

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MAGNO FLORES ALVES**

**TIPICIDADE E INDIVIDUALIDADE:  
CONCEITOS PARA UMA PRÉ-COMPREENSÃO SOBRE O CONTRATO NO  
DIREITO BRASILEIRO**

Porto Alegre  
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MAGNO FLORES ALVES**

**TIPICIDADE E INDIVIDUALIDADE:  
CONCEITOS PARA UMA PRÉ-COMPREENSÃO SOBRE O CONTRATO NO  
DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

**Orientadora: Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera**

Porto Alegre  
2012

Em ocasiões como esta, não é incomum esquecer-se de quem merece e dedicar-se o produto do esforço a quem se ama, mesmo que não mereça. Isso não surpreende, pois o mundo não é justo.

No meu caso, contudo, a elaboração de uma dedicatória é muito fácil, pois a pessoa que mais a merece é justamente a que mais amo.

É por dever de justiça e como manifestação de amor que dedico este trabalho à minha esposa Fernanda, pessoa que muito admiro e que esteve ao meu lado, incondicionalmente, na fase mais dura de nossas vidas, dando-me amor, carinho e total apoio.

## AGRADECIMENTOS

À Professora Véra Maria Jacob de Fradera tenho várias razões para agradecer. Destaco três. Em primeiro lugar, agradeço-lhe pela confiança que depositou em mim e espero que tenha correspondido. Em segundo lugar, pelo exemplo que sempre foi, desde a graduação, em especial no que se refere à atitude crítica em relação ao direito, incentivando sempre seus alunos a não se submeterem acriticamente ao que lhes é apresentado como consolidado. Em terceiro lugar, pela orientação respeitosa que me dispensou. Ao terminar esta jornada, confirmo que um de meus grandes êxitos foi a escolha da orientadora.

Outra pessoa que me marcou muito e a quem também agradeço é o Professor Luís Afonso Heck. Se a Professora Véra Fradera, durante a graduação, incentivou-me a adotar uma atitude questionadora, na pós-graduação tal incentivo recebeu um forte impulso do Professor Heck, com sua crítica implacável às idéias fáceis, ao conformismo e à bajulação que imperram o desenvolvimento do direito. E isso, é bom esclarecer, não no sentido de contrariar tudo pelo prazer de “ser do contra”. A compreensão do verdadeiro e racional sentido dessa postura passa por Gadamer, para quem a essência da hermenêutica está no perguntar.

Agradeço, também, à Professora Lisiane Feiten Wingert Ody, minha professora de contratos na graduação, ocasião em que despertei o interesse pela matéria. Agradeço-lhe por isso e pelas críticas, que foram importantes ao aprimoramento do trabalho.

Agradeço, ainda, ao Desembargador Eugênio Facchini Neto pelas importantes críticas, todas construtivas, que fez ao trabalho. Presto-lhe uma homenagem através da resposta ao seu questionamento por ocasião da banca de qualificação: é possível extrair um princípio de equilíbrio das normas codificadas? A essa questão dedico os últimos tópicos da dissertação. Acredito que o Desembargador Facchini não concordará com a resposta. Forte, contudo, no entendimento de que a discordância é uma forma de homenagem, pois chama o outro ao diálogo, com o que se lhe dá o reconhecimento de que seu pensamento nos fez refletir, atrevo-me a apresentar minha resposta mais honesta para a pergunta.

Por fim, agradeço ao meu chefe, o Promotor Voltaire de Freitas Michel, o qual prestou seu apoio aos meus estudos através da flexibilização dos horários na Promotoria de Justiça de Esteio.

## RESUMO

Esta dissertação abordará alguns dos conceitos necessários para uma pré-compreensão sobre o contrato no direito brasileiro após a recepção da função social do contrato na cláusula geral do art. 421 do Código Civil.

Serão confrontadas as idéias de tipicidade e individualidade no contrato, a partir do que se questionará a teoria empregada como base para a redação do artigo referido e a idéia de unidade do direito contratual brasileiro.

Palavras-chave: contrato, função social do contrato, tipicidade, individualidade

## **ABSTRACT**

This paper aims at presenting some of the concepts necessary for a pre-comprehension regarding the contract in Brazilian law after the reception of the social function of the contract in general clause of 421 Article from the civil code. Vagueness doctrine and individuality will be confronted, from what will be questioned in the theory employed as basis for the writing of the 421 article from the civil code as well as the unity in Contract Law.

Key-words: contract, social function of the contract, vagueness doctrine, individuality

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1ª PARTE – O CONTROLE DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO ITALIANO DESDE O CODICE CIVILE DE 1942</b> .....	<b>26</b>
<b>Capítulo 1 – A Causa do Negócio Jurídico nas Obras de Emilio Betti e de Giovanni B. Ferri</b> .....	<b>30</b>
1. A Doutrina de Emilio Betti: a Função Econômico-Social Típica como Causa do Negócio Jurídico.....	31
1.1 <i>O Juízo de Merecimento</i> .....	32
1.2 <i>Gênese Social do Negócio Jurídico, Função Social Típica, Causa e Tipo</i> .....	33
1.3 <i>Função Social Típica e Interesses Individuais</i> .....	38
2. A Doutrina de Giovanni B. Ferri: a Função Econômico-Individual como Causa do Negócio Jurídico.....	39
2.1 <i>A Causa</i> .....	42
2.1.1 <i>A Problemática da Causa</i> .....	42
2.1.2 <i>A Causa do Negócio Jurídico</i> .....	43
2.2 <i>A Tipicidade</i> .....	47
<b>Capítulo 2 - O Atual Entendimento Sobre o Controle da Autonomia Privada no Direito Italiano</b> .....	<b>52</b>
1 <i>Superação da Função Social como Causa do Contrato e a Adoção de Outras Técnicas de Controle da Autonomia Privada</i> .....	53
2 <i>A Impossibilidade de Superação do Tipo como Critério de Controle da Autonomia Privada</i> .....	59
<b>2ª PARTE – O CONTROLE DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002</b> .....	<b>67</b>
<b>Capítulo 1 - Tipicidade e Individualidade no Código Civil e na Doutrina e o Contrato no Terceiro Milênio</b> .....	<b>68</b>
1 <i>A Problemática dessas questões na Sistemática do Código Civil de 2002</i> .....	69
1.1 <i>Tipicidade na Disciplina Contratual Posta no Código Civil: o Entendimento a Respeito dos Artigos 187 e 421 do Código Civil</i> .....	69
1.2 <i>Individualidade na Disciplina Contratual Posta no Código Civil</i> .....	74
1.2.1 <i>A Questão dos Motivos</i> .....	78
1.2.1.1 <i>Os Significados do Termo Motivo</i> .....	78
1.2.1.2 <i>Os Motivos no Código Civil Brasileiro</i> .....	82
1.2.2 <i>Outros Dispositivos do Código Civil que Dão Primazia à Função Individual do Negócio Jurídico</i> .....	87
2. <i>A Compatibilização da Teoria de Betti ao Direito Contratual Brasileiro Visando Reduzi-lo à Unidade: a Aspiração da Tese de Gerson Branco – Apreciação Crítica de Cunho Doutrinário</i> .....	93
2.1 <i>Exposição da Tese</i> .....	94
2.1.1 <i>Flexibilização da Tipicidade Social</i> .....	95
2.1.2 <i>A Crítica de Ludwig Raiser e o Entendimento de Joaquim de Sousa Ribeiro</i> ..	97
2.2 <i>A Tese de Gerson Branco como Ponto de Partida para a Demonstração da Impossibilidade de Redução à Unidade do Direito Contratual a Partir da Idéia da Função Social como Causa do Contrato</i> .....	100
2.2.1 <i>A Limitação do Critério de Betti pelo de Raiser</i> .....	101
2.2.2 <i>O Confronto do Critério de Raiser com o de Joaquim de Souza Ribeiro</i> .....	103
2.2.3 <i>O Confronto do Critério de Joaquim de Souza Ribeiro com o de Betti</i> .....	104
3. <i>Confronto com a Realidade: o Contrato no Terceiro Milênio</i> .....	106

<b>Capítulo 2 - Tipicidade e Individualidade no Direito Contratual Brasileiro .....</b>	<b>121</b>
1 A questão da Boa-Fé e os Fins Contratuais.....	125
2 A Questão do Equilíbrio Contratual .....	133
2.1 <i>O Equilíbrio Contratual nos art. 157 e 478 do Código Civil .....</i>	<i>143</i>
2.1.1 A Resolução por Onerosidade Excessiva .....	143
2.2.2 A Lesão .....	153
2.2 <i>Existe um critério geral de equilíbrio no Código Civil? – A função Social do Contrato e a Questão do Equilíbrio Contratual.....</i>	<i>158</i>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>170</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>182</b>

## INTRODUÇÃO

Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.<sup>1</sup>

Porque a chamada *opinião dominante* – chame-se ela *senso comum dos juristas, communis opinio doctorum* ou *jurisprudência mansa e pacífica* –, longe de traduzir um consenso que se possa reputar verdadeiro, não raro consubstancia grandes e resistentes preconceitos coletivos, fruto de argumentos de autoridade ou de inércia mental, os quais, juntos ou separados, sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.<sup>2</sup>

O artigo 421 do Código Civil contraria a afirmação de que a Comissão que elaborou o Anteprojeto do Código tenha efetivamente se pautado pela diretriz de inovar com prudência<sup>3</sup>, adotando apenas modificações que já estavam consolidadas na tradição nacional. Se tal fosse verdade, não se entenderia por que há tanta polêmica em torno de tal dispositivo. Os comercialistas, por exemplo, mostram-se aterrorizados pela chamada “consumeirização”<sup>4</sup> do direito privado, a qual, no seu sentir, foi fomentada pela inclusão da cláusula geral da função social do contrato no direito pátrio.

Para alguns, contudo, tais preocupações não têm razão de ser: não passariam de juízos ideológicos e retóricos sobre o valor segurança jurídica. Exemplar, nesse sentido, a proclamação de Paulo Nalin:

Importante aludir à questão da segurança jurídica na perspectiva contratual, ou, em outras palavras, na segurança do tráfico jurídico das relações, em face das eventuais incertezas que decorre da aproximação entre função social do contrato e justiça contratual.

A questão que se apresenta ao desate é se a funcionalização do contrato poderá gerar insegurança nas relações jurídicas contratuais. A resposta

---

<sup>1</sup> Enunciado nº 167, referente aos artigos 421 a 424 do Código Civil, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 1º a 3 de maio de 2004, sob a Coordenação-Geral do Ministro Ari Pargendler.

<sup>2</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e o seu complemento pela jurisprudência. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n. 162, p. 205-213, 2004, p. 207.

<sup>3</sup> Conforme declarado por REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 25.

<sup>4</sup> A expressão foi utilizada por Paula Forgioni (FORGIONI, Paula A. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, Rio de Janeiro, n. 130, p. 7-38, 2003).

merece uma preliminar reflexão, que se alinha com a ideologia adotada pelo intérprete do contrato.

Juízo ideológico sobre o valor segurança contratual, que compreende que para além de alguma alusão retórica que sobre ele possa se desenvolver, tem sim um conteúdo ideológico e volátil muito ao gosto do aplicador da norma<sup>5</sup>.

Um bom ponto de partida para demonstrar que as preocupações que giram em torno do artigo 421 do Código Civil são plenamente justificadas extrai-se do enunciado citado na epígrafe. Trata-se de um exemplo emblemático do quanto o pensamento jurídico ainda continua preso a conceitos abstratizantes com pretensão de unidade.

Da doutrina, destaca-se como exemplo dessa pretensão, pela clareza e concisão, o entendimento de Almeno de Sá, o qual, em comentário ao artigo 421 do Código Civil, diz que a proclamação da função social do contrato como limite e modelação da autonomia privada alinha-se com a tendência de fazer "do pensamento da *solidariedade contratual* a nuclear força estruturante de uma "nova" dogmática do contrato." Após assentar que se trata de "um princípio próprio do direito contratual *geral*", o autor dispõe que

só faz sentido a elaboração de uma nova dogmática jurídico-contratual que complete, desenvolva e aperfeiçoe, num todo intencional unitário, os princípios do clássico direito contratual geral. Designadamente, a estreiteza do princípio protectivo ligado ao sujeito jurídico designado como "consumidor" deve ser relativizada e superada, pois só assim será possível um desenvolvimento coerente e consistente de uma global ordem contratual justa<sup>6</sup>.

Levar a sério uma análise funcional do contrato, em um ambiente de extrema complexidade, contudo, conduz a abandonar a pretensão de unidade, eis que, além de falsificante, a idéia é perigosa por conduzir a intercâmbios de disciplina injustificados. O perigo está em construir o significado da função social do contrato a partir de dados extraídos de algum âmbito específico das relações contratuais e pretender generalizar esse significado para todo o direito dos contratos<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 50-60, 2002, p. 59.

<sup>6</sup> SÁ, Almeno de. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil Brasileiro. In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 167-219, 2002, p. 169-170.

<sup>7</sup> Mesmo que se concluísse, do ponto de vista teórico, ser possível falar em unidade da teoria contratual, não se vislumbram razões práticas que justifiquem os perigos aí implicados. Conforme observa Enrico Gabrielli, as dúvidas que se levantam atualmente contra a teoria geral do contrato não se voltam à sua unidade como conceito e categoria lógico-jurídica, mas à utilidade de fazer

Para comprovar tal perigo, basta atentar para o modo como a boa-fé vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros, conforme identificado por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber<sup>8</sup>. O estudo demonstra cabalmente que são plenamente justificadas as preocupações que giram em torno da função social do contrato, principalmente considerando a tendência de utilizá-la como fundamento jurídico para a aproximação entre a disciplina contratual codificada e a disciplina do CDC, construindo-se, a partir disso, uma nova teoria geral dos contratos.

Com efeito, os autores registram a confusão que tem sido operada entre os fins do Código de Defesa do Consumidor e a função da boa-fé objetiva. Inicialmente, destacam que foi com o CDC que surgiu a primeira previsão moderna da boa-fé objetiva no direito brasileiro. Ocorre que, inserida no sistema protetivo do Código do Consumidor, a boa-fé passou a ser entendida pelos tribunais brasileiros como um preceito protetivo, entendimento que não se coaduna com seus contornos dogmáticos, uma vez que a boa-fé representa a sujeição de ambas as partes<sup>9</sup>, em igual medida, aos padrões de lealdade e colaboração tendo em vista o fim do contrato. Dentro desse contexto, a jurisprudência atribuiu à boa-fé um papel de instrumento reequilibrador das relações não paritárias, uma vez que seu conteúdo normativo foi preenchido pelos tribunais brasileiros, desconhecendo os contornos

---

confluir e exaurir, no esquema lógico daquele conceito e no esquema que ele representa, todos os interesses e funções de que o negócio é expressão (GABRIELLI, Enrico. L'Operazione Economica nella Teoria del contratto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 3, p. 905-939, 2009, p. 909). Com efeito, para o jurista prático, menos afeto às sutilezas teóricas e ao rigorismo na construção dos institutos jurídicos, a idéia de unificação do direito contratual apenas pode gerar confusões, eis que a derrubada das necessárias e inelimináveis "barreiras" entre as diversas categorias contratuais terá necessariamente como consequência um intercâmbio inoportuno de disciplina entre elas. Do balanço entre a pouca utilidade e o grande perigo que isso representa, parece ser preferível adotar solução pragmaticamente mais segura.

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: OBRIGAÇÕES: Estudos e Pareceres na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

<sup>9</sup> Tal é o entendimento vigorante na Alemanha, embora o sempre lembrado §242 do BGB faça referência apenas ao devedor. Nesse sentido, SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. Um exemplo emblemático da atuação da boa-fé como fonte de deveres para o credor extrai-se da hipótese tratada pela Professora Véra Fradera em texto no qual concluiu que o direito nacional dá respaldo à existência de um dever acessório, a cargo do credor, de mitigar o próprio prejuízo, o qual é "derivado del principio de la buena fe objetiva, pues nuestro legislador, apoyado em la doctrina anterior al actual Código, adopta una concepción cooperativa de contrato." (FRADERA, Véra Maria Jacob de. ¿Puede el acreedor ser instado a disminuir el propio perjuicio? *Revista Nova Tesis*, Montevideo, n. 7, p. 3-11, 2006). O mesmo texto fora apresentado pela Professora na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 1º a 3 de maio de 2004, sob a Coordenação-Geral do Ministro Ari Pargendler, como justificativa para enunciado que propôs a respeito do art. 422 do Código Civil, o que culminou na aprovação do enunciado n.º 169, o qual tem o seguinte conteúdo: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo".

dogmáticos da figura, a partir da *ratio* do CDC.

Apesar disso, tal distorção não teve, inicialmente, maiores consequências. Enquanto a boa-fé permaneceu aplicável apenas às relações de consumo, a sua aplicação atécnica era, de certa forma, inofensiva, uma vez que o resultado alcançado se coadunava com o objetivo pretendido com a implementação do CDC, o qual inseriu na ordem jurídica nacional um regime de proteção que era adequado às relações de consumo.

Com o advento Código Civil de 2002, contudo, a boa-fé objetiva foi prevista como cláusula geral aplicável às relações comuns. O perigo está em que, com tal evolução, a noção de boa-fé, preenchida a partir do conteúdo protetivo próprio do CDC, passe a representar a sujeição das relações paritárias a uma intervenção reequilibradora ampla, promovida por um judiciário despreparado para manejar cláusulas gerais, mas ávido por justiça, o que significaria uma inadmissível consumeirização do direito privado. Aqui, deixa de ser irrelevante a confusão, antes inócua, entre a boa-fé no sentido técnico e a boa-fé como preceito reequilibrador do conteúdo do contrato tal qual os tribunais passaram a entendê-la sob a égide do CDC.

Exemplificativamente, cita-se decisão do STJ em que a Corte condenou seguradora a pagar indenização pela morte de motorista embriagado sob o argumento de que a cláusula limitativa de cobertura para a hipótese não foi informada com anterioridade ao consumidor, eis que o manual lhe foi enviado apenas após a contratação<sup>10</sup>. Peculiar é a fundamentação da decisão: "A boa-fé objetiva [...] impõe a adoção de uma conduta leal aos contratantes, funcionando como um limite ao exercício abusivo do direito subjetivo assegurado em contrato, [que] não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua." Evidente que, em matéria de direito do consumidor, o STJ entende a boa-fé como uma "via de mão única", eis que dá respaldo a que o consumidor atue de modo flagrantemente ilícito e desleal, abusando de seu direito frente ao segurador, e, ainda assim, receba a indenização. Não se trata, a toda evidência, de aplicação da boa-fé, mas de aplicação do princípio da proteção – no caso injustificada – do

---

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.219.406/MG. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 2010.

consumidor. A interpretação da boa-fé, no exemplo, foi inequivocamente atécnica<sup>11</sup>.

Se a suprema corte em matéria infraconstitucional assim se manifesta, não é nada desprovida de fundamento a doutrina que se preocupa com a consumeirização do direito privado, pois isso significa, potencialmente, a generalização da interpretação atécnica de algumas normas peculiares de certos tipos de relações a todo âmbito das relações privadas. Plenamente procedente, portanto, a preocupação de Tepedino e Schreiber em buscar definir, com precisão, os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial as suas funções e seus limites.

As mesmas razões tornam preocupante uma cláusula geral como a existente no art. 421 do Código Civil, devido à perigosa pretensão de vinculá-la, *a priori*, a uma concepção protetiva e reequilibradora a partir da qual defender a unidade do discurso sobre o contrato, o que parece estar na base do enunciado acima citado. Se já é objeto de preocupação a orientação adotada pelos tribunais brasileiros frente a uma cláusula geral que conta com contornos dogmáticos bem mais precisos, como a boa-fé, não é muito alentador pensar em uma provável aplicação não criteriosa da função social do contrato.

Com isso, tem-se por justificado o objeto do presente estudo. Passa-se à sua apresentação.

Um primeiro esclarecimento deve ser feito a respeito do título da dissertação. Com efeito, à primeira vista, o título não parece ser muito preciso, eis que o

---

<sup>11</sup> Outros exemplos nesse sentido podem ser extraídos de outras decisões do STJ. A título de exemplo, os seguintes julgados: no Resp nº 980.326, o STJ determinou que operadora de plano de saúde prestasse tratamento cirúrgico para tratamento de obesidade mórbida pré-existente à contratação do plano, apesar de o segurado ter omitido a doença por ocasião do preenchimento da ficha de declaração de saúde. No entendimento do STJ, tratava-se de ônus da contratada ter realizado exames de admissão do plano, pelo que não lhe seria possível eximir-se da cobertura de doença pré-existente não detectada. Outro exemplo discutível pode ser extraído do AG 1.244.022, em que a 2ª Seção do STJ determinou à seguradora requerida o pagamento de indenização em caso de suicídio do segurado antes do prazo de carência expressamente estipulado no art. 778 do Código Civil. Ainda, o REsp 873.226, em que o STJ determinou que operadora de plano de saúde forneça prótese expressamente excluída pelo contrato, apesar de reconhecer a não abusividade da cláusula que excluía a cobertura. O recurso foi oriundo do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, sendo que a ementa do acórdão recorrido assim dispunha: "Observância à função social do contrato (art. 421, do CC) e à boa-fé (art. 422, do CC), vez que a cláusula, de conteúdo unívoco, é fiel à comutatividade da contratação e não destitui o contrato de objeto". O STJ, contudo, apesar de reconhecer a validade e não abusividade da cláusula contratual, limitou sua aplicabilidade quando a utilização da prótese implicar pressuposto para o êxito de procedimento cirúrgico coberto pelo contrato. Em outras palavras, considerou a cláusula válida, mas aniquilou sua eficácia, eis que, de fato, excluiu sua aplicabilidade. Em vista da orientação adotada pelo STJ, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo alterou seu posicionamento, conforme se extrai da Apelação Cível nº 14030050497.

contraposto de individualidade na dicotomia<sup>12</sup> hoje em voga seria socialidade. A não utilização deste termo, contudo, foi consciente. O termo socialidade é “habitado” por um sem número de entendimentos, os mais díspares possíveis, cada um de acordo com a concepção particular do intérprete. Já o termo tipicidade, embora possa não ser unívoco, é dotado de maior precisão, principalmente no sentido em que será adotado, na esteira do pensamento de Betti, em que tipicidade traz em si a marca da socialidade. Fica flagrante, portanto, que o título põe frente a frente individualidade e socialidade, mas toma esta expressão em uma acepção mais precisa<sup>13</sup>.

Ainda sobre o título, importante esclarecer a expressão pré-compreensão. Conforme Gadamer<sup>14</sup>, a tarefa da hermenêutica não consiste em desenvolver um procedimento da compreensão, mas em esclarecer as condições sob as quais ela surge. Para o autor, "a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão". Em outras palavras, é dizer que a formação prévia do intérprete<sup>15</sup> é condição essencial para a tarefa de compreender. À medida que o intérprete aumenta sua pré-compreensão, ele modifica a perspectiva e a amplitude de sua visão (altera sua situação hermenêutica<sup>16</sup>), tornando-se mais capaz de valorar adequadamente e de dar o devido peso a cada elemento englobado no objeto de estudo. Sem estar provido de uma pré-compreensão mínima sobre dada matéria, o intérprete ficará à deriva na atividade hermenêutica.

Ocorre que tal condição deve ser construída pelo intérprete (é produto de seu esforço), eis que não se encontra à disposição enquanto tal (como um procedimento pré-existente que basta aplicar). Segundo Gadamer, ainda, a construção da pré-compreensão deve dar-se através do estudo da tradição, com a qual devem ser confrontados permanentemente os pré-juízos do intérprete, eis que um

---

<sup>12</sup> A respeito do emprego de dicotomias como expediente a que o jurista normalmente recorre para ordenar o pensamento, Bobbio, o qual destaca outras dicotomias normalmente empregadas: estado-sociedade, público-privado e política-economia (BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2000).

<sup>13</sup> Ainda se poderia pensar na dicotomia objetividade-subjetividade. Esta, contudo, tem contornos mais amplos e sua correspondência com a dicotomia aqui empregada é apenas parcial. Falar em objetividade a respeito do contrato tem significado amplo, podendo referir-se à primazia dos dados expressos no mundo sobre a vontade, contrapondo-se, nesse sentido, à idéia de subjetividade como evento atinente ao foro interno do indivíduo. Assim, a dicotomia objetividade-subjetividade não expressa de modo preciso o objeto deste trabalho.

<sup>14</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1998, p. 441 et. seq.

<sup>15</sup> Antônio Junqueira de Azevedo fala em “bagagem cultural” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009).

<sup>16</sup> Sobre o significado de situação hermenêutica conforme o termo está empregado no texto, ver Gadamer (*Ibidem*, p. 451).

conhecimento objetivo apenas é possível a partir da consideração dos padrões seguros formados pela tradição e herdados da história<sup>17</sup>. É o encontro com a tradição que põe em xeque os pré-juízos do intérprete e faz com que passem a ser questionados.

Assim, tem-se por esclarecido o que se quis dizer quando se fez referência a elementos para a construção de uma pré-compreensão sobre o contrato após a vigência da cláusula geral da função social: a dissertação tem por foco alguns elementos cujo estudo é condição necessária para que o intérprete esteja apto a enfrentar as questões hermenêuticas que tal cláusula geral coloca quando em foco problemas envolvendo o contrato. Também fica esclarecido que tais condições serão trabalhadas a partir da tradição do direito contratual nacional.

A importância do desenvolvimento de uma adequada pré-compreensão sobre as questões jurídicas que o intérprete enfrentará na atividade hermenêutica sobressai quando se presta a devida atenção à metodologia jurídica que o atual Código exige.

Com efeito, frente à complexidade e dinâmica do mundo contemporâneo, deixou de fazer sentido o ideal das codificações oitocentistas, às quais pretendiam abarcar, de modo exauriente, todo o âmbito que visavam reger. A vetusta concepção de legislação como catálogo para a solução de todos os casos, a qual requer uma atuação legislativa pontual e incessante como condição necessária para acompanhar o desenvolvimento da vida em sociedade, além de irrealizável, gera, contraditoriamente, a incerteza e a insegurança em grau extremo, visto que a inflação legislativa e a assistemática daí decorrentes atingem um ponto de saturação que torna impossível a compreensão e o manejo do sistema<sup>18</sup>. A percepção disso gerou uma mudança profunda na idéia de código e na técnica de legislar, o que repercutiu, necessária e intensamente, na metodologia jurídica.

O código deixa de ser compreendido como um sistema fechado que se fundamenta sobre si mesmo, abrindo-se espaço para a técnica de legislar por cláusulas gerais, o que conduz à idéia de sistema jurídico como algo aberto e em

---

<sup>17</sup> GADAMER, 1998, p. 443-445. Segundo Gadamer, um conhecimento objetivo pressupõe um certo distanciamento histórico, eis que tal distanciamento permite uma visão imparcial, não viciada por interesses subjetivos. É dizer que, quando aquilo sobre o que se estuda já está "morto", presente apenas o interesse histórico, de modo que distância temporal implica objetivação. Assim, a distância temporal presta sua ajuda para que os pré-juízos de natureza particular feneçam e, ao mesmo tempo, permite que os que levam a uma interpretação correta venham à tona.

<sup>18</sup> Nesse sentido, desenvolvendo a questão, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42, et seq.

permanente (re)construção. Através de uma ordem jurídica mais flexível, torna-se possível acompanhar o desenvolvimento social, recolhendo e regulando situações supervenientes, sem precisar que se recorra sempre à pontual intervenção legislativa<sup>19</sup>.

Evidente que, frente a isso, as técnicas de aplicação do direito outrora vigorantes deixaram de fazer sentido. Segundo a Prof.a Judith Martins-Costa, inclusive, tornou-se impróprio falar em aplicação do direito. Para ela, a teoria hermenêutica, principalmente a jurídica, está reformulada. A interpretação não mais se compreende como extração de um sentido imanente ao texto considerado em abstrato, uma vez que passa a ser vista como o *momento normativo-constitutivo da realização do direito*, não mais se cindindo da aplicação. Assim, inseparáveis o momento hermenêutico e o normativo, de modo que a interpretação é sempre contextual e a decisão do caso concreto será construída com a consideração de elementos derivados do próprio caso, iluminados pelas diretrizes axiológico-normativas fornecidas pelo sistema jurídico<sup>20</sup>.

Isso, contudo, se, por um lado, constitui um imperativo do mundo atual, por outro, parece pôr, nos países de formação cultural mais positivista, tal qual o Brasil, a metodologia jurídica em situação problemática.

É em tal contexto que parece despontar como fundamental a idéia de pré-compreensão. Somente a partir de uma sólida pré-compreensão sobre a questão a ser enfrentada, o intérprete poderá valer-se das cláusulas gerais presentes no código para a construção de soluções qualificáveis como jurídicas. Do contrário, à deriva na atividade hermenêutica, o intérprete será escravo de seus pré-juízos (juízos não esclarecidos) e sujeitar-se-á ao risco de fazer das cláusulas gerais veículos para inserir no mundo jurídico suas concepções pessoais convencido de estar fazendo justiça.

Conforme visto, construir uma pré-compreensão significa pôr a teste. Significa que o intérprete irá confrontar seus pré-juízos com a tradição para verificar se se sustentam, se são racionalmente fundamentados. Somente após tal confronto, será

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

<sup>20</sup> A questão é tratada no seguinte artigo, no qual é indicada bibliografia a respeito: MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: QUESTÕES controversas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005.

possível ao intérprete aproximar-se da questão que pretende enfrentar e valorá-la corretamente, sem incorrer no arbítrio do subjetivo. De outro modo, não há que falar em direito, o qual pressupõe a existência de algo de objetivo que, acessado e compreendido, constituirá a base a partir da qual as decisões jurídicas terão um mínimo de racionalidade e serão passíveis de algum controle.

Por fim, ainda como decorrência da idéia de pré-compreensão, esclarece-se que este trabalho não traz respostas de uma vez por todas estabelecidas: representa apenas uma fase no processo de construção de uma consciência hermenêutica sobre o artigo 421 do Código Civil. A pré-compreensão pode ser sempre aprofundada, de modo que os questionamentos se tornem cada vez mais afinados: trata-se do ideal progressivo que orienta as ciências do espírito<sup>21</sup>.

Insistindo um pouco nesse viés, parece que essa perspectiva de análise é a única adequada ao atual estágio de desenvolvimento das pesquisas a respeito das consequências do acolhimento da cláusula geral da função social sobre a noção de contrato no direito brasileiro, as quais ainda estão na fase de acumulação. Ainda não parece possível querer apresentar uma resposta sobre o significado e alcance de tal cláusula geral. Dentre outras razões para essa conclusão, a principal parece já ter sido referida: falta um distanciamento histórico suficiente para que seja possível separar o que constitui uma base sólida para uma compreensão correta da cláusula geral estabelecida no artigo 421 daquilo que é mero pré-juízo comprometido com as convicções subjetivas e parciais do intérprete.

O que parece importante e que pode ser feito é a identificação e apresentação dos caminhos através dos quais o discurso pode conduzir-se com correção, evitando-se a adoção de direções equivocadas ou de reducionismos. É essa a perspectiva que guia este trabalho, o qual, como dito, não pretende

---

<sup>21</sup> Flagrante em tais afirmações o ensinamento de Gadamer quando estudou o gênero de reflexão que verdadeiramente pode fazer jus ao estado do problema das ciências do espírito, ocasião em que apresentou o exemplo dos clássicos. São palavras do autor: "O progresso da investigação já não se entende de modo generalizado como expansão e penetração em novos âmbitos e materiais, senão que, em vez disso, como o alcançar um nível de reflexão mais elevado dentro dos correspondentes questionamentos. É evidente que, mesmo desse ponto de vista, continua-se pensando teleologicamente, sob o padrão do progresso da investigação, como sempre convém ao investigador. Porém, junto a isso começa a entrever-se também uma consciência hermenêutica que perpassa a investigação com um interesse mais auto-reflexivo. Isso ocorre sobretudo nas ciências do espírito que contam com uma tradição mais antiga. A ciência clássica da antiguidade, por exemplo, depois de ter elaborado sua própria tradição em círculos cada vez mais extensos, voltou-se sempre de novo, com questionamentos cada vez mais afinados, para os velhos objetos preferenciais de sua ciência. Com isso, introduziu uma espécie de autocrítica, na medida em que começou a refletir sobre o que realmente perfaz a excelência de seus objetos mais excelentes." (MARTINS-COSTA, O método..., p. 428.).

apresentar uma resposta acabada. Pretende-se, antes, acrescentar ao discurso alguns elementos que, na visão deste autor, estão sendo negligenciados, mas que devem ser considerados caso se pretenda alcançar um entendimento global (não reducionista) e correto a respeito do contrato no direito brasileiro. Não se pretende, em suma, indicar o ponto de chegada. O máximo que é possível pretender (e já há aí bastante pretensão) é apontar novos caminhos a serem trilhados.

Esclarecido o título (e, de carona, também a perspectiva de análise), passa-se ao objeto do trabalho.

O tema elegido, como já ficou claro, diz respeito à função social do contrato e, mais propriamente, aos impactos gerados pelo seu acolhimento sobre a noção do contrato no direito brasileiro.

O artigo 421 é uma das tantas novidades introduzidas pelo Código Civil brasileiro atual frente ao revogado Diploma Civil de 1916, razão pela qual já se destaca a necessidade do seu estudo. Mas o verdadeiro interesse pelo tema deve-se à discordância quanto ao rumo que o discurso sobre ele vem tomando, o qual parece debilitar o significado próprio do contrato, pois o analisa por uma perspectiva unilateral.

O comum nos estudos brasileiros sobre o tema é que cada interprete quer impor sua idéia (seu pré-juízo) de função social do contrato, sem contar com um apoio mais sólido no direito nacional, o que leva a não se saber muito bem como resolver a tensão que o Código estabeleceu entre a função social do contrato e a liberdade contratual.

A corrente mais difundida tende a valorizar muito mais o aspecto controlador que o aspecto liberdade, confiando ainda na possibilidade de controle, por algum órgão estatal, de uma realidade absolutamente múltipla, fragmentada e volátil. Resultado destas opiniões é uma sub-valorização da idéia de liberdade contratual, com a correspondente valorização de um ideal de regulação dos negócios privados pelo Estado, desconsiderando as decisões tomadas em liberdade pelos próprios indivíduos titulares dos interesses em jogo e substituindo-as pelas decisões de algum órgão estatal, como se fosse possível defender, *a priori*, que as soluções tomadas por este ente são, em geral, as mais adequadas à boa regulação das operações privadas de conteúdo econômico.

Por óbvio que um dos sinais mais marcantes do direito dos contratos no último século foi a progressiva mitigação do poder da vontade individual no terreno

dos contratos. Tal é fato inegável e deve ser considerado. Mas não se pode aceitar que a liberdade individual tenha sido colocada em segundo plano, como muitas vezes se defende.

O presente estudo parte da premissa de que a ordem jurídica brasileira apresenta elementos importantes que interferem necessariamente na compreensão sistemática do artigo 421 do Código Civil, os quais não estão recebendo a devida atenção da maior parte da doutrina. O objetivo pretendido é destacar alguns destes elementos e estudá-los, visando testar a consistência do entendimento de que o artigo 421 conduz à unificação do direito contratual em uma nova teoria geral dos contratos, conforme referido no início desta introdução.

A questão poderia ser abordada de diversos modos. A abordagem que será adotada parte de alguma das orientações seguidas pela doutrina que defende a unidade do direito contratual, perspectiva que se mostra muito fértil quando se percebe que justamente a concepção de função social do contrato que está na base do pensamento daqueles teóricos que influenciaram a elaboração do artigo 421 do Código Civil constitui o exemplo mais marcante desta orientação. Eis o ponto de partida da dissertação, a qual pretende perquirir se a teoria da qual se valeram os artífices do Código é capaz de unificar, em uma teoria geral, o direito contratual nacional hoje vigente, tal qual moldado pela tradição e dela herdado.

Identificar uma dada tradição a respeito da função social do contrato e defender que ela constitui a matriz teórica do contrato significa dizer que tal tradição é capaz de explicar racionalmente o direito contratual vigente no Brasil no seu conjunto. Tem absoluta razão Perlingieri quando afirma que a "autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca sua exigência"<sup>22</sup>. Isso evidencia a necessidade de se testar se a concepção utilizada pelo legislador é compatível com o ordenamento jurídico e com a ordem econômica nacionais, se se afina com a tradição contratual brasileira e se contém em si as bases principiológicas capazes de dar uma explicação racional para a complexidade das relações contratuais que se desenvolvem em uma economia moderna como a brasileira. Não basta dizer que o legislador adotou esta ou aquela concepção teórica. É preciso ir além e testar a coerência da concepção pretensamente adotada.

---

<sup>22</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17.

A resposta a esta questão irá pesar fortemente a favor ou contra o enunciado referido na epígrafe.

Nesse sentido, interessante partir de alguns argumentos da tese de doutorado escrita por Gerson Branco, sob orientação da Profa. Judith Martins-Costa<sup>23</sup>. O autor esclarece que a redação do artigo 421 teve por base o direito italiano, principalmente a doutrina de Emílio Betti<sup>24</sup>, autor que desenvolveu uma das teorias mais bem acabadas sobre o tema da função social do contrato, levando-a às últimas consequências. A tese destaca que a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil foi redigida diretamente por Miguel Reale, presidente da comissão que elaborou o anteprojeto que culminou no atual Código, o qual sofreu marcante influência do fascismo italiano e, mais especificamente, das idéias de Emilio Betti em seu pensamento.

Nessa esteira, o autor defende expressamente que a concepção de contrato que foi adotada no artigo 421 do Código é a de Betti, sendo que esta seria vinculante na sua interpretação sob pena de subversão da sistemática codificada. A tese parte de uma premissa correta, ao dizer que a tradição condiciona e deve condicionar a interpretação do artigo 421. Entretanto, a conclusão que dela se extrai não parece digna de adesão, uma vez que identifica de modo contestável a tradição na qual deve assentar-se a compreensão do artigo 421 do Código Civil.

A partir disso, é possível destacar uma questão que parece pertinente e que pode ser colocada nos seguintes termos: a qual tradição o interprete deve vincular-se na interpretação do artigo 421 do Código Civil? Dito de outro modo, questiona-se se o fato de Miguel Reale ter redigido o artigo com base em Betti cria algum vínculo para o interprete, de tal modo que ele tenha que fazer pouco caso das raízes que sustentam o direito contratual brasileiro.

Ao que tudo indica, essa não é a melhor solução. Como o próprio Miguel Reale afirma, as leis têm eficácia objetiva (publicadas, desprendem-se da intenção do seu autor) e prospectiva (vigem para o futuro). Entende-se que a lei, uma vez em vigor, passa a interagir com outros elementos da ordem jurídica na qual se insere, de modo que ganha um valor de per si, ou seja, uma validade objetiva a partir da

---

<sup>23</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil Brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

<sup>24</sup> O autor diz que, considerando que no direito brasileiro inexistia uma concepção acabada da função social, o codificador acolheu "a tradição formada no direito italiano, com traços que identificam, principalmente, o pensamento de Emílio Betti" (Ibidem, p. 13).

qual devem ser pautadas a sua interpretação e aplicação<sup>25</sup>.

O artigo 421 do Código insere-se em uma tradição determinada (a qual se objetivou no direito contratual brasileiro vigente, que cristaliza em si a tradição contratual pátria) que é condicionante de sua interpretação. Assim, tratar da cláusula geral da função social do contrato no vigente direito brasileiro não é o mesmo que tratar da teoria da função social do contrato desenvolvida pela doutrina italiana, mais de meio século atrás, em um contexto cultural, econômico e social absolutamente diverso do atual. Considera-se que é contestável a transposição desta matriz contratual para o Brasil, procedendo-lhe algumas adaptações voltadas a acomodá-la à realidade nacional.

Parte-se de um pressuposto diverso: a tradição que deve ser observada é aquela na qual o artigo a ser interpretado está inserido, e não outra, de modo que não parece viável nenhuma proposta baseada na idéia de transplante de modelos contratuais estrangeiros para explicar o artigo 421 do Código Civil.

Por óbvio que o direito comparado é uma importante ferramenta de análise e pode oferecer ótimas contribuições. O direito italiano, com certeza, deve ser estudado (ocupará posição de destaque nesta dissertação). Mas tal não constitui fundamento para que se defenda o simples transplante, com algumas adaptações, de teorias construídas em uma ordem jurídica para outra, máxime quando os contextos de base (as infraestruturas) são extremamente diversos. O transplante da idéia de função social do contrato tal qual foi desenvolvida na Itália, na primeira metade do Século XX, significaria uma ruptura com a tradição nacional, tendo em vista que a matriz de base do contrato não é a mesma. Tal implicaria a quebra do desenvolvimento orgânico que preside e deve presidir o evoluir do direito. Não há diferença radical entre defender tal transplante e defender a adoção de alguma tese inovadora e revolucionária: ambas as perspectivas fazem tábula rasa do passado, uma vez que não deitam raízes na tradição na qual procuram inserir-se e que visam explicar.

Entende-se que o recurso à doutrina italiana que constituiu a base teórica da redação do Código (em especial a *bettiana*) não pode ser empregada como uma matriz que seja vinculante para sua interpretação correta. Nessa esteira, ao invés de importar a teoria, o objetivo pretendido com o seu estudo será extrair-lhe elementos

---

<sup>25</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24-25.

teóricos a partir dos quais iluminar e aprofundar a compreensão do direito contratual pátrio.

Flagrante, portanto, que o presente trabalho gira em torno da discussão de duas questões, quais sejam, a adequação da teoria empregada para a redação do artigo 421 do Código e a unidade do contrato no direito brasileiro. Considerando que tal teoria constitui uma das principais perspectivas através da qual defender a unidade do contrato, apresentando os principais argumentos a respeito, tem-se que o problema de estudo pode ser sintetizado do seguinte modo: é digna de adesão a leitura do art. 421 do Código que, através da teoria da função social típica, sustenta a unificação do contrato no direito brasileiro?

Visto isso, tem-se por evidente a necessidade A) de contextualizar a concepção que constituiu a matriz doutrinária do artigo 421 do Código no direito italiano e B) de estudar o discurso e as reações a que deu origem.

Assim, apresentada a teoria da função social construída por Betti, o caminho que será percorrido consiste em demonstrar que, mesmo em seu berço, ela está muito longe de ser pacífica, pois, confrontada com uma teoria rival, foi superada na doutrina e, mais recentemente, na jurisprudência, inclusive da *Cassazione*. A adoção desse caminho deve-se ao fato de que constitui uma das mais férteis perspectivas de análise da questão, pois o confronto dessas teorias italianas (a que constituiu a base do artigo 421 e a que a contesta) constitui ótimo recurso para evitar uma visão unilateral a respeito do tema.

De tal confronto extraiu-se o fio condutor do trabalho, qual seja, o cotejo das idéias de tipicidade e individualidade na teoria do contrato.

Com efeito, para Betti, a função social típica é a causa do contrato. Considerando que os tipos negociais são vistos como a cristalização de funções sociais, o jurista italiano exige a *tipicidade* para que um contrato seja merecedor de tutela. Isso leva o intérprete a perquirir a correspondência do interesse privado envolvido no contrato a uma função social típica como requisito para o merecimento de tutela jurídica.

No extremo oposto, a concepção capitaneada por Giovanni Battista Ferri, autor que entende que a causa do contrato é a sua função econômico-individual. Segundo esta teoria, o entendimento de que a causa é a função econômico-social do contrato sobrevaloriza a idéia de controle e deixa na penumbra a autonomia privada. Trata-se de linha doutrinária que pretende destacar o primordial papel dos

interesses individuais envolvidos no contrato, os quais não se submetem, para sua relevância jurídica, à exigência de tipicidade, bastando que sejam lícitos.

Frente a frente estarão, portanto, duas teorias que buscam para si o monopólio do discurso sobre o exercício da autonomia privada, uma vez que cada uma delas visa dar uma resposta para a questão das *razões justificativas* da relevância jurídica dos atos constituídos em liberdade pelos particulares.

Do confronto dessas teorias, como já dito, extraiu-se o fio condutor da dissertação. Após o estudo sucinto delas, seguir-se-á breve apresentação da posição atual sobre a questão no direito italiano. Eis a primeira parte do trabalho.

Tratada a questão no direito italiano, passa-se ao direito brasileiro, ocasião em que serão destacadas algumas leituras que têm sido feitas do Código, em especial dos seus artigos 187 e 421, a partir da teoria da função social típica desenvolvida por Betti<sup>26</sup>.

Tal será seguido de um estudo mais compreensivo do direito contratual brasileiro, em que se buscará demonstrar que não é aceitável uma leitura que pretenda reduzir o discurso sobre as razões que justificam o exercício da autonomia privada a um critério teórico único. A partir da análise de alguns artigos do Código, da doutrina e do confronto com a realidade econômico-social brasileira atual, pretende-se demonstrar que o direito contratual brasileiro apresenta muitos elementos nos quais é possível identificar traços bem característicos da teoria da causa como função individual do contrato tal qual exposta por Ferri.

Com isso – adverte-se desde logo – não se pretende defender uma teoria contraposta a partir da qual monopolizar o discurso. Pretende-se, ao invés, obter uma visão mais ampla e realista do contrato, o que é um imperativo derivado da complexidade do ambiente em que o instituto se insere, fato que contraria a existência de critérios unitários com pretensão de plenitude.

Nesse contexto, as idéias de tipicidade e individualidade são empregadas devido ao seu potencial representativo da complexidade que caracteriza o direito

---

<sup>26</sup> Como já dito, essa é a posição de Gerson Branco, o qual, partindo do pensamento de Miguel Reale, sustenta em várias passagens da sua tese que o controle da autonomia privada através da tipicidade social é mecanismo de controle inserido pelo artigo 421 do Código Civil (BRANCO, *As origens*). Conforme tal entendimento, o art. 421 passaria a ser a base legislativa para que o juiz opere, caso a caso, um *giudizio di meritevolezza*, ou seja, verifique a utilidade social do contrato como requisito necessário para o reconhecimento de sua juridicidade, de modo que só será admitido se voltado a fins que sejam considerados socialmente relevantes, não bastando que seja lícito. O critério objetivo ao qual o juiz deverá se ater é o da tipicidade social, de modo que todo contrato deverá corresponder a um tipo social para ser juridificado.

contratual deste tempo. Conforme será demonstrado, a existência de um controle a partir de critérios típicos, dado que é uma realidade em âmbitos muito relevantes do direito contratual pátrio, não exclui a idéia de individualidade como razão justificadora suficiente da relevância jurídica dos atos de autonomia privada. É dizer, individualidade e tipicidade convivem em um mesmo ordenamento, nenhuma delas podendo arrogar a si a exclusividade no que diz respeito à racionalização teórica do exercício e do controle da autonomia privada.

Sumulando: após a apresentação de alguns entendimentos que pretendem construir uma concepção brasileira de contrato a partir da teoria da função social típica, demonstrar-se-á que o direito contratual pátrio contém elementos que apontam para um entendimento de sinal oposto, a partir do que se pretende demonstrar que não faz sentido buscar algum critério unitário a partir do qual sistematizar a questão do exercício e do controle da autonomia privada. Eis a segunda parte do trabalho, através da qual se pretende demonstrar a complexidade do direito contratual brasileiro e a impossibilidade de reduzi-lo à unidade sistemática, o que será feito a partir do estudo das idéias de tipicidade e individualidade.

Por fim, a delimitação do objeto de estudo.

É sabido que o tema da função social do contrato é extremamente amplo e complexo, eis que relacionado com muitas questões de fundo do direito dos contratos. Frente a isso, até mesmo a tarefa de delimitar algum ponto para análise é problemática, pois sempre será necessário colocar e tratar tais questões de fundo. Considerando isso, a delimitação do tema da pesquisa somente é possível tendo-se em vista os objetivos pretendidos neste trabalho, a partir do que será possível determinar a profundidade da análise a que cada questão será submetida.

Conforme apresentado nesta introdução, a dissertação tem por objeto a teoria empregada como base para a redação do art. 421 do Código, a partir do que se problematiza a unidade da disciplina do contrato no direito brasileiro. Visando obter uma perspectiva de abordagem para a questão, foram destacadas as idéias de tipicidade e individualidade nos contratos, desenvolvendo-se o trabalho a partir da contraposição entre elas.

Ocorre que, como é intuitivo, não é possível um tratamento exaustivo destas idéias. Recorrer-se-á a elas visando apenas demonstrar que ambas compõem, de modo ineliminável e não exclusivo, o direito contratual pátrio, com o que se pretende demonstrar ser equivocado falar em unidade da disciplina dos contratos. É dentro

dos limites estritamente necessários para atingir esse objetivo que as questões pertinentes serão exploradas.

Tal consideração é de especial importância para delimitar o estudo da questão da causa do contrato. Conforme ficará claro, não é possível um tratamento sério do problema da função social do contrato no direito brasileiro sem adentrar na problemática da causa, tema reconhecidamente obscuro e intrincado. Considerando o objetivo proposto, contudo, dispensável um estudo amplo sobre a causa, pelo que desnecessária a abordagem das várias teorias construídas a respeito dela, o que autoriza um severo corte no estudo da questão. Ao longo do trabalho, ficará claro que é suficiente, como termo de comparação, o recurso ao direito italiano, o que mais de perto influenciou a redação do Código Civil Brasileiro atual. Dentro do direito italiano, é suficiente o estudo do período posterior ao advento do *Codice Civile* de 1942, sendo que, dentro desse período, a análise limitar-se-á, ainda, a duas teorias, quais sejam, a de que a causa do contrato é a sua função social e, no extremo oposto, a de que a causa do contrato é a sua função individual. Esclarece-se, ainda, que, mesmo em relação ao período histórico delimitado, não são assumidos maiores compromissos frente a questão da causa. O objetivo será apenas estudar as idéias de tipicidade e individualidade nas duas teorias apontadas, visando obter subsídios para o estudo da mesma questão no direito brasileiro.

