de 1988*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57-99. Para a conceituação dos princípios e sua distinção com relação às regras, além dos já citados, v. Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; Marcelo Campos GALUPPO. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143. Brasília, jul.-set. 1999, p. 191-210, e na doutrina estrangeira, Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008; Ronald DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

princípios constitucionais em jogo, tais como a proteção da propriedade, o direito à saúde, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, assim como a sua interpretação extensiva seria viável conquanto se desse tecnicamente através da análise da *ratio* do dispositivo e da presença da mesma justificativa no caso análogo.

Esta liberdade argumentativa propiciada ao processo interpretativo pela textura aberta da linguagem, principalmente no tocante à utilização dos princípios, também será determinante na relação do intérprete com o texto, que nos remete à outra questão a ser respondida por um método de interpretação, referente à fidelidade do intérprete ao texto.[335] Nitidamente, as duas questões estão relacionadas. Escolas que defendem que a atenção do intérprete deve recair unicamente sobre o impacto efetivo da sua decisão sobre a realidade concreta atribuirão a ele maior – ou absoluta – liberdade na sua atividade; ao contrário, escolas mais atentas à coerência teórica do processo interpretativo tendem a restringir mais o papel do aplicador. No entanto, as duas questões – e suas possíveis respostas – não coincidem completamente, o que justifica – novamente, apenas a título didático – abordá-las inicialmente em separado.

Desta forma, no tocante à resposta da questão sobre a fidelidade do intérprete ao texto, também podemos partir do modelo mais clássico, e possivelmente mais extremo, que seria o outro marco histórico de matriz positivista influente sobre as teorias contemporâneas do direito civil – a chamada "Escola de exegese" francesa. A sua construção encontra origem no período pré-revolucionário, no qual a burguesia ascendente se defendia através de uma ideologia jurídica de cunho jusnaturalista, repleta de concepções pré-políticas e pré-sociais e esquemas de categorias universais e eternas, em especial uma versão abstrata e individualista do sujeito de direito.[336] Todavia, a revolução francesa conduz a classe burguesa ao poder estatal e o processo de codificação se revela especialmente idôneo a consolidar juridicamente aquele conjunto de valores. Os códigos, reputados verdadeiros monumentos legislativos, com a pretensão de compreender todo o direito, tornam-se os receptáculos do até então direito natural, racional e burguês.[337]

Assim se constrói a doutrina de interpretação conhecida como escola de exegese, através de esforços de restrição – ou mesmo proibição – da atividade do intérprete, com o

---

[335] Augustin Luna SERRANO. Tavola rotonda e sintesi conclusiva. *In* Antonio PALAZZO (coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001, p. 463.
[336] Paolo GROSSI. *La cultura del civilista italiano*: un profilo storico. Milano: Giuffrè, 2002, p. 3-5.
[337] António Manuel HESPANHA. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 177.

objetivo de consolidar a nova ordem burguesa e evitar o retorno aos valores aristocráticos.[338] Se o direito se resume ao código, o juiz não tem qualquer liberdade para a sua interpretação. Sua atuação limitar-se-ia à utilização de duas técnicas: a interpretação literal dos textos e, em caso de dúvida, a descoberta da *voluntas legislatoris*.[339]

Assim, se o legislador escolheu beneficiar apenas os portadores de neoplasia maligna, não caberia ao juiz estender este ônus aos locadores em quaisquer outras circunstâncias, pois, tratando-se de uma escolha política, a separação de poderes impediria qualquer reformulação judicial sobre a sua abrangência. No máximo, o papel do intérprete ao se deter sobre a eventual "subinclusão" (ou "sobreinclusão") do enunciado normativo poderia conduzi-lo ao exame semântico das acepções possíveis do *nomen* utilizado, sempre guiado pela intenção do legislador.

Os movimentos de contraposição a este positivismo legalista foram diversos, atingindo não só a idéia "originalista" de que seria viável e apropriado tentar descobrir a intenção do legislador,[340] mas principalmente quanto à busca do significado literal das palavras.[341] Acusou-se esta metodologia de, ao conduzir o intérprete à pura linguagem do legislador, tentar separar reflexão e prática, sem incorporar os elementos necessários ao adequado aprofundamento do momento fático e aplicativo.[342] Para prender-se à alegada literalidade, a operação do intérprete seria guiada pelo dogma da subsunção, entendida como a "sotoposição de um caso individual à hipótese ou tipo legal",[343] de modo que sua atividade se reduziria "a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as

---

[338] Na síntese de R. C. Van CAENEGEN, "os seguidores da Escola Exegética acreditavam que o direito era idêntico aos códigos e que, como o estatuto era agora a única fonte do direito, a ciência devia confinar-se à interpretação exata (ou 'exegese', termo usado para interpretação bíblica pelos teólogos) dos estatutos em geral, acima de tudo dos códigos" (R. C. Van CAENEGEN. *Uma introdução histórica ao direito privado*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 198).

[339] Como explica Pier Giuseppe MONATERI (Interpretazione del diritto. *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. X. Torino: UTET, 1993, p. 37): "*All'interprete si chiede di non sostituirsi al potere legislativo: l'ovvio corollario è quello per cui la sua attività deve essere rispettosa della lettera, e semmai della volontà legislativa, per caso male espressa nel testo*".

[340] Nas palavras de Emilio BETTI, "*una inconsapevole concezione antropomorfica radicata nell'inerzia mentale*" (Emilio BETTI. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 162). O debate parece persistir entre os constitucionalistas americanos, onde ainda se encontra doutrina sustentando a necessidade de interpretar as normas constitucionais com base na intenção dos "*funding fathers*". Para uma visão contemporânea do tema, v. Bruce ACKERMAN. *We the people: foundations*. Cambridge: Belknap Press, 1993, e Ronald DWORKIN. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

[341] Riccardo GUASTINI. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 144-146.

[342] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 92

[343] Karl ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 94-95.

condições de uma conseqüência jurídica (um dever-ser)".[344] Este modelo transforma o aplicador em um autômato fiel ao texto da lei e parte da falsa concepção de que os vocábulos e enunciados do discurso legislativo têm um significado próprio, determinado pelo legislador e que independe do trabalho do intérprete, o qual assume um papel puramente passivo, de revelação.[345] Em contraposição a esta limitação da atividade interpretativa à descoberta do significado correto das palavras para determinar a decisão verdadeira, reconheceu-se que ela sempre será criadora do significado das disposições jurídicas.[346] Sinteticamente, explica Noel Struchiner:

> Os formalistas pretendem oferecer uma teoria do direito que privilegia a segurança jurídica e afasta a necessidade de exercício do poder discricionário pelos aplicadores do direito. Por isso enfatizam a plenitude hermética do direito, a rigidez dos termos gerais encontrados no direito e o papel do juiz de dizer o direito e não de criá-lo. O preço que os formalistas pagam por adotarem tal teoria sobre o direito é sustentar uma visão incompleta da realidade jurídica e que, além disso, sequer contribuiria para o funcionamento do direito, caso fosse verdadeira. A teoria formalista desconsidera a textura aberta da linguagem.[347]

Esta escola descura, portanto, da constatação da textura aberta da linguagem. Esta expressão tem origem em autores como Friedrich Waismann e Ludwig Wittgenstein e confronta a idéia do positivismo lógico que identifica o significado de uma afirmação com o seu método de verificação: de um lado, afirma-se que os conceitos "não estão delimitados, de forma *a priori*, em todas as direções possíveis" e, portanto, não podem ser reduzidos às suas verificações; de outro lado, a miríade de possibilidades em que um termo pode ser empregado não traz em si "uma única característica comum que percorre e pode ser identificada em todas as suas instâncias", mas apresentam tão-somente conexões que podem ser identificadas como "semelhanças de família".[348]

---

[344] Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67.

[345] Pierluigi CHIASSONI. L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi. *In Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 121-122.

[346] Pierluigi CHIASSONI. L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi. *In Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 126-127.

[347] Noel STRUCHINER. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 133. Destaca a resistência a esta constatação no cenário nacional Lênio Luiz STRECK: "vê-se, pois, que, de uma maneira ou de outra, expressivos setores da doutrina brasileira trabalham (ainda) na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance *'o sentido exato da norma', 'o exclusivo conteúdo/ sentido da lei', 'o verdadeiro significado do vocábulo', ' o real sentido da regra jurídica'*, etc." (Lênio Luiz STRECK. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 104) .

[348] Sobre o tema, Noel STRUCHINER. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12-27.

Esta constatação impele a que mesmo as correntes contemporâneas de matiz positivista não apenas reconheçam como busquem mecanismos para lidar com as dificuldades trazidas por estas características da linguagem, a reconhecer ao menos a existência de "casos difíceis" – sob esta perspectiva excepcionais – que não demandariam, de forma lógica, uma única resposta correta.[349] É o caso de Herbert L. A. Hart, que, muito simplificadamente, reconhece que a regra fundamental de um sistema jurídico desenvolvido ("regra de reconhecimento") comporta um conjunto de regras finito para casos infinitos e que, mesmo entre as regras existentes há uma zona de penumbra além de seu núcleo de certeza.[350] Contudo, o entendimento do autor é de que a maioria dos casos se encontra no núcleo de certeza, cabendo ao juiz, na excepcional hipótese dos "casos difíceis", usar de seu poder discricionário para tornar a regra menos vaga para os casos futuros.[351] Sob uma visão mais renovada, as escolas recentemente dedicadas ao formalismo ressaltam uma perspectiva mais positiva e menos inflexível frente às versões anteriores mais extremas que, se não pode ser aplicada a todas as hipóteses de interpretação jurídica, seria conveniente em situações específicas.[352]

De modo geral, o formalismo aqui apontado, voltado essencialmente para o texto do enunciado normativo, faz com que o intérprete restrinja-se ao dispositivo isolado, sem o esforço necessário para garantir a coerência e harmonia com o restante do sistema,

---

[349] Noel STRUCHINER. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36.

[350] Herbert L. A. HART. *O conceito de direito*, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, *passim*.

[351] Como destaca Noel STRUCHINER: "Infelizmente, apesar de exigir que os juízes apliquem, nos casos de penumbra, a abordagem paradigmática e criteriológica, que demonstrem certas virtudes judiciais como a imparcialidade e a neutralidade, que levem em consideração os interesses de todos que serão afetados pela decisão, que façam uso de princípios gerais aceitáveis, que empreguem os cânones de interpretação, Hart não esmiuça esses critérios, apresentando uma análise superficial da atividade discricionária" (Noel STRUCHINER. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 127).

[352] Neste sentido, defende Noel STRUCHINER: "O formalismo é a defesa de uma atitude ou disposição interpretativa segundo a qual o texto de uma formulação normativa, ou melhor, o texto da totalidade de formulações normativas deve ser levado a sério pelos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas. Tal defesa deriva da crença de que em certos cenários ou ambientes de tomada de decisão a não-observância das regras poderia ser mais prejudicial do que sua observância, mesmo atentando para o fato de que regras, em função de sua natureza como generalizações prescritivas probabilísticas, são sempre imperfeitas, ou infelizes, na medida em que invariavelmente não são capazes de realizar as suas próprias justificações"; e Deve-se notar que o formalista que vale a pena estudar e enfrentar não é aquele delineado por uma boa parte da literatura jusfilosófica, isto é, aquele que acredita que nenhum tipo de intoxicação lingüística é capaz de aplacar a linguagem das formulações normativas. Os formalistas sofisticados não são aqueles que acreditam em um paraíso conceitual, onde os conceitos são rígidos, estabelecendo categorias que são aplicadas de uma maneira tudo-ou-nada" (Noel STRUCHINER. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. *In* Daniel SARMENTO (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

especialmente com os princípios superiores que o regem e imantam, olvidando a idéia fundamental de que toda interpretação é sistemática, pois "não se interpreta o direito em tiras".[353] Afinal, "a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei".[354] Sob esta perspectiva mais ampla, que envolve a compreensão do sistema como um todo em confronto com o caso concreto, "pensar que os 'casos duvidosos' sejam em número menor que os 'casos decididos' é no mínimo uma visão otimista".[355] Além disso, a visão formalista tende a produzir o mesmo problema sofrido pela pandectística abordado quanto à primeira questão sobre a interpretação: o aprisionamento do intérprete ao texto tende a fazê-lo esquecer elementos mais complexos da realidade que o abrange e que, ao menos na interpretação judicial, deveriam ser levados em consideração:

> O mais das vezes, o formalismo interpretativo afunda as raízes na ideologia da separação do direito da mais ampla problemática das ciências sociais, na tentativa de configurá-lo como o mundo do dever-ser, incontaminado daquele do ser.[356]

Por conta destas críticas, também quanto à questão referente à fidelidade ao texto, desvelaram-se correntes no sentido oposto, defendendo que o intérprete é absolutamente livre frente ao texto, inexistindo qualquer limite ou condicionamento vinculado ao significado dos vocábulos e enunciados dos documentos normativos, seja porque qualquer individuação de significado seria uma criação *ex novo*, seja porque, em uma versão mais radical e insidiosa, não haveria consenso possível sobre o significado das disposições jurídicas.[357] Trata-se de modelo por vezes denominado "não interpretivismo", no qual se entende que as operações realizadas sobre textos jurídicos não tem nada a ver com o problema filosófico da interpretação.[358]

---

[353] A expressão é de Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.
[354] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 617.
[355] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 620.
[356] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.
[357] Pierluigi CHIASSONI. L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi. *In* AA.VV. *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 122 e 127. V. ainda Giuseppe ZACCARIA. Testo giuridico e linguaggi: una prospettiva ermeneutica. *In* AA.VV. *Diritto privato 2001-2002* – VII-VIII: L'interpretazione e il giurista. Padova: Cedam, 2003, p. 5.
[358] Pier Giuseppe MONATERI. "All this and so much more": critica all'argomentazione e non interpretivismo. *In* Antonio PALAZZO (coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001, p. 163.

Esta orientação – associada de forma generalizadora e, portanto, indevida, ao pragmatismo[359] – não se limita à inclusão da jurisprudência entre as fontes do direito, mas se orienta para reduzir todo o fenômeno jurídico ao arbítrio das decisões judiciais.[360] Os textos normativos, por impossibilidade ou absoluta inovação, não teriam outro significado senão aquele decidido pelo intérprete, em conformidade como sua ideologia particular.[361]

No exemplo adotado, não haveria investigação científica possível, *a priori*, acerca da constitucionalidade ou da interpretação extensiva do benefício legal do adiamento da ação de despejo. Sob esta perspectiva, seriam fatores pessoais que conduziriam em última instância a decisão do juiz, tal como o fato de ele possuir alguém próximo na família que esteja acometido por aquela doença, impulsionando um movimento de solidariedade e empatia, ou ao contrário ter sofrido no passado com dificuldades para recuperar um imóvel de sua propriedade que tenha sido dado em locação. A investigação da decisão se dedicaria aos fatores determinantes da subjetividade do juízo final sobre o tema, ignorando sua fundamentação jurídica que seria apenas aparente e dissimulatória da motivação real.

Troca-se aqui a normatividade pela efetividade e o ordenamento pelas orientações da jurisprudência,[362] uma orientação que para muitos é hoje ainda mais perigosa para a ciência do direito:

> Hoje, a insídia não é mais o combativo uso alternativo do direito ou o grosseiro igualitarismo que o animava, nem o uso impróprio e exclusivo da análise econômica do direito atravessada, além do mais, por uma ampla reconsideração crítica, quanto, ao contrário, o fato de contentar-se com um formalismo desencantado, fundado em uma legalidade 'sem adjetivos', cientemente consciente da importância do jurista, espectador mais do que ator, embebido de pensamentos frágeis, de aristocracia indiferente em relação aos conteúdos e, portanto, sem assumir qualquer responsabilidade. Perigo que se aninha no comportamento cínico da tomada de consciência, sem qualquer participação crítica, de que a economia, sozinha, governa a política, e a lei é amiga somente do mercado e das suas exigências inevitáveis; que a

---

[359] Novamente aqui é imperioso destacar a pluralidade de vertentes que costumam ser abrangidas à denominação genérica de pragmatismo, mas em especial ressaltar que mesmo em sua vertente mais original o pragmatismo não se caracterizava por uma oposição à construção teórica, como destaca Susan HAACK: "Essa associação do pragmatismo com o repúdio à teoria parece mais do que um pouco irônica, dado a insistência de Holmes de que 'temos pouquíssima teoria no direito ao invés de muita' – tão irônica quanto parece ser a observação 'jogada ao vento' de Richard Rorty de que o pragmatista pensa que 'a verdade não é o tipo de coisa acerca da qual alguém deve esperar ter uma teoria interessante', dado os esforços de Peirce, James e Dewey em articular o significado da verdade" (Susan HAACK. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 33. Rio de Janeiro, jul.-dez. 2008, p. 164). Para um aprofundamento no tema, v. John R. SHOOK e Joseph MARGOLIS. *A companion to pragmatism*. Oxford: Blackwell, 2006 e Susan HAACK e Robert LANE. *Pragmatism, old and new: selected writings*. New York: Prometheus, 2006.

[360] Piero SCHLESINGER. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. *Rivista di diritto civile*, ano XLVII, parte prima. Padova, 2002, p. 537.

[361] Riccardo GUASTINI. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 35.

[362] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 110.

> interpretação da lei pode somente descobrir o seu sentido e atribuir às *coisas* os próprios *nomes* sem questionar sobre a sua legitimidade e, ainda mais, sobre a sua legitimação e a sua justificação, deixando assim coincidir, cada vez mais, as razões da lei com as razões do mais forte e, portanto, da economia do mercado.[363]

De fato, o cenário aterrador que nos confronta a jurisprudência contemporânea é de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado banalização ou mesmo "carnavalização" do Direito.[364] Como então evitar que o poder conferido ao intérprete pelas perspectivas mais flexíveis da interpretação, favorecidas pela baixa concretude dos princípios e das cláusulas gerais que são recorrentemente utilizados, gere alto grau de insegurança e grande possibilidade de arbitrariedade? Como impedir que a superação da formalidade do método da subsunção na aplicação das normas funcione como uma autorização para o pleno arbítrio judicial, abertura para que o juiz, a seu bel prazer, invoque princípios apenas como valorações subjetivas para justificar sua decisão pessoal, como assumido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la [...].[365]

De fato, como há muito indicado, na resposta às questões colocadas para qualquer escola de hermenêutica encontra-se a preocupação de que a interpretação do texto normativo

---

[363] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 127. Como destaca Noel STRUCHINER, "os realistas jurídicos, de forma consciente ou não, estão atacando o 'princípio da legalidade', que constitui a base que sustenta o sistema jurídico e o Estado de Direito, que o torna legítimo" (Noel STRUCHINER. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 136).

[364] Daniel SARMENTO. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. *In* Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO (coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 113-148. Também partilham o alerta Humberto ÁVILA – "O uso desmesurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma Ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito" (Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25) – e Lênio Luiz STRECK: "O fato de não existir um método que possa dar garantia a 'correção' do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito* – não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto [...] *de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade*, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico" (Lênio Luiz STRECK. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 113).

[365] STF, 2ª T., RE 111787, Rel. Min. Aldir Passarinho, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 16/04/1991, publ. RTJ 136-03/1292. Como destaca Lênio Luiz STRECK, "a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem) *não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciárias e doutrinárias brasileiras*" (Lênio Luiz STRECK. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 62).

possa dar lugar a resultados divergentes segundo a visão subjetiva e o interesse do intérprete que o examina e, portanto, o risco de incerteza e insegurança jurídica.[366] No entanto, é necessário destacar que as metodologias de matiz positivista, especialmente de cunho legalista, nos quais em nome do valor segurança o juiz devia maior fidelidade possível à letra da lei, contraditoriamente sempre que faltasse na lei uma resposta clara, o juiz não seria chamado a realizar uma atividade teórica intelectiva, mas sim uma atividade de política legislativa.[367] Assim, os modelos já se ressentiam quanto ao problema da insegurança, enfraquecidos pelas pré-identificadas – ainda que reputadas excepcionais – "lacunas" do ordenamento.[368]

O que se pretende, em apertada síntese conclusiva a partir deste breve panorama, é identificar o procedimento de interpretação do direito como uma forma de conhecimento. Embora não seja um conhecimento como a matemática, guiado pela lógica formal, não se trata de arbítrio, mas sim de uma racionalidade distinta, guiada pela lógica formal que permeia a argumentação.[369] Afinal, "dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz".[370] As contribuições obtidas pelo alto grau de desenvolvimento da teoria da argumentação nas últimas décadas – "tecnicamente, a argumentação viabiliza o acordo capaz de formular a compreensão através de uma interpretação que sirva de fundamento à solução mais razoável"[371] – fornecem subsídios para esta concepção, apta conciliar uma metodologia flexível com suficiente previsibilidade e segurança. Explica Margarida Camargo:

> Ao invés de unidades lógicas subseqüentes umas às outras por interferências necessárias, é o esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias. Portanto, é mais na esfera do razoável e do adequado, do que na esfera do puramente lógico, que a metódica atual deve ser examinada.[372]

Parte-se da constatação de que a idéia, baseada no modelo cartesiano de ciência, de que a racionalidade está restrita ao raciocínio *more geometrico* e restrita à técnica da

---

[366] Emilio BETTI. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 134.
[367] Emilio BETTI. Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva. *In* Enrico ALLORIO (coord.). *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*. Padova: Cedam, 1960, p. 171.
[368] Sobre o tema, v. Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 111 e ss.
[369] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 94.
[370] Umberto ECO. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 28.
[371] Margarida Maria Lacombe CAMARGO. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.
[372] Margarida Maria Lacombe CAMARGO. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 137.

demonstração pela evidência, constitui uma limitação indevida e injustificada do campo de atuação da nossa faculdade de raciocinar e provar, pois os recursos discursivos desenvolvidos frente a um auditório que permitem "provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento" também são guiados por uma racionalidade própria, como alertam Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca:

> Com efeito, conquanto não passe pela cabeça de ninguém negar que o poder de deliberar e de argumentar seja um sinal distintivo do ser racional, faz três séculos que o estudo dos meios de prova utilizados para obter a adesão foi completamente descurado pelos lógicos e teóricos do conhecimento.[373]

Este modo de pensar, orientado por valores e cuja lógica não é de tipo formal, também é pautado por uma racionalidade e também pode ser objeto de análise científica, que se vincula a uma pretensão de correção.[374] Trata-se da análise de decisões dirigidas pelo postulado da razoabilidade,[375] construído com base em um discurso não apenas de justificação, mas também de adequação das normas, que fundamenta a preferência pelo princípio aplicável ao caso concreto, e que assim viabiliza a aceitação racional das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados, cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado.[376] Nesta linha, explica Manuel Atienza:

> É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos

---

[373] Chaïm PERELMAN e Lucie OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação* – A nova retórica, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.

[374] Robert ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica*, 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 212.

[375] Dentre a vasta produção científica que recebeu nos últimos anos, destaca-se Humberto ÁVILA, para quem o postulado da razoabilidade se manifesta sob três acepções: "Primeiro, a razoabilidade é utilizada cmo diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas" (*Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139).

[376] Cf. Klaus GÜNTHER. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, e Jürgen HABERMAS. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy, Cambridge: MIT Press, 1998.

> dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação.[377]

Assim, "a questão metodológica se transforma em questão hermenêutica, que pode ser encarada a partir de uma perspectiva lógico-fenomenológica, e não empírico-psicológica".[378] Neste modelo, a positividade do direito encontra-se na sua cognoscibilidade pelo intérprete, na sua interpretabilidade, uma vez que o liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos: nem se pode pretender que o conteúdo do texto se produza exclusivamente pelo legislador, nem que o intérprete o ignore.[379] A hermenêutica revela a conexão fundamental entre realidade e interpretação, impondo ao intérprete constrições como adequação, razoabilidade, proporcionalidade, coerência e congruência.[380] Em especial, incide sobre o intérprete o princípio da legalidade, sob acepção renovada diante da complexificação do regime de fontes do ordenamento: não apenas o respeito aos preceitos individuais (muito menos em sua literalidade), mas à coordenação entre eles, à harmonização com os princípios fundamentais de relevância constitucional, em constante confronto com o conhecimento contextual das características do problema concreto a ser regulado, o fato individualizado no âmbito do inteiro ordenamento para a identificação da normativa adequada e compatível com os interesses em jogo.[381] O que leva à conclusão de que "a interpretação é, portanto, por definição, lógico-sistemática e teleológica-axiológica, isto é, finalizada à realização dos valores constitucionais".[382]

Uma vez que o intérprete tem a liberdade – e o dever – de cotejar as potencialidades lingüísticas do texto do enunciado normativo com os demais enunciados, em especial com os princípios fundamentais do sistema, e confrontar circularmente estes enunciados com as peculiaridades juridicamente relevantes da realidade concreta a que se destinam as normas, não há possibilidade de conceber sua atividade sob o modelo formal da subsunção, que mascara as escolhas como se fossem necessárias e neutras. As escolhas do intérprete devem

---

[377] Manuel ATIENZA. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica, 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 23. É o que ressalta também Lênio Luiz STRECK: "Mas, atenção: admitir que cada sujeito possua preferências pessoais, intuições, valores, etc. – o que é inerente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa – *não quer dizer que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que esse sujeito tomar* (principalmente se se tratar de um juiz)" (Lênio Luiz STRECK. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 362).
[378] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 601.
[379] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 602.
[380] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 604-605.
[381] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 618.
[382] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 618.

ser assumidas expressamente, não como forma a libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete.[383]

Dessa forma, no exemplo adotado, a atitude do intérprete não se poderia resumir ao texto do dispositivo que impõe o adiamento da ação de despejo em razão da patologia que acomete o locatário. Necessariamente ele seria levado a investigar os fundamentos principiológicos que permitem – ou não – a subsistência desse dispositivo no sistema, assim como o cotejo com os demais dispositivos inferiores a partir de cujo confronto ele extrai seu espaço e significado dentro do todo que é o ordenamento. Neste processo, especialmente na leitura dos princípios que fundamentam o dispositivo, escolhas de origem extrajurídica poderiam, de fato, influenciar o juízo decisório, mas teriam que ser mediatizadas por conceitos e institutos internos ao sistema, assegurando assim que a liberdade do intérprete não fosse uma autorização ao arbítrio, mas argumentativa e responsavelmente justificada.

Para assegurar, portanto, que o intérprete seja fiel não mais ao texto da lei, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo, que decida em coerência não com um sistema formal e neutro de conceitos, mas com o sistema de normas e princípios fundados em valores culturais e sociais, ganha importância capital a fundamentação argumentativa da decisão. Através da fundamentação se verifica os argumentos que levaram o intérprete a escolher, é nela que encontramos os parâmetros para compreender a decisão.[384] Pela fundamentação verifica-se se os elementos extrajurídicos foram absorvidos através de elementos normativos, se os valores referidos são sociais e culturais e não pessoais: viabiliza-se em última instância um controle final sobre os argumentos adotados.[385]

Isto significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não importa a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais. Como lembra Antônio Maia, "nesse quadro atual, onde os magistrados dispõem de uma área maior ainda de liberdade do que a tradicionalmente garantida em nossa história jurídica, impõe-se

---

[383] Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 96.
[384] Piero SCHLESINGER. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. *Rivista di diritto civile*, ano XLVII, parte prima. Padova: Cedam, 2002, p. 540-541.
[385] Riccardo GUASTINI. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 113.

uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a eles submetidas".[386]

Toda esta reformulação do processo de interpretação exige, portanto, o mais sincero respeito ao disposto no art. 93, IX, da Constituição, que determina que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]". Esta norma constitucional – como não poderia deixar de ser – não é uma mera formalidade judiciária, mas uma norma que se torna pilar central desta nova metodologia de interpretação e aplicação do Direito.[387]

2. Relativização da distinção entre interpretação da lei e dos contratos e a unidade do processo de interpretação e qualificação

Neste modelo no qual o intérprete tem o dever de fazer o cotejo do enunciado normativo com o ordenamento como um todo, especialmente seus princípios fundamentais, e o confronto com as peculiaridades da realidade concreta – e para isso tem a liberdade de se desprender da literalidade do texto e incluir elementos extrajurídicos, mas deve fazê-lo de forma fundamentada argumentativamente a partir dos elementos normativos –, algumas divisões feitas pela hermenêutica tradicional devem ser relativizadas.

A primeira diz respeito à separação entre interpretação da lei e interpretação dos contratos. Esta separação encontra raízes na própria *summa divisio* entre direito público e direito privado, na qual enquanto o primeiro era composto essencialmente de normas cogentes, voltadas para disciplinar (*rectius*, limitar) o exercício do poder de império do Estado, o segundo era formado essencialmente por normas dispositivas, uma vez que, ressalvadas as hipóteses excepcionais de ilicitude, tinha por objeto somente garantir o livre exercício da autonomia dos particulares através de suas manifestações de vontade.[388] Deste

---

[386] Antônio Cavalcanti MAIA. Notas sobre direito e argumentação. *In* Margarida Lacombe CAMARGO (org.). *1988-1998: Uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 413.

[387] Como já destacava Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 524: "O desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como 'Direito', no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação, porque sem ela os tribunais só usurpariam de facto um poder que não lhes compete".

[388] Sobre o tema v. Juan María Bilbao UBILLOS. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. *In* Ingo Wolfgang SARLET. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 299-338, e, entre nós, Daniel SARMENTO. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 22. Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, p. 239-257.

contexto dicotômico, até hoje se reproduz a idéia de que as fontes das obrigações dividem-se em duas categorias: a lei e a vontade.[389]

Enquanto no tocante à interpretação da lei rapidamente revelou-se o fracasso da busca pela *voluntas legislatoris*, a interpretação dos contratos permaneceu por muito tempo concebida como atividade limitada à descoberta da vontade efetiva das partes.[390] De fato, em um contexto em que a vontade do particular era soberana no disciplinar as suas relações econômicas com os demais, não apenas o juiz, mas também o legislador assumiam papel subsidiário e restrito e, portanto, a atividade de interpretação manifestava-se somente em caso de conflito e apenas com o objetivo de revelar o que as partes realmente quiseram.

O sopro de renovação da interpretação dos contratos vem somente quando, a partir do embate com a teoria da declaração, ganham força as teorias que buscavam interpretar o sentido jurídico da declaração negocial com base na confiança incutida na outra parte e na responsabilidade pela legítima expectativa criada.[391] O movimento incipiente ganha força a partir do que se pode identificar como a verdadeira revolução na concepção da juridicidade do contrato.

Constatada a unidade do ordenamento, em que todas as normas encontram seu fundamento de validade na Constituição e têm por objetivo a mais plena realização de seus princípios fundamentais, o direito contratual deixa de ser o espaço em que reina isolado somente o império da vontade para também obedecer à tábua principiológica estabelecida pela legalidade constitucional.[392] Também a regulação do contrato passa a servir à realização dos mesmos predicados que guiam todo o sistema, como justiça social, erradicação da pobreza, valor social do trabalho e da livre iniciativa, solidariedade e, principalmente, dignidade da pessoa humana.[393]

Trata-se de manifestação do já referido processo de funcionalização dos institutos de direito civil – no caso, o contrato – como efeito do processo mais amplo de

---

[389] Contrapondo-se criticamente, para Maria Celina Bodin de MORAES, "qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, se deve coadunar e exprimir a normativa constitucional" (A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 15).

[390] Assim já destacava Carlos MAXIMILIANO: "Entretanto, se à maioria dos bons expositores pareceu dificílimo, e às vezes impossível, descobrir a *vontade do legislador*, também se não antolha como promissora de resultado imediato a tarefa de revelar a intenção do estipulante, pelo menos em contrato bilateral. [...] Se a tarefa do magistrado consistisse apenas, como pretende a Escola Clássica, em investigar e converter em realidade a intenção de um ou de vários estipulantes, em mais de um caso achar-se-ia o julgador em conjuntura insolúvel" (Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 276).

[391] Fernando NORONHA. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 90.

[392] Cf. Gustavo TEPEDINO. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, especialmente p. 1-23.

[393] Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108

constitucionalização, em razão do qual, como observado, "o ato de autonomia não é um valor em si; pode sê-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento".[394] Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

> A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, dentre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o já aludido abuso do direito, a fraude à lei, os princípios da boa-fé, da probidade bem como da função social dos contratos, dentre outros. A propósito, justamente por isto o art. 421 do Código de 2002 explicita que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Aliás, a maneira pela qual um direito é exercido também é determinante para sua licitude (art. 187, CC) e para consideração de ser digno de tutela jurídica. A razão jurídica garantidora da tutela reside exatamente no fato de que o negócio deve ser celebrado por razões que o ordenamento jurídico considera admissíveis e merecedoras de tutela, de proteção.[395]

Assim, o contrato torna-se também instrumento de realização do projeto constitucional, na medida em que é funcionalizado: tutelado não em si mesmo, mas em razão da função – a ser socialmente relevante – que está dirigido a realizar. Por conta disso, embora, no mais das vezes, o ato de vontade persista na gênese do contrato, deixa de ser sua fonte de juridicidade.[396] É o que destaca Fernando Noronha:

> [...] o interesse primacial da questão do *fundamento da vinculatividade do contrato* consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido "querido", porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir *segurança* ao negócio celebrado.[397]

Neste contexto, supera-se o debate tradicional entre as teorias da vontade e da declaração, pois a normativa aplicável ao contrato não será descoberta pela indagação de viés subjetivo ou mesmo psicológico sobre o desejo das partes envolvidas, tampouco pela atenção

---

[394] Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279.

[395] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 296.

[396] Como destaca Teresa NEGREIROS (*Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 231): "O poder jurígeno reconhecido à vontade individual não é, pois, originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado a finalidades heterônomas. Sendo a própria lei o fundamento da força obrigatória do contrato, tal força obrigatória encontra a sua razão de ser nos fins visados pelo Direito em geral: justiça social, segurança, bem comum, dignidade da pessoa humana... A função social do contrato é, neste passo, resultado do novo fundamento da sua força obrigatória, que se deslocou da vontade para a lei. A força vinculante do contrato, porque fundada na lei, passa a estar funcionalizada à realização das finalidades traçadas pela ordem jurídica, e não mais pode ser interpretada como apenas um instrumento de satisfação dos interesses dos contratantes individualmente considerados".

[397] Fernando NORONHA. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82

exclusiva à forma pela qual esta vontade foi declarada, mas será aquela que propicie maior conformidade entre a função concreta perseguida pelo ato de autonomia e os interesses tutelados pelo ordenamento, será a normativa que de forma mais plena assegure os imperativos de justiça e solidariedade, atendendo à legítima confiança construída entre as partes e à repercussão social juridicamente relevante dos efeitos perseguidos.[398]

De fato, esta transformação da interpretação contratual, que não visa exclusivamente nem diretamente à descoberta da vontade, mas sim à função perseguida em concreto e o seu merecimento de tutela em acordo com o ordenamento, se revela, destacadamente, pela tutela da confiança criada, pela proteção das legítimas expectativas construídas entre as partes, exigência ética que se manifesta principalmente através do princípio da boa-fé.[399]

Neste aspecto o Código Civil de 2002 foi claro[400] ao grifar através de cláusulas gerais que não apenas configura, como observado, abuso da liberdade de contratar o seu exercício excedendo os limites imposto pela boa-fé,[401] mas também ao determinar que os negócios serão interpretados conforme a boa-fé[402] e que esta deve pautar o comportamento dos contratantes.[403]

Assim, o significado normativo do contrato não se constrói apenas na leitura da vontade declarada pelas partes: por vezes se constrói mesmo a despeito dela. De um lado, toma-se como exemplo a imposição de deveres que não se ligam nem expressa nem

---

[398] Fernando NORONHA. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 86.

[399] Sobre o tema, entre tantos, v. António Menezes CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997; e, entre nós, Judith MARTINS-COSTA. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; Teresa NEGREIROS. O princípio da boa-fé contratual. *In* Maria Celina Bodin de MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 221-253; Anderson SCHREIBER. *A proibição de comportamento contraditório*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; Jorge Cesa Ferreira da SILVA. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In* Ingo Wolfgang SARLET (org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 99-126; Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *In* Gustavo TEPEDINO (org.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

[400] Neste sentido, diferencia Judith MARTINS-COSTA. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista de direito GV*, n. 1. São Paulo: maio de 2005, p. 42: "Enquanto no Código de Beviláqua a principiologia vinha implícita – cabendo ao intérprete deduzir os princípios a partir da racionalidade do sistema –, no Código de 2002 os princípios vêm explícitos, inaugurando a própria disciplina contratual".

[401] "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

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

[403] "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Em que pese a restrição da redação, a doutrina destaca que os deveres decorrentes da boa-fé são impostos não apenas na conclusão e na execução do contrato, mas também nos períodos pré e pós contratuais (Antonio Junqueira de AZEVEDO. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista trimestral de direito civil*, n. 1. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000, p. 4).

implicitamente à declaração de vontade, mas são impostos pela exigência do ordenamento no sentido da lealdade e retidão entre as partes; de outro lado, direitos ainda que expressamente criados pela vontade das partes terão seu exercício limitado nas situações em que este se mostrar incompatível com a cooperação e solidariedade de se esperar na relação contratual.[404] Neste sentido, afirma-se que a incidência da boa-fé, ao "moldar o conteúdo normativo do vínculo", tem por conseqüência "o inelutável nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade".[405]

Isto é possível porque a normatividade do contrato encontra fundamento na lei, que vem a impor que o ato negocial seja absorvido pelo ordenamento como mecanismo de cooperação mútua em aplicação do princípio constitucional da solidariedade.[406] Como se destacou em doutrina:

> Pouco a pouco, ao longo do século XX, os juristas dos diversos países de *civil law*, uns antes, outros depois, foram fazendo a passagem da teoria da vontade para a teoria da declaração e desta para a teoria da confiança, numa evolução em direção ao plano da ética social e da solidariedade contratual. Pode-se dizer que o sistema hoje, inclusive no Brasil, se encontra fundado no princípio geral da boa-fé, ainda mais porque ela representa expressão da dignidade humana e da solidariedade social no campo das relações privadas. Neste campo, a concreta exigência de solidariedade, chamada de solidariedade contratual, foi construída com a finalidade de conter o exercício da autonomia privada.[407]

---

[404] A tripartição dos efeitos do princípio da boa-fé em função interpretativa-integrativa, criadora de deveres anexos e limitadora do exercício de direitos é bastante difundida entre nós. Especificamente sobre os deveres anexos, explica Paulo Luiz Netto LÔBO (*Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77-78): "Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam". Vale referir ainda à posição de Manuel António Carneiro da FRADA que, analisando as teses "contratualistas" sobre os deveres de proteção, afirma que "pode-se concluir que, em regra, o *acordo de vontades* não é causa jurídica dos deveres de protecção" e mais adiante prossegue o raciocínio: "A *descontratualização* dos deveres de protecção representa, no termo do percurso realizado, um justificado descongestionamento do conteúdo dos contratos e uma depuração da sua eficácia enquanto acto de autonomia privada" (*Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 69 e 93, respectivamente).

[405] Jorge Cesa Ferreira da SILVA. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53-54.

[406] Neste sentido, referindo em seguida à figura do contato social, destaca Judith MARTINS-COSTA: "a doutrina mais inovadora sustenta que a lei, o princípio da boa-fé, ou mesmo o costume, determinam *de modo autônomo* os efeitos do comportamento, sem vinculá-lo à vontade das partes" (Judith MARTINS-COSTA. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 399).

[407] Maria Celina Bodin de MORAES. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 282. Também nesta linha, afirma-se que "a nova concepção do contrato leva em consideração não mais a autonomia privada como centro de gravidade deste instrumento, mas a idéia de que o contrato deve ser visto como um meio através do qual será alcançada a realização de uma justiça contratual, socialmente desejada por todos os membros da sociedade" (Caitlin Sampaio MULHOLLAND. *Internet e contratação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22).

Destaque-se, ainda, que mesmo no processo de configuração de tais deveres decorrentes da boa-fé e na determinação de sua extensão, a vontade não desempenha papel direto, mas apenas indiretamente ao influir na configuração da função concreta que o contrato irá desempenhar, pois esta é que atuará em complementaridade com a boa-fé para individualizar as exigências éticas que preencherão o conteúdo normativo do contrato objeto da interpretação.[408]

Finalmente, na forma em que se notabilizou em doutrina, a nova principiologia contratual coloca ao lado da boa-fé e da função social do contrato o princípio do equilíbrio econômico, que manifestaria a exigência de justiça na troca de prestações estabelecidas entre as partes.[409] Assim, novamente a autonomia privada, especificamente seu corolário de força obrigatória do contrato, ou intangibilidade do seu conteúdo, seria mitigada pela possibilidade de intervenção judicial, seja para a resolução do contrato ou para a revisão de seus termos, quando o negócio estabelecido se revelar desequilibrado de forma incompatível com os princípios fundamentais do sistema.[410]

O que se depreende desta rápida menção é uma verdadeira "ressignificação" do âmbito da autonomia privada, uma liberdade "situada" especialmente na esfera contratual.[411] O papel da vontade, embora permaneça determinante na gênese do contrato, não se mantém com a mesma relevância de outrora no processo de interpretação, uma vez que não é objeto da atenção do intérprete nem diretamente – já que somente será relevante a vontade de cada parte na medida em que contribuir para a construção objetiva da função concreta perseguida pelo contrato – nem exclusivamente – já que cabe ao intérprete assegurar adições e supressões de

---

[408] Judith MARTINS-COSTA. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 418, referindo a decisão italiana: "aí se perspectiva a potencialidade da boa-fé objetiva para atuar não como um vago cânone de ordem ética, um *standard* de cunho moral impreciso e incerto, mas como verdadeiro *elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato*".

[409] Para a referência aos três novos princípios de direito contratual, v. Antonio Junqueira de AZEVEDO. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo, abr. 1998, p. 113-120; e Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105-275.

[410] A proteção dos contratantes contra desequilíbrios originários ou supervenientes entre as prestações é normalmente referida, respectivamente, aos institutos da lesão e da onerosidade excessiva, ensejando a revisão ou anulação ou resolução do contrato, e nas relações paritárias exige ainda um requisito subjetivo, como a premente necessidade ou inexperiência do contratante na lesão e a imprevisibilidade na onerosidade excessiva. Sobre o tema, entre tantos v. Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156-206, Vladimir Mucury CARDOSO. *Revisão contratual e lesão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, e Laura Coradini FRANTZ. *Revisão dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

[411] A expressão é de Judith MARTINS-COSTA. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista de direito GV*, n. 1. São Paulo: maio de 2005, p. 43-44.

direitos e deveres à relação que se constitui de forma a atender aos imperativos colocados pelo ordenamento sob a forma de princípios constitucionais.

Portanto, a conclusão inevitável é a quebra dos fundamentos que justificariam uma drástica separação metodológica entre interpretação da lei e interpretação do contrato. Assim como a interpretação da lei, a interpretação dos contratos também se dirige à aplicação das normas estabelecidas pelo ordenamento, orientada pelos seus princípios fundamentais positivados democraticamente no texto constitucional. Sua única peculiaridade é que a gênese da figura jurídica do contrato está em um ato de autonomia privada, espaço franqueado pelo ordenamento ao particular para a persecução de finalidades juridicamente merecedoras de tutela. De fato, não se trata de negar o papel da vontade na determinação do conteúdo normativo do contrato – fundamental, ainda que não suficiente, para identificar a função concreta do contrato – nem de relegar as normas do ordenamento que a reconhecem e tutelam, mas conciliá-las com as demais normas de forma a reconhecer e garantir a unidade que caracteriza o sistema que tem por fundamento único de validade o texto constitucional e nele encontra seus objetivos primordiais.[412]

Dessa forma, a função perseguida pelo contrato, que guiará o processo interpretativo, não será pré-estabelecida pelo ordenamento de forma rígida, mas fixada em concreto pela atividade negocial. Esta peculiaridade, todavia, não é tão distinta das demais hipóteses de interpretação jurídica, nas quais ainda que não se tenha uma figura produzida por um ato de autonomia, também deverá o intérprete estar atento às características da realidade concreta a que se dirige a interpretação para determinar a normativa mais adequada.

Recuperando o exemplo hipotético do item anterior, imagine-se que, em vez de uma lei nova, as partes, diante do risco de um diagnóstico desfavorável no futuro próximo, em razão de tendências genéticas e hábitos alimentares do locatário, tenham fixado contratualmente que o locador não resolveria o contrato senão após nove meses de inadimplemento do aluguel caso o locatário se encontrasse acometido por neoplasia maligna. Não é difícil constatar que eventuais litígios acerca da abusividade da cláusula ou a possibilidade de sua extensão a casos de outras patologias seriam resolvidos por raciocínios permeados pelos mesmos argumentos e métodos que foram expostos no item anterior.

---

[412] Como explica Teresa NEGREIROS (*Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111): "A tarefa do intérprete, diante da hipercomplexidade antes referida, é reconstruir o sistema contratual, com o impulso de entrada em vigor de um novo Código Civil, de forma a conciliar os princípios clássicos, de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de índole social e tutelar, num equilíbrio o mais fiel possível ao compromisso que a esse respeito foi firmado na arena constitucional".

Assim, conclui Pietro Perlingieri:

> Nessa perspectiva, a distinção tradicional entre interpretação da lei e interpretação do negócio (do fato) tem apenas valor descritivo, não configura duas atividades que possam ser separadas com base na finalidade, no método ou no tempo.[413]

É a partir da quebra da idéia, de fundo neojusnaturalista-sociológico, de que o ato de autonomia seria a expressão de valores jurídicos de per si, existente e vinculante antes e fora do ordenamento,[414] e também desta atenção a ser concedida pelo intérprete às características do caso concreto objeto de exame, que encontramos a segunda separação a ser relativizada. De fato, a interpretação é processo unitário não só no que diz respeito ao seu objeto (a lei ou o contrato), mas também no que diz respeito ao seu desenrolar (interpretação, aplicação e qualificação).

A doutrina tradicional costuma seqüenciar em etapas, lógica e cronologicamente, o processo pelo qual o intérprete se conduziria do ato de autonomia aos seus efeitos jurídicos. Assim, de modo geral já na dita interpretação da lei encontra-se uma recorrente fragmentação entre interpretação e aplicação. Entre os argumentos a seu favor, enunciar-se-iam três: primeiro, enquanto o objeto da interpretação são os textos dos enunciados normativos (já que a norma não se encontra pronta no texto, mas é resultado da própria interpretação), o objeto da aplicação são as próprias normas; segundo, enquanto qualquer pessoa pode ser sujeito da interpretação, a aplicação das normas é atividade restrita a determinados sujeitos; terceiro, a aplicação das normas abrange atividades que não se limitam à interpretação, tais como a qualificação e a decisão.[415]

Na mesma linha, são regularmente apartadas interpretação e integração: enquanto a primeira consistiria na atribuição de significado a um texto normativo, a segunda consiste na formulação de normas não expressas para reger as hipóteses de lacuna, isto é, os casos não previstos em lei.[416]

---

[413] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 650. Em sentido diverso, Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 419-421.

[414] Pietro PERLINGIERI. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 6.

[415] Riccardo GUASTINI. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 13. Contra: Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 86-88.

[416] Riccardo GUASTINI. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 83. Ressalte-se que o próprio autor indica em seguida que "*le due cose tendono fatalmente a sfumare l'una nell'altra*", pois as conseqüências lógicas de uma norma fazem parte do seu conteúdo de significado e as normas não expressas são meras conseqüências de normas expressas.

Finalmente, é praxe distinguir a interpretação e a qualificação como se fossem duas atividades diversas tanto no que diz respeito ao seu objeto quanto no tocante ao seu momento: enquanto a interpretação seria o conhecimento do ato de autonomia, a descoberta do significado dos termos utilizados, sua reconstrução como fato histórico, a qualificação, lógica e cronologicamente posterior, seria a sua avaliação, a atribuição da veste jurídica, a subsunção do fato compreendido à *fattispecie* abstrata prevista pela norma.[417]

Nenhum destes argumentos, todavia, é determinante para fundamentar a afirmação de que se trata de etapas distintas, muito menos autônomas, dentro do processo interpretativo, tanto em termos lógicos como cronológicos. Como se buscará destacar, trata-se apenas de aspectos de um processo que é contínuo e unitário, calcado pela circularidade fato-norma.

Como destaca Pietro Perlingieri, a perspectiva de relativização destas divisões tem raiz na superação do modelo formalista da subsunção, que impunha a separação entre fatos e efeitos. Neste modelo, a realidade seria dada ao intérprete, ao qual caberia revelá-la como premissa menor e, em seguida, encaixá-la na premissa maior, a norma, de forma a propiciar-lhe a atribuição de efeitos jurídicos. No entanto, a interpretação não é a compreensão de uma realidade pré-jurídica: a realidade é construída e reconstruída pelo intérprete, na mesma medida em que a norma é produzida a partir do cotejo entre o enunciado normativo e a totalidade do ordenamento, especialmente seus princípios fundamentais, e, continuamente, o diálogo entre o fato e a norma, o fato e a relação, o fato e seus efeitos.[418] Neste sentido a clara lição de Pietro Perlingieri:

> Normas e fatos são inseparáveis objetos de conhecimento: a interpretação tem função aplicativa, tem escopo prático, é a identificação de um significado jurídico (efeitos do fato). O fato não preexiste à interpretação, mas é constituído pelo procedimento que o interpreta: antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições.[419]

Assim, se, como foi observado, o objeto da interpretação do contrato não é a vontade psíquica das partes envolvidas, mas o contrato como realidade simultaneamente social e jurídica, ele só pode ser interpretado à luz dos princípios do ordenamento, o que significa

---

[417] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 651.

[418] Mesmo entre aqueles que afirmam a distinção entre questões de fato e questões de direito reconhecem a dificuldade em sua verificação: "Aqui a questão de facto e a questão de direito entrelaçam-se de modo quase indissolúvel: o modo como o juiz vem em última análise a julgar o evento concreto depende, em grande medida, de quais as circunstâncias que toma em consideração no seu julgamento e que, por isso, procura esclarecer em qualquer caso; a selecção das circunstâncias que há-de tomar em consideração depende, por sua vez, de se lhes atribuir ou não significado para a apreciação" (Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 437).

[419] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 652.

imiscuir-se na esfera da qualificação.[420] Da mesma forma, sob esta perspectiva a integração não se dirige a adivinhar o que as partes desejariam ter disciplinado quanto àquela hipótese lacunosa, mas sim a determinar os efeitos que se atribuem ao contrato como fato, isto é, o impacto da relação jurídica que se constrói, sob a perspectiva funcional, como disciplina, regulamento de interesses.[421] O movimento no sentido de tentar listar aspectos que envolvem o processo não pode implicar a caracterização de uma distinção rigorosa, lógica ou cronológica, entre eles.[422]

A própria legislação revela como não se pode conceber a qualificação como etapa posterior e distinta quando fornece exemplos de dispositivos regulatórios da interpretação cuja aplicação varia de acordo com a qualificação do contrato. Assim, entre nós, é o exemplo do art. 114 do Código Civil, que impõe interpretação restritiva aos negócios jurídicos benéficos: a qualificação do contrato como benéfico condicionará a forma de sua interpretação, a qual não pode, conseqüentemente, configurar-lhe um antecedente lógico.

Assim, da mesma forma que "literal", "lógica" e "sistemática" não são fases distintas, mas critérios e aspectos de um processo contínuo e unitário de interpretação, e do mesmo modo que interpretação e integração se inserem em um mesmo movimento da parte do intérprete, interpretação e qualificação também são apenas aspectos de um mesmo processo cognitivo:

> Na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de facto a julgar e esta é por ele mensurada. Isto pressuporia, em primeiro lugar, que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação. Em segundo lugar, isto pressuporia ainda que a situação fáctica a julgar estivesse já determinada em todos os seus elementos e que fosse também susceptível de se ajustar precisamente ao modelo dado na norma.[423]

Este processo abrange o conhecimento do ato, em suas peculiaridades juridicamente relevantes, mas também o conhecimento do ordenamento que com ele se coteja, de modo a ensejar a sua avaliação de merecimento de tutela, especialmente face aos princípios

---

[420] Pietro PERLINGIERI. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 6.
[421] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 655.
[422] "Para a análise metodológica é, no entanto, necessário considerar de per si cada uma das fases deste processo que é em si mesmo concatenado. Daqui não pode deduzir-se que estas fases se pudessem sempre separar no processo de aplicação da norma, que é, de igual modo, um processo de concretização da norma" (Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 396 – nota).
[423] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 294.

fundamentais. Esta avaliação se desdobra em determinar se o ato é ou não merecedor de juridicidade e também como será esta tutela em termos de normativa aplicável. Daí a conclusão de Pietro Perlingieri:

> Do que foi dito, é oportuno sublinhar que a qualificação do negócio não pode prescindir da qualificação dos seus efeitos: recuperando à qualificação do contrato a qualificação da relação e dos efeitos, se supera a antítese entre fato e direito e entre fato e relação, isto é, entre fato e efeito. A qualificação nesta perspectiva se coloca como ponto de confluência entre a teoria do contrato e a teoria do efeito, como momento de superação da interpretação do contrato de um lado e da lei do outro, representadas como estranhas uma à outra. O ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam.[424]

O processo de interpretação/qualificação dos contratos, portanto, não pode ser visto de forma linear, seqüenciado em etapas preclusivas, uma vez que tais etapas – *rectius*, aspectos – imiscuem-se uns nos outros. Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsuntivo, do fato à norma, a atitude do intérprete constrói-se em um constante ir-e-vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos. Por conta da ausência de linearidade, da pluralidade de sentido, do processo interpretativo, difundiu-se entre nós, sob a influência heideggeriana, a imagem popularizada por Hans-Georg Gadamer do "círculo hermenêutico".[425] Ela claramente não quer dizer, no âmbito do direito, que o intérprete retorna ao mesmo ponto, mas que é a partir do diálogo contínuo fato-norma que se constrói a interpretação. Na explicação de Karl Larenz:

> Por tal, dizendo de modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas.[426]

---

[424] Pietro PERLINGIERI. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 10.

[425] Hans-Georg GADAMER. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 354 e ss. Mas destaca Margarida Maria Lacombe CAMARGO (*Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35) que o autor "pretendeu mostrar o que é comum a toda maneira de compreender, porque acredita que a tarefa da hermenêutica não é desenvolver em procedimento da compreensão, mas iluminar as condições sob as quais se compreende".

[426] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 286

Esta concepção renovada do processo interpretativo se contrapõe frontalmente à sua arraigada visão formalista como processo subsuntivo, no qual, quanto à hipótese em exame, ao intérprete incumbiria verificar exclusivamente o enquadramento do contrato concreto à hipótese normativa – o "tipo contratual" – para determinar-lhe, em seqüência, os efeitos jurídicos.[427] Destaque-se aqui, retomando as conclusões referidas no item anterior, que reconhecer esta realidade do procedimento interpretativo é necessário até mesmo para aumentar as possibilidades de controle sobre ele. Persistir a concebê-lo como formalmente lógico e automatizado significaria insistir em limitações puramente formais que não satisfazem as exigências democráticas; ao contrário, ao reconhecer a liberdade argumentativa e os juízos de valor que são ínsitos ao processo decisório, impõem-se mecanismos de controle mais adequados, como a já referida fundamentação das decisões.

Neste sentido, vale referir, em especial, o importante papel, por vezes relegado, que desempenham os conhecimentos prévios do intérprete, a tradição na qual ele se insere e que, inevitavelmente, influirão no processo pelo qual ele atribuirá significado normativo ao fato. Trata-se do que se costuma referir por *pré-compreensão*, decorrente da impossibilidade de as categorias de conhecimento previamente possuídas pelo intérprete serem acabadas, anteriores ao momento cognoscente, e da indeterminabilidade prévia do objeto em si.[428] Esta disposição inicial do intérprete concebida como uma assunção originária de sentido, resultante do seu horizonte de expectativas, não pode tornar-se um preconceito e assim impedir a plena compreensão do fato, devendo, portanto, assim como os demais aspectos do processo interpretativo, ser explicitada na fundamentação da decisão.[429]

Por outro lado, esta mesma pré-compreensão não apenas deve ser explicitada na fundamentação para que seja também objeto de avaliação crítica, mas também atua como mecanismo indireto de controle da liberdade criativa, pois se constrói normalmente a partir de parâmetros minimamente compartilhados coletivamente. No caso, por exemplo, a interpretação/qualificação do contrato será constantemente permeada pelos "princípios extraídos da doutrina e da jurisprudência, conhecidos, portanto, dos profissionais e estudiosos do direito", o que "permite que a dialética se instaure dentro de limites que lhe retirem

---

[427] Como afirma Karl LARENZ: "Os autores até agora referidos compartilham sem excepção da idéia de que o processo de uma dedução da maior parte das decisões a partir da lei por meio de uma subsunção lógica (da situação de facto sob a previsão de uma norma legal) ou é geralmente inadequado ou então só lhe reconhecem um significado mínimo". (Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 215).

[428] Hans-Georg GADAMER. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 368 e ss.

[429] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 608.

qualquer espécie de arbitrariedade, conferindo-lhe, inclusive, considerável fator de previsibilidade".[430]

Assim, constata-se que a formalização excessiva do processo de qualificação dos contratos – destacando-o como âmbito separado da interpretação da lei e etapa posterior à interpretação do contrato –, tendente a descrevê-lo como o enquadramento mecânico do contrato concreto em um tipo normativo abstrato, é incompatível com a realidade hermenêutica dos processos jurídico-decisórios.[431] Além disso, como se enfatizará no próximo item, é incompatível com a própria sistemática normativa de previsão dos tipos contratuais em abstrato.

3. Formas de enunciação normativa do direito contratual e sua influência sobre a qualificação dos contratos

A compreensão adequada do processo de qualificação dos contratos – e da importância das peculiaridades do contrato concreto nele – impõe também o exame da forma pela qual o próprio ordenamento prevê e regula as distintas possibilidades de contratos, mesmo porque muitas vezes uma visão simplificada e superficial da estrutura normativa do direito contratual é que induz à errônea crença de que o processo de qualificação possa se limitar a um juízo subsuntivo de matiz exclusivamente formal.

Entre, de um lado, a impossibilidade de prever e regular a infinitude de possibilidades de regulamentos de interesses a que a autonomia privada pode dar origem, e, de outro lado, a insuficiência e insegurança gerada pela mera consagração de princípios gerais aplicáveis a todos os contratos, os ordenamentos costumam refugiar-se em um meio termo. Faz-se uso da previsão expressa de modelos teóricos padrões que consagram os mecanismos de intercâmbio jurídico de bens mais comuns, socialmente mais recorrentes, de forma a estabelecer as normas

---

[430] Margarida Maria Lacombe CAMARGO. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51. Explica mais adiante a autora: "A formação de uma tradição jurídica, originária dos princípios traduzidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, oferece ao direito um forte poder de legitimidade, não tanto pela sua autoridade produtiva, legislativa ou judicial, mas, principalmente, pela regra de justiça que estabelece a aplicação do precedente como meio de conceder tratamento igual situações essencialmente semelhantes. Da mesma forma, a natureza normativa das regras e princípios jurídicos positivados e dos conceitos sedimentados pela tradição condiciona a ação do intérprete, impondo-lhe limites" (Margarida Maria Lacombe CAMARGO. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 59).

[431] Neste sentido deve reputar-se equivocado o entendimento consolidado na jurisprudência segundo o qual é admissível, em sede de recurso especial, a discussão da qualificação jurídica dos fatos que não exija reexame do suporte fático probatório (entre tantos, STJ, 5ª T., REsp 687.336, Rel. Min. Felix Fischer, julg. 15/03/2005, publ. DJ 16/05/2005), mas "a simples interpretação de clausula contratual não enseja recurso especial" (STJ, Súmula 5, 1990).

aplicáveis aos contratos que se enquadrem – ou melhor, se aproximem – daquele modelo, referido normalmente por "tipo contratual".[432]

Mas o que seria, exatamente, um tipo? A polissemia do termo é extensa, mas é possível reconhecer que no âmbito contratual esta forma de previsão da hipótese que desencadeia efeitos jurídicos difere de como é abordada em outros ramos. É popular a acepção adotada em algumas esferas do direito, como o direito tributário[433], do direito penal[434] e, para alguns, dos direitos reais,[435] nos quais o termo "tipo" é vinculado a um mecanismo de bastante restritivo de desencadeamento de efeitos jurídicos: a atipicidade do fato impede a aplicação da norma, torna-o juridicamente irrelevante. Nestes ramos, em nome de imperativos de segurança jurídica, exige-se que o fato, para desencadear conseqüências jurídicas, esteja entre aqueles previstos pela lei e se dê com todos os elementos que o compõem na descrição legal: fala-se assim de taxatividade (somente os fatos previstos) e tipicididade (somente na forma em que foram previstos).[436]

---

[432] Na expressão de Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 5, o tipo é o "instrumento metodológico do direito dos contratos".

[433] Sobre o tema, v. Misabel de Abreu Machado DERZI. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da faculdade de direito da UFMG*, n. 31. Belo Horizonte, 1988, p. 243; Ricardo Lobo TORRES. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de direito administrativo*, n. 235. Rio de Janeiro: jan.-mar./2004, p. 193-232; Alberto XAVIER. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002; João Dácio ROLIM. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001; Heleno TÔRRES. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[434] Mesmo dentro do direito penal, destaque-se a excepcional contribuição de Claus ROXIN, no sentido de flexibilizar a interpretação dos tipos penais com a imputação objetiva a partir da noção de risco: "o modelo teleológico-racional tornou a imputação de um resultado ao tipo objetivo dependente da 'realização de um perigo não permitido dentro do alcance do tipo', tendo pela primeira vez substituído a categoria científico-material ou lógica da causalidade pó um conjunto de regras orientado em função de valorações jurídicas" (Claus ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205, *apud* Ricardo Lobo TORRES. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de direito administrativo*, n. 235. Rio de Janeiro: jan.-mar./2004, p. 199).

[435] As críticas à suposta tipicidade fechada dos direitos reais, em especial ligada à confusão com o princípio do *numerus clausus*, é destacada pela melhor doutrina: "Vale dizer, ao lado de regras imperativas, que definem o conteúdo de cada tipo real, convivem preceitos dispositivos, atribuído à autonomia privada, de sorte a moldar o seu interesse à situação jurídica real pretendida. Assim, se é inegável que a constituição de um novo direito real sobre coisa alheia, ou de uma forma proprietária com características exóticas, depende do legislador, que, por sua vez, deve ater-se aos limites de utilidade social definidos pela Constituição, certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para essa atuação" (Gustavo TEPEDINO. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 83). Na mesma linha "[...] os tipos de direito real são tipos abertos, pois abrangem um conteúdo acidental, não previsto na norma jurídica, através do qual a autonomia da vontade pode exprimir-se na modelação da situação real em concreto" (André Pinto da Rocha Osório GONDINHO. *Direitos reais e autonomia da vontade*: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 135).

[436] Como explica Misabel de Abreu Machado DERZI, "a tipicidade, não obstante, sendo a criação de ordens ou tipos, por natureza flexíveis e abertos, é instrumento frágil de garantia, enquanto a conceitualização fechada, criadora de classes e espécies, é meio assecuratório mais forte, reforçador da segurança (como direito) e da

No entanto, esta acepção de "tipo" – e, conseqüentemente, de "típico" e de "tipicidade" –, vinculada à restrição das possibilidades do intérprete no tocante à aplicação da lei, não é a acepção original nem a mais adequada.[437] De fato, o significado regular de tipo é não apenas distinto, mas de certa forma oposto ao que lhe é atribuído nestas searas específicas do direito. Já com o objetivo de diferenciar, costuma-se afirmar que o legislador recorre nestes ramos a "tipos fechados", mas como destaca a doutrina especializada, nestes casos de tipo não se trata.[438] Seguramente, não é a acepção adotada no tocante ao direito contratual, no qual a própria legislação reconhece que um contrato atípico possa ser merecedor de tutela (CC, art. 425), ou seja, o tipo não funciona como mecanismo de restrição da aplicação da norma.[439]

Aqui entra em cena a distinção entre tipo, na acepção utilizada no direito contratual, e conceito. Ambos são enunciados construídos a partir de uma série de qualidades ou caracteres, instrumentos de pensamento que referem ou expressam realidades plurais. Mas apresentam diferentes combinações destes elementos, seus modos de construção e operação são diversos, o que interfere com sua utilização pelo intérprete.[440]

De um lado, nos conceitos, encontra-se uma construção realizada apenas a partir do que há em comum em todos os seus representantes, abstraindo-se do que há de incomum, o que significa que, para que um fato concreto possa enquadrar-se no conceito, deve possuir, necessária e suficientemente, estas qualidades comuns.[441] Por conta disso, é nos conceitos que se encontram verdadeiramente definições, quanto maior a sua extensão (o detalhamento de

---

estabilidade das relações jurídicas" (Misabel de Abreu Machado DERZI. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da faculdade de direito da UFMG*, n. 31. Belo Horizonte, 1988, p. 245).

[437] Esta contradição na utilização do termo pode ser justificada por uma resistência histórica: "Nascido para remediar as insuficiências do conceito geral abstrato, próprio da lógica clássica, o tipo encontrou dificuldades para ser acolhido na ciência jurídica, tradicionalmente hostil a tudo aquilo que parece, estruturalmente, dotado de confins imprecisos" (Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 122).

[438] Misabel de Abreu Machado DERZI destaca: "Há quem fale em tipos abertos e tipos fechados. O tipo fechado não se distingue do conceito classificatório, pois seus limites são definidos e suas notas rigidamente assentadas" (Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da faculdade de direito da UFMG*, n. 31. Belo Horizonte, 1988, p. 229).

[439] "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código".

[440] Mostrando a passagem do tipo ao conceito, explica Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 40: "O legislador, quando define os tipos, fechando-os, actua geralmente por preocupações de segurança e de rigor, com o intuito de proporcionar exactidão ao exercício jurídico, certeza à aplicação do Direito".

[441] "Só se pode falar de um 'conceito' em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam. O sentido de uma tal definição é o de que 'só quando e sempre que' todas as notas distintivas do conceito se apresentam em algum objecto poderá ser esse objecto poderá ser esse objecto subsumido ao conceito, quer dizer, pertence à classe dos objectos por ele designados" (Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 300).

suas características distintivas), menor sua compreensão (a abrangência de casos concretos), o que os torna muito designativos, mas pouco informativos.

Já os tipos não são formados por abstração, a realidade lhes é enquadrada sem abstração do que é incomum, permitindo que um representante concreto possa permanecer vinculado ao tipo ainda que lhe falte uma das características indicadas.[442] Nos tipos se encontram na verdade descrições, que envolvem características graduáveis, o que faz com que eles se relacionem entre si horizontalmente, e não verticalmente, isto é, hierarquicamente.[443] Sinteticamente:

> Trata-se de indagar se as características, usadas na determinação são necessárias e suficientes para delimitar o conteúdo do pensamento de outros conteúdos. Assim, quanto mais irrenunciável e necessária se torna uma característica, mais perto estamos do conceito fechado. Se, ao contrário, as características são renunciáveis e graduáveis, falamos de tipo.[444]

Esta contraposição já serve a indicar que, mesmo aqueles que ainda reservam espaço ao procedimento subsuntivo para a interpretação, este espaço estaria restrito à utilização de conceitos: para tais autores, tão-somente no tratamento de conceitos poderia o intérprete valer-se de subsunção, garantindo segurança e cientificidade, por sua mecânica inadequada para a concretização de valores e consideração de circunstâncias concretas, enquanto nos tipos o tratamento seria de recondução, coordenação ou aproximação.[445] Como explica Noel Struchiner:

> De acordo com a visão clássica, para que algo possa pertencer a uma categoria é necessário que se encontre dentro da definição rígida (fornecida pelo conceito) que delimita a categoria. O conceito, identificado com um conjunto de propriedades necessárias e suficientes, faz com que as categorias funcionem de uma maneira 'tudo-ou-nada' (*all-or-nothing*): ou uma coisa é um membro da categoria ou não [...]. A definibilidade é a capacidade de um conceito de ser definido por um conjunto de propriedades necessárias e suficientes. Assim, é a definibilidade que deixa o conceito rígido, com limites claros.[446]

---

[442] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 302.
[443] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 42-43.
[444] Misabel de Abreu Machado DERZI. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da faculdade de direito da UFMG*, n. 31. Belo Horizonte, 1988, p. 232.
[445] "Por isso, a coordenação ao tipo exige, no caso singular, o ter em conta este ponto de vista valorativo rector, pois só ele decide em última instância se os 'traços distintivos' ou as 'notas caracterísitcas' aqui presentes justificam ou não, pelo seu grau de intensidade e a sua articulação, a coordenação. A coordenação ao tipo é, assim, ao invés da subsunção a um conceito, um processo de pensamento orientado a valores" (Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 309).
[446] Noel STRUCHINER. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 78.

No entanto, a textura aberta da linguagem e o poder concedido ao intérprete na atribuição do seu significado conduzem à constatação de que conceitos dotados desta rigidez, se é que existem no âmbito do direito, são muito menos freqüentes do que se imagina.[447] Portanto, se mesmo no tocante aos casos que se refiram a conceitos já pode ser inapropriado tal enrijecimento da postura do intérprete, seguramente a figura do tipo, entendido em contraposição aos conceitos, impõe um procedimento de qualificação especialmente flexível.

É nesta acepção do termo tipo que se encontram os tipos contratuais. Funcionando como modelos normalmente freqüentes de trocas, parâmetros de comportamento negocial, abstrações de operações contratuais, os tipos descrevem uma realidade despretensiosamente, de forma reconhecidamente incompleta. A tipologia contratual, desta forma, traz uma peculiaridade: o todo formado pelos tipos não exaure a totalidade do gênero contratos merecedores de tutela. Forma-se um conjunto assistemático, no qual os tipos não estão todos no mesmo nível e há "espaços lógicos" entre eles. Os tipos, na expressão de Pedro Pais de Vasconcelos, são "arquipélagos no *mare magnum* da autonomia privada".[448]

Estas ilhas de enunciados mais específicos, embora de cunho mais descritivo do que restritivo, também encontram no processo de sua construção mais fundamentos para sua peculiar forma de utilização pelo intérprete. Não se olvidando o papel importante que tem o legislador ao prever e regular cada um destes tipos, deve-se reconhecer que a sua maioria tem origem em construções sociais espontâneas, ensejadas pelo fato de a autonomia privada contratual abarcar também a possibilidade de celebração de contratos que não estejam expressamente tipificados pela lei (CC, art. 425). A riqueza da vida cotidiana, a diversidade de interesses em jogo, a complexidade das operações econômicas conduzem os particulares a recorrerem a novos modelos e formas que se revelem mais adequados para a satisfação das finalidades que buscam atingir.

Assim, a grande maioria dos tipos contratuais já existiu como praxe social antes de sua expressa previsão legislativa, e nesse sentido é que se fala de "tipicidade social" do contrato, ao lado da sua "tipicidade legal". O legislador por vezes se antecipa, como forma de atuar a

---

[447] Nesta linha destaca o autor os apontamentos a respeito da "visão de protótipo" e das "semelhanças de família", desenvolvidos por Eleanor ROSCH, Marcos Barbosa de OLIVEIRA e, principalmente, Stephen PINKER, para quem não existe um conjunto de critérios fixos, necessários e suficientes para que um conceito pertença a uma categoria, os membro de uma categoria não são criados de forma igual, as categorias não têm uma extensão bem definida e a maioria das categorias apresenta características estereotipadas (Noel STRUCHINER. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 77-82).

[448] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 2.

função promocional do direito junto à realidade social, mas normalmente os tipos, ao menos na sua versão inicial, são obtidos por indução, o catálogo de modelos legificados não é criado *ex novo*. Basta pensar em exemplos imemoriais como a compra e venda, ou milenares como a locação e a sociedade, cujo nascimento é anterior até mesmo à consolidação da lei como principal fonte de direito nos ordenamentos da família romano-germânica, ou em exemplos recentes, como o contrato de franquia.

O papel do legislador na tipificação não é, contudo, meramente declarativo, voltado exclusivamente para exprimir os contratos socialmente típicos ou apenas complementar as estipulações das partes.[449] A atuação legislativa serve a garantir igualdade de tratamento e viabilizar a intervenção estatal: ao modificar os tipos ele disciplina condutas, impondo, estimulando ou proibindo determinadas estruturas, de modo geral disciplinando seus efeitos jurídicos. Visa, portanto, a conformar o ato de autonomia à realização dos princípios fundamentais do ordenamento.

Os tipos que são recolhidos da realidade com ela mantêm cordão umbilical, tipicidade social e tipicidade legal coexistem e se influenciam,[450] mas os tipos, mesmo quando cominados por normas dispositivas, são também parte do "dever-ser". Assim, o trabalho do intérprete no processo de qualificação continua, na sua essência, o mesmo, quer tome por referência tipos sociais, quer tipos legais: tratar-se-á sempre de garantir a adequação do regulamento de interesses autonomamente produzido pelos particulares com os preceitos do ordenamento. A diferença está somente em que a tipificação legal oferece parâmetros mais restritos e objetivos para a atribuição dos efeitos jurídicos – aos quais não se deve limitar o intérprete, pois não está dispensado de fazer o cotejo do enunciado com o resto do ordenamento –, enquanto a tipificação apenas social impõe maior esforço no sentido de verificar como aquela praxe é conformada como realidade jurídica com seus respectivos efeitos.

Assim, em grande maioria os tipos legais são também tipos sociais, e estes elementos extralegais podem ser utilizados pelo intérprete na atribuição de significado aos enunciados normativos, mas devem sê-lo, como foi exposto, mediados por elementos normativos. Mas há

---

[449] Contra, Maurício Jorge MOTA e Patrícia Silva CARDOSO. A qualificação dos contratos como determinante da natureza e do regime contratual: uma análise do contrato de operação de posto de serviços. *In* Marilda ROSADO (coord.). *Estudos e pareceres direito do petróleo e gás.* Rio de janeiro: Renovar, 2005, p. 240, para quem "a lei, ao tipificar, atua declarativamente, ou seja, exprime e explicita o subentendido, o conteúdo socialmente típico de um tipo contratual, com neutralidade, sem intervir e sem influenciar com os seus juízos e os seus critérios o conteúdo regulativo do tipo".

[450] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 60.

também tipos apenas legais, seja por que caíram em desuso socialmente, seja porque resultam de uma direta e inovadora intervenção do legislador, e tipos apenas sociais, cuja proliferação não foi ainda expressamente cogitada pelo legislador por ausência de oportunidade, conveniência ou necessidade.

Esta coexistência de tipos sociais e legais já leva à constatação de que, para a mera compreensão do modelo legal que se toma por referência, o intérprete deve cotejá-lo com a praxe social que eventualmente o originou, agora tornada realidade jurídica, e também com o restante do ordenamento, não só com verticalmente com os princípios fundamentais que deve servir a realizar, mas também horizontalmente com os outros tipos legais com os quais se diferencia.

Mas não somente o diálogo com o eventual tipo social que o originou faz com que o tipo legal imponha ao intérprete que o toma por referência um comportamento próprio. Os tipos legais são, ainda, extremamente diversos entre si na sua conformação, heterogeneidade que contribui a esclarecer porque a normativa do direito contratual é avessa à sistemática da subsunção para a qualificação dos contratos concretos. De fato, a própria flexibilidade características dos tipos – referida em oposição à rigidez dos conceitos – enseja que eles sejam previstos legislativamente por meio de características diferentes. Um exame superficial dos tipos regulados em nosso ordenamento já serve a ilustrar esta diversidade. A começar pelos tipos que contêm e os que não contêm uma *definição legal*.

Como foi destacado, entende-se que a definição é atributo mais adequado aos conceitos, já que os tipos são mais condizentes com descrições. De fato, em boa parte dos casos a descrição referida pelo tipo realmente se enquadra no molde de um conjunto flexível de características que costumam mas não precisam estar presentes para determinar o recurso ao modelo normativo abstrato, nem aparentam ser suficientes, por si só, para fazê-lo.

Mas em tantos outros casos é necessário reconhecer que a redação dos dispositivos leva a crer que o legislador se aventurou a elaborar uma verdadeira definição, nos moldes conceituais exaustivos de conjunto de elementos necessários e suficientes à subsunção do caso concreto ao modelo. A justificativa para estes enunciados mais rígidos estaria em evitar dúvidas resultantes da fluidez das designações e dos conceitos sociais, especialmente nos casos em que se pretende a utilização da denominação do tipo com sentido diferente do social ou quando não há significado social prévio. Destaca-se, assim, que a definição legal não pretende dizer o que o tipo é, mas quando aquelas normas se aplicam. Para alguns autores as definições não seriam, em si, normas, mas proposições jurídicas incompletas, a utilizar na

descoberta de normas: serviriam assim a vincular apenas na aplicação das normas que elas próprias indicam.[451] Assim, sob esta perspectiva, quando o legislador afirma no art. 538 do Código Civil que "considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra", não está pretendendo dizer o que é uma doação, mas determinar o pressuposto fático para a aplicação das normas previstas sob o tipo legal "doação".

Em que pese esta ressalva, mesmo entre a doutrina mais tradicional as definições legais são objeto de severas críticas.[452] A idéia de que definir é papel que cabe essencialmente à doutrina, na medida em que o legislador, quando o faz, cria mais problemas do que soluções, é amplamente partilhada, no sentido de que "a definição dos tipos contratuais legais, além de desnecessária, é inconveniente".[453] Não é à toa que tenham reunido tantos defensores as correntes radicais no sentido da não-vinculação do intérprete, para quem o legislador se limitaria a auxiliar na busca da definição real (determinação da essência do contrato).[454] Sem esposar este tipo de orientação, não se pode deixar de reconhecer que a própria controvérsia sinaliza que, apesar da eventual intenção do legislador, o enunciado normativo ao ser inserido em um modelo de tipo conduz-se inevitavelmente a um molde tão-somente descritivo.[455] Conclui-se assim que as definições legais, onde muitos buscam os elementos que supostamente justificariam a qualificação em moldes subsuntivos, não apenas são infreqüentes, como ainda nos casos em que se verificam podem vir a não ser consideradas em seus elementos de forma vinculante.

---

[451] Rui Pinto DUARTE. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 76.

[452] Como explica Pedro Pais de VASCONCELOS: "As definições legais têm sido vistas com antipatia desde sempre pelos juristas. Já no Digesto se pode ler que 'omnis definitio in jure civili periculosa est'. A maior parte da Doutrina desvaloriza, de uma maneira ou de outra, o valor jurídico das definições legais" (Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 169.).

[453] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 90. Com base no ordenamento português, o autor prossegue com um exemplo: "A definição legal de doação permite a subsunção formal de todas as 'dações' gratuitas, designadamente aquelas feitas para promoção de bens de consumo, que não correspondem ao tipo extra-legal, ao tipo real normativo, da doação, o que se torna patente perante o absurdo que seria permitir nesses casos a revogação por ingratidão" (*ibid*., p. 92). Sobre a exigência do *animus donandi* e defendendo a concepção do contrato de doação como "contrato que se caracteriza pela falta, isto é, por não ter prestação correspectiva", ou seja, como "figura residual, subsidiária", Maria Celina Bodin de MORAES. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 275.

[454] Sobre o debate, Rui Pinto DUARTE. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 72-73.

[455] Para Giorgio DE NOVA, o legislador, recolheu os tipos "abertos" da praxe, mas os cristalizou em conceitos, escolhendo elementos e colocando-os em evidência em definições, mas a transformação provoca um tal empobrecimento que o autor afirma a legitimidade de que tais definições sejam lidas em chave tipológica (Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 136-138).

Para além da ausência ou presença de uma definição legal, a heterogeneidade da conformação dos tipos, que corrobora o argumento da sua incompatibilidade com a metodologia da subsunção, também se manifesta através das estruturas utilizadas para sua previsão legal. Assim, na maioria dos casos, o legislador denomina e descreve o tipo, para então regulá-lo. Tomando-se o exemplo mais clássico que é o tipo da compra e venda, constata-se que o legislador inaugura o capítulo "Da compra e venda" do Código Civil, com o disposto no art. 481, que descreve que "Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro", passando em seguida aos demais enunciados normativos que lhe são pertinentes. Idêntica sistemática é adotada nos tipos do contrato estimatório,[456] da locação de coisas,[457] do mútuo,[458] do mandato[459] e da constituição de renda.[460] Nestes casos há um esforço detalhado em indicar um *nomen juris* e caracterizá-lo pelos seus traços marcantes como forma mais precisa de individuar-lhe a normativa aplicável.

No entanto, comparando com tipos como a prestação de serviços, a empreitada e o jogo e a aposta, constatamos que o legislador apenas indica-lhes o nome, sem qualquer forma de descrição individualizadora inicial, que se lhe possa apartar da própria normativa.[461] Embora mais raros, pode-se conceber ainda tipos descritos sem qualquer denominação e outros em que, embora nominados, falte a própria regulamentação.

Mas sem dúvida o maior fator de heterogeneidade entre os tipos são os elementos utilizados para a sua descrição. Novamente, na maioria dos casos este elemento é a natureza das *obrigações resultantes do contrato*. Este é o caso, entre tantos, da compra e venda ("se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro" – art. 481), da locação ("se obriga a ceder à outra [...] o uso e gozo de coisa não fungível" – art. 565), do mútuo ("obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu" – art. 586), da agência ("obrigação de promover [...] a realização de certos negócios" – art. 710), da corretagem

---

[456] "Capítulo III - Do Contrato Estimatório - Art. 534. Pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada".

[457] "Capítulo V - Da Locação de Coisas - Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição".

[458] "Seção II - Do Mútuo - Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade".

[459] "Capítulo X - Do Mandato – [...] Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato".

[460] "Capítulo XVI - Da Constituição de Renda - Art. 803. Pode uma pessoa, pelo contrato de constituição de renda, obrigar-se para com outra a uma prestação periódica, a título gratuito".

[461] Respectivamente, CC, arts. 593, 610, 814.

("obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios" – art. 722), do transporte ("se obriga [...] a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas"), do seguro ("se obriga [...] a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados" – art. 757) e da constituição de renda ("obrigar-se para com outra a uma prestação periódica" – art. 803).