Como também ficou claro, esta dissertação pretende apenas destacar alguns elementos que parecem indispensáveis para a construção de uma adequada pré-compreensão sobre o direito dos contratos, quais sejam, as idéias de tipicidade e de individualidade. Essas idéias não abarcam em si, por óbvio, todo o campo teórico envolvido no exercício e no controle da autonomia privada. Nem esse campo é, na sua integralidade, objeto deste trabalho. Entende-se, contudo, que o estudo dessas idéias é capaz de oferecer subsídios para a construção de uma correta pré-compreensão a respeito do contrato, a qual, apesar de não ser completa, não será unilateral.

Delimitado o tema, passa-se ao estudo proposto.

## 1ª PARTE – O CONTROLE DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO ITALIANO DESDE O CODICE CIVILE DE 1942

Um panorama conciso – mas substancial – sobre as respostas que o problema do controle da autonomia privada recebeu no direito italiano desde o *Codice* de 1942 pode ser extraído de um breve artigo escrito por Attilio Guarneri<sup>27</sup>, o qual trata da interpretação que a cláusula geral da *meritevolezza dell'interesse* recebeu desde sua inserção no ordenamento jurídico italiano. O autor expõe as diversas fórmulas que se sucederam ao longo do tempo a respeito do tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, apresentando, ao final, as diversas leituras propostas no fim do século passado para o entendimento desta cláusula geral.

O estudo inicia referindo que a cláusula geral da *meritevolezza dell'interesse* foi introduzida no direito positivo italiano pelo artigo 1322 *come 2º* do *Codice* de 1942, sendo desconhecida antes dele no sistema das fontes.

A primeira interpretação que tal cláusula recebeu foi em absoluto fiel às finalidades expressas na *Relazione*, a qual se valeu largamente da teoria objetiva de Betti.

Guarneri destaca que a doutrina de Betti sobre os limites à autonomia privada é interna à reação antiformalista promovida pelo autor às escolas então dominantes, de modo que foi construída a partir de um largo emprego de cláusulas gerais como instrumento para a superação de um estudo eminentemente formal do direito<sup>28</sup>. Não é de se estranhar que suas idéias tenham sido úteis aos fins do regime fascista. Com efeito, é sabido que as cláusulas gerais foram o veículo por meio do qual penetraram os princípios políticos totalitários no mundo jurídico, o que, no contrato, significou a funcionalização do instituto aos interesses superiores da produção

---

<sup>27</sup> GUARNERI, Attilio. *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 5, p. 799-814, 1994.

<sup>28</sup> Tal reação fica evidente de modo muito especial na *Teoria Generale delle Obligazioni* de Emílio Betti (BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giufrè, 1953). No início da obra, o autor estabelece expressamente o pressuposto metodológico da investigação que será levada a cabo: o estudo do direito a partir da consideração dos interesses vigorantes na realidade social, visando a resolução dos problemas da vida de relação. Tal o fio condutor utilizado no estudo das obrigações, com o que o autor pretende superar os limites estreitos de um estudo estritamente formal do direito, o que o leva a uma análise fulcrada nos problemas práticos que o direito visa resolver com a colocação das normas jurídicas. No caso do estudo das obrigações, o autor levanta o estudo da necessidade de cooperação alheia na vida em sociedade, pois tal é o problema social que o direito das obrigações visa resolver. Não por acaso o primeiro volume da obra é intitulado *Funzione Economico-Sociale dei Rapporti d'Obligazione*, cujo primeiro capítulo (também não é acaso) é intitulado *Problema Sociale Dell'Obligazione: Bisogno dell' Altrui Cooperazione*.

nacional, os quais seriam definidos segundo os princípios corporativos.

Caído o fascismo, a reação a essa interpretação foi imediata. Implicou, no plano legislativo, a supressão das cláusulas mais politizantes, como as que faziam referência aos princípios corporativos, e, no plano interpretativo, o retorno ao formalismo, negando-se autonomia às cláusulas gerais.

Como consequência, a questão do juízo de merecimento foi reduzida a uma questão de licitude, a ser procedida a partir dos critérios da ordem pública, dos bons costumes e das leis imperativas. Tal levou, já na década de 50, a uma leitura abrogativa do artigo 1322, entendido como duplicação do artigo 1.343 (artigo que estabelece como critérios de licitude da causa do contrato – a qual é requisito de validade do negócio jurídico no direito italiano – o respeito à ordem pública, aos bons costumes e à lei imperativa).

Na década de 60, frente à insuficiência do método formal em uma sociedade cada vez mais complexa, retomou-se o interesse pelas cláusulas gerais. Consolidou-se, assim, um ambiente propício a um *revival* das teorias bettianas e, nessa esteira, à funcionalização das posições jurídicas individuais (propriedade, empresa e autonomia privada).

Embora sob outro enfoque, o juízo sobre o merecimento de tutela voltou a ser equalizado com o juízo de utilidade social, significando a necessidade de correspondência a fins de caráter superindividuais, como a criação de valores produtivos, a realização das linhas de política econômica geral ou das diretivas de programação econômica. Segundo Guarneri, a retomada da teoria de Betti foi tão evidente que até mesmo os exemplos foram os mesmos utilizados por ele<sup>29</sup>. Tal interpretação tornou-se largamente prevalecente na Itália.

Ainda no final da década de 60, contudo, é possível observar o início de uma reação doutrinária mais forte a esse entendimento. Não tarda a retomar força o entendimento de que o juízo de merecimento é uma duplicação inútil do juízo de licitude, cuja presença no ordenamento italiano seria justificada pela obsessão em realizar um controle generalizado dos atos de autonomia. Guarneri cita como exemplo o entendimento de R. Sacco, para quem a *meritevolezza* deve identificar-se com a *liceità*, de modo que a regra do artigo 1322 seria uma superfetação inútil do

---

<sup>29</sup> A título de exemplo, não seriam merecedores de tutela negócios voltados a produzir bens supérfluos, a introduzir no mercado necessidades artificiais ou a induzir a rápida obsolescência de bens plenamente capazes ao uso a que servem e que sejam capazes de provocar problemas ecológicos/ambientais.

artigo 1343, fruto da obra de um legislador obcecado pelo temor de não garantir *abbastanza* as finalidades sociais do regime do tempo.

É do final da década de 60 a publicação de uma obra clássica sobre o negócio jurídico no direito italiano, à qual se deve – a afirmação é de Claudio Scognamiglio<sup>30</sup> – "la critica più meditata e articolata della teoria della funzione economico-sociale". Trata-se do livro *Causa e Tipo nella Teoria dell'Negozio Giuridico*, escrito por Giovanni B. Ferri, autor que capitaneou uma forte reação à superposição entre merecimento de tutela e utilidade social.

Cuida-se de uma obra instigante em que Ferri defende de modo ponderoso um entendimento mais concreto e individual dos atos de autonomia privada. A proposta nasce da identificação dos limites e das insuficiências da idéia de causa como função econômico-social típica do negócio – e, conseqüentemente, do tradicional princípio da irrelevância dos motivos – e visa restaurar a relevância jurídica de um conjunto de interesses que, embora estranhos à área delimitada pela causa-função social típica, são idôneos para constituírem a razão justificativa do negócio<sup>31</sup>.

A teoria firmou-se na doutrina italiana e dela passou à jurisprudência,

---

<sup>30</sup> SCOGNAMIGLIO, Claudio. La dottrina della causa nel diritto italiano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Disponível em: <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewfile/626/590>>. p. 153-180, p. 159.

<sup>31</sup> No texto citado, Guarneri ainda identifica outras leituras propostas a respeito do tema, as quais são deixadas de fora do texto por não terem relação direta com os objetivos deste trabalho. Em primeiro lugar, cita-se uma leitura muito em voga, baseada em uma forma de pensar cuja estrutura não diferencia muito da de Betti, consistente na utilização das normas constitucionais visando atribuir um conteúdo concreto à regra de merecimento. A esse respeito, MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 5, p. 487-501, 1987, p. 495, chega ao ponto de dizer – com ou sem razão – que tal entendimento reproduz a estrutura do pensamento fascista sobre o contrato (seria uma versão revisada da teoria), colocando apenas no lugar dos interesses corporativos e da produção nacional os interesses solidaristas e de utilidade social. Em ambos, o mesmo poder discricionário do juiz para investigar se os privados ateram-se aos fins predispostos pela Constituição visando conferir ou negar tutela. A conclusão de Guarneri é de que a leitura da norma como veículo para os princípios de solidariedade previstos na Constituição é de que tal comporta o perigo de impor aos institutos de direito privado finalidades estranhas não só à sua história e lógica, mas também ao modo que o sistema jurídico os recebeu e conserva.

A par disso, Guarneri também faz referência à utilização do juízo de *meritevolezza* para um controle mais incisivo da congruidade das relações de troca, visando garantir um equilíbrio mínimo entre as prestações. O autor destaca, contudo, que tal proposta sobrepõe-se a outros institutos já operantes no sistema (como, por exemplo, os vícios do consentimento, a rescisão, a resolução, a limitação da cláusula penal, entre outros do mesmo gênero), de modo que não apresenta uma proposta de aplicação nova para a regra do artigo 1322, movendo-se na direção de desenvolver, dar mais rigor e melhor aplicabilidade a institutos voltados a congruidade contratual já presentes no ordenamento. Na mesma esteira deste último entendimento, o autor destaca a proposta segundo a qual a regra de merecimento é invocada para tutela do contratante vulnerável contra os abusos do contratante mais forte, visando garantir uma igualdade substancial da relação de troca.

atingindo recentemente a *Cassazione*.

Com efeito, segundo Cláudio Scognamiglio, a partir do fim do século passado, identifica-se na doutrina italiana uma larga prevalência da causa como função individual do contrato. Na jurisprudência, perdurou por mais tempo a evocação da causa como função econômico-social, apesar das denúncias de que o apego é, há muito, mais verbal que efetivo, eis que a verdadeira *ratio* das decisões tem sido encontrada em outros fundamentos. Com efeito, Scognamiglio destaca que os juízes têm utilizado de modo recorrente as formulações da doutrina mais recente, pelo que flagrante uma divergência entre as razões abstratas invocadas na fundamentação das decisões e os critérios concretos dos quais a jurisprudência efetivamente se vale.

No mesmo sentido, Guarneri, o qual sustenta que a jurisprudência seguiu os passos da doutrina, de modo que o controle de relevância social dos atos de autonomia privada acabou por não ser efetivamente levado a cabo. Segundo o autor, um exame casuístico demonstra que o recurso a *meritevolezza* é utilizado para motivar a declaração de nulidade de contratos já submetidos pacificamente à categoria dos contratos ilícitos, não tendo tal cláusula uma relevância própria, autônoma em relação ao juízo de licitude.

O mesmo foi identificado por Marco Cassottana já em 1979. Segundo o autor, já naquela época o juízo sobre os interesses capazes de justificar a transferência de riquezas não era feito pela jurisprudência exclusivamente (talvez nem principalmente) através da causa entendida como função econômico-social, a qual era vista como apenas um aspecto da razão justificativa dos atos de autonomia privada. Destaca Cassottana que o recurso freqüente à essencialidade do erro, aos motivos objetivados desumidos da economia do negócio e à pressuposição demonstram uma desconfiança da jurisprudência frente ao instrumento causal na seleção dos interesses mercedores de tutela<sup>32</sup>, de modo que a solução das questões para as quais a doutrina da causa visa dar resposta são resolvidas, normalmente, pela doutrina e pela jurisprudência através de outras técnicas<sup>33</sup>.

A decisiva inversão de rota operou-se já neste milênio, em 2006, através de

---

<sup>32</sup> CASSOTTANA, Marco. Causa ed economia del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 813-835, 1979, p. 828-830.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 820.

um julgado da *Cassazione*<sup>34</sup> em que consta – desta vez expresso como *ratio decidendi* – o entendimento de que a causa não deve ser entendida como a abstrata função social do negócio, devendo, ao contrário, ser buscada em concreto.

Tais as breves notas sobre o itinerário da causa no direito italiano na última metade do século passado e no início deste século. Lacunosas com certeza. Mas suficientes para destacar, nas suas idas e vindas, alguns entendimentos mais consolidados para os quais o discurso acaba sempre se direcionando, seja para defender, seja para censurar.

Evidente a importância das questões referidas para o estudo do direito contratual brasileiro, máxime considerando a cláusula geral do art. 421 do Código Civil, o qual faz referência à função social do contrato. Tal demonstra ser imprescindível discutir com mais vagar as razões de fundo de cada uma das teorias acima referidas, as quais, como visto, polarizaram o discurso sobre o tema no direito italiano, tema objeto do próximo capítulo, após o que serão feitos alguns comentários a respeito da situação atual do direito italiano sobre o tema.

## **Capítulo 1 – A Causa do Negócio Jurídico nas Obras de Emilio Betti e de Giovanni B. Ferri**

Como visto, duas teorias polarizaram os debates sobre a causa do negócio jurídico no direito italiano desde a metade do século passado. De um lado, a doutrina de Betti e, no extremo oposto, disputando com ela a primazia na teorização científica do negócio jurídico, a doutrina de Ferri, ambas arrogando para si a exclusividade na tarefa de determinar o que é ou não relevante para o direito (leia-se, merecedor de tutela). Considera-se que nenhum discurso sério sobre o tema pode deixar de dialogar com estes autores.

Sobre as teorias destes dois insígnies juristas constrói-se este primeiro capítulo. A escolha de ambas – além do fato de que tiveram peso decisivo na determinação do rumo em que as discussões sobre o negócio jurídico tomaram na Itália, influenciando de modo vigoroso tanto a doutrina quanto a jurisprudência – tem como base o fato de que são indispensáveis para iluminar, por óticas distintas, aspectos fundamentais da teoria do contrato, com o que se pretende evitar cair em visão unilateral e limitada sobre a matéria.

---

<sup>34</sup> Cassazione, n. 10.490, 8 maggio, 2006.

Passa-se ao estudo.

## 1. A Doutrina de Emilio Betti: a Função Econômico-Social Típica como Causa do Negócio Jurídico

Fundamental para a compreensão da idéia de função social tal qual Betti a desenvolveu é a sua concepção a respeito da autonomia privada<sup>35</sup>.

O autor parte do entendimento de que o negócio jurídico é ato de autonomia privada através do qual os indivíduos regulam suas próprias relações. Até aí, trata-se de entendimento amplamente consolidado, não apresentando nenhuma dificuldade. As questões polêmicas aparecem quando se observa que Betti concebe a autonomia privada como autonomia social<sup>36</sup>.

Segundo Betti, a autonomia privada é exercida no âmbito social, no seio do qual surgem atos dotados de caráter preceptivo (atos que se caracterizam por serem, ao mesmo tempo, fatispécie e preceito) que não perdem sua natureza ao serem reconhecidos juridicamente. Segundo essa concepção, a gênese do negócio jurídico se dá na vida de relação, onde os negócios surgem, se desenvolvem e adquirem força imperativa, derivada esta da apreciação feita pela consciência social sobre a sua idoneidade para a realização de funções sociais. O direito limita-se, assim, a reconhecer uma imperatividade já existente, sendo a sua sanção um *plus*, um reforço à realização das funções que, segundo a consciência social, o ato de autonomia privada realiza no plano social<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> É intuitivo que o tema não poderá ser visto com profundidade nesta sede, sendo apenas apresentado para contestualizar a questão que será tratada. Em vista disso, remete-se o leitor para a *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, na qual o autor desenvolve longamente o tema (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994), e para o verbete *Autonomia Privata* (BETTI, Emilio. *Autonomia privata*. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1957a, v. 1, p. 1559-1561), em que o autor o apresenta resumidamente.

<sup>36</sup> Conforme Ferri, há acordo entre os juristas a respeito da acepção de negócio jurídico como ato de autonomia privada. Entretanto, a expressão autonomia privada é utilizada com significados extremamente diversos (FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1966, p. 2). Nesse sentido, conhecida é a polêmica entre Betti e Stolfi. Para Betti, a autonomia privada é essencialmente autonomia social, com a conseqüência que o negócio jurídico encontra reconhecimento e tutela no ordenamento jurídico apenas enquanto cumpre uma função socialmente útil. Para Stolfi, ao contrário, a autonomia privada é autonomia da vontade e negócio jurídico é atuação da força criadora da vontade privada no campo jurídico. Sobre tal polêmica, ver RODOTÀ, Stefano. *Il diritto privato nella società moderna*. Bolonha: Mulino, 1972, p. 263-290, em que se encontram os escritos de ambos os autores por ocasião da dita polêmica.

<sup>37</sup> “Pertanto i negozi si possono caratterizzare quali atti di *autonomia privata* diretti a dettare asseti d’interessi que dalla coscienza sociale sono già considerati impegnativi per le parti prima ancora che essi assorgano a negozi giuridici.[...] Per il fatto di essere poi riconosciuti dal diritto, i negozi non cambiano di natura: solo, le sanzioni sociali sono in parte assorbite e sostituite, in parte

A imperatividade do negócio, portanto, é algo que existe já no plano social, de modo que a ordem jurídica, seguindo a consciência social, apenas o recebe e lhe empresta uma sanção mais forte para assegurar a realização da finalidade que lhe é inerente na vida de relação<sup>38</sup>. Nesse sentido, Betti diz que é da vida social que deriva a relevância jurídica do negócio<sup>39</sup>.

Eis a base para a compreensão do mecanismo de controle dos atos de autonomia privada construído pelo autor. É a partir dessa peculiar consideração da gênese social dos atos de autonomia privada (concepção de autonomia social) que Betti constrói a teoria da função social *típica* como causa do negócio jurídico, na qual a tipicidade é a base principal do juízo de merecimento de tutela jurídica a que todo negócio deve ser submetido antes de entrar no mundo do direito, questão que será objeto deste capítulo.

### 1.1 O Juízo de Merecimento

Segundo a concepção de autonomia social de Betti acima apresentada, o ordenamento jurídico ratifica e faz seu o juízo de valor realizado pelo que chama de consciência social. Nesse sentido, o autor não vê problema em reconhecer que *algo é como deve ser* (um ser – fatispécie – que contém em si um dever ser – preceito – ou, nas palavras de Betti, um ato social preceptivo), sobrepondo-se logicamente a avaliação operada pela consciência social e a avaliação jurídica, uma vez que ambas operam a partir do mesmo critério.

Para essa concepção, ainda, a apreciação do ato de autonomia privada pela consciência social opera a partir da função do negócio, a qual é submetida a um *giudizio di rilevanza giuridica* ou *giudizio di meritovolezza*. Se, a partir de tal juízo, a consciência social reconhecer que um determinado tipo de negócio tem utilidade social (que realiza uma função social relevante), preenchido o requisito para que os negócios concretos que se enquadram nesse tipo ascendam ao plano jurídico

---

fiancheggiata e rafforzata da sanzione più energiche e sicure che appaiono qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore.” (BETTI, Emilio. *Negoziio giuridico* In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1957c, v. 11, p. 208-220, p. 209.) (grifos originais).

<sup>38</sup> Conforme Gerson Branco, "Irti atribui a Betti a manutenção de uma 'natureza social' que é antecedente ao direito e que se conserva no plano jurídico, dentro de uma nova posição, tal qual ocorre com o artigo 421. Ou seja, o fato social 'autonomia' não perde sua natureza ao ser juridificado, embora lhe seja agregada uma eficácia jurídica cuja 'função' é justamente a de realizar a finalidade social do ato de autonomia" (BRANCO, *Origens...*, p. 373).

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 35.

(fenômeno de recepção), recebendo a tutela do direito<sup>40</sup>.

Claro está que, para Betti, a idéia de função social está ligada ao controle dos atos de autonomia privada. Uma das consequências mais importantes disso está em que a licitude, apesar de necessária, deixa de ser vista como suficiente para a tutela do direito<sup>41</sup>, pois só ascendem ao plano jurídico atos dotados de uma função socialmente atestada como útil. A função social passa a ser a base a partir da qual os atos de autonomia privada serão submetidos a um verdadeiro *juízo de conveniência e oportunidade*<sup>42</sup> a respeito da concessão de tutela. O juiz estaria dotado, assim, de uma espécie de *poder discricionário* no exercício do qual poderia investigar, à luz da consciência social, a existência de uma função que justifique a tutela jurídica.

Sintetizando o exposto, é dizer que a função social é a causa do negócio jurídico. A respeito, Betti diz que basta recordar que o elemento de novidade que a autonomia privada visa inserir na situação preexistente exige uma *justificação objetiva* (causa), que é dada pela função econômico-social<sup>43</sup>. A causa é, assim, uma entidade social e extra-jurídica que constitui o fundamento, a *ratio iuris*, da norma que opera o reconhecimento jurídico<sup>44</sup>.

Visto isso, a questão que se põe diz respeito ao modo através do qual o julgador terá acesso à consciência social para, após interpelá-la, apurar a existência de uma função social capaz de justificar o reconhecimento do ato de autonomia privada, questão a que se passa.

## 1.2 Gênese Social do Negócio Jurídico, Função Social Típica, Causa e Tipo

É comum e explicável a vinculação da teoria do negócio jurídico de Betti aos regimes totalitários. Com efeito, ao falar em controle judicial através de uma idéia

<sup>40</sup> “Il negozio giuridico può caratterizzarsi come un atto di autonomia privata, cui il diritto ricollega effetti destinati ad attuare la funzione socialmente utile che ne caratterizza il tipo. È ovvio, infatti, che il diritto no presta il suo appoggio all'autonomia privata qualunque siano gli scopi da essa perseguiti, ma prima di conferirle la propria sanzione, valuta alla stregua dell'utilità sociale la funzione pratica che ne caratterizza il tipo, e lo tratta in conseguenza.” (BETTI, *Negozio...*, p. 209).

<sup>41</sup> “La liceità è bensì condizione *necessaria*, mai non *sufficiente* di per sè sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere anche a un'esigenza durevole della vita di relazione, a una funzione d'interesse sociale, che solo il diritto – attraverso l'apprezzamento interpretativo della giurisprudenza – è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela.” (BETTI, *Causa...*, p. 39).

<sup>42</sup> Nesse sentido, BETTI, *Negozio...*, p. 216 e BETTI, *Causa...*, p. 37 e p. 39.

<sup>43</sup> BETTI, *Negozio...*, p. 212.

<sup>44</sup> O autor é expresso nesse sentido: BETTI, *Causa...*, p. 37.

como a de consciência social, é impossível não pensar em regimes totalitários como o nazista, vinculação que foi feita expressamente por Ludwig Raiser.<sup>45</sup>

Não parece, contudo, de todo adequada tal vinculação. Com a devida vênua ao insigne jurista alemão, parece que a afirmação deve-se a uma compreensão não fiel às idéias de Betti.

Concordar-se-ia com a crítica caso a idéia de consciência social fosse utilizada por Betti no vazio, de modo que, através dela, fosse possível introduzir no ordenamento jurídico a vontade de um déspota travestida da consciência do povo. Tal, contudo, não tem fundamento, eis que o autor italiano deixa muito claro quais são as bases concretas a partir das quais será procedido o controle judicial dos atos de autonomia privada visando investigar sua utilidade social, tema que será objeto deste tópico. Como se verá em capítulo próprio, o problema que torna incompatível a teoria de Betti como base para uma teoria geral capaz de explicar o contrato no direito atual é outra.

Adentrando na questão objeto deste tópico, é importante perceber que, no pensamento de Betti, o reconhecimento jurídico de um negócio requer que ele tenha passado pelo teste da prática e "sobrevivido" por representar um valor social relevante. O autor esclarece que gênese de um negócio é algo necessariamente social. A um negócio novo (ainda não incorporado às práticas da comunidade), não poderia ser reconhecida juridicidade de imediato, eis que teria que se submeter ao teste do tempo e afirmar-se na prática social. Somente após adquirir estabilidade social, o ordenamento jurídico, partindo de valorações gerais, poderia conferir-lhe sanção jurídica, visando assegurar a realização da função social que lhe é ínsita.

Conforme esclarece Betti, o afirmar-se na prática significa adquirir tipicidade, no caso, tipicidade social, o que se dá quando o negócio adquire emprego sistemático e reiterado pelos indivíduos, incorporando-se ao *modus vivendi* da comunidade. Isso representaria a prova de que aquele tipo de contrato corresponde a um interesse útil e duradouro (que cumpre uma função socialmente relevante), suscetível de ser avaliado de um ponto de vista social como algo positivo, preenchendo-se o requisito para que o direito o acolha.

Antes disso, não haveria base suficiente para avaliar se não se trata de um

---

<sup>45</sup> RAISER, Ludwig. Funzione del contrato e liberta contrattuale. In: IL COMPITO del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell' economia di tre decenni. Milano: Giuffrè, 1990, p. 90-93 e p. 298.

mero interesse contingente, correspondente ao capricho e à futilidade individual, pelo que o ato seria insuscetível de reconhecimento jurídico, eis que o direito somente se interessa por aquilo que tem a marca da socialidade. O individual em sentido absoluto é irrelevante para o direito.

A gênese social do negócio jurídico e a necessidade do seu afirmar-se na prática social como requisito necessário para que um tipo de negócio passe a merecer tutela jurídica são descritos nos seguintes termos por Betti:

Si pensi, inoltre, ai contratti destinati a disimpegnare funzioni commutative di merci [...]. Ebbene essi sogliono germogliare nella vita sociale, all'infuori di ogni tutela da parte del diritto. Solo dopo che essi siano pervenuti a un certo grado di sviluppo ed abbiano subito il collaudo della pratica, l'ordine giuridico, partendo da valutazioni generali di contingente opportunità, ne garantisce gli effetti con le sanzioni sue proprie. Prima che tali sanzioni sopraggiungano essi vengono praticati nel traffico sotto la semplice tutela del costume e della correttezza. [...] Ora il diritto, quando si decide ad elevare i contratti in parola al livello di negozi giuridici, altro non fa chi riconoscere, in vista della sua funzione socialmente rilevante, quel vincolo che, secondo la coscienza sociale, i privati stessi già per l'innanzi sentivano di assumersi nei rapporti fra loro. Non fa che rafforzare e rendere più sicuro tal vincolo, aggiungendovi la propria sanzione<sup>46</sup>.

Fica claro que somente interesses constantes e normais, suscetíveis, assim, de tipificação, são juridicamente tuteláveis. Betti explica que é a partir da classificação por tipos das várias categorias de escopos práticos aos quais se direciona a autonomia privada que o direito controla a licitude do ato e a oportunidade de conferir-lhe tutela. O que daí se extrai é que o reconhecimento de um ato de autonomia privada vincula-se ao enquadramento em um tipo, pois, segundo o autor, a tipicidade é a forma de controle adotada: dela se predica a importância social do ato de autonomia privada.

Tal deriva de uma preocupação controladora persistente na obra de Betti, consistente em não dar tutela a interesses que, sendo atípicos, seriam mero fruto do capricho individual. O atípico confunde-se, assim, com o fútil ou arbitrário.

Quanto à noção de tipicidade, tem significado amplo na obra de Betti. Abrange, além da tipicidade legislativa, a tipicidade social, a qual faz referência ao que é considerado útil e justo do ponto de vista social mesmo antes do reconhecimento legislativo. Nesse sentido:

---

<sup>46</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio...*, p. 45-46.

Dove le denominazione tradizionali si mostrino inadeguate e insufficienti a esaurire il campo dell'autonomia privata, ivi al posto della rigida tipicità legislativa subentra un'altra tipicità, che adempie pur sempre il compito di indirizzare l'autonomia privata, ma che è assai più elastica nella configurazione di tipi e, in quanto si opera mediante rinvio alle vedute economiche o etiche della coscienza sociale, potrebbe chiamarsi <<tipicità sociale>>.<sup>47</sup>

Saliente a ligação íntima entre a função social e o tipo, que restam interpenetrados no pensamento de Betti. O autor é expresso ao dizer que a causa (entendida como a função social) determina, em modo unívoco, a estrutura do negócio jurídico, no que *se manifesta e se identifica em definitivo com o tipo* do negócio jurídico mesmo. Os *essentialia negotii* do tipo são também os elementos essenciais de sua função característica, e a síntese deles, como configura o tipo de negócio jurídico, representa-lhe também a função típica<sup>48</sup>.

Em suma, tem-se a tipicidade – sinal de utilidade social – como requisito para o merecimento de tutela. Considerando que a presença de uma função social tal qual concebida por Betti é atestada pela existência de tipicidade, tem-se que o controle funcional será sempre realizado com base em uma tipificação anterior:

Ora, una valutazione di merito circa il punto se gli asseti in questione siano meritevoli di tutela, presuppone necessariamente [...] una configurazione per tipi, una tipizzazione, antecedente logicamente allá conclusione del concreto negozio. Invero sono rilevanti per il diritto, come ordine di convivenza, solo funzioni sociali che l'autonomia privata assolve alorchè s'indirizza a regolare interessi costanti, ricorrenti nella vita di relazione, quindi riassumibili in classi i tipi.. [...] Ravvisare una sorta di incompatibilità fra autonomia contrattuale ed tipizzazione, è un errore dipendente da um vieto abito mentale che soggiace al mito dell'individualismo [...]. Il giudizio di rilevanza giuridica, dunque, presuppone ed implica una valutazione di tipicità sociale, che è di competenza dei giuristi, interpreti della legge<sup>49</sup>.

Desse modo, a função social serviria como limitador da escolha do tipo e impediria negócios jurídicos atípicos, considerados fruto do capricho e do arbítrio individual, eis que correspondentes a interesses subjetivos, contingentes, variáveis, múltiplos e frequentemente contraditórios, não comportando valoração social positiva, pelo que, *mesmo quando plausíveis*, permanecem irrelevantes para o direito. Os interesses individuais, quando atípicos em sentido absoluto<sup>50</sup>,

<sup>47</sup> BETTI. *Negozi...*, p. 215.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 215-216.

<sup>50</sup> Atípico em sentido absoluto é o que não corresponde a um tipo legal ou social. O emprego do adjetivo absoluto deve-se ao fato de que a idéia de tipicidade é normalmente utilizada referindo-se

confundem-se, no pensamento de Betti, com arbitrariedade<sup>51</sup>.

Do até aqui exposto, conclui-se que, nos contratos nominados (dotados de tipicidade legal), a causa (como sinônimo de função social típica) está definida no próprio tipo, de modo que o tipo legislativamente determinado é a tradução de uma função social relevante.

Como se vê, há um estrito elo de interdependência entre o conceito de autonomia privada, causa e tipo, a qual se resolve em uma relação de dependência dos outros dois conceitos ao de causa. Sobre a causa, ponto central de toda a problemática, põe-se a *ratio* de todo o ato negocial. A causa, como função econômico-social, caracteriza o tipo e, ao mesmo tempo, o condiciona, pondo-se como limite, à autonomia privada<sup>52</sup>. Neste caso, bastaria a adoção de um contrato nominado para um juízo positivo sobre o merecimento de tutela, eis que a causa (função social) é imanente ao próprio tipo.

A importância da função social como cláusula geral estaria, portanto, mais saliente nos contratos inominados, frente aos quais seria atribuído ao juiz um poder muito mais amplo, eis que não conta com o juízo seguro estabelecido pelo legislador a respeito do que é merecedor de tutela por ser positivo de um ponto de vista social. Nesse caso, ao juiz seria atribuído o papel de investigar a consciência social para, a partir daí, reconhecer ou não tutela jurídica aos atos de autonomia privada. Mesmo aqui, contudo, o juiz permaneceria vinculado, eis que jungido à tipicidade social<sup>53</sup>.

Visto o papel que cabe ao elemento social na teoria do negócio jurídico de Emilio Betti, serão apresentadas algumas notas sobre o papel que jogam os interesses individuais em tal teoria.

Antes de prosseguir, contudo, importante uma ressalva quanto à terminologia: o até aqui exposto autoriza atribuir à teoria de Betti sobre o tema objeto do presente trabalho a denominação de *teoria da função social típica*, terminologia que será adotada quando se estiver tratando da concepção desenvolvida pelo autor.

---

à tipicidade legal. Conforme se viu, para Betti, contudo, o conceito de tipicidade é mais amplo, abrangendo tanto o legalmente quanto o socialmente típico. Assim, o autor utiliza-se do qualificativo absoluto para destacar que está se referindo ao atípico como algo totalmente novo, não correspondente a um tipo social ou legal pré-existente.

<sup>51</sup> BETTI, *Causa...*, p. 39.

<sup>52</sup> Nesse sentido: FERRI, *Causa...*, p. 122 et seq.

<sup>53</sup> Frente a tais esclarecimentos, parece despropositado posicionar-se sobre a teoria do autor italiano tendo os olhos voltados à forma como o contrato foi utilizado nos regimes totalitários da primeira metade do século passado. Que possa ter servido a tais regimes, é questão que se refere ao mau uso da ciência, tratando-se apenas de um notável exemplo dos muitos em que a ciência foi pervertida para prestar serviços a ideais repulsivos.

### 1.3 Função Social Típica e Interesses Individuais

Em primeiro lugar, esclarece-se que Betti critica a divisão defendida por alguns doutrinadores entre causa objetiva e causa subjetiva. Refere o autor que o interesse individual à conclusão do negócio jurídico visa um escopo de caráter variável e contingente, que não basta como razão da tutela jurídica. Por outro lado, o interesse social a tal tutela, que se extrai da função social da autonomia privada refletida no tipo de negócio jurídico abstratamente considerado, não dá a razão da efetiva conclusão do negócio no caso singular, sem um concreto interesse que o determine. Eis, então, que surge a necessidade de considerar a causa sob os vários aspectos que o negócio jurídico apresenta, evitando-se uma visão unilateral e atomista.<sup>54</sup>

Em outro texto, Betti refere que, através do negócio jurídico, os indivíduos dispõem para o futuro um *asseto* de interesses adequado às suas exigências nas relações com os outros. Diferenciando o negócio jurídico dos demais atos lícitos, o autor diz que, naqueles, os efeitos devem adequar-se à função prática com a mais estrita aderência *permessa dal congegni disponibili*<sup>55</sup>. Função prática entendida como aquela função concreta, perseguida pelas partes.

Conforme já observado, contudo, para Betti a autonomia privada é autonomia social, de modo que a relação entre os interesses individuais e sociais está muito longe do equilíbrio. A função prática referida por Betti somente tem relevância jurídica na medida em que corresponda a uma função de utilidade social *típica*, considerada em abstrato como elemento caracterizador do tipo, segundo a valoração da consciência social. Dentro dessa lógica, os interesses individuais somente são tuteláveis pelo direito na medida em que correspondam a interesses socialmente úteis.

Considerando isso, entende-se o que Betti quer dizer quando refere que a função típica socialmente útil é a causa do negócio jurídico. A função social é vista como a razão da tutela jurídica conferida, o porquê de um interesse individual ser recepcionado pelo ordenamento. Nesse sentido:

---

<sup>54</sup> BETTI, *Causa...*, p. 33.

<sup>55</sup> BETTI. *Negozi...*, p. 209-210.

Il controllo, qui, serve soltanto a verificare se l'intento pratico o interesse in questione si possa coerentemente inquadrare in una causa [...], cioè se si possa ricondurre a taluna di quelle tipiche funzioni economico-sociali dell'autonomia privata (cause di negozi), che sono digne e bisognose di tutela giuridica secondo le vedute generali dell'ordinamento [...]. Serve, in particolare, a rilevare se l'intento perseguito in concreto [...] non sia incompatibile con la causa tipica del negozio compiuto, o sia invece di tal natura da sviare e corrompere, per la sua illicità o futilità sociale, la destinazione economico-sociali del tipo di negozio prescelto<sup>56</sup>.

A causa torna operante na prática o princípio segundo o qual o ato do privado deve corresponder às exigências do indivíduo, mas é tutelável na relação dos interesses a que visa só enquanto tais exigências assumem positiva relevância social, justificando a tutela que o ordenamento jurídico concede.

É possível dizer que a única coisa que interessa para o direito são funções de utilidade social que caracterizam os tipos. O resto é, ou indiferente, ou ilícito. Nessa perspectiva, o interesse individual é visto apenas e tão somente como uma oportunidade para a realização de funções sociais:

Ma il punto è che, senza questo concreto interesse, la funzione sociale non potrebbe normalmente attuarsi, e la causa tipica del negozio non opererebbe se dovesse rimanere fuori dalla volontà: a quel modo che nella storia i grandi compiti e le grandi idee non potrebbero attuarsi se non trovassero un gestore e uno strumento, anche inconsapevole, nelle passioni e negli interessi degli uomini, nel loro impegno di dedizione alla causa<sup>57</sup>.

Eis o esboço da teoria que estaria na base do direito contratual brasileiro a partir da entrada em vigor do Código Civil. A ela se retornará quando as questões a serem discutidas o exigirem. Por enquanto, as idéias apresentadas são suficientes para que se vá formando uma base mínima para que as questões pertinentes sejam colocadas de modo adequado.

Visto isso, passa-se a uma teoria rival à de Betti, com o que se pretende obter um ambiente de visão mais abrangente da matéria.

## **2. A Doutrina de Giovanni B. Ferri: a Função Econômico-Individual como Causa do Negócio Jurídico**

Antes de entrar no estudo crítico das concepções daqueles que utilizam a

---

<sup>56</sup> BETTI, *Teoria...*, p. 324.

<sup>57</sup> BETTI, *Causa...*, p. 36.

teoria apresentada acima como matriz a partir da qual compreender o direito contratual brasileiro, é essencial apresentar o pensamento de Ferri quando o autor opera a distinção entre a problemática da causa e a do tipo no direito italiano<sup>58</sup>. Os ensinamentos do autor constituíram uma importante contribuição para que as idéias de Betti sobre a função social típica como causa do negócio jurídico tenha se tornado, mesmo na Itália, uma teoria superada, sendo de suma importância para clarear o pensamento em torno de muitas questões centrais do direito dos contratos.

A teoria apresentada neste tópico é de extrema relevância para o tema do trabalho, eis que ilumina alguns aspectos importantes da teoria do negócio jurídico e do contrato que correm o risco de ficarem na sombra com a inserção da função social no ordenamento jurídico nacional através de norma legal expressa.

As idéias que serão exploradas foram desenvolvidas por Giovanni B. Ferri, insigne e influente jurista italiano, cujas concepções sobre o negócio jurídico tiveram forte impacto na Itália, inicialmente apenas na doutrina, atingindo mais recentemente também a jurisprudência, inclusive da *Cassazione*. Os comentários que seguem tem por base principal sua conhecidíssima obra intitulada *Causa e Tipo nella Teoria dell'Negozio Giuridico*, cuja temática central, como o próprio título evidencia, são as mesmas questões estudadas quando se tratou da teoria de Betti, agora analisadas por uma perspectiva diametralmente oposta.

Não será possível, contudo, nesta sede, avaliar em toda amplitude a instigante obra, permeada que está por inúmeras questões laterais e ramificações. A exposição concentrar-se-á no núcleo básico das concepções defendidas pelo autor, concentrando-se nos comentários mais diretamente voltados ao artigo 1.322 do *Codice Civile*.

De imediato, destaca-se que Ferri sustenta que a concepção segundo a qual a função social típica é a causa do negócio jurídico está presente muito mais na *Relazione* e em uma dada corrente doutrinária que nos próprios artigos do *Codice*<sup>59</sup>. Embora largamente difundidas, o autor diz não ser seguro que as posições que a *Relazione* atribui ao legislador reproduzam exatamente aquelas consagradas na lei. Excessiva é, no seu sentir, a desvalorização que se faz da vontade privada e do interesse individual que está na sua base.

---

<sup>58</sup> Tal questão é o núcleo da obra que Ferri dedicou ao tema: FERRI, *Causa...*

<sup>59</sup> Tal é afirmado no item 10 do segundo capítulo da obra (*Ibidem*, p. 127-134). A demonstração da afirmação é desenvolvida ao longo do livro.

O núcleo do pensamento desenvolvido pelo autor gira em torno da questão da redução do problema do tipo ao da causa, questões que eram confundidas/sobrepostas pela doutrina italiana então (na década de 60, quando a obra foi escrita) dominante. Segundo Ferri, contudo, causa e tipo são conceitos que individualizam entidades distintas, mas que estão inevitavelmente entrelaçados e que se condicionam reciprocamente, uma vez que incidem em uma mesma perspectiva: a relação entre a atividade criadora do privado e a atividade de controle do ordenamento jurídico<sup>60</sup>.

Como ficou saliente na primeira parte, a sobreposição entre as duas problemáticas é própria da doutrina que sustenta que a causa é a função econômico-social típica, eis que, para tal teoria, somente tem causa o negócio que é típico, de modo que ambos os problemas acabam, na prática, reduzindo-se um ao outro. Com efeito, quando se estudou a obra de Betti, salientou-se a ligação íntima entre a função social e o tipo, que estão interpenetrados na teoria do autor. Ele é expresso ao dizer que a causa (enquanto função social) determina, de modo unívoco, a estrutura do negócio jurídico, no que *se manifesta e se identifica em definitivo com o tipo* do negócio jurídico mesmo. Os *essentialia negotii* do tipo são também os elementos essenciais de sua função característica, e a síntese deles, como configura o tipo de negócio jurídico, representa-lhe também a função típica.

Para Ferri, contudo, quando se considera a causa como função econômico-social típica do negócio, toda a diferença entre causa e tipo torna-se, se não impossível, extremamente difícil<sup>61</sup>. Resultado da consideração da problemática dos esquemas negociais típicos como subordinada à da causa é a indeterminação e o extremo embaraço ao afrontar o tema. O reconduzir o tipo ao âmbito de um fenômeno diverso, embora vizinho, impede sua precisa representação e é fonte de enormes equívocos, impossibilitando que os esquemas contratuais típicos assumam seu justo e maior relevo. Tal também impede o esclarecimento do fenômeno causal, desviando a perspectiva, que se torna obscura e imprecisa<sup>62</sup>.

Para ele, ambos os problemas, embora relacionados, não se confundem e referem-se a dois momentos distintos da operação de qualificação através da qual se atribui eficácia jurídica ao ato de autonomia privada. A problemática da causa

---

<sup>60</sup> FERRI, *Causa...*, p. 1-8.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 69-71.

refere-se à inserção do ato no ordenamento, de modo que toca à avaliação do merecimento de tutela do *interesse concreto* perseguido através do negócio, com o que se busca determinar se tal interesse é compatível com os valores *jurídicos* para que possa entrar no mundo jurídico e receber a tutela do direito<sup>63</sup>.

O problema do tipo, por sua vez, toca ao enquadramento jurídico do ato de autonomia privada que, compatível com a ordem jurídica, já penetrou no mundo jurídico. Tal enquadramento tem em vista a interpretação e a determinação da disciplina aplicável ao ato, uma vez que o enquadrar-se do negócio em um tipo determinará o seu regime jurídico<sup>64</sup>.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se ao entendimento do autor a respeito da causa e do tipo, iniciando-se pelo primeiro.

## 2.1 A Causa

### 2.1.1 A Problemática da Causa

Ferri entende que o problema da causa põe-se antes e de forma autônoma ao do tipo. Devendo a regra privada inserir-se no ordenamento jurídico, é preciso que a *valutazione* do ato privado, *feita segundo critérios fixados pelo ordenamento jurídico*, consinta no seu inserimento. A causa, portanto, refere-se ao momento da *valutazione* do ato e visa resolver o problema da *inseribilità* da estrutura privada no ordenamento jurídico<sup>65</sup>.

A causa está, assim, a exprimir a necessidade de convergência entre as perspectivas individual (própria do ato) e geral (própria do ordenamento jurídico) e se põe como momento determinante para que a regra posta voluntariamente pelo privado possa obter eficácia jurídica.

É daí que deriva o problema da causa, eis que, na atividade negocial privada, os interesses individuais têm relevo de primeiríssimo plano<sup>66</sup>, relevando na

---

<sup>63</sup> FERRI, *Causa...*, p. 132-133. Tal temática é desenvolvida por Ferri no quarto capítulo do livro (p. 345 et seq.).

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 132-133. Tal temática é desenvolvida por Ferri no terceiro capítulo do livro (p. 135-344).

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 71, et seq.

<sup>66</sup> Reconhece-se amplamente a posição central que tem a atividade criadora do indivíduo no ordenamento jurídico (reconhece-se o Direito Civil como disciplina de livre determinação). (*Ibidem*, p. 3). Na ordem jurídica privada, o indivíduo põe-se não como mero destinatário passivo de comandos, mas como sujeito que se insere com seus interesses e seus atos, elemento propulsor, dotado de poder ordenante, capaz de criar estruturas e regras às quais o ordenamento atribui

determinação dos efeitos. Em confronto com isso, está a necessidade de inserir tal atividade no ordenamento jurídico (nos seus esquemas e diretivas) a fim de que a atividade assuma o caráter de atividade juridicamente relevante, recebendo a tutela do ordenamento jurídico, sem, contudo, alterar-se a fisionomia individual própria do ato.

Numa perspectiva como essa, o problema emerge do encontro e do confronto da “regra” privada voltada a um dado *asseto* de interesses individuais com a regra extraída do ordenamento jurídico, confronto este inevitável, pois ambas atuam sobre uma mesma situação e respeitam ao mesmo *asseto* de interesses, embora uma se mova da consideração dos interesses individuais e a outra da consideração dos interesses gerais<sup>67</sup>.

Reconhecer a autonomia privada significa atribuir relevância, no ordenamento jurídico, pautado por interesses gerais, às estruturas e às regras que o privado predispõe para a realização de seus interesses particulares, sendo que a inserção se dá com a conservação da fisionomia que ao ato deu o privado<sup>68</sup>.

Eis o núcleo da problemática em que se envolve a teoria da causa.

As dificuldades atinentes à atividade de qualificação do negócio jurídico decorrem, principalmente, da atividade a qualificar e ligam-se às particularidades do negócio jurídico, uma vez que, através dele, os particulares tendem a realizar interesses que o ordenamento jurídico tutela do modo como os indivíduos o quiseram, o que gera dificuldades sistemáticas e teóricas no ato de valoração, dificuldades que concernem aos limites e modalidades da qualificação jurídica<sup>69</sup>.

Apresentada a problemática, passa-se ao seu estudo.

### 2.1.2 A Causa do Negócio Jurídico

Segundo Ferri, a causa do negócio jurídico é a sua função econômico-individual<sup>70</sup>.

O autor parte do artigo 1322 do *Codice Civile*, que admite a realização de

---

juridicidade. Tal poder ordenante e criativo não é ilimitado, mas é reconhecido e, em certo sentido, condicionado pela ordem jurídica, que cumpre a função de coordenar a atividade de uns com a dos outros (FERRI, *Causa...*, p. 4).

<sup>67</sup> Ibidem, p. 71, et seq.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 166-7.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 165, et seq.

<sup>70</sup> Nesse sentido, o item 2 do quarto capítulo da obra de Ferri (Ibidem, p. 355, et seq).

contratos atípicos desde que o interesse perseguido seja merecedor de tutela segundo o ordenamento jurídico. A partir de tal artigo, Ferri sustenta que a causa não pode ser a função econômico-social em abstrato.

Para Ferri, a questão se coloca entre o *interesse concreto* perseguido pelas partes e as *diretrizes jurídicas* que presidem a qualificação, eis que *a fonte única de toda a qualificação somente pode ser a ordem jurídica*. O autor refere a indispensabilidade de um mínimo de formalismo no momento da determinação do que entra ou não no mundo jurídico.

A função social típica não pode ser a causa justamente porque ela pode faltar. Mesmo faltando, o ato será merecedor de tutela caso o interesse por ele realizado seja compatível com os critérios *jurídicos* de qualificação.

Com o tipificar-se de uma determinada estrutura, tipifica-se também o interesse que ela normalmente realiza. Este interesse é a função social típica de cada negócio, que designa a função normalmente perseguida por ele.

Por óbvio que quando for utilizado um contrato *legalmente* típico visando a função típica por ele normalmente realizada (quando as partes estabelecerem a correspondência entre o tipo e a sua função típica), a qualificação será mais automática, eis que o juízo de merecimento já foi realizado pelo legislador.

Mas a relação entre o tipo e a função típica é de normalidade e não de necessidade, não vinculando as partes à utilização do tipo nem impedindo que elas o utilizem para funções não típicas (negócio indireto).

Tal deriva, como já dito, do artigo 1322 do *Codice Civile*, segundo o qual as partes podem realizar contratos atípicos, desde que sejam voltados a um interesse merecedor de tutela segundo o ordenamento jurídico. Tal é conferir a todo interesse *lícito* um instrumento de realização<sup>71</sup>.

Possível, assim, a satisfação de interesses para os quais o tipo ainda não se formou ou para os quais nem sequer se formará, tendo em vista que, apesar de sua plausibilidade e relevância, são de todo particulares e contingentes. Possível também a realização de negócios típicos visando funções atípicas, ou seja, funções que não são normalmente perseguidas por aquele tipo (negócio indireto).

Em ambos os casos, a falta da função social típica não implica um juízo negativo do ato, desde que o interesse perseguido seja merecedor de tutela. O

---

<sup>71</sup> A afirmação é de Ascarelli (ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 62).

contrário ocorreria se a função social típica fosse a causa do negócio.

Saliente que a colocação do problema da causa se desloca da verificação da existência ou não de tipicidade à perquirição do interesse perseguido e seu confronto com o ordenamento jurídico.

O manifestar-se nas formas típicas da realidade social ou do sistema legislativo é o que normalmente ocorre, dada a maior rapidez e eficiência derivante de tal uso. Mas tal não exclui que os privados possam perseguir seus interesses por formas extra-típicas. A *valutazione* pelo ordenamento respeita sempre ao merecimento de tutela do interesse que se quer realizar, sendo que tal é uma exigência mesmo quando empregadas as estruturas típicas, eis que é possível empregá-las para interesses ilícitos. Disso se extrai que a tipicidade exprime apenas um indício sobre o merecimento de tutela, devido à normalidade da utilização do tipo para um fim típico. Mas tal critério não é totalmente seguro, muito menos vinculante. O julgador pode e deve valer-se dos indicativos derivados do tipo, mas eles não dão a última palavra na apreciação do ato de autonomia privada, uma vez que mesmo os critérios dotados de tipicidade social estão sujeitos a uma averiguação a partir de critérios jurídicos.

Desse modo, a causa não está na função social em abstrato presente no tipo, mas na função individual em concreto perseguida pelas partes na realização do negócio. É esta que deverá ser confrontada com o ordenamento para perquirir se há ou não merecimento de tutela.

Flagrante, assim, que a causa respeita ao fenômeno da autonomia privada no caso concreto, superando os limites formais a que uma supervalorização do papel da tipicidade levaria. A essência da operação deve ser colhida em concreto, no conjunto das situações e resultados a que tende.