No entanto, na maioria destes tipos constata-se que a natureza das obrigações não é o único elemento da descrição – por vezes sequer o preponderante – e que em tantos outros tipos este elemento sequer figura entre os que são utilizados para descrevê-lo. Assim, também pode ser verificada com freqüência a referência a outro caractere distintivo: a *onerosidade* e a natureza do *sinalagma contratual*. Assim ocorre com as referências a "mediante retribuição" nos tipos da locação de coisas (art. 565), da agência (art. 710) e do transporte (art. 730), a "pagamento do prêmio" no tipo do seguro (art. 757), na menção à gratuidade nos contratos de comodato (art. 579) e ainda em dispositivo apartado constante da regulamentação do tipo da corretagem (art. 724). Também poderia ser incluído nesta seara o disposto quanto ao tipo da transação, que se refere a "concessões mútuas" (art. 840).

Também é utilizada com certa freqüência pelo nosso sistema de descrição dos tipos a *natureza do bem* objeto (mediato) do contrato. Assim "bem móvel" ou "objeto móvel" no contrato estimatório (art. 534) e no depósito (art. 627), "coisa não fungível" na locação (art. 565) e no comodato (art. 579) e "coisa fungível" no mútuo (art. 586). Outros elementos distintivos, ainda que não tão freqüentes, podem também ser referidos, como *qualidades das partes* – entidade legalmente autorizada para atuar como seguradora, no tipo do seguro (art. 757, par. ún.) –, prática de *atos materiais* de entrega (contratos que se costumam classificar por "reais") – comodato (art. 579), mútuo (art. 586), depósito (art. 627), constituição de renda onerosa (art. 804) –, *finalidade* do contrato – "para guardar" no depósito (art. 627), prevenir ou terminar litígios na transação (art. 840), resolver litígios no compromisso (art. 851) –, a *pré-existência de determinada situação* – como a ocasião de calamidade no depósito necessário (art. 647) – a situação de *intermediação* – no receber de outrem poder para praticar atos ou administrar interesses em seu nome caracterizador do mandato (art. 653), na aquisição ou venda de bens à conta de outrem caracterizadora da comissão (art. 693) e na promoção de negócios à conta de outrem na agência (art. 710) –, ou mesmo a *subsidiariedade* do tipo frente a outros – como é o caso da prestação de serviços ao referir às leis especiais e trabalhistas (art. 593), da agência ao referir a caráter não-eventual e ausência de subordinação (art. 710) ou ainda a corretagem ao referir ao mandato, prestação de serviços ou relação de dependência

(art. 722). Necessário fazer menção também a caracteres que são criados única e exclusivamente para destacar a individualidade daquele tipo, como a controversa figura da *liberalidade* – para muitos completada pelo *animus donandi* –, que caracteriza o tipo da doação (art. 538).[462]

Ainda que superficial, este panorama geral serve a comprovar a heterogeneidade dos caracteres que servem a individualizar os tipos, de forma a que também entre nós se constate "a necessidade de abandonar a idéia de um único elemento distintivo e de admitir que na verdade os vários critérios utilizados pelo legislador para individuar os vários tipos contratuais são heterogêneos".[463] Isto destaca a flexibilidade da configuração dos tipos, no que se refere ao fato de suas notas distintivas servirem mais como elementos descritivos do que definitivos. Como explica Karl Larenz:

> Os traços que o caracterizam são, pelo menos em parte, tais que surgem sob diferentes graus de intensidade e, até certo ponto, podem reciprocamente substituir-se. Decisiva é a 'imagem global' que resulta da regulação legal ou contratual e que permite conhecer certos pontos de vista rectores. Ainda que certos traços característicos possam ser irrenunciáveis para o tipo – por exemplo, a onerosidade para a locação, o dever de transmissão de uma coisa e o pagamento do preço, relativamente à compra e venda –, e possibilitem por isso, aparentemente, uma determinação do conceito, esta não torna dispensável o recurso ao tipo quando se manifestam desvios da imagem normal.[464]

Estes diversos caracteres que atuam, em maior ou menor importância, para construir esta "imagem global" do tipo, costumam ser referidos como *índices do tipo*. A construção dos tipos por estes caracteres a torna incompatível com o modelo subsuntivo e daqui nasce a crítica no sentido de que a fundamentação das decisões a respeito da interpretação e aplicação de tipos não poderia ser feita da mesma forma que, supostamente, seria feita quanto à interpretação e aplicação de conceitos:

> Os tribunais argumentam não raramente de modo tipológico, mas declaram a sua argumentação, justificada como coordenação a um tipo, como subsunção a um conceito, que como tal não é, de facto, aceitável. A falta de consciência do modo de argumentar tipológico reduz a fundamentação a uma fundamentação ilusória, mas que seria correcta se o tribunal tivesse argumentado abertamente de modo tipológico.[465]

Um último argumento deve ser levantado quanto à forma de enunciação normativa do direito contratual que influi sobre o processo de qualificação. Não somente os mecanismos

---

[462] Sobre o tema, v. Maria Celina Bodin de MORAES. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 267-288.
[463] Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 72.
[464] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 427.
[465] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 310.

tradicionais de normatização – os tipos – se contrapõem ao método subsuntivo, em razão da abertura, flexibilidade e heterogeneidade de sua configuração. Também as recentes transformações em termos de técnica legislativa utilizada corroboram e mesmo radicalizam esta abertura e flexibilidade. Trata-se do cada vez mais freqüente recurso às chamadas *cláusulas gerais*.

Estas disposições normativas utilizam intencionalmente uma linguagem aberta e fluida, de modo a conferir ao juiz "um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente, ou desenvolva normas jurídicas".[466] Normalmente associadas à aplicação de princípios, estas cláusulas franqueiam espaço para facilitar a oxigenação do sistema por meio da abertura para o seu preenchimento valorativo.

Destaca-se entre nós que o legislador de 2002 foi especialmente pródigo no recurso a estas figuras, como se exemplifica com a privacidade (art. 21), a boa-fé na interpretação dos negócios (art. 113), o abuso do direito (art. 187), a função social do contrato (art. 421), a boa-fé no comportamento dos contratantes (art. 422), a responsabilidade objetiva por risco (art. 927, par. ún.), a função social da propriedade (art. 1.228, § 1º), entre outras. Evidencia-se, com isto, a intenção de favorecer no processo de interpretação e aplicação das suas normas o atendimento aos "imperativos de eticidade, socialidade e operatividade".[467] Assim, quanto à ponderação de que faltaram parâmetros substantivos para o preenchimento de tais cláusulas, é necessário destacar que o procedimento correto é sua interpretação com base nos princípios constitucionais, garantindo assim a sistematicidade própria do ordenamento.[468]

4. A flexibilização dos métodos de qualificação: da doutrina dos *essentialia* ao método tipológico

As transformações operadas, de modo geral, sobre a teoria da interpretação, calcadas entre outros aspectos, na textura aberta da linguagem, no caráter argumentativo do processo cognitivo de interpretação e na concepção do círculo hermenêutico, aliadas às considerações

---

[466] Judith MARTINS-COSTA. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

[467] Miguel REALE. Visão geral do projeto de código civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>, acesso em 16 ago. 2009.

[468] Neste sentido leciona Gustavo TEPEDINO: "Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916" (Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7-8)

tecidas acerca das formas de enunciação do direito contratual – as peculiaridades dos tipos e o recurso às cláusulas gerais – impeliram transformações também nas doutrinas acerca dos métodos de qualificação. De fato, observa-se nos não muito freqüentes estudos sobre o tema a transição da tradicionalíssima doutrina dos *essentialia* para o método tipológico.

A doutrina dos *essentialia* constrói-se a partir de uma classificação dos elementos componentes da estrutura do negócio jurídico. A primeira categoria de elementos seriam aqueles ditos essenciais, que se subdividem em gerais e categoriais. São elementos essenciais gerais aqueles vinculados à própria existência do negócio jurídico: de um lado, sem estes componentes, não há negócio, de outro lado, eles bastam à sua configuração: "nesse sentido, são eles elementos *necessários* e, se nos ativermos ao negócio jurídico como categoria geral, são também *suficientes*".[469] Normalmente são referidos agente, objeto e forma, nos moldes do disposto no art. 104 do Código Civil.[470]

Ao lado destes, estariam os elementos essenciais categoriais, que seriam imprescindíveis não tanto para a existência jurídica do negócio, mas para seu pertencimento a determinada categoria. Ou seja, não atuariam no plano da existência do negócio, mas na sua qualificação: na sua ausência, o negócio poderia continuar a existir, mas não poderia ser enquadrado naquela categoria e, portanto, em princípio não sofreria a incidência daquelas normas. Destaca-se que as categorias podem ser amplas e abrangentes, como, por exemplo, a categoria dos contratos bilaterais, para a qual seria elemento essencial o acordo sobre sinalagma funcional,[471] mas também podem descer a categorias mais específicas: os tipos.

Assim, para esta doutrina, a qualificação de um contrato relativamente a um certo tipo se daria através da verificação de que ele contém os elementos essenciais daquele tipo, tais como: "o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a

---

[469] Antonio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35

[470] Antonio Junqueira de AZEVEDO em estudo aprofundado do tema, subdivide os elementos essenciais gerais em intrínsecos (ou constitutivos) e extrínsecos. Estariam entre os primeiros a forma, o objeto e as circunstâncias negociais ("*quid*... que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos), e entre os segundos o agente, o lugar e o tempo (Antonio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32-33).

[471] Antonio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36

entrega e a guarda de objeto móvel, no depósito; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível no comodato".[472]

Esta perspectiva de análise reconhece que o tipo não se exaure nos seus elementos essenciais, contendo também os chamados elementos naturais, ou elementos categoriais derrogáveis que, embora colocados pela lei aos contratos pertencentes àquele tipo, poderiam ser afastados pela vontade das partes. Seriam exemplos tradicionais de elementos naturais, a garantia contra evicção e contra vícios redibitórios, nos contratos onerosos, ou a gratuidade no contrato de depósito. A dinâmica é explicada por Pedro Pais de Vasconcelos:

> Verificada a ocorrência no contrato de todos os 'essentialia', opera-se a subsunção do contrato ao tipo. A subsunção tem como conseqüência a entrada em vigor dos 'naturalia'. Neste quadro é possível sustentar um dos dogmas do positivismo legalista em matéria de direito dos contratos: o de que, subsumida a estipulação das partes, tida como matéria de facto, ao conceito definitório da lei, entrariam em vigor, por força da lei, os efeitos que a lei lhe atribui. [...] No sistema exposto, os 'essentialia' servem sobretudo para a subsunção e a qualificação, enquanto que os 'naturalia' servem para a integração.[473]

De outro lado, a autonomia privada se manifestaria não apenas pela possibilidade de remoção de elementos naturais ao tipo, mas também pela prerrogativa de acrescentar, ao contrato concreto, elementos acidentais, ou particulares, que, embora não pertenceriam ao tipo, não lhe desvirtuariam a qualificação, apenas modificando-lhe alguns efeitos. Este seria o caso da condição, do termo e do encargo.

Para a doutrina dos *essentialia*, portanto, a qualificação do contrato concreto relativamente ao tipo se dá através da verificação da presença de determinados elementos reputados essenciais ao pertencimento àquele tipo. Os demais elementos, sejam os colocados pelo tipo (naturais), sejam os colocados pelas partes (acidentais), seriam irrelevantes e indiferentes ao processo de qualificação, uma vez que os elementos essenciais são aqueles necessários e suficientes à qualificação.

Esta teoria, que pode deitar raízes no direito romano[474], continua a ser fielmente lecionada por boa parte da doutrina que se dedica ao tema da qualificação dos contratos e que persiste a separar os elementos essenciais (necessários e suficientes) dos naturais e acidentais

---

[472] Antonio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-36.
[473] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 81-84.
[474] José Carlos Moreira ALVES. *Direito romano*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 162 e ss.

(irrelevantes para a qualificação).[475] O sucesso desta perspectiva pode ser atribuído ao seu caráter extremamente didático e simplificador do processo de qualificação, funcionando claramente como forma de abstração idônea a conferir-lhe uma suposta universalidade, como afirmou Biondo Biondi: "nessa discriminação decide sempre a vontade da lei, a qual pode dispor diversamente na época clássica e no tempo de Justiniano, como demonstra o caso do depósito irregular; mas *isso não leva a renegar o caráter clássico da distinção, que tem caráter universal e vale para o direito moderno*".[476]

A doutrina dos *essentialia* teve papel relevantíssimo na sistematização e no desenvolvimento dos estudos sobre o processo de qualificação do contrato, mas, como já foi destacado, a metodologia hermenêutica também é contingente a determinados momentos históricos e o procedimento de qualificação não é exceção. De fato, esta doutrina se casa com a restrição à liberdade do intérprete e aplicação do modelo da subsunção. Tratando-se de construção essencialmente binária – ausência ou presença de elementos essenciais – o papel do intérprete estaria restrito a esta verificação fática, pressuposto para a subsunção do contrato concreto ao tipo legal, com a conseqüente aplicação das normas pertinentes. Trata-se, assim, de uma perspectiva do processo de qualificação essencialmente mecânica: a constatação da presença de elementos essenciais ao tipo é a operação necessária e suficiente para a qualificação naquele tipo e a conseqüente aplicação de suas normas – e de nenhum outro.[477]

Retomando as premissas já construídas, é necessário reconhecer a superação deste momento histórico e, conseqüentemente, a obsolescência dos métodos que àquela conjuntura de valores se encontravam intimamente vinculados. Se a interpretação é processo argumentativo, que concede liberdade ao intérprete vinculada pela sua fundamentação, se é processo unitário que se aplica à lei e aos contratos, devidamente funcionalizados, e abrange, de forma circular fatos e normas, que envolve interpretação, qualificação e aplicação, conseqüentemente a doutrina dos *essentialia* não é adequada para guiar a compreensão do processo de qualificação dos contratos.

A rígida divisão entre elementos essenciais e elementos naturais e acidentais, em que pese seu caráter didático, revela-se incompatível com a riqueza e complexidade que hoje se

---

[475] Antonio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37: "A doutrina tradicional romanística estava absolutamente certa, portanto, quando, com base nas fontes romanas, distinguia, *em cada tipo de negócio*, os elementos essenciais e os naturais".
[476] *Apud* Antonio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38, grifos do autor.
[477] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 84 e ss..

reconhece no processo de interpretação do direito. Persistir a analisar a qualificação dos contratos sob esse olhar significa não apenas deixar de compreender sua riqueza e especificidade, mas também, na esfera judicial, autorizar que as decisões de qualificação dos contratos sejam fundamentadas exclusivamente com base na suposta mera verificação da presença ou ausência de elementos essenciais. Assim, incompatível com a realidade das operações hermenêuticas, a doutrina dos *essentialia* acaba por aumentar em vez de diminuir a insegurança do sistema, já que, como forma de subsunção, mascara as escolhas valorativas que verdadeiramente guiaram o intérprete.

A partir destas críticas buscou-se enunciar um método de qualificação que fosse mais adequado não apenas ao desenvolvimento moderno da hermenêutica, mas também às características das formas de enunciação normativa do direito contratual. Mais especificamente, um método de qualificação adequado às peculiaridades do tipo, à heterogeneidade dos caracteres que o distinguem. Este método costuma ser referido como o "método tipológico".

Este método se constrói essencialmente a partir da referida constatação acerca do mecanismo próprio pelo qual o legislador enuncia caracteres que servem a individualizar o tipo, que são denominados então de "índices do tipo". Como define Pedro Pais de Vasconcelos:

> Os índices do tipo são aquelas qualidades ou características que têm capacidades para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos, na formação de séries e de planos, quer com o caso, na qualificação e concretização. São características que dão alguma contribuição útil, quer à distinção, quer à comparação, ainda que esse contributo não seja, por si só, determinante.[478]

Reconhece-se, assim que os índices funcionam, como a própria denominação aponta, como indicadores, indícios, elementos não determinantes nem suficientes se considerados individualmente, mas fundamentais à individuação do que seja o modelo abstrato de contrato previsto na legislação. Este conjunto de caracteres fornece ao intérprete uma visão global de cada tipo extremamente flexível, o que acaba por ensejar também considerável flexibilidade ao processo de qualificação. Como os caracteres não apenas não atuam de forma necessária e suficiente à identificação do tipo, mas também são entre si heterogêneos não apenas no que se refere à característica que tomam por base (as obrigações, o objeto indireto, o sinalagma, as qualidades das partes, a finalidade, atos materiais...), mas também na importância de cada

[478] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 114.

uma delas para cada modelo, o intérprete se vê conduzido a um processo inevitavelmente argumentativo de (re)construção do que seja pertinente para a identificação de cada modelo. Como explica Karl Larenz:

> No método tipológico a diferença é grande. Na maior parte dos casos, a qualificação trabalha com vários índices em simultâneo, que podem sugerir qualificações diferentes. Os índices não são todos do mesmo peso para a qualificação, quer no que respeita ao caso, quer no que respeita ao tipo. A intensidade de verificação do índice no tipo não são sempre coincidentes. Os índices do tipo permitem a comparação do caso com o tipo e o aferimento das semelhanças e desvios entre ambos.[479]

Este método impõe ao intérprete um conhecimento amplo não apenas do tipo objeto de exame direto, mas também dos demais tipos que com ele fazem fronteira. Se a construção da individualidade do tipo é operada sobre índices variáveis em natureza e importância, que lhe dão o caráter difuso e flexível, o intérprete deve constantemente cotejá-la com os demais tipos, comparando seus caracteres e respectivas importâncias, para identificar a normativa mais adequada.

Isto condiz, vale destacar, com as considerações traçadas acerca do processo de interpretação de modo geral. A construção da normativa aplicável não se pode realizar exclusivamente a partir do enunciado normativo objeto de exame, pois ele só adquire significado inserido no sistema que o produziu. E esta inserção se opera não apenas verticalmente, observando sua condizência com os enunciados principiológicos de caráter constitucional que lhe são hierarquicamente superiores, mas ainda horizontalmente, cotejando com os demais de mesmo grau que com ele se combinam e articulam. Tratando-se de tipos contratuais, normalmente vinculados a tipos sociais, a praxe consuetudinária que lhe deu origem, enquanto juridicizada, mais um termo para cotejo. Explica Karl Larenz:

> Trata-se, uma vez mais, nos processos de pensamento que aqui decorrem, de uma forma de manifestação do 'círculo hermenêutico': o tipo é deduzido das disposições particulares na sua união dotada de sentido e serve, por seu lado, para melhor compreender e mais acertadamente apreciar estas disposições, o seu alcance e a sua importância para a coordenação ao tipo. Se se trata de um tipo contratual extralegal que se desenvolveu no tráfego jurídico, então o lugar das regras legais é ocupado, em primeiro lugar, pelos modelos contratuais que se tornaram usuais. Estas hão-de ver-se, tendo como pano de fundo os fins econômicos perseguidos pelas partes, a situação 'típica' dos seus interesses e os riscos por elas tidos em conta. De acordo com isto, podem destacar-se os traços característicos da regulação contratual e apreciar a sua importância. Mediante a comparação com outros tipos contratuais podem então

[479] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 6.

> constatar-se as diferenças e as similitudes e retirar daí conseqüências para a apreciação jurídica.[480]

Assim, a variabilidade característica dos tipos é reconhecida pelo método tipológico como idônea a, de um lado, permitir ao intérprete uma utilização mais fluida dos tipos que toma por referência, calcando-se em sua imagem global, mas, de outro lado, impõe a ele um esforço no sentido de constantemente atuar e reconstruir as nebulosas e instáveis áreas de sobreposição entre eles:

> A coordenação de um contrato determinado ao tipo contratual não depende tanto da coincidência em relação a todos os traços particulares, mas da 'imagem global'. Os desvios notórios da imagem global do 'tipo normal' classificar-se-ão como tipos especiais ou como 'configurações atípicas'. Onde reside em cada caso a fronteira, até onde é possível ainda uma coordenação a este tipo, não pode indicar-se de modo geral; quando as fronteiras são fluídas, como é geralmente o caso tratando-se do tipo, a coordenação só é possível com base numa avaliação global.[481]

Uma vez que os tipos são "ilhas" de enunciados normativos que não estão previamente delimitados de forma rígida entre si, podendo sobrepor-se e deixar espaços descobertos, a qualificação dos contratos com base no método tipológico lida, sem qualquer dificuldade metodológica, com figuras concretas que não podem ser subsumidas a um tipo, seja porque não se encaixam perfeitamente em nenhum deles, seja porque se encaixam em mais de um deles. Admite-se, sem qualquer sinal de reticência ou anormalidade, as novas construções que a vida concreta vem a originar, pois, "para a consideração tipológica, o contrato pode em certos aspectos integrar-se num tipo e noutros no outro, ou unir em si, de forma específica, traços de diferentes tipos num novo tipo".[482] Dessa forma, o método tipológico determina que a fronteira entre tipos e a fronteira entre o típico e o atípico se torne basicamente uma longa zona de transição.[483]

---

[480] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 667. Na mesma linha, explica Pedro Pais de VASCONCELOS: "O contrato é qualificado através do reconhecimento nele de uma qualidade que é a qualidade de corresponder a este ou àquele tipo, a este ou àquele modelo típico. A qualificação legal traz consigo, assim, sempre um processo de relacionação entre a regulação contratual subjectiva estipulada e o ordenamento legal objectivo onde o catálogo dos tipos contratuais legais se contém. Este relacionamento traduz-se num movimento espiral e heremenêutico, assente numa pré-compreensão que se traduz em pré-qualificações experimentais precárias feitas com apoio na cultura jurídica e na 'experiência do mundo' de quem qualifica" (Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 164-165).

[481] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 666

[482] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 428

[483] "A elasticidade do tipo e a capacidade do método tipológico para apreender as cambiantes e os matizes entre realidades semelhantes acarreta dificuldades sempre que é necessário distinguir a tipicidade da atipicidade. É difícil, no método tipológico, colocar uma fronteira clara entre o que ainda é típico e o que já é atípico, quer

A inovação que o método tipológico traz, em contraposição à doutrina dos *essentialia*, não é propriamente defender que os intérpretes façam algo que não era feito antes, mas assumir explicitamente algo que já era feito. De fato, os resultados obtidos pelos dois métodos não são necessariamente diferentes entre si. Dentro do recurso aos elementos essenciais já seria possível individualizar normativas adequadas a contratos concretos cujas peculiaridades fujam aos padrões, através da abertura inevitável da linguagem no que diz respeito a quais sejam e o que significam os elementos essenciais daquele tipo. No entanto, este processo de identificação das peculiaridades concretas em diálogo com os parâmetros normativos era, no final das contas, disfarçado sob um argumento de necessidade e suficiência, ocultado por um processo supostamente automático e binário.

Esta diferença – o fato de o método tipológico explicitar a flexibilidade no processo necessariamente argumentativo de qualificação – causa impacto na fundamentação da decisão. Se, no âmbito dos *essentialia*, o processo é quase mecânico, de verificação da presença ou ausência dos elementos essenciais, a justificativa para a decisão tomada, se é que é exigível, é sucinta porque óbvia. De outro lado, no âmbito do método tipológico, o reconhecimento da liberdade do intérprete, da flexibilidade do processo interpretativo – influenciado pela textura aberta da linguagem e pela pré-compreensão do intérprete – e do caráter difuso das formas de enunciação normativa impõe uma fundamentação cuidadosa, que explicite o raciocínio e as escolhas tomadas ao longo do processo que conduziu à decisão. Portanto, em que pese gerar a impressão contrária, o método tipológico na verdade oferece muito mais segurança jurídica do que a perspectiva tradicional:

> A flexibilidade muito maior da consideração tipológica frente à puramente conceptual, que resulta do que foi dito, só aparentemente se consegue à custa de uma menor medida de segurança jurídica, pois que, na verdade, em todos aqueles casos em que, em vez de limites fixos, só existem transições gradativas ou tipos mistos, a jurisprudência dos tribunais não encontrará os enunciados decisivos por via conceptual mas, com freqüência, mais ou menos intuitivamente. A exigência de um método tipológico é a exigência de uma classificação fundamentada por via distinta da da lógica da subsunção, que aqui não é suficiente. [...] Que existem tais margens de livre apreciação não pode por certo negar-se numa análise realista. A necessidade de uma certa flexibilidade ao fazer a classificação adentro dos tipos contratuais legais resulta do princípio da liberdade contratual, predominante no domínio dos contratos obrigacionais, o qual tem como conseqüência que o comércio jurídico nem sempre se

---

dizer, determinar as fronteiras do tipo. Os limites de elasticidade do tipo são variáveis. Entre os tipos fluidos cujos limites são quase indetectáveis e os tipos genéricos cujas fronteiras são firmes, há um grande espaço de variação". Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 179-180.

> atém ao modelo do contrato regulado por ele, mas produz constantemente desvios e novos tipos.[484]

De fato, reconhecendo-se que há, inevitavelmente, por conta de todos os fatores expostos, enorme liberdade no processo de qualificação dos contratos, é mais seguro admitir sua existência e, portanto, exigir que ela seja democraticamente explicitada argumentativamente, do que ocultá-la com a esperança de que com isso ela seja restringida. Desse modo, o método tipológico, em comparação com a doutrina dos *essentialia*, abre mão da rigidez, simplicidade e do caráter didático, admitindo a flexibilidade, complexidade e o caráter difuso, não apenas com o objetivo de garantir mais justiça à qualificação dos contratos, mas principalmente com o objetivo de lhes assegurar maior segurança jurídica.

5. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro: em torno da causa concreta

As modificações operadas no tocante ao método de qualificação são um aspecto, como não se pode deixar de constatar, do processo mais amplo de transformações no que diz respeito à interpretação do direito contratual em sentido mais amplo, especialmente em razão do processo de constitucionalização do direito civil.

De modo geral, o reconhecimento da textura aberta da linguagem utilizada pelo legislador, que oferece um espaço amplo, mas não ilimitado, para o intérprete construir o significado normativo do texto com relação ao caso concreto, se projeta na constatação da flexibilidade e heterogeneidade dos tipos contratuais e da abertura das cláusulas gerais no âmbito da enunciação normativa do direito contratual. A identificação da Constituição como norma superior que impõe a superação da dicotomia entre direito público e direito privado e a funcionalização da autonomia contratual à realização dos preceitos constitucionais se projeta na imposição de buscar a normativa mais adequada à tutela da confiança e das legítimas expectativas construídas pelo contrato.

Assim, a superação do excesso de rigor imposto pela doutrina dos *essentialia* é um passo adequado para favorecer a constitucionalização do direito contratual no que se refere ao processo de qualificação dos contratos. A visão mecanicista de que o legislador predetermina

---

[484] Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 428. Como explica denova: "tratando-se de recondução a um tipo, e não se subsunção a um conceito, não se está diante de uma alternativa em termos de pertencimento ou não pertencimento; é possível, em vez disso, uma pertinência de tipo maior ou menor, com a conseqüência de uma aplicação maior ou menor da disciplina legal" (p. 143).

elementos essenciais a cada tipo, necessários e suficientes para que o intérprete enquadre o contrato concreto e, a partir disso, aplique a ele toda e somente a normativa prevista para aquele modelo típico, é incompatível com o reconhecimento de que o intérprete tem por papel fundamental realizar, argumentativamente, em cada caso, a solução jurídica oferecida pelo sistema como um todo de forma mais consentânea com seus comandos superiores. De fato, a doutrina dos *essentialia*, ao aparentemente limitar a atuação do intérprete a um procedimento supostamente rígido e reputar que o legislador já determinou o que é ou não essencial em abstrato, oferece maior resistência à constitucionalização do direito contratual do que as premissas do método tipológico.

No tocante ao que foi até aqui exposto, o método tipológico de qualificação dos contratos é perfeitamente compatível com a perspectiva civil-constitucional. O método tipológico impõe ao intérprete o cotejo entre os vários tipos – legais e sociais – e a fundamentação das decisões, em razão da liberdade que lhe é também assegurada, propiciada pela enunciação imprecisa, pela conformação heterogênea e pela nebulosidade dos limites – que enseja sobreposições e espaços vazios – dos tipos contratuais. A perspectiva civil-constitucional impõe ao intérprete o cotejo de qualquer enunciado normativo com o restante do ordenamento, especialmente com os princípios constitucionais hierarquicamente superiores, e com o contexto social e as peculiaridades do caso concreto, e a fundamentação argumentativa das decisões, em razão da liberdade que lhe é assegurada, de modo geral, por tratar-se do direito de um sistema axiológico-teleológico que obtém legitimidade de sua constituição democraticamente estabelecida.

Esta complementaridade se deve centralmente às críticas opostas à doutrina dos *essentialia*. Assim, no que diz respeito à restrição do processo de qualificação ao enquadramento aos tipos legais através do modelo da subsunção, provoca-se uma indesejável tendência à dissociação entre as normas típicas e as normas gerais, incompatível com a sistematicidade do ordenamento. De fato, a distinção entre as normas específicas cominadas por cada tipo e as normas gerais relativas aos contratos tem função essencialmente didática, não podendo ser objeto "de uma interpretação rígida e excessiva, a qual prescinde da necessária interdependência que deve subsistir entre as duas disciplinas, para cair no

mecanismo lógico da subsunção e da recondução, através do 'tipo', do fato concreto à *fattispecie* abstrata típica".[485] É o que leciona Pietro Perlingieri:

> A subsunção do contrato concreto na disciplina do contrato (singular ou em espécie) acaba por tornar difícil, se não mesmo excluir, a aplicabilidade àquela *fattispecie* concreta de uma série de regras e de princípios presentes no contrato em geral ou ainda no ordenamento jurídico (compreendido como sistema unitário ao qual cada contrato concreto não se pode eximir). Esse risco, advertido por muitos, é fruto do método meramente dedutivo da subsunção silogística, baseado na distinção entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta.[486]

Assim, a constatação da necessária sistematicidade do direito que conduz o intérprete à consideração do ordenamento como um todo, não aplicando as normas de forma isolada, se projeta no âmbito contratual na exigência de que a normativa para cada contrato seja identificada sem a miopia de restringi-lo necessariamente a um único modelo típico, mas tendo em vista os diversos tipos disponíveis, as relações horizontais traçadas entre eles, e especialmente sua relação com os preceitos gerais que regem, com amplidão, os contratos, os negócios, as situações jurídicas subjetivas patrimoniais. Toda a principiologia do sistema, em especial aquela dotada de superioridade hierárquica por sua alçada constitucional, deve participar do processo de qualificação do contrato, de determinação dos efeitos jurídicos que lhe são aplicáveis.

Da mesma forma, a nítida dicotomia entre contratos típicos e atípicos é provocada pela rigidez pelo modelo subsuntivo dos elementos essenciais, pois se o contrato concreto possui os elementos referidos pelo tipo legal é automaticamente enquadrado para sofrer os efeitos predeterminados, mas se não há esse encaixe mecânico é banido para um limbo onde sofrerá apenas a incidência das normas gerais, como preceituado pela redação do novo artigo 425 do Código Civil.[487] Esta leitura não se compraz com a idéia de que o intérprete tem o dever de fazer não apenas a verificação técnica da licitude do objeto, mas de forma ampla o controle de merecimento de tutela relativamente aos valores consagrados como princípios pelo ordenamento, aos quais se encontra funcionalizada a autonomia franqueada aos contratantes. Afinal, como afirma Perlingieri:

---

[485] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364. De fato, prossegue o autor com o exemplo clássico: "O elemento concreto, as peculiaridades do fato ao tipo legal, a ponto que, se um contrato, por exemplo, é subsumível no esquema da compra e venda, automaticamente a ele se aplica, de maneira exclusiva, aquela disciplina" (*ibid.*).

[486] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 365.

[487] "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código".

> Não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida, etc.). As particularidades e, portanto, as diversidades, podem ter incidido sobre a função e o interesse contratual, de modo a tornar indispensável o controle de valor por parte do juiz.[488]

De fato, no modelo clássico o enquadramento típico, providenciado pela constatação, no contrato concreto, da presença dos elementos supostamente reputados essenciais pelo tipo, já induziria a um juízo de licitude. No entanto, trata-se de um juízo puramente estrutural, insuficiente diante da funcionalização dos contratos, que conduz ao mais amplo, profundo e valorativo juízo de merecimento de tutela. Em razão disso, mesmo os contratos típicos não são automaticamente merecedores de proteção, pois embora aparentemente condizentes com a composição de interesses prevista na lei, podem perseguir uma função incompatível com os valores do ordenamento. Assim, esclarece o autor:

> A afirmação segundo a qual o negócio concreto é típico se corresponde a uma *fattispecie* abstrata disciplinada pela lei, e é atípico se não for previsto em nenhuma norma, tem uma validade meramente descritiva, classificatória, que não se pode elevar a valor absoluto. Em realidade, tal afirmação deve ser considerada, a cada vez, dando sempre prevalência à concretude do contrato, e não à sua previsão abstrata. É necessário, portanto, raciocinar por problemas e não por conceitos.[489]

A partir destas considerações identifica-se o ponto que ganha dramática importância no processo de qualificação sob uma perspectiva vinculada à constitucionalização do direito civil: a função do contrato concreto. De fato, não apenas o intérprete deve ter um domínio amplo de toda a sistematicidade do ordenamento – a variedade dos tipos, a superioridade dos princípios gerais e a relação entre eles – mas deve estar especialmente atento às peculiaridades do caso concreto. Estas características próprias da relação constituída na realidade concreta da vida social – que passariam despercebidas pelo intérprete tradicional, cego pelos rígidos moldes da busca de elementos essenciais predeterminados abstratamente – são fundamentais ao intérprete.

---

[488] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370. No mesmo sentido, explica Maria Celina Bodin de MORAES que "abandonada a tipicidade do direito romano clássico – o qual, como se sabe, predispunha rígidos esquemas negociais e tipos fixos de causa –, mostrava-se claramente inaceitável que o ordenamento devesse reconhecer como válido e eficaz o simples acordo de vontades, qualquer que fosse o seu conteúdo, desde que o objeto seja lícito, o consentimento adequado e a eventual forma respeitada" (A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 296).

[489] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 371.

Mais especificamente, as peculiaridades do contrato concreto tornam-se determinantes na medida em que interferem na função concreta que o contrato visa desempenhar, já que, como foi visto, o intérprete deve priorizar o perfil funcional ao perfil estrutural no momento de fazer a valoração do ato de autonomia. Esta função concreta é que deve ser cotejada com princípios gerais do ordenamento, pois só assim a funcionalização atingirá toda a potencialidade que lhe deve ser conferida em razão da constitucionalização do direito contratual. Neste sentido, mesmo uma distinção a princípio desimportante pode modificar a normativa aplicável ao contrato, tendo em vista o juízo de seu merecimento de tutela com relação aos imperativos posicionados no topo do sistema:

> [...] a tentativa de encastelar os contratos em tipo se revela uma parcial, relativa e provisória sistematização de uma série inumerável de fenômenos muito diversos entre eles. Na realidade, uma específica operação (por exemplo, a aquisição de uma enciclopédia *on line* ou através do meio televisivo), tem uma disciplina diversa em relação à mesma operação realizada em um estabelecimento comercial; e se for feita por um contratante vulnerável, deve ser submetida às normativas que o tutelam, e que não se encontram na disciplina do relativo contrato típico. [...] O importante é individuar o conjunto das cláusulas contratuais e dos efeitos legais como conteúdo daquele particular e concreto contrato, independentemente da tipicidade ou atipicidade.[490]

A circularidade fato-norma do processo interpretativo, com a conseqüente mitigação da separação entre fatos e efeitos, aliada especialmente à exigência de realização dos preceitos constitucionais superiores na aplicação do direito, já impõem, de modo geral, uma atenção especial às particularidades do caso concreto em contraposição ao rígido modelo da subsunção. Como já foi observado, "a teoria da interpretação (entendida como unidade de interpretação e qualificação) supera a contraposição entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta, e almeja a máxima valorização das particularidades do fato".[491]

Mas na seara dos contratos isto se torna especialmente nítido, em razão do espaço franqueado à criatividade das partes através da autonomia negocial que lhes é conferida. Aqui a riqueza das particularidades tem uma ligação ainda mais direta com a normativa aplicável e, portanto, deve ser avaliada pelo intérprete, pois "não se trata de individuar fatos e inseri-los em rígidos esquemas prefixados, mas de valorar o fato concreto, analisando-o também

---

[490] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 375-379.
[491] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 657-658.

naquilo que, à primeira vista, segundo uma lógica generalizante, poderiam aparecer como condições ou modalidades marginais ou acessórias".[492]

Neste ponto é necessário abordar o aparente conflito entre os métodos contemporâneos de qualificação que trazem entre si, de forma comum, a crítica à doutrina dos *essentialia*. De fato, o método tipológico, centrado na justificada constatação a respeito da flexibilidade e heterogeneidade da legislação típica, afirma de forma geral a absoluta impossibilidade de qualquer forma de unificação em um instituto único dos elementos – *rectius*: índices – levados em conta no processo de qualificação, assim como a impossibilidade de qualquer juízo de essencialidade sobre eles.

No entanto, há outro método de qualificação freqüentemente adotado entre os juristas que seguem a linha da constitucionalização do direito civil, o qual se vincula exatamente a um único instituto, que se constituiria precisamente através de um juízo de essencialidade de dos elementos qualificadores do contrato: a causa do contrato. Em apertada síntese, por este método tradicionalmente se entende que o intérprete, para qualificar o contrato, deveria cotejar a causa do contrato concreto com a causa abstrata prevista no âmbito dos tipos. Em uma precisa descrição:

> A função abstrata releva [...] porque dela se extrai o conteúdo mínimo do negócio, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode, em concreto – ainda que assim se tenha idealizado –, ter aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. No exemplo da compra e venda, se falta o preço, de compra e venda não se tratará, mas, talvez, de doação. Já a função concreta diz respeito ao efetivo regulamento de interesses criado pelas partes e não se pode, a priori, estabelecer que efeitos são essenciais e quais não o são, naquele particular negócio. Para a qualificação do concreto negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato. Supera-se, desta forma, a técnica da subsunção, da forçada inserção do fato na norma e da premissa menor na premissa maior, obtendo-se, como resultado, uma qualificação-interpretação mais compatível com a manifestação de vontade das partes.[493]

O método de qualificação através da causa do contrato, por ser pautado por um viés de funcionalização, também partilha, em princípio, as críticas diante da doutrina dos *essentialia* e de qualquer forma de subsunção mecânica no processo de qualificação. A utilização da causa afasta uma leitura puramente estrutural relativa à subsunção do contrato concreto ao tipo

---

[492] Pietro PERLINGIERI. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 10.

[493] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 304.

normativo abstrato, pois dá espaço a um julgamento de aproximação marcadamente funcional. Em vez de limitar-se à constatação da presença de certos elementos estruturais necessários e suficientes para um enquadramento no tipo legal, seria a análise funcional que verificaria a compatibilidade entre a finalidade concreta do contrato e os preceitos constitucionais que autorizam a tutela jurídica do ato de vontade.[494] Como destaca Perlingieri:

> Em outras palavras, primeiro se deve realizar uma análise meticulosa do caso concreto (método casuístico); depois, em vez de subsumi-lo na *fattispecie* abstrata, ou em um tipo segundo o ordenamento referido, se individua, no seu âmbito, a complexa normativa a ser aplicada, em modo que resulte mais razoável e adequado. [...] Trata-se de um preciso procedimento: somente com a consideração da *fattispecie* concreta em todas as suas particularidades – diferentemente da adoção do método da subsunção e da recondução, com o qual se acaba por cometer violência ao caso concreto na tentativa de inseri-lo a todo custo no esquema típico (ainda quando aquele esquema "lhe está apertado", como um vestido confeccionado em série) – se está em condição de colher no sistema como um todo, com a devida sensibilidade hermenêutica, as regras e princípios mais adequados.[495]

Contudo, o método da causa do contrato sofre duras críticas entre os autores que sustentam o método tipológico. As críticas afirmam, de modo geral, a ineficácia e inconveniência da causa, decorrente de uma pretensão de unificar tudo que caracteriza e distingue o tipo. Assim, para os críticos, o instituto da causa em suas versões mais abrangentes acabaria por se confundir com o próprio tipo[496] ou mesmo referir a uma função presente em mais de um tipo, e, nas versões mais restritas, acabariam por definir, tautologicamente, o que é o próprio resultado da qualificação em concreto ou, perigosamente, ameaçar um retorno à doutrina dos *essentialia*.[497] Assim, por exemplo, afirma Pedro Pais de Vasconcelos:

> Devem ser postas de parte as tentativas de unificar o critério de individualização e distinção dos tipos num único elemento. Estas tentativas são feitas em volta de construções globalizantes como a da causa entendida como função económico-social típica, a da síntese dos efeitos jurídicos, ou a da prestação mais característica. [...] A concepção da causa como função económico-social típica, ou se confunde com o próprio tipo, ou não consegue distinguir tipos diferentes que tenham a mesma função

---

[494] Pietro PERLINGIERI. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 10.

[495] Pietro PERLINGIERI. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 397-398.