Considerando isso, tem-se, por exemplo, a perda da importância da distinção entre os elementos principais e acessórios do negócio jurídico. Tal distinção somente tem sentido considerando o tipo na sua abstração. No caso concreto, contudo, a estrutura típica poderá ser modificada através da inserção de condições, termos ou mesmo de motivos, sendo que estes apenas em abstrato podem ser qualificados como acessórios, eis que para as partes podem assumir importância decisiva na operação negocial. Também é possível que um interesse que em abstrato seja merecedor de tutela deixe de o ser no caso concreto, devido a

aposição desses elementos<sup>72</sup>.

Quanto aos critérios através do qual o juízo de merecimento é realizado, observa-se que o ordenamento valora o ato privado a partir de *critérios jurídicos*, acolhendo-o ou repelindo-o sempre segundo o valor que as partes a ele atribuíram. Tais critérios extraem-se, segundo Ferri, do artigo 1343 do *Codice*, o qual dispõe que a causa será ilícita quando contrariar a ordem pública, os bons costumes e a lei imperativa<sup>73</sup>.

Assim sendo, os critérios de normalidade que caracterizam o tipo não são a base para conceder ou negar tutela, de modo que o problema do tipo, embora tenha relação, não se reduz ao da causa. Em outras palavras, a problemática precípua do tipo não é a de fornecer elementos para o juízo de merecimento do negócio.

O fato de que uma mesma operação e seu resultado possam entrar em esquemas sociais típicos não significa ainda que estes mereçam tutela da parte do ordenamento jurídico, dado que nem tudo aquilo que se estrutura social e economicamente é automaticamente tutelável. Ferri destaca com precisão que não há correspondência entre o juízo social a respeito de um ato e o juízo jurídico acerca dele. De outra parte, nada impede que se ponham operações econômicas novas e se persigam novos resultados *lícitos* – por isso tuteláveis –, com respeito aos quais não existam ou não existam ainda esquemas típicos.

O ordenamento jurídico deve ter em conta toda a multiforme atividade do privado e deve *valutare e qualificare* juridicamente a atividade que ele realiza em vista dos seus particulares interesses.

Corresponda ou não o ato privado aos esquemas sociais típicos, o juízo relativo à *valutazione* e à *qualificazione* se põe sempre entre o ato individual e o ordenamento jurídico. O recurso a esquemas mutuados da realidade econômico-social não modifica tal relação. Estes podem assumir relevância em sede de interpretação e, assim, em sede de disciplina, mas não em sede de *valutazione* do interesse perseguido, ou seja, no juízo sobre a *meritovolezza*<sup>74</sup>.

A constatação da presença de um critério geral de socialidade no ordenamento jurídico gera, segundo Ferri, muitos equívocos.

Todo limite à autonomia privada derivado do ordenamento jurídico responde a

---

<sup>72</sup> Nesse sentido, ver FERRI, *Causa...*, p. 375, et seq.

<sup>73</sup> Ver, nesse sentido, *Ibidem*, p. 406, et seq.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 127-134.

critérios econômico-sociais. Mas isso não no sentido de que o privado, através dos seus atos, deva fazer-se portador de fins e interesses gerais, mas no sentido de que o ordenamento jurídico indica em que limite um interesse privado pode encontrar tutela em um sistema ordenante, como o ordenamento jurídico, que é expressão de exigências gerais e que se forma e age segundo princípios e categorias que têm origem na realidade social que é chamado a organizar.

O interesse que o privado configura dentro dos limites de tutelabilidade exprime uma utilidade individual e será tutelado na medida em que respeite tais limites.

O direito é fenômeno social. É a sociedade em seu momento organizativo. Neste sentido, e apenas nele, os limites jurídicos são sociais<sup>75</sup>. Segundo Ferri, contudo

non c'è, oltre e sopra le norme, una ulteriore zona sociale cui sia l'individuo, che l'ordinamento, si devono adeguare. Quanto di sociale è rilevante per l'ordine giuridico, è rappresentato da ciò che è in esso stabilito e fissato.

Le norme già realizzano un ordine sociale, ma sopra ad esse non si pone un ordine sociale ulteriore. D'altra parte la relazione tra *societas* e *ius* non deve portare a concludere che tutto ciò che si realizzi nella *societas*, sia necessariamente e automaticamente rilevante ed accolto nello *ius*.

L'esperienza sociale che per il diritto conta è quella que esso esprime e quella cui esso si riferisce. Non altra.

Il diritto è una (non l'unica) manifestazione della realtà sociale; ma, dal punto di vista giuridico, la realtà sociale è quella que nel sistema giuridico appare<sup>76</sup>.

Visto o problema da causa e seu papel, passa-se à problemática do tipo conforme Ferri a entende.

## 2.2 A Tipicidade<sup>77</sup>

O problema da tipicidade parte da constatação da existência de critérios pré-estabelecidos de ordenação do agir individual. Tais critérios não são necessariamente legislados. No plano da realidade social, é possível individualizar critérios ordenadores e coordenadores das atividades particulares, os quais não são irrelevantes juridicamente. Tais critérios fornecem estruturas de atividades estabelecidas na prática (típicas) que o ordenamento jurídico pode escolher e

<sup>75</sup> Ver, nesse sentido, FERRI, *Causa...*, p. 191-193.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>77</sup> Os comentários a seguir têm por base o terceiro capítulo da obra de Ferri (*Ibidem*, p. 135 et seq.).

incorporar aos seus esquemas ou, mesmo sem incorporá-los, autorizar que sejam utilizados como parâmetro para o *enquadramento* dos atos privados.

O problema que se coloca é qual o papel que jogam tais critérios no momento da qualificação jurídica dos atos de autonomia privada.

O primeiro aspecto a destacar diz respeito ao fato de que, segundo Ferri, o artigo 1322 do *Codice* considera a atividade negocial sob o duplice perfil da *estrutura* e do *interesse* que as partes tendem a realizar. A partir disso, o autor dá indicações daqueles que são os critérios e as orientações nos quais o ordenamento jurídico se inspira ao qualificar a atividade privada.

Quando se dá a construção de um *tipo*, tem-se cristalização de uma *estrutura* de atividade voltada a um determinado *interesse* (fim), uma vez que a *tipificação da estrutura* acaba por *tipificar também o interesse* por ela normalmente perseguido, interesse este cuja necessidade de satisfação ensejou a própria criação da estrutura. Assim, quando há o *reconhecimento legal de um tipo social*, tem-se também a *qualificação positiva do interesse* a que ele normalmente corresponde.

Desse ponto de vista, pode-se afirmar que todo o tipo tem uma função social típica, eis que sua estrutura sintetiza uma operação econômica determinada voltada para a satisfação de um interesse determinado, em vista do qual foi construído. Nessa perspectiva, a função social típica corresponde ao interesse normalmente perseguido por um tipo.

Ocorre que a doutrina que considera a *função social como a causa* do contrato torna a função típica vinculante, de modo que esse escopo típico sempre presente em todo o tipo abstratamente considerado não pode ser contradito pelos singulares escopos/finalidades de quem o usa. Desse modo, o tipo torna-se uma manifestação causal, não tendo um papel autônomo<sup>78</sup>.

Como consequência, *o conceito de causa passa a ser utilizado para indagar as razões e os limites da autonomia privada na escolha e no afastamento dos tipos negociais*.

É nesse contexto que se insere a crítica plenamente procedente feita por Ferri, segundo a qual a concepção da causa como função econômico-social típica é tendencialmente dirigida a iluminar, na atividade dos privados, mais os critérios

---

<sup>78</sup> Se a causa é a função do contrato e a tipicidade representa a cristalização da função, também o tipo é uma manifestação da causa.

limitativos que a esfera de liberdade<sup>79</sup>.

Entretanto, como já ficou saliente acima, o acento da *valutazione* causal não está na estrutura (tipo), mas no interesse por ela visado.

O *Codice* permite que a estrutura seja utilizada para vários fins, não a vinculando a um fim pré-determinado, embora, por motivos de conveniência e oportunidade das partes, ela normalmente seja utilizada para o fim típico que lhe corresponde. Desse modo, o problema da tipicidade não respeita ao merecimento de tutela, conforme a doutrina da causa-função social típica defende.

Esclarecido isso, cabe indagar qual o papel da tipicidade. A questão pode ser colocada nos seguintes termos: qual o papel do agir ordenante dos privados? Ou, dito de outro modo, qual o papel das estruturas que se formam na sociedade como cristalização das práticas que adquiriram uniformidade?<sup>80</sup>

Os padrões típicos funcionam, em primeiro lugar, como facilitadores das operações econômicas. A importância dessas estruturas está em que permitem aos indivíduos exprimirem-se de modo cognoscível.

A par disso, os tipos atuam como critérios de eficiência<sup>81</sup>. Natural que quem quer satisfazer um interesse recorra a um tipo elaborado para tal, quando existente, dado a segurança de adequação ao fim pretendido que ele representa, eis que um tipo é produto de escolhas racionais testadas no tempo, devendo sua consolidação na prática justamente ao fato de representar, em geral, o melhor meio instrumental de realizar um dado interesse<sup>82</sup>.

Em terceiro lugar, está a economia que representa a utilização de estruturas já construídas. A sua existência torna dispensável a perda de tempo com a formulação e detalhamento de novas estruturas, eis que os padrões já construídos funcionam como critérios subsidiários aptos a preencher as lacunas existentes nos negócios concretos<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> FERRI, *Causa...*, p. 115.

<sup>80</sup> Ver, nesse sentido, o item 16 do terceiro capítulo da obra de Ferri, intitulado "Il valore dei criteri sociali nell'esperienza giuridica" (Ibidem, p. 225-229).

<sup>81</sup> Ibidem, p. 221, et seq.

<sup>82</sup> O ato individual caracteriza-se por sua direção racional ao escopo, buscando o melhor modo de atingi-lo. Identificada a atividade mais útil para um fim, tal serve de orientação para a realização de todas as atividades que visam o mesmo fim, o que dá origem a práticas sociais regulares. Com o tempo, adquire-se a consciência de tal regularidade, de modo que o fato típico passa a ser pensado como entidade, adquirindo função ordenadora da atividade privada (Ibidem, p. 212, et seq.).

<sup>83</sup> Nesse sentido, exemplificativa a realização de um contrato de compra e venda. As partes envolvidas em uma operação dessa natureza limitam-se, no geral, a regular os aspectos essenciais da relação, como por exemplo, o objeto vendido e o preço a ser pago, abstenendo-se de uma

Por outro lado, o movimento acelerado da atual realidade econômico-social, no qual as ações individuais relevantes são insuscetíveis de uma catalogação em classificações típicas exaurientes, é a razão para que não se exclua a possibilidade da derrogação da disciplina típica, tendo em vista a necessidade constante de novas estruturas adaptativas e da utilização das estruturas existentes para outros fins.

Flagrante, portanto, que os tipos têm papel imprescindível na economia moderna. Isso não justifica, contudo, segundo Ferri, a vinculação a eles, pois tal poderia engessar a atividade econômica. O aspecto dinâmico e criador da realidade social está sempre à frente do aspecto estático e ordenador, expresso pelo conjunto de esquemas, estruturas e tipos que exprimem ordem. A realidade social é fonte incessante do novo. É ambiente no qual se observa uma ininterrupta colocação de novas exigências e de construção de novas soluções. A ordem jurídica, por sua vez, vem atrás, a seguindo, com uma função limitadora e de tutela. Eis aí, por sinal, um dos caracteres marcantes do direito privado, categoria jurídica que primeiro recolhe o novo, devido à sua estrutura dinâmica e flexível que permite a rápida incorporação dos novos interesses, estruturas e atividades que incessantemente surgem na realidade social, pelo que a grande influência que exerce a realidade econômico-social na formação e estruturação dos institutos jurídicos privados <sup>84</sup>.

Já do ponto de vista do operador do direito, o que mais interessa para este trabalho, a importância do tipo está em que fornece elementos para a *interpretação* e *enquadramento* do ato de autonomia privada, de modo a *identificar a disciplina jurídica aplicável*.

A atividade individual, com o seu sistemático repetir-se tendo em vista a necessidade de satisfação de interesses recorrentes na vida social, acaba por formar estruturas típicas que atuam na relação ordem jurídica-ato individual no

---

formulação mais detalhada do regulamento contratual, eis que a regulação dos aspectos não contemplados pelas partes já está disciplinada pelo tipo existente.

Somente será necessária uma regulamentação mais exaustiva da operação quando as partes pretendem regulá-la de modo diverso do estabelecido pela disciplina típica. Não sendo assim, basta silenciar, eis que a disciplina do tipo preencherá as lacunas existentes.

Imponderável o benefício que isto representa, principalmente nas economias modernas de massa, em que as operações econômicas se repetem de modo incessante e rápido, o que exige estruturas eficientes e dinâmicas de contratação.

Interessante notar, a partir disso, que no direito contratual norte-americano, o qual tem como substrato a maior e mais desenvolvida economia mundial, os contratos têm (contraditoriamente) a característica de serem minuciosos e prolixos, o que é reflexo da base casuística e jurisprudencial daquele direito, o qual não é afeto a categorias gerais e abstratas (nesse sentido, GOMES, Luís Roldão de Freitas. Aspectos do contrato de leasing, franquia e factoring. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 276-307, 2000, p. 280).

<sup>84</sup> (FERRI, *Causa...*, p. 194).

momento da qualificação deste. Por essa perspectiva, as categorias sociais atuam como instrumento que permite à atividade individual exprimir-se e poder inserir-se no ordenamento jurídico, exatamente como a linguagem permite ao pensamento fazer-se entender<sup>85</sup>.

As categorias sociais, deste modo, tem papel de destaque na interpretação e integração do contrato<sup>86</sup>. Quando a atividade privada exprime-se segundo as fórmulas de normalidade, a partir destas é interpretada e complementada, não se perquirindo se a aparente normalidade foi ou não consciente. O ato será enquadrado como tipicamente normal e o ordenamento, assumindo em toda a amplitude aquilo que em tal normalidade é expressa, a ele coligará as consequências previstas para o tipo em questão.

Isso não significa que o indivíduo seja compelido a manifestar-se segundo a normalidade típica, eis que, mesmo não o fazendo, o ordenamento tem instrumentos para recepcionar o ato. Exprimindo-se segundo a normalidade, contudo, ou seja, não derogando os parâmetros de normalidade, por eles o ato individual passará a ser regido<sup>87</sup>.

Esse mecanismo não representa, muito embora, uma limitação à individualidade do ato. Os critérios de normalidade expressos nos tipos são os melhores pontos de partida para a compreensão de um ato formado dentro de um ambiente e que compartilha dos elementos de normalidade vigorantes em tal realidade. São os pontos de apoio mais confiáveis para a interpretação e integração do ato privado sem desrespeitar a sua individualidade.

Se o ato é normal, o seu enquadramento na realidade em que se constituiu permite desumir dessa realidade os critérios que serão utilizados na sua interpretação/integração. A adequação de tais critérios deriva do fato de que serão

---

<sup>85</sup> Nesse ponto, Ferri faz questão de destacar que sua posição não se confunde com a de Betti, em que as categorias sociais condicionam o reconhecimento jurídico do ato privado. Ferri refere-se ao mínimo de socialidade que deve estar presente em qualquer ato, sem o que não seria sequer entendido. Mas, mesmo aqui, os critérios sociais jogam um papel instrumental aos interesses individuais, eis que servem para a melhor compreensão do negócio como ato individual. Os critérios sociais funcionam tão somente como mediação das manifestações individuais. A socialidade representa uma forma compreendida por todos, sendo o melhor meio pelo qual o ato individual pode exteriorizar-se, ser compreendido e inserir-se no mundo jurídico (FERRI, *Causa...*, p. 225).

<sup>86</sup> Ver, nesse sentido, *Ibidem*, p. 280, et seq. e 310, et seq.

<sup>87</sup> Como fica claro, os tipos atuam, no comum dos casos, de modo subsidiário. A disciplina típica apenas se aplica quando os indivíduos não a tenham derogado. A subsidiariedade, contudo, não é sinal de pouca relevância. Seria impensável a economia moderna sem os parâmetros típicos, tendo em vista a racionalização que eles representam na realização da atividade privada, como acima visto.

compatíveis com a especificidade do ato em questão, tendo em vista a normalidade de tal ato, segundo a escolha das partes.

Em suma, a tipicidade, através de seus caracteres de normalidade, resolve o problema da identificação da disciplina aplicável ao caso concreto, considerando na justa medida a individualidade nele presente.

Segundo Ferri, portanto, as limitações postas ao agir privado através das categorias sociais acabam por serem limitações à interpretação dos atos de autonomia privada visando identificar sua disciplina jurídica mais que limitações à própria regra negocial. Nesse sentido, e apenas nele, Ferri aceita que se pode falar em função econômico-social do contrato.

Com a função econômico-social entende-se não o funcionalizar o contrato a fins gerais (o que pressuporia também uma mudança da visão ideológica do ordenamento jurídico e do sistema político), mas individualizar-lhe a disciplina segundo critérios de normalidade que não podem ser outros que os fornecidos pela realidade econômico-social, daquela realidade da qual os interesses trazem vida e fisionomia<sup>88</sup>.

Vistas estas duas teorias sobre a causa, resta investigar qual a situação atual do direito italiano a respeito do problema.

## CAPÍTULO 2 - O ATUAL ENTENDIMENTO SOBRE O CONTROLE DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO ITALIANO

Como já visto, a primeira interpretação que o artigo 1322 do *Codice* recebeu foi em absoluto fiel às finalidades expressas na *Relazione*, as quais se utilizaram muito do pensamento de Betti.

Com a queda do regime fascista tal interpretação perdeu força.

Na década 60 – embora sob outra realidade política, econômica e social e em vista de outras exigências – interpretações do artigo 1322 sob a esteira do pensamento de Betti voltaram a florescer com a retomada do interesse pelas cláusulas gerais.

Ultrapassada a década de 60, contudo, iniciou-se a reação à teoria da causa como função econômico-social típica, cabendo papel de destaque às teorias

---

<sup>88</sup> FERRI, *Causa...*, p. 105.

desenvolvidas por Ferri. Conforme referido, tal reação irradiou-se pela doutrina e dela passou à jurisprudência, embora as decisões judiciais tenham mantido o recurso à fórmula da função social. A decisiva inversão de rota operou-se já neste milênio, através de um julgado da *Cassazione*<sup>89</sup> em que consta expresso como *ratio decidendi* o entendimento de que a causa não deve ser entendida como a abstrata função social do negócio, devendo, ao contrário, ser buscada na síntese dos interesses reais que o contrato visa realizar, é dizer, como função individual de cada singular e específico contrato, a prescindir do estereótipo contratual abstrato empregado<sup>90</sup>.

Eis a temática até aqui apresentada, da qual se extrai uma tensão permanente entre entendimentos opostos que querem ocupar com exclusividade o palco de debates. Em alguns momentos, a noção quase unânime foi de que a causa é a função social do negócio. No atual momento, contudo, entende-se que a causa é a sua função individual. Socialidade, tipicidade e objetividade de um lado; Individualidade, atipicidade e subjetividade do outro.

A questão parece ser em qual dos lados colocar-se.

Uma análise atenta da questão, contudo, demonstra que é irreal e exagerada tal visão maniqueísta, eis que a realidade dos dias de hoje, na sua complexidade extrema, não se submete pacificamente a qualquer esquema com pretensão de unidade. Uma compreensão adequada a respeito da atual situação do direito contratual italiano não permite a tomada de posição por algum critério que seja abrangente o suficiente para abarcar todo o universo da autonomia privada e, ainda assim, ter alguma força operativa. Eis a problemática que será objeto de estudo neste capítulo.

## 1 Superação da Função Social como Causa do Contrato e a Adoção de Outras Técnicas de Controle da Autonomia Privada

Um bom ponto de partida para o enfrentamento da questão do controle da autonomia privada no direito italiano atual consiste em focar mais de perto as razões

---

<sup>89</sup> Cassazione, 8 maggio, 2006, n. 10.490.

<sup>90</sup> Interessante ressaltar que tal inversão de tendência, primeiro na doutrina, após na jurisprudência, vem sendo identificada como a base para a restauração do problema da causa, visando que o instituto recupere o prestígio perdido, eis que não são raras as manifestações a respeito da crise e da decadência do conceito. Ver, nesse sentido, SCOGNAMIGLIO, *La Dottrina...*, p. 153-180.

pelas quais se operou a inversão de tendência a respeito do entendimento sobre a causa acima referido.

A razão principal que parece estar na base desta inversão é a incompatibilidade da forma de controle pretendida através da função social típica com o papel da autonomia privada no atual ambiente econômico.

Com efeito, Giuseppe Benedetti<sup>91</sup> sustenta que a figura do contrato sofre da *sindrome del polimorfismo*, produto da globalização e da conseqüente complexidade dos mercados, fatores que induziram uma *sfumata* gama de figuras contratuais e de procedimentos de formação de contratos. Suporte para tais figuras é o artigo 1322 do *Codice*, porta de entrada para novos contratos atípicos, o que permite o enriquecimento do direito contratual com novos conteúdos e com novas funções<sup>92</sup>. Frente a tal estado de coisas, emblemático que o autor tenha definido o contrato como um *progetto incompiuto*, nunca inteiramente realizável, que se desenvolve ao infinito.

No extremo oposto, a idéia de causa como a função social típica do contrato. Conforme bem percebeu Scognamiglio, entender a causa como função social típica representa um incremento da zona controlada: serão objeto de controle não mais apenas os fins gerais do ordenamento jurídico, mas os fins específicos que ao singular tipo contratual o ordenamento jurídico assinalou, a ele funcionalizando o ato de autonomia privada<sup>93</sup>.

Não é nada surpreendente que a causa esteja sendo totalmente desconsiderada na construção do direito europeu dos contratos. Scognamiglio salienta que as discussões no âmbito do direito europeu assumiram como termo de referimento do discurso a respeito da causa a sua concepção como função social, o que, em vista do desequilíbrio gerado pela colocação do tema em termos prevalentes ou exclusivamente de controle da autonomia privada, fez com que a concepção evaporasse de todo dos projetos europeus, nos quais é sentida a necessidade da existência de um espaço tendencialmente privado de normas imperativas ou, no mínimo, protegido de um controle confiado a um conceito como o de causa (entendida a noção como função econômico-social). Por essa razão, o

---

<sup>91</sup> BENEDETTI, Giuseppe. Tutela de consumatore e autonomia contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 1, p. 17-32, 1998.

<sup>92</sup> Fazendo referência a Galgano, o autor sustenta que o contrato é o principal instrumento de renovação jurídica dos tempos atuais, criando, inclusive, novos bens (destaque para os chamados produtos financeiros) (Ibidem, p. 29).

<sup>93</sup> SCOGNAMIGLIO, *La Dottrina...*, p. 170-171.

autor assevera de modo contundente que justamente no irromper da noção de causa como a função social do contrato identifica-se o ponto de partida da crise do conceito. Com base nisso, a conclusão a que chegou é de que a crise não é da causa, mas da sua concepção como função econômico-social, pelo que defende a remediação sobre o tema, o que propõe seja feito através da noção de função individual do contrato, técnica mais dúctil para selecionar os interesses efetivamente justificados da operação contratual, dispondo remédios para os defeitos de funcionalidade do contrato mais em conformidade com a realidade dos interesses em jogo<sup>94</sup>.

Perspectiva complementar a de Scognamiglio é extraída de artigo recentemente escrito por Enrico Gabrielli<sup>95</sup>. O autor parte seu estudo do que diz ser o mais recente momento de crise do contrato, derivado principalmente das *legislazione di settore* da década de noventa, definida por Roppo como os *dieci anni che sconvolsero il contratto*<sup>96</sup>. A partir de então, a questão não se refere mais à unidade do contrato como categoria lógica ou à validade de uma teoria geral do contrato, mas à *utilidade* de uma categoria lógico-jurídica em que exaurir a autonomia privada tendo em vista a complexidade dos múltiplos interesses e funções que para ela confluem e que tornam a figura do contrato como categoria geral mera figura descritiva, incapaz de qualificar os interesses que em concreto o instituto é chamado a realizar e compor.

O que está em jogo, portanto, é a *incapacidade operativa* do conceito unitário de contrato frente à multiplicidade dos interesses em jogo, o que põe em xeque a fidelidade a uma tradição conceitual não mais apta a compreender os novos e concretos fenômenos em vista dos quais deve atuar.

Em vista disso, o autor propõe que o contrato seja visto na dimensão da operação econômica, ou seja, pelo prisma da dimensão real em que produz seus efeitos, de modo a ser capaz de dar conta de toda a multiplicidade dos interesses envolvidos na sua completude e complexidade.

Segundo Enrico Gabrielli, a relação entre a natureza do negócio jurídico e os caracteres da operação econômica tem valor relativo, eis que o sentido e a importância da operação econômica somente podem ser colhidos em concreto,

---

<sup>94</sup> SCOGNAMIGLIO, *La Dottrina...*, p. 165, et seq..

<sup>95</sup> GABRIELLI, *L'operazione...*, 2009.

<sup>96</sup> ROPPO, Enzo. *Il contratto del duemila*, Torino, 2001, p. IX. apud *Ibidem*, p. 908.

focando-se o negócio como bloco unitário no conjunto de seus elementos "essenciais" e "não-essenciais". Assim, a disciplina do contrato não cede frente às configurações abstratas (típicas), as quais não colhem os interesses em jogo na sua plenitude. Somente a causa como função individual permite colher a operação econômica realizada na sua complexidade, dando o devido peso àqueles interesses que constituem a razão substancial do contrato, independentemente de sua pertinência a um esquema abstrato.

Eis, portanto, em breves notas, as principais razões pelas quais a noção de causa evoluiu de função social para função individual, as quais podem ser sintetizadas na asserção de que, em um ambiente de extrema complexidade, não mais se confia na idéia de um controle absoluto, realizado por uma autoridade estatal, do valor intrínseco dos múltiplos interesses envolvidos em operações econômicas através de algum critério objetivo único.

Tal entendimento é irrepreensível.

Ocorre que traça um quadro incompleto do atual direito dos contratos<sup>97</sup>. Sair da causa como função social e passar à idéia de causa como função individual como critério unificador do direito dos contratos é cair na unilateralidade oposta, de modo que a crítica que os partidários desta última posição faziam aos partidários daquela pode ser invertida: a noção de causa como função individual do contrato desconsidera um conjunto de questões extremamente relevantes e que merecem tratamento.

Importante, portanto, prosseguir com a investigação e verificar como os partidários da idéia de causa como função individual vêm tratando daquele conjunto de questões que antes eram tratadas com recurso ao conceito de função econômico-social.

Francesco Scaglione<sup>98</sup> é um dos autores que percebe bem as "contradições" próprias do direito contratual deste tempo. Ele evidencia a indissolúvel ligação entre os interesses concretos das partes e a causa, após o que sustenta que os interesses compartilhados (*condivisi*) sempre têm relevo causal, eis que a base da valoração do contrato é o intento objetivado. E continua: os interesses condivisos têm relevo

---

<sup>97</sup> Adverte-se que E. Gabrielli e C. Scognamiglio se aperceberam disso, conforme será tratado à frente. A utilização de suas idéias no início desse tópico deve-se ao fato de que expõem com precisão as razões da inversão de posição sobre a causa a que se fazia referência, pelo que não se aplica a eles inteiramente a crítica de unilateralidade.

<sup>98</sup> SCAGLIONE, Francesco. Intersoggettività e gratuita nei contratti. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 3, p. 373-401, 2010.

causal necessário: constituem o núcleo do fundamento do acordo e atuam como requisito hermenêutico indispensável para a reconstrução do perfil causal<sup>99</sup>. A condissão dos interesses torna manifesta e conhecível a causa e comporta, como corolário, por exemplo, a inutilidade da forma solene na doação e da tradição nos contratos de empréstimo: tais exigências são superadas quando os interesses das partes emergem com suficiente clareza.

Para Scaglione, a questão é a objetivação do intento e não a sua tipicidade. Em outras palavras, o que interessa é a reconhecibilidade social do ato de autonomia privada.

Por outro lado – ainda Scaglione –, nos contratos de massa, em que praticamente inexistem tratativas prévias, a natureza relacional do contrato, a qual se expressa na condissão dos interesses das partes, é substituída pela *objetivação da regra de correção*. Aqui, sobressaem pautas de comportamento compatíveis com um modelo objetivo coerente com os princípios do ordenamento. Tal deriva do fato de que apenas quando as partes aderem livre e conscientemente ao programa negocial é possível individualizar com exatidão seus interesses e, a partir deles, reconstruir a causa do contrato<sup>100</sup>.

Fica flagrante que o autor defende que a causa do contrato deve ser construída em concreto, a partir da avaliação dos interesses em jogo. O que deve ser ressaltado, contudo, é que A) o autor entende que tal é limitado aos casos em que há uma efetiva condissão de interesses pelos contratantes e que B), quando a condissão dos interesses é meramente formal (nos contratos de massa, por exemplo), o autor não recorre ao conceito de função social, mas à idéia de objetividade da regra de correção.

Entendimento similar ao de Scaglione, mas melhor articulado, é o de Scognamiglio. Como já visto, o autor também adere ao entendimento de que a função individual é a causa do contrato, eis que compete à autonomia das partes a

---

<sup>99</sup> SCAGLIONE, Intersoggettività..., p. 383-384, n. 25. O autor não concorda com entendimento de A. Checchini, o qual considera excessivo que todos os motivos condissos objetivados tornam-se causa, pois a lei distingue causa e motivo comum. Para Scaglione, contudo, a preocupação é supérflua, pois a distinção legal não produz efeitos diferentes em termos de disciplina aplicável: tanto a ilicitude da causa quanto a do motivo comum tornam nulo o contrato.

<sup>100</sup> Deixa-se de lado, por ora, que o autor entende que, mesmo nos contratos de massa, os interesses concretos dos contratantes têm relevo essencial como requisito hermenêutico para a reconstrução do perfil causal do contrato, o que soa um tanto quanto artificial e parece ter pouca utilidade, eis que o que melhor caracteriza os contratos de massa é seu caráter geral e abstrato, pelo que aspectos concretos individualizantes são bastante rarefeitos. A esta questão dedica-se o segundo capítulo da segunda parte da dissertação.

valoração do que é ou não relevante para a satisfação de suas necessidades, perdendo razão de ser um juízo de indiferença por futilidade.

Tal não implica, contudo, que todas as questões que eram tratadas através da função social do contrato tenham deixado de existir ou que tenham se tornado irrelevantes. Ocorre que, conforme sustenta C. Scognamiglio, o controle pretendido através da idéia de causa como função econômico-social foi transferido para o terreno do *conteúdo do contrato* ou substituído pela atribuição de *deveres acessórios de comportamento*, o que vem sendo a tônica de regulamentações que atuam com fulcro em alguma qualidade relevante dos contratantes, as quais compõem o chamado novo direito dos contratos. É dizer, o controle não se dá mais pela idéia de utilidade social nem é operado prioritariamente pelo controle de licitude, mas por regras de comportamento e por remédios (controle de conteúdo do contrato) empregados quando tais regras, devido a algumas circunstâncias, não podem operar.

Importantíssimo acrescentar que o autor articula seu pensamento sobre o direito contratual recorrendo ao tradicional esquema dicotômico lei geral-lei especial. Assim, conclui que, dentro dos limites de compatibilidade, a disciplina das leis especiais, principalmente da legislação mais recente, não elide a aplicação da disciplina geral, pelo que, mesmo dentro destas leis especiais, a idéia de função individual do contrato tem relevância visando determinar em concreto o escopo e a finalidade do contrato e, a partir disso, a racionalidade da operação econômica. Deste modo, a idéia de causa reconquista novas áreas, mas, agora, como função individual concreta.

Frente a esses entendimentos, não há mais que falar em unilateralidade, a qual é própria de teorias que pretendem monopolizar o discurso sobre a autonomia privada recorrendo às fórmulas da causa como função social ou como função individual.

Como visto, está superada a noção de causa entendida como função econômico-social, a qual operava frente à autonomia privada através do tipo. A causa passa a ser entendida como função econômico-individual, com o que se pretende pôr em evidência os interesses concretos das partes como base hermenêutica das disposições contratuais privadas, obtendo-se maior afinidade com a complexidade própria da realidade atual em que o contrato atua. Apesar disso, destacou-se que muitos dos problemas aos quais a teoria da função econômico-

social visava dar resposta ainda persistem, sendo paradigmática a questão dos contratos de massa. Ocorre que tal problema vem sendo combatido através da imposição de deveres laterais e do controle mais rígido do conteúdo do contrato, ao invés de um controle operado pelo mecanismo da função social típica. Por fim, destacou-se que essas disciplinas diversas convivem, tendo cada uma seu âmbito de atuação, resolvendo-se o conflito através da tradicional dicotomia geral-especial.

Urge ainda, contudo, uma última indagação.

Como visto, o controle a partir da função social opera precipuamente através do tipo. Também foi visto que os comentadores atuais do direito italiano vêm dando o controle através da função social típica como superado. Cabe perguntar, a partir disso, se ao tipo ainda é reservada alguma importância em termos de controle da autonomia privada.

Que o tipo tem relevância do ponto de vista da disciplina jurídica parece ser indubitável, sendo irrepreensível o entendimento de Ferri a respeito, conforme acima tratado. Nos sistemas de *civil law*<sup>101</sup>, a importância dos critérios típicos na interpretação e integração do contrato é inestimável.

O que se quer investigar, contudo, é se os critérios típicos ainda têm algum valor como parâmetros de controle dos atos de autonomia privada. É dizer, se eles constituem critérios que, dadas algumas circunstâncias, são – se não vinculantes – de afastamento mais restrito do que seria no comum dos casos. Trata-se, a evidência, de avaliar se, para além de fornecer critérios subsidiários e complementares à autonomia privada, o tipo ainda atua como limite a ela.

## 2 A Impossibilidade de Superação do Tipo como Critério de Controle da Autonomia Privada

A análise até aqui levada a cabo conduz à conclusão de que o tipo, na sua função de controle, está debilitado. Com efeito, a causa vem sendo reconstruída pela doutrina e pela jurisprudência em termos de função individual, sendo o espaço vazio deixado pela idéia de função social típica ocupado por outras técnicas de

---

<sup>101</sup> Na *common law*, como é sabido, predomina o casuísmo e o jurisprudencialismo, não existindo uma maior preocupação com categorias abstratas, como a do contrato. Por isso, a doutrina destaca que os contratos levados a cabo sob a égide deste sistema jurídico tendem a ser minuciosos e prolixos, com uma pretensão de completude. Nesse sentido, DE NOVA. Giorgio. *Contratto*. Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/contrattoEnciclopedia\\_Scienze\\_Sociali/?stampa=1](http://www.treccani.it/enciclopedia/contrattoEnciclopedia_Scienze_Sociali/?stampa=1)>. Acesso em: 20 jul. 2011. e GOMES, Aspectos do contrato..., p. 280.

controle.

Apesar disso, contudo, considera-se que o controle através do tipo não pode ser superado, eis que os critérios típicos constituem uma base segura para o agir judicial. Não têm exclusividade, por óbvio, como técnica de controle, mas estão muito longe da irrelevância.

Não é nenhuma novidade que a opção que teria sido levada a cabo pelo *Codice* de 1942, consistente em fundar o controle da autonomia privada na idéia de tipo contratual, tem sido desconsiderada pelas legislações mais recentes a respeito do contrato.

Tal fenômeno é reconstruído teoricamente por E. Gabrielli sob a égide da noção de operação econômica em artigo a que já se fez referência<sup>102</sup>. O pensamento do autor não chegou a ser desenvolvido, eis que, naquele momento, pretendia-se apenas dar destaque a algumas das razões e dos caminhos adotados pela doutrina italiana para fundamentar a necessidade de uma compreensão do contrato em termos mais concretos e aderentes à realidade. O interesse pela retomada do autor deve-se ao fato de que ele expõe de modo arguto um dos modos através dos quais estariam sendo superadas as tradicionais técnicas de controle que operam através do esquema e da função típica, constituindo um ótimo ponto de partida para a demonstração do entendimento que será defendido.

Como já dito, o autor parte sua análise da desconstrução que sofreu o contrato após um conjunto de leis especiais que fragmentaram a figura. Frente a isso, busca um ponto firme a partir do qual abrir novas perspectivas de enquadramento do instituto. Gabrielli identifica tal ponto firme na noção de operação econômica e defende que, por tal prisma, o contrato é visto na dimensão real em que produz seus efeitos, retomando a aptidão para dar conta da multiplicidade dos interesses que para ele convergem.

No que diz respeito à idéia de operação econômica, o autor refere que se trata de uma noção através da qual a fatispécie contratual é construída a partir da recondução à unidade de todas as circunstâncias ricas e multiformes em que as partes atuam. Com efeito, o autor destaca que a noção de operação econômica compreende A) o regulamento contratual, B) os comportamentos das partes e C) as situações objetivas em que os contratantes se colocam, pelo que a noção é capaz

---

<sup>102</sup> GABRIELLI, L'operazione...

de sintetizar, na sua inteireza, a racionalidade do contrato e a riqueza de disciplina que ele expressa<sup>103</sup>.

O que mais interessa aqui, contudo, é o tópico em que o autor trata da tipificação da operação econômica pelas mais recentes normas contratuais<sup>104</sup>.

Segundo o autor, as leis contratuais mais recentes na Itália estão elevando a noção de operação econômica a objeto direto de regulamentação, de modo que a idéia passa a atuar como categoria ordenante, o que tem por consequência direta a superação dos limites estreitos de uma disciplina levada a cabo através dos esquemas típicos e da função típica.

Com efeito, a tipificação por operação econômica dá-se pela agregação, em um mesmo "tipo", de fatispécies heterogêneas, reconduzíveis a diversas figuras típicas, o que implica uma valoração da função negocial de modo independente do esquema formal adotado, superando-se a idéia de que quando o legislador pretende impedir um resultado proíbe o meio empregado para atingi-lo.

Com isso, visa-se evitar lacunas na tutela, o que inevitavelmente ocorreria através da vedação pontual do meio típico empregado para atingir o fim repudiado. Tal também dá maior visibilidade à elusão da vedação nos casos em que fins vedados são atingidos através de diversos negócios que fragmentam uma operação econômica naturalmente unitária: apesar da multiplicidade formal, a operação é interpretada na sua unidade.

Sobremaneira instigante o artigo. Interessa aqui, contudo, apenas a propalada superação do tipo como forma de controle, tendência – já foi dito – que é inegável.

Tal tendência não passou despercebida a De Nova<sup>105</sup>, autor que coloca a questão com muita acuidade. Após descrever algumas das muitas razões pelas quais florescem contratos atípicos na atual realidade do mercado global, o autor destaca que a escolha do legislador de 1942 em adotar como critério de intervenção privilegiado aquele do tipo contratual tem sido abandonada nas últimas intervenções legislativas. Frequentemente, o legislador tem disciplinado os sujeitos, não os

---

<sup>103</sup> Isso permite, por exemplo, que se faça uma interligação mais precisa entre a atividade da empresa e o direito contratual, pondo em evidência que a disciplina dos contratos é a disciplina da atividade econômica. Entre as vantagens que o autor atribui à noção, destaca-se que, focalizando na sua complexidade a operação econômica subjacente ao contrato, é possível colher melhor a disciplina do coligamento contratual e valorar com mais precisão a questão do desequilíbrio, a qual é colocada em um mais amplo contexto sistemático (Ver melhor, nesse sentido, GABRIELLI, L'operazione... p. 917, et seq.).

<sup>104</sup> Ibidem, p. 928, ss.

<sup>105</sup> DE NOVA, Contratto...

contratos. Mesmo nos casos em que disciplinou os contratos, não adotou como critério de intervenção aquele do tipo contratual, mas o do reagrupamento de contratos, o mais das vezes determinado de modo elástico.

As razões disso já foram acima reveladas: a esperança de que nada fuja ao controle.

Quanto ao juízo percuciente que De Nova faz de tal estado de coisas, abre-se espaço para que ele mesmo fale, pois não se poderia fazer melhor:

Negli esempi sopra indicati il legislatore interviene ponendo limiti all'autonomia privata, con norme imperative. Ma invece di porre fattispecie ben delineate – come si dovrebbe quando si pongono norme imperative – lasciando alla tecnica della frode alla legge di colpire i tentativi di elusione, detta disposizioni il cui ambito di applicazione è indeterminato, nella speranza che nulla sfugga.

Ma l'adozione di questa tecnica comporta difficoltà, inefficienza e rischi. Difficoltà, perché alla tecnica collaudata della qualificazione del contratto in esame per ricondurlo a um tipo, al fine di individuarne la disciplina legale, occorre sostituire una tecnica inedita per applicare le disposizioni di legge dall'ambito non definito; inefficienza, perché per voler tutto sanzionare si finisce per non sanzionare nulla (il fallimento della legge sulla subfornitura è emblematico); rischi, perché la perdita della fattispecie nel delicato e cruciale settore dell'autonomia contrattuale può portare a limitazione irrazionali. Ci troviamo, così di fronte a um duplice fenomeno. Per um verso le nuove tecnologie danno vita a fattispecie senza norme, ed è paradigmatico il caso di Internet. Per altro verso vi sono norme senza fattispecie, come è il caso delle norme sul contratto in genere, di fronte al delinearci di distinte tipologie contrattuali, e come è il caso di norme imperative, dall'ambito di applicazione indeterminato<sup>106</sup>.

A preocupação com as *norme senza fattispecie*, na expressiva fórmula adotada por De Nova, também é manifestada em termos bastante lúcidos em uma tese de doutorado escrita por Carlo Rinaldi sob a orientação de Enrico Quadri, cujo objeto de pesquisa é a proporção entre a prestações contratuais:

Infatti, la possibilità di attivare um sindacato giudiziario sul contenuto del contratto – specie se fondato sull'ingiustizia intrinseca dell'equilibrio contrattuale e non subordinato alla ricorrenza di fattispecie attinenti alla formazione del contratto o a definite circostanze che di esso costituiscono il contesto, originario o sopravvenuto – consentirebbe al contraente pentito, che volesse sottrarsi alla efficacia vincolante del contratto, di limitarsi ad affermarne l'ingiustizia, senza specifici oneri di prova in ordine a circostanze o condotte inerenti a definite fattispecie<sup>107</sup>.

Não é outra a razão da crítica pungente formulada por Ferri a uma decisão da

<sup>106</sup> DE NOVA, Contratto...

<sup>107</sup> RINALDI, Carlo. *La Proporzione tra le Prestazione Contrattuali*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Facoltà di Giurisprudenza, Università Degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2005, p. 9.

*Corte de Appello di Milano*<sup>108</sup>, que recorreu à idéia de função econômico-social para negar tutela a um contrato.

Segundo Ferri, a solução dada ao caso decorreu de uma incorreta aplicação do 2º *comma* do art. 1322 do *Codice*, consistente no emprego descuidado das idéias de relevância ou utilidade social, cuja noção enreda-se em enormes dificuldades quando se pretende lhe dar um conteúdo concreto e não aleatório, ao contrário do que ocorre com os tradicionais princípios da ordem pública e dos bons costumes, os quais, bem ou mal, são mais experimentados historicamente.

De fato, a Corte recorreu a uma argumentação ao estilo da existente na *Relazione* e parece ter feito dela uma aplicação silogística, concluindo de modo direto que o caso dos autos não era merecedor de tutela. A leitura desavisada da decisão comentada daria a impressão de se tratar de uma obra doutrinária em que exposta e defendida, em abstrato, uma dada teoria, ao invés de uma sentença judicial, eis que os argumentos desenvolvidos não foram efetivamente confrontados com o caso submetido a julgamento. É de se concordar inteiramente com Ferri quando o autor diz que a Corte simplesmente expôs sua teoria segundo a qual o contrato atípico deve ser, para merecer tutela, dotado de utilidade social, o que será apurado pelo julgador no caso concreto. Após, referiu que o caso posto a julgamento era dotado de uma *potencial* periculosidade para o interesse social caso se disseminasse na prática, pelo que o considerou nulo.

Em vão se busca na decisão em que consiste tal periculosidade social. A fundamentação foi totalmente genérica, baseada na violação de fins econômico-sociais sem, contudo, indicar quais seriam esses fins, seu conteúdo e fisionomia. Também não indicou por que, em que e de que modo a autonomia privada contrastou com eles.

Partiu-se de modo direto da teoria da função social em abstrato e declarou-se nulo o contrato, sem uma argumentação exauriente capaz de evidenciar com precisão a fatispécie da norma e demonstrar estarem presentes os elementos de tal fatispécie no caso posto a julgamento, o que seria de se exigir na aplicação de uma medida rigorosa como a declaração de nulidade, a qual acabou por ser banalizada.

Esclarecedor citar o seguinte trecho do comentário de Ferri à decisão:

---

<sup>108</sup> FERRI, Giovanni B. Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obbligazioni*, Milano, v. 69, n. 2, p. 81-97, 1971.

Infatti affidare il riscontro della rispondenza "ai fini economico-sociali immanenti nel sistema" dell'interessi contrattuale, perseguito dalle parti, a parametri quali, appunto, sono quelli della utilità o rilevanza sociale, lungi dal costituire una felice scelta di criteri *oggettivi* ed insieme dinamici, rappresenta l'utilizzazioni di criteri generici ed imprecisi, attraverso cui il raffronto rischia di porsi tra l'interesse contrattuale e il personale convincimento del giudice su quelli che debbano considerarsi "fini economico-sociali immanenti nel sistema". Svincolato da limiti di una normativa specifica che per quanto angusti, possegono pur sempre il vantaggio di essere certi, il giudice può portare nella individuazione di tali fini e quindi nelle sue decisioni, tutto il peso della sua ideologia (e degli eventuali tatticismi che questa gli imponga), dei suoi estri personali, della sua conoscenza di cose giuridiche ed economiche, con un'arbitrarietà che certo non deve essere consentita a chi, sia pure in relazione alle cose di questo mondo, deve dare giustizia a coloro che questa giustizia domandano<sup>109</sup>. (negrito não original)

A conclusão do autor foi de que um juízo tal qual o da Corte de Milão, fundado na abstrata e potencial periculosidade de certas operações, constitui uma arbitrariedade da qual nenhum contrato se subtrairia, seja nominado ou inominado.

Eis um exemplo emblemático da aplicação do artigo 1322 do *Codice* como uma norma sem fatispécie, uma vez que o Tribunal de Milão vinculou a idéia de merecimento de tutela à idéia de utilidade social, empregando esta idéia no vazio – ao arrepio de critérios típicos – afastando-se completamente da teoria de Betti, na qual o espaço de atuação deixado ao julgador na atividade judicial de intervenção no contrato não é maior que o que deixa aos privados: ambos estão submetidos ao crivo do tipo, eis que idéias como a de utilidade social ou de consciência social têm seu ponto de apoio seguro nos padrões que, devido à estabilidade que adquiriram na prática social, tornaram-se típicos.

Em suma, estes autores destacados a título de exemplo da doutrina italiana parecem demonstrar que uma normativa que desvincule completamente o controle da autonomia privada da idéia de tipo submete o contrato a uma permanente, ilimitada e genérica questionabilidade, deixando-o a mercê do oportunismo da parte que quer livrar-se do vínculo. Tal se reflete na atividade judicial em uma sindicabilidade sem limites: o contrato poderá ser sempre posto à prova com base em critérios imprevisíveis e não racionalmente controláveis. É dizer, basta à parte alegar que o contrato não apresenta utilidade social, após o que o juiz poderá devassá-lo e, encontrando qualquer ponto com o qual não concorde, reconhecer a inutilidade social alegada. O instituto contrato deixa de fazer sentido, pois não mais estabiliza expectativas.

---

<sup>109</sup> FERRI, Meritevolezza..., p. 94.

Eis aí, portanto, mais um dado a acrescentar a um quadro que já era complexo. Com efeito, falou-se em função individual do contrato como meio através do qual dar o devido relevo à particularidade dos interesses em jogo em cada negócio levado a cabo, o que seria uma exigência da complexidade inabarcável dos interesses e funções para os quais a autonomia privada se volta. Após, destacou-se a existência de um conjunto de problemas para os quais a noção não é capaz de dar respostas adequadas, embora, mesmo neste âmbito, não seja de todo excluída sua operatividade. Para tal âmbito, referiu-se a operatividade de regras de correção incidentes sobre o comportamento das partes, as quais ocuparam o espaço antes ocupado pela teoria da função social, que opera através do tipo. Agora, retorna-se à questão do tipo com a pretensão de demonstrar que o controle através da tipicidade não é passível de total eliminação, sendo insuprimível.

Poder-se-ia concluir que a desordem de pensamento impera. Melhor, contudo, concluir que, ao invés da desordem, impera uma consideração realística dos fenômenos dos dias atuais, os quais não se compadecem com um único discurso monopolizador com pretensão de unidade. Ademais, complexidade não é sinônimo de falta de ordem.

Com tal conclusão, tem-se por exaurido o objeto deste primeiro capítulo, o qual se volta a apresentar um esboço do direito italiano a respeito do tema deste trabalho. Trata-se, por óbvio, de uma análise superficial e fragmentária, mas suficiente para o singelo objetivo até aqui pretendido: suprir o pensamento dos elementos teóricos necessários para o enfrentamento consistente do tema no direito brasileiro.

Para tal fim, o recurso ao direito italiano mostrou-se essencial. De lado a influência que tal direito exerceu sobre o direito contratual brasileiro, em especial sobre o atual Código<sup>110</sup>, o que por si só já justifica a importância de seu estudo, destaca-se o fato de que, na Itália, as questões versadas neste trabalho foram objeto de longos debates doutrinários e de experimentação judicial, o que resultou

---

<sup>110</sup> É de conhecimento geral a grande influência do direito estrangeiro, em especial do italiano, no processo codificatório brasileiro, o que é expressão de uma das características marcantes do legislador brasileiro, do qual já se disse que se caracteriza por saber copiar (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.). Destaca-se que o fenômeno não é próprio do Brasil, eis que foi comum a recepção de modelos jurídicos europeus nos sistemas jurídicos nacionais latino-americanos, conforme destacado pela Professora Vera Fradera (FRADERA, Vera Maria Jacob de. A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um Entrave à Integração Econômica no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 736, p. 20-39, 1997).

em uma doutrina mais sólida, cuja fertilidade como marco de comparação é incontestável.

Embora o recurso ao direito italiano continue sendo essencial, desnecessário insistir no assunto em capítulo próprio. Apresentadas as chaves principais dos problemas versados, o recurso a esse direito poderá passar a ser feito de modo difuso, na medida em que as questões tratadas o exigirem.

Visto isso, passa-se ao estudo do direito contratual brasileiro.

## **2ª PARTE – O CONTROLE DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Ao longo da primeira parte da dissertação, a partir do estudo do direito italiano, verificou-se A) que a noção de causa como função social típica do contrato é limitada e insuficiente para dar respostas adequadas à questão do exercício da autonomia privada em um ambiente de extrema complexidade, a partir do que B) se buscou uma compreensão mais concreta dos atos de autonomia privada, obtendo-se uma visão mais compatível do contrato com as múltiplas e variadas funções e interesses frente aos quais atua, C) visão essa incompatível com uma sindicabilidade irrestrita de tais interesses a partir de critérios objetivos, dando-se, assim, primazia à valoração feita pelas partes em liberdade. Apesar disso, D) não foram eliminados de todo os problemas antes resolvidos através da idéia de função social, os quais, contudo, passaram a ser resolvidos por técnicas estranhas à função social típica. Verificou-se ainda E) que, apesar disso, é irrenunciável o recurso ao tipo como critério de controle, tendo em vista que os critérios típicos oferecem pontos firmes de apoio à atuação judicial, a qual não fica sujeita ao arbítrio do juiz.

A conclusão a que se chegou é de que múltiplos critérios regulamentadores da autonomia privada convivem e se inter-relacionam no interior do ordenamento jurídico italiano, devido à necessidade de apreender de modo realista o fenômeno do contrato em um ambiente de extrema complexidade.

Quanto à sequência do trabalho, o próximo capítulo visa identificar se e onde presentes, no direito brasileiro, as idéias acima apresentadas, com o que se pretende investigar o que elas podem fornecer para um correto entendimento do problema no Brasil.

Visto que tais idéias efetivamente estão presentes no direito brasileiro, buscar-se-á demonstrar como se articulam. Tal, contudo, não pode ser feito a partir de uma perspectiva totalmente geral e abstrata, de modo que as idéias de tipicidade e individualidade serão confrontadas por ocasião da discussão das questões da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Esse o tema do segundo capítulo desta parte.

Passa-se ao estudo proposto.

## Capítulo 1 - Tipicidade e Individualidade no Código Civil e na Doutrina e o Contrato no Terceiro Milênio

Mesmo quem critica a idéia, não questiona que concepções solidaristas estão na base do processo de codificação do direito contratual levado a termo em 2002.

Em tese cujo objeto é bem mais amplo que o desta dissertação, eis que voltada a investigar de modo mais geral o paradigma contratual brasileiro a partir do Código de 2002 em contraposição com o do Código de 1916, Luciano Benetti Timm demonstra – questionando a atualidade do modelo – que a concepção solidarista – da qual Betti é citado como exemplo – está subjacente ao direito contratual positivado no atual Código Civil devido, dentre outros fatores, à influência marcante que recebeu do *Codice Civile* italiano, o que é comprovado pela adoção de institutos solidaristas, tal qual o da função social do contrato<sup>111</sup>.

O mesmo entendimento está na base do pensamento daqueles que defendem que foi a teoria geral do negócio jurídico construída por Betti a matriz para a redação do art. 421. A propósito, Gerson Branco, autor cujo pensamento é intensamente influenciado pela obra de Miguel Reale e de Betti, destacou que “a cláusula geral do artigo 421 trouxe como ingrediente o controle do conteúdo do contrato, mediante a exigência de que este corresponda a valores socialmente úteis e relevantes”<sup>112</sup>. Em outra passagem, o mesmo autor diz que “o controle funcional do instrumento de exercício da liberdade contratual se dá pelo controle da função social típica e, portanto, da tipicidade social.”<sup>113</sup>. Ainda: “A contribuição concreta de Betti está na reprodução da relação entre liberdade contratual e função social na disposição do artigo 421 do Código Civil, tal qual é apresentada no pensamento do jurista italiano.”<sup>114</sup>

Segue a exposição de alguns autores que defendem tal entendimento. Após, buscar-se-á demonstrar que a visão desses autores explica apenas uma parte da realidade objeto de estudo, deixando de lado muitos dos aspectos que caracterizam o direito contratual brasileiro.

---

<sup>111</sup> TIMM, Luciano Benetti. *As quebras de paradigma na concepção de contrato e no direito contratual brasileiro*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

<sup>112</sup> BRANCO, *As Origens...*, p. 258-9.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 260-1.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 382.

## 1 A Problemática dessas Questões na Sistemática do Código Civil de 2002

### 1.1 *Tipicidade na Disciplina Contratual Posta no Código Civil: o Entendimento a Respeito dos Artigos 187 e 421 do Código Civil*

Em artigo que tem por objeto de estudo a questão da causa do contrato no Brasil após o Código Civil de 2002, Maria Celina Bodin de Moraes defende que, com o artigo 421 do Código, a tradicional posição anti-causalista até então dominante tornou-se inadequada<sup>115</sup>.

A autora inicia com a crítica à doutrina brasileira que se formou sob a égide do Código Civil de 1916 por manter-se no terreno da mera classificação dos negócios, deixando de lado a avaliação da "função dos negócios jurídicos e, desta forma, através do exame de sua eficácia essencial, proceder à *qualificação* e, conseqüentemente, ao *juízo de merecimento* de tutela que é imperioso realizar em cada negócio"<sup>116</sup>.

Já deste pequeno trecho é possível colher muito do que está na essência do pensamento da autora: a superposição entre as questões da qualificação (enquadramento em um tipo) e do juízo de merecimento de tutela. Tal relação permeia todo o texto e fica perceptível a quem atenta para o fato de que, ao longo do artigo, a autora usa lado a lado as expressões qualificação e justificação, natureza jurídica e merecimento de tutela. Assim, a noção de causa implica, ao mesmo tempo, a identificação da disciplina aplicável e o juízo sobre a tutela.

É esclarecedor notar que Maria Celina também fala em causa concreta. Mas o emprego que a autora faz da noção é impróprio.

O que a autora pretende quando fala em causa concreta não é destacar o valor jurídico próprio de cada particular negócio realizado, mas defender a necessidade de uma avaliação rigorosa do concreto negócio visando simplesmente sua inserção precisa em uma causa abstrata, a qual é a verdadeira razão da tutela.

Com efeito, a autora sustenta que, através da causa, individualizam-se os elementos essenciais de um contrato e, a partir disso, verifica-se a presença deles

---

<sup>115</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos Contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 95-119, 2005, p. 97.

<sup>116</sup> (grifos não originais). *Ibidem*, p. 96-97.

no contrato concreto, permitindo-se a sua qualificação<sup>117</sup>. Mais à frente, sustenta que a utilidade principal deste mecanismo é a recusa de proteção jurídica a contratos sem justificativa ou significação social (que não se enquadram em uma causa abstrata, típica), o que nega que da simples manifestação de vontade possam decorrer efeitos jurídicos<sup>118</sup>. Não há que falar, portanto, em causa concreta nesse entendimento: os elementos concretos apenas têm valor quando conformes à causa abstratamente entendida.

Como se vê, para a autora a causa é uma entidade abstrata cuja noção atua na identificação da disciplina aplicável ao negócio e no juízo sobre a tutela.

Maria Celina reforça seu entendimento a partir da interpretação conjugada dos artigos 425 e 187 do Código Civil.

Refere que o artigo 425 autoriza a realização de contratos atípicos, submetendo-os, contudo, às normas gerais do Código. Entre tais normas, põe em evidência a do artigo 187, a partir do que assevera que a noção de abuso de direito inclui o abuso da liberdade contratual.

Assim, estaria superada a idéia de que o que não é proibido é permitido: a tutela jurídica tem sua razão de ser na avaliação que o ordenamento jurídico faz do interesse privado, o qual deve voltar-se a razões dignas de tutela.

A conclusão da autora é de que o artigo 421 do Código Civil expressa na ordem jurídica brasileira a causalidade negocial: o contrato no direito brasileiro deve ser causal, não abstrato. Dito de outro modo, deve cumprir uma função social.

Quanto aos papéis exercidos pela causa, Maria Celina diz tratar-se de conceito "polivalente", servindo A) para qualificar os contratos, B) para conferir ou negar juridicidade e C) para limitar a autonomia privada.

Quanto ao primeiro papel, a autora refere que, apesar de raro, é o mais comumente empregado no Brasil. Um bom exemplo de seu funcionamento pode ser colhido em outro artigo escrito pela mesma autora, no qual, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, buscou desmistificar o tradicional entendimento sobre a impossibilidade de mútuo consensual<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> MORAES, A causa p. 98.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 101-102. Segundo a autora, a teoria antivoluntarista ou da declaração opera principalmente através da noção de causa, considerando-a objetiva (Ibidem, p. 104).

<sup>119</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 309, p. 33-61, 1990, p. 33-61. Segundo a doutrina tradicional, apegada aos dogmas da tradição romanística, o mútuo constitui um tipo neutro, capaz de albergar tanto o mútuo gratuito quanto o oneroso: para

No que toca ao segundo papel, relativo à juridicidade do acordo, apesar do entendimento manifestado durante o artigo, no sentido de que a tutela jurídica ligue-se à qualificação, a autora acabou por reconhecer que tal controle é abstraído no Brasil, o que, segundo ela, faz sentido devido ao fato de que a causa não foi indicada expressamente como requisito do negócio no artigo 104 do Código Civil.

É a terceira utilidade da causa (restrição da autonomia dos privados) que tende a consolidar-se no Brasil como a melhor compreensão do artigo 421 do Código. Para a autora,

a expressão "em razão" [contida no artigo 421 do Código Civil] serve a opor justamente a autonomia privada à utilidade social. [...]

Quando a causa é típica, é porque foi previamente apontada e aprovada pela lei; quando é atípica, deve obedecer às normas gerais do código (art. 425, CC) bem como à tipicidade social (*tipicità sociale*, segundo Betti), contida na tábua axiológica constitucional.

[...]

Isto 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 "causalidade negocial". Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio não cumpre sua função social"<sup>120</sup>.

Não é outra a perspectiva de análise através da qual a professora Judith Martins-Costa defendeu, em interessantíssimo parecer<sup>121</sup>, a licitude da cobrança do valor residual garantido (VRG) em contrato de *leasing* financeiro. O parecer exemplifica e desenvolve entendimento idêntico ao de Maria Celina Bodin de

---

ambas as funções um mesmo tipo e uma mesma disciplina. O mútuo feneratício, apesar de oneroso, é real e unilateral, pelo que pode ser operado pela mesma estrutura do mútuo gratuito. Isso muito embora a prática recorrente seja abundante em exemplos de mútuos consensuais. A prática bancária, por exemplo, para fugir à intransigência da doutrina, passa a chamá-lo de financiamento, dando-o como atípico. Inconformada com tal estado de coisas, visando "libertar o contrato de mútuo das elaborações arcaicas que não permitem e não aceitam qualquer diversa – ainda que necessária – configuração", Maria Celina questiona se justificável, à luz dos princípios do ordenamento jurídico, a realidade do mútuo no direito brasileiro. Para tal, empregou o mecanismo da qualificação através da causa, a partir do que configurou o mútuo como constituindo dois tipos distintos, construídos a partir das distintas funções que cada um deles exerce: satisfação de interesses econômicos e satisfação de interesses benevolentes. Para cada uma dessas funções, uma estrutura e uma disciplina diferentes. Enquanto o mútuo comum só admite a estrutura real, o feneratício pode ser consensual. As principais consequências de tal entendimento estão na disciplina jurídica aplicável ao mútuo feneratício: devido a corresponsabilidade que é própria à sua causa, ele é exequível e se lhe aplica a resolução por incumprimento e a responsabilidade por vícios redibitórios e pela evicção, dentre outros efeitos próprios dos contratos corresponsivos.

<sup>120</sup> MORAES, O procedimento..., p. 119.

<sup>121</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de *leasing* financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada valor residual garantido – VRG e a sua dupla função: complementação do preço e garantia. *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 49, p. 109-148, 2010.

Moraes, pois, tal qual esta, utiliza-se da noção de causa conforme construída por Betti.

Segundo a Professora, a cobrança do VRG, mesmo quando não exercida a opção de compra, é compatível com a função típica do *leasing*, o que comprova a licitude e a não abusividade da sua cobrança. No resumo do parecer, lê-se o seguinte:

A dupla função do valor residual: complementação do preço e garantia. Função de garantia, ademais, que se mostra coerente à causa do arrendamento mercantil. [...] Sendo a garantia compatível com a função econômica típica do contrato e tendo a arrendadora informado, com exatidão, completude e destaque sobre a cláusula e suas eficácias, conforme a opção feita pelo arrendatário, não há que falar em "abusividade contratual"<sup>122</sup>.

Destaca a autora que, dentre outros papéis, a noção de causa-função ou de fim econômico-social está presente no ordenamento jurídico brasileiro como base a partir da qual *investigar a licitude ou ilicitude do contrato* e de seu conteúdo<sup>123</sup>, papel para o qual *determinante é a coerência entre a causa e a veste jurídica*<sup>124</sup>.

A Professora fundamenta seu entendimento no artigo 187 do Código e sustenta que a finalidade econômico-social ali prevista corresponde à noção de causa do contrato em sua acepção objetiva, na esteira do pensamento de Betti<sup>125</sup>.

Por essa razão, foi essencial ao objetivo pretendido no parecer tratar inicialmente da causa-função do *leasing*, recurso a partir do qual a autora buscou traçar o âmbito em que os interesses envolvidos na operação são considerados legítimos pela ordem jurídica. A partir dos resultados obtidos com tal procedimento, foi realizada a qualificação do negócio e, demonstrado o perfeito enquadramento do VRG em uma das causas albergadas sob o nome *leasing*, atestada a licitude e não abusividade de sua cobrança. Com efeito,

discernida a espécie e compreendida a sua finalidade econômico-social, é possível delimitar os mútuos interesses negociais, interesses que a ordem jurídica legítima, uma vez estarem concordes com a finalidade econômico-social própria do *leasing* financeiro<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> MARTINS-COSTA, Os contratos..., p. 109.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 122. A professora também identifica os seguintes papéis da causa-função: determinar os riscos envolvidos no contrato, determinar os deveres acessórios decorrentes da boa-fé e determinar as especificidades do contrato.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 123-124.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 122.

Dois são, portanto, os passos procedimentais para atestar a licitude de um contrato: A) a reconstrução em abstrato do seu perfil causal (identificação da função social típica do contrato) e B) o enquadramento da hipótese concreta no perfil abstrato obtido.

Tratando-se de leasing, contudo, ambos os passos são especialmente problemáticos, eis que, apesar de reunidos sob um único *nomen iuris*, o leasing alberga distintos negócios cujas funções econômico-sociais são dificilmente reconduzíveis à unidade<sup>127</sup>.

Assim, superada a dificuldade inicial consistente em traçar os perfis funcionais do leasing, a questão não se torna menos complexa, eis que a qualificação não se resolve por mera subsunção. A tarefa de enquadrar o negócio em figuras que, apesar de distintas, têm um mesmo nome e uma estrutura idêntica, é especialmente difícil, exigindo uma compreensão penetrante, realizada em concreto, da lógica da operação econômica.

Enredada em tal dificuldade, a professora recorre aos conceitos de causa concreta e de operação econômica e sustenta que a causa deve ser buscada em concreto.

Ocorre que, do mesmo modo que Maria Celina, a professora Judith apenas procede a avaliação em concreto dos fins visados na operação econômica objeto de análise objetivando seu enquadramento em uma causa abstrata predisposta. Não se trata, portanto, de um tratamento do ato que ponha em destaque sua individualidade (o que ocorreria caso da causa concreta efetivamente se tratasse).

O mesmo juízo vale para o recurso à idéia de operação econômica. Como foi visto na primeira parte, a doutrina italiana vem utilizando o conceito de operação econômica justamente para determinar a função econômica individual do ato de autonomia privada: recorre-se à noção para determinar os fins específicos visados com o contrato, objetivando-se dar-lhe o tratamento específico que merece segundo sua individualidade própria, ao invés de procurar enquadrá-lo em um tipo visando extrair daí a base para um juízo de licitude e uma disciplina padronizada aplicável à revelia dos interesses particulares envolvidos. Em outras palavras, a idéia de operação econômica vem sendo utilizada para fugir aos exageros de uma qualificação em abstrato, com o que se busca dar mais ênfase a uma disciplina

---

<sup>127</sup> MARTINS-COSTA, Os contratos..., p. 112-113.

concreta que considere na devida medida a particularidade dos interesses em jogo.

Como se vê, nos dois exemplos doutrinários citados, os quais foram construídos a partir de dispositivos do Código, a primazia é dada aos elementos típicos do contrato, sobre os quais repousa a razão da tutela jurídica dos interesses privados.

Tais entendimentos encontram seu embasamento legal nos artigos 187 e 421, os quais são lidos a partir da doutrina italiana, em especial a de Betti, tal qual apresentada no primeiro capítulo da primeira parte.

Uma visão mais abrangente do contrato no Código atual requer, contudo, que se investigue a existência, na disciplina codificada, de elementos de sinal oposto que façam um contraponto a tal entendimento, tema ao qual se passa.

### *1.2 Individualidade na Disciplina Contratual Posta no Código Civil*

Uma pré-compreensão global da disciplina legal dos contratos em um dado regime jurídico impõe que o instituto seja investigado em todo o âmbito das regulamentações que o têm por objeto, não se cingindo ao direito dos contratos posto no Código Civil. A investigação deve abranger a disciplina proveniente das leis extravagantes e das normas referentes às categorias mais amplas em que o contrato se insere, destacando-se, nesse caso, a regulamentação do negócio jurídico. Este o tema do presente tópico<sup>128</sup>.

Um dos aspectos que deve ter chamado a atenção no primeiro capítulo da dissertação, quando se tratou do direito italiano, é o fato de que muitas das obras doutrinárias empregadas referiam-se ao negócio jurídico, o que poderia induzir a pensar que se está pecando aqui por generalidade, devido a adoção de doutrinas construídas para um instituto mais amplo do que aquele que constitui o objeto deste trabalho.

A crítica, contudo, não é de todo procedente. Basta ver que o direito italiano não conta com a categoria do negócio jurídico, a qual é construção doutrinária que foi levada a cabo a partir da categoria geral do contrato, esta sim positivada no *Codice*, tendo por matriz, é bom ressaltar, a estrutura do contrato de intercâmbio de

---

<sup>128</sup> O estudo das leis extravagantes, embora seja fértil e acrescente ótimos elementos de análise, não será executado neste trabalho por necessidades de corte da temática.

bens<sup>129</sup>. Dizendo de modo direto – com apoio em Laura Valle – a civilística italiana fala em negócio jurídico pensando no contrato de intercâmbio, o qual foi acolhido no *Codice*.<sup>130</sup> Nesse sentido, Irti chega a sustentar, dando apoio a Galgano, a fungibilidade linguística entre contrato e negócio jurídico no direito italiano<sup>131</sup>.

Juízo idêntico pode ser feito à regulamentação do negócio jurídico na parte geral do Código Civil Brasileiro. Aqui, contudo, é o Código que fala em negócio referindo-se, em grande medida, ao contrato, uma vez que muitas das normas referentes ao negócio jurídico são, na verdade, normas destinadas aos atos bilaterais de conteúdo patrimonial.

Nesse sentido, destaca-se que uma das principais bases que justificam a existência da categoria do negócio jurídico, qual seja, a disciplina das invalidades, tem sua aplicabilidade bastante restrita aos atos bilaterais de conteúdo patrimonial. Nesse sentido, a previsão de reconhecibilidade do erro no artigo 138 do Código, cuja razão é a proteção do destinatário da declaração visando o reforço da confiança no tráfico. O mesmo ocorre com a lesão e a fraude contra credores. Ainda no que diz respeito à questão das invalidades, destaca-se que o Código traz regras específicas para os atos de direito de família e para os testamentos, ficando a disciplina do negócio jurídico bastante limitada em sua aplicabilidade aos atos de conteúdo patrimonial entre vivos.

Outro exemplo, agora fora da disciplina das invalidades, extrai-se do artigo 111, o qual regula o valor do silêncio como declaração de vontade, talvez a expressão mais saliente da chamada comercialização do direito privado<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> Zoppini refere que a matriz da disciplina do contrato no *Codice* é a do contrato de *scambio*. Deste modo, a lógica do contrato tal qual positivado resolve-se no nexu estrutural ato-direito subjetivo, o qual é generalizado, descurando-se qualquer consideração funcional da relação contratual, o que é problemático em uma economia de base financeira, na qual a riqueza se desmaterializa e o contrato, além de circulá-la, também a cria (ZOPPINI, Andrea. *Il contratto asimetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*. Disponível em: <[http://judicium.it/news/ins\\_05\\_03\\_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf](http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2011).

<sup>130</sup> (VALLE, Laura. El debate sobre el negocio juridico em Italia. In: DIKÉ: Portal de Información y Opinión Legal da Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponível em: <<http://dike.pucp.edu.pe>>. Acesso em: 07 out. 2010). Segundo a autora, o material normativo sobre o qual se construiu o conceito de negócio jurídico no direito italiano contradiz seu caráter omnicompreensivo.

<sup>131</sup> IRTI, Natalino. Um trattato di diritto civile e commerciale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. I, 1991, p. 566, apud *Ibidem*, n. 74.

<sup>132</sup> A questão do silêncio é, reconhecidamente, uma questão tipicamente de direito comercial, tendo sido incluída na parte geral do Código Civil através do seu artigo 111, como decorrência do que se convencionou chamar de comercialização do direito privado, a qual levou à unificação da disciplina das obrigações e dos contratos. Importante destacar que tal unificação é buscada principalmente através da generalização de regras que fazem remissão aos usos, costumes e circunstâncias do caso, antes regras próprias de direito mercantil.

---

Com efeito, é possível observar ao longo da história uma tendência expansiva do direito comercial, que começou a estender progressivamente seu campo de atuação e a ter suas normas acolhidas nos códigos civis, de modo que normas voltadas anteriormente apenas para comerciantes passaram a ter aplicabilidade geral, o que culminou, em alguns sistemas jurídicos como o italiano, na extinção formal do direito comercial e sua absorção num código civil comercializado, o que é o mesmo que dizer que o direito privado foi, em muitos aspectos, funcionalizado aos interesses da classe empresária.

Consequência disso é que princípios típicos às relações comerciais passaram a princípios gerais de direito privado, regendo todas as relações indistintamente, de modo que aquelas regras voltadas à proteção de uma circulação segura e célere foram estendidas a todo tipo de relação, a exemplo do que ocorre com a proteção da confiança do adquirente de boa-fé no caso de aquisição da propriedade mobiliária a *non domino*, o que, no direito italiano, se aplica até mesmo nas relações civis.

No direito brasileiro, a regra não foi tão longe. A tradição feita por quem não é proprietário só aliena a propriedade quando oferecida ao público em leilão ou estabelecimento comercial, tendo-se por base a teoria da aparência (artigo 1268 do Código Civil). Mesmo não indo tão longe quanto o direito italiano, a regra exemplifica, também no Brasil, a funcionalização aos interesses da classe empresária, uma vez que visa tornar a aquisição em estabelecimentos comerciais mais segura, fomentando, dessa forma, a contratação.

Desse modo, tem-se que a unificação promovida pelo Código Civil/2002 também pode ser citada como um exemplo da comercialização do direito privado, fenômeno que, já ficou saliente, refere-se à generalização dos princípios nascidos e desenvolvidos no seio do direito comercial a todo o ordenamento comum das relações privadas.

Como inovações decorrentes da chamada comercialização do direito privado, comumente apontam-se, a título de exemplo, o artigo 113 do Código Civil, que faz referência à boa-fé e aos usos como parâmetro de interpretação dos negócios jurídicos; o artigo 138, que passou a exigir a perceptibilidade do erro para a anulação do negócio jurídico; e o artigo 110, que dispõe que a reserva mental não macula o negócio.

O artigo 111 do Código Civil, ao referir que o silêncio importa anuência nos casos em que os usos ou as circunstâncias do caso o autorizarem, é, também, um ótimo exemplo.

Com a introdução do artigo 111 no Código Civil, tem-se a inclusão no regime comum de uma regra de cunho flagrantemente comercialista, o que se comprova por duas razões principais: A) pela referência aos usos e circunstâncias do caso, padrões flexíveis que até bem pouco tempo soavam estranhos aos civilistas; e B) pelo fato de que a própria questão do silêncio é, tradicionalmente, uma questão do direito comercial.

Não faltam na doutrina referências a esse respeito.

A Professora Vera Fradera, por exemplo, destaca que o artigo 111 do Código foi influenciado pelo Código Suíço de Obrigações de 1881, o que se deve, dentre outras razões, à originalidade do recurso aos conceitos indeterminados das circunstâncias e dos usos e ao tratamento unitário das obrigações civis e comerciais pelos Suíços, idéia pioneira de Teixeira de Freitas incorporada ao Código Civil (FRADERA, Véra Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ASPECTOS controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-582, p. 578.).

A par disso, Vivante referiu que amplíssima era a força obrigatória que se atribuía ao silêncio nas relações entre comerciantes já no direito intermédio (VIVANTE, Cesare. *Tratato di diritto commerciale*. Milano: Francesco Vallardi, 1935, p. 32, n. 50.), o que também foi observado por Paulo Mota Pinto, o qual assevera que não foi por acaso que a questão do valor do silêncio adquiriu força na Idade Média. No Direito Canônico, foi construída a máxima *qui tacet consentire videtur*. Paralelamente a isso, impulso decisivo para a valorização do silêncio no direito decorreu da organização do comércio, devido aos vínculos de solidariedade de classe existentes entre os mercadores, os quais fundariam deveres de resposta. Muitas vezes, inclusive, o dever de responder positivamente, salvo a existência de razão plausível (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995).

Precisa, ainda, a assertiva de Baptista de Mello, segundo a qual a questão do silêncio liga-se com a rapidez das relações comerciais (MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunaes*. São Paulo, v. 105, p. 3-20, 1937).

O artigo 111 do Código Civil é, não restam dúvidas, um artigo para comerciantes. Qual será o seu impacto prático sobre as relações civis tendo em vista a sua inclusão como norma pertencente ao

Voltando-se a questões precipuamente, talvez até exclusivamente, de direito comercial, trata-se, evidentemente, de regra destinada aos negócios bilaterais de conteúdo patrimonial, ou seja, aos contratos.

Ainda, a sistematização do termo e da condição (artigos 121, ss), cuja disciplina é inaplicável fora dos negócios patrimoniais, o que – a observação é de Rescigno<sup>133</sup> – confirma as dificuldades e limites de uma teoria geral do negócio jurídico.

Mais um exemplo extrai-se da norma que dispõe, como regra geral, a liberdade das formas (artigo 107), uma vez que os negócios de direito de família e das sucessões são tipificados e contam com forma prescrita em lei, destacando-se pelo rigor formal o matrimônio e o testamento. O mesmo ocorre com o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento. Apesar da tendencial ampliação das formas admitidas para o reconhecimento de filhos, a lei ainda dispõe taxativamente suas formas, requerendo sempre a forma escrita, mesmo em instrumento particular, a menos que o reconhecimento seja feito perante o juiz<sup>134</sup>.

Estes exemplos bastam para demonstrar que muitas das normas do negócio jurídico são voltadas especificamente ao contrato, de modo que uma parte substancial da teoria do contrato está na parte geral do Código Civil, sob a rubrica negócio jurídico.

Este fato é de extrema importância, pois uma leitura atenta da disciplina do

---

regime comum do direito privado é um mistério. O Código Civil é ainda bastante novo e suas potencialidades aplicativas são muitas e amplas.

De qualquer modo, é de se duvidar que, mesmo com a inclusão de artigo expresso a respeito do silêncio no direito comum, o silêncio possa vir a ter alguma relevância considerável nos contratos civis. Não que se possa sustentar categoricamente que exista um problema distinto do silêncio no direito civil e no direito comercial. A respeito, Serpa Lopes esclarece que o que existe é a maior frequência de oportunidades de silêncio circunstanciado entre comerciantes, dado o curso contínuo e regular de negócios entre eles, o que é diferente da existência de um princípio geral (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 103.).

Considerando isso, o que o artigo 111 traz em si é a aproximação entre a estrutura normativa do direito civil e a estrutura normativa do direito comercial, principalmente no que diz respeito à constituição hermenêutica de suas normas, com o que o Código Civil, receptáculo dessa estrutura comum, pretende reconquistar sua força normativa sobre todo o direito privado.

O artigo 111 do Código Civil está, portanto, muito longe de ser uma mera norma sobre o silêncio no negócio jurídico. Representa a mudança daquela mentalidade legalista e conservadora tradicional aos civilistas. Trata-se, assim, de norma cujo principal efeito prático é expressar a mudança de estrutura e de método operada no direito privado, pelo que é, antes de uma norma voltada a resolver concretos problemas envolvendo sujeitos privados, uma norma principiológica.

<sup>133</sup> RESCIGNO. Pietro. *Condizione* (direito. vig.). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1966, p. 762-801, p. 763.

<sup>134</sup> A eficácia jurídica da paternidade sócio-afetiva, embora esteja sendo aceita pela doutrina, não é decorrência de negócio jurídico, assim como não o é a da união estável.

negócio jurídico – e, portanto, do contrato, principal espécie de negócio jurídico – tal qual posta na parte geral faz um contraponto interessante às leituras acima referidas, às quais têm por base os artigos 187 e 421 do Código. O confronto da disciplina do negócio jurídico tal qual posta na parte geral do Código e a disciplina do contrato tal qual posta na parte especial, estabelecendo a cláusula geral da função social do contrato, é deveras instigante, eis que põe questionamentos muito bem fundamentados à idéia de que a teoria da função social típica, supostamente acolhida no artigo 421, possa reduzir à unidade o direito contratual pátrio. Um confronto como esse, caso exitoso, parece levar à conclusão de que as leituras acima apresentadas contradizem o princípio lógico de que uma figura específica não pode contradizer a racionalidade do gênero a que pertence. Das duas uma: *ou os adeptos da teoria acima apresentada desprezam a disciplina do negócio jurídico tal qual posta na parte geral do Código, ou admitem que, mesmo no interior do Código, não existe a tão propalada unidade do contrato.*

Eis o tema objeto deste tópico. Dentre os pontos que podem ser explorados, um dos principais é a questão dos motivos, à qual se passa.

### 1.2.1 A Questão dos Motivos

#### 1.2.1.1 Os Significados do Termo Motivo

Comum é a asserção sobre a irrelevância dos motivos, embora não seja incomum a inexistência de precisão sobre o que se considera irrelevante com tal asserção, o que é um problema sério. Determinar aquilo a que se faz referência quando se fala em motivo do contrato é um esclarecimento prévio obrigatório para quem pretende tratar do tema.

A doutrina não dá maior destaque ao fato de que a expressão motivo é empregada em duas acepções: em uma primeira acepção, como evento psicológico, não exteriorizado; em uma segunda acepção, faz-se referência aos interesses atípicos dos contratantes.

A razão da não percepção disso parece ser esclarecida por Irti<sup>135</sup> e consiste no fato de que as discussões a respeito do negócio jurídico e do contrato

---

<sup>135</sup> IRTI, Natalino. Itinerari del negozio giuridico. *Quaderni Fiorentini*, Milano, n. 7, p. 395-420, 1978. Destaca-se, contudo, que o autor não está tratando da questão aqui discutida.

permaneceram muito tempo cingidas à polêmica entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, o que obscureceu muitos outros aspectos relevantes sobre a matéria<sup>136</sup>.

Natural que quando se passa a dar atenção a outros problemas atinentes ao negócio jurídico ou ao contrato continue o discurso subordinado aos termos daquela polêmica, pois em torno dela tem circulado as discussões a respeito do tema no último século.

Parece que tal é o juízo crítico que pode ser feito a Maria Celina Bodin de Moraes, eis que tratou do problema da causa como subordinado a uma temática diversa, qual seja, a da superação da teoria da vontade pela teoria da declaração.

É verdade que ambas as questões referem-se à objetivação da teoria contratual e que são paralelas e implicadas<sup>137</sup>. Mas elas não se confundem.

Na discussão polêmica que levou à superação do dogma da vontade, a vontade contrapõe-se à declaração, a qual corresponde à exigência de reconhecibilidade social. Aqui, se trata da causa genética do contrato.

Quando se passa à questão da função do negócio, a noção com a qual se trabalha é a de causa finalis, pelo que é perquirido o fim visado com o negócio para verificar se tem compatibilidade com o ordenamento jurídico. Para a teoria objetiva, segundo a qual a causa é a função social, contrapõe-se, então, o interesse individual envolvido no contrato com o interesse social, o qual seria o único fundamento para a tutela jurídica daquele. A questão que se coloca nesta investigação refere-se à necessidade ou não de tipicidade do interesse concreto visado com o contrato para que um negócio tenha guarida no mundo jurídico (juízo de merecimento de tutela).

Um enfoque voluntarista desta questão, pelo contrário, investigaria a

---

<sup>136</sup> O autor sustenta que as incessantes discussões em torno da disputa entre tais teorias, na esteira da polêmica entre Betti e Stolfi, foram responsáveis pelo empobrecimento do significado cultural da obra de Betti, a qual tem como problema fulcral o de dar resposta ao *attacco* da autonomia privada com o ordenamento jurídico. É em direção a esse problema que Irti propõe uma nova leitura das teorias de Betti: "In questa direzione va promossa una nuova e diversa lettura dell'opera bettiana, sciogliendo l'indagine da pigre classificazioni e schemi ripetitori. Anche le nostre discipline conoscono il fastidio del 'manzonismo degli stenterelli'" (IRTI, Itinerari..., p. 420).

<sup>137</sup> A sobreposição de questões parece ficar exposta em várias passagens de artigo que Maria Celina Bodin de dedicou ao tema da causa do contrato, a que já se fez referência (MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos Contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 95-119, 2005), eis que a autora contrapõe frequentemente à vontade a causa: refere que a teoria antivoluntarista (da declaração) atua através da causa, considerando-a objetiva (Ibidem, p. 104) e acrescenta que, através dela, a função do negócio é colocada em primeiro plano, em lugar da vontade. Também diz que o ordenamento jurídico não dá qualquer guarida a negócios jurídicos abstratos, ou seja, que estejam sujeitos tão somente à vontade das partes, exigindo-se que sejam causais (Ibidem, p. 119).

qualidade do interesse que move a vontade visando perquirir se ele é compatível com o ordenamento jurídico. Basta ver que a doutrina subjetivista clássica sobre a causa a entendia como o *movente* determinante *da vontade* de obrigar-se. A causa *finalis* era entendida como o fim procurado pelo agente, o qual condicionava sua volição de modo que era vista como algo que com a vontade se relacionava, mas que não se confundia com ela<sup>138</sup>. Isso demonstra que o foco da investigação da causa *finalis* não está na vontade ou na declaração, mas no interesse que move uma ou outra.

São, portanto, dois juízos distintos: no primeiro, investiga-se se relevante é a vontade ou a declaração (causa genética). Após respondida tal questão, perquire-se sobre os interesses visados com o contrato buscando determinar se são compatíveis com o ordenamento jurídico (causa final)<sup>139</sup>.

Falar em vontade e declaração é focar o negócio por uma perspectiva genética, da qual se colocam problemas de existência e validade. O juízo tem por objeto a fonte dos efeitos do negócio. Falar em causa, ao contrário, é observar o negócio pelo prisma teleológico ou funcional, perquirindo-se sobre o fim do contrato, com o que se coloca o problema da eficácia. A questão consiste em verificar se o interesse visado é justificado de um ponto de vista jurídico.

A partir disso, possível passar ao tema objeto deste tópico.

Em cada uma das perspectivas referentes à objetivação da teoria do contrato a que se fez referência, o termo motivo tem um significado distinto.

No primeiro caso, motivo tem acepção de evento interno, psicológico, não exteriorizado no mundo social, pelo que irrelevante.

No segundo caso, motivo tem a acepção de interesse atípico e discute-se se tal interesse pode ser protegido pelo direito ou se apenas os intentos tipificados são passíveis de tutela jurídica. Não por acaso Rescigno<sup>140</sup> refere que, nesta acepção, a doutrina mais recente tem advertido sobre a utilidade de um discurso em termos de

---

<sup>138</sup> Nesse sentido, por exemplo, CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [19-?], p. 82-83.

<sup>139</sup> Que há relação entre as questões é inequívoco. Betti chega a dizer que se tratam de questões paralelas e correlativas (BETTI, *Negozi...*, p. 210). Mas elas não se sobrepõem. É verdade que, em grande medida, dar relevância à vontade em detrimento à declaração satisfaz interesses individuais em detrimento dos sociais. Mas também é verdade que a contraposição interesses individuais-interesses sociais é o foco de muitas questões e institutos do direito privado, que nem por isso se confundem sempre com a questão da causa. Quando se trata da causa, especialmente da causa como função econômico-social, a contraposição entre interesse individual e social tem um sentido bem específico e peculiar.

<sup>140</sup> RESCIGNO, *Condizione...*, p. 766.

interesse ao invés de motivo, palavra esta que suscita todas as questões levantadas pelo dogma da vontade.

No que diz respeito à teoria objetiva de Betti, a qual, como visto, foi a base para a redação do artigo 421 do Código Civil, a objetivação da teoria contratual é exigida nos dois sentidos expressos, o que fica evidente quando se atenta para a dupla exigência que o autor estabelece quando trata dos atos de autonomia privada: reconhecibilidade social e despsicologização. Com isso, Betti defende que, do ponto de vista jurídico, as declarações de vontade devem ser expressas de algum modo no mundo social e que devem ser entendidas segundo seu significado típico. Aquilo que não satisfizesse essa dupla exigência não ultrapassou o limiar dos meros motivos.

Tal é exposto com muita clareza por Mario Bessone<sup>141</sup>, o qual refere que, na teoria da causa como função econômico-social, os motivos atuam A) sempre dentro do esquema causal típico e B) apenas quando apostos como condição. Assim, podem, por exemplo, A) condicionar a função social típica a um evento ou B) atribuir um fim ulterior a ser atingido mediatemente através da concretização de tal função<sup>142</sup>.

A respeito da limitação da atuação dos motivos ao interior do esquema causal típico, Rescigno refere que a doutrina comum nega a unidade do negócio jurídico condicionado e caracteriza a condição como disposição acessória. Trata-se, assim, de algo destinado a limitar a eficácia da declaração principal, pelo que é passível de ser destacado do conteúdo do negócio<sup>143</sup>. Ilustra o entendimento através de um julgado da *Cassazione* segundo o qual a condição é *qualcosa di distinto dal negozio cui inerisce, ed cui requisiti essenziali devono essersi già realizzati anche la sua*

---

<sup>141</sup> BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio Contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1998. Dentro dos lindes do objeto da pesquisa levada a cabo por Bessone, qual seja, investigar a congruência entre o plano da autonomia privada e o adimplemento, uma das grandes questões discutidas é determinar quais os interesses são relevantes para tubar o adimplemento do contrato. Dentro desse contexto, o autor perquire, no capítulo III da obra (*Ibidem*, p. 207, et seq.), se existem interesses estranhos à função econômico-social, mas que sejam merecedores de tutela.

<sup>142</sup> Por exemplo, a aquisição de um imóvel através do contrato de compra e venda (função social típica da compra e venda) para a instalação de uma clínica médica (fim ulterior a ser atingido pela compra e venda).

<sup>143</sup> RESCIGNO. *Condizione...*, p. 765. O autor enfatiza a crítica promovida por Henle (*Lehrebuch des Burgerliche Rechts*, I Berlin, 1926, p. 274, s.) a tal entendimento tradicional como sendo a mais original da doutrina alemã a respeito do tema. Para Henle, a condição é elemento que toca à validade do negócio, não podendo ser entendida como algo que possa ser destacado de seu conteúdo. A sua diferença em relação aos outros requisitos de validade está em que a condição é um elemento “arbitrário”, no sentido de que determinado e inserido no negócio pela vontade das partes (*Ibidem*, p. 765, n. 10).

*apposizione*<sup>144</sup>.

Segundo esse entendimento, os motivos não têm relevância autônoma como razão justificativa de uma atribuição patrimonial devido à ausência de tipicidade. Mesmo quando declarados expressamente, não servem de base para a existência de um negócio jurídico: por si mesmos, são sempre irrelevantes. Desse modo, a declaração expressa do intento é necessária, mas não suficiente para a tutela, eis que apenas são merecedores de tutela interesses que, além de declarados, são dotados de tipicidade. É dizer: o conceito de causa típica exaure o âmbito das razões justificadoras da tutela.

Fácil visualizar o duplo conteúdo do dogma da irrelevância dos motivos: no primeiro caso, a desvalorização dos motivos está na negação de um espaço vazio entre condição (relevante) e simples motivo (irrelevante) e a questão refere-se a reconhecibilidade social do intento, contrapondo-se aquilo que foi declarado ao que permaneceu apenas no ânimo do agente; no segundo caso, a desvalorização está na negação de um espaço vazio entre a causa (necessária para o merecimento de tutela) e os motivos (insuficientes para o merecimento de tutela) e a questão refere-se à tipicidade do intento, de modo que o binômio em foco forma-se pela contraposição/tensão ente a causa e os motivos atípicos.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se ao estudo da questão no direito codificado brasileiro.

### 1.2.1.2 Os Motivos no Código Civil Brasileiro

No Brasil, é comum a referência a motivo na primeira acepção, mas é bem incomum que a doutrina se aperceba da segunda, o que é um problema sério quando se dá o devido destaque à influência do direito italiano sobre a redação do Código Civil, principalmente quando passa a ser defendido que a causa do contrato é a sua função social. Nessa esteira, falar em irrelevância dos motivos sem maiores precisões pode levar a entender/confirmar que os intentos particulares atípicos são irrelevantes, o que não parece verdadeiro ou que, no mínimo, é exagerado.

Sobre o tema, Gondim Neto, em artigo escrito em 1944 sobre o Anteprojeto do Código das Obrigações elaborado por Orozimbo Nonato, Filadelfo de Azevedo e

---

<sup>144</sup> Cass. 10 luglio 1954, n. 2446.

Hahnemann Guimarães<sup>145</sup>, estranhava a expressão "motivo expreso como razão determinante" contida no artigo 18 do anteprojeto, visando corrigir a imprecisão do artigo 90 do Código Civil de 1916, o qual falava impropriamente em causa. Disse o autor:

A substituição da palavra "causa" por "motivo" era necessária, como vimos atrás, mas o final do art. 18 do anteprojeto é estranhável.

Como razão determinante?!

Então, o simples motivo, por mais decisivo que tenha sido para a realização do negócio, é bastante, mesmo expreso e conhecido da outra parte, para viciar o ato?

A razão de o direito não tomar em consideração o erro no motivo, embora seja êle, não raro, decisivo para o contrato, é a segurança do comércio, não podendo as relações constituídas e interêsses jurídicos das partes ficarem dependentes de causas impulsivas individuais, subjetivas e variáveis, que não foram elevadas à condição de negócio, mesmo quando conhecidas e declaradas.

A perturbação de Gondin tem sua razão de ser, pois parece que o projeto referido sobrepunha conceitos dados como antagônicos pela doutrina do negócio jurídico.

Tratando do direito italiano, A. Checchini considera excessivo que todos os motivos condivisos objetivados tornam-se causa, pois a lei distingue causa e motivo comum<sup>146</sup>. Scaglione, contudo, assevera com razão que a preocupação é supérflua, pois a distinção legal não produz efeitos diferentes em termos de disciplina aplicável: tanto a ilicitude da causa quanto a do motivo comum tornam nulo o contrato<sup>147</sup>.

Voltando ao direito brasileiro, observa-se que o artigo 140 do atual Código contraria frontalmente entendimentos como os de Gondin Neto e de A. Checchini, eis que estabelece expressamente que o falso motivo vicia a declaração de vontade quando expreso como razão determinante.

Conforme percebe Bessone, uma norma como a do artigo 140 do Código Civil Brasileiro tem importância ímpar, uma vez que nulificar o contrato tendo em vista o erro quanto aos motivos significa, a contrário, a relevância destes, o que demonstra uma extensão das expectativas de autonomia privada às quais reconhecer valor jurídico<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> NETO, Gondim. Anteprojeto do Código das Obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, p. 283-295, 1944.

<sup>146</sup> SCAGLIONE, Intersoggettività... p. 383-384, n. 25.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 383-384, n. 25.

<sup>148</sup> BESSONE, *Adempimento...*, p. 229-230. Bessone trata dos artigos 624, comma 2 e 787 do *Codice*, os quais estabelecem uma disciplina idêntica à do artigo 140 do Código Brasileiro. O autor destaca que, no estudo da consistência do dogma da irrelevância dos motivos na sistemática do

Não há, portanto, também no Brasil, distinção de fundo no tratamento entre o erro quanto à causa (art. 139, I, o qual fala em erro quanto à natureza da operação) e o erro quanto ao motivo.

É óbvio que o artigo 140 não está empregando a expressão motivo no sentido de elemento psicológico, eis que o próprio artigo exige que esteja expresso como razão determinante: se está expresso, não se trata de motivo no sentido de evento psicológico<sup>149</sup>.

Assim, tem-se que o ordenamento dá guarida aos interesses individuais atípicos objetivados: todo interesse lícito expresso como razão determinante é causa, portanto essencial, o que se comprova pelo fato de que o erro quanto a ele torna inválido o negócio jurídico.

Assim postas as coisas, a questão parece cingir-se ao valor daquilo que foi declarado no mundo jurídico. A questão que se põe, portanto, não é mais a da relevância dos elementos subjetivos como evento interno (questão superada<sup>150</sup>), mas a da relevância dos elementos objetivados apesar da sua atipicidade, ou seja, dos interesses particulares não tipificados ou não tipificáveis dos contratantes, mesmo que convincentes ou correspondentes a necessidades específicas plausíveis e lícitas.

É perguntar: relevante para o direito são os intentos objetivados na sua individualidade ou na sua tipicidade?

Como visto, no tópico anterior foram apresentadas respostas que tomaram posição pela segunda opção. Neste tópico, contudo, está-se buscando demonstrar que o Código tem dispositivos que não permitem esta solução, pelo menos como regra geral *a priori* estabelecida.

---

Código Civil, não são tão relevantes as normas que tratam da ilicitude dos motivos, pois tais regras expressam o esforço da lei em identificar e reprimir condutas valoradas negativamente.

<sup>149</sup> A par do artigo 140, a irrelevância dos motivos em sua acepção psicológica também tem respaldo em outras normas do Código, como, por exemplo, o artigo 110, que trata da irrelevância da reserva mental (salvo se conhecida do destinatário da declaração, caso em que nem sequer existe seriedade no negócio) e o artigo 112, o qual dá primazia à intenção *consubstanciada* na declaração ao seu sentido literal.

<sup>150</sup> A questão, como visto, não mais se põe frente ao disposto nos artigos 110, 112 e 140 do Código. Frente a tais normas, parece estar superada qualquer discussão a respeito do que constitui o cerne do negócio jurídico, questão que, diga-se de passagem, foi superada após a obra de Betti, eis que a crítica do autor à teoria da vontade foi demolidora e continua irrepreensível, não havendo a ela resposta convincente. A respeito, Antônio Junqueira de Azevedo, o qual diz que "o que nos parece realmente irrespondível é, pois, a parte destrutiva (do dogma da vontade), na obra de Betti". Já a respeito da parte construtiva da teoria de Betti, o autor diz que "Por outro lado, porém, isso não quer dizer que, na parte construtiva, devam ser aceitas as teses "objetivas" ou preceptivas" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9, n. 15.).

A disciplina codificada sobre a questão dos motivos parece comprovar a importância decisiva que a idéia de função individual tal qual apresentada por Ferri tem na disciplina do contrato. É com relação ao modo como as partes configuraram a operação econômica e daquilo que pretendem com ela que se poderá, por exemplo, avaliar o verdadeiro valor dos motivos no contrato. O valor maior ou menor de elementos que, em abstrato, são vistos como secundários, devido ao fato de que não compõem a estrutura típica (formal) do contrato, depende do seu papel e da sua relação com a função global que a operação levada a cabo tem para os contratantes.

Do até aqui exposto, tem-se que o Código parece dar boa base para o entendimento de que a justificativa do ato de autonomia privada perante o direito está na perfeita reconhecibilidade do interesse (lícito, por óbvio) visado, não sendo exigida a sua tipicidade.

Segundo este entendimento, enquadre-se ou não o ato de autonomia privada em um tipo, o motivo (interesse atípico) tem relevo determinante, assumindo o mesmo valor que a teoria da função econômico-social atribui à causa: se o vício quanto ao motivo é razão suficiente para a declaração da invalidade, é porque constitui a base sem a qual o negócio não subsiste.

Assim, parece que razão assiste a Bessone quando diz que a contraposição causa-motivo deixa de ser um modo adequado de enquadrar as coisas, na medida em que não serve para demarcar *a priori* a série dos interesses relevantes<sup>151</sup>. O conceito de causa reflete apenas um aspecto da razão justificativa do negócio, eis que focaliza tal razão somente pelo prisma abstrato. Uma colocação correta do problema, contudo, exige que a atenção seja dirigida ao conflito de interesses que está em jogo, não existindo fórmula capaz de recolhê-lo em toda sua amplitude<sup>152</sup>.

Um questionamento, contudo, ainda subsiste. O fato de que o Código traz artigo específico enfatizando a necessidade de o motivo estar expresso como razão determinante do negócio para ser relevante, no que destoa do artigo 139, I, o qual prevê a substancialidade do erro quanto à natureza da operação sem uma exigência da mesma intensidade, não seria a base para destacar uma nítida diferença entre fins típicos e simples motivos a infirmar o que está sendo dito neste tópico?