[496] Nesta linha, Maria Celina Bodin de MORAES reconhece que "nos contratos nominados, a função (abstrata) está identificada com o tipo negocial" (Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 304).

[497] Rui Pinto DUARTE. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 89 e ss.

> económico-social. [...] São, em geral, tautológicas e inoperantes as tentativas de unificação num só dos critérios de individualização e de distinção dos tipos.[498]

O que se defende nesta tese é que esta crítica tipológica restringe-se à figura da causa em abstrato. Ela, de fato, revela-se de difícil conciliação com as constatações referentes à forma de enunciação do direito contratual e a atitude exigida do intérprete para promover a sua constitucionalização. Assim, quando se afirma que a causa em abstrato é importante porque "é através dela que se individualizam os elementos essenciais a um determinado *contrato*, e a partir daí se pode proceder à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecidos pelas partes"[499] não se pode ler a expressão "contrato" como tipo contratual, sob pena de arriscar que a idéia sirva de porta de reentrada da doutrina dos elementos essenciais. Ao contrário, a expressão "contrato" da importante definição deve ser lida como referida já ao contrato individualizado, celebrado pelas partes, ainda que em sua fase inicial, pendente sua execução, pois só se pode individualizar o que é essencial com vistas à função que aquele contrato específico desempenhará. Não há, como foi observado, essencialidade previamente determinada pelo legislador no que diz respeito aos tipos contratuais.

Na referência à "causa em abstrato" encontramos o perigo de firmar novamente a premissa de que seja possível diferenciar *a priori* aspectos do tipo que sejam necessários e suficientes em oposição a outros que seriam indiferentes ao processo de qualificação.[500] Isso faz com que, nesta concepção abstrata, a causa torne-se meio de enrijecimento do processo de qualificação e, portanto, limitação da funcionalização dos contratos por abrir espaço, novamente, ao raciocínio formal subsuntivo.

A crítica, contudo, não atinge a figura da causa em concreto. Esta, ao contrário, revela-se adequada e conveniente à referida constitucionalização do processo de qualificação contratual na medida em que favorece a identificação e valorização das peculiaridades do contrato efetivamente firmado entre as partes. Esta, sim, presta-se à impecável afirmação no

---

[498] Pedro Pais de VASCONCELOS. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 115-116.

[499] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 293 – grifou-se.

[500] Isto fica claro no exemplo de Maria Celina Bodin de MORAES: "Assim, por exemplo, a função da compra e venda se resolve na entrega da coisa *versus* o pagamento do preço. Nada mais. Se o vendedor assumir também a obrigação de prestar garantia, este será um efeito previsto no concreto regulamento de interesses, mas o contrato continuará sendo de compra e venda, ainda que em ausência de previsão de garantia. O efeito jurídico 'garantia' não é, pois essencial ao cumprimento da função 'compra e venda'" (Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 304).

sentido de tratar-se do "elemento que o define [o negócio], que lhe é próprio e único e que serve para o diferenciar de qualquer outro negócio, típico ou atípico".[501]

Por este motivo, entende-se que estas referências devem ser interpretadas como causa concreta, afastando-se a menção a uma causa abstrata, para evitar as já expostas críticas à concepção bettiana e a referida tendência de abertura ao rigor formalista da subsunção. Isto, pretende-se, permite uma conciliação: de um lado, assimila-se as observações feitas no âmbito do método tipológico quanto à construção abstrata dos tipos, conciliando-as com a utilização da causa; de outro lado, mantêm-se as vantagens que a referência à causa, agora tomada em concreto, oferece argumentativamente. Tais como, por exemplo, enfatizar que as características do contrato concreto sob exame devem ser consideradas prioritariamente sob o perfil funcional, pois os elementos que o compõem serão relevantes na medida em que perturbarem os efeitos que aquele contrato visa produzir. Além disso, reconhecer a existência de uma figura unitária idônea a reunir (sintetizar) de forma articulada os efeitos essenciais do contrato – pois "identificar a função não é o mesmo que descrever os efeitos do fato, interligando-os desordenadamente, mas sim apreender o seu significado normativo"[502] –, a qual simboliza a própria unidade negocial do contrato, em diferenciação a casos de pluralidade negocial. Enfim, destacar que nem todos os efeitos pretendidos serão relevantes para a qualificação, mas somente aqueles sem os quais não se obtém a função perseguida pelo negócio, uma vez que admite um juízo de essencialidade conquanto referido ao caso concreto, de forma a associar "síntese dos efeitos essenciais" à "função concreta".[503]

As repercussões desta reformulação serão objeto do próximo capítulo.

---

[501] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 297.
[502] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642.
[503] A associação é feita por Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 659.

Capítulo III – Repercussões da constitucionalização do processo de qualificação dos contratos

1. Da qualificação contratual ao enquadramento típico em outros ramos do ordenamento

A primeira repercussão da adoção do método indicado que merece ser abordada diz respeito aos eventuais efeitos que ele pode produzir em outros ramos do ordenamento que atendam à qualificação contratual na esfera civil, mas que são guiados por distintos preceitos relativos à forma de interpretação e aplicação do direito. Trata-se, mais especificamente, de desfazer uma preocupação no tocante aos efeitos da qualificação dos contratos com relação à aplicação de normas penais e, principalmente, tributárias.

Como foi destacado, nestes ramos a referência a "tipos" é utilizada com um significado diverso, por vezes explicitado pela expressão "tipos fechados". Em lugar da metodologia característica do lidar com tipos, nestes ramos a aplicação da norma pressupõe o perfeito enquadramento do fato concreto no modelo abstrato previsto pela lei. Em tais ramos o intérprete depara-se com a expressa exigência de que todos os elementos que a lei enumera estejam presentes no fato sob pena de ele não se enquadrar no dito "tipo" e, portanto, restar imune à incidência da norma. As formas de interpretação extensiva das normas sofrem restrições e a analogia é vedada.[504]

A justificativa para que, nesses ramos, ocorra tamanha restrição à atividade do intérprete, expressamente afirmada pelo legislador – e também restrição à atividade do legislador ordinário expressamente afirmada pelo constituinte – tem uma justificativa clara, legitimamente lastreada em amparos constitucionais. Trata-se de ramos nos quais as sanções impostas pela norma são particularmente gravosas aos particulares, razão pela qual são cabíveis, de modo geral, somente em circunstâncias especiais. Assim, a proteção à liberdade individual dos particulares impõe este tipo de restrição metodológica, como forma de

[504] Em maiores detalhes, afirma Alberto XAVIER que o princípio da tipicidade em direito tributário equivale à reserva absoluta de lei, pelo qual a legalidade na tributação não se resume à exigência de uma lei formal como fundamento da tributação, mas de uma lei qualificada, decompondo-se no princípio da seleção (o tributo não pode ser descrito por conceitos ou cláusulas gerais), o princípio do *numerus clausus* (pelo qual a tipologia tributária é inegavelmente taxativa), o princípio do exclusivismo (pelo qual a conformação aos tipos legais é necessária e suficiente à tributação) e o princípio da determinação ou tipicidade fechada (os elementos integrantes do tipo devem ser precisos e determinados de tal modo a evitar critérios subjetivos de apreciação). Alberto XAVIER. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 17-19.

priorizar, tendo em vista a finalidade específica destes conjuntos normativos, imperativos de segurança, previsibilidade e vedação ao arbítrio.[505]

No entanto, algumas das normas destes ramos recorrem a institutos e conceitos de direito privado, por vezes mesmo a modelos típicos de contratos. Em tais casos, a aplicação da norma pressuporia a qualificação contratual no âmbito privado, a qual acarretaria a cominação ou não da pesada sanção. Daí o natural receio de que métodos que assegurem, no âmbito privado, grande liberdade ao intérprete para valer-se da flexibilidade do texto legal abstrato e para averiguar as peculiaridades do caso concreto possam resultar, em última instância, sacrifício aos imperativos básicos de outras searas do ordenamento no momento em que ocorre a referida "exportação" da qualificação do contrato. Justificadamente, teme-se, por exemplo, que a adoção de um método de qualificação contratual que siga este tipo de orientação, quando estender-se a estes ramos, "representaria a frustração dos objetivos maiores das limitações do poder de tributar, por opção inarredável do legislador constituinte: a segurança jurídica, a não surpresa, previsibilidade, liberdades de contratar, de gestão, de iniciativa e planejamento, além da mitigação da rígida discriminação constitucional de competência tributária".[506]

O receio, contudo, deve ser afastado pela constatação de que a flexibilidade reconhecida no âmbito privado não importa, de forma direta e imediata, a ampliação das possibilidades de incidência dos efeitos jurídicos previstos por outros tipos de norma. Se o próprio constituinte estabelece que em determinados ramos do direito deve haver restrição na aplicação das normas, através da impossibilidade de extensão ou analogia – o dito "fechamento dos tipos" –, enunciando para tais ramos uma "legalidade estrita", seria incompatível com a própria premissa da constitucionalização do direito privado não reconhecer a diversidade dos efeitos do processo hermenêutico em tais ramos.[507]

De fato, tendo em vista a peculiaridade de tais normas, a Constituição restringe as possibilidades interpretativas, seja genericamente determinando os princípios que informam a lei a que se reporta, seja especificamente direcionando a competência que atribui ao

---

[505] Não se entrará na seara relativa ao debate sobre a conveniência de, também, no direito tributário, recusar excessos relativos à tutela da segurança jurídica e flexibilizar o procedimento de interpretação e qualificação. Sobre o tema, v. Ricardo Lodi RIBEIRO. Legalidade tributária, tipicidade aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais tributária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229. Rio de Janeiro: jul.-set./2002, p. 313-333.

[506] João Dácio ROLIM. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 294.

[507] Por exemplo, dispõe o texto constitucional no seu art. 5º, XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" e no seu art. 150 que "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios", "I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

legislador.[508] O método até aqui indicado, no entanto, não se contrapõe a esta característica. Como foi exposto, o processo de qualificação deve ser pautado pelo exame da causa concreta em cotejo constante com toda a diversidade de enunciados normativos potencialmente aplicáveis, considerando as relações horizontais e verticais entre eles. Este confronto constante se dá de forma circular e recorrente – a já referida "circularidade fato-norma" ou "espiral hermenêutica" –, o que derruba a separação entre fatos e efeitos jurídicos, entre interpretação e qualificação. Assim, a regra que se busca aplicar – consideradas sua inserção no sistema e, conseqüentemente, sua *ratio* – é também protagonista de relevo no processo de qualificação.

Isto faz com que, de acordo com a metodologia proposta, não haja qualquer obstáculo a que regras de natureza distinta ensejem a qualificação de efeitos jurídicos diferenciados: ao contrário, a razão de ser da regra deve necessariamente ser levada em conta para a qualificação do contrato no que diz respeito aos efeitos específicos que ela comina. O raciocínio seria obstaculizado exatamente pelos métodos de qualificação mais rígidos, nos quais a determinação dos efeitos normativos do contrato perpassa um rigoroso enquadramento típico. A flexibilidade do método proposto, ao contrário, permite a incidência de distintas normas produzindo diferenciados efeitos jurídicos.

Assim, um contrato pode ser qualificado de uma forma no tocante, por exemplo, à responsabilidade do devedor e de outra forma no tocante ao tributo devido pela sua execução. Isto permite que, para a cominação do efeito tributário, seja realizado um procedimento hermenêutico que considere a peculiaridade deste tipo de norma e as exigências constitucionais relativas à sua incidência. Nesse procedimento, se levará em conta que, entre os princípios constitucionais que devem guiar qualquer processo de qualificação, estão aqueles que justificam a restrição na aplicação da norma dita típica pelo intérprete.

Os efeitos tributários são especialmente ilustrativos desse tipo de vinculação, uma vez que o próprio Código Tributário Nacional possui dispositivos abordando a repercussão da qualificação civil, e o teor destes dispositivos corrobora o raciocínio exposto. Assim, por exemplo, o art. 109 determina que "os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários", enquanto o art. 110 determina que "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e

---

[508] Heleno TÔRRES. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

Apesar de constatar-se, de modo geral, a ligação com a qualificação civil como mecanismo de restrição na cominação do tributo, observa-se aqui uma distinção: quando se trata de enunciados delimitadores de competência, normalmente de alçada constitucional, a atuação do próprio legislador está restrita através da vinculação à definição civil. Já no tocante aos demais enunciados, a vinculação à definição civil é subsidiária, permitindo-se ao legislador a livre alteração das conseqüências tributárias do contrato. A distinção se funda em uma mesma razão de ser: a obediência ao texto constitucional.

Quanto à distribuição de competências, o constituinte teve por bem estabelecer um regime rígido, como forma de garantir que o poder público respeitará os imperativos de liberdade, previsibilidade e segurança dos particulares, entre outros. Por conta deste fundamento, qualquer flexibilidade viável na cominação dos efeitos civis de um determinado contrato não manterá ligação com a esfera da determinação da competência quanto aos efeitos tributários, em respeito à exigência expressa pela Constituição. Nesse sentido:

> Fundamentalmente, o próprio mencionado art. 110 do Código é desnecessário, uma vez que o seu conteúdo decorre essencial e diretamente da Constituição Brasileira, que, ao adotar a discriminação rígida de competência tributária, inviabiliza a manipulação dos conceitos por ela utilizados pelo legislador infraconstitucional e, evidentemente, pelo próprio intérprete.[509]

Esta é, de fato, a única limitação: um princípio "conservativo" quando os tipos e formas de direito privado se encontrem relacionados com os da Constituição para a distribuição de competências.[510] No resto, os efeitos tributários podem ser cominados de forma autônoma com relação à qualificação contratual, vinculando-se a esta somente de forma subsidiária. Isto é, as normas tributárias no processo de seleção de propriedades extraídas do direito privado serão interpretadas, a princípio, de acordo com a forma de direito privado, mas isso não impede que o legislador promova alguma mutação no conceito.[511] Tal alteração será justificada exatamente como forma de realizar mais adequadamente os preceitos constitucionais, tendo em vista a finalidade das normas que cominam efeitos fiscais:

---

[509] João Dácio ROLIM. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 293.
[510] Heleno TÔRRES. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.
[511] Heleno TÔRRES. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

> Tem o legislador, assim, à sua disposição, liberdade qualificadora para identificar, nos limites constitucionais, os conceitos, formas e institutos que julgue oportunos para alcançar o cumprimento constitucional da competência material que lhe foi atribuída constitucionalmente.[512]

Problema que se coloca de forma pertinente no direito tributário diz respeito à possibilidade de que esta autonomia na mutação do resultado seja produzida pelo intérprete, não apenas judicial, mas freqüentemente administrativo. A diminuição da segurança jurídica se torna ainda mais candente quando esse processo ocorre com o objetivo de ampliar a incidência da norma tributária, ou seja, desprezando a qualificação civil – normalmente a dita "atipicidade" do contrato – para determinar ainda assim a cominação do tributo.[513] Em que pese a legitimidade dos esforços no sentido de evitar a elusão fiscal, a orientação restritiva imposta ao intérprete pela própria Constituição enseja grande resistência em doutrina a este tipo de tendência, mas vale destacar que, mesmo entre aqueles que a admitem, reconhece-se que o ônus argumentativo imposto ao intérprete será muito superior, e que esta justificação deverá estar adequadamente respaldada pela própria Constituição:

> Desse modo, quando em decorrência da escolha de um tipo diverso dos existentes, com causa distinta ou modificação dos tipos contratuais existentes, verificar-se alguma vantagem fiscal, como redução do tributo a pagar, ou mesmo obtenção de algum benefício que não poderia ser concedido, não fosse a mutação negocial, mesmo que sobre tal opção pese a desconfiança a respeito da sua legitimidade, faz-se mister que se abra procedimento específico, com inversão do ônus da prova, ou não, mas dando plena liberdade contratual, que o negócio jurídico possuía causa específica, distinta de todos os demais negócios típicos existentes e que a funcionalidade do negócio jurídico não se poderia operar de outro modo.[514]

O que o breve panorama revela é que, também em âmbito tributário, a causa concreta do contrato será avaliada, mas como tal avaliação perpassa pela normativa individual, a distinção dos princípios que a regem naquela seara poderá guiar o intérprete para outros rumos, sempre tendo por referência guia o texto constitucional.[515] Neste sentido, os próprios

---

[512] Heleno TÔRRES. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

[513] Nesta linha destaca Gustavo TEPEDINO: "[...] o poder público não pode pretender impor uma qualificação própria dos fatos econômicos, com base em seus próprios índices tipológicos, em desacordo com a vontade das partes e ao arrepio da qualificação socialmente admitida como legítima das atividades econômicas" (Sociedade prestadora de serviços intelectuais: qualificação das atividades privadas no âmbito do direito tributário. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99-100).

[514] Heleno TÔRRES. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.

[515] Como destaca Alberto XAVIER, "a lei constitucional, em relação aos tributos nela discriminados, já fixa o *núcleo essencial* dos fatos geradores [...]. Com esta descrição do núcleo essencial dos tipos tributários a Constituição desempenha uma dupla função: uma *função horizontal* de repartição de competências tributárias

autores se embatem contra procedimentos hermenêuticos supostamente guiados por fatos anteriores ao ordenamento, isto é, métodos que abandonam a qualificação civil em nome de uma interpretação "econômica", descurando da necessária intermediação das justificativas normativas em nome de um impulso arrecadatório:

> A unidade do ordenamento jurídico exige, em linha de princípio, que a qualificação jurídica de um ato ou transação para efeito tributário seja a mesma do Direito Privado, embora para um fim específico se possa afastar desse na presença de uma justificação lógica e razoável que não seja representada por um mero interesse arrecadatório, pois tal fim (arrecadação) pode ser almejado e satisfeito sem a quebra da desejável harmonia sistêmica e unidade do ordenamento.[516]

De fato, o mesmo movimento de proteção à liberdade dos particulares, através de mecanismos de enrijecimento e previsibilidade na aplicação da norma, que se faz presente de forma intensa e mesmo intransigente no tocante à delimitação de competências tributárias, também inspira a possibilidade de alteração da qualificação civil para efeitos tributários, ainda que de forma mais sutil: por meio da exigência de uma fundamentação baseada no texto constitucional. Em todos os casos, o que se visa evitar é que a cominação do tributo seja provocada por uma interpretação extrajurídica, com base em conceitos supostamente "fáticos" ou "econômicos". Assim, por vezes a Constituição evita isso vinculando o legislador à qualificação (jurídica) civil, em outros casos, menos graves, permite que o legislador e mesmo o intérprete superem a qualificação civil, contanto que o efeito tributário seja produto de uma qualificação também jurídica, pautada agora pela normativa tributária-constitucional. Este objetivo não é prejudicado, mas ao contrário facilitado, pela consideração das peculiaridades do contrato através da sua causa concreta e pela constatação da flexibilidade do texto da norma abstrata, a impor a fundamentação argumentativa na sua aplicação.

Os exemplos nesta seara não são poucos. Apenas a título ilustrativo, serve mencionar como fonte freqüente de litígios a inclusão da categoria "locação de bens móveis" entre os contratos sobre os quais incide o imposto sobre serviços (ISS). Em um caso envolvendo a locação de guindastes, iniciou-se a discussão no sentido da impossibilidade da referida legislação incluir um tipo contratual que gera obrigação de dar e no qual não há atividade pessoal do locador, alegação contestada pela Procuradoria Geral da República que afirmava a

---

entre os entes políticos integrantes de Federação, atribuindo a cada um o poder de tributar certas classes de fatos geradores; e uma *função vertical*, garantística, dirigida aos cidadãos, pela qual se estabelece um catálogo seletivo das manifestações de capacidade contributiva potencialmente sujeitas à tributação, fora do qual o poder tributário não pode ser exercido" (Alberto XAVIER. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 23).

[516] João Dácio ROLIM. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 351.

prerrogativa de que o conceito de serviço não se restringia a nenhuma conceituação de direito privado, como a locação ou prestação de serviços. Embora julgados anteriores a 1988 houvessem afirmado, para efeitos tributários, que a *utilitatis causa* da locação de bens móveis – levando em conta sua realidade econômica e não sua definição no art. 1.188 do CC1916 – era sua utilização para a prestação de um serviço, o resultado desta vez foi diferente. Apesar de o Min. Ilmar Galvão ter destacado que o tipo previsto pelo código para a locação de bens móveis também enuncia obrigação de fazer (manter a coisa em bom estado e garantir o seu uso pacífico), prevaleceu a divergência iniciada pelo Min. Marco Aurélio com base no referido art. 110 do CTN, seguida pelos ministros Octavio Gallotti, Carlos Veloso e Nelson Jobim:

> Tributo – Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto sobre serviços – Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional.[517]

Este entendimento, todavia, admite exceção com relação a contratos cuja causa concreta inclua, para além do modelo base da locação de bens móveis, a inserção de algum tipo de serviço que se incorpora à sua função. Assim a jurisprudência, na esteira de precedentes anteriores, admite que o tributo seja cominado proporcionalmente ao valor do referido serviço, ainda que não relativamente à prestação contratual como um todo:

> ISS. [...] Contrato de locação. Natureza jurídica. Obrigação de dar ou entregar. Ausência de prestação de serviço. Artigo 110 do CTN. Institutos de direito privado. Lista de serviços anexa ao decreto-lei 406/67. Precedente do colendo Supremo Tribunal Federal. [...]. A par dos elementos supra esposados, impende advertir que o recurso especial somente merece ser conhecido em relação à pretensa afronta aos artigos 1.188 do Código Civil de 1916, 110 do Código Tributário Nacional e item 79 da Lista de Serviços a que se refere o DL n. 406/68, na redação dada pela LC n. 56/87. A partir da pormenorizada análise das obrigações imputadas ao locador e ao locatário, constantes dos artigos 1.189 e 1.192 do Código Civil de 1916, é possível asseverar que entre elas não se encontra inserida qualquer modalidade de atividade que possa consubstanciar uma efetiva prestação de serviços. Ora, evidencia-se claramente que o contrato de locação, de per se, não encerra qualquer espécie de obrigação de fazer em sua essência. A despeito do brilhante posicionamento do eminente Ministro Ilmar Galvão, segundo o qual "o locador, além de pôr a coisa à disposição do locatário, o

[517] STF, Pleno, RE 116121, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 11/10/2000, publ. DJ 25-05-2001.

> que corresponde com rigor à prestação de dar, é obrigado a manter a coisa no estado e a garantir o uso pacífico dela, comportamento próprio da obrigação de fazer", acredito que o entendimento do ilustre Ministro Moreira Alves melhor se coaduna, *data venia*, com a interpretação do artigo 110 do CTN, bem como à natureza jurídica do contrato de locação. Dessarte, "se houver contrato misto com a inclusão do serviço de manutenção, o imposto será devido quanto a esse serviço". Conheço em parte do recurso especial e, na parte conhecido, concedo-lhe provimento.[518]

Mesmo em casos nos quais não fora questionada a constitucionalidade da inclusão da categoria da locação de bens móveis no tocante à delimitação de competências, a sua interpretação foi restritiva, no sentido de afastar da incidência da norma contratos que em concreto se diferenciavam da categoria abstrata prevista pela hipótese normativa. A figura do contrato de franquia, por exemplo, que veio a ser tipificada no art. 2º da L. 8.955/94,[519] foi reputada peculiar, por sua natureza híbrida, com relação à previsão da lei tributária, não se aproximando suficientemente da categoria da locação de bens móveis:

> Processual civil e tributário. Agravo regimental. ISS. Franchising. Decreto-Lei Nº 406/68. LC Nº 56/87. Lei Nº 8.955/94. Precedentes. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão *a quo* considerou indevida a tributação, por meio de ISSQN, sobre serviços postais que prestam os recorridos como franqueados da ECT, uma vez que o contrato de franquia não está previsto na lista de serviços da LC nº 56/87. 3. O art. 2º da Lei nº 8.955/94 define o contrato de franquia do modo seguinte: "Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício". 4. O "franchising", em sua natureza jurídica, é "contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão". (Adalberto Simão Filho, "Franchising", São Paulo, 3ª ed., Atlas, 1998, págs. 36/42) 5. O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange: "a) as obrigações de fazer e nenhuma outra; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, "a", da Constituição); c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial - o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria - excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar *in comercio*." (Aires F.

---

[518] STJ, 2ª T., REsp 668345, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 19/10/2004, publ. DJ 14/03/2005.

[519] "Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício".

> Barreto, "ISS - Não incidência sobre Franquia", in Rev. Direito Tributário, Malheiros Editores, vol. nº 64, págs. 216/221) 6. O contrato de franquia é de natureza híbrida, em face de ser formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço, não incidindo sobre ele o ISS. Por não ser serviço, não consta, de modo identificado, no rol das atividades especificadas pela Lei nº 8.955/94, para fins de tributação do ISS. 7. Precedentes desta Corte Superior. 8. Agravo regimental não-provido.[520]

Além das hipóteses de qualificação relativas à controversa categoria da "locação de bens móveis" entre os contratos tributáveis pelo ISS,[521] há diversos outros exemplos de contratos que, de forma mais ampla, ao fugir dos modelos típicos padronizados, ensejaram debates sobre seus efeitos tributários. Trata-se de casos em que, sob o modelo tradicional do enquadramento subsuntivo do fato concreto ao tipo abstrato, o contrato em exame era reputado legalmente atípico, ensejando civilmente o "vazio" legal no qual só incidiriam as normas gerais dos contratos e, em conseqüência, o problema chegava sem encaminhamento prévio à esfera tributária. Coube, nesses casos, à avaliação fiscal fazer a análise da causa concreta de tais contratos, de forma a identificar se se verificava ou não fundamento para a incidência das normas, no caso, tributárias.

Para além do bastante divulgado exemplo do contrato de acesso à internet, no qual a jurisprudência sumulou o entendimento de que a prestação oferecida pelos provedores não caracterizava telecomunicação, pois era mero serviço de valor adicionado que, portanto, não justificava a incidência do ICMS,[522] outros dois exemplos podem ser citados como ilustrativos.

Primeiro, a discussão sobre a incidência da Cofins nos contratos de locação de espaços em *shopping centers*. No caso, diante da previsão de que o fato gerador da Cofins é o "faturamento mensal" (CF, art. 195, I), ao qual expressamente escapa a figura da locação de bens (LC 70/91, art. 2º, CTN, art. 110), a empresa sustentava que a tributação daquele contrato violava os arts. 1.188 e 1.216 do CC1916, pois ele se enquadraria no tipo da locação de bens, e não da prestação de serviços. O STJ, ao analisar o caso, todavia, iniciou destacando a riqueza das possibilidades contratuais que orbitam o tipo da locação, mas com ele não se

---

[520] STJ, 1ª T., AgRg no Ag 746597, Rel. Min. José Delgado, julg. 16/05/2006, publ. DJ 08/06/2006.

[521] Cite-se ainda o caso do *lesasing*: "Tributário. ISS. Leasing. Incidência. Lista de serviços. Item 52. I - sobre os contratos de "leasing" não incide o imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), já que não incluído na lista de serviços anexa ao decreto-lei n. 406/68, prevalecendo, por isso, entendimento segundo o qual é contrato típico, de características próprias, distinto da locação de bens móveis. II - embargos rejeitados" (STJ, 1ª S., EREsp 322, Rel. Min. Jose de Jesus Filho, julg. 07/12/1993, publ. RT 706/167).

[522] STJ, 1ª S. julg. 13/12/2006, publ. DJ 14/02/2007: "O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet".

confundem, como nos apart-hotéis e *shoppings*, pois vêm acompanhados de serviços como limpeza, segurança, mensageiros, telefonia, promoções, associações de lojistas etc., casos nos quais, para efeitos tributários, são tratados pela prestação dominante no tema. Nesta linha de identificar a função concreta que o diferencia do modelo padrão, afirmou o voto da relatora que "o aspecto mais interessante do *shopping center* e que o distingue como contrato atípico é o propósito principal: relação associativa entre empreendedor e lojistas, que põem em prática um plano estratégico que mistura produtos e serviços, com vista a um fim comum: rentabilidade pela venda de mercadorias, da qual participam ambos". Assim, constatou-se que, no caso específico dos contratos relativos aos *shopping centers*, o mecanismo próprio de remuneração é o "aluguel percentual", o qual, por incluir parte do faturamento obtido pelo lojista nas suas próprias operações comerciais, já sofreu anteriormente a incidência da Cofins:

> Tributário – Shopping Center – Faturamento Mensal – Cofins: Não-Incidência. 1. O fato gerador da Cofins é o faturamento mensal pela venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza. 2. O resultado econômico pela locação de coisas ou de bens escapa à incidência da contribuição questionada (LC n. 70/1991, art. 2º). 3. Os contratos de locação de espaços em shopping center são contratos atípicos, ensejando locação de bens e serviços. 4. Recurso especial provido.[523]

O segundo exemplo diz respeito aos contratos de *hedge* na modalidade *swap*. Bastante difundidos no período anterior à crise financeira, estes contratos funcionavam como mecanismos de segurança para empresas que, em virtude de sua inserção no mercado internacional, contraíam dívidas em moeda estrangeira e buscavam se proteger contra eventuais oscilações cambiais. De fato, como foi alegado por uma dessas empresas em julgamento sobre o tema, em seu modelo padrão – talvez se pudesse reputar socialmente típico – não há no contrato de *hedge* obtenção de lucro pelo *hedger*, apenas segurança. No entanto, constatou-se que diversas empresas vinham se utilizando deste tipo de mecanismo como forma de obtenção de lucro, especulando em cima da variação cambial que lhe recompensaria o investimento. Nestes casos, a causa concreta do contrato tinha por efeito o "acréscimo patrimonial" que justifica a retenção do imposto de renda, questão que, embora controversa durante a vigência das leis 8.981/95 e 9.065/95, restou pacificada com o art. 5º da MP nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, segundo o STJ:

> Operações de *swap* com cobertura *hedge*. Incidência do imposto de renda. Lei 9.779/99. 1. Mandado de segurança visando impedir a retenção, na fonte, do imposto

[523] STJ, 2ª T., REsp 178908, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 12/09/2000, publ. RDR 19/275.

> de renda incidente sobre operação de hedge por meio de *swap*, nos termos do art. 5º, da lei 9.779/99. 2. As operações de *swap* com cobertura *hedge* representam aplicação de determinada quantia em moeda nacional em negócio cuja rentabilidade leva em conta uma moeda estrangeira, o que evita maiores prejuízos para a empresa contratante (*hedger*), que possua dívidas em moeda estrangeira, ficando sujeita à oscilação da referida moeda. Seu escopo original é servir para cobertura de riscos provenientes da taxa cambial flutuante, não obstante prestar-se também para a especulação financeira, desde que se aposte na elevação da moeda estrangeira cuja variação remunera aquele investimento e inexista passivo em tal moeda. 3. Os fatos geradores específicos do imposto de renda são as várias situações descritas nas leis ordinárias, como, por exemplo, os rendimentos auferidos nas diversas modalidades de aplicações financeiras, podendo ser complexivos, quando se constituem em diversos fatos materiais sucessivos, que são geralmente tributados em conjunto, principalmente pelo regime de declaração de rendimentos, ainda que recolhidos antecipadamente. Por seu turno, há os fatos geradores simples, que se constituem de circunstâncias materiais isoladas, tributadas em separado, pelo regime na fonte, como por exemplo o imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e o Imposto de Renda Retido na Fonte. 4. A operação de *swap* constitui típica operação ensejadora do fato gerador simples do imposto sobre a renda, posto que representa acréscimo patrimonial, obtido na troca de financiamentos em taxas diversas, sobre um montante principal, daí por que ser tributado na fonte. 5. Merecem destaque as razões de política fiscal apresentadas na Exposição de Motivos anexa à Medida Provisória 1.788/98, que deu origem à lei 9.779/99, senão vejamos, *verbis*: 8 - As novas normas têm por objetivo evitar a postergação ao pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos, tendo em vista a previsão de distribuição de lucros e a conseqüente incidência do imposto de renda na fonte. O artigo 5º trata da incidência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos em aplicações ou operações financeiras de renda fixa ou variável, incluindo, nessa forma de tributação, as de *hedge*, realizadas por meio de *swap* como forma de eqüalização com as demais operações realizadas no mercado financeiro, mantida, no entanto, a possibilidade de se reconhecer, integralmente nos balanços da empresa, eventuais perdas incorridas nessas operações." [...]. 10. Verifica-se que a operação de *swap*, *in casu*, com cobertura *hedge* proporcionou vantagens econômicas para a empresa recorrida, diante da desvalorização da moeda nacional (real) em face do dólar norte-americano, quando do vencimento da operação. 11. Recurso especial provido.[524]

Apesar de a maior riqueza de desafios encontrar-se no direito tributário, o raciocínio exposto aplica-se da mesma forma no que diz respeito à vinculação da qualificação contratual a outros ramos do direito que, guiados por preceitos constitucionais similares, também imponham restrições ao intérprete em termos de legalidade estrita, como é o caso do direito penal. De fato, a gravidade de sanções como a privação de liberdade justifica que o art. 5º, XXXIX, da Constituição, assim como o art. 1º do Código Penal, em nome de imperativos de segurança e previsibilidade, determine que "não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

---

[524] STJ, 1ª T., REsp 591357, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 24/05/2005, publ. DJ 27/06/2005.

Neste sentido, o problema já se observa no longo debate em torno da possibilidade de prisão civil do depositário infiel. O próprio texto constitucional de 1988 ressalva a possibilidade da prisão civil no caso de não devolução do bem no contrato de depósito.[525] Todavia, a problemática se põe na medida em que o Decreto-lei n. 911/69 qualificava como depositário o devedor nas operações de alienação fiduciária em garantia, buscando com isso ampliar a abrangência da exceção constitucional de modo a permitir a sua prisão em caso de não-devolução do bem financiado, determinação que surpreendentemente foi mantida pelo Código de 2002 (art. 1.363).[526]

Ao lado do argumento referente à revogação da legislação reguladora desta hipótese em razão da internalização do Pacto de San José, que reitera a proibição de prisão civil por dívidas e admite apenas a exceção da pensão alimentícia,[527] foi suscitado o argumento relativo ao indevido alargamento, por parte da legislação inferior, de uma exceção constitucional, em virtude da nítida distinção funcional entre o contrato de depósito e a alienação fiduciária em garantia. A jurisprudência inferior já destacava a incompatibilidade entre a função concreta desempenhada pelos contratos nos quais a propriedade permanecia na titularidade da instituição financeira como forma de garantia e o modelo contratual do depósito acolhido pelo constituinte na norma excepcional:

> Alienação fiduciária em garantia. Conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Impossibilidade de prisão do devedor, por se tratar de caso de depósito atípico. Possibilidade de o autor, quando não receber o bem ou o seu equivalente em dinheiro, promover, nos próprios autos, a execução do seu crédito, nos termos do art. 906 do CPC. Condenação que deve se limitar ao valor devido ao credor, referente às prestações do contrato não adimplidas, apenas se este valor for inferior ao do bem objeto do contrato. Desprovimento da primeira apelação e parcial provimento da segunda.[528]

---

[525] CF, art. 5º, LXVII: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

[526] DL 911/69, art. 1º: "O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: 'Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal' [...]". Código Civil, art. 1.363: "Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário [...]".

[527] Pacto de San José, art. 7º-7: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

[528] TJRJ, 7ª C.C., Ap. 2009.001.21752, Rel. Des. Andre Andrade, julg. 24/06/2009.

Embora há muito o STJ tenha adotado essa posição,[529] inicialmente o STF não a acolheu,[530] o que só veio a acontecer em julgamento mais recente:

> Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n° 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002). Alienação fiduciária em garantia. Decreto-lei n° 911/69. Equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. Prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei n° 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido.[531]

Propriamente na esfera criminal, há um precedente do STF a respeito de um peculiar – e suspeito – contrato estabelecido na seara dos contratos administrativos de concessão de serviço público. No caso, uma empresa fora contratada por licitação para vender vales-transporte em nome do poder público. O contrato, para alguns simples prestação de serviços,

---

[529] STJ, Corte especial, EREsp 149518, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 05/05/1999, publ. RT 777/145: "Alienação fiduciária. Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos".

[530] STF, Pleno, HC 72131, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, julg. 23/11/1995, publ. DJ 01/08/2003, p. 103, v.m. – vencidos os ministros Marco Aurélio, Rezek, Velloso e Pertence: "'Habeas corpus'. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. 'Habeas corpus' indeferido, cassada a liminar concedida".

[531] STF, Pleno, RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 03/12/2008, publ. DJe-104 05.06.2009.

para outros verdadeira comissão mercantil, previa o prazo de três a quinze dias, a depender do tipo de vale vendido, para transferir o valor obtido na venda aos cofres públicos. A peculiaridade do contrato estava não apenas no prazo, mas na ínfima comissão de 0,0009% que era atribuída ao concessionário.

O fato ocorrido foi que a empresa se utilizava do dinheiro obtido para investir no mercado financeiro antes do prazo de entrega como mecanismo de potencializar os lucros da operação e, em um desses investimentos, sofreu revezes além do previsível e se revelou incapaz de restituir a quantia, motivo pelo qual foi indiciada pelo crime de apropriação indébita. O interessante para o tema em exame foi o debate capitaneado pelo ministro Ilmar Galvão, que sustentava que as circunstâncias concretas do contrato – a pequena comissão, o prazo –, aliadas ao fato de que obviamente não se estabeleceria um contrato como este sem existência de contraprestação, levava a crer a existência de uma autorização para a comissária fazer os investimentos. O ministro ponderou que um poder como este era incompatível com a condição de mero detentor, depositário irregular ou mesmo mutuário, e assim não se tratava de comissão mercantil, mas de contrato atípico misto, com autorização implícita para usar o dinheiro, o que afastaria a incidência do tipo penal. Acompanhado pelo ministro Sepúlveda Pertence, o debate seguiu com o ministro Moreira Alves, mas a decisão do STF no final restringiu-se em negar o *habeas corpus* pleiteado por falta de inépcia da denúncia levando em conta obstáculos preliminares processuais.[532]

2. O potencial conflito entre tipos e o papel da análise doutrinária em abstrato

Outra repercussão do método em exame, ou melhor, outra preocupação relativa à utilização deste método, diz respeito a uma eventual desvalorização do papel da análise doutrinária dos tipos em abstrato. Uma vez que a qualificação se pauta pela causa concreta do

---

[532] STF, 1ª T., HC 80672, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 10/09/2002, publ. DJ 12-09-2003: “Direito penal e processual penal. Apropriação indébita. Denúncia. "habeas corpus": alegações de inépcia da denúncia e de falta de justa causa para a ação penal. 1. A denúncia não é inepta, pois preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. 2. E não se pode negar a existência de justa causa para a ação penal, pois a caracterização da apropriação indébita não é de se descartar, de pronto, muito menos para se admitir a configuração de simples inadimplemento contratual. Para isso, seria necessário não só aprofundado exame de cláusulas do contrato, mas, e, principalmente, as circunstâncias reveladoras das formas pelas quais as partes as vinham cumprindo. 3. Em tais circunstâncias, é temerário o trancamento da ação penal, sem se ensejar ao Ministério Público a oportunidade de demonstrar a configuração do ilícito penal que imputou ao paciente. 4. Se é certo que o S.T.J. considerou inadmissível a inserção de questão nova, no recurso ordinário que examinava, não deixou de enfrentá-la, até com reprodução do parecer do Ministério Público federal, a esse respeito. 5. Enfim, não evidenciada a inépcia da denúncia nem a falta de justa causa para a ação penal, o pedido de "habeas corpus" resta indeferido.”

contrato e constata-se que os tipos não possuem uma individualidade rígida e pré-definida, mas apenas uma difusa imagem global composta por uma variedade de índices, teme-se pela cientificidade da qualificação, que se tornaria um procedimento totalmente casuístico e concentrado nas mãos, subjetivas, do juiz.

De fato, como foi exposto, as transformações operadas na teoria de interpretação, especialmente aquelas relativas à ampliação da liberdade do intérprete e à valorização da possibilidade de aferição das peculiaridades do fato concreto, conduziram de modo geral ao aumento de poder nas mãos do juiz, o qual é limitado principalmente por conta da exigência de fundamentação argumentativa das decisões. Mais especificamente no âmbito contratual, a funcionalização, em seus diversos aspectos, e a incidência direta dos princípios contratuais corroboram este movimento. No entanto, o reconhecimento da flexibilidade dos tipos e da heterogeneidade dos índices que os compõem não desfavorece a importância do estudo doutrinário dos enunciados normativos em abstrato, mas, ao contrário, a demanda em maior intensidade.

Considere-se, como destacado, que a qualificação, pautada pela busca dos efeitos jurídicos adequados à causa concreta daquele contrato específico, pressupõe o conhecimento não apenas do tipo que mais se avizinha dele, mas do ordenamento como um todo, ou seja, das demais normas típicas que com aquelas se relacionam horizontalmente e dos princípios que as inspiram verticalmente. Este tipo de tarefa, não pode ser operada por um sujeito isolado salvo se fosse um verdadeiro "juiz Hércules", conhecedor de todos estes fatores.[533] Aqui entra o papel fundamental da doutrina, de construir estudos relativos às potencialidades de cada norma típica, das diversas relações que mantêm, fornecendo a base científica que será incutida na formação de cada intérprete.

A atuação da análise doutrinária dos tipos em abstrato entra na constituição da chamada pré-compreensão, que desempenha o relevante papel de mecanismo indireto de controle da liberdade criativa, pois se constrói normalmente a partir de parâmetros minimamente compartilhados coletivamente, fruto de debates anteriores e premissas que

---

[533] A expressão vem do modelo proposto por Ronald DWORKIN no qual o juiz, diante dos caos difíceis, deve ter em conta todos os elementos do ordenamento à luz dos seus princípios e da história institucional da articulação entre eles (Ronald DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 136), modelo no qual a tarefa imposta ao juiz só seria possível se sua capacidade intelectual fosse comparável à força física de Hércules, segundo Jürgen HABERMAS. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy, Cambridge: MIT Press, 1998, p. 212. Para uma análise da controvérsia, v. Gisele CITTADINO. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 190.

envolvem a formação do intérprete como integrante de uma comunidade de horizontes compartilhados.[534]

De forma mais ampla, aplica-se aqui o mesmo raciocínio desenvolvido quanto à ponderação de princípios. Em que pese o fato de que a ponderação de princípios colidentes deve ser realizada em vista das características do caso concreto, a ponderação em abstrato desempenha relevante valor no conhecimento geral do ordenamento e de suas possibilidades e pontos nebulosos, preparando o terreno para a análise do caso concreto ainda por surgir. Assim leciona Ana Paula de Barcellos:

> Na verdade, mais que possível, é desejável que a ponderação se desenvolva também antes do surgimento do caso concreto. Na medida em que a ponderação vai sendo forjada em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados, o juiz terá balizas pré-fixadas quando se defrontar com casos reais.[535]

A avaliação em abstrato dos enunciados normativos típicos, estabelecendo premissas acerca de seus significados e seus limites com relação a outros enunciados, sistematizando análises anteriores e predizendo perspectivas hipotéticas futuras, não é incompatível com o método proposto nem lhe cria restrições ou obstáculos; ao contrário lhe fornece um repositório de informações a partir do qual poderá o intérprete basear-se para identificar a qualificação mais adequada quando se depara com uma nova causa concreta.[536] Prossegue a autora:

> [...] a observação e a contínua experiência com a interpretação a aplicação desses dispositivos produz uma espécie de banco de dados formado por situações típicas e elementos de fato relevantes, em função dos quais é possível, mesmo em tese, isto é, independentemente de um caso concreto específico, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor parâmetros.[537]

Este pano de fundo teórico não contrasta com a liberdade reconhecida ao intérprete, uma vez que este, identificando peculiaridades na causa concreta do contrato em exame que o distingam da hipótese pensada abstratamente, pode rejeitar as premissas estabelecidas e

---

[534] Margarida Maria Lacombe CAMARGO. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 59.

[535] Ana Paula de BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 147.

[536] Como explica Giorgio DE NOVA, "material para a reconstrução do tipo é oferecido por aqueles 'critérios práticos' que a doutrina, movendo-se da perspectiva do conceito, traz ao âmbito dos dados úteis não só a delinear o tipo legal, mas a permitir o enquadramento do caso concreto (Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 142).

[537] Ana Paula de BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 149.

determinar outros efeitos jurídicos. Nestes casos, o estudo prévio ainda terá desempenhado importante papel que é viabilizar a identificação da peculiaridade da causa concreta que justifica seu tratamento normativo diferenciado, o que necessariamente será exposto na fundamentação da decisão – e assim contribuirá para novos estudos doutrinários sobre o tema. De fato, quanto mais consolidada e difusa for a pré-compreensão abstratamente estabelecida acerca daquele tema, maior será o ônus argumentativo do intérprete para justificar sua decisão em sentido diverso:

> Uma vez que as circunstâncias fáticas imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos. [...] Nem sempre, todavia, os parâmetros concebidos em abstrato serão capazes de solucionar adequadamente um conflito normativo concreto. [...] Nesses casos, para além da aplicação dos parâmetros, será necessária uma ponderação específica, particular para aquela hipótese: um modelo de alta costura, cosido sob medida, e não um modelo *prêt-a-porter*. [Neste caso] haverá um conjunto importante de *standards* públicos a sua disposição e, mais que isso, caberá a ele justificar de forma específica por que os *standards* existentes não são adequados para aquele caso concreto ou merecem algum tipo de adaptação.[538]

Estes estudos têm importância especialmente reforçada pela constatação exposta de que os tipos não se organizam de maneira uniforme, mas, ao contrário, além de deixarem diversos espaços aparentemente "vazios", tendem com freqüência a sobrepor-se uns aos outros, criando potenciais conflitos normativos. Estas áreas de confusão entre dois ou mais tipos ensejam diversos problemas de qualificação na medida em que contratos concretos se avizinham delas, acenando com a possibilidade de aplicação de mais de um tipo de normativa típica. A gravidade destes conflitos, no entanto, é muito maior para os métodos tradicionais, nos quais se espera que o contrato concreto venha a enquadrar-se, por meio de um processo subsuntivo, em apenas um dos tipos. Sob a perspectiva funcional, não há obstáculo à incidência de normas de mais de um tipo, cuja aplicação será justificada argumentativamente, especialmente reforçada se já houver prévios estudos acerca do conflito em abstrato entre aqueles tipos.

Assim, mesmo nos tipos mais tradicionais pode-se verificar o eventual conflito, como no caso dos tipos da troca e do mútuo, mencionados em estudo de Maria Celina Bodin de Moraes baseado em caso controverso.[539] No caso, Vitor José Dumoncel e sua mulher

---

[538] Ana Paula de BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 150-152.

[539] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 313-314.

celebraram contrato com a Quero-quero pelo qual esta lhes daria dez mil sacas de soja. Em troca, dali a certo prazo, a Quero-quero se comprometia a entregar quinze mil sacas de soja da mesma espécie que a recebida. Os autores pleitearam a revisão judicial do contrato, alegando sua excessiva onerosidade, em especial afirmando que a quantidade acrescida representa juros ilegais (CC, arts. 533 e 586). Primeira e segunda instâncias julgaram improcedente o pedido, afirmando que se tratava de troca, e não de mútuo, pelo que não se havia de falar em juros. O voto decisório do ministro Eduardo Ribeiro, transcrito pela autora, retrata ter por pressuposto a distinção doutrinária entre os tipos:

> A troca pressupõe que se dê alguma coisa para receber outra diferente. Se um dos contratantes obriga-se a devolver aquilo que recebeu, a hipótese será de empréstimo e não de troca. Claro que, tratando-se de coisas fungíveis, não serão restituídas exatamente as mesmas que foram recebidas, mas outras, da mesma espécie e qualidade. Procedendo-se à devolução após algum prazo, como normalmente ocorre, poder-se-á estabelecer seja feito um acréscimo, que corresponderá aos juros. Estes não se referem apenas ao empréstimo de dinheiro, mas aos mútuos em geral, como evidencia o disposto no artigo 1.262 do Código Civil [de 1916]. [...] Sendo a hipótese de mútuo e representando juros o acréscimo, incide o disposto no Decreto 22.626, cujas normas proibitivas referem-se aos mútuos em geral e não apenas aos empréstimos em dinheiro.[540]

Não se tomando a análise doutrinária do tipo como um elenco de elementos necessários e suficientes que aprisiona a avaliação do intérprete, o estudo abstrato apenas facilita o conhecimento dos enunciados normativos potencialmente aplicáveis. Assim observa-se que o flagrante desequilíbrio entre as prestações do contrato concreto foi propulsor da aplicação específica da norma – presente no tipo do mútuo – de restrição aos juros, mais eficiente e adequada a coibir a referida desproporção.

No igualmente tradicional embate entre a figura do encargo e as hipóteses de condição ou de contraprestação, também os estudos doutrinários são valiosos no sentido de permitir o conhecimento base para a solução de conflitos concretos na seara da qualificação contratual, bastando pensar no exemplo dos contratos de financiamento por instituições públicas, como o BNDES, sobre os quais controvertem os tipos da doação com encargo e do mútuo, com repercussões jurídicas diferenciadas.

---

[540] STJ, 3ª T., REsp 44456, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 22/03/1994, publ. DJ 16.05.1994: "Recurso especial. Admissibilidade, tratando-se de dar a um contrato sua exata qualificação jurídica, não se controvertendo quanto ao respectivo conteúdo ou relativamente a intenção das partes. Mútuo - Troca. A entrega de dez mil sacas de soja, para recebimento de quinze mil, alguns meses após, qualifica-se como mútuo e não troca. O acréscimo representa juros, incidindo o disposto no Decreto 22.626".

Cite-se ainda a distinção construída – e atualmente relativizada – pela doutrina entre os contratos constitutivos de direitos reais e aqueles constitutivos de direitos de crédito. Nestes casos, conflitos como usufruto x comodato, usufruto de bem fungível x mútuo, arrendamento x superfície e alienação fiduciária x *trust*, foram relativizados a reboque da mitigação da dicotomia entre as relações obrigacionais e reais.[541] Neste sentido, a partir da funcionalização dos direitos patrimoniais, sustenta a doutrina mais atual a avaliação em concreto do caráter prioritariamente atributivo ou relacional do direito, em especial diante da problemática da publicidade que, posto característica dos direitos reais, garantindo-lhes tutela mais intensa, não lhes é exclusiva, tendo em vista as diversas situações creditórias contratualmente estabelecidas que são oponíveis perante terceiros.[542]

Mas é na esfera dos chamados contratos de intermediação que se concentram problemas relativos a conflitos entre tipos e, conseqüentemente, também louváveis esforços doutrinários no sentido de compreender o movimento do legislador em adequação à sistemática do ordenamento. Neste sentido, a partir da figura-mãe do mandato, proliferaram modelos de intermediação, com ou sem representação, nos quais os elementos comuns eram mais freqüentes que os distintos, gerando confusão em virtude da diversidade de efeitos jurídicos. Como se destacou em doutrina:

> [...] os contratos que refletem o fenômeno econômico da intermediação (agência, representação comercial, distribuição, comissão, mandato, etc.) não tiveram uma formação sistematizada no cenário jurídico, o que prejudicou (e ainda prejudica) a sua diferenciação pela doutrina e pela jurisprudência.[543]

Já na vigência do CC1916 verifica-se controvérsia jurisprudencial acerca do tipo – na ocasião ainda social – da corretagem. O STF, por exemplo, por entender tratar-se de pura interpretação de cláusulas contratuais, deixou de examinar litígio em que se alegava que a obrigação do locador de executar obras para agenciar compradores para os lotes, embora

---

[541] Roberta Mauro e SILVA. Relações reais e relações obrigacionais: proposta para uma nova delimitação de suas fronteiras. *In* Gustavo TEPEDINO (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 69-98.

[542] Roberta Mauro Medina MAIA. *Dos direitos reais à teoria dos bens: a distinção funcional dos direitos patrimoniais*. Tese de doutorado. UERJ, 2009. No tocante ao princípio da publicidade, v. o detalhado estudo de Daniela Trejos VARGAS. O princípio da publicidade. *In* Maria Celina Bodin de MORAES, (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 387-411, no qual a autora destaca que "a publicidade é, assim, princípio do direito civil, norteador não apenas dos direitos reais mas de todas as situações jurídicas onde se pretenda a produção de efeitos perante terceiros. Assegurar a efetividade dessa publicidade é especialmente relevante para evitar conseqüências gravosas a terceiros de boa-fé" (p. 410).

[543] Carlos Emmanuel Joppert RAGAZZO. Agência e distribuição. *Revista trimestral de direito civil*, n. 19. Rio de Janeiro: jul./set. 2004, p. 8.

avizinhasse o contrato concreto do modelo da corretagem, não o desnaturava do enquadramento como locação (prestação) de serviços.[544]

Mas as dificuldades se acentuam no que diz respeito à distinção entre a figura do mandato e a da corretagem. No caso que propiciou o debate, Wilson Santos Filho moveu ação contra a Servomar para receber honorários em troca de ter prestado serviços para a obtenção de financiamento para construção naval, fixados em 3% do financiamento a serem pagos conforme a liberação da quantia. Apesar dos esforços de Wilson, o empréstimo foi obtido por outras vias, motivo pelo qual a Servomar recusou-se ao pagamento. Enquanto a primeira instância assegurou o direito de Wilson à comissão, o TJ reformou a decisão afirmando tratar-se de obrigação de resultado e, como o resultado só foi obtido por obra de outrem, o autor não fazia jus à quantia sob pena de configurar-se enriquecimento sem causa. Wilson então interpôs recurso especial alegando violação ao art. 1.310 do CC1916, que afirma: "É obrigado o mandante a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas de execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa". O STJ, contudo, não esposou o argumento, por entender que o tipo do mandato era distinto do modelo que guiava o caso – a corretagem, na época ainda não tipificada pela lei:

> Contrato de mediação. Serviços prestados. Correção monetária. Nulidades processuais. [...] Embora apresente pontos de aproximação com o mandato, a corretagem deve ser tratada com autonomia, visto que configura contrato atípico, sendo impertinente a alegação de ofensa, no caso, ao art. 1.310 do Código Civil. [...] Recurso não conhecido.[545]

A questão, no caso, seria que, caracterizado o contrato como mandato, a remuneração seria devida pela simples atuação no sentido da obtenção de negócios, enquanto se fosse enquadrado sob o tipo da corretagem, exigir-se-ia a efetiva obtenção do resultado negocial pretendido.[546] No entanto, mesmo hoje tipificada pelo Código Civil de 2002, os confins do tipo da corretagem estão ainda longe de serem claros no que se refere a este ponto, uma vez que, diante do fato de que o malogro da intermediação não caracteriza inadimplemento do corretor se houve a efetiva "aproximação útil", mesmo a melhor doutrina hoje se volta a classificar a obrigação do corretor também como obrigação de meio, e opta-se por caracterizar

---

[544] STF, 1ª T., RE 77052, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. 11/12/1973, publ. DJ 15-03-1974: "Corretagem. Contrato misto. Não nega vigência ao art.1.231, par 1, do Código civil, o acórdão que, interpretando clausulas, entendeu não existir para locação de serviços, mas contrato inominado, compósito, envolvendo construções a cargo do locador de tais serviços (súmula n 454)".
[545] STJ, 4ª T., REsp 29738, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, julg. 24/05/1994, publ. DJ 15/08/1994.
[546] Orlando GOMES. *Contratos*, 26. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 473-474.

o tipo distintivamente por traço que não se encontra expresso nos enunciados normativos do tipo legal: a imparcialidade do intermediário.[547]

Mas é sem dúvida na seara dos contratos pelos quais o intermediário atua de forma a revender produtos de um determinado fabricante, mas com uma série de restrições e exigências impostas pelo mesmo, que se afiguram com maior freqüência problemas relativos ao conflito entre tipos, especialmente quanto à possibilidade e forma de resilição unilateral do contrato. Já em 1975, o ainda incipiente tipo social foi levado ao STF, que se deparou com o problema ao examinar um contrato pelo qual a Nova Texas recebeu autorização da Volkswagen do Brasil para a revenda de veículos de sua fabricação e, para isso, deveria realizar alterações em sua oficina e lojas e cumprir outras exigências. A empresa despendeu custos para fazer as alterações, mas subitamente foi comunicada que não fazia mais parte das agências autorizadas, razão pela qual entrou com ação de indenização. A autora alegava tratar-se de representação, mas a ré afirmava ter celebrado simples compra e venda mercantil. O argumento da ré foi derrubado pelos ministros ao constatar que, em concreto, criaram-se diversas cláusulas peculiares, como o direito de fiscalização e a cláusula de exclusividade: enquanto a Nova Texas se comprometia a manter a oficina adequada, oferecer assistência mecânica com peças da fabricante, a fabricante difundiria a qualidade dos veículos. Isto gerava a concessão de vendas que, por ter prazo indeterminado, impunha aviso prévio para a denúncia, em interpretação expressamente analógica:

> Contrato atípico. A exigência do aviso prévio, em virtude da aplicação analógica de princípio disciplinador de contrato típico afim do atípico em causa, não viola o prg 2 do artigo 153 da Constituição Federal, os artigos 131, prg 4, e 133 do Código Comercial, e o artigo 115 do Código Civil. O não conhecimento do recurso impede, por causa do âmbito estreito do recurso extraordinário, que se examine questão de incompetência, ainda que absoluta, alegada depois da interposição do recurso. Recurso extraordinário não conhecido.[548]

A hipótese se tornou de tal forma freqüente que a intervenção do legislador foi inevitável: além da alteração da já existente lei de representação comercial (L. 4.886/65, alterada pela L. 8.420/95), foi promulgada a lei de concessão mercantil voltada para o caso específico de escoamento da produção de veículos automotores, a chamada "lei Ferrari" (L.

---

[547] Sobre o tema, v. Gustavo TEPEDINO. Questões controvertidas sobre o contratos de corretagem. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2008, p. 133-159, em destaque o trecho da quarta edição da obra no qual afirma: "revendo-se a opinião manifestada nas edições anteriores deste *Temas*, mostra-se mais apurado descrever a obrigação do corretor como sendo de meio" (p. 151).

[548] STF, 2ª T., RE 81052, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 17/10/1975, publ. RTJ 76-02/618.

6.729/79) e, finalmente, o Código Civil de 2002 juntou a este manancial a previsão expressa de tipos como a agência e a distribuição, a já citada corretagem, a incorporação do tipo comercial da comissão, ao lado ainda dos tipos tradicionais como o mandato, sem, contudo, revogar a legislação especial.

A previsão destes diversos tipos no Código Civil de 2002, entretanto, não pacificou o debate: ao contrário, aparentemente o tornou ainda mais acirrado. A pulverização dos tipos parece ter produzido mais perguntas do que respostas. Como afirma Carlos Ragazzo:

> A intervenção do legislador, no entanto, não trouxe soluções ao problema da identificação jurídica dos tipos contratuais de intermediação. Aliás, pelo contrário. É grande a confusão entre as figuras contratuais, sobretudo ao se considerar as similaridades entre os contratos de agência e de representação comercial, bem como entre o contrato de concessão mercantil e o contrato de distribuição. Há sérias dúvidas se o novo Código Civil representou qualquer avanço em direção ao fim da confusão terminológica e à sistematização dos contratos comerciais de intermediação.[549]

Neste ponto, é ilustrativo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, a autora celebrara contrato verbal pelo qual passava a ser responsável, com exclusividade, pela distribuição e revenda dos produtos da empresa-ré na região, e agora, pleiteava indenização pelo rompimento de forma antecipada do contrato entabulado entre as partes. O grande desafio foi verificar que o contrato firmado, não obstante celebrado sob a forma verbal, remonta a um contrato de distribuição. Daí o esforço do intérprete de, com base na doutrina, identificar o tipo do contrato de distribuição, já que, como foi destacado no voto, "o que interessa no caso concreto é a distinção do contrato de agência do contrato de distribuição [...]. De forma equivocada, foi aglutinado no mesmo capítulo do Código Civil pátrio o contrato de agência ao contrato de distribuição". De fato, o voto é enfático nesta direção:

> De forma que, forçoso concluir que o contrato de distribuição que vem sendo apontado na doutrina como contrato misto, na verdade, caracteriza-se como um contrato distinto e autônomo si considerado em tese abstratamente, cada um per si. Entretanto, sem adentrar a discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em certas circunstâncias o contrato firmado pelas partes pode apresentar pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, mas que pode ser fundida em um só contrato sob o influxo de uma só causa, de uma única função econômica. Isto significa que um só documento pode conter vários contratos, como um só contrato pode ter como fonte, no sentido formal, diversos documentos. De maneira que o contrato de distribuição não se confunde com o contrato de comodato, de locação, de compra e venda de combustível ou de bem móvel, de forma que no contrato de distribuição este está de tal forma ligado ou fundido ao contrato de compra e venda, que não podem se separar, sob pena de se chocarem com o fim do negócio realizado

---

[549] Carlos Emmanuel Joppert RAGAZZO. Agência e distribuição. *Revista trimestral de direito civil*, n. 19. Rio de Janeiro: jul./set. 2004, p. 8.

> que, no caso concreto, se volta à venda do produto em determinada região (Estado do Rio de Janeiro). Da mesma forma o contrato de compra e venda de mercadoria ou produto ou de representação com objetivo de distribuição não predomina sobre o contrato de distribuição confundido o procedimento em um só negócio pela unidade do fim. Há desse modo um negócio jurídico, que se acha caracterizado em um contrato misto e não uma união de contratos. De acordo com a melhor doutrina, o que caracteriza o contrato misto é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos enlaçados pelo caráter unitário da operação econômica cujo resultado a elas asseguram. Portanto quando falamos de contrato de distribuição, estamos diante de um contrato peculiar (atípico).

Prosseguindo, afirma com base em Orlando Gomes que o distribuidor é comerciante autônomo, atua por "conta própria", em modalidade de comércio atacadista, e que a mercadoria passa à sua propriedade, motivo pelo qual no sistema anterior era duplamente tributada. A partir disso tenta catalogar os índices deste tipo:

> Conceito – Contrato de Distribuição – Doutrina e Jurisprudência. Fatores identificáveis que normalmente são vinculados ao contrato de distribuição: a) encerra várias operações de compra e venda de bens, destinado à revenda pelo distribuidor, identificáveis por uma unidade de causa (função econômica); b) Proveito econômico do distribuidor que equivale ao lucro obtido na venda da mercadoria; c) a propriedade do bem passa do fabricante para o distribuidor e posteriormente ao terceiro adquirente do produto, ou seja, o distribuidor vende um bem de sua propriedade e não realiza uma mera intermediação entre o fabricante e o distribuidor final, como ocorre, por exemplo, na representação comercial; d) o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em uma determinada zona; e) há vinculação (ou mesmo subordinação) econômica entre o fabricante e o distribuidor.

Ao final do extenuante esforço para a caracterização do novo tipo, a distribuição, a conclusão foi no sentido do seu enquadramento:

> Competência Recursal – Ação de Indenização – Rescisão de contrato verbal – Contrato de Distribuição de produtos adquiridos da Pepsi-Cola Engarrafadora Ltda. – Negócio Jurídico. Se o distribuidor adquire mercadoria em grosso, com exclusividade, na qualidade de comerciante autônomo, para negociá-la como sua, a operação toma o nome de conta própria. Assim, não se pode falar em contrato misto com predominância da compra e venda de bem móvel, em prestação de serviço, contrato de agência ou de representação comercial, mas em contrato simples de distribuição. Nestas condições, compete a uma das Câmaras situadas entre a 1ª e a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a competência residual para apreciar a matéria. Recurso não conhecido.[550]

---

[550] TJSP, 28ª C. D. Priv., Ap. com revisão 930590004, Rel. Júlio Vidal, julg. 10/06/2008. Em outra linha, vale mencionar a decisão do TJRS, 16ª C.C., Ap. Cível 70026731216, Rel. Ergio Roque Menine, julg. 09/04/2009: "Apelação cível. Ação de resolução contratual por inadimplemento de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos patrimoniais e morais. Distribuição comercial. Improcedência da demanda. Contrato de distribuição comercial é considerado atípico, pois utiliza várias espécies contratuais, sem nenhuma definição específica. Para análise da rescisão contratual, deve-se aplicar as normas gerais que regulam os contratos,

Os estudos doutrinários ainda incipientes que se orientam a esclarecer a babel de tipos em torno de mecanismos de intermediação, voltados marcadamente a viabilizar, ainda que indiretamente, a distribuição de produtos e serviços junto a mercados específicos, são mais promissores quando se desvinculam de buscar detectar rígidos elementos essenciais a cada um dos tipos idôneos a viabilizar-lhes a subsunção de contratos concretos e, em seu lugar, se orientam a compreender a *ratio* das normas oferecidas pelo legislador, de forma a possibilitar sua aplicação quando, no caso em exame, as circunstâncias o justificarem. Neste sentido, como se depara do citado julgado do STF, a prioridade da intervenção legislativa neste tipo de relação é evitar o abuso de poder econômico, que se viabiliza especialmente por meio de cláusulas de fixação e sugestão de preços, de exclusividade e de venda casada.[551] Esta intervenção protetiva deve ser mais intensa quanto menor for a autonomia efetiva do encarregado (distribuidor, representante, agente, comitente...), que se manifestam também pelo seu grau de investimento e exposição.

3. Causas concretas que afastam e que atraem normas típicas

No método de qualificação pautado pela subsunção formal do contrato concreto ao tipo abstrato, a distinção entre os casos que se enquadram no tipo e aqueles que dele escapam deve ser nítida e rígida, pois enquanto os primeiros recebem uma normativa predeterminada – todas e tendencialmente apenas as normas cominadas para aquele tipo específico –, os segundos submetem-se apenas às normas gerais relativas aos contratos.

No entanto, o desenvolvimento aqui exposto relativo à teoria da interpretação, especialmente no que diz respeito à positivação e utilização de tipos em lugar de conceitos, revelaram que a abertura natural da linguagem aliada à diversidade e heterogeneidade dos elementos – índices – que caracterizam os tipos tornam estes mecanismos muito mais flexíveis e abertos do que a princípio se supunha. Não apenas um vasto conjunto de contratos concretos corresponde ao mesmo modelo abstrato do tipo (o que já era reconhecido pela metodologia tradicional), mas mesmo contratos que não contenham todos aqueles índices mencionados na previsão abstrata podem, ainda assim, submeter-se às normas lá previstas.

---

conjugado às cláusulas contratuais estipuladas pela partes. Solução da lide com base no ônus da prova. Não tendo a parte autora se desincumbido do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, como determinado pelo artigo 333, I, do Código de Processo Civil, ou seja, de que empresa requerida descumpriu com o que pactuado entre as partes, demonstra-se imperativa a improcedência da demanda. negaram provimento ao recurso. Unânime".

[551] Carlos Emmanuel Joppert RAGAZZO. Agência e distribuição. *Revista trimestral de direito civil*, n. 19. Rio de Janeiro: jul./set. 2004, p. 9.

Neste sentido, a doutrina que contemporaneamente trata do tema refere-se comumente à elasticidade própria do tipo. Uma vez que os variados índices que o caracterizam não são elementos necessários ou suficientes, o contrato concreto pode não possuir um, alguns ou mesmo vários deles e, apesar disso, continuar a sofrer a incidência daquelas regras. Somente a partir de um ponto extremo é que, sendo esta elasticidade limitada, o contrato concreto se desvincularia daquele modelo abstrato. Na significativa imagem de Giovana Cunha Comiran:

> O fato de a teoria tipológica ter colocado tal característica em evidência [a elasticidade atribuída ao tipo não pode ser ilimitada], nos permitiu desenvolver a idéia de que *há um momento máximo de maleabilidade*, em que não mais será possível compreender esse objeto como típico. E, ainda que algumas vezes seja difícil defini-lo, é aí que se estabelecem as fronteiras entre o *típico* e o *atípico*, entre o dado real que pode e o que não pode ser lido como típico. A exemplo do que ocorre com as molas no estudo da Física, existe aqui também um ponto ideal máximo de deformação, o qual, uma vez ultrapassado, deforma a 'mola', alterando sua elasticidade. A essa *flexibilidade limitada do tipo*, entendemos chamar, a exemplo do que ocorre no estudo das molas, pois, *coeficiente elástico do tipo*.[552]

No método aqui proposto, contudo, a distinção entre contratos típicos e atípicos é relativizada e a classificação nestes termos, se ainda tem algum valor, é puramente descritivo. Como foi exposto, acredita-se que o juízo acerca da relação entre o contrato concreto e o tipo é analógico, uma avaliação de aproximação, uma escala gradual na qual um contrato não será puramente típico ou atípico, mas sim mais ou menos típico, reconhecendo-se a enormidade de escalas de cinza entre os extremos preto ou branco. Trata-se, nestes casos, de um "juízo de prevalência, já de per si estranho ao esquema da subsunção".[553] Neste sentido afirma Giorgio De Nova:

> Tratando-se de recondução a um tipo, e não de subsunção a um conceito, não se está de frente a uma alternativa em termos de pertencimento ou não pertencimento; é possível, ao invés disso, um pertencimento maior ou menor, com a conseqüência de uma aplicação maior ou menor da disciplina legal.[554]

---

[552] Giovana Cunha COMIRAN. *Atipicidade contratual*: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 44-45 – grifos no original.

[553] Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 115.

[554] Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 143. Na mesma linha, explica Giovana Cunha COMIRAN "A esse processo de ascender do caso concreto ao tipo normativo chama-se recondução. É fundamental para tanto que haja uma relação 'não necessariamente de identidade, mas de conformidade suficiente'. E tal processo se inicia exatamente na verificação global do caso e na consideração das possibilidades típicas como hipóteses possíveis à recondução em vista das suas características plausíveis de flexibilidade. Não se trata, pois, de um juízo de pertinência ou exclusão, mas de maior ou menor pertinência, podendo, por isso, propiciar uma aplicação também em maior ou menor da disciplina legal" (*Atipicidade contratual*: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 117).

A terminologia “típico”/“atípico”, contudo, pode continuar a ser utilizada tendo-se em mente a referida relativização de seu papel e a mitigação do rigor dos seus termos. Pode-se entender que a dita tipicidade do contrato não significa seu encastelamento em um núcleo isolado de normas. Àquele contrato continuarão a ser aplicáveis normas de outros tipos que encontrem justificação para sua incidência concreta. A diferença estará, novamente, no ônus argumentativo para o processo: no contrato dito típico relativamente a um modelo específico, a aplicação de normas referentes a outros modelos demandará uma justificação mais extensa do que a aplicação das normas pertencentes àquele mesmo modelo. O efeito da alegada tipicidade estaria em estabelecer, *a priori*, ainda que de forma precária, a aplicabilidade ao contrato das normas referentes àquele tipo. Isto, reitere-se mais uma vez, não dispensa o intérprete de analisar cuidadosamente a causa concreta do contrato e pesquisar no ordenamento como um todo as normas que lhe sejam mais adequadas.

Assim, esta pressuposição de aplicabilidade das normas típicas pode persistir ainda com a constatação das características próprias da causa concreta do contrato em exame, bastando que o intérprete identifique as outras normas que também serão aplicáveis e que não colidem com o modelo normativo abstrato. Mas quando ocorre a referência ao rompimento da elasticidade do tipo, ao sutil momento de transição para a atipicidade, refere-se à constatação de que a causa concreta daquele contrato contém tal número de peculiaridades que não mais se justifica partir da premissa de que as normas referentes àquele tipo lhe seriam aplicáveis.

Alguns exemplos podem ser mencionados para ilustrar esta transição. Assim, em que pese o CC1916, em seu art. 1.280, determinar que “o depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”, nossa jurisprudência já manifestou o entendimento de que é possível que, mesmo em concreto tratando-se de coisa fungível, o contrato permaneça regulado como depósito regular. A decisão do STJ garantiu a possibilidade de recorrer à ação de depósito mesmo a coisa sendo fungível, pois o contrato permanecia típico, sem garantia para o débito e sem destino de compra pelo depositário:

> Embargos de divergência. Armazém geral. Bem fungível. Cabimento. Ação de depósito. 1. O contrato de armazenagem de bem fungível caracteriza depósito regular, pois firmado com empresa que possui esta destinação social, sem qualquer vinculação a financiamento, ut Decreto 1.102/1903. Cabível, portanto, a ação de depósito para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato típico.

> Precedentes (REsp 210.674/RS e REsp 418.973/RS). 2. Embargos de divergência conhecidos mas improvidos.[555]

Ainda mais controversa encontra-se a permanência no âmbito da locação dos contratos pelos quais se cede boxe ou estande em estabelecimento comercial. Em decisão do TJSP entendeu-se "risível juridicamente" a iniciativa das partes de denominar a avença "instrumento particular de contrato atípico de cessão temporária para uso de stand/box", pois teria o objetivo de "disfarçar, e mal, uma locação comercial, fugindo assim das limitações impostas pela lei 8.245/91". A argumentação do relator para manter o contrato, a despeito de suas peculiaridades, no âmbito da Lei do Inquilinato, pautava-se na afirmação de que, no caso, o "Shopping 'Stand Center' não passa de um shopping – centro de compras – comum", "não é local para eventos ou feiras específicos, como por exemplo, o Anhembi, única hipótese em que se justificaria um contrato como o juntado aos autos, não enquadrado na Lei do Inquilinato". A partir disso, o efeito normativo indicado quanto ao modelo típico: "eventual inadimplemento ou infração contratuais por parte da apelante deveriam ter sido objeto de ação de despejo (lei 8.245/91, artigo 5º, 'caput'), nunca de desforço próprio, imediato, em razão de suposto esbulho possessório":

> Ação declaratória de anulação de duplicatas, c.c. indenização. Contrato atípico de cessão temporária de "stand/box" a disfarçar relação locatícia comercial. Shopping Center comum, não local para feiras e eventos. Duplicatas de prestação de serviços anuladas. Danos materiais e morais não demonstrado. Ônus sucumbenciais repartidos. Apelo provido parcialmente.[556]

A qualificação não é pacífica, mas o problema é freqüente. Em hipótese similar, o TJMG analisa contrato de locação de boxes constantes do complexo comercial popular intitulado de Shopping Popular Tupinambás, para cuja utilização é imprescindível a prévia autorização da Prefeitura de Belo Horizonte. No caso, houve a revogação da autorização de exploração do boxe do recorrido com fundamento no seu contumaz descumprimento do regulamento interno, mais especificamente inadimplência e manutenção do boxe fechado por mais de 24 horas. Diante da revogação o Conselho Gestor procedeu à notificação prévia do locatário para desocupação do boxe no prazo de trinta dias e, não sendo cumprida, providenciou a retomada do boxe do recorrido, sendo lavrado o auto de interdição. No caso, contudo, destacou-se que a atipicidade relativa ao contrato de locação decorria também do

---

[555] STJ, 2ª S., EREsp 396699, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, julg. 10/12/2003, publ. DJ 03/05/2004.
[556] TJSP, 11ª C. D. Priv., Ap. 1311749600, Rel. Soares Levada, julg. 12/03/2009.

fato de a contratação estar vinculada a um ato da Prefeitura de fornecer ao locatário a autorização prévia, acrescido pela circunstância de a própria Prefeitura ter elaborado o regulamento do shopping:

> Apelação cível – Ação de indenização por danos morais e materiais – Contrato de locação – Desocupação do box – Medida tomada pelo conselho gestor – Ausência de citação do litisconsórcio passivo necessário. Em razão do Conselho Gestor ser o responsável pela retirada do autor do box locado, é indispensável a presença do Município de Belo Horizonte nesta ação como listisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 47 do CPC. V.v. Evidenciado que o contrato de locação de box em shopping popular foi celebrado com pessoa jurídica de direito privado, a competência para conhecer e julgar ação de indenização por recusa de renovação da locação, é de Câmara Cível da Unidade Francisco Sales deste Tribunal.[557]

Também controverso foi o julgamento no âmbito do STJ acerca da possibilidade de inserção no âmbito das relações de consumo dos contratos de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) que estivessem vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS). A jurisprudência já pacificara o entendimento de que a compra e venda financiada de imóvel, mesmo através do SFH, permanecia sob a incidência do CDC.[558] A questão era se a inserção da cláusula FCVS descaracterizava esse enquadramento.

Nestes casos, diante da cláusula pela qual o saldo devedor ao final do contrato é assumido pelo sistema, com grande desembolso do governo, os julgados das turmas de direito público entenderam que o mutuário já possuía tutela especial, o que justificava que não se aplicasse o CDC e que se admitisse, portanto, a perda das prestações pagas.[559] No caso concreto o imóvel fora cedido a terceiro que parou de pagar e o entendimento da relatora foi na seguinte linha:

> A divisão sistêmica de julgamento, levando em consideração a natureza do contrato de mútuo, tem como razão de ser o conjunto de normas que sobre ele irá incidir, sendo esse aspecto também o traço diferenciador de ambos os tipos contratuais. Portanto, nos contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência das normas contratadas, com visão eminentemente cogente, pela natureza social da avença, sendo exceção as regras de direito contratual privado. Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS preponderam as regras de Direito Privado, dentre as quais as normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor.

---

[557] TJMG, 14ª C.C., Ap. Cível 1.0024.06.103934-3/001, Rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, julg. 21/08/2008, publ. 03/09/2008.
[558] STJ, 1ª T., REsp 678431, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 03/02/2005, publ. DJ 28/02/2005; STJ, 2ª T., REsp 688397, Rel. Min. Castro Meira, julg. 05/04/2005, publ. DJ 23/05/2005.
[559] STJ, 2ª T., REsp 183428, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 18/10/2001, pub. DJ 01/04/2002; STJ, 4ª T., REsp 279340, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 10/04/2001, publ. DJ 11/06/2001.

No entanto, discordaram desta linha o Min. José Delgado, que argumentou com base nos direitos fundamentais do consumidor, em oposição ao regime da ditadura do SFH, e na ausência de prejuízo à cooperativa, e o Min. Fux, cujo voto destacou o seguinte:

> Os contratos típicos impermeáveis ao Código de Defesa do Consumidor são aqueles derivados das licitações reguladas pela Lei 8.666/93. O contrato de compra e venda, ainda que com a cobertura do FCVS não tem natureza de contrato administrativo, onde sobressai a supremacia do Poder Público, a imposição unilateral da Administração e a inclusão das cláusulas exorbitantes, máxime por que lavrados no exercício do ius gestiones , consoante a doutrina nacional e alienígena (Waline, Droit Administratif, 9.ª ed., Sirey, pp. 565 e ss.). Referidos vínculos são denominados Contratos de Direito Privado da Administração, e têm seu conteúdo regulado por essa província do direito (Celso Antônio Bandeira de Mello, in "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 2006, págs. 580 e 581). Deveras, mesmo alguns contratos administrativos mistos, lavrados por concessionárias de serviços públicos, como, v.g., a energia elétrica, admitem a incidência do CDC, inclusive quando o Estado é consumidor (art. 22 da Lei 8.078/90). Tratando-se de contrato de compra e venda pelo Sistema Financeiro da Habitação, são aplicáveis as regras do CDC e, *a fortiori*, a sua exegese jurisprudencial, por isso que, à luz do artigo 53 do mesmo diploma legal e da jurisprudência do Eg. STJ, são restituíveis as parcelas pagas na hipótese de rescisão da avença por força de inadimplemento da cláusula que veda a cessão a terceiros e inadimplemento contratual.