Destaca-se, contudo, que o entendimento exposto acima tem um objeto bem

---

<sup>151</sup> BESSONE, *Adempimento...*, p. 227 e p. 279-280, em especial n. 137.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 260 e p. 268.

específico: tratava-se apenas da questão da justificativa do ato de autonomia privada. Deste modo, o exposto não pode ser generalizado: não se estava defendendo que motivos (interesses atípicos objetivados) e fins típicos confundem-se. O que se defendeu foi bem específico: A) na análise de um negócio concreto, não vigora uma regra geral segundo a qual os interesses típicos têm mais valia em relação aos motivos declarados expressamente e B) a tutelabilidade destes não depende do enquadramento naqueles, bastando que sejam expressamente declarados. Tal pode ser sumulado no entendimento de que os motivos têm valor próprio quando declarados expressamente, apesar do seu caráter atípico.

Com isso, contudo, fica-se devendo uma resposta a respeito da razão pela qual a relevância dos motivos depende de declaração expressa, ao contrário do que ocorre com os fins típicos do negócio.

Salvo melhor juízo, a razão para tal diferença de tratamento está no modo como se dá a objetivação do intento negocial. Devido à sua eventualidade e grande variabilidade, os motivos precisam ser declarados expressa e inequivocamente, eis que, de outro modo, não são controláveis. A razão, portanto, não está em um valor mais acentuado dos interesses típicos, mas na forma de controle de interesses que, lícitos, tornam-se socialmente cognoscíveis de modo diverso.

Com efeito, quando as partes recorrem a um negócio de uma dada natureza (tipo), desnecessário que manifestem de modo expresso seu intento, eis que, devido à normalidade da adoção daquele tipo negocial para um dado fim específico, é possível presumir com segurança o fim a que tendem, mesmo que nada tenham declarado a respeito. Quem recorre a uma compra e venda, por exemplo, não precisa declarar que pretende uma atribuição patrimonial consistente na troca de um bem por valor em dinheiro, pois um juízo de coerência a partir da normalidade é suficiente para estabelecer a relação entre o tipo utilizado e a razão determinante de sua adoção. Se, por exemplo, for conhecível à outra parte o erro a respeito da desarmonia entre o tipo utilizado e os fins visados (erro substancial referente à natureza da operação, previsto no artigo 139, I), o negócio será anulável, mesmo que a base da nulidade esteja em pontos não tratados de modo expresso. Isso se deve ao fato de que tais fins são reconhecíveis mesmo que não expressos, eis que compreendidos na mundivisão dos componentes do grupo social.

O mesmo não ocorre quanto aos motivos. Devido justamente à sua atipicidade, contingência, particularidade e variabilidade, somente são controláveis

quando expressos, pelo que não são relevantes de outro modo. Não milita a seu favor aquela presunção decorrente da normalidade, de modo que não é possível um juízo confiável a respeito deles, a menos nos casos em que expressos de modo inequívoco.

A razão da dispensa de uma regra tal qual a do artigo 140 para o reconhecimento da relevância dos interesses típicos está em que desnecessária a referência à causa para uma solução que decorre da própria natureza do contrato.

Eis, salvo melhor juízo, a razão do artigo 140 do Código Civil, o que está em consonância com o que acima se sustentava: a questão é da cognoscibilidade social do intento negocial e não da sua tipicidade.

A tônica do controle daquilo que foi adequadamente objetivado é perquirida (pelo menos nos casos comuns) através de um juízo pautado na boa-fé e na licitude e não através do recurso ao tipo.

Destaca-se ainda que outras normas constantes da disciplina do negócio jurídico posta no Código Civil confortam o entendimento exposto.

### 1.2.2 Outros Dispositivos do Código Civil que Dão Primazia à Função Individual do Negócio Jurídico

No tópico anterior, foi apresentado o que parece ser o principal argumento a favor da desnecessidade da tipicidade do intento negocial para o merecimento de tutela, a partir do que se concluiu que basta que o interesse (pressuposta sempre sua licitude) seja adequadamente manifestado no mundo social.

Tal entendimento ainda é confortado por outros dispositivos referentes à disciplina do negócio jurídico tal qual posta na parte geral do Código Civil, os quais resolvem a questão daquilo que é juridicamente relevante nos atos de autonomia privada a partir da função que o negócio tem para as partes envolvidas, independentemente da tipicidade da estrutura empregada.

Nesse sentido, pode ser destacado o artigo 112, o qual estabelece que a intenção consubstanciada na declaração prevalece sobre o sentido literal da linguagem.

Inicialmente, a intenção que prevalece é a que foi consubstanciada na declaração, ou seja, aquela que foi tornada conhecível no mundo social.

A par disso, a regra deixa saliente a prevalência dos aspectos individuais do

negócio sobre os aspectos típicos. Basta ver que o sentido literal da linguagem é seu sentido típico, ou seja, o sentido que lhe é normalmente atribuído, o qual sucumbe frente à real intenção das partes nos casos em que esta é adequadamente perceptível no mundo exterior.

Ainda sobre o artigo 112, é de se destacar o entendimento de Paulo Barbosa Campos Filho<sup>153</sup>, autor que, a respeito da causa, declara-se objetivista. Interessante é, contudo, a concepção objetiva de causa do autor.

Para Paulo Barbosa Campos Filho, a causa é a tradução, em termos objetivos, de um elemento essencialmente subjetivo: trata-se do intento negocial traduzido em termos objetivos<sup>154</sup>, entendimento que, para o autor, imprime vigor à regra do artigo 85 do Código Civil de 1916 – correspondente, com alteração<sup>155</sup>, ao artigo 112 do atual Código – o qual constituía, segundo Clóvis Bevilacqua, mais que uma regra de interpretação: indicava um elemento complementar do conceito do negócio jurídico<sup>156</sup>.

Paulo Barbosa Campos Filho dá bastante ênfase ao fato de que sua concepção objetiva da causa não desconsidera a idéia de fim. Isso porque o autor limita a objetividade da causa à necessidade de manifestação externa (objetivação) do intento. Basta ver que ele critica firmemente a "teoria dos arquétipos", expressão através da qual se refere à noção de causa como função econômico-social típica, idéia censurada por sua abstração e pelo aperto do ambiente em que os indivíduos podem reger em liberdade seus interesses. Digno de nota o seguinte trecho, em que Paulo Barbosa Campos Filho comenta entendimento de Joaquim Dualde:

Possível não lhe parece, feita a observação de outra forma, que se veja na função social do negócio jurídico, considerada em abstrato, ou em si

<sup>153</sup> CAMPOS FILHO, *O problema...*

<sup>154</sup> A definição de causa proposta pelo autor é a seguinte: "interesse, material ou moral, a cuja realização tende o agente e que, se conforme à ordem jurídica, legitima o resultado procurado" (Ibidem, p. 125 e p. 135). Tal definição foi construída sob a égide do Código Civil de 1916, em especial, sob o pálio dos artigos 81 e 85, e tem como base doutrinária principal as teorias de Domenico Barbero, Torquato Castro e Carnelutti.

<sup>155</sup> O artigo 112 do atual Código qualificou a intenção juridicamente relevante ao acrescentar ao artigo 85 do Código Civil de 1916 a expressão "nela consubstanciada". Assim, não é a intenção pura e simples que prevalece, mas a intenção consubstanciada na declaração. A relevância desta alteração é destacada por Almeno de Sá: "Ainda que à margem, não deixe de acentuar-se que, em sede de interpretação dos negócios jurídicos, uma aparentemente anódina alteração do artigo 85 do Código Civil anterior introduziu neste domínio um elemento objetivante [...]. O que parece aproximar substancialmente o preceito em causa do sentido subjacente à doutrina da impressão do destinatário, consagrada, aliás, no Código Civil português (artigo 236)." (SÁ, *Relação...*, p. 172-173).

<sup>156</sup> CAMPOS FILHO, *O problema...*, p. 137, n. 262.

mesma, a causa única desse mesmo negócio. Seria isso fazer das funções sociais como que o maná que descesse à terra, vindo da constelação dos fins sociais, a brilhar como estrelas no firmamento jurídico. O problema, a seu ver, é bem concreto: trata-se de saber – diz êle – "cual és la causa del contrato de venta entre Pedro y Juan. No la estrella polar: no los arquetipos contractuales".<sup>157</sup>

A noção objetiva de causa do autor, portanto, é a de intento prático objetivado (tornado reconhecível no mundo), não havendo exigência de correspondência a um modelo ideal-abstrato (a um arquétipo, na expressão do autor). A tutela de tal intento ocorrerá sempre que for conforme com a ordem jurídica, sendo que o juízo de conformidade não se confunde com compatibilidade aos fins idealizados pelo ordenamento jurídico, bastando a não colisão com eles. A causa, assim, é o intento sobre o qual se exerce um juízo de valor orientado por critérios jurídicos visando perquirir sua licitude.

Para Paulo Barbosa Campos Filho, portanto, causa não implica, por um lado, subjetivismo/psicologismo nem, por outro lado, abstração e desconsideração dos fins concretos visados.

Juízo idêntico pode ser extraído da disciplina da conversão do negócio nulo tal qual posta no artigo 170 do Código, o qual estabelece que a conversão tem por base um juízo finalista: o critério reitor é o fim visado pelas partes, de modo que a conversão deve respeitar o programa concreto estipulado por elas. Se, a partir do fim visado, for possível supor que as partes teriam querido um negócio jurídico de fatispécie menos ampla, este subsistirá.

Importante esclarecer que o artigo trata de uma suposição a partir de um juízo de coerência – o qual somente pode ter por suporte a boa-fé – com base na intenção que é possível extrair do negócio (objetivada) e não de uma perquirição da vontade atual das partes visando determinar se, na situação concreta, elas querem permanecer vinculadas ao negócio possível ao invés do declarado nulo.

Isso coloca uma questão interessante: a boa-fé de que se fala é a objetiva, a qual, é comum dizer, faz remissão aos padrões objetivos de conduta considerados normais e corretos em um dado ambiente. Poder-se-ia questionar se isso não contradiz o entendimento de que o importante é o fim visado pelas partes. Esse juízo, contudo, caso feito, teria por base uma imprecisa/insuficiente compreensão da boa-fé.

---

<sup>157</sup> CAMPOS FILHO, *O problema...*, p. 105.

Basta atentar para o fato de que a orientação para um juízo pautado pela boa-fé é justamente o fim visado pelos contratantes, de modo que o juízo pautado pela boa-fé – na questão que aqui se trata – é o meio através do qual será possível dar eficácia jurídica ao real intento manifestado pelas partes, livrando o juízo da submissão ao oportunismo de quem, contraditoriamente, passou a querer desvincular-se do negócio<sup>158</sup>.

Seguindo em frente, outro dispositivo do Código que expressa razão idêntica à exposta neste tópico é o artigo 184, o qual dispõe, na sua primeira parte, que a invalidade parcial do negócio não o prejudicará na parte válida, se separável, respeitada a intenção das partes. Um primeiro esclarecimento é de que a intenção de que fala o artigo 184 é sempre aquela declarada, a teor do artigo 112. Tal dispositivo não apresenta maiores dificuldades, considerando o já exposto.

A segunda parte do artigo, contudo, dá base para algumas discussões interessantes, às quais já foram aventadas. Nela está disposto que a invalidade da obrigação principal implica a da acessória, mas o contrário não é verdadeiro.

Na esteira do que se vem sustentando, fica flagrante que é preciso muito cuidado na interpretação da segunda parte do artigo 184. Sua interpretação conjugada com um entendimento abstratizante do negócio jurídico, tal qual proposto pela teoria que entende a causa como função social, levaria a resultados discutíveis. Esta teoria, qualificando *a priori* os motivos do negócio como algo acessório, portanto dispensável, levaria à irrelevância deles no que diz respeito à aplicação da disciplina da invalidade: por mais que um interesse tenha sido considerado relevante para as partes, a invalidade da relação obrigacional na parte que diz respeito a tal motivo não teria qualquer efeito sobre a validade global da obrigação, o que, como visto, não se coaduna com a disciplina do negócio jurídico tal qual posta no Código Civil, a qual não se satisfaz com uma análise em abstrato que defina *a priori* o que é acessório e o que é principal. Apenas uma visão global e concreta da relação obrigacional levada a cabo poderá dar uma resposta minimamente aceitável sobre o que é principal e o que é acessório, eis que, como visto, não há razão para o entendimento de que os motivos do negócio, por serem atípicos, são menos relevantes.

Aqui, se deixa surpreender mais uma vez a importância que tem a

---

<sup>158</sup> Entendimento que parece manifestar-se com vigor no emprego da boa-fé como fundamento jurídico para vedar o *venire contra factum proprium*.

visualização da função do negócio pela perspectiva das partes que o celebraram, pois é daí que se poderá extrair a racionalidade da operação levada a cabo e, a partir disso, determinar o que é dispensável ou não.

Tal parece ser comprovado ainda pela disciplina das cláusulas ditas acessórias tal qual posta no Código, a qual é mais uma prova da importância que o Diploma dispensou aos fins concretos visados pelos particulares em suas atividades negociais.

Quanto à condição, o assunto já foi aventado quando se tratou dos motivos, sendo suficiente acrescentar algumas notas.

Conforme ficou saliente acima, a condição, principalmente a suspensiva, traz para a estrutura do negócio um elemento que não faz parte da sua estrutura típica. Trata-se, assim, de mecanismo que permite um exercício mais vasto da autonomia privada<sup>159</sup>.

Não é outra a razão pela qual Rescigno<sup>160</sup> destaca que a disciplina da impossibilidade e da ilicitude da condição (artigo 1354 do *Codice*) é idêntica à disciplina da causa (artigo 1343 do *Codice*). As condições impossíveis (suspensivas) e as condições ilícitas (suspensivas ou resolutivas), do mesmo modo que ocorre com a causa, tornam inválido o negócio em que apostas, o que demonstra que integram a sua estrutura e a sua causa.

Juízo idêntico é possível extrair da disciplina da condição tal qual posta no artigo 123 do Código Brasileiro.

Outra das figuras ditas acessórias da qual se podem extrair argumentos interessantes para análise é o encargo.

Do encargo, diz-se comumente que sua aposição não atinge a natureza do contrato, o qual não é transformado em oneroso ou bilateral. Segundo o artigo 140, contudo, o encargo ilícito ou impossível é tido por não escrito, salvo se constituir motivo determinante, caso em que gera a invalidade do negócio. Frente a uma norma como essa, é impossível não dar razão à Maria Celina Bodin de Moraes<sup>161</sup> quando diz que uma cláusula qualificada em abstrato como acessória pode mudar a função sócio-jurídica do contrato, caso considerada essencial pelas partes.

Referindo-se à doação, a autora diz que, se as partes preverem que a

---

<sup>159</sup> RESCIGNO, *Condizione...*, p. 763-765.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 791.

<sup>161</sup> MORAES, *O procedimento...*, p. 33-61.

inexecução do encargo gera a resolução, não se pode descartar a teoria que entende tratar-se de contrato diverso da doação. Com efeito, como admitir que algo acessório, irrelevante para determinar a natureza do negócio, pode levar à extinção por resolução? Para o entendimento tradicional, contudo, o encargo não transforma o contrato em que aposto em bilateral, de modo que seu descumprimento não atinge a eficácia. O fato de ser previsto como condição suspensiva/razão determinante é visto como exceção à regra. Para Maria Celina, ao contrário, tal fato transforma o encargo em prestação correspectiva<sup>162</sup>, eis que ligado funcionalmente à outra prestação, atingindo a identidade funcional e o tipo<sup>163-164</sup>.

Como se vê, o próprio Código, na sua parte geral, põe em dúvida o entendimento de que a função social típica é a causa do contrato, isso muito embora esteja expressa a função social do contrato na sua parte geral.

Necessário, contudo, ir além da disciplina codificada caso se queira ter uma visão abrangente do direito contratual brasileiro, motivo pelo qual serão objeto dos próximos tópicos uma análise mais predominantemente doutrinária, a qual se segue uma análise que talvez possa ser denominada de sociológica, eis que voltada ao confronto do instituto com a realidade em que atua. Ressalta-se que, conforme já dito, a análise legislativa para além do Código (da legislação contratual especial) não será procedida devido a necessidade de um corte na temática.

---

<sup>162</sup> Parte substancial do artigo volta-se a demonstrar que o relevante para a qualificação da operação econômica é a correspectividade (efetivo nexo de causalidade ou de interdependência funcional) entre as prestações e não a onerosidade ou bilateralidade. Esta é conceito econômico e não pode servir para a qualificação jurídica das operações. A correspectividade, por outro lado, indica um coligamento jurídico e representa a dependência recíproca entre as prestações. Trata-se de atributo da causa dos contratos, a ser buscado em concreto, independentemente do tipo adotado. A onerosidade tem relevância nas hipóteses em que a lei distingue contrato oneroso e gratuito e lhes confere disciplinas diversas (como exemplos, a fraude contra credores, a evicção e a interpretação). Não tem relevância, contudo, para alterar o tipo e a causa. Desse modo, explica-se que a onerosidade pode estar em contratos não correspectivos, como a doação com encargo, em que o não cumprimento do encargo não gera resolução. A venda a preço vil, por outro lado, é correspectiva, mas economicamente não onerosa (MORAES, O procedimento..., p. 33-61).

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 46-47. Conforme destaca a autora, diversos são os casos do depósito e do mandato, eis que, mesmo quando onerosos, não se identifica a correspectividade entre as prestações, as quais permanecem independentes. No depósito, por exemplo, o não pagamento da gratificação não implica resolução (não isenta o depositário dos deveres de guarda inerentes à sua posição), possibilitando apenas a retenção da coisa. A gratuidade-onerosidade, portanto, não influem na determinação do tipo (*Ibidem*, p. 47-48). A autora também trata da fiança (*Ibidem*, p. 48) e do mútuo (*Ibidem*, p. 49, ss), sendo este o objeto principal do artigo, o qual já foi referido em outra passagem deste trabalho, ocasião em que se destacou que a autora sustenta que o mútuo constitui dois tipos distintos.

<sup>164</sup> Entendimento substancialmente idêntico é, no direito italiano, o de Scaglione: SCAGLIONE, *Intersoggettività...*, p. 373-401.

## 2. A Compatibilização da Teoria de Betti ao Direito Contratual Brasileiro Visando Reduzi-lo à Unidade: a Aspiração da Tese de Gerson Branco – Apreciação Crítica de Cunho Doutrinário

No tópico anterior, foram tratados dois exemplos de leitura do Código Civil a partir da doutrina italiana, em especial a de Betti. Também foi demonstrado que a disciplina contratual codificada apresenta algumas normas que oferecem resistência a tal compreensão, o que torna problemático o entendimento de que, mesmo no interior do Código, seja possível uma leitura em chave única da disciplina do contrato.

Talvez nem seja exagero dizer que o próprio Código contempla “dois contratos”: o da parte geral, sob a rubrica negócio jurídico, e o da parte especial, o que põe em situação difícil qualquer teoria que pretenda sustentar a unidade do direito contratual pátrio a partir de um discurso monopolizador.

É possível aprofundar essa análise estudando uma tese que tem por objeto as origens doutrinárias da função social do contrato no Código Civil Brasileiro<sup>165</sup>. Tal tese vale-se da obra de Betti, a qual seria a base para conferir coerência ao direito contratual brasileiro no seu todo, reduzindo à unidade inclusive a legislação contratual esparsa.

Interessante dedicar um espaço a tal estudo, uma vez que, devido à sua natureza e ao seu maior fôlego, seu autor debruçou-se longamente sobre o tema. A principal razão para o destaque que lhe será conferido, contudo, está no fato de que, após desnudar algumas limitações e insuficiências da teoria de Betti, tal trabalho a submete a algumas adaptações visando torná-la compatível com a ordem jurídica brasileira. O que se propõe neste tópico é examinar essas emendas visando verificar a existência de brechas por onde penetrar, com o que será possível testar a consistência da teoria. Tal constitui um ótimo ponto de partida para demonstrar os exageros e limitações da interpretação da função social típica como causa do contrato no direito brasileiro.

Tendo em vista isso, adverte-se que este tópico dará ênfase a tais adaptações, eis que a teoria de Betti já foi exposta no primeiro capítulo e seus reflexos em alguns doutrinadores brasileiros já foram explorados nos dois primeiros

---

<sup>165</sup> BRANCO, *As origens...*

tópicos deste.

Inequívoco que o estudo proposto fornecerá bons dados para reflexão e análise.

## 2.1 Exposição da Tese

Já no resumo da tese, Gerson Branco assevera que a base doutrinária do artigo 421 do Código Civil é a doutrina italiana, em especial a obra de E. Betti, e o pensamento de Miguel Reale, os quais são condicionantes da interpretação do artigo sob pena de sua distorção.

Ainda no resumo, o autor afirma que a principal proposição da tese é a de que, ao aplicar a cláusula geral de função social do contrato, o juiz deve valer-se dos padrões doutrinários construídos pela tradição. Nessa esteira, agora na introdução do estudo, esclarece que o tema será investigado a partir da experiência histórico-cultural determinante de sua formação<sup>166</sup>, sendo que a metodologia empregada será a fornecida pela compreensão histórica do direito<sup>167</sup>. Tal, contudo, é o ponto de partida, eis que o objetivo final da tese é o direito positivo, com o que o autor pretende delinear os possíveis conteúdos dogmáticos do artigo 421 do Código Civil<sup>168</sup>.

Entretanto, o próprio autor se mostra vacilante ao dizer que “a apreensão do sentido integral da norma jurídica exige a compreensão das idéias subjacentes à sua formação, ainda que essas tenham origem na ‘autoridade magistral’ de que fala o autor português”<sup>169</sup>. A referência é a Saramago, que tinha sido citado na epígrafe da tese, o qual, salvo melhor juízo, faz uma severa crítica à autoridade magistral<sup>170</sup>.

<sup>166</sup> BRANCO, *As origens...*, p. 18.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 12. (grifo não original)

<sup>170</sup> Segue o trecho de Saramago, extraído de “A história do Cerco de Lisboa”, *ipsis literis* como citado na tese, e o primeiro parágrafo desta para análise: “... admirável coincidência que vem a matar neste aventuroso relato, se dá como exemplo de erro a afirmação do sábio Aristóteles de que a mosca doméstica comum tem quatro patas, redução aritmética que os autores seguintes vieram repetindo por séculos e séculos, quando já as crianças sabiam, por crueldade e experimentação, que são seis as patas da mosca, pois desde Aristóteles as vinham arrancando, voluptuosamente contando, uma, duas, três, quatro, cinco, seis, mas essas mesmas crianças quando cresciam e iam ler o sábio grego, diziam umas para as outras, A [sic] mosca tem quatro patas, tanto pode a autoridade magistral, tanto sofre a verdade com a lição dela que sempre nos vão dando”. O primeiro parágrafo da tese, por sua vez, diz o seguinte: “Em estreita vinculação com o pensamento de Saramago, esta tese propõe-se a examinar a cláusula geral da função social dos contratos na nova codificação a partir da experiência histórico-cultural determinante de sua formação. Como

Outro ponto de partida adotado no estudo refere-se à inserção da codificação no sistema jurídico brasileiro<sup>171</sup>. O autor esclarece que a idéia de código consiste em um sistema estruturado a partir de uma lógica que lhe é imanente e que subordina todas as matérias. Quanto ao atual Código Civil, refere que ele foi elaborado a partir do culturalismo de Miguel Reale, concepção que compõe a estrutura do Diploma<sup>172</sup>, o que levou à preservação do direito construído pela tradição, eis que não foi revogada toda a legislação anterior, como tinha feito o Código de 1916, o qual havia operado uma verdadeira ruptura com o passado.

No que toca à lógica que governa o atual Código, refere – o que já é um truísmo – que não é mais formal-dedutiva, de modo que sua operação não se dá por mera subsunção. O atual Código tem uma estrutura mais aberta e permeável, uma vez que no cerne da regulação da vida privada estão diretrizes, cláusulas gerais e princípios, pelo que papel substancial jogam os mecanismos não centralizados, mas organizados, de criação de padrões de comportamento<sup>173</sup>. A partir dessa lógica, o Código buscaria reassumir sua condição de eixo do direito privado.

No que diz respeito ao direito das obrigações, tal representa não somente a unificação das obrigações civis e mercantis, mas também da legislação extravagante, que voltaria a estar subordinada a um sistema axiológico único. Quanto ao direito contratual, tal unificação passaria pela cláusula da função social do contrato, a qual, lida a partir da teoria de Betti, é vista como a chave para a compreensão do direito contratual no seu todo.

Tais os pontos de partida básicos da tese que ora se estuda. Suas principais conclusões são apresentadas a seguir.

### 2.1.1 Flexibilização da Tipicidade Social

Conforme visto, o mecanismo de controle proposto por Betti opera através da

---

premissa sustenta que o sentido integral da norma jurídica exige a compreensão das idéias subjacentes à sua formação, ainda que estas tenha origem na 'autoridade magistral' de que fala o autor português: é a partir da tradição e do que se considera como tradição que o sentido da norma é construído." (BRANCO, *As origens...*, p.12).

<sup>171</sup> BRANCO, *As origens...*, p. 18.

<sup>172</sup> Tal justifica o destaque que o estudo da filosofia de Miguel Reale mereceu na tese do autor. O capítulo IV da tese (*Ibidem*, p. 198-251) é inteiramente destinado ao estudo da "influência teórica de Miguel Reale sobre o significado da função social dos contratos" (esse, por sinal, o título do capítulo).

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 20.

idéia de tipicidade social, a qual constitui o fulcro do juízo de utilidade social, pressuposto necessário para que um contrato mereça tutela jurídica.

Gerson Branco sustenta que tal mecanismo foi acolhido no artigo 421 do Código Civil, de modo que o controle de conteúdo do contrato se daria pela exigência de compatibilidade entre os fins pretendidos pelas partes com a declaração negocial e os fins que tipicamente são reconhecidos como socialmente úteis e relevantes<sup>174</sup>.

Entretanto, o próprio autor reconhece que tal entendimento tem como o óbice o artigo 425 do Diploma Civil, o qual garante a estipulação de contratos atípicos. Enfrentando a questão, inicia referindo que todos os novos contratos somente adquiriram tipicidade social após sua incorporação ao *modus vivendi* de uma dada coletividade. Antes, contudo, foram estrita novidade, fruto da criatividade e do empreendedorismo privado. Em outras palavras, a exigência intransigente de tipicidade social acabaria gerando a negação de tutela jurídica a atos que, posteriormente, poderiam vir a ser reconhecidos como úteis do ponto de vista social. Tendo em vista isso, a exigência de tipicidade social foi temperada pela regra da atipicidade reconhecida no artigo 425, o que impediria o caráter conservador do direito de emperrar o desenvolvimento social e jurídico.

Segundo o autor, o Código atual mudou muitas regras, entre as quais a relação entre o que é típico e atípico, nominado e inominado. A atipicidade *legal* é a regra, o que é indiscutível. Mas a exigência de adequação funcional exige o controle a partir da tipicidade *social* como mecanismo de validação do conteúdo social útil e justo. Apesar disso, embora a identificação da relevância social tenha como principal critério a tipicidade social da operação econômica subjacente, que confere os elementos para que o juiz avalie a existência de uma razão objetiva que justifique a tutela<sup>175</sup>, o artigo 425 funcionaria como válvula de escape, afastando da ilicitude utilizações da estrutura negocial para fins não reprováveis pelo ordenamento, pelo que se torna possível a realização de negócios indiretos<sup>176</sup> quando não voltados a

---

<sup>174</sup> BRANCO, *As Origens...*, p. 261.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 262-263.

<sup>176</sup> O negócio jurídico indireto é a figura que se caracteriza quando a estrutura negocial típica é “despregada” de sua função típica. Em outras palavras, tem-se um negócio típico com causa atípica. Como exemplo, tem-se a utilização da compra e venda, cuja função típica é a transferência da propriedade, com a função de garantia, ao introduzir-lhe uma condição resolutiva ou uma cláusula de retrovenda.

fraudar lei cogente<sup>177</sup>.

O autor vai mais longe e reconhece também a possibilidade da realização de contratos absolutamente atípicos como decorrência do temperamento da teoria da tipicidade social acima citado. Nesse caso, contudo, o afastamento do tipo social não é livre, eis que o privado tem o ônus de comprovar que os resultados perseguidos têm utilidade social, mesmo que esta ainda não tenha sido atestada pela prática, através da cristalização em um tipo. Por força do artigo 425, a função social típica só não seria exigida quando o ato for fruto da criatividade e do empreendedorismo privado, circunstância que gera resultados úteis do ponto de vista social, cumprindo a função social dos contratos<sup>178</sup>. Assim, “o contrato que não corresponde ao tipo social pode ser fruto da criatividade empresarial ou da criatividade negocial dos agentes privados. Em tal caso *transformar-se-á em contrato socialmente típico* ou, então, será rejeitado pelo ordenamento em razão da falta de correspondência entre sua função social típica e o preceito decorrente da estipulação entre as partes”<sup>179</sup>.

Além da flexibilização da tipicidade social, a tese ainda sustenta a necessidade de flexibilização da teoria que, supostamente, constitui a matriz do artigo 421 do Código através do emprego de outras teorias, nem todas concliáveis entre si, conforme será visto à frente.

### 2.1.2 A Crítica de Ludwig Raiser e o Entendimento de Joaquim de Sousa Ribeiro

Ludwig Raiser é crítico ferrenho da doutrina da função social do contrato. O jurista alemão também parte de uma concepção funcionalizada de contrato. Para ele, contudo, a função do contrato é regulamentar as relações patrimoniais através da autodeterminação individual, fora da imposição por uma autoridade. Mesmo com a intervenção na autonomia privada, o contrato continua sendo instrumento individual criativo. A par disso, sustenta que o contrato somente tem funções jurídicas e que compete ao direito positivo, e não à teoria, estabelecer os requisitos

---

<sup>177</sup> BRANCO, *As Origens...*, p. 265 e p. 266.

<sup>178</sup> BRANCO, *As origens...*, p. 274-275.

<sup>179</sup> (grifo não original) *Ibidem*, p. 375-376 e p. 391.

para que o contrato seja digno de tutela<sup>180</sup>.

Como exceção a tal entendimento, cita os regimes totalitários, em que a função do contrato é considerada do ponto de vista econômico-social, e não jurídico, o que autoriza o juiz a perquirir se o contrato tem um conteúdo relevante sob o ponto de vista social e econômico, negando tutela se considerar que não o tem. Para Raiser, tal teoria contraria o estado de direito, fazendo referência expressa a Betti como defensor de tal concepção<sup>181</sup>.

Considerando o entendimento de que a função do contrato nos regimes não totalitários é de ser instrumento de autodeterminação privada, Raiser sustenta que o único requisito para que um ato seja considerado contrato é a criação voluntária e autônoma.

Nesses termos, contudo, o reconhecimento da liberdade contratual passa a pressupor que as partes estejam em condições de exercê-la, de modo que a intervenção se torna justificada quando o contrato pode ser utilizado como instrumento de poder por uma parte frente a outra, eis que a criação deve ser voluntária e autônoma para ambas as partes. De outro modo, a lógica que rege os contratos seria esvaziada<sup>182</sup>.

Quando se configuram contextos em que é possível identificar disfunções no regime das liberdades privadas, a liberdade contratual, que era prioritariamente atendida, passa para segundo plano, uma vez que sua função se modifica substancialmente nas hipóteses em que um dos contratantes está em condições de se subtrair a qualquer limite<sup>183</sup>. Nesse caso, a liberdade contratual perde o fundamento do seu reconhecimento jurídico.

Apesar da crítica contundente de Raiser à concepção de Betti, que chega a repeli-la por contrariar o estado de direito e por ser própria dos regimes totalitários, a tese aqui estudada consegue “conciliar” ambas as teorias. Com a adoção do critério de Raiser, seria esvaziada a crítica segundo a qual o artigo 421 do Código tem alinhamento com uma matriz de contrato que é própria dos regimes totalitários.

O autor reafirma que a proposição da tese é a de que a concepção de autonomia privada adotada no artigo 421 do Código Civil é a de Betti, segundo a

---

<sup>180</sup> Ver tal entendimento em RAISER, Ludwig. Funzione del contrato e liberta contrattuale. In: IL COMPITO del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell' economia di tre decenni. Milano: Giuffrè, 1990, p. 71-103.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 90-93 e p. 298.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 56.

qual a função do contrato é social e econômica. Mas considera que tal não invalida a observação de Raiser e sustenta que a intervenção na autonomia privada com fundamento na função social do contrato somente pode ocorrer nos casos em que o contrato é utilizado por uma das partes como instrumento de opressão econômica ou de poder contra a outra, caso em que a intervenção judicial se justifica, com o fim de proteger os valores sociais para os quais o contrato existe<sup>184</sup>.

A concepção de Betti, que inicialmente era a *causa* do contrato, e, como tal, exigência *genérica* para que *todo* contrato seja merecedor de tutela, teve sua operatividade limitada aos casos em que há abuso da liberdade contratual de uma parte contra a outra.

A par da concepção de Betti e de Raiser, Gerson Branco também considera de extrema importância para explicar o artigo 421 a concepção de Joaquim de Souza Ribeiro.

Para o autor português, o único critério adequado para pautar a intervenção estatal no terreno dos contratos é a identificação do abuso institucional da liberdade de contratar, ou seja, a constatação dos casos em que a liberdade de contratar é empregada para reduzir a liberdade da contraparte de um modo típico e generalizado, resultando em relações desequilibradas sempre em desfavor de um mesmo conjunto de contratantes. Só assim, o fenômeno assume relevância jurídica.

Quando o fenômeno não for generalizável e tipificável não merece reação do direito, pois se caracteriza como evento normal em um regime que reconhece a liberdade contratual. Segundo Ribeiro, em um regime dessa natureza prescinde-se de um controle indiscriminado das transações individuais. Em outras palavras, considera-se que fenômenos eventuais de desequilíbrio são absorvidos e neutralizados, de modo que não são capazes de afetar o equilíbrio geral do sistema de trocas, única razão justificadora de uma atuação externa corretora.

Para Ribeiro, a intervenção no contrato depende sempre da *constatação empírica* de que, em certas áreas ou em certos métodos de contratação, ocorrem *desvios típicos* que geram uma situação de *sistemático desequilíbrio* na configuração das relações contratuais, sempre em prejuízo de uma mesma classe de contratantes, de modo que fica saliente o desvirtuamento da função ordenadora da liberdade contratual.

---

<sup>184</sup> BRANCO, *As Origens...*, p. 367.

O autor, depois de prolongada análise<sup>185</sup>, concluiu não ser possível estabelecer, em abstrato, uma fórmula unitária capaz de fornecer um quadro preciso de todas as situações merecedoras de uma intervenção tuteladora. A partir disso, estabeleceu que o único apoio seguro como critério de intervenção é a constatação empírica de situações de bloqueamento estrutural dos mecanismos de autotutela. Advertiu ainda que tal critério é o único ajustado à complexidade e variabilidade dos fatores distorcivos da atuação da autonomia privada, que não se compadecem com a formulação de um único ponto de vista globalmente fundante<sup>186</sup>.

Gerson Branco reconhece que a tipicidade de que trata Ribeiro não é o comportamento social típico de Betti, mas o seu oposto, o desvio social típico. Apesar disso, refere que, embora "tenham matrizes completamente distintas, o instrumento de controle do conteúdo do contrato que é apresentado por ambos é muito similar, pois enquanto um trata da tipicidade dos desvios, o outro trata da tipicidade do contrato, tal qual imagens refletidas em um espelho côncavo, que na distância focal correta gera imagens reais, mas invertidas"<sup>187</sup>.

Apresentados os aspectos da tese cujo estudo é relevante para os fins deste trabalho, passa-se ao seu estudo crítico.

## *2.2 A Tese de Gerson Branco como Ponto de Partida para a Demonstração da Impossibilidade de Redução à Unidade do Direito Contratual a Partir da Idéia da Função Social como Causa do Contrato*

Como já visto, Gerson Branco defende expressamente que a teoria do negócio jurídico construída por Betti é a matriz teórica para a compreensão do art. 421, o qual seria a base para a sistematização do direito contratual no seu todo. Devido, contudo, à difícil acomodação da teoria do autor italiano ao direito brasileiro, o autor foi obrigado a promover-lhe algumas adaptações e condicionamentos, adotando, ao lado dela, teorias com "matrizes completamente distintas".

Um dos aspectos que mais chama a atenção é o fato de que o autor percebe ao longo do estudo que a teoria de Betti não é capaz de abarcar, na sua

---

<sup>185</sup> Ver RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 124 et seq.

<sup>186</sup> RIBEIRO, *O problema...*, p. 170-176.

<sup>187</sup> BRANCO, *As Origens...*, p. 277 (grifo não original).

integralidade, o direito contratual brasileiro, apesar do que permanece aferrado ao entendimento do jurista italiano e continua defendendo até a conclusão que a matriz do artigo 421 é a doutrina de Betti, base a partir da qual defende a unidade do direito contratual pátrio<sup>188</sup>.

Por tal razão, o estudo que aqui se discute constitui excelente oportunidade para demonstrar que é discutível uma leitura do artigo 421 por uma chave única, sendo mais discutível ainda a adoção da teoria da causa como função econômico-social típica como tal chave de leitura.

### 2.2.1 A Limitação do Critério de Betti pelo de Raiser

Como visto, Raiser sustenta que a concepção segundo à qual a função social é a causa do contrato tem na sua matriz a concepção de contrato dos regimes totalitários. Para contornar tal crítica, Gerson Branco foi obrigado a limitar a operatividade da função social típica aos casos em que identificado abuso de poder, conforme proposto por Raiser, o que já foi referido.

A limitação do critério de Betti pelo de Raiser, contudo, não se coaduna com a consideração de que a função social típica é a causa do contrato.

Sendo causa do contrato, a função social típica não poderia ter limitada sua operatividade a algumas situações identificadas a partir de um outro critério. Se a função social típica é a causa, é requisito que deve estar presente em todo e qualquer contrato para haver merecimento de tutela. Do contrário, dir-se-ia que algo é a causa do contrato, mas que a existência deste algo estaria dispensada em determinadas circunstâncias, o que é contraditório.

A par disso, tal limitação acaba por subverter completamente a teoria de Betti.

Como já visto e revisto, Betti defende a necessidade de tipicidade social como

---

<sup>188</sup> Interessante, como termo de comparação, seria o estudo da tese escrita por Luciano Benetti Timm (TIMM, *As quebras...*). Timm demonstrou, ao longo de todo o estudo, a preocupação firme e constante em desvelar a concepção teórica por detrás do processo que culminou no Código Civil e que acabou ficando impressa em seus dispositivos (solidarista), superando a matriz sobre a qual se assentou o Código revogado (individualista e liberal). Após, demonstrou que aquela concepção não é isenta de críticas, apontando outra concepção teórica a partir da qual ler o Código (sistêmica ou multifuncional), o que seria permitido pela vagueza semântica das cláusulas gerais codificadas. A preocupação de Timm em discernir as concepções de base a partir das quais o Código Civil pode ser lido está expressa já no título da tese: "*As quebras de Paradigma na Concepção de Contrato e no Direito Contratual Brasileiro*". Considera-se importante a leitura desta tese, dentre outras razões, pelo fato de que destaca com ênfase cada um dos principais paradigmas a partir dos quais o contrato pode ser entendido.

requisito para investigar a presença de uma função social que justifique a tutela. Com a limitação decorrente da teoria de Raiser, a limitação ao tipo apenas se imporia nos casos em que presente abuso de poder de uma parte sobre a outra. Nos ambientes em que identificadas situações em que uma das partes tem subtraída sua possibilidade de auto-tutela, a liberdade contratual não mais tem livre curso. O que Gerson Branco faz é, nesses campos, impor uma vinculação mais estrita ao tipo, de modo a limitar o arbítrio das partes, as quais deverão ater-se aos padrões de normalidade desenvolvidos socialmente.

Observa-se que, nesses termos, a vinculação ao tipo não mais tem na sua base a exigência de que o interesse perseguido seja relevante segundo a consciência social, visando evitar que interesses fúteis e caprichosos tenham curso ao mundo jurídico através do contrato. Muito pelo contrário, a questão refere-se à identificação da disciplina a aplicar em um caso em que o fundamento da liberdade contratual está comprometido, caso em que não mais se justifica que o regime a reger a operação fique na disponibilidade das partes.

As concepções de base em um e em outro caso são absolutamente distintas. No caso de Betti, tem-se o controle do ato de autonomia privada (entendida como autonomia social), o qual somente é admitido no mundo jurídico a partir de sua compatibilidade a critérios mutuados da consciência social; no caso de Raiser, tem-se a ordenação dos interesses privados em liberdade, caso em que uma intervenção somente se justifica nos casos de falha no regime de autodeterminação privada, para conter o abuso de poder de uma parte sobre outra.

Com base nisso, tem-se que a limitação proposta conduz a que a vinculação ao tipo não mais respeite a uma necessidade de que todo ato deva, para merecer tutela, corresponder a uma função social típica, a uma utilidade de interesse social. A operatividade do tipo passa a ser determinada por um outro critério, que está presente quando identificada a limitação funcional da liberdade contratual. Em outras palavras, os esquemas típicos passam a ser os padrões materiais de decisão mais incisivamente atuantes nos casos em que a liberdade contratual traduz-se em exercício de poder de uma parte sobre a outra.

Com isso, contudo, são desvinculados os problemas do tipo e da causa. O tipo não mais cumpre a função que, na teoria da função social típica como causa, deveria cumprir. Visa tão somente identificar a disciplina jurídica aplicável aos casos em que a liberdade contratual não tem preenchidos os pressupostos de sua atuação

por estarem as partes em uma condição tal que uma delas esteja privada de sua capacidade de autodeterminação.

Inequívoco, portanto, que o critério de Raiser assume a dianteira, eis que opera a distinção entre os problemas nos quais cabe ou não a intervenção. É este que passa a ser o critério reitor, uma vez que determinará quando uma disciplina típica adquire maior vinculatidade.

O ponto de partida das especulações sobre o contrato passa a ser, a toda evidência, a idéia de liberdade contratual e a identificação de seus limites funcionais.

O resultado a que a tese chegou nega, portanto, a sua própria proposição: não mais é verdadeiro, nos termos da própria tese, que a estrutura acolhida no artigo 421 é a estabelecida por Betti.

Os problemas, contudo, não param por aí.

### 2.2.2 O Confronto do Critério de Raiser com o de Joaquim de Souza Ribeiro

Inicialmente, esclarece-se que não há verdadeira incompatibilidade de fundo entre o critério de Raiser e o de Ribeiro. Ambos partem da consideração de que a função do contrato é a regulação dos interesses privados por meio da autodeterminação individual. Ambos reconhecem que, em alguns casos (quando não presentes os requisitos fáticos para a autodeterminação), a liberdade contratual perde fundamentação, negando-se a si mesma.

Entretanto, o critério de Ribeiro é mais exigente, eis que oferece elementos complementares ao de Raiser. Um estudo mais aprofundado mostra que o critério apresentado pelo jurista alemão em *Il Compito dell Diritto Privato* é incompleto, uma vez que se limita a estabelecer que a liberdade contratual perde seu fundamento quando é utilizada como instrumento de poder, caso em que se nega a si mesma.

O autor alemão não estabelece quando o desequilíbrio de poder assume relevância a ponto de merecer atenção jurídica. E isso é de extrema relevância, eis que Ribeiro comprova que o direito não reage indistintamente a toda manifestação de poder nos contratos. A assimetria de poder é, nos contratos, fenômeno normal e que, no comum dos casos, é abstraída, considerando-se como dado juridicamente irrelevante. Em algumas situações, contudo, o fenômeno se manifesta de modo específico e com características peculiares, caso em que não mais permanece fato

juridicamente irrelevante<sup>189</sup>.

Considerando isso, parece inviável pôr lado a lado ambos os autores, na medida em que o autor português demonstra com êxito quando um fenômeno de poder é relevante, desenvolvendo o critério de Raiser a ponto de torná-lo muito mais rigoroso. Seria possível adotar o critério do jurista alemão, caso em que se assumiria o ônus de comprovar que é mais adequado que o do português. O que não se pode aceitar é a adoção de ambos, pois tal significa sustentar que apenas alguns fenômenos de poder com características específicas são juridicamente relevantes e, ao mesmo tempo, sustentar que todos os fenômenos de poder que têm impacto nos contratos são relevantes, o que é contraditório.

Quanto ao critério de Ribeiro, será visto com um pouco mais de atenção no próximo tópico, ocasião em que será confrontado com a teoria de Betti, tal qual proposta por Gerson Branco. O estudo da incompatibilidade de ambos os critérios serve para rematar os argumentos acerca da impossibilidade da adoção da teoria da função social típica como matriz a partir da qual compreender o contrato no direito brasileiro.

### 2.2.3 O Confronto do Critério de Joaquim de Souza Ribeiro com o de Betti

Do confronto do critério de Ribeiro com o de Betti, seria possível concluir que, apesar de Miguel Reale ter-se inspirado na obra deste para a redação da cláusula geral da função social do contrato, aquele critério é mais condizente com o ordenamento contratual brasileiro em seu conjunto. O que se pretende, aqui, contudo, limita-se a demonstrar que tais critérios são contraditórios<sup>190</sup>.

Já foi apontado que o autor português, depois de prolongada análise, concluiu não ser possível estabelecer, em abstrato, uma fórmula unitária capaz de fornecer um quadro preciso de todas as situações merecedoras de uma intervenção tuteladora. A partir disso, estabeleceu que o *único* apoio seguro como critério de

---

<sup>189</sup> Ver, nesse sentido, RIBEIRO, *O problema...*, p. 153 et seq.

<sup>190</sup> Interessante notar, nesse sentido, que Luciano Benetti Timm utiliza-se da teoria desenvolvida por Teubner para contestar teorias solidaristas como a de Betti, as quais são apontadas como insuficientes frente à atual complexidade social e econômica. Interessante ainda que justamente o funcionalismo mitigado de Teubner foi uma das principais bases empregadas por Ribeiro no trabalho em que concluiu inexistir um único critério teórico ao qual reconduzir todas as razões justificadoras da intervenção no contrato. Daí já ficam sérias dúvidas a respeito da consistência de se sustentar a unidade do direito contratual admitindo como possíveis duas teses de bases rivais, uma das quais, diga-se de passagem, contestando a idéia de unidade.

intervenção é a *constatação empírica* de que, em certas áreas ou em certos processos de contratação, ocorrem *desvios típicos* que geram uma situação de *sistemático desequilíbrio* na configuração das relações contratuais, sempre em prejuízo de uma mesma classe de contratantes, de modo que fica saliente o desvirtuamento da função ordenadora da liberdade contratual. Trata-se, portanto, da *constatação empírica de situações de bloqueamento estrutural dos mecanismos de autotutela*, caso em que nenhum fundamento sustenta o exercício irrestrito da autonomia privada<sup>191</sup>.

Para Ribeiro, portanto, exige-se uma verificação empírica das consequências concretas dos atos de autonomia privada e não a valoração da utilidade social de todo e qualquer ato a partir da idéia de consciência social, como no critério proposto a partir da obra de Betti, cujos óbices foram acima apontados.

Outro aspecto que se pode destacar é que, voltando-se às *conseqüências* do ato e não a uma valoração do ato em si, o critério de Ribeiro é mais adequado a uma concepção funcionalista. O objetivo é garantir que a liberdade contratual seja capaz de gerar uma ordem minimamente adequada, permitindo-se a intervenção apenas nos casos de potencial impacto generalizado. Ribeiro não se volta, portanto, a uma sociedade meticulosamente controlada, mas à correção das distorções estruturais da autonomia privada.

No critério bettiano, ao contrário, a tipicidade social é critério para a investigação de todo e qualquer ato, somente sendo dispensada, segundo Gerson Branco, em decorrência do princípio da atipicidade, se o ato for fruto do empreendedorismo e da criatividade.

Considerando que, para Ribeiro, a intervenção só se justifica se verificado desvio funcional generalizado reconhecível empiricamente, não sendo admitindo um controle judicial irrestrito na entrada do mundo jurídico, tem-se que a verificação judicial da tipicidade no sentido identificado por Betti é justamente um fator não generalizável de desresponsabilização conforme Ribeiro: os critérios são incompatíveis, ao contrário do que defende Gerson Branco<sup>192</sup>.

Com efeito, a tipicidade em Betti refere-se aos padrões a partir dos quais o

---

<sup>191</sup> RIBEIRO, *O problema...*, p. 124 et seq. Adverte-se, contudo, que tal não significa uma dispersão caótica das medidas interventivas: é apenas para a demarcação dos limites funcionais à autonomia privada que se recorre à fatalidade negocial. O material normativo formado a partir daí é suscetível de classificação e agrupamento, segundo o tipo de fatores que estão na gênese da disfuncionalidade. Ver nesse sentido: *Ibidem*, p. 170-176.

<sup>192</sup> BRANCO, *As origens...*, p. 277.

juiz irá controlar e verificar a relevância do ato de autonomia privada. A partir de tais padrões, deve ser verificada a compatibilidade de *todo e qualquer ato*. Já em Ribeiro, a idéia de tipicidade volta-se ao fator que justifica/autoriza a atuação judicial, a qual somente poderá ocorrer em casos generalizáveis de distorção no regime dos contratos. Dizendo de outro modo, o controle nos termos propostos por Betti, muito embora tenha por fulcro a idéia de tipicidade social, aplica-se mesmo para os casos em que não há efetivo envolvimento de interesses sociais, em *casos isolados* e *eventuais*, de modo a caracterizar o que Ribeiro considera um fator atípico de desresponsabilização.

O que fica da leitura da obra de Betti é não uma preocupação com as consequências negativas de impacto amplo, com o que o fenômeno ganharia relevância social, mas uma preocupação de que o direito não conceda tutela jurídica ao ato que se volte a interesses que, embora lícitos, relevantes para as partes e plausíveis, ainda não tenham recebido o atestado de utilidade da consciência social, mesmo que não sejam capazes de causar qualquer impacto social negativo.

Para Ribeiro, contudo, inexistente impacto social relevante, não se entende o porquê de o direito repelir a tutela jurídica. Nenhuma razão de interesse social o justifica. Não havendo impacto social negativo nem estando presente a ilicitude, cabe às partes apreciar seus próprios interesses e dizer o que é e o que não é relevante, não podendo o julgador substituir-se a elas a partir das imprecisas idéias de utilidade social e de consciência social.

Feita essa análise de cunho mais predominantemente doutrinário, passa-se a um confronto do contrato com a realidade que constitui seu ambiente de atuação.