Ao final, contudo, prevaleceu o entendimento da relatora, vencidos os ministros José Delgado e Fux:

> Processo civil – Sistema Financeiro da Habitação – Contrato com cobertura do FCVS – Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor se colidentes com as regras da legislação própria. 1. O CDC é aplicável aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, incidindo sobre contratos de mútuo. 2. Entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial – FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas. 3. Os litígios oriundos do SFH mostram-se tão desiguais que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado examinam as ações sobre os contratos sem a cláusula do FCVS, enquanto as demandas oriundas de contratos com a cláusula do FCVS são processadas e julgadas pelas Turmas de Direito Público. 4. Recurso especial improvido.[560]

Por vezes, a passagem para a descaracterização do contrato com relação ao modelo típico é identificada pontualmente, de forma singela, levando a crer que o modelo tradicional da subsunção seria igualmente satisfatório para a solução do caso. Assim, por exemplo, o caso no qual a Pro Mercado alegava ter celebrado contrato de representação comercial com a AL Cosméticos e pleiteava indenização porque esta teria reduzido unilateralmente as comissões e

[560] STJ, 1ª S., REsp 489701, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 28/02/2007, publ. RT 863/177.

deixado de pagar o valor fixo previsto. A decisão acompanhou a contestação no sentido de que não poderia tratar-se de representação porque esta não pode ser celebrada verbalmente (art. 40 da L. 4.886/65): "Assim, inaplicável a lei nº 4886/65 no julgamento da lide porquanto as partes desatendem os requisitos específicos à caracterização do contrato de representação comercial, motivo porque a causa será examinada sob a ótica da responsabilidade civil, até porque a pretensão inicial consiste na reparação de danos [...] No tocante ao aviso prévio e ao incremento da indenização, sem razão a Apelante na medida em que se baseia no artigo 34, da Lei nº 4886/65 que não incide na hipótese dos autos como antes decidido". O trecho do voto reflete-se no teor da ementa:

> Civil. Responsabilidade civil. Contrato verbal. Rescisão unilateral. Indenização. Dano material. Dano moral. Ação indenizatória pela rescisão unilateral do contrato verbal de representação. Se o negócio jurídico não preenche os requisitos legais que identificam o contrato típico de representação comercial, impossível aplicar no julgamento da lide as regras próprias daqueles contratos, mas os preceitos da responsabilidade civil. Descaracterizado o negócio jurídico como representação comercial, não tem a Autora direito em receber as verbas indenizatórias previstas na lei nº 4886/65.Competia à Autora demonstrar o termo final de vigência do vínculo contratual por ser fato constitutivo do direito que alega, e a ausência de prova importa em adotar a data indicada pela Ré por ser o período em que não divergem as partes quanto à existência do vínculo obrigacional.A pessoa jurídica somente sofre lesão moral quando o fato lesivo abala a honra objetiva consistente no bom nome comercial que desfruta, conforme orienta a Súmula nº 227 do E. Superior Tribunal de Justiça. Os honorários de advogado são arbitrados considerando a complexidade da causa e o trabalho desenvolvido. Valor fixado com acerto na sentença. Recurso desprovido.[561]

No entanto, como já foi observado, apesar dos métodos poderem produzir resultados semelhantes em certos casos, a adequação às exigências de legitimidade democrática em termos de fundamentação argumentativa da decisão justifica a diferenciação, especialmente nas hipóteses em que a peculiaridade da causa concreta impõe um exame mais cuidadoso. Assim, por exemplo, o caso de um contrato que previa a ocupação do imóvel e sua devolução, após vistoria, em três meses, por trás da responsabilidade do ocupante de zelar pela segurança total do imóvel, a função concreta do contrato se revestia de grande individualidade, destacada pelo voto do relator: "a localização do imóvel em área perigosa se constituiu na razão de ser do contrato firmado entre as partes, não existindo qualquer interesse do Apelante em fazer uso do mesmo para si, para seus empregados ou como depósito de coisas. O escopo da avença era preservar a integridade física de seu ocupante dos riscos das obras de

[561] TJRJ, 17ª C.C., Ap. 2009.001.10300, Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira, julg. 08/04/2009.

construção da linha amarela". Esta causa concreta peculiar justificou reputar o contrato atípico:

> Direito Civil. Contrato atípico de ocupação e vigilância de imóvel situado em área de risco durante as obras de construção da Linha Amarela. Desapropriação anterior de parte da área do imóvel, remanescendo imóvel individualizado. O possuidor tem legitimidade para contratar a ocupação de seu imóvel, eis que detém legitimamente sua posse, sendo irrelevante se é ou não seu proprietário. Não comprovado que o imóvel foi devolvido ao legítimo possuidor no prazo, na data, no modo e pela forma previstas no contrato, o contratante faltoso responde pelo valor devido a título de ocupação. A posterior desapropriação por extensão da área onde se situa o imóvel e o pagamento do valor da indenização ao proprietário põe termo ao contrato de ocupação, estabelecendo o termo final da remuneração devida pelo ocupante em contrapartida pelo uso. Prova oral desinfluente para a solução da demanda. Conhecimento e desprovimento do agravo retido. Sentença mantida. Improvimento da apelação.[562]

Na mesma linha, também foi reputado atípico com relação ao modelo abstrato do depósito o contrato firmado entre a associação mantenedora do Hospital Adventista Silvestre e a Comercial Hospifarma. No caso, a associação mantenedora do Hospital fez uso dos marcapassos que lhe entregara em contrato a Comercial Hospifarma, mas, segundo os termos da avença, os equipamentos só poderiam ser utilizados em segurados da previdência após o procedimento formal previsto pelo então Inamps – até então, o Hospital restaria como depositário dos marcapassos. O Hospital implantou os marcapassos sem tal procedimento e, diante da recusa da Hospifarma a pagar, argumentou que não agiu com culpa ou dolo e que se serviu da coisa para os exatos fins a que se destinava por expressa autorização do seu dono. Portanto, uma vez que a norma proíbe ao depositário fazer uso da coisa apenas sem expresso consentimento do proprietário, afirmou que o contrato foi cumprido e que a recusa ao pagamento era ilegítima. O STJ, em outra linha, entendeu que, como a custódia ocorreu para o uso – ainda que mediante procedimento formal – o contrato concreto não era um depósito, mas contrato atípico, pois o depósito pressupõe ainda a devolução da coisa devida:

> Civil. Ilícito contratual. Obrigação de indenizar que deriva da responsabilidade contratual. Utilizados os marca-passos sob a custódia da ré, justamente para o fim a que, se destinavam, ou seja, o implante, descumpriu-se, porém, o avençado, pois os equipamentos foram implantados em desacordo com as normas da autarquia previdenciária, que, por essa razão, recusou-se a efetuar o pagamento a autora, não calhando, assim, a alegação de negativa de vigência ao art. 1275, do Código Civil, mesmo porque, a despeito de repontarem caracteres jurídicos do depósito, trata-se, em verdade, de contrato atípico. É recurso não conhecido.[563]

---

[562] TJRJ, 16ª C.C., Ap. 2005.001.31790, Rel. Des. Rogerio de Oliveira Souza, julg. 20/12/2005.
[563] STJ, 3ª T., REsp 37071, Rel. Min. Paulo Costa Leite, julg. 05/10/1993, publ. RSTJ 55/245.

Sob a perspectiva adotada, da mesma forma que a um contrato dito típico podem ser aplicadas normas que não sejam típicas em razão das peculiaridades da sua causa concreta, o raciocínio inverso também se justifica: a um contrato que não seja reputado "reconduzível" ao tipo é possível aplicar normas pertencentes àquele tipo com fundamento na sua causa concreta.

O argumento é singelo: a dita tipicidade significa apenas que ao contrato são, *a priori*, potencialmente aplicáveis as normas daquele tipo, mas sem qualquer obstáculo a que normas de outros tipos também lhe sejam aplicáveis sob o fundamento – argumentativamente exposto na motivação da decisão – das peculiaridades que revestem a causa concreta daquele contrato. Como abordado, quando essas peculiaridades são em tal intensidade e importância que não mais se justifica partir da premissa de que as normas típicas sejam todas, em princípio, aplicável, neste momento ocorre o que se costuma referir por descaracterização ou desqualificação do contrato com relação ao tipo. Mas, considerando que é a causa concreta que servirá a identificar a normativa aplicável, nada impede que, mesmo descaracterizado o contrato ainda receba a incidência de uma ou algumas normas do tipo. Nas palavras de Giorgio De Nova:

> Em conseqüência, um caso poderá ser subtraído da disciplina legal, embora presentes as características evidenciadas pela definição do contrato especial, se não responde ao tipo que sustenta aquela disciplina; e, de outro lado, um caso poderá ser submetido à disciplina legal se responde ao tipo que a sustenta, ainda que não apresente todas as características requeridas pela definição.[564]

Assim, a relativização da dicotomia entre contratos típicos e atípicos é também a relativização de seus efeitos. Não apenas mesmo o contrato dito típico pode ser regulado por normas não típicas, mas também o contrato não típico pode ser submetido a normas típicas. Neste sentido, o método adotado, ao mitigar os rígidos limites do enquadramento subsuntivo, propicia também uma função extensiva às normas típicas, permitindo eventualmente a aplicação de parte da disciplina do tipo.[565]

Caberá ao intérprete, partindo da causa concreta nestes casos, não restringir-se à verificação da compatibilidade com o modelo típico abstrato como um todo, mas especificamente à *ratio* da norma típica especial de potencial aplicação ao caso, considerando obviamente sua inserção no sistema como um todo. Trata-se, portanto, de uma avaliação da

---

[564] Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 142-143.
[565] Giorgio DE NOVA. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974, p. 148.

compatibilidade funcional entre a norma cuja aplicação é pretendida e a causa concreta do contrato sobre o qual se pretende aplicá-la, levando em conta o atendimento aos princípios gerais do ordenamento.

Na seleção de exemplos que servem a ilustrar a hipótese, as normas específicas da L. 8.245/96 são especialmente disputadas e controvertidas com relação a contratos que não se submetem ao regime geral do inquilinato. Assim o caso examinado pelo TJMG de um contrato pelo qual uma das partes recebia a possibilidade de usar e fruir um imóvel, mas mediante o pagamento antecipado do valor devido pela totalidade do tempo de duração do contrato. O debate era se, diante deste pagamento antecipado que, afirmou-se, desnaturaria o contrato como locação, tornando-o atípico, ainda seria possível a aplicação da norma que permite a revisão judicial do valor do "aluguel". Além de não se configurar prestação pecuniária a termo ou de trato sucessivo, levantava-se contra a aplicação da norma a existência de uma cláusula contratual pela qual o apelante/locador renunciou ao seu direito de revisar os alugueres, o que, de acordo com o voto do relator Afranio Vilela, reproduzindo o decidido pelo Juiz sentenciante, Paulo Fernando Naves de Resende, deveria "prevalecer esta disposição em respeito ao princípio Pacta Sunt Servanda, porque faz lei entre as partes". Mas a avaliação da questão de direito não foi incontroversa: para o des. Marcelo Rodrigues a norma da LI que permite a revisão encontra justificativa não apenas nos casos ditos típicos de locação. Nas suas palavras:

> O contrato celebrado entre o apelante e o apelado é um contrato atípico, uma vez que o valor da locação foi recebido antecipadamente. Entretanto, por continuar em vigor, e com o intuito de se garantir o efetivo cumprimento da função social do contrato e as exigências do bem comum, caberia à parte a possibilidade de requerer a revisão judicial do contrato em discussão. Destarte, não há que se falar na possibilidade da cláusula contratual estabelecida entre as partes ter primazia em face à possibilidade da revisão judicial do valor do aluguel, segundo sustenta o apelado.

A distinta interpretação sobre a questão de direito não influiu, todavia, no resultado da decisão, pois prosseguindo na sua argumentação o desembargador afirmou que, "com a finalidade de se ater aos fins sociais do contrato e de se evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, faz-se importante a produção das provas necessárias para que se verifique a ocorrência e os limites da valorização do imóvel locado". Em razão disso, o fato de a autora apelante não ter requerido a produção de tais provas inviabilizava a pretendida revisão:

> Apelação – Cerceamento à produção antecipada de provas – Rejeição – Julgamento antecipado da lide – Possibilidade – Pagamento antecipado do valor da locação – Contrato atípico – Previsão contratual – Revisão de aluguel – Renúncia expressa. O

> julgamento antecipado da lide não implica em cerceamento à produção de provas requeridas na inicial, se as que foram juntadas aos autos bastam ao correto desfecho da lide. Em respeito ao princípio Pacta Sunt Servanda, é vedada a revisão dos alugueís face à renúncia expressa desse direito mediante o recebimento antecipado do valor integral da locação no período contratado.[566]

Outro exemplo que pode ser aduzido na seara da Lei do Inquilinato diz respeito a caso julgado pelo TJSP no qual se pretendia fazer uso da renovatória de locação comercial para a manutenção de um contrato de terceirização de vagas de garagem. No caso, o Condomínio Edifício Itaim Square, constituído de unidades residenciais e não residenciais, cedeu à Quality Parking Administração de Estacionamentos Ltda. o uso e a fruição das áreas de estacionamento do primeiro e segundo subsolo, constituídas de 273 vagas de garagem. A avença, assim, consistia na "terceirização dos serviços de controle de vagas, estacionamento de veículos e da utilização de manobristas, objetivando a operacionalidade do uso".

Um dos julgadores entendeu que a chave funcional para a compreensão da norma que autoriza a renovatória estava na constituição de fundo de comércio, o que não ocorrera naquele contrato, pois, segundo ele, "nenhum dos interessados procura estacionar seu veículo com vistas à atividade da locatária, mas, sim, buscando as unidades condominiais seja para o uso de moradia ou a procura de atividade comercial ali desenvolvida". Argumentou, assim, no sentido de que a aplicação da norma se justifica como forma de proteger "aquelas atividades desenvolvidas por locatário à custa de seu engenho pessoal, de modo a valorizar a ocupação". Conseqüentemente, estando o contrato concreto fora do âmbito de incidência da LI de modo geral e, especificamente, não se encontrando a justificativa para a incidência da norma específica relativa à renovação compulsória, aplicar-se-iam somente as regras do Código Civil.

De outro lado, argumentou-se que a premissa no sentido da exclusão do contrato concreto do âmbito da L. 8245/91 por ser locação de vaga de garagem estava equivocada. A exclusão imposta pelo seu art. 1º, parágrafo único, alínea 'a', n. 2, restringia-se às hipóteses de relação existente entre o possuidor do veículo e o proprietário da vaga autônoma de garagem ou do espaço para estacionar o veículo, e não à locação de área destinada a estacionamento de veículos. Assim afastou o obstáculo inicial à aplicação da norma – a dita atipicidade frente ao modelo da LI – e afirmou que a dúvida sobre a constituição do fundo de comércio no imóvel

---

[566] TJMG, 11ª C.C., Ap. Cível 1.0701.05.118045-6/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, julg. 16/05/2007, publ. 16/06/2007.

locado deve ser resolvida com a produção de provas. No entanto, este voto foi vencido, prevalecendo o entendimento do relator:

> Locação – ação renovatória – serviços de estacionamento localizado em condomínio terceirizados a administradora – locação atípica de prestação de ser viços – ausência de fundo de comércio necessário ao direito de renovação compulsória do contrato locativo – regência do código civil – incidência do art. 1º, parágrafo único, letra "a", item 2, da lei 8.245, de 18.10.91 – extinção do processo mantida – apelação improvida 1. O contrato de locação de espaço para estacionamento em condomínio edilício, firmado com empresa administradora, configura, na sua essência, mera terceirização dos serviços de controle de estacionamento de veículos automotores. 2. Como os usuários se utilizam do espaço alugado, apenas como meio para a procura das atividades exercidas nas unidades condominiais, não conferem ao locador o reconhecimento de ponto ou fundo comercial protegido pela Lei n" 8.245/9 na forma do art. 1º, parágrafo único, letra "a", item 2, desse Diploma Legal, tais contratos são regidos pelo Código Civil.[567]

Ainda no âmbito da LI pode ser aduzido um terceiro exemplo que diz respeito à utilização de instrumento contratual de cessão onerosa de direito de exploração de bem público como título executivo, tal qual se possibilita no tocante aos contratos de locação regidos pela L. 8.245/91. No caso, julgado pelo TJRJ, o agravante tinha a concessão dos quiosques da orla por vinte anos e celebrou contrato transmitindo a terceiro o direito de exploração do bem público mediante contraprestação pecuniária. Por conta disso, entendeu-se que o "objeto do contrato firmado entre as partes consiste em espécie de cessão onerosa de direito de exploração de negócio comercial, e não apenas do imóvel no qual a atividade empresarial é exercida", atividade que estava "dirigida ao seguimento de produtos e serviços ao público, dentro das especificações estabelecidas pelo agravante, em conformidade com a destinação específica prevista no contrato de concessão de uso de bem público firmado por este último com o Poder Público Municipal, da qual em nenhuma hipótese pode se distanciar". A extensão do objeto, que abrange mais do que o modelo padrão da locação, já o descaracterizava frente ao tipo invocado, mas aduziu-se ainda, para a impossibilidade da incidência da norma típica que confere ao instrumento executividade, o fato de que "tal contrato segue a sorte do ajuste firmado com o Poder Público, o qual se submete às normas de Direito Público e cuja estabilidade é relativa". Assim, concluiu-se:

> Agravo interno. Decisão que negou seguimento ao recurso posto que manifestamente improcedente. 1) Contrato atípico de cessão onerosa de direito de exploração de negócio comercial que não se confunde com locação de imóvel, embora guardem semelhanças na sua fisionomia jurídica, tal como sói acontecer, aliás, entre diversas

[567] TJSP, 26ª C. D. Priv., Ap. com revisão 1251655002, Rel. Norival Oliva, julg. 14/04/2009.

> espécies contratuais. 2) Assim, não se pode conferir feição jurídica de contrato de locação ao ajuste firmado entre as partes, para considerar o documento que instrui a inicial como título hábil a deflagrar o processo executivo, nos moldes pretendidos pela agravante. 3) Recurso ao qual se nega provimento.[568]

Os exemplos, contudo, não se restringem ao inquilinato. O TJSP, por exemplo, deparou-se com o problema relativo à possibilidade de emissão de duplicata em contrato que não se enquadrava exclusivamente no modelo da prestação de serviços (tampouco da compra e venda mercantil). No caso concreto, a ré apelante "assumiu a obrigação de locar equipamentos e materiais, bem como prestar serviços de instalação da decoração de Natal do estabelecimento da autora apelada". Assim, "além do fornecimento da mão de obra para execução dos serviços, a ré também se responsabilizou pela cessão temporária à autora dos elementos empregados na montagem da decoração. A autora, em contrapartida, caberia restituí-los após o término do contrato, com o pagamento de retribuição referente à prestação de serviços e à locação dos materiais, no valor global do contrato". Em razão disso entendeu-se que, no contrato concreto, estavam mesclados elementos dos modelos típicos da prestação de serviços, mas também da locação, descaracterizando-o como contrato típico.

Além disso, foi necessário ao juízo não apenas reconhecer a reunião dos diversos elementos, mas, na linha da identificação da causa concreta, compreender a relação entre eles no caso em exame, de modo a afastar a alegação de uma das partes que sustentava que a locação era uma mera obrigação subsidiária da prestação de serviços, buscando viabilizar a duplicata pelo valor total do contrato. Assim, a conclusão foi de que seria possível, em tese, a emissão de duplicata para que nela seja inscrito apenas o crédito devido pelos serviços de montagem e desmontagem dos equipamentos e materiais locados à autora, mas não pelo valor global da dívida:

> Declaratória de Inexistência de Obrigação Cambiaria - Duplicata mercantil sacada com base em contrato misto de locação de coisa móvel e prestação de serviços - Inadmissibilidade - Título de crédito eminentemente causal, que só poderia ser emitido com lastro nos serviços efetivamente prestados (art. 20 da Lei nº 5.474/68) - Impossibilidade de aferição em separado dos valores devidos pela locação de bens e pela prestação de serviços - Inexigibilidade do título reconhecida - Sentença mantida. Sucumbência recíproca - Deduzindo a autora dois pedidos, de nulidade de título e de indenização por danos materiais e morais, o acolhimento do primeiro e a improcedência do segundo implica sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC - Sentença reformada. Recurso provido em parte.[569]

---

[568] TJRJ, 2ª C.C., AI 2009.002.01702, Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes, julg. 04/02/2009.
[569] TJSP, 20ª C. D. Priv., Ap. 7059085100, Rel. Francisco Giaquinto, julg. 29/06/2009.

Um último exemplo que pode ser mencionado nesta seara diz respeito à aplicação do disposto no art. 9º da Lei da Usura (D. 22.626/33), que determina o limite de 10% ao valor da cláusula penal moratória, a outros contratos que não se enquadrem no modelo do mútuo. Assim, com base em precedentes do STF, o entendimento inicial foi da inaplicabilidade da restrição a outros contratos, como a compra e venda:

> Contrato de compra e venda. Rescisão. Perda da quantia. Inaplicabilidade da norma da "Lei de Usura" a estabelecer que a multa não ultrapasse 10%.[570]

O curioso neste caso é que no teor da Lei da Usura não há a tipificação nem sequer referência da vinculação de suas normas aos contratos de mútuo.[571] Assim, o próprio STJ em outro julgado, guiado por voto da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar, entendeu que a limitação, que tem por função proteger o devedor enfraquecido, se aplicaria de forma genérica a qualquer contrato:

> Cláusula Penal. Limite. A cláusula penal de 100% sobre o valor da dívida pode ser reduzida a 10% (art. 9º do Dec. 22.626/33; art. 924 do CCivil), quando se trata de descumprimento parcial. A regra do art. 9º do Decreto 22.626/33 não contém nenhuma limitação quanto a incidir apenas sobre os contratos de mútuo.[572]

4. Contratos ditos mistos e sua consolidação como tipos sociais

O método de qualificação ora proposto tem também repercussão no que diz respeito à figura dos chamados “contratos mistos”, recorrentemente mencionados pela jurisprudência e pela doutrina. A classificação do contrato como misto tornou-se um expediente utilizado para, diante do rigor do método subsuntivo, evitar que um contrato ao qual nitidamente pudessem ser aplicadas normas típicas, embora não pudesse ser reputado típico, fosse relegado à categoria dos contratos atípicos. Como se expôs, a rigidez na dicotomia entre contratos típicos e atípicos fazia com que, enquanto sobre os primeiros incidisse a totalidade da normativa típica, os segundos restassem num vazio normativo, regulado apenas pela vontade das partes e pelas normas gerais dos contratos.[573]

Assim, a figura do contrato misto, como meio-termo entre a tipicidade e atipicidade, se justificava como forma de reconhecer a incidência de normas típicas a um contrato não típico mesmo sob a perspectiva subsuntiva. Uma vez que no contrato se identificava não a falta de

---

[570] STJ, 3ª T., EREsp 85356, Rel. Min. Eduardo Ribeito, julg. 20.05.1999, publ. DJ 29.11.2009.
[571] Para um exame minucioso dos argumentos contra e a favor da aplicação do dispositivo, v. Jorge Cesa Ferreira da SILVA. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 248-253.
[572] STJ, 4ª T., REsp 229776, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 16/11/1999, publ. DJ 17.12.1999.
[573] Álvaro Villaça AZEVEDO. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 139.

elementos típicos, mas a diversidade deles, já que o problema não era a ausência, mas a pluralidade de tipos potencialmente subsumidores do contrato, não se justificaria bani-lo também para o árido terreno da atipicidade. Nestes casos, mesmo sem o encaixe adequado, havia normas típicas a regulá-lo. A controvérsia, contudo, residia em decidir quais seriam estas normas típicas.

O embate se dava, tradicionalmente, entre a teoria da absorção, pela qual o contrato era forçado para dentro do tipo que fosse "dominante", desprezando as características de outros tipos que o revestiam, e a teoria da combinação, pela qual o contrato era cindido em tantos quantos fossem os tipos aplicáveis e as normas destes tipos eram aplicadas a cada uma das partes separadas dos contratos, desprezando sua unidade funcional. Os dois extremos são nitidamente problemáticos e justificadamente sofreram críticas.

De um lado, afirmou-se que nenhum contrato tem um elemento preponderante que possa por si só determinar sua disciplina, ao qual seria "tal sua força de expansão na estrutura do contrato, que neutralizaria os demais, a ponto de absorvê-los", pois sempre deve ser levado em consideração os demais componentes do contrato que são pertinentes à identificação de sua função concreta.[574] De outro lado, impor como regra geral a mutilação do contrato apartando as cláusulas contratuais pelo simples fato de não se enquadrarem todas no mesmo modelo abstrato sacrifica a unidade funcional do contrato concreto.[575]

Assim, junto com a paulatina decadência do método da subsunção, difundiu-se quanto aos contratos ditos mistos a teoria da aplicação analógica, segundo a qual a busca da normativa do contrato concreto deveria pautar-se pela sua similitude funcional com outras normas típicas. Em última instância, isto conduziu à negação da autonomia conceitual dos contratos mistos com relação aos contratos atípicos.[576] De fato, a doutrina atual dedicada ao tema reconhece que os contratos mistos não são uma categoria independente da ampla categoria dos contratos atípicos.[577]

A justificativa para a existência de uma categoria referente a "contratos mistos" realmente perde sua razão de ser a partir do momento que se reconhece que todo o processo

---

[574] Orlando GOMES, *Contratos*, 26. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124.
[575] Salvatore Orlando CASCIO e Carlo ARGIROFFI. Contratti misti e contratti collegati. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX. Roma: Treccani, 1988, p. 5.
[576] Salvatore Orlando CASCIO e Carlo ARGIROFFI. Contratti misti e contratti collegati. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX. Roma: Treccani, 1988, p. 6.
[577] Gustavo TEPEDINO. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 258; Álvaro Villaça AZEVEDO. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 139.

de qualificação deve ser pautado pela causa concreta do contrato e deve cotejá-la com a totalidade das normas típicas potencialmente aplicáveis levando em conta sua *ratio* e sua inserção no sistema. Colocada em termos apenas de uma potencial apriorística aplicação das normas previstas para um determinado modelo abstrato, a dicotomia entre a tipicidade e a atipicidade é mitigada e reconhece-se com isso que toda interpretação (e qualificação) é analógica e sistemática, axiológica e teleológica.[578]

O motivo pelo qual a jurisprudência persiste então a qualificar determinados contratos concretos como mistos é a indicação da familiaridade que eles apresentam, com relação aos modelos padrão, e assim evita-se o estranhamento – e o desalento – que aos aplicadores do direito ainda restam associados à qualificação de um contrato como atípico. O que se constata, a partir dos exemplos, é que esta familiaridade está ligada principalmente aos contratos cujos modelos se tornaram de tal forma freqüentes que se tornaram incompatíveis, no sentido clássico, com a referida "atipicidade". Embora ainda permaneçam, por falta de necessidade ou por lentidão do legislador, fora dos catálogos de modelos da lei, constituíram-se, por sua recorrência social, contratos socialmente típicos. De fato, os exemplos normalmente aduzidos a título de "contratos mistos" são referidos por *nomen juris* de tal forma populares que são reconhecidos até mesmo pelos leigos – assim "hospedagem", "acesso à internet", "patrocínio", "merchandising"... – o que corrobora tratarem-se de verdadeiros tipos sociais.

O exemplo mais recorrente é o do *leasing* (arrendamento mercantil) legislado para efeitos tributários (L. 6.099/74) e quando tiver por objeto veículo automotivo (L. 11.649/2008). Para muitos reunindo elemento dos tipos da compra e venda e da locação, o arrendamento mercantil foi modelo contratual que se difundiu com muita rapidez e suscitou diversas questões junto à jurisprudência. A mais notória foi relativa à sua descaracterização no caso de antecipação do pagamento do valor residual garantido (VRG).

Como se sabe, normalmente no arrendamento mercantil o interessado em fruir de um bem, mas incerto quanto à conveniência de sua aquisição, requer à uma instituição financeira que o adquira e ceda a ela seu uso, por prazo determinado, mediante remuneração periódica. Findo o prazo, o arrendatário tem a opção de renovar o contrato, de devolver o bem à proprietária ou ainda adquiri-lo, mas em vez de pagar o seu preço cheio, serão computados os valores já pagos e caberá a ele, exercendo a opção de compra, pagar apenas o faltante para completar a totalidade do seu valor (o VRG). A questão suscitada era se, o pagamento

---

[578] Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 72 e ss

antecipado desse valor, no momento da celebração do contrato, como forma de garantia, descaracterizava a opção de compra própria do arrendamento e convertia-o em uma regular compra e venda a prazo, com os efeitos tributários que lhe são próprios. Como explica Maria Celina Bodin de Moraes:

> O problema pode ser resumido da seguinte maneira: para os defensores da alteração causal, não há verdadeira *opção* de adquirir o bem ao final da operação, porque o valor residual já foi cobrado, e pago, ao longo do contrato [...]. Para os que têm a opinião contrária [...], a inclusão do valor residual nas prestações não elimina a opção de compra ao final, ainda que o valor pago ao final seja simbólico, estando pois presentes todos os elementos essenciais ao contrato de arrendamento mercantil.[579]

Prossegue a autora, narrando a dificuldade da jurisprudência:

> Em 2002, tão consolidada estava a decisão sobre a desfiguração da causa do *leasing* que ela foi sumulada pela Segunda Seção – Súmula n. 263 – no seguintes termos: "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação". Todavia, em reviravolta raras vezes vista em nossa jurisprudência, a Corte Especial do STJ pouco tempo depois aprovou entendimento exatamente oposto. De fato, hoje o enunciado da Súmula n. 293 (2004) estabelece: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o arrendamento mercantil".[580]

A descaracterização pela antecipação do VRG não foi, contudo, a única questão que a qualificação do arrendamento mercantil levantou em sede jurisprudencial. Outro problema histórico foi a eventual aplicabilidade da súmula 492 do STF – "a empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado" – prevista para os contratos de locação, também aos contratos de *leasing*. Em caso recente, os pais da vítima de um acidente se insurgiram contra a decisão de primeira instância de afirmar a ilegitimidade passiva da arrendante do veículo, alegando que o "contrato de *leasing* é modalidade de locação". No entanto, tendo em vista a diversidade funcional entre a locação de automóveis e o arrendamento mercantil, não foi esse o entendimento que vem prevalecendo:

> Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Veiculo objeto de contrato de leasing. Ilegitimidade passiva da arrendante. Possibilidade. Responsabilidade solidária. Inexistência. Petição inicial. Indeferimento. Decisão que indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução de mérito em relação à primeira ré, fundada na sua ilegitimidade passiva ad causam. Agravantes que

---

[579] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 311-312.
[580] Maria Celina Bodin de MORAES. A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 311.

> sustentam a legitimidade passiva da 1ª ré, apenas por ser proprietária do veículo envolvido no acidente que vitimou fatalmente a filha dos agravantes, invocando em favor de sua tese, a súmula n. 492 do STF. Contrato de arrendamento mercantil, que não se confunde com o de locação. Arrendamento mercantil, que é uma operação que encerra um contrato atípico, no qual o arrendatário recebe não só a posse, mas também a possibilidade de opção de compra do bem no final do contrato, tornando-se inconcebível qualquer responsabilização da arrendante, com base na súmula mencionada, por ato praticado pelo arrendatário contra terceiros. Questão pacificada na jurisprudência de nossos Tribunais. Precedentes do STJ. Inexistência de responsabilidade da empresa de *leasing*, proprietária do veículo, por ato ilícito praticados pelo arrendatário. Decisão agravada, que se mantém. Recurso em manifesto confronto com a jurisprudência e a súmula dos Tribunais Superiores. Inteligência do art. 557, caput, do CPC. Negativa de seguimento.[581]

Outra questão levantada no âmbito do arrendamento mercantil diz respeito ao equilíbrio econômico entre arrendante e arrendatário no caso de furto do bem e conseqüente pagamento do seguro. No caso, diante do fato de a seguradora ter pago a arrendante o valor de R$ 18 000,00, o arrendante alegava que já havia pago R$ 4.700,00 a título de entrada, R$ 29.887,37 a título de contraprestações pagas até o momento do sinistro e mais R$ 19.000,00 para quitação do contrato, motivo pelo qual pleiteava a revisão para receber saldo de R$ 6.187,37. Informava ainda que o valor de aquisição do bem quando as partes entabularam o negócio jurídico fora de apenas R$ 23.000,00.

A análise do recurso partiu da premissa de que o arrendamento mercantil é “contrato complexo” e que “dada a natureza do negócio jurídico, não se trata apenas de compra e venda e nem de locação” e, por conta disso, não se confunde o valor total do contrato com o valor do bem adquirido. Talvez ainda marcado pela tradicional dificuldade em lidar com a atipicidade, o relator entendeu que como “não houve impugnação de qualquer cláusula contratual, nem mesmo no que tange aos pagamentos já efetuados” não cabia a repetição. Baseou-se no argumento de que:

> Quando as partes entabularam o contrato de arrendamento mercantil puderam pactuar livremente suas cláusulas (nada foi alegado em sentido contrário), tendo o Autor, conforme seus interesses, não apenas concordado com todas as contraprestações, com o valor do VRG, com o índice de indexação, com os juros e com o valor total do contrato, díspar, "ab initio", do valor de mercado do bem. Se o fez é porque concordou com o que estava sendo pactuado Dessa forma, a hipótese dos autos demanda a aplicação dos princípios inerentes aos negócios jurídicos como um todo, no sentido de que aquilo que foi livremente pactuado entre as partes (liberdade de contratar e

[581] TJRJ, 18ª C.C., AI 2009.002.08309, Rel. Des. Celia Meliga Pessoa, julg. 08/05/2009. Na mesma linha a jurisprudência superior: STJ, 1ª T., REsp 787429, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 04/04/2006, publ. DJ 04/05/2006; STF, RE 114938, Rel. Min. Oscar Corrêa, julg. 12/04/1988, publ. DJ 06-05-1988.

> autonomia de vontades) é lei entre as mesmas, devendo ser observado ("pacta sunt servanda").

Assim, ao pretexto da atipicidade do arrendamento mercantil, foram aplicadas somente as normas gerais relativas aos contratos e, mesmo entre estas, ao pretexto da falta de iniciativa específica da parte, os ditos "novos princípios" – boa-fé, função social e equilíbrio econômico – ficaram de lado na decisão assim ementada:

> Repetição de indébito – devolução da diferença entre os valores efetivamente pagos pelo Autor e o valor de mercado do veículo – impossibilidade – contrato de "leasing" é contrato complexo que não toma por base apenas o valor de mercado do bem para a fixação de suas contraprestações – não houve impugnação de qualquer cláusula contratual, devendo-se observar os princípios da liberdade de contratar, da autonomia de vontades e "pacta sunt servanda" – Recurso do autor não provido.[582]

Outro tipo social recorrentemente qualificado como "contrato misto" é o dos contratos utilizados para a constituição de postos de gasolina. Nestes contratos, as distribuidoras de derivados de petróleo cedem o uso de tanques, bombas e válvulas, para que os postos os utilizem exclusivamente no armazenamento de produtos daquela distribuidora e, com o dever de comprar mensalmente determinada quantidade de combustíveis e lubrificantes.[583]

A primeira questão suscitada no âmbito da qualificação de tais contratos diz respeito a tratar-se de um único contrato com diversas prestações ou distintos contratos vinculados entre si. A questão, que foi analisada pelo STF em julgamento histórico sobre qual cláusula penal (de qual contrato) deveria incidir por ocasião do inadimplemento,[584] não é, contudo, determinante, pois mesmo tratando-se de diversos contratos coligados entre si, a qualificação, em tais casos, deve levar em conta a conexão funcional existente entre os contratos para qualificá-los adequadamente, como já foi examinado em outra ocasião.[585] O julgado, todavia, é ilustrativo por buscar identificar qual é a finalidade dominante na função concreta do contrato, assim a cláusula penal que se dedique a sancionar a não realização desta finalidade será aplicada em detrimento da outra:

---

[582] TJSP, 27ª C. D. Priv., Ap. com revisão 761859007, Rel. Berenice Marcondes Cesar, julg. 26/05/2009.

[583] Sobre a qualificação dos contratos de postos de gasolina v. especificamente Maurício Jorge MOTA e Patrícia Silva CARDOSO. A qualificação dos contratos como determinante da natureza e do regime contratual: uma análise do contrato de operação de posto de serviço. *In* Marilda ROSADO (coord.) *Estudos e pareceres: direito do petróleo e do gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 239-271.

[584] STF, Pleno, Emb. Div. no RE 78162, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julg. 20.10.1977, publ. DJ 02.06.1978, p. 3930, e RTJ 86-02, p. 501. O caso será abordado em mais detalhes no item II.1, *infra*.

[585] Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157.

> Contratos coligados de promessa de compra e venda mercantil e de comodato, celebrados por empresas distribuidoras de derivados de petróleo e seus revendedores. Ocorrendo inadimplemento de ambos, cabe a imposição, tão somente, da multa convencionada no contrato principal, o de promessa de compra e venda, e não daquela prevista no de comodato. Embargos conhecidos e recebidos.[586]

Outras questões suscitadas pela qualificação destes contratos dizem respeito à aplicabilidade das normas da L. 8.245/91. De fato, no mais das vezes a distribuidora de derivados de petróleo não apenas cede os equipamentos, mas também o imóvel já adaptado, do qual é proprietária e no qual serão instalados os reservatórios e bombas. Em virtude disso, apesar das peculiaridades características deste tipo social, algumas decisões tendem a reconhecer, para os aspectos funcionalmente pertinentes, a aplicabilidade das normas previstas pela Lei do Inquilinato. Por vezes, nesse movimento, tendem até a desconsiderar as demais peculiaridades do contrato concreto, como, por exemplo, em julgado em que se avaliava a adequação da ação de despejo em caso de reiterado e contínuo inadimplemento:

> Recurso especial. Natureza jurídica do contrato entre distribuidora de combustíveis e "posto de gasolina". Locação. Possibilidade. Lei 8.245/91. Aplicabilidade. Ação de despejo. Adequação. I - O contrato celebrado entre Distribuidora de Combustíveis e "Posto de Gasolina" tem natureza contratual de locação. II - Adequação da ação de despejo em virtude da aplicação da Lei 8.245/91. Recurso Especial desprovido.[587]

No entanto, outras decisões destacam a distinção deste tipo que, posto social, já detém autonomia frente ao modelo legal da locação. Assim, a norma que atribui executividade ao instrumento do contrato de locação foi reputada inaplicável aos contratos em exame por conta de suas nítidas peculiaridades. Como destacou o relator:

> Peculiar é a estipulação do aluguel com base no preço de venda do combustível praticado pela própria locadora, que denota cláusula potestativa incompatível com um contrato de locação, e indica associação do locatário ao esforço comercial do locador, ou verdadeiro financiamento da atividade deste por aquele. Outrossim, significativo é o fato de que naquele instrumento nomeado como de pacto de locação o locatário tenha sido apelidado de "Revendedor", termo aliás empregado pela Apelada no anúncio aqui às fls. 67, através do qual a 1ª Apelante com ela veio a travar contato e firmar negócios. A esse respeito, invoque-se, para se compreender a vinculação das partes a negócio diverso e mais complexo do que a apontada locação, a exigência de boa-fé objetiva, reclamo doutrinário e de costumes de longa tradição, ora positivado no art. 422 do Código Civil.

Influiu na avaliação da causa concreta do contrato a fixação do aluguel com base no preço de venda do combustível e a terminologia utilizada entre as partes ("revendedor") que

---

[586] STF, Pleno, ERE 78162, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julg. 20.10.1977, publ. DJ 02.06.1978.
[587] STJ, 5ª T., REsp 688280, Rel. Min, Félix Fischer, publ. DJ 26.09.2005

indicavam o caráter associativo da função concreta do contrato, parceira destoante do modelo típico da locação comercial. Assim, o entendimento de que "não se tratava de contrato de locação exeqüível, mas de negócio com contornos de revenda, assemelhados ao de sociedade", especialmente porque – retomando a questão da pluralidade de pactos e da perspectiva funcional do todo – "está à base deste caso o fenômeno da coligação entre os pactos havidos entre as partes, voltados a uma comum finalidade econômica". Daí a impossibilidade de reputar o contrato título executivo:

> Civil e processual civil. Embargos à execução. Contrato de locação entre distribuidora de combustíveis e revendedor. Posto de gasolina e loja de conveniência. Alegações de falta de exigibilidade e de liquidez do contrato, que não retrataria locação, mas pacto para revenda. Perícia. Sentença de improcedência. Apelação. Aluguel variável de acordo com a atividade econômica do locatário. Cláusula unilateral de variação do aluguel, que se baseava também no preço do combustível vendido ao locatário. Potestatividade e ausência de certeza da prestação, que expressam ausência de exigibilidade e de liquidez do título. Seleção do locatário mediante anúncio para estabelecimento de revenda. Circunstância comum às distribuidoras de combustível, impedidas por lei de comercializar diretamente ao público os seus produtos. Interpretação do negócio na forma do art. 113, do código civil. Contrato de revenda, que é atípico e complexo, envolvendo negócios que se coligam, cujas prestações dependem de apuração e não se exibem de pronto com valor certo. Inadequação aos requisitos do art. 586, CPC. Prejudicado o exame da prova contábil, em vista da manifesta falta de exigibilidade e liquidez do título. Provimento do apelo para, com base nos arts. 586, C.C. 618, I, CPC, acolher os embargos de devedor e declarar nula a execução.[588]

Um último exemplo que deve ser citado por explicitar a prioridade a ser dada à função concreta diz respeito aos contratos pelos quais clubes desportivos pactuam com seus atletas não apenas a remuneração pelo trabalho como jogador, mas também pela cessão da utilização de sua imagem. O caso "Luís Mário", examinado pelo STJ, foi ilustrativo, pois nele a duração das obrigações trabalhistas era inferior à daquelas decorrentes da cessão civil e o problema daí resultante foi objeto de conflito de competência entre a justiça civil e a trabalhista. Prevaleceu no julgamento a posição do ministro Ruy Rosado de Aguiar, em cujo voto destacou que a diversidade era também um expediente para pagar parte da remuneração do jogador sem os encargos da Previdência, os impostos e eventuais indenizações e que a função principal era a atividade laborativa e que, assim, o contrato "só pode funcionar e ser interpretado em função do principal":

> Conflito de competência. Clube esportivo. Jogador de futebol. Contrato de trabalho. Contrato de imagem. Celebrados contratos coligados, para prestação de serviço como

[588] TJRJ, 3ª C.C., Ap. 2008.001.33050, Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, julg. 04/11/2008

> atleta e para uso da imagem, o contrato principal é o de trabalho, portanto, a demanda surgida entre as partes deve ser resolvida na Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Trabalhista.[589]

5. Criatividade contratual e as regras para o mundo da "atipicidade"

A última repercussão relativa à utilização do método proposto para a qualificação dos contratos diz respeito aos contratos ditos atípicos. O recurso ao método subsuntivo fez com que se lançasse os contratos que não se enquadravam nos modelos legislativos em um verdadeiro vazio legal. O contrato dito atípico seria regido essencialmente pela vontade expressa das partes, pelas cláusulas fixadas no acordo de vontades. Não se enquadrando em nenhum tipo, as únicas normas que os limitavam eram os requisitos gerais de validade de qualquer negócio. Por outro lado, diante do silêncio do contrato quanto a uma hipótese não prevista, o único respaldo legislativo seriam as mesmas normas gerais do ordenamento.

Sob essa perspectiva estritamente positivista, o desafio relativo aos contratos atípicos era similar àquele colocado pelas lacunas do ordenamento, sob a perspectiva de que o princípio da liberdade imporia nos caso de silêncio normativo o respeito a uma esfera do juridicamente irrelevante, uma atividade indiferente ao direito.[590] Sob este prisma equivocado, no tocante à atipicidade, a manifestação do arbítrio do juiz seria subsidiária ao arbítrio das partes contratantes, cujo espaço livre de autonomia da vontade permaneceria em princípio intocável pela intervenção do ordenamento nos moldes da rígida separação entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, enfim, da já abordada dicotomia entre direito público e direito privado.[591]

Esta perspectiva do direito contratual é incompatível com a ordem contemporânea. Assim como os contratos ditos típicos não são regidos exclusivamente pelas normas do tipo abstrato, submetendo-se à obediência ao ordenamento como um todo, também os contratos típicos não são por isso imunes à incidência de qualquer norma do ordenamento – mesmo aquelas provenientes dos tipos – cuja função, depreendida de sua inserção no sistema, seja pertinente à causa concreta do contrato.

---

[589] STJ, 2ª S., CC 34504, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 12/03/2003, publ. DJ 16.06.2003 p. 256, RDDP 5/211 e RDR 27/25. A questão foi analisada mais detidamente em Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140-142.

[590] Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 129.

[591] Gustavo TEPEDINO. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23; Daniel SARMENTO. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 22. Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, p. 239-257.

Assim, os contratos ditos atípicos não configuram uma categoria qualitativamente distinta dos demais, uma vez que em todo contrato concreto – exatamente por ser concreto – há peculiaridades que o distinguem do modelo abstrato. Ao contrário, o contrato será dito atípico porque quantitativamente, as peculiaridades relevantes para determinação de seus efeitos jurídicos – aquelas que configuram sua causa concreta – são em tal intensidade diversas do modelo abstrato que se inviabiliza mesmo o flexível estabelecimento da premissa de que há um jogo de normas predisposto a, em princípio, incidir sobre aquele contrato.

Esta constatação, contudo, não torna o intérprete refém apenas da vontade das partes, muito menos apenas subsidiariamente e somente às normas gerais do ordenamento. Tal entendimento colide com os pressupostos metodológicos da transformação da autonomia privada, pelo qual a vontade para surtir efeitos jurídicos demanda uma análise de merecimento de tutela a partir do ordenamento – pois "o ato de autonomia não é um valor em si; pode sê-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento"[592] –, e da sistematicidade do ordenamento, que se explicita na lição de Pietro Perlingieri:

> A teoria da interpretação, mais do que técnica voltada a esclarecer os significados de normas bem individuadas, assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individuar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos para conseguir extrair do *caos* legislativo a solução mais congruente, respeitando os valores e os interesses considerados normativamente prevalecentes assim como os cânones da eqüidade, proporcionalidade e razoabilidade.[593]

Diante de um contrato que não se avizinhe a um modelo abstrato expressamente previsto pela lei, o desafio do intérprete para determinar-lhe os efeitos jurídicos encontra-se, novamente, na sua causa concreta. Ele deve compreender a totalidade dos elementos peculiares à avença firmada, identificando todos aqueles que, de per si ou em relação com os demais, podem vir a exigir uma resposta própria por parte do ordenamento. Para tanto, é necessário o domínio da totalidade das normas do sistema, verificando entre elas aquelas que tem pertinência funcional ao caso em exame, levando em conta as normas gerais do sistema, os imperativos com superioridade hierárquica, mas também as normas típicas que os especificam diante de determinadas situações – que podem ser similares ao contrato visado. Neste movimento de interpretação-qualificação-aplicação, por sua natureza sempre analógico

---

[592] Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279.
[593] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 222.

e sistemático, axiológico e teleológico, pautado no ir-e-vir constante entre o contrato concreto e o ordenamento como um todo, a referida “circularidade fato-norma” ou a “espiral hermenêutica”, é que se estabelece a função concreta do contrato, a sua qualificação jurídica, os efeitos que lhe serão cominados.

Nesta linha, a enorme riqueza com que a realidade social dota os contratos não é de nenhuma forma desprezada, mas também não é desprezado o ordenamento que a absorve e lhe dá juridicidade. Cada contrato receberá tutela conforme sua causa concreta, buscando-se por analogia das normas típicas e por dedução dos princípios gerais – e pela relação entre todos eles – a resposta do ordenamento – e não a resposta pessoal do juiz – à iniciativa das partes. Busca-se, com isso, não aumentar a insegurança, mas exatamente reduzi-la, já que o processo de qualificação foge do arbítrio para a fundamentação argumentativa, ainda que se mantendo na esfera da livre apreciação das circunstâncias e das normas envolvidas.

Alguns exemplos finais podem ilustrar esta perspectiva. Primeiro, destacando que é o sistema como um todo, consideradas as relações normativas horizontal e verticalmente estabelecidas, que deve orientar o intérprete ao construir a solução mais adequada para o caso concreto. Assim, ainda que se assevere que a atipicidade não significa conduzir o contrato a um vazio normativo no qual sejam aplicáveis somente as normas gerais do contrato, isto não significa que a efetivação dos princípios, em especial aqueles de sede constitucional, não seja prioridade no processo de qualificação. Dessa forma, assim como não se pode excluir a analogia com outras normas típicas para a qualificação dos contratos ditos atípicos, restringindo-se às normas gerais do sistema, tampouco se poderia cogitar do oposto: uma vedação à solução do caso com base nas normas gerais do sistema, impondo uma forçada analogia com outro tipo. O que se deve concluir é que a sistematicidade do ordenamento, assim como a liberdade concedida ao intérprete, não permite qualquer prioridade – ou mesmo a separação – entre quais normas serão levadas em consideração para o caso que não seja a hierarquia conforme à principiologia constitucional.

Ilustrativa disso foi a ação relativa a um contrato de concessão comercial não escrito que dava a uma das partes exclusividade, como distribuidora, para a revenda de mercadorias da outra. No caso, o contrato, na época não tipificado, foi interrompido abruptamente sob a alegação de a concessionária ter vendido produtos de outra concorrente. Por conta disso a concedente recorreu ao STJ alegando violação à legislação federal pelo fato de a decisão inferior ter se baseado na teoria geral dos contratos e nos usos e costumes em vez de buscar a

analogia com o regime da representação comercial. O STJ, por sua vez, invocou a doutrina de 1935 para enunciar uma suposta prevalência entre os métodos:

> Direito privado. Concessão de revenda com exclusividade. Resolução unilateral. Responsabilidade indenizatória. Contratos atípicos. Princípios gerais do direito obrigacional e contratual. Recurso não conhecido. I - Consoante a doutrina, os contratos atípicos devem ser apreciados não apenas pela disciplina legal dos contratos afins, mas: primeiro, pela analogia; segundo, de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional e contratual; terceiro, pela livre apreciação do juiz. II - O recurso especial não e via adequada ao reexame de matéria fática, do quadro probatório, destinando-se a guarda do direito federal, a sua inteireza, autoridade e uniformidade de interpretação.[594]

A linha adotada, que culmina, como se observa, novamente na lacuna que remete ao "livre apreciação do juiz", é incompatível com as premissas levantadas anteriormente. O teor da decisão, em especial a referência à doutrina tradicional, remete à criticável disciplina estabelecida pela Lei de Introdução ao Código Civil no que diz respeito às fontes e métodos aos quais pode-se recorrer o intérprete.[595]

Será sempre a tábua principiológica da Constituição que determinará, em última instância, a solução adequada ao caso concreto. Isto pode significar a analogia com outras normas típicas, quando houver similitude funcional entre elas, ou, ao contrário, relegar uma norma inferior específica por se revelar incompatível funcionalmente com a realização dos preceitos constitucionais no caso concreto, raciocínio que obviamente deve ser fundamentado argumentativamente.

Assim serve de exemplo a ação em que se buscava a extinção do condomínio estabelecido em torno de uma quota da sociedade "Administração de participações de Aguassanta". Em primeira instância a quota foi considerada indivisível, com base no contrato social e no teor art. 53 do CC1916,[596] cabendo às partes, de acordo com o juiz, recorrer à venda judicial da quota ou a se retirarem da sociedade mediante apuração do patrimônio. Já o TJSP, diante das "sugestões" feitas na sentença, julgou-a *extra petita* e determinou a improcedência do pedido, com base no CC1916, arts. 629-632, aplicáveis também ao

---

[594] STJ, 4ª T., REsp 5680, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 13/11/1990, publ. DJ 10/12/1990.

[595] Decreto-lei 4.657/42, "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Para uma leitura crítica de dispositivo similar, v. Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 609 e ss.

[596] "Art. 53. São indivisíveis: I - os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância; II - os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes".

condomínio de direitos.[597] O STJ considerou tratar-se de contrato atípico, que conjugava características da sociedade por quotas de responsabilidade limitada e da constituição de condomínio, uma vez que a lei da sociedade por quotas não prevê limite para a indivisão. A argumentação do Min. Ruy Rosado merece destaque, pois visava a tutelar o direito do sócio minoritário com base essencialmente no princípio constitucional da igualdade, a partir do qual se possibilitaria a aplicação analógica do parágrafo único do art. 629, não para permitir a divisão da quota, mas ao menos para determinar a apuração de haveres sem considerar-se a decisão *extra petita*. O voto do ministro, contudo, foi vencido:

> Direito comercial e processo civil. Constituição de sociedade. Compartilhamento de quota social indivisível. Contrato atípico. Inaplicabilidade dos preceitos concernentes ao condomínio. Regência pelas regras contratuais que não contém ilicitude e nem atentam contra a ordem pública e os bons costumes. Precedente. Princípio da adstrição. Pedido específico. Sentença que o acolhe parcialmente para determinar providência diversa da solicitada. Nulidade. Recurso desacolhido. I - O compartilhamento de quota de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, criada com cláusula de indivisibilidade, constitui contrato atípico, regido pelas regras definidas pelos contratantes, admissível desde que não se revista de ilicitude ou contrarie a ordem pública e os bons costumes, a ele não se aplicando o regime legislativo concernente ao instituto do condomínio. II - Contendo a inicial pedido específico de divisão da quota social em quotas menores, não se há de ter por implícito os pedidos de apuração de haveres ou de alienação da coisa comum pelo simples fato de haver nele referência à extinção do condomínio.[598]

Perpassa a orientação que predominou, novamente, o raciocínio do "vazio legislativo" da atipicidade, que no caso restaria limitado apenas pela ilicitude do objeto e pela "ordem pública e os bons costumes". No entanto, tendo em vista a completude do ordenamento, é imperioso analisar tais casos tendo em vista os princípios gerais, em especial os constitucionais, que dão conteúdo deontológico à análise que deve perpassar a argumentação do juiz.

Assim, melhor destino teve a decisão do caso no qual Lary Paul Witiuk pleiteava indenização da Chapecó Alimentos por violação do contrato de parceria rural que eles haviam

---

[597] "Art. 629. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum. Parágrafo único. Podem, porém, os consortes acordar que fique indivisa por termo não maior de 5 (cinco) anos, suscetível de prorrogação ulterior"; "Art. 630. Se a indivisão for condição estabelecida pelo doador, ou testador, entende-se que o foi somente por 5 (cinco) anos"; "Art. 631. A divisão entre condôminos é simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade. Essa poderá, entretanto, ser julgada preliminarmente no mesmo processo"; "Art. 632. Quando a coisa for indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior".

[598] STJ, 4ª T., REsp 61890 Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, julg. 18/06/1998, publ. RT 767/188.

firmado para a criação de pintos. Segundo a descrição do autor, ele entrava no pacto com a disponibilização de terra de sua propriedade, comprometia-se à construção do aviário, a fornecer mão de obra e a prover a manutenção do estabelecimento. A ré, por sua vez, entrava com os pintos e os insumos para a engorda e a industrialização, que abrangiam assistência técnica, sanitária e transporte das aves para o abate. Na ação, Lary alegava que, diante da abusividade de certas cláusulas do pacto e do reiterado descumprimento de outras pela ré fora forçado ao distrato, mas tinha direito à indenização.

A avaliação da abusividade e do desequilíbrio na celebração e na execução do contrato perpassou a sua qualificação. Em primeira instância julgou-se improcedente o pedido por tratar-se de contrato de sociedade – e não de parceria – sendo, portanto, livre o distrato. O TAPR negou provimento à apelação, com um único voto divergente que, detendo-se com mais cuidado sobre as peculiaridades do contrato concreto, afirmou sua atipicidade. No recurso especial, Lary afirmou que a parceria avícola é gênero da parceria rural prevista pela lei (L. 4504/64 – ET, arts. 2, 4 e 5, 92-96, d 59566/66, art. 88, e L. 4947/66, art. 13, além do art. 1423 do CC1916) e que expressamente se vinculava à lei agrária, exceto quanto ao regime dos frutos, razão da abusividade. O STJ entendeu tratar-se de contrato atípico, com elementos de mais de uma figura nominada, não previsto na legislação, desenvolvido a partir das exigências do mercado e diante disso, aplicou os princípios gerais, entre eles o princípio constitucional da igualdade na atividade agrícola (arts. 186-187 da CF 1988), mas reconheceu expressamente que as normas protetivas do produtor rural, ainda que a avença em exame não fosse tipificada, serviam como parâmetro. No entanto, ao final, o recurso não foi conhecido por falta de provas da referida abusividade:

> Parceria Rural. Aviário. Contrato atípico. Absuvidade. - O contrato celebrado entre a companhia de alimentos e o pequeno produtor rural para a instalação de um aviário destinado à engorda de frangos para o abate, com recíprocas obrigações de fornecimento de serviços e produtos, é um contrato atípico, mas nem por isso excluído de revisão judicial à luz da legislação agrária e dos dispositivos constitucionais que protegem a atividade rural. - Caso em que as instâncias ordinárias, examinando a prova, inclusive pericial, concluíram pela inexistência de abusividade, seja na celebração, seja na execução do contrato e na fixação do preço final do produto. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. Recurso não conhecido.[599]

No entanto, como foi observado, não basta o domínio do sistema como um todo, envolvendo as relações horizontais e verticais entre suas normas e as potencialidades

[599] STJ, 4ª T., REsp 171989, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 20/08/1998, publ. DJ 13/10/1998.

produzidas por elas. É imperioso fazer plena atenção às peculiaridades do caso concreto, somente a partir das quais se pode determinar a normativa a ele aplicável, tendo por base a individuação de sua causa concreta.

Assim, por exemplo, constatou-se que a operação pela qual se comprava na planta unidades dos condomínios Barra First e Barra Premium e, no mesmo ato, cedia às imobiliárias vendedoras os apartamentos em locação com autorização para sublocação tinha uma função concreta característica de um mecanismo de constituição de renda em cima do bem:

> Em síntese: se estaria diante de uma nova modalidade de "constituição de renda", onde não se daria a transferência, como preconiza o atual art. 804, do NCC, do bem ao rendeiro. Aqui, o que se beneficia pela renda continua titular do bem, a impor a idéia de administração mesclada à constituição da renda, inovando no ordenamento e trazendo um vínculo atípico, permitido pelo princípio da autonomia das vontades.

Esta constatação acerca da função concreta do contrato deve servir de premissa à necessidade de lidar com o fato da interdição pela Prefeitura de prédio vizinho, parte do mesmo condomínio onde se situava uma das unidades adquiridas, que ocasionou o pleito da autora no sentido de se determinar a resolução do contrato por culpa das rés. Para tanto, o TJRJ optou por adotar o expediente da caracterização do contrato dito "misto" para decompor os seus elementos, tomando por base os modelos típicos do ordenamento, de modo a verificar se em algum dos seus aspectos poderia verificar-se o inadimplemento culposo que justificaria a resolução. Assim, verificou-se que ocorreu a construção e transferência da propriedade do imóvel adequadamente, que houve a cessão onerosa da posse do bem – segundo o desembargador, neste aspecto, "uma mescla de locação com administração, onde o conteúdo maior é este último vínculo" e ainda que não havia qualquer prova de que a eventual renda tenha sido comprometida, isto é, "de ter aquele que se comprometeu com a geração de renda, não entregue o percentual devido ao autor-apelante". Portanto, verificada a totalidade funcional do contrato concreto, o juízo foi conduzido à ausência de frustração das legítimas expectativas do credor por parte do devedor:

> Contrato misto – Inadimplemento – Não ocorrência. Contrato de natureza mista, onde se confundem a compra e venda, a locação e a administração, tudo a viabilizar renda ao adquirente-locador, fim maior do negócio. Necessidade de interpretação do ajuste dentro da idéia de obtenção de renda, e não apenas da posse e utilização direta do bem adquirido. Caso onde o embargo temporário de prédio vizinho, e componente da

> estrutura condominial, não acarreta descumprimento absoluto, a impor a rescisão. Ausência de provas. Recurso conhecido a que se nega provimento.[600]

Outro exemplo que pode ser aduzido é de um litígio que se iniciou por uma ação de reintegração de posse de um imóvel fundada na extinção do contrato de comodato que o cedera ao atual possuidor direto. No entanto, o réu, ao recorrer alegando a prejudicialidade do julgamento de determinada ação trabalhista diante de empresa coligada à proprietária, levou à constatação da complexidade do contrato em exame. De fato, o contrato de trabalho que havia sido firmado com o réu garantia-lhe, entre outros benefícios, a posse do imóvel, mas havia uma sobreposição entre as justificativas para esta mesma posse. De um lado, um contrato que poderia ser qualificado como comodato – como fora alegado pela autora – ou mesmo como locação, uma vez que a fruição do imóvel funcionava como forma de remuneração indireta do empregado. Por outro lado, a existência de uma cláusula contratual que previa a possibilidade de o empregado, completando cinco anos no imóvel (o prazo do contrato de trabalho, 1990-1995), dava outro supedâneo para a posse do bem: o direito à aquisição do imóvel sujeito a termo ou condição. Assim havia duplo fundamento para a posse, o comodato e o direito à aquisição, e mesmo faltando o primeiro havia ainda o segundo:

> Civil e processual. Ação reintegratória. Imóvel ocupado por diretor. Transferência da titularidade prevista contratualmente após determinado tempo de prestação de serviços. Rompimento anterior do pacto. Discussão trabalhista paralela. Extinção do processo por carência da ação. Posse decorrente de dupla origem e natureza, assim considerada pelo tribunal estadual. Interpretação de cláusula contratual. Recurso especial. Súmula n. 5-STJ. Incidência. Julgamento *extra petita* e preclusão. Inocorrência. Competência do segundo Tribunal de alçada. Apreciação em razão do pedido exordial. Matéria de direito local. Antecipação de tutela. Verossimilhança inexistente. Discussão complexa. Divergência jurisprudencial não configurada. Súmula n. 207-STJ. Inaplicabilidade à espécie. I. Incidência da Súmula n. 207 do STJ afastada por maioria. II. Entendido pela Corte estadual, na interpretação de cláusulas do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, que a posse do recorrido sobre imóvel cuja desocupação é reivindicada, tem dupla natureza, uma decorrente do pacto laboral e outra da aquisição condicionada da titularidade do bem, achando-se esta dependente da decisão da Justiça obreira sobre aquela relação, o reexame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, por importar na apreciação da avença firmada, encontra o óbice da Súmula n. 5. [...] VI. Dissídio jurisprudencial não identificado, seja pela ausência de confronto analítico regimentalmente exigido, seja em face da particularidade da situação dos autos, derivada de contrato atípico de prestação de serviços. VII . Recurso especial não conhecido.[601]

---

[600] TJRJ, 3ª C.C., Ap. 2007.001.01980, Rel. Des. Ricardo Couto, julg. 24/04/2007.
[601] STJ, 4ª T., REsp 93546, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 27/06/2000, publ. DJ 02/10/2000.

Novamente a atenção à individualidade do caso concreto foi determinante em julgado relativo ao singelo contrato de "vestido de casamento", cuja recorrência tende a transformá-lo em tipo social. Neste esquema contratual, as partes avençam um sistema denominado de primeira-locação, isto é, contratou-se a costureira com a finalidade de confeccionar um vestido de noiva, o qual seria usado na cerimônia de casamento, mas embora o vestido fosse feito sob medida para a apelante, esta não o compraria, mas apenas o alugaria. Desta forma, a noiva frui da possibilidade do vestido sob medida sem arcar com o seu custo normal, uma vez que a devolução à costureira após a cerimônia permite a esta vendê-lo ou o alugar novamente, amortizando o restante de seus custos. No caso, por razões que a autora preferiu não explicitar, o casamento não se realizou e, conseqüentemente, o vestido, embora fabricado, não foi retirado. A autora, como não teve sucesso em ver-se ressarcida pela ré daquilo que havia pago antecipadamente, recorreu ao judiciário invocando o CDC, afirmando o seu direito a ser reembolsada das quantias adiantadas. No entanto, a decisão embora tenha reconhecido aplicável o CDC entendeu que não houve falha no serviço e destacou a peculiaridade do contrato concreto: "a situação, bem se vê, é distinta da locação de vestido já existente na loja, caso em que o valor pago é o aluguel, não remunerando o serviço de confecção sob exclusiva encomenda e a gosto da cliente".[602]

Nesta mesma linha, encontra-se outro contrato cuja recorrência tende a transformá-lo em tipo social: o contrato de "*build to suit*". Assim como no "vestido de casamento", neste contrato a construtora edifica imóvel sob medida para a utilização por parte da contratante, que, contudo, não vem a comprá-lo, mas apenas alugá-lo. Aqui, os problemas se colocam não apenas em razão do inadimplemento da contratante, mas também nos casos de pedido de revisão do contrato e de eventual aplicação das regras da Lei do Inquilinato, como o direito de preferência do locatário.

Em caso analisado pelo STJ, a Mondial moveu ação de indenização em face da construtora Moraes Dantas, a qual foi contratada em 1984 para levantar edifício, responsabilizando-se pela execução e solidez, mas constatou-se – ao ser o edifício alugado para o Unibanco e para grande empresa de varejo – que ela não seguiu os parâmetros do contrato e o edifício então não suportava a destinação esperada. Apesar da tentativa de acordo para remediar os danos em 1989, em 1990 a prefeitura chegou a cogitar a interdição do prédio. A ré alegou entre outras coisas a subempreitada autorizada a Aluizio A. M. D'Avila, a

[602] TJSP, 36ª C. D. Priv., Ap. 930387004, Rel. Jayme Queiroz Lopes, julg. 13/03/2008, publ. 18/03/2008.

qual foi denunciada a lide, mas contestou que o contrato impunha responsabilidade exclusiva à Moraes Dantas. Na decisão transparece a dificuldade em acertar o valor da indenização tendo em vista a peculiaridade do contrato concreto, construção personalizada para a exigência da parte contratante:

> Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de indenização. Contrato de incorporação no modelo *'build to suit'*. Construção de imóvel sob medida para utilização e no interesse de terceiros pré-determinados. Contrato posterior de empreitada. Obra que foge aos padrões determinados, de forma a ter sua utilidade reduzida. Reparação dos danos pleiteada, em valores a serem parcialmente estabelecidos em liquidação de sentença, de acordo com perícia ainda a ser realizada. Culpa caracterizada pela má execução do serviço. Condenação a reparar os gastos verificáveis para dar à obra a utilidade desejada, assim como para indenizar os prejuízos sofridos pela limitação de uso. Alegação de condicionalidade e de julgamento para além do pedido. Honorários. - A inicial não tratou, especificamente, de valores a serem ressarcidos; nesse ponto, o levantamento total dos prejuízos foi relegado à prova pericial, pois, ao lado dos reparos já realizados, constatou-se a necessidade de novas obras. - Porém, apesar de não ter havido menção a valores na inicial, a autora admitiu que a perícia havia superestimado os custos das obras já realizadas em memoriais apresentados antes da sentença. Em que pese ser bastante peculiar a situação, e nos limites em que devolvida a matéria em recurso especial, deve-se considerar tal conduta como sendo equivalente a uma individuação tardia do pedido, que nem por ter sido postergada pode ser desconsiderada. Nas circunstâncias, a referência a valores feita só no memorial deve ser equiparada àquela que deveria ter constado na própria inicial, tendo o efeito de limitar a condenação possível. - Há, portanto, julgamento 'ultra petita' quando o juiz considera o valor superior constatado pelo perito, em desprezo à manifestação da própria parte interessada, ainda que esta tenha sido praticada posteriormente à inicial. A solução, na hipótese, encontra-se no simples afastamento do excesso, sendo totalmente descabida a alegada obrigatoriedade de anulação de todo o processo - providência que viria, inclusive, em desfavor das próprias partes. - Quanto às alegações de condicionalidade, em recentes precedentes, a 3ª Turma tem entendido que, em casos de dúvida a respeito do alcance e da precisão do dispositivo da sentença, este não pode ser lido em total isolamento, como se não fosse decorrência lógica do processo obrigatório de argumentação jurídica que o precede. O suposto vício no dispositivo, na verdade, deixa de ter plausibilidade quando a frase citada pela recorrente é traduzida com base na motivação do ato judicial. Assim, a sentença, consignou-se a obrigatoriedade de novas reformas, muito embora não fosse possível, ainda, precisar quanto elas custariam; em tal provimento não há qualquer vício, pois se trata-se de típico caso no qual se fixa o 'an debeatur', mas relega-se à execução o 'quantum'. - No modelo de construção *'build to suit'*, há um contrato inicial entre a incorporadora e os terceiros que utilizarão efetivamente o bem. Na presente hipótese, tal relação originária já previa a responsabilidade da ora recorrente, que ficara incumbida de escolher o empreiteiro, por eventual má prestação de serviços deste. A sentença, já reconhecendo o dever de ressarcimento da incorporadora em face de terceiros que não são parte neste processo – os locatários - condenou a ré nos mesmos termos, aplicando assim uma espécie de cadeia de responsabilidades contratuais. - Ainda nessa situação não há condicionalidade, pois se há responsabilidade contratual - questão que não pode mais ser discutida - a parte sobre a qual recai tal obrigação não é obrigada a ser demandada em juízo para que se sinta no dever de cumpri-la. Portanto, o dever escalonado de ressarcimento é certo; apenas a liquidação e a execução desta obrigação é que podem estar condicionadas a

> evento futuro e incerto, que é o pagamento dos prejuízos, por parte da incorporadora, aos locatários. - Pontos definidos pelo Tribunal de Justiça com base no exame das provas dos autos não podem ser alterados em sede extraordinária, em face do óbice da Súmula nº 7/STJ. - A constatação de que houve sucumbência recíproca, e não sucumbência mínima como determinara a sentença, pode ter seus efeitos respeitados pela simples redução, em metade, do valor inicialmente fixado a título de honorários, na medida em que estes devem ser compensados nos termos da Súmula nº 306/STJ, passível de aplicação nesta instância caso ocorra, aqui, o redimensionamento das verbas de sucumbência. Não haveria, portanto, efeito prático na alteração do acórdão. Recurso especial parcialmente provido.[603]

Mas a peculiaridade transparece com mais força em ação movida perante o TJSP na qual se buscava, sem sucesso, a aplicação da ação revisional da LI.[604] Para o relator "tem-se que as peculiaridades que regem a espécie não autorizam a reforma da decisão agravada", pois "não envolve o caso uma locação pura e simples de determinado armazém comercial comum. Ao contrário, conforme se vê dos termos do contrato firmado entre os litigantes ou sucessores trata-se, em princípio, de avença complexa que abrangeu, além da locação em si, outros fatores, no denominado conceito *built to suit*". Enfatizou-se que os "considerandos" do instrumento contratual destacavam cuidar-se de "empreendimento construído de acordo com a necessidade específica do locatário, e sob sua encomenda, para o desenvolvimento de suas atividades". Esta a decisão final:

> 1. Agravo de Instrumento – Locação – Ação revisional. Legitimidade tanto do locador, quanto do locatário. 2. Contrato complexo que impossibilita a imediata redução do valor do locativo nesta sede – Exame aprofundado da matéria. Necessidade. 3. Consignação de valores. Descabimento em ação revisional – Recurso improvido.[605]

A importância de destacar-se a causa concreta do contrato ressalta em maior intensidade quando, em lugar de tratar-se de novo modelo prático destoante, mas cuja freqüência o coloca em vias de tornar-se tipo social, tem-se em vista contrato verdadeiramente

---

[603] STJ, 3ª T., REsp 885910, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15/04/2008, publ. DJe 05/08/2008.

[604] "Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumaríssimo, observar-se-á o seguinte: I - além dos requisitos exigidos pelos arts. 276 e 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial deverá indicar o valor do aluguel cuja fixação é pretendida; II - ao designar a audiência de instrução e julgamento, o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos pelo autor ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, não excedente a oitenta por cento do pedido, que será devido desde a citação; III - sem prejuízo da contestação e até a audiência, o réu poderá pedir seja revisto o aluguel provisório, fornecendo os elementos para tanto; IV - na audiência de instrução e julgamento, apresentada a contestação, que deverá conter contraproposta se houver discordância quanto ao valor pretendido, o juiz tentará a conciliação e, não sendo esta possível, suspenderá o ato para a realização de perícia, se necessária, designando, desde logo, audiência em continuação. §1° Não caberá ação revisional na pendência de prazo para desocupação do imóvel (arts. 46, parágrafo 2° e 57), ou quando tenha sido este estipulado amigável ou judicialmente. §2° No curso da ação de revisão, o aluguel provisório será reajustado na periodicidade pactuada ou na fixada em lei".

[605] TJSP, 26ª C. D. Priv., AI 893.786-0/7, Rel. Vianna Cotrim, julg. 22.08.2005.

único, ímpar em suas características, negócio jurídico sem igual. Dois exemplos podem ser mencionados para ilustrar fatos reais com que se tem deparado a jurisprudência.

O primeiro é contrato que ficou conhecido por "testamento Chateaubriand". No caso, com o objetivo de assegurar a continuidade "para sempre" das empresas de comunicação Diários Associados, Assis Chateaubriand de Almeida doou 49% de cada uma das ações e quotas para um grupo de 22 pessoas, gravadas com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e irrenunciabilidade, mantendo para si o restante. Além disso, reservava para si o usufruto das ações, impunha a obrigação de colaboração direta de cada um e de permanecer por cinco anos na comunhão, sob pena de perder os direitos, mediante deliberação de conselho. Se, por outro lado, permanecessem por cinco anos colaborando, receberiam em dinheiro o equivalente à sua cota. Posteriormente doou os 51% restantes que lhe haviam sido reservados.

O caso levado ao STJ foi iniciado por seu filho, um dos 22 donatários, que entrou com ação ordinária de extinção de condomínio indiviso mantido por cinco anos. Os outros donatários contestaram o exercício dessa faculdade com base no art. 1.676 do CC1916,[606] por acreditarem ser incompatível com a indivisibilidade. Embora a sentença tenha julgado improcedente o pedido, em segunda instância a decisão foi reformada sob a afirmação de que a doação continha dois vícios: por via indireta (e *in fraudem legis*) estabelecera a perpetuidade e retirara a faculdade dos condôminos de pleitear a divisão prevista no art. 629 do CC1916. Por conta da falta de citação de um dos condôminos, novo julgamento foi feito, no qual se seguiu a linha do tribunal, no sentido de reputar as cláusulas não escritas por ferir norma cogente.

O STJ, contudo, iniciou seu exame destacando a peculiaridade do caso, que foi reputado contrato misto, contendo afinidade com grande diversidade de tipos legais – doação, condomínio, propriedade resolúvel, fideicomisso e sociedade –, mas não se confundindo com nenhum deles. Na linha da atipicidade, concluiu que, por não se tratar de condomínio não se justificava a proibição de perpetuidade, por não se enquadrar em fideicomisso não havia ilicitude, e que a doação não era o cerne do contrato, pois não havia *animus donandi* ou intenção de enriquecer o donatário. Afirmou estar levando em conta a intenção do doador,

---

[606] "Art. 1.676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade".

embora não se verifique nos votos referências à investigação psicológica dos motivos, mas sim a circunstâncias objetivas como a sua histórica atitude empreendedora no comando da empresa e o teor das cláusulas contratuais significativo de um esforço de exigir (a colaboração dos demais na manutenção da empresa) em vez de dar (as cotas de participação ou seu valor integral):

> Contrato atípico misto. Condomínio como seu elemento componente. Perpetuidade vedada em lei. Sendo o condomínio um mero elemento componente da pactuação complexa celebrada, não incide a proibição legal concernente a perpetuidade. Hipótese em que se pretendeu atribuir perenidade a organização, ao conjunto de empresas, e não ao condomínio. Recurso especial conhecido, em parte, e provido.[607]

Neste tipo de decisão vislumbra-se a sutil separação entre a inadequada investigação dos motivos psicológicos, irrelevantes para a qualificação jurídica do contrato, a minuciosa investigação das circunstâncias e elementos que, objetivados, lhe constituem a causa concreta. Este é o caso também, de uma última e curiosa decisão que serve a ilustrar o ponto exposto e a relevância da causa concreta no processo de qualificação do contrato. Trata-se de caso examinado pelo TJRJ em torno de avença pelo qual artista renomado contratava pessoa de sua confiança para agenciar e administrar sua carreira profissional, seus bens e direitos. Em especial, uma série de circunstâncias especiais – verdadeiramente pessoais – foram levadas em conta na qualificação deste caso concreto como só a transcrição de parte do voto do relator é capaz de demonstrar:

> Franz Josef Weismann é um grande artista. Um escultor renomado. Martha Toledo Spolaor é uma mulher extremamente capaz, dotada de forte personalidade e determinação. Como em geral acontece com os artistas, Franz Weismann, já idoso, não administrava sua carreira, o fazendo sua companheira Maria Eugênia Mendes de Almeida Franco, também conhecida crítica de arte, que, no entanto, em razão da idade e da saúde fragilizada, sabia não ter mais o vigor necessário para fazê-lo. E isso a preocupava. Maria Eugênia conhecia Martha Spolaor. Sabia de sua capacidade. Pediu-lhe ajuda para promover o trabalho do famoso escultor. E, a partir daí, entre as partes, surgiu uma relação não só de cunho profissional, mas de amizade, calcada em confiança, em extremo empenho da agente pelos interesses do artista, relacionamento que gerou para os dois anciãos profunda dependência em relação à 1ª apelante. Após um incidente, envolvendo a negociação de uma obra de arte em Brasília, as relações entre as partes haviam ficado estremecidas. E, quando foram retomadas, a 1ª apelante apresentou o contrato, que nominou de prestação de serviços, que está em fls. 14/15, por ela própria redigido. Referido contrato foi celebrado em maio de 1997. Assumia a 1ª apelante a obrigação de promover a obra do escultor e dar-lhe assessoria, em todos os assuntos referentes às exposições a serem realizadas no país e no exterior, encarregando-se pessoalmente das providências para transporte de obras, preço do seguro, além de ficar a seu cargo as providências para fabricação das esculturas, sob a

[607] STJ, 4ª T., REsp 15339, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 28/02/1994, publ. RF 328/166.

> supervisão do autor da obra, e sob seu controle a tiragem, sendo a intermediária exclusiva de todo contrato comercial que tivesse por objeto a obra do artista, quer no Brasil, quer no exterior, obrigando-se o escultor ao pagamento da comissão de 10% sobre todas as peças vendidas a *marchands* e de 33% para as pessoas físicas. Foi concedida, ainda, à 1ª apelante a exclusividade de fabricação e comercialização, no Rio de Janeiro e em São Paulo, das bases de mesas, assumindo a agente todo custo operacional, ajustado que o preço final seria dividido entre as partes contratantes. Referido contrato, redigido pela apelante de próprio punho, deixa escapar de suas entrelinhas que, entre as partes, além de respeito, havia grande admiração, podendo-se do mesmo extrair o verdadeiro ânimo de cooperação em que estavam os contratantes envoltos para êxito dos compromissos assumidos.

Não são poucos os elementos levados em conta para a avaliação do contrato. Destacando-se alguns: a notoriedade do artista, seu sucesso anterior, sua subseqüente dificuldade financeira, a idade avançada, a fragilidade da saúde de sua companheira até então administradora e agente, o vínculo prévio de natureza afetiva entre eles e a nova agente, a notória competência da nova agente, o aprofundamento em termos pessoais daquele vínculo, a construção de uma relação de dependência para com ela, o fato que estremeceu estas relações, a subseqüente renegociação dos termos do contrato, os termos abusivos do novo contrato, ter sido a agente a estipulante do novo contrato, entre tantos outros. Todos esses elementos foram considerados relevantes para a avaliação dos efeitos jurídicos a serem cominados ao referido pacto, em especial para explicar a reformulação do avençado que seria a causa da ação judicial.

De fato, nove meses depois do contrato inicial as partes celebram um aditivo para, diante do rompimento das relações entre o escultor com o filho, ampliar o controle da agente sobre os bens e direitos relativos à carreira profissional do escultor e também majorar sua comissão sobre as atividades comerciais baseadas nas obras, além de garantir-lhe uma remuneração fixa, independente das vendas, a título de acerto de contas periódico. Para o relator, “o que se colhe do referido aditamento é que a apelante passou a ser mais do que sócia do apelado. Porque sócios, pelo menos, dividem prejuízos”. Assim prossegue a análise dos detalhes do vínculo firmado entre os contratantes:

> As relações entre as partes foram se deteriorando. Colhe-se, da leitura do documento de fls. 18, não mais o sentimento fraternal do primeiro contrato, restando claro que o mesmo foi redigido, também pela apelante, pincelado com algum ressentimento e com a finalidade de deixar bem registrado o quanto estavam a ela a dever o velho Franz e sua companheira Maria Eugênia.

O litígio decorre, ao final dessa história cuidadosamente descrita, do pleito por parte da agente pela execução do contrato e satisfação dos débitos pendentes e, por parte do artista,

para a anulação ou declaração de nulidade do contrato em razão de sua abusividade. Para tanto, justifica o relator a imersão nas peculiaridades do ocorrido:

> Volta-se, porque de extrema importância, ao exame do perfil psicológico das pessoas envolvidas nesse litígio. De um lado, dois anciãos, ambos com a saúde fragilizada, vivendo a angústia da falta de recursos, vendo secar a fonte de renda, no ocaso da vida, quando nem forças físicas lhe restavam para dar impulso a novos empreendimentos, experimentando, ainda, o 2º apelante a decepção com a conduta do filho. Bem sabia Maria Eugênia, conhecedora do mercado de artes, que se a obra do apelante não fosse bem cuidada, em pouco tempo, estariam á míngua, daí toda sua insegurança e preocupação. De outro lado, Martha Spolaor, mulher culta, dinâmica, portadora de *curriculum* invejável, pessoa socialmente bem colocada, com acesso à imprensa, com excelentes contatos. Uma mulher bem sucedida.

É necessário observar, para os fins ora propostos, que as características levantadas pelo relator, posto possam assumir, na linguagem adotada, um viés excessivamente subjetivo e pessoal, podem ser traduzidas para elementos tipicamente normativos, tais como a vulnerabilidade decorrente de serem idosos, tutelados de forma especial pelo art. 230 da CF e por estatuto próprio (L. 10.741/03), e a confiança qualificada, com repercussões extrapatrimoniais, que permeia o pacto, protegida de modo geral pelo princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I) e pelo princípio da boa-fé (CC, art. 422). Os princípios imiscuem-se assim na seleção das características relevantes da relação contratual, de modo a conformar o "ordenamento do caso concreto" e assim determinar a solução jurídica do litígio.

Em primeira instância as cláusulas foram julgadas abusivas com base no CDC e esta incidência normativa foi mantida em segunda instância porque se entendeu não ser incompatível com a pessoalidade do contrato: "apesar da amizade, era prestadora de serviço, assim como o apelado, era o destinatário final". Destacou-se ainda a natureza complexa do contrato, em termos de tipicidade, por envolver características de tipos como a corretagem, a agência e a representação, mas que apesar disso ele, na sua primeira versão, estava escorreito. O aditivo é que gerava problemas, pois não houve efetiva assunção de novas obrigações por parte da agente, apenas de novos direitos, o que fez com que o relator afirmasse que "daí o que se pode concluir é que não havia *causa* para a celebração do aditivo de fevereiro de 1998". A partir disso, o julgado concluiu pela ocorrência de lesão, decorrente da fragilidade psicológica resultante do relacionamento com o filho, da insegurança com o destino de sua obra, da fragilidade física em razão da idade e do crescimento da dependência quanto à primeira apelada, o que configuraria a situação de necessidade, se não financeira, com certeza emocional. E ao final, sem referência aos elementos pessoais que caracterizaram a

fundamentação, absorvíveis por elementos normativos do sistema, assim restou ementado o acórdão:

> Prestação de serviços. Rescisão contratual. Principio da boa-fé. Aditamento. Nulidade. Contrato de prestação de serviços. Contrato misto, porquanto múltiplas as avenças. Remuneração ajustada na forma de comissão. Pedidos cumulados de cobrança e de indenização. Reconvenção. Alegação de abusividade das cláusulas contratuais e de captação dolosa. Intervenção judicial no contrato. Aplicação das regras do código de defesa do consumidor. Lesão. Invalidação parcial do contrato. Invalidade parcial dos negócios jurídicos que no ato nulo se calcaram. Comprovado que o serviço foi devidamente prestado, devida é a remuneração, nos moldes estipulados no contrato, na parte em que se reconhece válido. Apuração do valor da condenação que se remete para fase de liquidação por artigos. Provimento parcial de ambos os recursos.[608]

[608] TJRJ, 10ª C.C., Ap. 2003.001.32367, Rel. Des. Luisa Bottrel Souza, julg. 05/10/2004.