### 3. Confronto com a Realidade: o Contrato no Terceiro Milênio

No tópico anterior, buscou-se demonstrar o papel que a doutrina brasileira que vincula o art. 421 do Código à teoria de Betti está conferindo à idéia de tipicidade na interpretação da função social do contrato, o que tem por principal fundamento um juízo baseado nas idéias dos teóricos que inspiraram a sua redação.

Verificou-se, contudo, que do ordenamento jurídico pátrio é possível extrair um entendimento de sinal oposto. Convém esclarecer que a razão disso não está, por óbvio, como ocorreu no direito italiano, em sustentar que a causa do contrato é a função econômico individual, a partir do que se poderia tentar defender uma outra

matriz a partir da qual sustentar a unidade do direito contratual. E isso não apenas porque tal noção está excluída pelo artigo 421 do Código Civil: considera-se ainda que tal entendimento apresentaria as mesmas limitações e exageros que a doutrina da função social de matriz bettiana, mas com o sinal trocado.

Estudar se o Código tem elementos que permitam confrontar a idéia de função social tal qual apresentada pelos doutrinadores referidos nos tópicos anteriores foi o recurso utilizado para evitar cair em uma visão unilateral a respeito da disciplina legislada, com o que será possível obter um entendimento mais compatível do direito contratual pátrio com a complexidade econômica e social própria dos dias atuais, a qual não se deixa dominar por opções teóricas que buscam submeter o real a um único princípio ordenador.

Flagrante que aqui não se busca a unidade, mas uma correta compreensão do direito contratual brasileiro.

Para isso, o caminho até aqui percorrido foi um estudo mais vinculado ao direito contratual tal qual posto no Código Civil, buscando-se uma pré-compreensão adequada de seus dispositivos. Também foram estudadas algumas doutrinas construídas em torno da disciplina codificada. Mesmo sem ir muito além dos limites da disciplina do Código, já foi possível demonstrar ser duvidoso falar em unidade do direito contratual.

Uma análise que tenha por objeto apenas o direito legislado, contudo, é insuficiente, principalmente quando se passa a falar em função social do direito. É preciso ir além.

Já foi apontado que a idéia de unidade do direito contratual não se coaduna com a realidade dos dias de hoje. Esta idéia foi apenas citada. Demonstrá-la é o objeto deste tópico, o qual tem importância fundamental. Algumas décadas atrás seria objeto, possivelmente, da sociologia. Uma visão funcionalista do direito, contudo, impõe o confronto dos institutos jurídicos, em especial o contrato, com a realidade em que atuam, eis que implica a superação do ideal de independência absoluta do direito frente às outras ciências, o qual imperava em um passado não muito distante.

Talvez, o melhor sinal de inteligência do jurista dos dias de hoje não seja pretender salvar a sua ciência fechando-a às outras, mas saber utilizá-las aos seus fins.

Por óbvio que o direito não se deixa dominar por outros métodos científicos.

Mas isso não significa que possa manter-se inerte aos avanços científicos obtidos alhures, o que significaria alienação, desajuste e superação.

Embora a necessidade de abertura do direito não seja mais tema discutível, problemático continua sendo o modo como deve abrir-se. Questão própria da ciência jurídica atual é, embora por diversos enfoques e com diversas finalidades, a especial relação entre o que é jurídico em sentido estrito e o que está na realidade sobre a qual o direito atua.

Comumente se diz que o direito é uma ciência teórica. Trata-se, contudo, de uma teoria que se dirige e se orienta para e pela prática, pelo que também é comum destacar-se a existência de um recâmbio constante entre a teoria e prática, de modo que se estabelece uma relação circular entre a ciência e a prática do direito.

Voltando o foco mais especificamente à autonomia privada, destaca Paola D'Addino Serravalle<sup>193</sup> que há uma ligação íntima entre o reconhecimento desse princípio e a existência de determinados pressupostos políticos, econômicos e sociais historicamente mutáveis. A esse respeito, a autora cita as transformações econômico-sociais, a internacionalização da economia e as inovações tecnológicas, os quais estão na base da exigência de reconstrução normativa e teórica do contrato.

Tal fenômeno também foi trabalhado por Caio Mário, o qual trata com muita clareza da ligação estreita existente entre a autonomia privada e as exigências sociais e econômicas de cada tempo. Em artigo dedicado ao estudo da nova tipologia contratual brasileira<sup>194</sup>, o autor inicia destacando que o desenvolvimento da tipologia contratual romana "não se submetia a qualquer predeterminação teórica", eis que "os contratos nasciam das exigências cotidianas" e "aperfeiçoavam-se em atenção aos reclamos pragmáticos". A construção romana foi tão precisa que, por cerca de dois mil anos, a civilização ocidental pouco se distanciou, em termos de tipologia contratual, dos esquemas romanos. Caio Mário cita, a título de exemplo, os Códigos francês de 1804, o italiano de 1865, o português de 1867, o espanhol de 1889, o alemão de 1896 e o brasileiro de 1916, os quais mantiveram a tipologia contratual romana, com poucas modificações. Diz o autor que "o século XX

---

<sup>193</sup> SERRAVALLE. Paola D'Addino. Contratto tra integrazione dei mercati e pluralismo delle fonti. In: O DIREITO da empresa e das obrigações e o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 325-356.

<sup>194</sup> PEREIRA. Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 281, p. 1-10, 1979.

inaugura-se, portanto, conservando as mesmas figuras contratuais romanas, a que pouca coisa se aditou." Segundo ele, a razão desta longa permanência está em que se entendia que as figuras romanas ainda eram capazes de dar conta das exigências que se punham ao contrato no início do Séc. XX<sup>195</sup>. A partir daí, contudo, passa a verificar-se uma ligação mais íntima entre o jurídico e o econômico, de modo que "a fenomenologia econômica operou verdadeira transfiguração que fatalmente repercute na estrutura dos contratos", ensejando um movimento renovador do qual resultam a proliferação e a diversificação dos contratos e a aparição de novas categorias<sup>196</sup>. No que diz respeito à "tendência global a que obedece esta nova floração", o autor diz que:

embora sejam numerosos os novos contratos, uma razão de ordem inspira o seu surgimento. Eles não aparecem ao acaso, nem são devidos à imaginação criativa de algum jurista inspirado. Foi a necessidade do tráfico jurídico a sua causa genética, da mesma forma que no passado [...] foram as exigências da vida social e econômica que geraram as modalidades contratuais em Roma, como o progresso das atividades foi que transformou pactos em contratos pela atribuição de ações e dispensou o formalismo sacramental para permitir o nascimento do consensualismo<sup>197</sup>.

Considerando isso, sobressai-se, de modo evidente, a necessidade de um estudo mais abrangente e por outras perspectivas da realidade sobre a qual o direito atua, de modo que se impõe irresistivelmente uma visualização daquele universo que constitui o objeto do direito por um prisma não apenas normativo, conjugando-se à análise jurídica o modo como outras ciências defrontam-se com o mesmo objeto. Tal é de peculiar importância para o direito privado e, de modo mais especial ainda, para o direito dos contratos.

A partir de uma perspectiva como essa parece ser possível colocar questionamentos bem fundamentados à teoria de Betti. Com efeito, já foi referido que um dos pontos que se pode reprovar no autor é a restrição demasiada do âmbito em que os particulares podem reger em liberdade seus interesses, eis que tal âmbito é restringido ao universo dos interesses típicos.

Embora o autor seja muitas vezes acusado de abrir caminho ao arbítrio judicial através de idéias como as de consciência social e utilidade social, a partir do que sua teoria já foi taxada de fascista por doutrinador de peso, deve-se reconhecer

---

<sup>195</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 2-3.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 3.

que o autor não emprega tais idéias como expressões vazias, fundamento para uma retórica subjetiva ou fundada em argumentos metafísicos ou ainda em ideologias políticas. Ao contrário. Conforme já foi visto, Betti vincula o julgador aos tipos vigentes na sociedade, nos quais se condensa a idéia de consciência social. Apresenta, portanto, pontos firmes em que se basear: as práticas uniformes que adquiriram estabilidade no tempo a ponto de se tornarem típicas.

Assim, o verdadeiro caminho a trilhar na análise da consistência da teoria de Betti parece consistir na investigação da capacidade do mecanismo de controle da autonomia privada desenvolvido pelo autor (apoiado na idéia de tipicidade social) em dar conta da atual complexidade social e econômica.

A questão é precisa pelo fato de que, para o autor, conforme já visto, a tipicidade não é empregada no vazio, mas também não é empregada no sentido de submissão às amarras legais. Basta ver que Irti destaca que o que move seu mestre é justamente um *radicale anti-normativismo*<sup>198</sup>, fato que fica flagrante na metodologia que permeia a obra de Betti, a qual está expressa no início de sua *Teoria Generale delle Obligazioni*<sup>199</sup>: o autor é expresso em dizer que o estudo dos institutos jurídicos não deve ser realizado em um plano abstrato, mas no seu aspecto funcional dentro da vida de relação, como resposta aos problemas que nela surgem, visando resolvê-los. É dentro desse contexto que Betti esclarece que a idéia de tipicidade não se reduz à legal, abrangendo também a social, o que induz a pensar em um mecanismo de controle capaz de acompanhar o evoluir das exigências sociais.

Indo direto ao ponto, o que se pode perguntar é se a idéia de tipicidade social dá ao mecanismo de controle da autonomia privada desenvolvido por Betti a maleabilidade e flexibilidade suficientes para acompanhar a marcha do mundo atual, principalmente considerando que os esquemas construídos para fazer frente às novas exigências que o tráfico coloca são superados com uma velocidade extrema, a qual parece acelerar em progressão geométrica, ao contrário do que ocorria no passado, eis que, conforme salientou Caio Mário, levou quase dois mil anos para que a tipologia romana fosse considerada insuficiente.

Imperativo, portanto, um confronto do direito contratual com a realidade da

<sup>198</sup> IRTI, *Itinerari...*, p. 420. Sobre a *Teoria Generale del Negozio Giuridico* de Betti, Irti diz que "nasconde, dietro lo schermo di pagine così serrate e dogmatiche, un'impetuosa vena di anti-normativismo, di sfiducia nell'esclusività e nell'onnipotenza del diritto statale." (*Idibem*, p. 404).

<sup>199</sup> BETTI, *Teoria generale delle...*, v. 1.

qual o contrato sofre pressões extremas e contraditórias e na qual testa diuturnamente sua resistência elástica, tema ao qual se passa.

Inicia-se a análise pelo estudo breve do paradigma contratual expresso no Código Civil de 2002, o qual será, após, confrontado com a realidade.

Mesmo autores que criticam a concepção solidarista de contrato reconhecem que ela constituiu a matriz a partir da qual o Código foi construído. Com efeito, Luciano Benetti Timm demonstra que o Código tem por base o modelo solidarista (em especial, o solidarismo organisista<sup>200</sup> durkheimiano<sup>201</sup>), de cujos fundamentos partiram os teóricos que o elaboraram. Tal seria comprovado, segundo o autor, A) pela influência que o legislador brasileiro recebeu dos códigos português e italiano, os quais são frutos do direito social; B) Pela presença de diversos institutos recuperados da tradição antiga pelo paradigma solidarista; e C) Pelas diretrizes teóricas do Código Civil fixadas por Miguel Reale<sup>202</sup>. Após tratar com propriedade do tema ao longo da tese, o autor assenta na conclusão do trabalho o seguinte:

Com efeito, com ele [Código Civil de 2002], o legislador adotou o modelo "welfarista" de direito contratual, que traz consigo uma concepção de contrato como fato social, associada que está a uma nova visão da sociedade como sistema social orgânico na qual se redefinem os papéis dos indivíduos e as relações interindividuais ("novo contrato social")<sup>203</sup>.

Segundo Timm<sup>204</sup>, este modelo "welfarista" adotado pelo legislador brasileiro está associado A) ao holismo metodológico<sup>205</sup>, no qual a sociedade é um sistema orgânico (à semelhança dos sistemas biológicos) que gera espontaneamente normas de comportamento, inclusive legais, as quais são o repositório da consciência social e B) à negação da metafísica sob a ótica de um ideal positivo

---

<sup>200</sup> A idéia de solidariedade orgânica é própria da divisão do trabalho nas sociedades industrializadas, que faz com que cada um dependa do outro devido à extrema especialização de tarefas. Nesse sentido, diferencia-se da idéia de solidariedade mecânica, própria das sociedades medievais, a qual era baseada na comunhão de valores por indivíduos dotados de um mesmo *status* (ver, nesse sentido, TIMM, *As quebras...*, p. 97 e SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social*. In: *O NOVO código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003).

<sup>201</sup> O qual foi base para a formação da escola jurídica solidarista ou do direito social, cujos fundadores foram Duguit, Gurvitch, Salleilles e Demogue no início do século XX. Nesse sentido, TIMM, *As quebras...*, p. 85.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 133-134.

<sup>203</sup> TIMM, *As quebras...*, p. 179

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 85 et seq. e p. 134-140.

<sup>205</sup> Em contraposição ao individualismo metodológico, próprio do modelo liberal, segundo o qual o equilíbrio seria produto da atuação livre dos indivíduos em sociedade, cada atuando egoisticamente.

sociológico. Daí deriva a abertura do subsistema jurídico a elementos sociais ou metajurídicos, ganhando relevo a funcionalidade social das normas jurídicas, as quais passam a ser avaliadas a partir de suas funções<sup>206</sup>.

Frente à complexidade da realidade industrial moderna, em que a divisão do trabalho é extrema e a dependência entre os indivíduos é cada vez maior, a manutenção do tecido social passaria a depender de um solidarismo mínimo e da cooperação entre os indivíduos<sup>207</sup>.

Não é outra a base do pensamento de Betti. Basta ver que o autor construiu sua *Teoria Generale delle Obligazioni* justamente através do fio condutor da idéia de cooperação, a qual constitui a função econômico-social das *rapporti d'obbligazione*. Na *prefazione* da obra o autor dispõe que “nella esigenza di cooperazione fra consociati si riviene, pertanto, la chiave con la quale il giurista deve cercare d'intendere l'instituto dell'obbligazione, considerandolo nella sua funzione economico-sociale<sup>208</sup>.” Nem é necessário ler a obra para que muito do pensamento do autor seja evidenciado. Basta atenção aos títulos e subtítulos: o primeiro volume da *Teoria Generale delle Obligazioni* está sob a rubrica *Prolegomeni: Funzione Economico-Sociale dei Rapporti d'Obbligazione*, cujo primeiro parágrafo intitula-se *Problema Sociale dell'Obbligazione: Bisogno dell'Altrui Cooperazione*. É dizer, o problema prático que o direito visa resolver através da constituição de obrigações refere-se à necessidade de cooperação entre indivíduos de uma sociedade, idéia que volta com força no terceiro volume da obra, quando o autor trata das fontes das obrigações, em que se lê, já na primeira página, que “i negozi che la legge valuta come fonti di obbligazione [...] configurano sempre assetti d'interessi tipici che la legge tutela perchè soddisfano tipiche funzioni di cooperazione nella vita sociale<sup>209</sup>.”

Caso níveis mínimos de solidariedade e cooperação – continua Timm – não sejam atingidos espontaneamente, a função integradora da sociedade passaria a ser desempenhada através das normas jurídicas, servindo o direito como mecanismo de

---

<sup>206</sup> Segundo Timm, o solidarismo explica o direito a partir de sua função social, qual seja, promover a coesão e estimular a solidariedade social, diminuindo, com isso, os riscos de desequilíbrios sociais (Ibidem, p. 123-124).

<sup>207</sup> Timm destaca que Durkheim era antimetafísico e anti-individualista, pelo que considerava que o fundamento da coesão social não seria o contrato social, mas a “lei da divisão do trabalho”, de modo que a ordem social e jurídica, ao invés de se fundar no acordo de vontades individuais ou na vontade formadora do Estado, fundar-se-ia nas solidariedades geradas pela especialização e divisão do trabalho (Ibidem, p. 97).

<sup>208</sup> BETTI, *Teoria generale...*, p. 5.

<sup>209</sup> BETTI, *Teoria generale...*, p. 1-2.

transformação social<sup>210</sup>. Trata-se da idéia de engenharia social como função do direito, a ser levada a cabo pelo Estado, paradigma construído para o enfrentamento das agruras sociais pós-revolução industrial e agora revigorado no Brasil.

Para uma leitura como essa, o artigo 421 estabelece uma concepção de contrato como fato social e representa a imposição do dever de solidariedade

---

<sup>210</sup> Segundo destaca Timm, "essa escola, embora com um discurso em prol do caráter descritivo da sociologia jurídica (plano do ser), na verdade escondia uma pretensão ideal e normativa (plano do dever ser) acerca do papel do Direito na ordem social, como forma de estimular a mudança ('progresso') e a estabilidade ('ordem') da sociedade ('solidariedade social'). E, mais ainda, de garantir a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais. Isso aconteceria pela proposição de leis cogentes e protetoras dos interesses coletivos, que ensejariam uma atuação do Estado na realidade social, inclusive no âmbito do direito contratual (dirigismo contratual, intervenção judicial nos contratos), a fim de combater uma 'anomia' ou 'anarquia' social de ausência de solidariedade. Daí se falar em um modelo de contrato solidarista ou 'welfarista', que, rompendo com os paradigmas liberais, foi construído sobre aquele ideal social totalizador" (TIMM, *As quebras...*, p. 86). "O que os solidaristas fizeram então foi por detrás de um discurso descritivo sociológico científico, propor o caráter social do homem ('holismo') e sugerir, idealmente, a necessidade de cooperação social, como se ela fosse inerente à divisão social do trabalho, e esta, uma lei social, cujo resultado seria uma regra de 'justiça' (equilíbrio, harmonia) nas relações privadas. Com isso, afrontar-se-ia a ideologia individualista e, com ela, aquele risco de instabilidade social. Indiretamente, quebrava-se o paradigma liberal moderno de contrato (de justiça como consenso), em troca de um paradigma que fazia o indivíduo depender dos vínculos sociais (solidariedade social) – 'justiça social'; o Direito, da 'consciência coletiva'; e, o contrato, da regulação social. É a 'socialização' do direito." (Ibidem, p. 99-100). "O modelo solidarista, sob o pretexto de descrever o fato social, na verdade estabeleceu prescrições: 'a solidariedade orgânica' deveria ser buscada como ideal, a despeito de não ter sido empiricamente constatada no seio da sociedade européia" (Ibidem, p. 106). "Com efeito, se a sociedade industrial gerou uma dissolução dos vínculos estamentais medievais (ou seja, da 'solidariedade mecânica') de modo que "não pôde [a solidariedade] ser nem constatada, nem observada no fato social, [...] o que fizeram os solidaristas, ansiosos pela 'reorganização' e pelo 'progresso' social, foi supô-la, prescrevê-la como um ideal necessário à manutenção da estabilidade do sistema social ('ordem')." (Ibidem, p. 106-107). "E esse espaço normativo e programático da solidariedade social seria o campo do direito. Nesse modelo solidarista, o que se atribui ao direito, portanto, seria uma função de promoção dessa 'solidariedade orgânica', de divisão dos direitos e deveres dos indivíduos no seio da sociedade, rumo à 'evolução social' ou ao 'progresso social'. Assim, o modelo solidarista é inspirado em uma ótica funcional 'radical' do sistema social (e de seus elementos), inclusive o direito, ao qual se reconheceu um papel fundamental na promoção da estabilização e da transformação social (a chamada 'engenharia social' do *Welfare State*)." (Ibidem, p. 107, grifo não original). "Dessa maneira, sociedades caracterizadas por 'anomias' (como a capitalista industrial em gestação), ou seja, em que há desestruturação do tecido social e, portanto, em que não há regulação, nem cooperação espontânea entre os indivíduos, requerem regulação e planificação estatal para evitar a 'injustiça', a 'desigualdade', a 'disfunção' e o caos social ('juridificação' da vida social). Eis a função normativa do Direito nesse novo paradigma sociológico, qual seja, corrigir as 'anomias' sociais, estimulando a reestruturação da normatividade social e, com isso, a 'normalidade' da solidariedade social. É, portanto, em função da estabilidade e da mudança que as normas jurídicas devem ser examinadas." (TIMM, *As quebras...*, p. 119-110). Com efeito, "o modelo solidarista não se satisfaz com o respeito à normatividade social. Nessa esteira, quando houver uma situação de 'anomia', o direito positivo deve ir mais longe e estabelecer níveis mínimos de solidariedade, justamente a fim de garantir a estabilidade do sistema social." (Ibidem, p. 131).

Segundo Timm, ainda, tal discurso encontrou eco nos parlamentos europeus, principalmente em tempos de crise e nos períodos pós-guerra, tendo, após, através da circulação de modelos jurídicos, chegado ao Brasil com a Lei de Acidentes Ferroviários e ocupado papel importante na CLT e nas leis de Previdência Social, tornando-se, com a Constituição Federal de 1988 e com a legislação que a regulamentou (exemplificativamente, o CDC e o ECA), o núcleo duro do direito positivo (Ibidem, p. 86). Pretendem alguns, agora, que tal paradigma seja generalizado para o direito contratual como um todo através do artigo 421 do Código Civil.

orgânica (ou de cooperação, para quem preferir) como norma social recebida pelo direito, de modo que o contrato somente teria justificativa caso atendesse a uma utilidade social ou à justiça social, o que se impõe para a manutenção da coesão social e para a conquista do progresso da sociedade<sup>211</sup>.

No modelo solidarista, fundado, como já visto, na solidariedade gerada pela especialização e divisão do trabalho, as quais impõem a dependência entre os indivíduos, as relações sociais são vistas mais como vínculos naturais de cooperação e de dependência mútua (fulcrados na necessidade, portanto) do que como acordos efetivamente autônomos e voluntários, decorrendo disso que a normatividade do contrato extrapolará as regras negociadas pelas partes (dimensão implícita do contrato), orientada que estará para fins socialmente reconhecidos<sup>212</sup>.

Dogmaticamente, isso implicaria a recolha de todas as inovações legais em um grande princípio com base no paradigma solidarista, o que permitiria uma melhor compreensão e sistematização do Código Civil e do direito contratual brasileiro<sup>213</sup>. Com efeito, Timm refere que, a partir da leitura solidarista, a concepção da função social seria ampla o suficiente para abarcar as concepções dos princípios contratuais mais específicos e para servir como base jurídica para a proteção da ordem pública econômica e social<sup>214</sup>.

Operativamente, seu efeito seria a abertura do sistema jurídico à normatividade social através da atuação judicial amparada na autorização posta no artigo 421.

---

<sup>211</sup> Ibidem, p. 134-135. Para uma interpretação como essa do artigo 421, Ver SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. In: O NOVO código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>212</sup> (TIMM, *As Quebras...*, p. 124). Timm fala, a esse respeito, de institucionalização do contrato, referindo-se à presença nele de elementos não consensuais. Também fala em "estamentização" do vínculo contratual, referindo-se a um movimento inverso à Lei de Maine, com o que pretende significar que a adesão das partes ao contrato significa a vinculação a direitos e obrigações a que não aderiram voluntariamente, mas que são decorrentes das circunstâncias concretas da negociação e das expectativas sociais derivadas da normalidade das situações da vida social (Ibidem, p. 129). Timm faz referência a Ronaldo Porto Macedo, para quem "não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem. Em outras palavras, não existe contrato fora de uma dada matriz social que lhe dá significado e lhe define as regras (Ibidem, p. 130). Como circunstância relevante, tem-se o papel social que a pessoa exerce na relação (trabalhador, consumidor, pai, etc), do que se extraem expectativas juridicamente relevantes (Ibidem, p. 127).

<sup>213</sup> Conforme já referido, através da circulação de modelos jurídicos, o modelo solidarista chegou ao Brasil com a Lei de Acidentes Ferroviários e ocupou papel importante na CLT e nas leis de Previdência Social. Com a Constituição Federal de 1988 e com a legislação que a regulamentou (exemplificativamente, o CDC e o ECA), tornou-se o núcleo duro do direito positivo. Pretendem alguns, agora, que tal paradigma seja generalizado para o direito contratual como um todo através do artigo 421 do Código Civil.

<sup>214</sup> TIMM, *As Quebras...*, p. 136-137.

Segundo o autor, contudo, muito tempo se passou desde a elaboração do projeto do atual Código, a qual se deu em 1975, de modo que a sociedade tornou-se muito mais complexa. Com efeito, desde a elaboração do projeto do Código o Brasil urbanizou-se com muito maior intensidade, gerando uma concentração demográfica extrema, o que foi acompanhado pela maior complexidade social e econômica. A par disso, o País redemocratizou-se, inúmeros planos econômicos sobrevieram para fazer frente à inflação galopante e ultrapassou-se uma grande onda de privatizações. Tais os exemplos mais destacados do período ao cabo do qual se passou a falar em crise do Estado social (*welfare state*), outro dos aspectos que contradiz o modelo solidarista de contrato, conforme destacado por Timm<sup>215</sup>. O autor ainda destaca que o paradigma contratual pensado pelo legislador do Código Civil convive com o seu oposto: o crescimento do princípio da autonomia da vontade. Isso se dá, principalmente (mas não só), no âmbito dos contratos internacionais, no qual os agentes criam espontaneamente suas regras sem controle estatal (*lex mercatoria*)<sup>216</sup>. Com base nisso,

não se poderia deixar de referir que esse marco regulatório dos contratos chega justamente em um momento em que se percebe, no plano da sociedade, uma "hipercomplexidade", ou seja, uma grande especialização do sistema social em subsistemas auto-referidos e autoproductivos, dotados de racionalidade própria, para os quais o paradigma "welfarista" legal – com sua voracidade regulatória –, concebido em outro contexto social, não estaria preparado a enfrentar. Com efeito, percebe-se uma incapacidade reguladora do Direito frente a todos os subsistemas sociais, especialmente na esfera das relações econômicas e mesmo políticas e sociais; isso, sem esquecer de questões mais "da moda" nos circuitos acadêmicos europeus, como a "falência" do Welfare State diante da globalização e da internacionalização das relações econômicas, políticas e sociais<sup>217</sup>.

Identicamente lúcida é a exposição de José Arthur Rios<sup>218</sup>, o qual tem por base a consideração de fenômenos de idêntica natureza, a partir dos quais é enfrentada de modo incisivo a temática aqui discutida.

Com efeito, José Arthur Rios ressalta que Durkheim chamava a atenção para os elementos não contratuais do contrato, destacando as normas resultantes da estrutura social subjacente, de elaboração secular e anteriores a qualquer acordo, as quais remetem para a idéia de solidariedade (em Durkheim, solidariedade

---

<sup>215</sup> Ibidem, p. 143-146

<sup>216</sup> Ibidem, p. 140-141.

<sup>217</sup> TIMM, *As Quebras...*, p. 87-88.

<sup>218</sup> RIOS, José Arthur. Saudação: idéia de uma sociologia do contrato. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 3-8, 2000.

orgânica), base da organização social (seu maior alicerce)<sup>219</sup>. Tal solidariedade tem por base a idéia de consciência coletiva, a qual representa o conjunto de valores sociais comuns a todos os membros de uma sociedade<sup>220</sup>.

Em artigo tão instigante quanto conciso, o autor adverte que, no mundo moderno, militam contra esse afã de solidariedade poderosas forças sociais que o jurista deve considerar sob pena de construir castelos de nuvens<sup>221</sup>.

De especial relevância nesse sentido o fenômeno da movimentação humana das migrações, o qual reformula cidadanias, destrói identidades de grupos, rompe solidariedades antigas de aldeia e, nas metrópoles, dá origem a guetos urbanos, gera confronto de etnias e credos religiosos. Tudo, enfim, a suscitar obstáculos à assimilação e interculturação. Para tais conflitos, a supressão de fronteiras políticas não basta<sup>222</sup>.

Ao lado disso está o fenômeno do mercado global e das mega-empresas<sup>223</sup>. A esse respeito, fala-se em nova *lex mercatoria*, o que significa um direito supranacional de formação espontânea, próprio da *business community*.

Intimamente ligado ao mercado global está o fenômeno da comunicação instantânea e sem fronteiras, própria da sociedade da informática, o que constitui a base para as mega-empresas, eis que possibilita o fluxo intenso de capitais, gerando – eis o quarto fenômeno citado pelo autor – a modificação da configuração da riqueza e do tempo, o que é próprio de uma economia baseada no crédito. Nesse contexto, o contrato não mais apenas mobiliza riqueza, a cria<sup>224</sup>.

Os mesmos fatores foram expostos como fundamentais para a compreensão das transformações do contrato por Arnoldo Wald<sup>225</sup>. O autor destaca com propriedade que o mundo vive a 3ª revolução industrial, a qual está modificando a estrutura social e econômica. Tal revolução tem a informática e a internet como catalisadores: seu papel é o mesmo exercido pela máquina a vapor e pela eletricidade no passado. Trata-se, segundo Wald, da progressão geométrica das

---

<sup>219</sup> Segundo Timm, "o solidarismo propõe a 'institucionalização' do contrato, ou seja, uma concepção de contrato como, antes de tudo, uma relação social, cuja normatividade é definida, mais coletivamente do que individual e voluntariamente." (TIMM, *As Quebras...*, p. 123).

<sup>220</sup> RIOS, *Saudação...*, p. 4.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 5-6.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 6-7.

<sup>224</sup> RIOS, *Saudação...*, p. 7-8.

<sup>225</sup> WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ASPECTOS Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59-76.

ciências, que se reflete na estrutura econômica, instituindo-se a chamada "economia do saber", a qual requer novas estruturas mais flexíveis para dar vazão à criatividade.

Esta revolução caracteriza-se pela mudança constante, veloz, pela superação das distâncias e conseqüente quebra de barreiras, de modo que é paralela à globalização e intimamente ligada a ela. Enfraquecidas as barreiras comerciais e as políticas protecionistas, a evolução da economia levou à superação do fechamento dos mercados que se mantinham com base na tradição: abre-se o espaço para o pluralismo, para a complexidade, enfim, para a democracia. O capitalismo torna-se consenso mesmo em países cujos governos tinham formação socialista, embora também seja consenso que a economia de mercado não implica submissão total às leis do mercado<sup>226</sup>.

Da consideração desses fenômenos, José Arthur Rios extrai uma conclusão contundente: o mercado se expande para espaços fora do controle social, de modo que "a validade das promessas escapa às sanções tradicionais inerentes às comunidades outrora presididas pelo controle face a face de grupos identificados numa moral comum". O anonimato, a massificação, a despersonalização "deixam remota a garantia do fio de barba ou do selo do aperto de mão". Qualquer que seja o mecanismo de validação e de sanção das promessas, deve assegurar a estabilidade dos contratos independentemente da pessoa, *status* ou nacionalidade e qualquer que seja a matéria contratada<sup>227</sup>. Caídos o positivismo e o marxismo, vige hoje o "pragmatismo, primo pobre do ceticismo", de modo que os juristas voltam-se à "ciência do fato social empírico, do relativo". Tal, contudo, embora seja construtivo e oportuno, *não pode levar à abdicação do uso da razão jurídica em favor da*

---

<sup>226</sup> Para Wald, o reflexo de tal estado de coisas no mundo jurídico se dá pela flexibilização das técnicas jurídicas visando adequá-las às transformações econômicas e sociais, o que significa dar mais espaço à liberdade e, via de conseqüência, à criatividade, à iniciativa e à inovação.

Segundo o autor, a evolução econômica é inegável e o jurista deve acompanhá-la revendo, se necessário, as premissas da dogmática e encontrando outros tipos de equilíbrio, de modo que o direito não se converta em uma espécie de camisa de força. Deve ser superado o descompasso evidente entre o acelerado desenvolvimento econômico, social e tecnológico do país e a lentidão das reformas político-jurídicas.

Dentro desse contexto, o contrato deve ser visto como unidade viva, dinâmica e flexível, relativo (no sentido de não absoluto), o que constitui um imperativo categórico de sua sobrevivência num mundo de incerteza, mudança e descontinuidade.

Com base nisso, contrariando o que se apregoa, Wald entende que o contrato não está em crise: trata-se de instrumento extremamente importante na sociedade de massas, a qual é cada vez mais complexa e sofisticada, requerendo sempre a construção de novos modelos jurídicos e, assim, de instrumentos adaptáveis e amoldáveis às transformações. É nesse ambiente que o contrato, na sua polivalência, riqueza e flexibilidade, tem justificada a sua sobrevivência (Ibidem, p. 59-76).

<sup>227</sup> RIOS, *Saudação...*, p.8.

*mecânica social*, o que foi um pouco, segundo o autor, o equívoco da escola durkheimiana<sup>228</sup>.

Esta a conclusão à que também chegou Luciano Benetti Timm, o qual sustenta justamente que o efeito da interpretação solidarista da função social é a *abertura do sistema jurídico à normatividade social* através da atuação judicial amparada na autorização posta no artigo 421, o que pode acabar pondo em xeque o próprio sistema jurídico, eis que *a abertura não seria apenas cognitiva, mas também operativa*, de modo que elementos extrajurídicos passariam a comandar as decisões judiciais<sup>229-230</sup>.

Eis aí a tônica da problemática teoria funcional solidarista quando a questão está bem colocada: a excessiva abertura do sistema jurídico à interferência de outros sistemas.

Considerando que a funcionalização visa superar o isolamento da ciência do direito, o problema que se põe é de como o direito irá se abrir sem ser submisso e sem que isso implique renúncia à racionalidade que lhe é própria<sup>231</sup>.

Que o legislador privilegiou uma "regulação exógena do contrato"<sup>232</sup>, abrindo o sistema jurídico para a normatividade social, não resta dúvidas<sup>233</sup>. Entretanto, conforme destaca Timm, "a história seguiu [...] seu rumo, e a interpretação do Novo

<sup>228</sup> Ibidem, p. 3. Nas palavras do autor, "essa mudança é oportuna e construtiva, desde que não se tome, o relativo como absoluto, o uso cambiante como regra imutável; desde que [...] não se pretenda subsumir a norma no costume, o preceito jurídico no hábito, abdicando do uso da razão jurídica em favor da mecânica social." Ibidem, p. 3.

<sup>229</sup> TIMM, *As quebras...*, p. 142-143. A isso o autor ainda acrescenta A) que o modelo renuncia a racionalidade econômica, à qual fica fechado, o que conduz à preocupação de que as intervenções acabem causando mais prejuízos que benefícios (Ibidem, p. 143-146); B) o descompasso da cultura jurídica brasileira – formalista e individualista – em relação aos pressupostos teóricos e dogmáticos do paradigma solidarista; e C) que o modelo legal solidarista parece ser distante da prática legal da última década, senão contraditória com ela (nesse sentido, Ibidem, p. 143-144).

<sup>230</sup> Timm destaca com razão que tal situação se torna dramática no Brasil, eis que inexistente aqui um mecanismo efetivo de uniformização jurisprudencial e de respeito aos precedentes. Diante de uma realidade de extrema complexidade e sem mecanismos de seleção próprios e eficientes das contingências políticas e sociais, as decisões judiciais passam a ser aleatórias e imprevisíveis, de modo que o direito contratual perde sua característica normativa de generalização de expectativas normativas (não mais fornece um guia de comportamento para situações semelhantes futuras) (Ibidem, p. 142).

<sup>231</sup> Timm faz referência a existência de outras teorias voltadas a trabalhar com a complexidade social contemporânea, citando como exemplo a teoria desenvolvida por Erik Jaime (recepcionada no Brasil pela Professora Cláudia Lima Marques, discípula de Erik Jaime e orientadora de Luciano Benetti Timm), a qual busca aplicar ao mundo do direito as teorias do desconstrutivismo e da negação da racionalidade. Timm entende, contudo, que tal teoria, apesar de convincente e merecedora de reflexão, seria menos adequada para a leitura do direito contratual posto no Código Civil justamente pela renúncia à concepção de sistema e de racionalidade (TIMM, *As quebras...*, p. 89, n. 265).

<sup>232</sup> A expressão é de Timm. (Ibidem, p. 134).

<sup>233</sup> Só pra citar alguns exemplos, tem-se os artigos 111, 113, 187 e 422, todos do Código Civil.

Código Civil não poderia ficar restrita à vontade do legislador<sup>234</sup>.

Com base nisso, Timm propõe que se encontre outro paradigma de interpretação do Código, o qual seja apto a dar conta da "hipercomplexidade" social contemporânea sem, contudo, desconsiderar a sistematicidade própria e a autonomia da ordem jurídica<sup>235</sup>.

Embora não seja objeto do estudo pretendido neste capítulo, destaca-se que Timm sugere a leitura do contrato tal qual vigente no direito pátrio após a entrada em vigor do Código a partir da teoria sistêmica de Teubner (teoria autopoiética), a qual consiste em uma leitura funcional *moderada*.

Segundo demonstra o autor, tal é uma leitura possível e mais precisa, eis que A) não contradiz o texto da lei, o qual foi formulado conscientemente através de cláusulas gerais, e B) não fica presa à vontade e ao tempo do legislador, permitindo a adaptação constante do direito contratual à indeterminação dos novos tempos<sup>236</sup>.

Timm esclarece que falar em funcionalismo moderado significa relativizar o funcionalismo e as ligações funcionais entre os elementos, os quais mantêm sua independência no interior do sistema<sup>237</sup>.

Nesse sentido, ótimo ponto de partida é a fórmula sintética segundo a qual o direito é aberto cognitivamente, mas fechado operativamente, com o que se garante a autonomia do subsistema jurídico sem renunciar o diálogo do discurso jurídico com outros discursos (ético, econômico ou político). Como resultado, o direito recebe o influxo de outros subsistemas, mas não se deixa manipular por eles: opera segundo sua racionalidade própria, embora sofrendo influência externa, a qual será reestruturada internamente<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> TIMM, *As quebras...*, p. 187.

<sup>235</sup> Como visto, tal é o problema do modelo solidarista como chave de leitura do artigo 421. O mesmo também ocorre, segundo Timm, com as análises que reduzem o modelo do contrato à racionalidade econômica, como pretendia a escola de Posner (*Ibidem*, p. 147). Ambas tem em comum o fato de reduzirem o contrato a apenas uma de suas dimensões, desconsiderando a complexidade que é própria ao instituto.

<sup>236</sup> O tema é desenvolvido na tese a partir da p. 147. Também é tratado pelo autor no seguinte artigo: TIMM, Luciano Benetti. Função social do contrato: a "hipercomplexidade" do sistema contratual em uma economia de mercado. In: DIREITO e Economia. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 107-119.

<sup>237</sup> TIMM, *As quebras...*, p. 30, n. 79.

<sup>238</sup> Tal é exposto de modo claro por Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, o qual, ao estudar a metodologia (o autor faz referência à Carnelutti, segundo o qual a metodologia não é outra coisa que a ciência que se estuda a si mesma em busca de seu próprio método) da ciência do direito, diz que o direito deve operar com seu método próprio, jurídico, embora se nutrendo de outras ciências. Segundo o autor, a ciência do direito é autônoma, tem seu método próprio, mas seu âmbito de conhecimento se estende para todo âmbito do conhecimento humano que pode interessar a seus fins, o qual é visto por uma perspectiva jurídica e reconstruído internamente através de um discurso

A respeito de tal leitura, o autor refere que:

No âmbito dos contratos, a teoria autopoietica não rejeita que eles sejam inseridos em uma realidade social, nem que esta traga interferências para o direito contratual, como propunha o paradigma solidarista. Tampouco a teoria dos sistemas renuncia o subsistema ético (da boa-fé nos contratos) ou ao subsistema econômico (equilíbrio nos contratos) e sua atuação como ambiente ao subsistema jurídico, como propunha o paradigma solidarista. Contudo, ao contrário do solidarismo, o modelo sistêmico permite a integridade do sistema jurídico contratual, respeitando a autopoiese dos demais subsistemas sociais, renunciando a uma exagerada "engenharia social".

Assim como o contrato necessitou, na era industrial, de uma "abertura" à realidade social (*inputs* da sociedade), agora, na era pós-industrial [...], ele necessita ser preservado de uma exagerada exposição externa – "alopoiese" (promovida pela intervenção estatal por meio de normas promocionais e por sua "engenharia social") –, que acaba, paradoxalmente, por contrariar a realidade social complexa, que não se coaduna com uma tentativa de controle da autopoiese de cada um dos subsistemas sociais (colocando em risco, com isso, o sistema social e, quem sabe, caracterizando uma "anomia"). De outro lado, o direito contratual não pode se perder no mar da complexidade social. A teoria dos sistemas parece mais adequada, portanto, a uma realidade cada vez mais complexa, admitindo que as especializações das linguagens e dos respectivos códigos vão gerando sistemas e subsistemas, cada qual com lógica e racionalidade próprias, todos eles acarretando "irritações" ao subsistema legal, sem que cada subsistema possa dominar os demais – o que vale, certamente, para o direito contratual.

Nessa perspectiva, a teoria dos sistemas não renuncia à racionalidade econômica, nem à prática social, nem à política, nem à moral, nem aos usos e costumes; cada qual tem o seu campo e a sua normatividade, os quais, por vezes, entrelaçam-se, e, por outras, contradizem-se, dado o seu "acoplamento estrutural". O contrato, nesse modelo sistêmico, torna-se a interface entre todos os sistemas sociais, a eles convergindo diversos planos de regulação, a saber, o interacional (liberdade contratual e expectativas mútuas), o institucional (mercado) e o social (a Política, a Economia, o Direito, etc.). Esses pressupostos teóricos permitem sugerir

---

próprio (GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de. *Manuales de metodología jurídica*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004, v. 1).

O autor exemplifica o entendimento através da construção prática do direito levada a cabo pelos jurisconsultos romanos: "Em Roma, la ciencia del derecho se desarrolló con retardo histórico respecto de la práctica jurídica y siempre atendió a su genuína finalidad previa, la noticia de las cosas divinas y humanas, para desvelar, exponer y explicar después el derecho como *ciencia de lo justo y de lo injusto* – según la definió Ulpiano –, dirigida a observar y mostrar como se debe determinar *quod bonum et aequum est*. Esta segunda labor la desarrollaban autónomamente los juristas; no los teólogos, filósofos, moralistas, políticos, economistas, sociólogos o científicos de cualquier otra clase.

"BIONDO BIONDI ha explicado esa tarea específica de los jurisconsultos romanos y su apertura a todos los conocimientos divinos y humanos especificando que: << a diferencia de los filósofos griegos que amaban apartarse del mundo para no ser perturbados en sus pensamientos [los jurisconsultos] viven en la realidad práctica>>; tienen un conocimiento pleno de la realidad, en su integralidad y en la multiplicidad de sus relaciones>>. Su ciencia << no está separada de la vida, sirve a la vida>>. Aunque está <<aislada>> como ciencia y es <<autónoma>> de las demás ciencias y de la política, el ámbito del conocimiento de la jurisprudencia << se extiende por todas las esferas de las relaciones humanas y divinas en lo que puede interesar al derecho>>.

"Para ello <<se vale de todos los medios y de todos los conocimientos; medicina, religión, retórica, filosofía, historia, filología sirven al jurista>>, pero lo observa todo bajo su propia perspectiva de ciencia de lo justo (Ibidem, p. 18, grifos originais).

uma leitura "sistêmica" do artigo 421 do Novo Código Civil, que permite uma concepção de contrato que viabiliza a sua sobrevivência no paradigma da complexidade<sup>239</sup>.

Por aí se vê quão discutível uma visão como, por exemplo, a exposta por Gerson Branco em tese escrita dois anos após a de Timm, na qual foi sustentada a impossibilidade de interpretação do artigo 421 Código desvinculada das bases doutrinárias estabelecidas por E. Betti e Miguel Reale, os quais são vistos quase que como intérpretes autênticos da disciplina do contrato no Código Civil.

Por qualquer prisma que se observe a questão, portanto, (legislativo, doutrinário ou sociológico), a teoria de que a função social típica passou a ser, com o artigo 421 do Código Civil, a matriz do direito contratual brasileiro é contestável.

## Capítulo 2 - Tipicidade e Individualidade no Direito Contratual Brasileiro

Tendo por base o que foi visto neste capítulo, é possível concluir que, identicamente ao que se constatou no direito italiano, também no direito brasileiro não é possível compreender o contrato a partir de uma única concepção teórica e, a partir dela, querer reduzi-lo à unidade através de um discurso monopolizador fundado nas cláusulas gerais presentes no Código.

Tal perspectiva foi dada por ultrapassada por Antônio Junqueira de Azevedo<sup>240</sup> antes mesmo da entrada em vigor do Código. Em artigo voltado a discutir a conveniência da nova codificação, o autor diz que, paralelamente às dúvidas que se impuseram à capacidade da razão para obter respostas definitivas (o que levou a filosofia a um pragmatismo antiessencialista e desconstrutivo), deu-se a quebra da unidade do mundo jurídico frente à hipercomplexidade social e à

---

<sup>239</sup> TIMM. *As Quebras...*, p. 149-150. Segundo Timm, o funcionalismo moderado de Teubner A) não nega a racionalidade, B) não abandona a noção de sistema e C) não renuncia a idéia de normatividade social, idéias próprias das teorias funcionalistas. Para ele, também, a autopoiese de Teubner parece mais coerente com uma idéia de direito social, ou seja, de uma normatividade efetivamente social, produzida espontaneamente pela sociedade e reconhecida pelo direito (cita como exemplo o caso da *lex mercatoria*). Tal, contudo, sem o risco do totalitarismo estatal de um funcionalismo radical. "Isso porque se trata de uma visão do Direito contratual que não renuncia aos "elementos não consensuais" do contrato, nem a um aprendizado (cognitivo) do direito ao seu ambiente; apenas o complexifica dentro das relações intersistêmicas e das suas mútuas 'irritações', a fim de que o sistema jurídico possa se proteger de manipulações externas, e, com isso, manter sua funcionalidade" (Ibidem, p. 89 e n. 267).

<sup>240</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, 2001, p. 121-129. No mesmo sentido, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 11-17, 2000.

consequente impossibilidade de uma concepção hierárquica *a priori* determinada de justiça. Isso tornou impensável um sistema centralizado de controle, o que se revelou em uma multiplicidade de fontes do direito, nem todas legisladas.

Com base nisso, o Jurista entende que o atual paradigma não se conforma à existência de noções vagas que tudo fazem depender do juiz. O recurso a tais noções seria uma pretensão de manter a todo o custo a concepção de unidade do direito privado, o que corresponde, para o autor, a um paradigma ultrapassado. Para ele, o sistema jurídico não é autônomo, mas um sistema de segunda ordem integrado na sociedade, ao qual não devem ser levados todos os problemas, reservando-se para as hipóteses verdadeiramente necessárias. Sustenta que aos poucos os grupos sociais estão descobrindo outras soluções, cabendo falar em *fuga do juiz*. A lei e o juiz devem ficar reservados para os casos extremos. Por isso, inclusive, defende a restrição das noções vagas, às quais considera ultrapassadas. A noção de ordem pública como idéia abstrata tomada como fundamento para declarar a nulidade de algum ato perde grande parte de seu campo de aplicação, permanecendo, quase exclusivamente, as normas de ordem pública de proteção (em detrimento das de direção), as quais se justificam apenas em duas hipóteses: proteção da vida e da dignidade humana.

Para Antônio Junqueira de Azevedo, o novo paradigma precisa de vetores materiais, de diretrizes, e não de fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo conteúdo é posto arbitrariamente por uma autoridade. Com base nisso, a conclusão a que chegou foi de que o então projeto do atual Código, o qual foi feito de cima para baixo, no tempo do Estado forte, exigindo a presença do juiz em inúmeras situações, e mantendo inúmeras noções vagas voltadas a manter a todo custo a concepção de unidade do direito, representa um paradigma ultrapassado, correspondente ao Estado inchado, insistindo na presença do juiz para tratar de inúmeras questões inúteis. O paradigma atual é o da solução rápida do caso concreto, o qual requer mecanismos mais expeditos de solução.

Deve-se, portanto, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, desistir da tentativa de reduzir tudo à unidade.

Importante observar que idéias como essas estão tendo forte impacto em leis recentes que estão alterando a disciplina do Código, as quais propendem à "fuga do

juiz". Essa tendência já foi observada pela Profa. Vera Fradera<sup>241</sup>, a qual destacou que o Estado está abrindo à regulação pelos indivíduos de certos setores da vida privada antes sujeitos ao seu jugo. Nesse sentido, a Professora fala da privatização das relações afetivas, da possibilidade de partilha em cartório na sucessão hereditária e do reforço da arbitragem, a qual tem por base um contrato através do qual as partes submetem seu litígio a um juízo não estatal. Com base nisso, a Profa. Vera Fradera destaca que, embora em muitos aspectos o direito brasileiro mostre-se com feição extremamente intervencionista, em outros se revela bastante liberal<sup>242</sup>.

<sup>241</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. Superposição de contratos. In: CONTRATOS empresariais: contratos de consumo e atividade econômica. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255-293, p. 262.

<sup>242</sup> O exemplo do direito de família citado pela Profa. Vera Fradera quando falou na privatização das relações afetivas é emblemático. Mesmo nesse âmbito, somente é possível falar de funções sociais no sentido de poder-dever em espaços bem restritos, nos quais efetivamente necessário um controle mais efetivo do Estado devido a indisponibilidade de certos direitos.

Limitando-se a questões bem atuais, observa-se que, ainda neste milênio, a manutenção do vínculo conjugal era sujeita a um conjunto de regulamentações cogentes que restringiam o divórcio a uma série de requisitos investigados pelo estado, através do Poder Judiciário e do Ministério Público, com bastante rigor. Basta ver a exigência desnecessária de dois atos visando o mesmo fim (separação judicial e divórcio), a existência de requisitos temporais mínimos, a exigência de audiência judicial em que as partes deveriam ratificar a intenção de se separarem e a necessidade de intervenção do Ministério Público (atuando no vetusto papel de curador do vínculo). Tudo isso caiu por terra. Já é possível o divórcio direto (despicienda a separação prévia) sem necessidade de observância de requisitos temporais prévios (art. 226, §6º da CF) e sem nenhuma intervenção do Estado, bastando que os interessados se dirijam ao Cartório Civil de Pessoas Naturais, desde, é claro, que não tenham filhos incapazes. Por essa razão, dentre outras, o Ministério Público não tem mais intervindo em processos de divórcio nos casos em que não há envolvimento de interesses de incapazes (emblemática a Recomendação nº 01/2010 da Procuradoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a qual visa racionalizar a atuação do Ministério Público como *custos legis* nos processos cíveis, com o que se pretende qualificar a atuação do *Paquet* naqueles casos em que efetivamente envolvido interesse público ou social. Em vista disso, a Procuradoria-Geral recomendou a não intervenção, dentre outros, nos seguintes casos em que o Ministério Público tradicionalmente intervinha: ação de separação judicial ou divórcio, ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens, ação de alimentos, ação previdenciária, ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, ação de usucapião não coletiva de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público, com interesse meramente patrimonial, desde que não haja envolvimento de interesse de menores ou incapazes).

Inegável que a questão está sendo relegada à disponibilidade das partes (privatização das relações afetivas, nas palavras da Profa. Vera Fradera), o que é bastante interessante, uma vez que o art. 226, *caput* dispõe que a família é a base da sociedade e terá especial proteção do Estado. Tal parece demonstrar que nem sempre é correto buscar interesses sociais fora dos individuais. Apenas há interesse em manter um vínculo conjugal (conferir-lhe especial proteção) quando tal é do interesse das partes, por ser-lhes vantajoso. Despiciendas maiores intervenções do Estado, eis que apenas aos indivíduos cabe a análise daquilo que lhes é vantajoso. O interesse social está, portanto, em prestar apoio às decisões individuais livremente tomadas. De outro modo, a base da sociedade (art. 226 da CF) não será sólida.

Poder-se-ia contra-argumentar alegando a existência de deveres inerentes às relações conjugais, os quais estão tipificados em lei. Tais deveres, contudo, são absolutamente irrelevantes para além da decisão individual de manter ou romper o vínculo em caso de desrespeito a eles, eis que não estão sujeitos a controle judicial, pois os tribunais não têm admitido discutir a culpa nos processos de divórcio. É dizer, respeitados ou não tais deveres, é decisão individual manter ou não o vínculo, não tendo o descumprimento do dever nenhuma consequência jurídica para além de constituir a base da decisão da parte que se sentiu prejudicada pelo descumprimento da outra. O recurso a

Apesar da consagração no Código Civil da limitação da autonomia privada através da finalidade social (artigo 187) e da função social (artigo 421) e apesar da vinculação que alguns doutrinadores estão fazendo entre o Código e as concepções solidaristas, entre as quais se destaca a da função social típica de Betti, observa-se que um estudo da disciplina do Código, da doutrina e da realidade econômico-social acabam por negar confirmação a qualquer ideal unificante promovido sob a égide de alguma concepção teórica que pretenda estabelecer um critério único para orientar o pensamento a respeito do controle da autonomia privada.

Mesmo que se aceite a idéia de controle através da tipicidade como um dado ineliminável, verdade é que mesmo o Código apresenta bons fundamentos jurídicos para conferir valor determinante às escolhas individuais lícitas tomadas em liberdade ao arrepio dos esquemas típicos. A isso se poderia acrescentar a necessária abertura à influência, nas decisões judiciais, de conhecimentos oriundos de outras ciências, os quais podem penetrar no discurso jurídico através das cláusulas gerais, o que fica flagrante nas normas voltadas ao comportamento das partes (ética) e na análise econômica do direito.

Também se poderia apresentar outros instrumentos utilizados pelo legislador visando controlar os atos de autonomia privada sem recurso à noção de tipo. Este trabalho, contudo, não se volta a uma análise complexiva dos instrumentos e técnicas de controle da autonomia privada. Pretende-se apenas evidenciar dessa temática alguns aspectos considerados importantes e que são sub-valorados ou valorados unilateralmente, com o que se pretende obter uma visão mais realista do direito contratual pátrio. Para isso, elegeu-se como fio condutor da análise o confronto das idéias de tipicidade e individualidade nos contratos, as quais parecem bastante representativas de aspectos centrais envolvidos nas discussões que o Código Civil inaugurou no Brasil a respeito do contrato.

Até o momento, o que é possível indicar de tais idéias é que elas convivem no ordenamento jurídico brasileiro. Este tópico tem por objeto apresentar alguns argumentos visando dar mais substância a esse entendimento.

---

argumentos voltados a discutir a culpa, o que é frequentíssimo na prática do foro, é típico de profissionais alienados da realidade jurídica, servindo apenas para colocar as partes em situação constrangedora.

De função social (entendida como poder-dever) como critério efetivamente operante como *ratio* das decisões, mesmo em direito de família, só cabe falar em matéria de proteção de incapazes e naquelas em que envolvida a assegurar de bens essenciais à manutenção da pessoa, como nas questões de alimentos.

Para atingir o objetivo aqui pretendido, contudo, é necessário um ambiente dentro do qual desenvolver o discurso, contextualizando-o, eis que, de outro modo, a exposição ficaria bastante abstrata e dispersa, dificultando-se a compreensão das idéias trabalhadas.

Em vista disso, serão tratadas a frente duas temáticas em que aquelas idéias aparecem com evidente clareza, a partir do que parece ser possível extrapolar o pensamento para conclusões mais gerais.

Trata-se das questões da boa-fé e do equilíbrio contratual. Poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que com o recurso a tais questões estar-se-ia enveredando em dificuldades talvez insuperáveis, eis que pretender limitar o discurso recorrendo a teorias amplas e de tratamento dificultoso, ao invés de reduzir a complexidade, ampliá-la-ia exponencialmente.

A frente ficará claro, contudo, que alguns aspectos que – considerando o nível do discurso doutrinário a respeito de tais temas – podem ser qualificados como triviais sobre o modo que a boa-fé atua e sobre as discussões travadas em torno da questão do equilíbrio contratual podem esclarecer de modo especial a temática aqui discutida.

Passa-se ao tema.

## 1 A questão da Boa-Fé e os Fins Contratuais

A ligação entre a idéia de fim contratual e boa-fé é corrente e constitui uma das linhas principais da idéia de obrigação como processo, concepção divulgada no Brasil por Clóvis do Couto e Silva através da sempre citada *A Obrigação como Processo*<sup>243</sup>, obra que, segundo o próprio autor, é permeada pelo tratamento teleológico, o qual lhe confere unidade<sup>244</sup>.

Segundo o Jurista, a concepção de obrigação como processo é determinada pela noção de finalidade<sup>245</sup>, a partir da qual a boa-fé irá atuar. Clóvis destaca que a prestação principal é estabelecida pela vontade<sup>246</sup>, atuando a boa-fé para determinar o como da prestação e os seus limites para que o adimplemento seja satisfatório<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 34. A partir da idéia de adimplemento satisfatório, a Profa. Judith Martins-Costa constrói

Em outra passagem, o autor diz que a medida da intensidade dos deveres secundários é dada pelo fim do negócio. Tal finalidade, contudo, não é apenas aquela de que normalmente se fala na teoria da causa. Também o será aquele *plus* que integra o fim da atribuição e que se relaciona intimamente com ele, tornando o adimplemento satisfatório ou não. Esclarece o autor que não se trata de motivo como algo psicológico, mas de algo perceptível à outra parte<sup>248</sup>.

Tais idéias já estão consolidadas na doutrina brasileira. A partir delas, coloca-se a questão que aqui interessa: perquirir a partir de quais fins a boa-fé se orienta.

Já ficou claro o entendimento aqui defendido no sentido de que, no direito contratual brasileiro, a idéia de relevância jurídica não se reduz aos fins típicos, o que foi desenvolvido a partir da consideração de normas presentes no Código Civil, da doutrina e da consideração dos dados ambientais em que o contrato atua.

Isso vale para iluminar a operatividade da boa-fé. Lembra-se a disciplina da conversão do negócio nulo tal qual posta no artigo 170 do Código, o qual estabelece que a conversão tem por base um juízo finalista: o critério reitor é o fim visado pelas partes, de modo que a conversão deve respeitar o programa concreto estipulado por elas. Conforme foi assentado, se, a partir do fim visado, for possível supor que as partes teriam querido um negócio jurídico de fatispécie menos ampla, este subsistirá. A boa-fé atua nesse caso visando dar efetividade jurídica ao real intento manifestado pelas partes, livrando o juízo da submissão ao oportunismo de quem, contraditoriamente, passou a querer desvincular-se do negócio.

Tal entendimento, adverte-se, foi apresentado com um objetivo bem preciso: demonstrar que a posição segundo a qual a função relevante do contrato é a típica não é isenta de críticas, sendo possível extrair, do conjunto do direito contratual brasileiro, indicações de sinal oposto. Assim, nunca é demais repetir, o objetivo visado não consiste em demonstrar que a idéia de individualidade ocupa o papel de monopólio no que diz respeito à determinação dos fins negociais relevantes, com o que se estaria caindo na unilateralidade oposta aos entendimentos lá rebatidos.

O entendimento defendido neste trabalho é de que nenhuma das noções é

---

uma noção substancial de adimplemento (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Adimplemento e inadimplemento. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, p. 95-113, 2003).

<sup>248</sup> Ibidem, p. 40-41. Ainda do mesmo autor, a crítica ao entendimento de Betti, segundo o qual a boa-fé coincide com o critério de correção (correteza) do artigo 1175 do *Codice Civile*. Segundo Clóvis, o conceito é objetivo e atende, sobretudo, ao fim do ato que se está praticando. Denominá-lo como dever derivado da "correção social" é turvar o conceito, ao invés de esclarecê-lo (Ibidem, p. 38, n. 55).

base suficiente para a racionalização do direito dos contratos, proposição que avançará neste tópico.

Da doutrina é possível colher algumas colaborações importantes a respeito desenvolvidas por autores que se dedicaram em específico à questão da relação entre boa-fé, tipicidade e individualidade nos contratos.

Mario Bessone é um dos autores que discute a problemática. Sua obra *Adempimento e Rischio Contrattuale* conduz irresistivelmente o pensamento à idéia de que não é realista buscar um arcabouço conceitual através do qual abarcar a realidade. Com efeito, em uma das passagens mais incisivas, o autor assevera que a propensão a sintetizar em um único conceito os múltiplos aspectos da razão justificativa e do controle das transferências de riqueza caracteriza, em grande medida, a evolução de todos os ordenamentos de direito codificado. Exemplo desta propensão é a construção da teoria do negócio jurídico, com a qual se busca elaborar princípios rigorosos a partir dos quais resolver a questão do controle da autonomia privada de maneira unitária. *Ma, in questo modo, la dogmatica ha preteso l'impossibile*, eis que não existe uma fórmula capaz de indicar critérios de valoração úteis para solucionar cada um dos problemas envolvidos no exercício da autonomia privada. Nesse contexto, fica flagrante a dificuldade e o embaraço em que se coloca a teoria da causa: *il concetto di causa, quanto più è rigoroso e riassuntivo, tanto meno è operativo*<sup>249</sup>.

O autor conclui ser impossível de se chegar à unidade da teoria contratual a partir da causa como conceito unificante e critica a tendência de sintetizar a série de interesses tuteláveis em uma fórmula banalizante, eis que a circunscrição do âmbito dos interesses relevantes aos característicos dos tipos (legais e sociais) não é compatível com uma consideração realística do papel do contrato, o qual requer uma verificação do conflito de interesses de modo mais penetrante do que poderia consentir qualquer abstrata definição com pretensão de rigor e simplicidade<sup>250</sup>.

O que mais interessa aqui é o capítulo 5º da obra, o qual tem por objeto A) o controle da compatibilidade entre as circunstâncias contratuais e o adimplemento e

---

<sup>249</sup> BESSONE, *Adempimento...* As citações estão na p. 260. O tema do parágrafo é desenvolvido a partir da p. 258. Com efeito, quanto mais se abre para dar conta do real, menos a causa opera, de modo que a teoria se vê diante de um dilema: abranger de modo eficiente apenas uma parte da realidade, mantendo nela sua operatividade, ou abarcar todo âmbito da autonomia privada, sem uma efetiva operatividade, atuando como critério meramente descritivo (*Ibidem*, p. 279-280).

<sup>250</sup> Nesse sentido, *Ibidem*, p. 247-266.

B) os critérios para distribuição dos riscos contratuais<sup>251</sup>.

O capítulo inicia com o estudo da boa-fé, a qual dá base, segundo o autor, a argumentos tão atraentes quanto perigosos. Não por acaso o primeiro parágrafo do capítulo é intitulado *Indicazione di tecniche per sottrarre il giudizio di buona fede agli inconvenienti delle valutazioni equitative*.

Parte o autor do entendimento de que o controle da compatibilidade entre as circunstâncias e o adimplemento deve ser operado por critérios que sejam tão dúcteis quanto exige a variabilidade dos casos da prática, com o que será possível colher a particularidade do ato de autonomia privada em sua real identidade. Com efeito, o juízo em termos de *correttezza* não pode deixar de operar de modo diverso segundo a diversidade das hipóteses sobre as quais incide, eis que a determinação da regra de correção não pode ser levada a cabo *a priori* e em abstrato, mas apenas em relação às circunstâncias do caso.

Por outro lado, também é verdade que, caso o juízo de boa-fé seja deixado à mercê de índices de valoração totalmente indeterminados, seria aberta a via, senão ao direito livre, aos mesmos inconvenientes que tornam temível a jurisprudência de equidade: enquanto não identificadas as constantes do que deva ser considerado normal ou correto, não se poderá prever o resultado do juízo de boa-fé.

Bessone refere ser certo que a tarefa de individualizar elementos para a formação de um juízo rigoroso e circunscrito sobre a boa-fé encontra limites insuperáveis devido à natureza indeterminada das cláusulas gerais. Tal não deve implicar, contudo, a renúncia a um esforço voltado a uma racionalização mínima da cláusula da boa-fé<sup>252</sup>, o que constitui condição insuprimível da legitimidade do seu emprego<sup>253</sup>.

Frente a isso, a primeira técnica apontada pelo autor visando uma delimitação

---

<sup>251</sup> Ibidem, p. 343, et seq. Importante enfatizar que esta temática não é objeto do estudo aqui levado a cabo. O que interessa é investigar os critérios a partir dos quais o autor entende que tal controle deve ser realizado e o modo como se articulam tais critérios. Assim, serão enfrentados alguns aspectos da temática central do estudo de Bessone, mas tal será feito apenas na medida do necessário para tratar o tema que aqui interessa.

<sup>252</sup> Segundo Bessone, uma certa dose de formalismo não contradiz necessariamente a *ratio* da boa-fé (BESSONE, *Adempimento...*, p. 347, n. 11).

<sup>253</sup> Bessone destaca que um juízo operado sobre os concretos conflitos de interesse sem essa racionalização mínima (sem um mínimo de formalismo) não constituiria um juízo de boa-fé, mas o exercício de uma atividade tal a desnaturar, a um só tempo, o regime das relações contratuais e a função jurisdicional. O primeiro, porque o juiz sobreporia suas visões a respeito do equilíbrio da operação econômica àquelas visões iluminadas por uma consideração do contexto do negócio. O segundo, porque ao juiz não é dado fazer das cláusulas gerais o instrumento do seu particular sentimento do justo (Ibidem, p. 346).

básica da boa-fé consiste na adoção de critérios mutuados dos tipos contratuais (conjugados com uma análise conduzida segundo o metro dos valores do mercado<sup>254</sup>). Esse o tema do segundo parágrafo do capítulo 5º do livro, intitulado *I criteri di valutazione suggeriti da un'analisi del tipo contrattuale inteso come piano di distribuzione di rischi*.

Tal é muito interessante na medida em que, como visto acima, juízos pautados pela regra de correção – os quais tem por principal base a boa-fé – são apontados como constitutivos de uma nova técnica de controle que está superando o controle através do recurso ao tipo. No entendimento de Bessone, contudo, a relação entre tipo e regra de correção não é – pelo menos necessariamente – de disputa pela primazia como técnica de controle de um âmbito de relações, de modo que um busque tomar o terreno do outro. Segundo o autor, ao contrário, uma valoração a partir do tipo de contrato adotado pelas partes aponta uma direção segura ao intérprete, eis que o tipo indica os padrões objetivos a partir dos quais valorar a correção e a normalidade do comportamento dos contratantes frente às circunstâncias que interferem sobre o adimplemento.

Para Bessone, os tipos indicam uma certa distribuição de riscos entre os contratantes, de modo que, quando for possível enquadrar o contrato em um dado tipo, o plano de repartição de riscos por ele proposto constitui o mais considerável critério do qual derivar qual dos contratantes deve suportar as consequências das circunstâncias verificadas.

O autor esclarece que um juízo obtido de tal modo não desconsidera a autonomia privada, uma vez que o fato de que as próprias partes escolheram um dado tipo é sinal indiscutível de que, em linha de princípio, consentiram em adotar o plano de distribuição de riscos nele implícito.

Considerando, contudo, que a qualificação (enquadramento em um tipo) não conduz, pelo menos na grande maioria dos casos, a um entendimento acabado, necessário que se estabeleça uma relação mútua com outros critérios (como a boa-fé ou as valorações do mercado, por exemplo), o que permite convalidar, complementar ou corrigir o resultado obtido através da valoração conduzida

---

<sup>254</sup> A mio avviso, la possibilita di razionalizzare il giudizio di buona fede in una precisa tecnica di controllo sulla compatibilità tra circostanze ed adempimento esiste nella mesma misura in cui una valutazione in termini di normalità e correttezza trova attendibili indici nei connotati de tipo contrattuale prescelto e in un'analisi condotta secondo il metro dei valori di mercato (Ibidem, p. 348). Deste trecho, é possível observa-se que é acrescentado a um quadro que já é complexo mais um aspecto complicador: o recurso aos valores do mercado. Tal, contudo, não será aqui explorado.

segundo o tipo.

No último caso (correção do juízo obtido a partir do tipo), Bessone deixa claro que está em foco a tensão entre a riqueza da realidade e a limitação das hipóteses teóricas, de modo que são necessários critérios adicionais que superem uma indevida simplificação da economia do negócio, o que ocorreria caso exaurida sua razão justificativa na função econômico-social que lhe é própria.

Digna de nota é a conclusão de Bessone:

In conclusione, la qualificazione del contratto talora costituisce l'esclusivo criterio di decisione delle controversie, ma più spesso deve combinarsi con altri indici di apprezzamento e questa necessita di interrelare criterii di giudizio disparati risponde a quella esigenza di rendere duttile e realistica qualsiasi direttiva di massima che caratterizza sempre l'impiego di una clausola generale.

O autor percebe bem que o direito dos contratos do seu tempo repudia fórmulas dogmáticas com pretensão de plenitude, eis que qualquer juízo realista a respeito de um negócio concreto deve intercalar todos os critérios sugeridos pelas cláusulas do contrato e pelas circunstâncias em que o negócio foi levado a cabo e sob as quais será executado. Tal se reflete de modo especial no emprego da boa-fé, a qual não pode ter sua operatividade limitada aos fins típicos do contrato.

Importantes para o objeto deste trabalho são, também, as considerações de Joaquim de Souza Ribeiro, o qual dedicou à problemática artigo em que estuda a noção de "*Economia do Contrato*" como *Categoria Jurídica*<sup>255</sup>.

Segundo o autor, tal noção implica uma abertura cognitiva e valorativa na teoria do contrato capaz de fazer frente às concepções conceitualizantes e voluntaristas. Ver o contrato pela perspectiva da sua economicidade significa incorporar na valoração jurídica elementos de significação colhidos em concreto, a partir da estrutura e dos fins da operação econômica levada a cabo, os quais são de extrema importância na interpretação e na integração do negócio realizado e, assim, na determinação da disciplina jurídica aplicável.

A idéia de economia do contrato põe em evidência os interesses nucleares da operação realizada, de modo que expressa uma técnica através da qual colher em concreto os elementos que dão ao negócio seu sentido específico. A partir disso, torna-se possível inferir critérios realísticos para a determinação da disciplina

---

<sup>255</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. A "economia do contrato" como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 69-81, 2008.

aplicável, uma vez que a determinação dos critérios de solução de conflitos de interesses passa a ser pautada pela conexão entre A) o conteúdo das declarações negociais e B) as utilidades procuradas por meio da operação que deu azo ao contrato, numa visão integrada que traduz o sentido global do negócio.

Ribeiro esclarece ainda que a idéia de economicidade permite uma consideração unitária e complexiva dos elementos individuais (subjetivos) e típicos (objetivos) envolvidos no negócio, pelo que representa o ponto de encontro do subjetivo com o objetivo. O referencial, contudo, é o sentido concreto do contrato, o qual representa a estrutura real de interesses envolvidos e a sua conformação visando a realização das finalidades eleitas.

Quanto à boa-fé, insere-se nesse contexto ditando comportamentos ajustados ao fim do contrato, auxiliando-o a desempenhar seu papel de instrumento mediador de trocas em um sistema de mercado. Trata-se, portanto, de uma atuação compatível, articulada e cooperativa entre boa-fé e autonomia privada<sup>256</sup>.

---

<sup>256</sup> A resultado análogo chegou Luciano de Camargo Penteado através do que chama de papel envolvente da causa concreta, a qual pode trazer para dentro de um contrato uma obrigação que, abstratamente, poderia parecer estranha a ele. Em caso de violação desta obrigação, tem-se a quebra do fim do contrato devido à perda da racionalidade da operação econômica. Aqui, a noção de causa, apontando para o fim concreto próprio *daquele* contrato, especifica as bases para a atuação da boa-fé, eis que impõe um atuar leal em vista de tais fins.

O autor trata de um julgado do STF (REx 81.052, 17/10/1975, Moreira Alves) em que as partes (Volks e Nova Texas) celebraram contrato de concessão de venda mercantil dotada de caracteres que não permitiam a perfeita subsunção estrutural e funcional em um modelo típico de contrato. A Volks resiliu o contrato unilateralmente e sem motivo, o que ensejou ajuizamento de ação por perdas e danos. A ação foi julgada procedente e a Volks recorreu argumentando que se tratava de contrato atípico, pelo que inaplicável o dever de aviso prévio. Penteado refere que o STF não fez menção à noção de causa concreta, mas dela fez uma aplicação implícita, conjugada com a boa-fé: "No particular, o dever de dar aviso prévio trata-se de um daqueles deveres de lealdade derivados, se não da lei ou do contrato, da boa-fé objetiva. Embora não se tenha feito menção à categoria da causa contratual, aqui ela foi utilizada para manter um equilíbrio na alocação de riscos estabelecida pelo contrato. Se a causa traz dependência entre as prestações das partes, a ruptura abrupta na concessão da venda rompe o nexo de dependência entre prestação e contraprestação, ensejando dano injustificado e pedido de reparação. A Nova Texas houvera investido com vistas à concessão e, mais que isso, a este comportamento se obrigara contratualmente por conta do benefício que auferiria de ostentar a marca Volks. Há dependência causal entre esta prestação e a concessão. O comportamento condutual da Volks desequilibra a alocação de custos e riscos porque rompe a causa sinalagmática. (grifo original)

"No particular, há, claramente, sobreposição temática com a idéia de boa-fé objetiva. Há atuação contraditória da Volks, que causa expectativa, determina comportamento da contraparte orientado em um sentido e, depois, injustificadamente, a mesma parte que ensejou o comportamento dá um passo atrás. Configura-se o *venire contra factum proprium*, que a ninguém é concedido.

[...]

"A causa concreta, no aresto, mostra o envolvimento real entre prestações aparentemente desconectadas em tese e em método legalista de análise. O que seria mera concessão envolvia, de certo modo, uma parceria, no sentido de que a empresa concedente obrigou a ajustes de aviamento nos quais tinha interesse e dos quais obteria proveito, tanto que, expressamente, declarou o interesse em contrato. A causa concreta permite perceber a introdução, no contrato de concessão, de uma outra prestação, não típica do modelo em questão.

Tem-se, assim, que a tônica da atuação da boa-fé é colocada na satisfação dos fins determinados em liberdade pelas partes, independentemente de sua tipicidade. Mesmo nos casos em que utilizado um esquema típico, caso em que a determinação dos fins contratuais que orientam a boa-fé será feita a partir da conjugação de elementos típicos e individuais, estes têm primazia.

Isso não é, contudo, absoluto. Conforme refere Joaquim de Souza Ribeiro, a convivência pacífica entre autonomia privada, boa-fé e a noção de economia do contrato pressupõe aptidão funcional da primeira para autotutela.

Para exemplificar, pode-se recorrer ao exemplo dos contratos próprios daqueles âmbitos massificados da economia, os quais se caracterizam pela extrema despersonalização. Se, nos contratos individualizados a natureza da operação econômica deve ser colhida em concreto, de acordo com a conformação que as partes deram aos próprios interesses, nos contratos estandardizados, em que rarefeitos os referenciais subjetivos (individuais), tem-se, necessariamente, uma sobrevalorização dos elementos objetivos, o que reforça a operatividade do tipo como ponto de referência para a tomada de decisões, as quais passam a se basear mais intensamente na normalidade das coisas.

A conclusão que parece ser possível extrair daí é de que o objetivo (típico) e o subjetivo (individual) têm peso maior ou menor segundo o âmbito em que a operação objeto de investigação se encontra, sendo o juízo a respeito pautado pela capacidade de efetiva autodeterminação individual presente em cada caso.

A noção de economia do contrato trabalhada por Ribeiro opera, portanto, como base a partir da qual a boa-fé irá atuar, não permitindo que seja esvaziado arbitrariamente o núcleo dos interesses individuais envolvidos na operação econômica. Recorre-se, assim, a uma noção mais concreta que a de tipo para a determinação do núcleo dos interesses relevantes do negócio. Isso não exclui, contudo, que, presentes determinadas circunstâncias, a boa-fé também atue em paralelo com o tipo, visando impedir que seus elementos sejam esvaziados naqueles casos em que tal conduza ao desnaturamento do regime das relações

---

“Tem, neste caso, um efeito envolvente, captador da prestação que estaria de fora do contrato típico e permite, assim a indenização por perdas e danos em vista de que houve, ao menos parcialmente, quebra do fim do negócio jurídico firmado. [...] A causa, nestas hipóteses, traz para dentro de um contrato uma prestação que pareceria meramente externa ou em nada relacionada a ele (PENTEADO. Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. In: O DIREITO da empresa e das obrigações e o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 249-287, p. 271-275.).

contratuais, o que implica, na prática, um reforço da operatividade dos critérios típicos, os quais são, no comum dos casos, livremente afastados pelas partes.

À conclusão idêntica a de Ribeiro pode-se chegar através do estudo da segunda questão referida, a qual se passa.

## 2 A Questão do Equilíbrio Contratual

Não é difícil demonstrar a ligação da questão do equilíbrio contratual com o tema objeto deste trabalho.

A noção de justiça no modelo liberal de contrato é por todos conhecida: *Qui dit contractuel, dit juste*. Eis a individualidade no contrato, pois tal noção de justiça está calcada nas decisões livres dos titulares dos interesses em jogo<sup>257</sup>.

Também é sabido que a evolução econômica e social do séc. XX atingiu em cheio tal concepção de justiça, ensejando um controle voltado a garantir o equilíbrio substancial do conteúdo contratual. Um dos instrumentos de controle largamente empregado para tal fim é o recurso ao tipo. Destacam-se alguns dos incontáveis exemplos existentes no ordenamento jurídico pátrio a título de demonstração.

Talvez, o exemplo mais expressivo seja o dos contrários agrários, os quais são submetidos a um controle rigoroso através da *vedação da atipicidade contratual*<sup>258</sup>. O grau de controle a que o legislador submeteu tais contratos foi tão forte que o Estatuto da Terra chegou a estabelecer limites máximos para a cota do parceiro-outorgante na partilha dos frutos quando o contrato for do tipo parceria, visando impor um equilíbrio econômico mínimo na relação<sup>259</sup>.

<sup>257</sup> A base desse modelo parte da premissa de que os contratantes são sujeitos livres e iguais, a partir do que os teóricos do séc. XIX chegaram à conclusão de que o contrato garantiria, por suas virtudes próprias, a justiça do pactuado, uma vez que cada parte, buscando a maximização dos seus interesses, acabaria por podar as pretensões abusivas da contraparte. Em suma, tem-se um modelo de contrato cuja exigência de consenso para a sua perfectibilização gera o controle recíproco das pretensões contrapostas. Dessa forma, a mecânica contratual seria capaz de gerar automaticamente um resultado equilibrado, devido a uma dialética de forças opostas (cf. RIBEIRO, *O problema...*, p. 74-75).

<sup>258</sup> Nesse sentido, BRANCO. *As Origens...* p. 283-286.

<sup>259</sup> O art. art. 96, VI, do Estatuto da Terra, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.443/2007, dispõe o seguinte: "Art. 96. Na parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, observar-se-ão os seguintes princípios:

[...]

VI - na participação dos frutos da parceria, a quota do proprietário não poderá ser superior a:

- a) 20% (vinte por cento), quando concorrer apenas com a terra nua;
- b) 25% (vinte e cinco por cento), quando concorrer com a terra preparada;
- c) 30% (trinta por cento), quando concorrer com a terra preparada e moradia;

Outro exemplo extrai-se das relações trabalhistas, pois o art. 442 da CLT dispõe que à relação de emprego corresponde o contrato típico de trabalho, o qual é dotado de garantias mínimas a favor do trabalhador<sup>260</sup>.

Do Código Civil, cita-se o art. 424, o qual dispõe que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” Falar em direito decorrente da natureza do contrato remete, inequivocamente, ao tipo de contrato celebrado, a partir do qual será possível aferir quais direitos não poderão ser renunciados antecipadamente, preservando-se o equilíbrio contratual. Na mesma esteira, o art. 413 do Código também faz referência à natureza do negócio como critério a partir do qual aferir a excessividade da penalidade contratual para fins de sua redução equitativa. Norma idêntica, mas ainda mais explícita, encontra-se no art. 51, §1º, II do CDC, o qual dispõe que “presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que” “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”.

A vinculação entre a questão da justiça e do tipo também aparece em todas as normas dispositivas que disciplinam os diversos tipos contratuais acolhidos pelo ordenamento jurídico, pois a construção deles pauta-se pelo objetivo de dispor normas voltadas a mais equilibrada distribuição possível de direitos, deveres e ônus entre as partes. Confrontando-se isso com o exposto na 1ª parte, quando se tratou

d) 40% (quarenta por cento), caso concorra com o conjunto básico de benfeitorias, constituído especialmente de casa de moradia, galpões, banheiro para gado, cercas, valas ou currais, conforme o caso;

e) 50% (cinquenta por cento), caso concorra com a terra preparada e o conjunto básico de benfeitorias enumeradas na alínea d deste inciso e mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas, para atender aos tratos culturais, bem como as sementes e animais de tração, e, no caso de parceria pecuária, com animais de cria em proporção superior a 50% (cinquenta por cento) do número total de cabeças objeto de parceria;

f) 75% (setenta e cinco por cento), nas zonas de pecuária ultra-extensiva em que forem os animais de cria em proporção superior a 25% (vinte e cinco por cento) do rebanho e onde se adotarem a meação do leite e a comissão mínima de 5% (cinco por cento) por animal vendido;

g) nos casos não previstos nas alíneas anteriores, a quota adicional do proprietário será fixada com base em percentagem máxima de dez por cento do valor das benfeitorias ou dos bens postos à disposição do parceiro”.

260 Relação de emprego e contrato de trabalho são conceitos distintos, embora este sempre exista quando aquela está presente. A relação de emprego é uma situação fática que existe quando há prestação de trabalho nas condições descritas no art. 3º da CLT, o qual dispõe que “Considera-se empregado toda **pessoa física** que **prestar serviços** de natureza **não eventual** a **empregador** [definido no art. 2º da CLT], sob a **dependência** deste e **mediante salário**.” À existência de relação com as características do art. 3º, a lei faz corresponder, como forma de proteção do trabalhador, um contrato típico dotado de garantias mínimas, independente de qualquer formalização, conforme se extrai do art. 442 da CLT, o qual dispõe que “**contrato individual de trabalho** é o acordo tácito ou expresso, correspondente à **relação de emprego**.” (grifos não originais)

do papel dos tipos por ocasião da exposição da doutrina de Ferri, percebe-se o papel essencial que os padrões de justiça consagrados nos tipos dispositivos exercem na economia ao colmatarem as lacunas existentes nos negócios celebrados, permitindo que atinjam satisfatoriamente o seu fim normal.

Além disso, tais padrões funcionam como auxiliares na aplicação de outras normas, o que pode ser exemplificado recorrendo-se àquelas voltadas ao controle da compatibilidade entre as circunstâncias contratuais supervenientes e o adimplemento, caso em que os padrões típicos atuam como apoio a partir do qual operar a distribuição dos riscos contratuais. Isso tem especial relevância, por exemplo, na aplicação do art. 478 do Código, pois o recurso ao tipo irá auxiliar a determinar se um determinado risco está ou não abrangido pela álea normal do contrato celebrado, a partir do que será possível determinar quem irá suportar as consequências decorrentes da concretização de tal risco<sup>261</sup>.

Os exemplos poderiam continuar indefinidamente. Os acima apresentados, contudo, bastam para demonstrar a relação entre a idéia de justiça contratual e a questão deste trabalho, qual seja, o confronto entre tipicidade e individualidade nos contratos. A *tipicidade* relaciona-se à *objetivação* da idéia de justiça; a *individualidade*, ao contrário, relaciona-se à sua *subjetivação*, pois a vincula à livre escolha dos sujeitos privados. Tem-se, assim, que a discussão sobre a justiça contratual é um ambiente propício para tratar de problemas que aqui interessam.

Não se pretende, contudo, tratar do problema da justiça contratual na sua amplitude<sup>262</sup>, mas apenas um de seus corolários, qual seja, a questão do equilíbrio contratual, cingindo-se, ainda, a análise à questão do equilíbrio econômico<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Nesse sentido, o seguinte trecho de Rinaldi: “Infatti, soltanto il verificarsi di un evento straordinario [...] ed imprevedibile [...], produttivo di uno squilibrio sinallagmatico eccessivo, **non assorbito nell’alea normal del tipo contrattuale**, determina la trasformazione dell’economia dell’affare rilevante per il diritto.” (RINALDI, *La Proporzione...*, p. 44, n. 150). No mesmo sentido, Fernando Martins, o qual, tratando dos requisitos para a resolução por onerosidade excessiva, refere que “o direito romano-germânico caminhou no sentido de que fato extraordinário é aquele que se abstrai de uma normalidade e que fato imprevisível é aquele não coberto pelos riscos próprios do tipo contratual.” (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 400).

<sup>262</sup> Para uma abordagem mais ampla da questão da justiça contratual, remete-se ao estudo elaborado por Fernando Rodrigues Martins acima citado (MARTINS, *Princípio...*).

<sup>263</sup> Conforme ressalta Denardi, a questão do equilíbrio pode referir-se tanto ao perfil normativo – caso em que é entendido como a síntese das posições normativas das partes, referindo-se ao *asseto* alocativo de direitos, obrigações, ônus, responsabilidades e riscos – quanto ao perfil econômico do contrato – caso em que se refere ao valor econômico das prestações objeto da troca (RINALDI, *La proporzione...*, p. 1).

Oportuno destacar que não interessa aqui tratar do equilíbrio contratual como critério reitor do preenchimento subsidiário do conteúdo do contrato, tal qual ocorre na integração dos pontos omissos do negócio a partir da aplicação da disciplina dispositiva prevista nos tipos. Nesse caso, a idéia de equilíbrio e a idéia de liberdade contratual convivem pacificamente, sendo que a atuação do tipo se dá visando tornar possível que o contrato, nos termos em que celebrado pelas partes, atinja seus fins do melhor modo possível. Aqui, tipicidade e individualidade andam lado a lado, auxiliando-se reciprocamente em vista do fim do contrato.

O que se pretende é verificar se, no regime do Código Civil, o tipo atua como critério objetivo de equilíbrio a partir do qual aferir a adequação das escolhas dos contratantes, sobrepondo-se a elas em caso negativo. Especificando um pouco mais a proposta do estudo que será realizado, pretende-se verificar se a cláusula geral da função social do contrato prevista no Código impõe a utilização do tipo nestes moldes. A resposta positiva a tal questão implicaria reconhecer a existência de um critério geral de equilíbrio contratual no Código Civil. Eis, assim, a questão objeto de estudo: perquirir se o art. 421 do Código dá amparo a tal critério.

A vinculação da idéia de função social do contrato ao equilíbrio contratual não é incomum na doutrina brasileira, assim como não é na Itália. A respeito, Rinaldi destaca a existência de entendimento que tende reconduzir o controle do equilíbrio contratual à questão do juízo de merecimento de tutela. Segundo o autor, tal entendimento enquadra-se em orientação mais ampla que tende a identificar a existência de um mandamento de equilíbrio contratual em toda cláusula geral do ordenamento jurídico:

Ad ogni modo, la valorizzazione del giudizio di meritevolezza al fine di privare di efficacia i contratti sperequati, rientra in un più ampio orientamento volto a ravvisare l'implicazione di un precetto di giustizia dell'equilibrio contrattuale nelle clausole generali dell'ordinamento giuridico ed, in particolare, nel principio di buona fede<sup>264</sup>.

Dois dos autores brasileiros que seguem essa orientação e reconduzem o equilíbrio contratual à cláusula geral da função social do contrato são Bruno Miragem e Álvaro Villaça Azevedo.

Este entende a função social do contrato como princípio protetor da parte mais fraca diante das circunstâncias do caso. Segundo o autor, o artigo 421 "alarga,

---

<sup>264</sup> RINALDI, *La proporzione...*, p. 118.

ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco na contratação..."<sup>265</sup>. É a partir de uma perspectiva como essa que o autor lê alguns dos artigos do Código Civil, distorcendo o seu sentido e alcance. Como exemplo, cita-se que o autor entende que o artigo 480 do Código Civil estabelece a lesão em sua modalidade objetiva, bastando, para sua configuração, que haja a mera desproporção no contrato, proibindo-se, assim, cláusulas leoninas e abusivas<sup>266</sup>. Quanto ao artigo 478, o autor propõe que seja eliminado o requisito da imprevisibilidade, de modo que a cláusula *rebus sic stantibus* seria admitida sem as limitações da teoria da imprevisão<sup>267</sup>.

Já Bruno Miragem, na busca de "diretrizes interpretativas da função social do contrato", diz que

a premissa básica [...] é de que a *função social do contrato* introduz as noções de *igualdade contratual* e, por conseguinte, de *equilíbrio contratual*, presentes no direito do consumidor, no regime geral do direito civil. [...] Neste último, não se há de reconhecer *a priori*, a desigualdade entre as partes, mas será admitido, com fundamento no princípio da função social do contrato, que o juiz identifique no caso [...] situações tópicas de desigualdade e desequilíbrio. (Grifos originais)<sup>268</sup>.

Na Itália, é possível verificar que a jurisprudência já se valeu da concepção de causa para controlar o equilíbrio do contrato de compra e venda, tema tratado por Rinaldi na segunda parte da sua tese<sup>269</sup>.

O autor demonstra a evolução do grau de utilização do conceito de causa como instrumento para que a circulação dos bens encontre um limite qualitativo na função social do ato de autonomia privada. Apesar da ausência de um desenvolvimento linear, devido às inúmeras marchas e contramarchas na evolução jurisprudencial italiana, o autor destaca que a jurisprudência transitou de uma posição inicial de indiferença frente ao problema da proporção objetiva das

<sup>265</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ASPECTOS Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31-45, p. 34.

<sup>266</sup> Ibidem, p. 41-45. A partida, observa-se que o entendimento do autor é negado por um dos mais básicos critérios de interpretação, o topológico. Com efeito, a lesão é tratada na parte geral do Código Civil, em capítulo destinado aos defeitos do negócio jurídico (art. 157). O art. 480, por sua vez, está inserido na parte especial do Código, no capítulo destinado à extinção dos contratos, em seção destinada à resolução por onerosidade excessiva.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 41-45.

<sup>268</sup> MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 22-45, out./dez. 2005, p. 32.

<sup>269</sup> Ibidem, p. 67, et seq.

prestações contratuais (em obséquio à posição adotada pelo legislador de 1942, que se desinteressou pela pura e simples desproporção objetiva das prestações) à objetivação do escambo através da idéia de causa. Com isso, o equilíbrio contratual passou a ser uma imposição derivada da função econômico-social do contrato de compra e venda, sem o que o contrato era declarado inválido por ausência de causa.

Diz Rinaldi que, inicialmente, o problema não se referia à proporcionalidade na relação preço-objeto, questão considerada como afeta às partes. Tratava-se, antes, da existência efetiva do preço: existindo preço, mesmo vil, presente a causa e o contrato era considerado válido. O preço simbólico, ao contrário, descaracterizava a compra e venda, pois configurava um não-preço.

A partir dos anos 80, contudo, a jurisprudência passou a investigar com maior rigor o caráter simbólico do preço, confrontado-o com o valor da coisa. A tendência passou a ser fazer corresponder a *disciplina jurídica* à operação econômica, de modo que a desproporção indicaria uma figura diferente da compra e venda. Tal não implicou, portanto, nesse estágio, um controle de validade fundado sobre a equivalência, pois a verificação da proporção era utilizada na *qualificação* do contrato e, assim, na definição de sua disciplina jurídica.

Para outra posição jurisprudencial, contudo, a causa deveria ser empregada como instrumento voltado a manter a circulação dos bens dentro dos limites da função econômico-social, de modo que a existência de um equilíbrio mínimo para a configuração da compra e venda passou a ser impositiva, convertendo-se o equilíbrio em condição de validade. Partiu-se do pressuposto de que a função econômico-social da compra e venda sintetiza-se na troca entre coisa e preço, a partir do que se chegou à conclusão de que, ausente ou desequilibrado o preço, inexistia causa.

Nessa esteira, a concepção segundo a qual a função econômico-social da compra e venda exige a equivalência das prestações levou à objetivação da idéia de equilíbrio, de modo que a venda só se justificava com o ingresso do correspondente em valor do bem no patrimônio do vendedor. Trata-se, evidentemente, de mecanismo que dá ampla margem de sindicabilidade ao juiz.

O entendimento consolidou-se pela década de 80, mas, posteriormente, apesar de ressurgir outras vezes na jurisprudência italiana, até mesmo da *Cassazione*, parece ter sido superado pela evolução posterior. Não é o momento,

contudo, para tal análise, a qual será retomada posteriormente, ainda que de modo breve. Por enquanto, basta que tenha ficado uma pré-compreensão do problema que será tratado.

Apresentado com um mínimo de densidade o problema que será discutido – a existência de um critério geral de equilíbrio a partir do qual controlar os atos de autonomia privada no Código Civil –, passa-se à delimitação do campo de estudo, o que será feito através de um interessante estudo sobre a justiça contratual no direito brasileiro elaborado por Fernando Martins, já referido<sup>270</sup>.

Após a análise histórica da questão da justiça contratual, desde a concepção aristotélica, passando pelas concepções de justiça do estado liberal e do estado social, até a concepção vigorante no que o autor denomina de terceiro paradigma (final do Séc. XX e início do Século XXI), o estudo concentra-se na investigação da justiça no ordenamento jurídico brasileiro, tema dos capítulos IV e V do livro<sup>271</sup>, os que mais de perto interessam para esta dissertação.

Considerando a perspectiva abrangente do trabalho, a partir dele é possível vislumbrar a amplitude da questão do equilíbrio contratual no ordenamento jurídico brasileiro e identificar as diferentes nuances que assume, o que possibilita ajustar o foco da investigação, fazendo-a convergir para aqueles fundamentos que dão maior sustentação e força à defesa da existência de um princípio geral de equilíbrio no Código. Isso permite concentrar o debate nos pontos mais importantes e discuti-los com uma profundidade mínima. Em outras palavras, pretende-se, neste momento, dar uma visão panorâmica – portanto bem superficial – da questão da justiça dentro do Código visando pôr em evidência aqueles pontos que merecem uma investigação mais aprofundada. Ao mesmo tempo, conforme a análise for progredindo, será feito o descarte dos pontos considerados irrelevantes para o objeto deste estudo.

A análise da questão da justiça no direito positivado tal qual levada a cabo por Fernando Martins parte da Constituição Federal, tendo por base os direitos fundamentais<sup>272</sup>. Tal, contudo, não será explorado neste trabalho, pois o enfoque aqui adotado é menos ambicioso e mais concreto, cingindo-se ao estudo do tema no interior do Código Civil. Aqui, interessa mais a parte do livro que tem por objeto a apreensão da justiça contratual a partir do direito infraconstitucional, na qual foi

---

<sup>270</sup> MARTINS, *Princípio...*

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 231-390.

<sup>272</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. 254-262.

empregado o método indutivo para a depuração do princípio<sup>273</sup>.

Sucedo que, ao contrário do que ocorre com os demais princípios contratuais, como a boa-fé e a liberdade contratual, a justiça contratual não conta com uma indicação textual de caráter propositivo no ordenamento pátrio. Com efeito, o autor refere que o ordenamento jurídico, ao invés de acolher um sentido positivo da justiça, dispondo um modal a ser observado na conclusão e na execução do contrato, acolhe um sentido proibitivo da injustiça, de modo que a justiça não é imposta, mas a injustiça é evitada.

Frente a isso, Fernando Martins emprega o que chama de método desconstrutivo para tirar da invisibilidade o princípio da justiça contratual: procede um estudo do modo como o ordenamento reage às situações de injustiça para, a partir disso, identificar postulados, critérios e pistas indicativas do princípio buscado.

Nesse passo, o autor vale-se da distinção entre princípio e postulado proposta por Humberto Ávila<sup>274</sup>. A estrutura do raciocínio de Fernando Martins é a seguinte: das normas codificadas que fazem frente às graves situações de desequilíbrio contratual, o autor extrai sete postulados, os quais constituem critérios estruturantes da aplicação de normas com conteúdo voltado à garantia da justiça contratual. A partir do estudo destes postulados, o autor pretende revelar o princípio da justiça contratual. Os postulados identificados são os seguintes: reciprocidade, comutatividade, equivalência material, proporcionalidade, vedação do enriquecimento sem causa, função social do contrato e distribuição equitativa de riscos e ônus.

Quanto ao primeiro, refere-se à correlação entre as prestações (sinalagma), pelo que diz respeito à estrutura do vínculo. Seus exemplos no Código Civil seriam os art. 389 e 476. No que toca à comutatividade, refere-se à existência de vantagens mútuas para as partes. Seu exemplo no Código seria o art. 441. Nenhum deles tem relevância para o estudo aqui pretendido, pois ambos referem-se ao cumprimento ou ao cumprimento satisfatório do contrato *nos termos em que celebrado* e às consequências decorrentes do não cumprimento ou da impossibilidade de

---

<sup>273</sup> Ibidem, p. 263-390.

<sup>274</sup> Segundo Humberto Ávila, princípio é uma norma que estabelece um fim a ser buscado. O postulado, diversamente, é uma metanorma, pois funciona “como estrutura para aplicação de outras normas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87-88). Para o autor, ainda, os postulados “permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam”, de modo que só elipticamente é possível dizer que um postulado foi violado. “A rigor, violadas são as normas [...] que deixam de ser devidamente aplicadas” (Ibidem, p. 88).

cumprimento. Com respeito à comutatividade, o autor diz expressamente que a idéia de justiça que decorre dela tem um caráter subjetivo<sup>275</sup>, o que pode ser estendido para a corresponsabilidade.

O enriquecimento sem causa também não interessa aqui, pois trata de questão impertinente ao objeto do trabalho. A causa ali referida diz respeito à existência de uma situação jurídica apta a autorizar o deslocamento patrimonial e a sua conservação (causa da atribuição patrimonial). Tal causa pode estar em um negócio jurídico válido e regular, mas, por ela, não se penetra no interior do negócio para perquirir o equilíbrio entre as prestações contratadas. Óbvio que um negócio inválido pode gerar um enriquecimento sem causa. Mas uma coisa são os requisitos de validade do negócio jurídico (dentre os quais pode estar a causa *do negócio*, tal qual tratada na primeira parte) e outra é a causa *da atribuição patrimonial*<sup>276</sup>.

O postulado da distribuição equitativa de riscos e ônus também não interessa aqui. Segundo Fernando Martins, refere-se à indicação daquele que suportará o dever de indenizar advindo de danos ou da inexecução espontânea do contrato. Trata-se, portanto, da responsabilidade contratual.

Os outros postulados, contudo, se relacionam mais de perto ao objeto do trabalho.

A respeito da proporcionalidade, diz o autor que aponta para a relação de causalidade entre meio e fim, atuando precipuamente na aplicação de sanções. No Código Civil, a noção foi acolhida nos art. 412, 413 e 415. É evidente que aqui está presente a idéia de controle das estipulações contratuais através de um critério objetivo voltado ao equilíbrio. Tais critérios objetivos são, por exemplo, o valor da obrigação principal (art. 412) e a natureza e a finalidade do negócio (art. 413).

Tal postulado não constitui, contudo, base para sustentar um princípio de equilíbrio no Código. O próprio Fernando Martins cita trecho de Perlingieri, o qual refere que a proporcionalidade não surge como regra, salvo em casos excepcionalíssimos e quase sempre atados à proporção entre a violação da

---

<sup>275</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. 277.

<sup>276</sup> O exemplo mais claro nesse sentido parece ser o da duplicata, na qual estão envolvidos os dois significados de causa referidos. Com efeito, a duplicata constitui um título causal (no sentido de causa do negócio jurídico, pois está vinculada a uma compra e venda) e, ao mesmo tempo, um título abstrato (no sentido de causa da atribuição patrimonial). Ver, nesse sentido, texto de autoria de Ascarelli, cujo título é emblemático: ASCARELLI, Tullio. Causalidade e abstração na duplicata. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 108, p. 231-236, 1946.

obrigação e a sanção<sup>277</sup>. Por tal razão, vai descartado.

O postulado da equivalência material já dá margem a maiores discussões. Basta ver que Fernando Martins refere que ele evidencia com mais altivez o alcance da justiça contratual, pois se instrumentaliza por um caráter objetivo e qualitativo, voltando-se a uma suficiente aproximação entre valores e encargos. Os exemplos mais destacados deste postulado são os art. 156, 157, 317 e 478 do Código.

Os art. 317 e 478 referem-se à disciplina aplicável a determinadas circunstâncias supervenientes à conclusão do contrato que se refletem no equilíbrio contratual tal qual celebrado pelas partes.