Conclusão

Vivemos um momento de transição que, como todo momento de transição, gera profunda insegurança. Teme-se que a passagem do positivismo para o pós-positivismo no ordenamento jurídico brasileiro tenha conduzido ao sacrifício da segurança jurídica sem que houvesse o proporcional ganho de justiça. A recorrente mas descuidada utilização dos princípios causa a sensação de que o rigoroso "império do legislador" tenha sido simplesmente substituído pelo arbitrário "império dos juízes".

Como justificar, em um contexto destes, a sustentação de que os tipos legais oferecem apenas uma difusa e flexível imagem global e que o intérprete deve pautar-se, para a qualificação do contrato, na sua causa concreta, única e cheia de peculiaridades? É cabível conferir tamanho poder e liberdade para que a cominação dos efeitos jurídicos do contrato deixe as mãos das partes e mesmo do legislador para que o juiz possa atribuí-los com base nas peculiaridades que em concreto considerar juridicamente relevantes?

Se todo método de qualificação dos contratos reflete uma determinada concepção de qual seja o equilíbrio adequado entre avaliar o caso concreto e respeitar a previsibilidade da norma, se todas as teorias sobre eles encontram limitações inerentes à "insuperável dualidade entre segurança e justiça no caso concreto",[609] a questão é se o método aqui proposto não acaba por arriscar a segurança jurídica em nome de uma incerta possibilidade de se fazer justiça no caso concreto.

O receio, que se justifica, é de que este tipo de teoria transforme o intérprete no personagem de Funes, de Jorge Luis Borges. Em uma tarde chuvosa, Ireneo Funes foi acometido por um acidente: derrubado por um cavalo demorão, ficou paralítico, sem esperança. Contudo, sentiu que a imobilidade era um preço mínimo, pois, com o acidente, adquiriu também percepção e memória infalíveis. Tornara-se capaz de identificar e individualizar todos os brotos e cachos e frutos que uma parreira pode conter, as formas das nuvens austrais do amanhecer do dia 30 de abril de 1883, os veios de um livro em papel espanhol que ele havia olhado uma única vez. Inventou um sistema original de numeração em que cada número poderia ser exprimido por uma única palavra e, se Locke postulou (e reprovou) um idioma impossível em que cada coisa individual, cada pedra, cada pássaro cada

[609] Giovana Cunha COMIRAN. *Atipicidade contratual*: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 15

ramo tivesse seu próprio nome, Funes apenas não o fez por considerar que um idioma análogo seria demasiado geral: não apenas se recordava de cada folha de cada árvore de cada morro, mas ainda de cada uma das vezes que a tinha percebido ou imaginado. Não só lhe custava compreender que o símbolo genérico *cachorro* abrangesse tantos indivíduos díspares de diversos tamanhos e diversa forma; incomodava-o que o cachorro das três horas e catorze minutos (visto de perfil) tivesse o mesmo nome que o cachorro das três e quinze (visto de frente).

O narrador, após ensaiar uma pontual observação de que a rapsódia de termos desconexos por ele inventada era precisamente o contrário de um sistema de numeração, conclui sua análise sobre o personagem: "Tinha aprendido sem esforço o inglês, o francês, o português, o latim. Suspeito, contudo, que não fosse muito capaz de pensar. Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair. No mundo entulhado de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos".[610]

Então, a questão que a tese coloca é como propor uma metodologia pautada pelo caso concreto se "pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair"?

Espera-se que a trajetória até aqui percorrida possa trazer algumas luzes nesse sentido. De modo geral, demonstrou-se como é ilusória a premissa de que o rigor com relação à atuação do intérprete seja garantia de segurança jurídica, uma vez que não elimina, mas apenas disfarça a liberdade existente diante da textura aberta da linguagem e do espaço arbítrio que enseja nos casos em que falte a regra específica.

Neste sentido, a premissa estabelecida foi de que é mais seguro forçar o intérprete a assumir, explicitamente, as escolhas realizadas, os caminhos trilhados, como forma de, argumentativamente, ser submetido ao controle democrático de legitimidade da decisão. Assim, esta será verificada, com base em postulados de razoabilidade e proporcionalidade, no tocante à sua harmonia para com o sistema do ordenamento como um todo, em especial, com os princípios que o provêm de unidade, coerência e harmonia, enfim, com a Constituição. Como já se destacou em doutrina, no pós-positivismo a recondução aos princípios é a maior garantia de segurança jurídica:

> A vagueza e a ambigüidade, intrínsecas às normas jurídicas não são na realidade ampliadas pela utilização dos princípios; ao contrário, é a identificação dos princípios que as justificam que fornece a segurança jurídica. O papel que os princípios exercem

---

[610] Jorge Luis BORGES. Funes, o memorioso. *Ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 108.

> como *ratio* (razão) em cada interpretação-aplicação jurídica é o que garante a coerência entre elas.[611]

De outro lado, a atenção às peculiaridades do caso concreto é exigência de justiça. Levando-se em conta especialmente a abertura própria dos preceitos superiores, a diversidade e riqueza dos elementos que compõem o ordenamento e a complexidade das relações que se estabelecem entre eles, constatou-se que somente diante do caso concreto é possível determinar a normativa que se lhe adéqua, os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Neste sentido, é no caso concreto que o ordenamento ganha existência – o ordenamento do caso concreto – e em certa medida o ordenamento deve ser concebido exatamente como o conjunto dos casos concretos:

> O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos. Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das idéias e, perdendo a sua função ordenadora, a *societas*, nem mais seria assim considerado. Sob este perfil, ao fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade que, em realidade, é uma componente essencial da normatividade e, sobretudo, da sua historicidade.[612]

Isto não significa, contudo, relegar ao juiz a tarefa de, sozinho, construir o sistema. Aqui entra o papel fundamental da doutrina de fornecer parâmetros e critérios que, posto não enrijeçam a liberdade do intérprete, sirvam de base para a construção social e dialógica das respostas do direito mais adequadas aos princípios do sistema. Daí a enorme importância dos estudos dedicados tanto a problemas específicos de qualificação como no que se refere aos métodos e guias a serem adotados de modo geral. De fato, o que se constata é que a situação de arbítrio e insegurança gerada se deve não apenas à superlotação de processos nos tribunais, a impor a celeridade com sacrifício do cuidado necessário para com cada caso, mas também, senão principalmente, ao silêncio da doutrina no tocante ao processo de qualificação dos contratos:

> Contudo, para que a medida necessária seja encontrada no caso, especialmente ante contratos que se não enquadram nos tipos legais, os tribunais talvez não estejam encontrando o suporte teórico de que necessitam para conferir aos fatos processuais

---

[611] Maria Celina Bodin de MORAES. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 67.
[612] Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201.

> um tratamento que lhes permita encontrar e fundamentar soluções justas e adequadas.[613]

Estas são algumas das conclusões que se pretendia inferir a partir da longa e tortuosa trajetória percorrida até aqui, a qual, para fins expositivos, sistematiza-se a seguir em tópicos:

1. A funcionalização dos institutos de direito civil à realização dos preceitos do texto constitucional impõe o exame de merecimento de tutela do exercício das liberdades privadas de caráter patrimonial atribuídas pelo ordenamento, em especial a liberdade contratual. Para tanto, é necessário priorizar o exame do perfil funcional do contrato, tradicionalmente manifestado através do instituto da causa do contrato. Diante da diversidade de âmbitos e correntes relativos ao seu significado, deve-se entender que a causa do contrato exprime exatamente o papel da autonomia contratual no sistema jurídico. Assim, a concepção a ser adotada deve representar um equilíbrio entre a funcionalização do contrato às exigências da coletividade, juridicamente positivadas sob o auspício do princípio da solidariedade, e o respeito aos espaços de liberdade individual, tutelados com especial rigor no tocante às relações existenciais em nome do livre desenvolvimento da personalidade.

2. A concepção subjetiva da causa, que remete à causa que leva cada contratante a obrigar-se, foi justificadamente rejeitada no ordenamento brasileiro. Não apenas a sua versão tradicional abstrata como consideração de uma contraprestação, foi reputada desnecessária, mas também a na sua versão moderna, como fim perseguido pelo contratante, que, posto direcione-se à sua concretização, freqüentemente confunde-se com os motivos, subjetivos, psicológicos e, portanto, juridicamente irrelevantes.

3. Já a concepção objetiva da causa, entendida como a função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato persegue, veio justificadamente a ser defendida pela doutrina brasileira, constatada a insuficiência do alargamento do conceito de objeto e a conveniência do acolhimento do instituto entre nós. Entre as suas várias versões, difundiu-se o entendimento da causa como função sócio-

---

[613] Giovana Cunha COMIRAN. *Atipicidade contratual*: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 119.

econômica do contrato, a impor, para a tutela jurídica do contrato, o atendimento de exigências sociais.

4. O Código Civil de 2002, apesar de não ter adotado expressamente a figura da causa do contrato, sinalizou para a importância da funcionalização da autonomia contratual, dando novos incentivos à doutrina e à jurisprudência para a sua utilização, especialmente através da função social do contrato prevista no seu art. 421. Sobre o seu conceito o debate gira em torno da preocupação de que a exigência não seja concretizada de acordo com o que o arbítrio do juiz reputa socialmente relevante, mas somente com base naquelas exigências sociais que foram positivadas juridicamente sob a forma de princípios. A controvérsia sobre seus efeitos gera diversidade sobre serem eles referentes a interesses das partes, normalmente já protegidos por outros princípios, interesses coletivos, contanto que juridicamente positivados, interesses de terceiros, contra ou a favor da execução do contrato, e a proteção da própria razão de ser do contrato, sua função concreta.

5. A similitude entre a função social do contrato e a causa entendida como função econômico-social gerou debates similares nos ordenamentos brasileiro e italiano, o que pode ter origem na trajetória histórica similar que culminou no embate entre forças comunitárias e liberais diante do processo de redemocratização posterior a décadas de regime autoritário. É pertinente, portanto, compreender a procedência das críticas à causa entendida como função econômico-social, centradas na sua remissão a elementos extrajurídicos e na confusão que opera, ao atuar em abstrato, com o conceito de tipo, pois não pode a causa ser ao mesmo tempo aquilo que avalia e aquilo que é avaliado. Assim conclui-se que a causa é sempre a causa do contrato concreto, específico e individualizado, com suas vicissitudes e peculiaridades, objeto de avaliação, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação. Ela se presta a atuar normalmente em complementaridade com a função social do contrato, que fornece os parâmetros – necessariamente jurídicos – pelos quais o ordenamento a valora.

6. A referência a esta causa, avaliada em concreto, como objeto do processo de qualificação dos contratos sob uma perspectiva constitucionalizada deve partir da premissa de que o direito é um sistema aberto, isto é, constantemente renovado através da introdução de elementos oriundos da dinâmica de outras esferas da realidade social, mas esta incorporação é mediada por elementos normativos do próprio direito positivo, em especial os princípios constitucionais. Deve reconhecer ainda a liberdade atribuída ao intérprete pela textura aberta da linguagem, a qual, contudo, não deve ser exercida conforme seu arbítrio pessoal, mas para a realização dos imperativos do sistema, guiada por racionalidade própria e controlada pela democrática exigência de fundamentação argumentativa das decisões.

7. A rígida separação entre interpretação da lei e interpretação do contrato, que tem raízes na dicotomia entre direito público e direito privado, deve ser relativizada diante da transformação da autonomia privada, funcionalizada à realização dos princípios gerais do ordenamento, de modo que a diferenciação tem apenas valor descritivo, não configurando duas atividades diversas com base na finalidade, no método ou no tempo. Também deve ser relativizada a separação entre interpretação e qualificação como etapas lógica e cronologicamente distintas, pois, diante da superação do método da subsunção que separa fatos e efeitos jurídicos, constata-se que o processo interpretativo é contínuo e unitário, calcado pela circularidade fato-norma (a "espiral hermenêutica").

8. A forma característica de enunciação das regras de direito contratual, os "tipos", em contraposição aos conceitos, trazem apenas descrições, em lugar de rígidas definições, constroem um conjunto assistemático de elementos que não se relacionam verticalmente, vinculam-se no mais das vezes em modelos de práticas sociais reiteradas a partir das quais devem ser interpretados e são formados por estruturas diversas e caracteres – índices – heterogêneos, características que, somadas à importância das cláusulas gerais no âmbito do direito contratual, inviabilizam a aplicação de tais normas através de um modelo subsuntivo.

9. A doutrina dos elementos essenciais, que se pauta pela verificação da presença de um rol de elementos reputados necessários e suficientes para o enquadramento do contrato

concreto no tipo legal, apesar de seu caráter didático e simplificador, deve ser superada em razão das procedentes críticas opostas ao método da subsunção para a interpretação e aplicação de normas jurídicas, em especial as de direito contratual. São, portanto, justificadas, de modo geral, as construções feitas no âmbito do método tipológico, ressaltando a flexibilidade proveniente da constituição dos modelos normativos abstratos a partir de "índices do tipo", que conduzem à importância do cotejo horizontal entre os diversos tipos – pautado pela sua imagem global e clareando as áreas nebulosas entre eles – e vertical com os princípios que lhes inspiram e da explicitação do raciocínio que permeia o processo de qualificação.

10. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos impõe que este seja pautado pela busca da normativa mais adequada à realização dos preceitos constitucionais diante das peculiaridades do caso concreto em exame. Este procedimento que se pauta pela cuidadosa avaliação do merecimento de tutela do contrato concreto conduz à mitigação da dicotomia entre contratos típicos e atípicos, contrapondo-se à rígida predeterminação em abstrato de elementos reputados essenciais e à visão mecanicista pautada pela figura da subsunção. Neste sentido justificam-se as críticas do método tipológico à categoria da causa em abstrato, mas não da causa em concreto, que, ao contrário, conduz o intérprete exatamente à verificação das peculiaridades juridicamente relevantes do contrato em exame sob uma perspectiva funcional.

11. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos não implica sacrifício às exigências de rigor e previsibilidade de outros ramos do direito, como o direito tributário e o direito penal, que estão amparadas na tutela da liberdade individual diante do rigor das sanções cominadas naquelas searas. Tendo em vista que a razão de ser da norma deve necessariamente ser levada em conta para a qualificação do contrato no que diz respeito aos efeitos específicos que ele produzirá, é natural que normas de natureza distinta ensejem a qualificação de efeitos jurídicos diferenciados. Ou seja, a qualificação nestes ramos pode ser diversa daquela atribuída civilmente, contanto que haja justificação argumentativa para esta distinção respaldada pelos preceitos gerais do ordenamento.

12. A centralidade da avaliação da causa em concreto, sob a perspectiva constitucionalizada do processo de qualificação dos contratos, tampouco desmerece os estudos doutrinários relativos à caracterização dos tipos em abstrato. Ao contrário, constatada a flexibilidade e heterogeneidade da estrutura dos tipos, que lhes permite apenas a construção de uma difusa imagem global, os estudos teóricos prévios sobre o assunto, tal qual a ponderação em abstrato, fornecem subsídios sobre os quais o intérprete pode basear-se para qualificar o contrato em concreto. De fato, estes estudos contribuem para a formação de uma pré-compreensão sobre os modelos contratos que funciona também como mecanismo de controle à liberdade do intérprete, uma vez que quanto mais difusa seja a pré-compreensão, maior o ônus argumentativo que recai sobre o intérprete para dele distanciar-se em razão das peculiaridades do caso concreto.

13. A utilização da causa concreta também modifica a forma de se conceber a passagem entre a qualificação de um contrato como típico ou como atípico, relativizando a importância da distinção e transformando-se em uma avaliação de aproximação, uma escala gradual. Contratos típicos podem submeter-se a normas de outros tipos e contratos atípicos podem submeter-se a normas típicas, contanto que a razão de ser da norma, interpretada à luz do sistema, seja compatível com a função concreta do contrato. Nesta linha, a distinção tem valor apenas descritivo relativo ao ônus argumentativo do intérprete, no sentido de que a tipicidade estabeleceria, *a priori* e de forma precária, uma presunção de aplicabilidade ao contrato das normas referentes àquele tipo.

14. Os chamados contratos mistos, como destacado pela melhor doutrina, não configuram uma categoria autônoma, justificando-se apenas como expediente para, sob a perspectiva subsuntiva, evitar que um contrato ao qual nitidamente pudessem ser aplicadas normas típicas, embora não pudesse ser reputado típico, fosse relegado à categoria dos contratos atípicos. Sua utilização ainda hoje pela jurisprudência se explica pela familiaridade que eles causam ao intérprete, incompatível com a forma clássica pela qual se concebia a atipicidade. Esta familiaridade decorre de, na maior parte dos casos, a freqüência com que são praticados os tenha conduzido a tornarem-se

verdadeiros tipos sociais, o que deve ser levado em conta na determinação de seus efeitos jurídicos.

15. Os contratos ditos atípicos não caem em um vazio normativo no qual o intérprete deve ater-se fielmente à vontade das partes e, apenas no silêncio destas, recorrer somente às normas gerais sobre os contratos. Para determinar seus efeitos jurídicos, deve-se buscar na totalidade do sistema – verticalmente, a partir de seus princípios gerais hierarquicamente superiores, mas também horizontalmente, pela analogia com outras normas típicas funcionalmente compatíveis – a normativa mais adequada ao contrato concreto. O "ordenamento do caso concreto" constrói-se especialmente levando-se em conta, neste processo, as peculiaridades do contrato firmado, reputadas juridicamente relevantes na medida em que objetivadas na sua função específica.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Belknap Press, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido. Causa e contratto: profili attuali. *In* VACCA, Letizia (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995.

ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: Cedam, 2006.

ALPA, Guido. *Diritto privato comparato*: Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001.

ALVES José Carlos Moreira. *Direito romano*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, n. 651-652. Rio de Janeiro: Forense, set.-out./1957, p. 47-67.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista Forense*, n. 371. Rio de Janeiro, jan./fev. 2004, p. 51-72.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ANDRADE Fábio Siebeneichler de. Causa e *consideration*. *Ajuris*, n. 53. Porto Alegre, nov. 1991, p. 276-284.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes do direito: *lex mercatoria*, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas. *Revista trimestral de direito civil*, n. 36. Rio de Janeiro, out./dez. de 2008, p. 3-36.

ARDAU, Giorgio. Una particolare ipotesi di contratto di lavoro con causa atipica. CARULLO, Vincenzo (org.). *Studi in memoria di Ludovico Barassi*. Milano: Giuffré, 1966, p. 1-15.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1969.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*, vol. III – Acções e factos jurídicos. Lisboa, 1992.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Derivados de bolsa. *In* BELMONTE, Cláudio; e MELGARÉ, Plínio (coord.). *O Direito na sociedade contemporânea*: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira. Rio de janeiro: Forense, 2005, p. 355-377.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica, 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIYAH, Patrick S. *An introduction to the law of contract*, 4. ed. Oxford: Claredon, 1989.

ATIYAH, Patrick S. *Essays on contract*. Oxford: Claredon, 1986.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*Laesio Enormis*). *Revista jurídica*, n. 308. Porto Alegre, jun. 2003, p. 7-25.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Entrevista à *Revista trimestral de direito civil*, n. 34. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008, pp. 299-308.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Qualificação jurídica de acordo operacional (contrato atípico, complexo, com fortes elementos dos contratos de know how e de mandato com administração): contratos de duração e não-denunciabilidade dos contratos de duração determinada. Denúncia ilícita. *Revista forense*, n. 380. Rio de Janeiro, jul./ago. de 2005, p. 239-255.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função social do contrato. (parecer). *Revista dos tribunais*, n. 832. São Paulo, fev. 2005, pp. 113-137.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista trimestral de direito civil*, n. 1. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000, p. 3-12.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de direito do consumidor*, n. 33. São Paulo, jan./mar. 2000, p. 123-129.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, n. 750. São Paulo, abr. 1998, p. 113-120.

AZZARO, Andrea Maria. *I contratti non negoziati*. Napoli: ESI, 2001.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1996.

BARBOZA, Heloísa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. *In* BARBOZA, Heloísa Helena; e BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de direito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-40.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCHIESI, Luca. Meritevolezza degli interessi e causa in concreto nel contratto di cassette di sicurezza. *Rassegna di diritto civile*, ano XIV, n. 2. Napoli, 1989, pp. 962-979.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDUSCHI, Carlo. A proposito di tipicità e atipicità dei contratti. *Rivista di diritto civile*, ano XXXII, parte prima. Padova, 1986, pp. 351-381.

BEDUSCHI, Carlo. *Tipicità e diritto*. Padova: Cedam, 1992.

BESOZZI, Flaminia. La causa in concretto: un vero *revirement*? *I contratti*, n. 11. Padova, 2007, pp. 1007-1011.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

BETTI, Emilio. Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva. *In* ALLORIO, Enrico (coord.). *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*. Padova: Cedam, 1960, p. 167-189.

BETTI, Emilio. Causa del negozio giuridico. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 32-40.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I. Rio de Janeiro: Rio, s/ data.

BIROCCHI, Italo. *Causa e categoria generale del contratto*: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, 1. Il cinquecento. Torino: Giappichelli, 1997.

BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*. Napoli: ESI, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Dalla strutura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Dalla strutura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONNET, David. *Cause et condition dans les actes juridiques*. Paris: L.G.D.J., 2005.

BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BOZZI, Lucia. Alla ricerca del contratto gratuito atipico. *Rivista di diritto civile*, ano L, n. 2. Padova, mar/apr. 2004, p. 209-241.

BRECCIA, Umberto. La nozioni di "tipico" e "atipico": spunti critici e ricostruttivi. *In* BUSNELLI, Francesco (org.). *Tipicità e atipicità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 3-17.

BROGGINI, Gerardo. Causa e contratto. *In* VACCA, Letizia (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 9-31.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BUSNELLI, Francesco D. Contratti "di serie" atipici e loro qualificazione: osservazioni sparse. *In* BUSNELLI, Francesco. *Tipicità e atipicità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 107-112.

CAENEGEN, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALASTRENG, Simone. *La relativité des conventions*. Paris: Sirey, 1939.

CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do Direito, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPAGNOLO, Roberto. Il negozio giuridico con causa esterna fra causalità e astrattezza. *Obbligazioni e contratti*, n. 6, giugno 2007, p. 489-493.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPALDI, G. e TROMBETTA, A. Introduzione allo studio delle situazione atipiche: il contratto di convivenza. *In* PERCHINUNNO, Remigio (org.). *Dal tipo sociale all'atipico*: dialoghi con gli studenti. Bari: Cacucci, 1995, p. 9-65.

CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations*, 3.ed. Paris: Dalloz, 1927.

CARDOSO, Patrícia Silva. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista trimestral de direito civil*, n. 20. Rio de Janeiro, out.-dez. 2004, p. 125-150.

CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-109.

CARPENA, Heloísa. *O abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CASCIO, Salvatore Orlando e ARGIROFFI, Carlo. Contratti misti e contratti collegati. *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX. Roma: Treccani, 1988, p. 1-6.

CASTIGLIA, Giuseppe. Negozi collegati in funzione di scambio. *Rivista di diritto civile*, parte II. Padova, 1979, p. 397-439.

CATANIA, Alfonso. Qualificazione giuridica (teoria generale). *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1941, p. 1-6.

CATAUDELLA, Antonino. *I contratti*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000.

CATAUDELLA, Antonino. Intuitus personae e tipo negoziale. *In* AA.VV. *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*. Napoli: Jovene, 1972, p. 517-658.

CAVAJONI, Chiara. La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio. *I contratti*, n. 3. Padova, 2008, p. 241-249.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinomias. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20. Rio de Janeiro, 2002, p. 100-114.

CENNI, Daniela. Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni. *Contratto e Impresa*, v. 14, n. 3. Padova, 1998, p. 1063-1087.

CERMOLACCE, Arnaud. *Cause et exécution du contrat*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. *Revista dos Tribunais*, n. 745. São Paulo, nov. de 1997, p. 41-47.

CHEREDNYCHENKO, Olha. The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 8.1, mar. 2004. Extraído de <http://www.ejcl.org/81/art81-3.html>, acesso em 27 jan. 2005.

CHIASSONI, Pierluigi. L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi. *In Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 121-161.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual*: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva. 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, n. 732. São Paulo, out. 1996, p. 38-46.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 63. São Paulo, jul./set. 1986, p. 71-79.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Il metodo comparativo*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000.

CORBO, Nicola. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, I, Parte geral, tomo I, 2a edição. Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CÓRDOVA, Lizardo Taboada. La tipicidad en la teoría general del negocio jurídico. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 71. Rio de Janeiro, jan./mar. 1995, p. 93-97.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: Um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. *In* TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 359-368.

COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In* TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações*: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-68.

COSTANZA, Maria. Il contratto atipico. *In* BUSNELLI, Francesco (org.). *Tipicità e atipicità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 39-46.

COSTANZA, Mario. *Il contratto atipico*. Milano: Giuffrè, 1981.

CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto*: Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali, 2. ed. Padova: Cedam, 2002.

D'AMICO, Giovanni. *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*. Milano: Giuffrè, 1993.

DATTILO, Giovanni. Tipicità e realtà nel diritto dei contratti. *Rivista di diritto civile*, ano XXX, parte prima. Padova: Cedam, 1984, p. 772-810.

DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam, 1974.

DE NOVA, Giorgio. Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti. *Contratto e impresa*, 1, quarto anno. Padova, 1988, pp. 327-334.

DE NOVA, Giorgio. Il tipo contrattuale. *In* BUSNELLI, Francesco (org.). *Tipicità e atipicità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 29-37.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 30/31. Belo Horizonte, 1987/1988, p. 213-260.

DI GIANDOMENICO, Giovanni. Tipo negoziale e beni immateriali. *Rassegna di diritto civile*, n. 1-2. 2002, p. 137-179.

DI MAJO, Adolfo. Causa del negozio giuridico. *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1941, p. 1-12.

DI NANNI, Carlo. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista di diritto commerciale*, n. 9-10. Padova, 1977, p. 279-343.

DI SABATO, Franco. Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale). *Rivista di diritto civile*, I. Padova, 1959, p. 412-438.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

DUARTE, Diogo Neves Pereira. *A causa e a base do negócio*. Relatório de disciplina. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the american constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ECO,

Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ENGISCH,

Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*, tomo II, vol. II – Derecho de obligaciones. Barcelona: Bosch, 1935.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea* (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

FERRANDO, Gilda. I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative. *Contratto e impresa*, v. 16, n. 1. Padova, 2000, p. 127-141.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2005.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*, n. 247. Porto Alegre, mai. 1998, p. 9-15.

FERREIRA, Vasco Taborda. *Do conceito de causa dos actos jurídicos*. Lisboa: Silvas, 1946.

FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffré, 1968.

FERRI, Giovanni Battista. Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò. *Europa e diritto privato*, 2007, fasc. 3, pp. 659-689.

FERRI, Giovanni Battista. Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano XCIII, parte prima. Vallardi, 1995, p. 715-736.

FERRI, Giovanni Battista. La causa nella teoria del contratto. *In* VACCA, Letizia (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, pp. 415-425.

FERRI, Giovanni Battista. Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXXVII, parte prima. Vallardi, 1979, p. 1-14.

FERRI, Giovanni Battista. Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXIX, parte prima. Vallardi, 1971, p. 81-97.

FLORESTAL, Marjorie. Is a Burrito a Sandwich? Exploring Race, Class and Culture in Contracts. *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 14, issue 1, fall 2008, pp. 1-58.

FLOUR, Jacques e AUBERT, Jean-Luc. *Droit civil – Les obligations* : 1 – L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993.

FRADA, Manuel António Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994.

FRANCESCHETTI, Paolo. La causa del contratto. Disponível em <http://www.aspirantiuditori.it/causa.html>, acesso em 29 jan. 2009.

FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Contratos inominados, mistos e negócio indireto. *Revista dos Tribunais*, n. 464. São Paulo, jun. 1974, p. 35-46.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A operação de seguros e sua qualificação jurídica. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 67. São Paulo, jul./set. de 1987, p. 39-56.

FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRÍAS, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994.

GABBRIELLI, Giovanni. Fra tipicità e atipicità del contratto: locazione o servitù irregolare? *Rivista di diritto civile*, ano XXXVI, parte prima. Padova: Cedam, 1990, pp. 359-392.

GABRIELLI, Enrico. Tipo contrattuale. *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1941, pp. 1-14.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143. Brasília, jul.-set. 1999, p. 191-210.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. *In* TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 369-393.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; e ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no direito civil. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-17.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; e CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-38.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; e PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social no direito privado e constituição. *In* Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68-91.

GAZZONI, Francesco. Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazzione degli interessi. *Rivista di diritto civile*, ano XXIV, parte prima. Padova: Cedam, 1978, p. 52-106.

GEIBEN, Nikolaus. Aquisição de imóveis no Brasil por alemães e conflitos de sistemas no DIP alemão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.6, nº 22, p. 165-186, abr./jun. de 2005

GETE-ALONSO Y CALERA, Maria Del Carmen. *Structura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, 1979.

GHESTIN, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris : L.G.D.J., 2006.

GIACOBE, Emanuela. Atipicità del contrato e sponsorizzazione (con particolare riguardo alla legge 6 aagoso 1990 n. 223). *Rivista di diritto civile*, ano XXXVII, parte seconda. Padova: Cedam, 1991, pp. 399-433.

GIORGIANNI, Michelle. Negozi giuridici collegati. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XV. Roma, 1937, p. 275-352.

GIORGIANNI, Michelle. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, vol. 747. São Paulo, jan. 1988, p. 35-55.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade:* o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. *La cultura del civilista italiano*: un profilo storico. Milano: Giuffrè, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HAACK, Susan. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 33. Rio de Janeiro, jul.-dez. 2008, p. 161-198.

HAACK, Susan; e LANE, Robert. *Pragmatism, old and new*: selected writings. New York: Prometheus, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy, Cambridge: MIT Press, 1998.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, p. 141-152.

HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. *Revista trimestral de direito civil*, n. 13. Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. 277-288.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos*: grupos y redes de contratos. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

IZZI, Bernardino. Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, fasc. 4-6. Padova, 2007, p. 479-505.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 389.

KOTZ, Hein; e PATTI, Salvatore. *Diritto europeo dei contratti*. Milano: Giuffrè, 1996.

LA PORTA, Ubaldo. "Causa cavendi" e "prestazione di garantia" in una recente ricostruzione del contratto autonomo. *Rassegna di diritto civile*, ano XIV, 1993, p. 326-355.

LA PORTA, Ubaldo. *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*. Napoli: ESI, 1994.

LARENZ Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 294.

LENER, Giorgio. *Profili del collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè, 1999.

LEONARDO Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832. São Paulo, fev. 2005, p. 100-111.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, n. 141. Brasília, jan.-mar. 1999, p. 99-109.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, n. 42. São Paulo, abr./jun. 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, tomo 1. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de direito do consumidor*, n. 28. São Paulo, out./dez. 1998, p. 22-58.

LUCAS-PUGET, Anne-Sophie. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005.

LYRA FILHO Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

LYRA FILHO, João. Autonomia e tipicidade do contrato desportivo. *Revista forense*, n. 237. Rio de Janeiro, jan./mar. de 1972, p. 34-38.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. *In* CAMARGO, Margarida Lacombe (org.). *1988-1998: Uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395-431.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Dos direitos reais à teoria dos bens: a distinção funcional dos direitos patrimoniais*. Tese de doutorado. UERJ, 2009.

MARINELLI, Fabrizio. *Il tipo e l'appalto*. Padova: Cedam, 1996.

MARINI, Gaetano. Crisi della legge e interpretazione. *Rivista di diritto civile*, anno XXXIV, parte seconda. Padova, 1988, p. 167-186.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). *Revista trimestral de direito civil*, n. 1. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000, p. 13-57.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista de direito GV*, n. 1. São Paulo: maio de 2005, p. 41-66.

MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social do contrato. *Revista literária de direito*, n. 37. São Paulo, ago./set. 2004, p. 17-21.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753. São Paulo, julho 1998, p. 24-48.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, n. 45. Porto Alegre, mar. 1989, p. 213-244.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-182.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; e CHABAS, François. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, Obligations: théorie générale, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998.

MAZZARESE, Tecla. Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista. *Doxa* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 19. Alicante, 1996.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 364. Rio de Janeiro, nov./dez. 2002, p. 3-19.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. A tipicidade dos direitos reais. *Revista de direito imobiliário*, n. 52. São Paulo, jan./jun. 2002, p. 75-135.

MESSINEO, Francesco. Contratto collegato. *Enciclopédia del diritto*, X. Milano: Giuffrè, 1960, p. 48-55.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 29. São Paulo, jul./set. 1984, p. 81-94.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomos III e XXV, 2. ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONATERI, Pier Giuseppe. Interpretazione del diritto. *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. X. Torino: UTET, 1993, p. 37

MONATERI, Pier Giuseppe. "All this and so much more": critica all'argomentazione e non interpretivismo. *In* PALAZZO, Antonio (coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli, 2001, p. 164-172.

MONTAGNANI, Caterina. La verifica del "tipo sociale" e una recente vicenda giudiziaria. *Rivista di diritto civile*, ano XXXIV, parte seconda. Padova: Cedam, 1988, pp. 1-42.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mutuo no direito civil brasileiro. *Revista forense*, n. 309. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1990, p. 33-61.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Unidade ou pluralidade de contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo. 'Comunhão de interesses', 'conexão de causas' e 'afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direto'. *Revista dos tribunais*, v. 448. São Paulo, fev. 1973, p. 51-60, republicado em *Revista dos tribunais*, v. 817. São Paulo, nov. 2003, p. 753-762.

MOTA, Maurício Jorge; e CARDOSO, Patrícia Silva. A qualificação dos contratos como determinante da natureza e do regime contratual: uma análise do contrato de operação de posto de serviço. *In* ROSADO, Marilda (coord.) *Estudos e pareceres: direito do petróleo e do gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 239-271.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *Internet e contratação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, vol. 3, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de direito privado*, n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 50-60.

NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: Cedam, 1988. NAVARRETTA,

Emanuela. *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000. NEGREIROS, Teresa.

Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-253.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. *In* TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337-375.

NEGREIROS, Teresa. Enriquecimento sem causa – aspectos de sua aplicação no Brasil como um principio geral de direito. *Revista da ordem dos advogados*, v. 55, n. 3. Lisboa: dez. 1995, p. 757-845.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio de direito civil. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 185-220.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 56. São Paulo, abr./jun. 1991, p. 51-78.

PALERMO, Antonio. Causa del contratto e funzione dei rapporti di lavoro. *In* AA.VV. *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. V. Napoli: Jovene, 1972, p. 693-733.

PANUCCIO, Vincenzo. Per una teoria della causa del negozio. *In* AA. VV. *Studi in onore di Alberto Asquini*, vol. III. Padova: Cedam, 1965, pp. 1303-1360.

PAOLINI, Elena. *La causa del contratto*. Padova: Cedam, 1999.

PELLICANÒ, Aldo. *Causa del contratto e circolazione dei beni*. Milano: Giuffrè, 1981.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de direito privado*, n. 20. São Paulo, out.-dez. 2004, p. 235-265.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 1, 2 e 3, 23. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm, e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação* – A nova retórica, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto privato futuro*. Napoli: ESI, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. *In* AA. VV. *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. I. Milano: Giuffrè, 2005, p. 635-669.

PERLINGIERI, Pietro. Tavola rotonda e sintesi conclusiva. *In* PALAZZO, Antonio (coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001, p. 478-483.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, n. 6 e 7. Rio de Janeiro, 1998/1999, p. 63-77.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 1976.

POSSNER, Richard. *Economic analysis of Law*, 7. ed. New York: Aspen, 2007.

PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto Civile*: Método – Teoria – Pratica. Milano: Giuffrè, 1951.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Tese de doutorado. UERJ, 2008.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Agência e distribuição. *Revista trimestral de direito civil*, n. 19. Rio de Janeiro: jul./set. 2004, p. 3-28.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>, acesso em 16 ago. 2009.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281-313.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*, 3. ed. Napoli: Jovene, 1978.

RESCIGNO, Pietro. Tipicità ed atipicità dei rapporti: prassi e regole notarili. *In* AA. VV. *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. 2. Padova: Cedam, 1997, p. 1909-1919.

RESCIGNO, Pietro. Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa). *In* AA. VV. *Scritti per Mario Nigro*, vol. I. Milano: Giuffrè, 1991, p. 513-532.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Legalidade tributária, tipicidade aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais tributária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229. Rio de Janeiro, jul./set. 2002, p. 313-333.

RIMOLDI, Francesca. La causa quale ragione in concreto del singolo contratto. *I contratti*, n. 7. Padova, 2007, pp. 621-634.

RIZZO, Vito. *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*. Napoli: ESI, 1985.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole* – Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006, *passim*.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 1, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001.

ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008.

ROLLI, Rita. Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta. *Contratto e impresa*, 2007, fasc. 2, pp. 417-454.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

ROSBOCH, Amedeo. Prassi e tipo nel diritto dei contratti. *Rivista critica del diritto privato*, ano XIX, n. 1. Napoli, mar. 2001, pp. 283-293.

SACCO, Rodolfo. *Trattato di diritto civile*, I. Torino: UTET, 2005.

SACCO, Rodolfo. Autonomia contrattuale e tipi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. XX. Milano, 1966, pp. 785-808.

SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. *Le tiers à l'acte juridique*. Paris: L.G.D.J., 2000.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia?. *Cadernos Direito GV*, v. 5. São Paulo, 2008, p. 4-58.

SÁNCHEZ, Paloma Saborido. *La causa ilícita*: delimitación y efectos. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

SANTO, Gustavo Espírito. *La cause, élément constitutif de l'acte juridique*. Mémoire de Master II (Droit Privé General). Paris: Université Paris II Panthéon-Assas, 2007/2008.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, 9. ed. Napoli: Jovene, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência, 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS JÚNIOR E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. *Revista de direito privado*, n. 13. São Paulo, jan./mar. 2003, p. 99-111.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 22. Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, p. 239-257.

SBISÀ, Giuseppe. Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni. *In* BUSNELLI, Francesco (org.). *Tipicità e atipicità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 117-122.

SCHLESINGER, Piero. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. *Rivista di diritto civile*, ano XLVII, parte prima. Padova, 2002, p. 531-544.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista trimestral de direito civil*, n. 6. Rio de Janeiro, abr./jun. 2001, p. 159-182.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Collegamento negoziale. *Enciclopedia del diritto*, VII. Milano: Giuffrè, 1962, p. 375-381.

SERRANO, Augustin Luna. Tavola rotonda e sintesi conclusiva. *In* PALAZZO, Antonio (coord.). *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli: ESI, 2001.

SHOOK, John R.; e MARGOLIS, Joseph. *A companion to pragmatism*. Oxford: Blackwell, 2006.

SICCHIERO, Gianluca. *Il contratto con causa mista*. Padova: Cedam, 1995.

SICCHIERO, Gianluca. Tramonto della causa del contratto? *In* SICCHIERO, Gianluca. (org.) *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*. Padova: Cedam, 2005, p. 1-34.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 99-126.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 127-150.

SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: proposta para uma nova delimitação de suas fronteiras. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 69-98.

SOUSA, José Geraldo. *Introdução crítica ao direito*. Brasília: UnB, 1993.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e MAIA, Antônio Cavalcanti. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In* PEIXINHO, Manoel M.; GUERRA, Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da constituição de 1988*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57-99.

SOUZA, Sylvio Capanema. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*, 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. *In* SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463-482.

TALAMANCA, Mario. La tipicità del sistema contrattuale romano. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v.86. São Paulo, 1991, p. 44-64.

TAMBURRINO, Giuseppe. Osservazioni su un nuovo orientamento della giurisprudenza della corte di cassazione in tema di causa del negozio giuridico. *In* Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma. *Scritti giuridici in memoria di Marcello Barberio Corsetti*. Milano: Giuffrè, pp. 723-739.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002, 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Lisboa, Coimbra, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In* TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; e LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial da *Revista trimestral de direito civil*, n. 13. Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. iii-iv.

TEPEDINO, Gustavo; e SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *In* TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1975.

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

TORRENTE, Andrea; e SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*, 13. ed. Milano: Giuffrè, 1990.

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de direito administrativo*, n. 235. Rio de Janeiro, jan./mar. de 2004, p. 193-232.

TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, 6. ed. Milano: Giuffrè, 1983.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 299-338

VACCA, Letizia (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I, 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

VARGAS, Daniela Trejos. O princípio da publicidade. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 387-411.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2008.

VISALLI, Nicolò. La problematica del *leasing* finanziario come tipo contrattuale. *Rivista di diritto civile*, ano XLVI, parte seconda. Padova, 2000, pp. 643-690.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALD, Arnoldo. *Direito civil*: introdução e parte geral, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. *In* TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-101.

WALD, Arnoldo. A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002. *Revista forense*, n. 364. Rio de Janeiro, nov./dez. 2002, p. 21-30.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

ZACCARIA, Giuseppe. Testo giuridico e linguaggi: una prospettiva ermeneutica. *In* AA.VV. *Diritto privato 2001-2002* – VII-VIII: L'interpretazione e il giurista. Padova: Cedam, 2003, p. 5-33.