Quanto ao art. 317, faz frente aos efeitos da desvalorização monetária. Assim, evidente a abrangência restrita do dispositivo, pelo que pode ser descartado como base suficiente para a sustentação de um critério geral de equilíbrio no Código. Assim, a respeito das circunstâncias supervenientes, a busca da existência de tal critério somente pode ser levada a cabo a partir do art. 478, o qual, embora exija requisitos mais rigorosos que os requeridos pelo art. 317, tem campo de aplicação muito mais extenso.

No que toca aos art. 156 e 157, tratam do equilíbrio genético entre as prestações. Destaca-se que o primeiro é bem mais rigoroso e, ao exigir que a parte contrária à que assume a obrigação excessivamente onerosa tenha conhecimento do estado de perigo, introduz no debate a sanção pelo dolo de aproveitamento, o que põe na penumbra o real peso da desproporção entre as obrigações no juízo sobre a validade do negócio. Assim, convém que a investigação da questão do equilíbrio contratual, no que se refere ao sinalagma genético, se restrinja ao segundo dispositivo.

Frente ao exposto, parece ser possível sustentar que os argumentos mais fortes a respeito da existência de um princípio geral de equilíbrio no Código Civil extraem-se dos seus art. 157 e 478. Como ressalta Denardi, devido ao caráter geral de tais normas, elas refletem as decisões de fundo do legislador sobre a questão do equilíbrio contratual e dos limites da autonomia privada, o que reforça a importância que assumem para o tema em estudo. Sobre tais artigos convergirá o foco do próximo tópico.

Relevante, por fim, o postulado da função social do contrato, ao qual o autor

---

<sup>277</sup> Tal posição parece ser concorde no direito italiano. Manifestam entendimentos idênticos Rinaldi e, conforme este, Roppo e M. Bianca (RINALDI, *La proporzione...*, p. 162).

reconduz a idéia de justiça contratual. Tal relação (função social do contrato e justiça contratual) é a preocupação precípua desta última parte do estudo, à qual se passará após a análise da lesão e da onerosidade excessiva.

Passa-se ao estudo proposto.

## 2.1 O Equilíbrio Contratual nos art. 157 e 478 do Código Civil

### 2.1.1 A Resolução por Onerosidade Excessiva

É indiscutível que as teorias que têm por base a cláusula *rebus sic stantibus* alicerçam-se sobre um redimensionamento do papel da vontade nos contratos. Tal redimensionamento, contudo, tem, aqui, um sentido bem preciso, relacionado mais com o reconhecimento da incapacidade humana de tudo prever do que com limitações ao agir dos privados no ato de dar conformação jurídica aos seus interesses.

Com efeito, ao mesmo tempo em que foi por terra a confiança plena na capacidade de a razão humana abarcar o mundo e de submetê-lo ao seu controle, caiu o fundamento de sustentação da idéia de vontade como poder apto a congelar o tempo através do contrato, de modo que se percebeu a necessidade de regular as situações decorrentes de eventos sucedidos além do âmbito de alcance de um controle racional prévio.

Em vista disso, já é possível vislumbrar uma diferença radical entre A) o simples remodelar o conteúdo contratual a partir de um juízo de reprovação calcado em algum critério objetivo e B) garantir o atendimento da finalidade concreta perseguida pelas partes nos moldes por elas visados, garantindo-se, ao mesmo tempo, que as decisões por elas tomadas não percam sua racionalidade e, assim, sua base de sustentação.

Interessante destacar que já São Tomás de Aquino percebera o que está no fundo dessa diferença substancial. Para ele, a base da força obrigatória do contrato era a promessa, constituindo pecado o seu descumprimento. Ocorre que, conforme Othon Sidou, São Tomás via tal pecado como equivalente à mentira, razão pela qual entendia que não peca quem promete alguma coisa com intenção de cumprir a promessa. Mudando-se a intenção, contudo, o sujeito violenta a própria consciência e torna-se infiel. Tal não ocorre, contudo, quando mudam as condições das pessoas

ou dos atos, pois aqui, também, o sujeito não falta contra o que tem na sua consciência<sup>278</sup>. Tal é a razão pela qual podem conviver sem contradição a idéia de contrato como promessa cujo descumprimento constitui pecado e a escusabilidade do descumprimento dos contratos cujas circunstâncias foram posteriormente alteradas.

Depurado de sua intensa carga ético-religiosa, o entendimento constitui ótimo ponto de partida para destacar a diferença entre o descumprimento puro e simples do contrato e o descumprimento decorrente de condições supervenientes imprevisíveis e extraordinárias. Apenas no primeiro caso a parte que descumpriu o pactuado atua de modo efetivamente contraditório com uma decisão livremente tomada, comprometendo sua auto-responsabilidade. No segundo caso, considerando que o descumprimento decorreu de circunstâncias cujo controle não está ao seu alcance, não é possível falar em atuação contraditória, e, assim, em auto-responsabilidade.

Esta diferença reflete-se de modo vigoroso na disciplina da resolução dos contratos tal qual posta no Código. Se as condições permanecem as mesmas ou se as alterações das circunstâncias não são imprevisíveis nem extraordinárias, pelo que passíveis de controle pelos contratantes caso adotadas as diligências devidas, o pactuado deve ser cumprido<sup>279</sup> e eventual intervenção externa se dá em contradição com a autonomia privada, violando-a dentro dos limites em que o ordenamento legitima seu exercício. Ao contrário, havendo circunstâncias posteriores não passíveis de controle prévio que impactem sobre o que foi livremente estipulado a ponto de fazer com que perca a sua racionalidade, uma atuação externa não está em contradição com o significado da autonomia privada tal qual acolhida pelo

---

<sup>278</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. 44.

<sup>279</sup> A título de exemplo desse entendimento, o comentário de Roppo sobre a solução do direito italiano, a qual teve influência marcante na solução adotada pelo Código brasileiro: "A excessiva onerosidade superveniente deve depender de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. E compreende-se: se as circunstâncias que a determinam pertencem ao ordinário curso dos acontecimentos naturais, políticos económicos ou sociais, e podiam, por isso, ter sido previstas quando da conclusão do negócio, não há razão para tutelar o contraente que nem sequer usou da normal prudência necessária para representar-se a possibilidade da sua ocorrência e regular-se de acordo com as mesmas na determinação do conteúdo contratual. É justo e racional que o risco das circunstâncias ordinárias e previsíveis seja suportado pelos contraentes: a lei só os protege contra as circunstâncias que representem matéria de riscos absolutamente anómalos, como tais subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controlo dos operadores. [...] A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contratante contra os riscos anormais, que nenhum cálculo racional económico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo os riscos tipicamente conexos à operação, que se inserem no andamento médio daquele mercado" (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988).

ordenamento. Neste caso, o pactuado sucumbiu frente às intempéries do tempo, sendo que a intervenção judicial apenas declara tal sucumbência.

Tal a solução adotada no Código Civil frente às circunstâncias supervenientes que alteram de modo relevante as condições em que o contrato foi celebrado. *Não há, portanto, controle das escolhas dos contratantes, mas das circunstâncias nas quais o contrato será executado e dos seus reflexos sobre tais escolhas. Visa-se que estas tenham seu significado racional preservado como condição para a manutenção do vínculo.*

Mesmo quem critica a opção adotada pelo Código a confirma. Nesse sentido, Luís Renato Ferreira da Silva, o qual critica a teoria da imprevisão por considerar excessiva sua vinculação à vontade. A respeito, os seguintes trechos:

Esse requisito da imprevisibilidade prende-se à visão voluntarística que a teoria da imprevisão carrega de forma imanente. É que se exige um fato imprevisível porque não se admite que, em sendo previsível e tendo sido deixado de fora pelas partes, possa imiscuir-se na relação contratual.<sup>280</sup>

[...]

Em sendo imprevisível o ato, a ausência de sua consideração no instrumento contratual não teria sido fruto da vontade de excluir, pois, dada a aleatoriedade anormal do fato, as partes não tinham como querê-lo ou não.

Dentro desse enfoque, a teoria da imprevisão amolda-se, à saciedade, à visão voluntarista do negócio. Ainda se busca a alternativa na vontade. Só o que a escapa a ela é passível de modificação, o resto está cimentado.<sup>281</sup>

Considerando, contudo, que um dos requisitos previstos para a resolução por onerosidade excessiva é justamente a imprevisibilidade das circunstâncias supervenientes, não há como não reconhecer o compromisso do Código com as escolhas individuais derivadas de decisões livres, sendo que o produto de tais escolhas apenas pode ser posto em causa por aqueles fatos supervenientes que escapam a qualquer possibilidade de controle prévio pelos contraentes, pois se considera que, do ponto de vista de uma *conduta responsável*, apenas eles são capazes de alterar, de um modo juridicamente relevante, o significado que o contrato tem para as partes. Trata-se aqui, portanto, das alterações que atingem a racionalidade econômica da operação de modo tão vil que – nas expressivas palavras de Fernando Martins – “fere mortalmente um encontro de vontades anterior

<sup>280</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 111.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 121.

construído”<sup>282</sup>, o que permite a dissolução do vínculo. A resolução não vai, portanto, contra o contratado, mas contra as circunstâncias que lhe privaram da sua sustentação racional, sem a qual não pode persistir no mundo jurídico<sup>283</sup>. Não há, assim, um juízo de reprovação jurídica do conteúdo das escolhas dos contraentes que imponha a sua correção a partir de algum critério objetivo de justiça.

Em vista disso, embora o art. 479 fale em modificação equitativa do conteúdo do contrato visando evitar a resolução, o que poderia induzir a pensar que o juiz teria um espaço amplo de liberdade para aferir tal modificação, é preciso considerar que a resolução por onerosidade excessiva não tem nenhum compromisso com o sinalagma genético do contrato. Ela expressa, ao contrário, a idéia de que a persistência do vínculo tem como condição a manutenção do sinalagma funcional. Em outros termos, a intervenção autorizada tem por limite o equilíbrio inicialmente estabelecido livremente, não estando o juiz autorizado a reestruturá-lo ou a exigir do réu suplemento superior ao necessário para restabelecê-lo como condição para evitar a resolução. Repete-se: a racionalidade econômica protegida é a estabelecida pelas partes, o que significa garantir que a execução do contrato se dê de modo coerente com o fim concreto do contrato nos termos em que foi posto. Desse modo, conforme esclarece Rinaldi, o equilíbrio estabelecido em liberdade é, ao mesmo tempo, o objeto de proteção e o parâmetro a partir do qual avaliar os pressupostos para a resolução ou a modificação necessária para evitá-la<sup>284</sup>. Nesse sentido, esclarecedoras são as seguintes notas do autor a respeito da *reductio ad aequitatem* prevista no art. 1.467 do *Codice Civile*, a principal influência para a redação dos art. 478 e 479 do Código brasileiro:

Ciò è evidente nel caso di contratto risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto con la *reductio* si ovvia all'alterazione tra il valore delle prestazioni, riportando il rapporto tra queste nell'ambito dell'alea normale, e ciò nell'ambito dell'equilibrio soggettivo.

Infatti, in questa ipotesi, è stata effettuata dalle parti una libera determinazione di valore; sucessivamente, però, il rapporto di scambio, così come voluto dai contraenti, si è alterato a danno di uno di essi per il sopraggiungere di eventi straordinari ed imprevedibile.

<sup>282</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. 383.

<sup>283</sup> Na mesma esteira, ainda, Antônio Junqueira de Azevedo, o qual diz que a atuação frente às circunstâncias supervenientes à celebração do contrato ocorre quando tais sejam aptas a afetar o equilíbrio da relação estabelecida ou a frustrar o fim contratual concreto perseguido pelas partes, o qual deixa de poder ser atingido, fazendo com que o contrato perca totalmente seu sentido econômico e, por consequência, social por se ter tornado inútil (AZEVEDO, *Novos estudos...*, p. 185 e p. 368.)

<sup>284</sup> RINALDI, *La proporzione...*, p. 41.

Di conseguenza, il remedio della *reductio* deve ricostruire il rapporto di valori concordato pattiziamente, anche se alle prestazioni si è attribuito un valore diverso da quello oggettivo di mercato.

L'art. 1467 c.c., infatti, non impone al convenuto, che voglia evitar la risoluzione, di offrire una modifica tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive posizioni esistenti al momento della conclusione del contratto; l'offerta di modifica deve ritenersi equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, si fosse esistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto il diritto di domandare la risoluzione<sup>285</sup>.

A noção de equilíbrio envolvida na resolução por onerosidade excessiva é, portanto, *subjetiva*, pois o objeto de proteção é o equilíbrio originalmente estabelecido pelas partes.

Ainda, a reforçar essa afirmação, observa-se que o Código não impõe ao réu o dever de modificar as condições do contrato, ao contrário do que entende Fernando Martins, o que demonstra que a questão do equilíbrio contratual é, também nesse aspecto, deixada na disponibilidade das partes: ou elas renegociam, ou resolve-se o contrato, não podendo o juiz substituir-se aos contraentes na remodelação de um conteúdo contratual a ser-lhes heteronomamente imposto.

A existência de um dever de revisar esbarra no conteúdo textual do art. 479, o qual é expresso em dizer que a resolução *poderá* ser evitada *oferecendo-se* o réu a modificar as condições do contrato. Tal se reforça quando se observa que, ao contrário do que faz o art. 437 do Código Civil português, o Código brasileiro não confere ao lesado o direito de escolher entre a resolução ou a revisão do contrato<sup>286</sup>. O argumento apresentado pelo autor para superar tal obstáculo normativo e defender o dever de oferecer a modificação equitativa do contrato a cargo do réu não se sustenta. Segue o argumento:

Mas isso não quer dizer que a revisão (modificação) do contrato apenas existirá se o credor se apresentar para tanto. É que, mesmo ausente a previsão do art. 479 do CC/2002, ainda decorreria o princípio da conversão do contrato ou aproveitamento do negócio, amplamente visualizado no art. 170 e no art. 184, do mesmo digesto...

O que o autor faz é aplicar uma indução seguida de uma dedução, indo de um particular a outro particular passando por um geral. Traduzindo, foi extraído um princípio dos artigos 170 e 184 do Código visando aplicá-lo à hipótese prevista no

<sup>285</sup> Ibidem, p. 45-46.

<sup>286</sup> Ver, a respeito: COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 294-295.

art. 479. O autor valeu-se de uma indução amplificadora, método através do qual pretende ampliar o alcance do art. 479, ultrapassando a barreira textual existente neste artigo.

Trata-se de método legítimo, incorporado ao modo de argumentar dos juristas. Ocorre que, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sua correção exige A) um juízo empírico de semelhança seguido de B) um juízo valorativo sobre as semelhanças e diferenças encontradas, a partir do que se extrairá (ou não) o princípio geral a ser aplicado. É dizer, demonstram-se as semelhanças entre as hipóteses que constituem a base para a enunciação do princípio e procede-se sua valoração visando demonstrar que as coincidências são mais significativas que as diferenças a ponto de autorizarem a generalização de um princípio a ser aplicado por dedução<sup>287</sup>. A aplicação do princípio a outros casos, por sua vez, dependerá da mesma comparação e valoração, pois será preciso demonstrar que todas as hipóteses sujeitam-se àquele princípio comum.

Passando ao caso, é de se concordar que dos art. 170 e 184 é possível extrair um princípio de conservação. Pelo primeiro, aproveita-se um negócio de fatispécie menos ampla visando dar guarida ao fim buscado através do negócio de fatispécie mais ampla declarado nulo. Em outras palavras, visa-se dar curso ao intento das partes através de outra forma jurídica. No art. 184, por sua vez, busca-se dar vazão às finalidades buscadas em liberdade pelas partes, descartando-se, contudo, os aspectos declarados nulos, desde que destacáveis e não essenciais ao fim visado com o contrato.

Em ambos os casos, trata-se de resolver um problema genético e formal, pois as circunstâncias que dão base ao negociado permanecem as mesmas, de modo que a efetivação do fim visado ainda é viável sem a realização de alteração na substância do negócio. Não se trata, portanto, de condicionar a continuidade do vínculo à renegociação, pois nenhuma circunstância superveniente impactou sobre a racionalidade da operação econômica tal qual moldada livremente. O negócio foi submetido a um juízo valorativo negativo do ordenamento, o qual, apesar disso, autoriza a realização do mesmo fim econômico através de outra forma jurídica (art. 170) ou descartando-se os aspectos não essenciais para o atingimento deste fim (art. 184). Concluindo, o princípio de conservação que se extrai dos art. 170 e 184

---

<sup>287</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 297-298.

tem por pressuposto essencial a possibilidade de respeito ao programa inicialmente elaborado.

Outra é a hipótese do art. 479. A resolução por onerosidade excessiva é a solução dada pelo ordenamento para os casos de superveniência de circunstâncias capazes de afetar a economia do negócio de forma drástica, de modo a ferir mortalmente, conforme reconhece o próprio Fernando Martins, “um encontro de vontades anterior construído”. Para evitá-la, necessária a reconstrução da racionalidade do contrato que se tornou excessivamente oneroso, o que não se coaduna com o princípio que subjaz aos art. 170 e 184, pois, como visto, tal princípio pressupõe justamente o respeito ao programa inicialmente estabelecido, não decorrendo dele nenhum dever de reestruturá-lo.

A *ratio* da resolução está em que as partes apenas permaneçam vinculadas àquilo que celebraram, o que pressupõe que seja mantida a sua racionalidade. Se, no entanto, mesmo sobrevindo alteração apta a desfigurar o contrato, houver interesse na revisão voltada à manutenção do negócio, aplica-se o art. 479. Este artigo, contudo, tendo em vista sua literalidade, não pode ser utilizado como base para um dever de renegociar, o qual também não decorre do princípio da conservação, conforme visto.

É pertinente, ainda, perquirir se tal dever não decorreria da boa-fé. Nesse sentido:

Em primeiro lugar, remarque-se que o dever de cooperação, que exige que as partes entre si compreendam que o programa contratual, nascendo de um encontro de vontades, deve ser gestado, ser executado e ser visto morrer (se extinguir) naturalmente. Essa percepção auxilia na interpretação do dispositivo contido no art. 479 do CC/2002, dado que possibilita ao parceiro contratual a redução equitativa da prestação nos casos de onerosidade excessiva, com vista à preservação do sinalagma e à continuidade da vida contratual.

Para Laurence Fin-Langer, não se trata de faculdade, senão de obrigação, “porque a boa-fé obriga as partes a renegociar o contrato em caso de perturbação do equilíbrio contratual”.<sup>288</sup>

A questão pode ser colocada do seguinte modo: a *reductio ad aequitatem* tal qual prevista no art. 479 constitui um dever de cooperação em vista do fim do contrato?

A favor de uma resposta positiva tem-se o fato de que a boa-fé implica a concepção de obrigação como um processo dinâmico, o qual se adapta às

---

<sup>288</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. 349.

circunstâncias, potencializando as possibilidades de que o fim pretendido com o vínculo seja satisfatoriamente alcançado. Dentro desse contexto, uma das funções da boa-fé é justamente a de fonte de deveres, enriquecendo-se, assim, o conteúdo do contrato, ao qual são agregados deveres que não foram pactuados.

Em vista disso, não é de se excluir *a priori* que, dependendo das circunstâncias, possa decorrer da boa-fé o dever de renegociar.

O que não parece aceitável, contudo, é sustentar que a boa-fé transforme a faculdade prevista no art. 479 em um dever geral. Salvo melhor juízo, tal entendimento parece contrariar a lógica do instituto da resolução. Conforme parece ter ficado claro, ali se trata daquelas modificações drásticas a ponto de o legislador considerar que o vínculo contratual não pode persistir, devendo ser resolvido. Já se fez referência, mais de uma vez, que o próprio Fernando Martins considera que na resolução há uma alteração das circunstâncias que fere de morte o “encontro de vontades anterior construído”. Recorre-se novamente ao entendimento, pois se entende que é muito expressivo, na medida em que indica que o que foi pactuado perdeu sua razão econômica de ser.

Visto isso, e considerando A) que a boa-fé atua em vista do fim contratual; B) que o fim contratual é estabelecido em liberdade pelas partes; e C) que, sobrevindo alterações com as qualificações previstas no art. 478, o próprio legislador considera que tal fim não mais pode ser atingido satisfatoriamente, tendo em vista a perda da racionalidade econômica, tanto que estipula a dissolução do vínculo através da resolução, conclui-se que o Código parte do pressuposto de que nenhuma das partes tem o dever de internalizar as consequências drásticas decorrentes de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários.

Se, por um lado, não é justo imputar os efeitos das circunstâncias supervenientes extraordinárias e imprevisíveis à parte cujo desequilíbrio prejudica, por outro lado, não decorre da boa-fé, *a priori* e como regra geral, o dever de a outra parte suportar tais efeitos, pois também para ela as circunstâncias supervenientes foram extraordinárias e imprevisíveis.

Além disso, importante observar que, embora a previsão do art. 478 restrinja-se à defesa do devedor, a tendência natural tem sido estender a aplicabilidade do artigo também ao credor, com o que concorda Fernando Martins<sup>289</sup>. Esta, diga-se de

---

<sup>289</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. 381.

passagem, a solução adotada no direito italiano (art. 1467 do *Codice Civile*) e no português (art. 437 do Código Civil), pois nenhum deles restringe a aplicação da resolução à defesa do devedor. Nesse caso, contudo, a revisão implicaria um aumento drástico das cargas para o devedor, o que não parece que possa ser exigido dele com fundamento na boa-fé. Nesse sentido, Roppo manifesta que não se pode pretender impor ao contraente um suplemento de prestação visando restabelecer o equilíbrio e manter o contrato, pois a “parte contrária poderia [...] ter dificuldades em fornecer este suplemento e não seria justo impor-lho, autoritariamente<sup>290</sup>.”

Interessante observar, ainda, que o próprio Fernando Martins cita entendimento de Menezes Cordeiro, segundo o qual

O § 242 do BGB manda que o devedor realize a prestação como o exige a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego. Esta disposição também joga a seu favor: deve desenvolver o esforço requerido pela boa-fé, mas não mais do que isso ou, se se quiser, não lhe pode ser exigido nada que, da boa-fé, ultrapasse os limites.

Assim, caso se queira defender que a cooperação pode impor como dever a conduta prescrita como faculdade no art. 479, é preciso advertir que isso não pode levar ao entendimento de que se trata de uma regra geral *a priori* estabelecida, pois, tendo em vista que a existência de tal dever está em contrariedade com a lógica da resolução tal qual posta no Código, será preciso comprovar, diante das circunstâncias concretas, que, para aquele caso, a boa-fé impõe tal dever.

A regra geral que se extrai do Código a respeito de tal questão é, portanto, a de que, presentes as condições que autorizam a dissolução do vínculo pela resolução, é *facultado* aos privados, em obséquio à autonomia que a ordem jurídica lhes garante, evitar a resolução através de uma solução que lhes pareça mais vantajosa. Em outras palavras, a questão do equilíbrio contratual é, também nesse aspecto, deixada na disponibilidade das partes, salvo se, em vista de especiais peculiaridades do caso concreto, da boa-fé resultar uma solução diferente.

Seguindo em frente, de todo exposto tem-se que a *ratio* do instituto da resolução por onerosidade excessiva está em que a *persistência do vínculo condiciona-se à manutenção da racionalidade da operação econômica tal qual estabelecida livremente pelas partes.* Do contrário, seria impor-lhes a vinculação a

<sup>290</sup> ROPPO, *O contrato...*, p. 263.

outro contrato que não o celebrado.

Com efeito, somente entendendo a liberdade contratual como algo despregado do tempo e das suas condições ambientais, portanto imóvel, seria possível dizer que a resolução frente a superveniência de circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias a contraria. Tal pressuporia, como já visto, uma idéia de razão absoluta, capaz de tudo prever e controlar. Como isso não se coaduna com o mundo atual, tem-se o acolhimento da resolução por onerosidade excessiva no Código, cuja disciplina visa apenas garantir a manutenção da correspondência entre o contrato e as expectativas e projetos da liberdade contratual, e não assegurar a compatibilidade entre os efeitos do contrato e as exigências do interesse público. Atua, portanto, “numa lógica não de conflito, mas de *substancial garantia da autonomia privada*”.<sup>291</sup>

Com efeito, tratando da questão da onerosidade excessiva como um dos aspectos do controle da funcionalidade do contrato, o seguinte trecho de Roppo, o qual remata o presente tópico:

Por isso se trata, se assim podemos dizer, de regras de procedimento e não de regras de substância, atinentes mais ao exterior que ao interior da relação contratual: isto é, elas preocupam-se em garantir a *exactidão dos modos* pelos quais se chega à conclusão ou à execução do contrato, e *não tanto à intrínseca justiça* do seu conteúdo.

Em particular, nenhuma das regras concernentes ao controle de funcionalidade do contrato é destinada, institucionalmente, a controlar o equilíbrio entre as prestações, a avaliar se o que uma parte deu ou prometeu tem como contrapartida adequada aquilo que a outra parte lhe deu ou prometeu, a garantir enfim a equidade da troca, o respeito pelos princípios da justiça comutativa. As partes são livres, em linha de princípio, de fixar, como desejam, os termos da troca do seu contrato; cada parte é livre para dar 10 em troca de 1; o ordenamento não intervém para corrigir esta <<iníqua>> proporção, mas respeita as opções autónomas dos operadores – na própria medida em que respeita a liberdade das decisões de mercado. O ordenamento jurídico intervém só para controlar o quadro externo das circunstâncias, dentro das quais aquelas opções e decisões – quaisquer que sejam – foram assumidas ou devem ser executadas: e reage só nas hipóteses em que aquelas opções e decisões [...] devam ser executadas na presença de circunstâncias supervenientes, que incidem tão profundamente sobre as mesmas, em termos de privá-las de sentido e de razão económica (causas de resolução do contrato).

Desta maneira, como se disse, o ordenamento não tutela a intrínseca justiça da troca contratual, mas só a correção formal das modalidades externas através das quais a troca é decidida e realizada.<sup>292</sup>

Visto isso, passa-se ao estudo da lesão.

<sup>291</sup> ROPPO, *O contrato...*, p. 222. (grifo original)

<sup>292</sup> ROPPO, *O contrato...*, p. 224-225.

### 2.2.2 A Lesão

Como visto, as disciplinas da resolução por onerosidade excessiva e da lesão fornecem os mais fortes argumentos a respeito da existência de um princípio de equilíbrio no Código, o que é reforçado pelo fato de que, devido ao caráter geral de tais institutos, refletem as escolhas de fundo do legislador a respeito da questão da justiça contratual e dos limites da autonomia privada.

No tópico anterior, procurou-se demonstrar que da disciplina da resolução por onerosidade excessiva não é possível extrair um princípio geral de equilíbrio dos contratos. Viu-se que o instituto não visa a correção das estipulações contratuais a partir de um critério objetivo. Ao contrário, o instituto parte justamente do equilíbrio livremente estipulado pelas partes e visa protegê-lo contra alterações supervenientes não previstas que possam atingi-lo, de modo a subtrair do contrato sua racionalidade e a razão de sua manutenção no mundo jurídico. Cuida-se, portanto, das condições nas quais o contrato será executado, as quais podem entrar em via de choque com o acordado, pondo por terra a sua lógica. O confronto dá-se, portanto, entre o contrato e as circunstâncias supervenientes, sendo que o ordenamento apenas retira aquele de campo quando ferido de morte por estas, não havendo que falar em um juízo de valor negativo calcado em um critério de equilíbrio contratual objetivo. Insistindo, a partir da disciplina da resolução por onerosidade excessiva tem-se que o direito acolhe e faz seu o equilíbrio subjetivo estabelecido pelas partes, vinculando a ele os particulares. Apenas consente no rompimento do vínculo quando entende que tal equilíbrio foi destruído por circunstâncias não previstas.

Com a lesão, a situação muda totalmente de perspectiva. A noção de equilíbrio a partir da qual atua é objetiva e a sua investigação ocorre de imediato, já no momento do nascimento do vínculo. Assim, tem-se que o equilíbrio subjetivo estabelecido pelas partes será confrontado com um critério objetivo para verificar se se justifica e se é válido. Evidente que a lesão oferece argumentos mais fortes para sustentar a existência de um critério geral de equilíbrio no Código, máxime considerando que não prevê que a parte contrária conheça o estado de necessidade ou a inexperiência em que se encontra o lesado, como ocorre com o estado de perigo no Código ou com a disciplina da lesão em alguns outros ordenamentos que a acolhem. Eis a razão pela qual seu tratamento ficou para o final.

A lesão encontra raízes já no direito romano, no qual assumia feição objetiva através da figura da lesão enorme. No direito canônico, a figura aparece através da idéia de justo-preço, noção construída a partir da recuperação da noção de justiça comutativa aristotélica pela escolástica, noção esta que foi saturada de elementos da moral cristã, iniciando-se aí uma peregrinação que somente foi interrompida na modernidade, mas que parece querer despontar novamente na atualidade. Veja-se, a respeito, a dissertação de Guilherme da Rocha Zambrano<sup>293</sup>, a qual trata do instituto da lesão partindo da noção de justiça em Aristóteles e São Tomás de Aquino, a partir do que o autor destaca a superação do voluntarismo como critério de justificação da força obrigatória dos contratos e chama a atenção para os novos princípios do direito contratual, destacando em especial o do equilíbrio contratual.

Para avaliar se isso se sustenta, contudo, é preciso investigar como o Código disciplina a lesão. Importante, porém, antes de passar a tal estudo, tecer algumas notas sobre as modalidades sobre as quais a lesão se apresenta, visando, com isso, ter uma real dimensão do que o Código dispõe.

A questão que aqui interessa refere-se à classificação da lesão em objetiva ou subjetiva. Nesse sentido, as soluções identificadas estão entre dois extremos: a objetivação absoluta, tal qual ocorreu com a lesão enorme no direito romano, e a subjetivação em sentido forte através da exigência do dolo de aproveitar-se da situação de vulnerabilidade em que se encontra o lesado, tal qual ocorre no BGB. Dentre tais soluções, existem inúmeras gradações construídas seja pela consideração de que o dolo de aproveitamento está *in re ipsa*<sup>294</sup>, seja pela sua dispensa e configuração da lesão como vício de consentimento<sup>295</sup>, seja, ainda, pela caracterização mais ou menos ampla das situações que configuram a vulnerabilidade do lesado<sup>296</sup>.

A partir destes elementos, a doutrina construiu três modalidades básicas de lesão<sup>297</sup>: a primeira é a lesão enorme, em que basta o desequilíbrio econômico, seja

---

<sup>293</sup> ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. *Justiça no contrato: elementos para a compreensão do instituto da lesão*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

<sup>294</sup> Tal qual a concepção criada pelos glosadores. Ver, nesse sentido, SILVA, *Revisão...*, p. 72.

<sup>295</sup> Como ocorre no direito francês, em que a lesão limita-se aos bens imóveis. (Ibidem, p. 73-74).

<sup>296</sup> O Código português arrola a necessidade, a inexperiência, a ligeireza, a dependência, o estado mental e a fraqueza; o BGB fala em situação de necessidade, ligeireza ou inexperiência; já o *Codice* foi bem mais sucinto, ao referir-se apenas ao *stato de bisogno*. Sobre as circunstâncias subjetivas referentes ao lesado, Ibidem, p. 82-83.

<sup>297</sup> Nesse sentido, MARTINS, *Princípio...*, p. 369.

ele tarifado ou não. Acrescentando-se ao desequilíbrio a situação de vulnerabilidade do lesado, tem-se a lesão especial (subjéitiva-fraca). Acrescentando-se a esses dois elementos, ainda, o dolo de aproveitamento do que lesa, tem-se a lesão usurária (subjéitiva-forte).

O art. 157 do Código adotou a lesão especial<sup>298</sup>, exigindo a desproporção manifesta entre as prestações e a inexperiência ou premente necessidade do lesado, mas dispensando o dolo de aproveitamento. Trata-se, portanto, de uma modalidade subjéitiva de lesão.

A esse respeito, Luís Renato refere que a conformação atual da lesão não mais pode desfazer-se dos elementos subjéitivos, de modo que não se mantém como simples vício oriundo de constatação fáctica, perquirindo-se, sempre, alguma carga de elemento subjéitivo. Como exemplo, o autor cita o art. 157 do então projeto do atual Código<sup>299</sup>.

Apesar da dispensa do dolo de aproveitamento e apesar de o Código atual ter inovado em relação ao Código de 1916, o qual não previa o instituto, aumentando-se, assim, o campo de intervenção judicial sobre as relações contratuais, parece que o Código ainda manteve o rompimento moderno com a tradição escolástica que vigorou por séculos.

A demonstração disso passa pelo estudo dos dois aspectos da lesão que acima foram apontados como principais diferenciais em relação à resolução por onerosidade excessiva no ordenamento jurídico pátrio: A) sua caracterização como vício genético do contrato e B) sua atuação a partir de uma noção objetiva de equilíbrio contratual.

Quanto à primeira questão, conforme demonstra Alessandro Somma, a construção da lesão com uma configuração próxima à recepcionada no art. 157 representou justamente a transição que simbolizou o sucumbir dos valores alimentados pela tradição cristã no que se refere à influência da filosofia escolástica de inspiração aristotélica.

Conforme expõe o autor, na Baixa Idade Média, com o direito canônico, deu-se a superação da tipicidade rigorosa vigorante no direito comum, de base romanística, admitindo-se como regra os *pactum nudum*. Tal deveu-se à moral cristã, segundo à qual a base da vinculação contratual era a promessa,

---

<sup>298</sup> Ibidem, p. 369.

<sup>299</sup> SILVA, *Revisão...*, p. 78.

independente da forma, sendo pecado a sua violação. Entretanto, uma promessa só se tornava vinculante se tivesse causa, conforme o significado que a escolástica lhe atribuiu a partir da redescoberta da teoria aristotélica da justiça comutativa. Formou-se, assim, uma tradição que só foi superada de vez com a pandectística no séc. XIX. Mesmo na literatura jusracionalista do séc. XVII, não houve plena afirmação do princípio da autonomia privada. Em Groccio e Pufendorf, a disciplina dos contratos onerosos mostrava-se ligada à idéia de escambo équo, governado pela teoria do justo preço, não sendo rompidos os esquemas propostos pela filosofia escolástica. As codificações que receberam a influência jusracionalista, entretanto, apresentaram modelos que se podem dizer em transição. Paradigmático é o ABGB austríaco de 1811, em que não há menção à causa, sendo a falta suprida pelo instituto da lesão, e não pelo do justo preço. *A construção da figura dá-se tendo por base a figura do erro, portanto como vício do consentimento.* Passa-se, então, a perfilar-se uma visão de contrato como instrumento de ilimitada autonomia privada, em que toda obrigação realmente querida é considerada justa.<sup>300</sup>

A respeito, ainda, Roppo, o qual, da mesma forma que faz com a resolução por onerosidade excessiva, inclui a lesão como regra destinada ao controle de funcionalidade do contrato, pois reage apenas para *controlar o quadro externo dentro do qual as decisões são tomadas*, sendo que, no caso da lesão, a reação se justifica tendo em vista que a decisão foi tomada tendo por base elementos que perturbam gravemente as avaliações de conveniência do operador. Para o autor, portanto, *o relevante é o modo através do qual se chega à conclusão do contrato e não tanto a intrínseca justiça do seu conteúdo*<sup>301</sup>. A respeito da situação em que se encontra o lesado, o autor refere que se trata de elemento

de natureza *processual*, relativo ao quadro das circunstâncias externas, dentro do qual se desenvolveu o processo de formação do contrato: que este tenha sido concluído sobre a pressão de circunstâncias excepcionalmente graves, de tal modo a coarctar, de modo relevante, a liberdade de determinação e de escolha de um dos contraentes, e de impedir-lhe a possibilidade de delinear a operação contratual, segundo um cálculo correcto de racionalidade económica.<sup>302</sup>

<sup>300</sup> Cf. SOMMA, Alessandro. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale: aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale.* Milano: Giuffrè, 2000, p. 19 et seq.; p. 85 et seq.; 91 et seq.

<sup>301</sup> ROPPO, *O contrato...*, p. 224-225.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 248.

No mesmo sentido, Rinaldi, o qual refere que da simultânea necessidade de requisitos objetivos e subjetivos pode-se extrair que a lesão está alinhada com o princípio geral da livre determinabilidade do conteúdo das prestações e que foi posta como tutela da autonomia privada. *Ciò comporta che, qualora lo scambio a condizioni sperequate sai stato liberamente voluto, non si è spazio per alcuna impugnazione*<sup>303</sup>. Em outras palavras, é a fonte do desequilíbrio que se tem em mira, e não o desequilíbrio em si mesmo considerado. Assim, é de se concordar com o autor a respeito do fato de que, na lesão, a divergência entre as condições da singular operação levada a cabo e o valor de mercado dos bens envolvidos na operação não têm relevância em si e por si. Embora constitua um pressuposto para a caracterização da figura, o desequilíbrio econômico objetivo assume relevância apenas como indício de uma anomalia na formação do contrato, de modo que sua relevância está suborbinada ao *accertamento* do estado subjetivo do contratante<sup>304</sup>.

Quanto à segunda questão acima apontada, observa-se que o valor objetivo do mercado, aferido ao tempo da celebração do negócio, nos termos do art. 157, §2º do Código, é o parâmetro para aferir tanto a desproporção, quanto a *reductio ad aequitatem*, a qual tem por objeto conduzir o contrato a um equilíbrio objetivo.

Isso poderia levar a pensar na existência de um princípio de equilíbrio imperativo no Código. Ocorre que Rinaldi esclarece bem a questão ao dizer que o recurso ao critério objetivo do mercado deve-se tão somente ao fato de que “manca una attendibile determinazione dele parti sul rapporto di scambio contrattuale, poiché quella effettuata non è idônea a sorreggere il contratto<sup>305</sup>.” Com efeito, conforme esclarece o autor, ao contrário do que ocorre na resolução, em que o contrato não contém vício genético, o defeito na formação do consenso existente na lesão faz com que o equilíbrio estabelecido pelas partes não seja considerado idôneo a dar suporte ao contrato, o que impõe o recurso a um critério objetivo. O legislador, portanto, longe de atuar em contraste com a autonomia privada, estabeleceu o equilíbrio objetivo apenas como critério supletivo em relação a ela<sup>306</sup>. A respeito, o autor manifesta sua concordância com Galgano, declarando que

---

<sup>303</sup> RINALDI, *La proporzione...*, p. 31.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>305</sup> RINALDI, *La proporzione...*, p. 46.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 46-47.

il criterio del corrispettivo proporzionale al valore della prestazione, che pure si ritrova in diverse norme codicistiche, vale solo per integrare, e non per correggere la volontà delle parti<sup>307</sup>.

Como se vê, a lesão, apesar de aferir o equilíbrio contratual no momento da celebração do contrato e de pautar-se por uma noção objetiva de equilíbrio, foi acolhida no Código de um modo não contraditório com a lógica da liberdade contratual.

Visto isso, possível voltar o foco da investigação para a questão geral deste tópico, qual seja, a existência de um critério geral de equilíbrio no Código.

## *2.2 Existe um critério geral de equilíbrio no Código Civil? – A função Social do Contrato e a Questão do Equilíbrio Contratual*

Salvo melhor juízo, o estudo levado a cabo a respeito da resolução por onerosidade excessiva e da lesão demonstra a inexistência de um princípio geral de equilíbrio contratual no Código Civil, o qual somente é relevante nas hipóteses previstas, cujas fatispécies são determinadas e exigem o envolvimento de algum elemento subjetivo.

É verdade que outras normas há no Código disciplinando o equilíbrio do contrato. Mas, devido ao seu caráter desagregado e fragmentário, não individualizam uma *ratio* unitária capaz de dar suporte ao critério geral buscado. Por isso, concentrou-se o estudo, mesmo que brevemente, sobre os dois institutos tratados, os quais, como referido, devido ao seu caráter geral, demonstram as escolhas de fundo referentes ao valor e aos limites da autonomia privada e do equilíbrio contratual.

Do estudo decorre que o equilíbrio contratual aparece no Código apenas como *decorrência da violação de outros princípios contratuais*, não se impondo por si mesmo como um critério objetivo a partir do qual aferir a adequação e aceitabilidade das escolhas dos particulares. No regime codificado, portanto, o conteúdo do contrato é objeto da liberdade contratual, não podendo o juiz substituir as escolhas adotadas pelas partes pelas suas. O equilíbrio objetivo é estranho ao esquema contratual, prevalecendo a adequação conforme a valoração subjetiva, de modo que o contrato – sempre nos limites do Código – é instrumento para realização

---

<sup>307</sup> Ibidem, p. 93-94.

de interesses subjetivamente considerados relevantes<sup>308</sup>.

Tal também parece ser, em grande medida, a conclusão de Fernando Martins, o qual, conforme observa José de Oliveira Ascensão no prefácio da obra, demarca as manifestações tópicas da justiça no ordenamento nacional, mas não faz a afirmação genérica da subordinação da validade do contrato à justiça do conteúdo<sup>309</sup>. Com efeito, em várias passagens do livro, o autor deixa claro que as normas infraconstitucionais têm um sentido mais proibitivo da injustiça do que de promoção da justiça. Destaca-se o seguinte trecho, o qual constitui uma das advertências apresentadas pelo autor antes de passar ao estudo da concretude da justiça contratual:

Em terceiro lugar, ao rememorar a máxima de Marco Túlio Cícero de que “o excesso de justiça é o excesso de injustiça”, e que, deveras, a intervenção desnecessária pode ofender a autonomia privada das partes, parte-se da conclusão de que se estiverem “garantidas as condições para a realização da justiça formal é de presumir que o contrato seja justo”. É por isso que a análise da concretude da justiça contratual cinge-se aos mencionados desequilíbrios acima transcritos, em que a presunção sugerida não decorre.<sup>310</sup>

Os desequilíbrios que haviam sido mencionados pelo autor, nos quais a presunção de justiça não está presente, referem-se ao desequilíbrio no mercado (relacionado com as falhas na concorrência), ao desequilíbrio significativo (relacionado com a violação da boa-fé) e ao desequilíbrio econômico (lesão e onerosidade excessiva).

Ocorre que esse entendimento, salvo melhor juízo, não é coerente com a afirmação do autor no sentido de que, embora não exista no ordenamento uma norma propositiva da justiça contratual, esta decorre da função social do contrato, a qual proporciona “uma evidência da justiça contratual”<sup>311</sup>. Tal entendimento se alinha com aquela tendência acima citada, no sentido de reconduzir a questão do equilíbrio contratual a toda cláusula geral do ordenamento, da qual também foram citados como exemplos Bruno Miragem e Álvaro Villaça de Azevedo.

Relembra-se que a função social do contrato foi arrolada pelo autor como um dos postulados da justiça contratual, a cujo estudo se passa, limitando-se o foco à

<sup>308</sup> À conclusão idêntica chegou Rinaldi a respeito do *Codice Civile* (RINALDI, *La proporzione...*).

<sup>309</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. XVI.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 320-321 (grifo não original).

<sup>311</sup> MARTINS, *Princípio...*, p. 267.

questão do equilíbrio econômico, objeto do estudo aqui empreendido.

A análise parte da indagação sobre a utilidade do juízo segundo o qual o equilíbrio econômico (como manifestação da justiça) decorre da função social do contrato. O único efeito prático que se vislumbra seria o de ultrapassar as manifestações tópicas a respeito do equilíbrio econômico presentes no ordenamento, perquirindo-o para além dos limites que aquelas fatispécies determinadas acolhidas no direito positivo preveem.

Se assim é, não se pode aceitar uma vinculação entre função social do contrato e equilíbrio contratual no sentido de que este constitua o conteúdo daquela. Como visto, existem normas codificadas que estabelecem os requisitos para que a questão do equilíbrio contratual assuma relevância jurídica. Tais requisitos referem-se a eventos que influem negativamente sobre a formação ou sobre o desenvolvimento do contrato, conferindo-lhe uma configuração patológica decorrente do fato de que o conteúdo contratual não foi livremente querido ou de que, apesar de livremente querido, foi descaracterizado pela ação do tempo, estabelecendo-se, em ambos os casos, uma inadequação subjetiva das prestações<sup>312</sup>. Se, como também foi visto, tais normas refletem as escolhas de fundo do legislador, não há como aceitar a interpretação de qualquer cláusula geral do ordenamento em um sentido que as negue, o que ocorreria caso a sindicabilidade do conteúdo contratual prescindisse da vinculação aos requisitos que estabelecem. Em outros termos, entender a função social do contrato como cláusula geral voltada à garantia do equilíbrio contratual significaria a criação de instituto análogo ao da lesão, mas com âmbito de aplicação mais amplo, o que levaria à inutilidade do instituto construído pelo legislador, o qual seria simplesmente desprezado<sup>313</sup>.

Até aqui, portanto, a conclusão que se têm é de que o Código dá uma limitada atenção ao desequilíbrio econômico. Sua relevância, como critério geral (tal como previsto nas hipóteses de lesão e de onerosidade excessiva, por exemplo, cujo âmbito de aplicação abrange todo âmbito contratual), pressupõe a presença de pressupostos de caráter subjetivo, de modo que é possível concordar que também para o Código brasileiro vale a conclusão de Rinaldi sobre o *Codice*: vigora a regra

---

<sup>312</sup> Nesse sentido, RINALDI, *La proporzione...*, p. 43. Do autor: "L'equilibrio oggettivo o equivalenza resta estraneo allo schema contrattuale, cedendo il passo alla adeguadezza, ossia alle reciproca convenienza, secondo le valutazioni soggettive dele parti; il contrato, pertanto, è lo strumento per la realizzazione non di esigenze di giustizia equitativa, bensì di interessi subiettivamente ritenuti rilevante dai contraenti" (RINALDI, *La proporzione...*, p. 57).

<sup>313</sup> RINALDI, *La proporzione...*, p. 98.

da *insindacabilità dela congruità dello scambio contrattuale*, com exceção das hipóteses legislativas expressamente previstas<sup>314</sup>, bastando *il carattere soggettivo dell'adeguatezza fra le prestazione di um contrato oneroso*<sup>315</sup>.

A conclusão a que se chega é de que, a respeito da questão do equilíbrio contratual no Código, imperava a individualidade do contrato.

Tem-se, contudo, até aqui, apenas um tratamento parcial do tema objeto de estudo, pois nada foi dito a respeito da tipicidade e de sua relação com o equilíbrio contratual. Com efeito, a conclusão de que no Código imperava a individualidade do contrato não implica, mesmo no regime codificado, a ausência total de relação entre tipicidade e equilíbrio contratual.

Para isso, dá-se mais um passo em uma análise que ficou pela metade na apresentação do tema que aqui se discute. Com efeito, naquela ocasião se discutia a utilização da causa, pela jurisprudência italiana, para o controle do equilíbrio contratual na compra e venda, interrompendo-se a análise na década de 80, quando a jurisprudência passou a entender que a função econômico-social da compra e venda exigia a equivalência das prestações, o que levou à objetivação da idéia de equilíbrio, de modo que a venda só seria justificada com o ingresso do correspondente em valor do bem no patrimônio do vendedor.

Retoma-se o discurso exatamente nesse ponto, indagando-se sobre a razão desse entendimento.

Não constitui nenhuma novidade que tal razão encontra-se na evolução que culminou na aglutinação de poder pela grande empresa, fato que arruinou as condições do mercado e impôs a necessidade de proteção de certos sujeitos. Tendo em vista as limitações da disciplina codificada, tal implicou a revisitação do conceito de causa, passando a jurisprudência a empregar a idéia de função econômico-social do contrato de compra e venda como instrumento de controle da proporção objetiva entre as prestações como justificativa do contrato<sup>316</sup>.

Reconduziu-se, portanto, a proteção da parte fraca à causa, entendida a noção como função social do contrato. Perceptível, contudo, que é da *questão da disparidade de poder entre as partes* que se trata. E não demorou para que, adquirida a plena consciência disso, o caminho seguido pela jurisprudência se

---

<sup>314</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>316</sup> No direito alemão, a mesma solução foi contruída a partir da boa-fé, conforme se verá em seguida.

reorientasse para rumos mais férteis, sendo seguida pelo legislador.

Nesse sentido, Rinaldi cita como marco para a correção de rota na colocação do problema uma sentença do *Pretore di Salerno*<sup>317</sup>. Embora conste da sentença o recurso literal à nulidade por falta de causa em contratos com prestações desequilibradas, os quais não seriam merecedores de tutela (entendimento que conduz, como se viu, à objetivação do equilíbrio contratual), em realidade, a razão da decisão é encontrada na disparidade de forças entre as partes (desequilíbrio subjetivo). O autor demonstra que o recurso ao artigo 1322 do *Codice* foi empregado por falta de outro instrumento para negar efeito a uma cláusula evidentemente opressiva em um contrato de adesão celebrado entre partes que se encontravam em disparidade de poder. Na hipótese, o desequilíbrio entre as prestações somente foi considerado juridicamente relevante por ser decorrência de um desequilíbrio subjetivo. Esclarecedor o trecho da sentença citado por Rinaldi:

Nessuna immanenza, pertanto, dell'equilibrio nel contratto, ovvero nessuna rilevanza di questo, in sé considerato ed esaurito, quale autonomo elemento di validità ed efficacia dell'atto di concreta estrinsecazione dell'autonomia privata<sup>318</sup>.

É perceptível que a colocação do problema alterou-se radicalmente, sendo o foco deslocado do desequilíbrio objetivo para o desequilíbrio subjetivo, perspectiva esta que encontrou um lugar sólido na história recente do contrato e que ainda dita o rumo de sua evolução. Do estudo de Rinaldi, é possível extrair ser uma constante na evolução do direito contratual moderno a irrelevância do desequilíbrio contratual puro e simples. Desde a superação da teoria do justo preço pela lesão, o desequilíbrio objetivo somente é relevante quando reflexo do desequilíbrio gerado por circunstâncias subjetivas que turbam a formação do contrato<sup>319</sup>.

Por outro lado, também é perceptível a superação do entendimento de que a sindicabilidade da congruidade contratual é admitida apenas nos casos expressamente previstos na lei. Tal é dado extremamente relevante e abre um novo campo de análise: determinar quando é admitida a sindicabilidade do equilíbrio contratual *fora dos casos pontuais* previstos especificamente pelo Código.

Nesse sentido, o autor trata de um julgado da Corte Constitucional alemã do

<sup>317</sup> Sentenza 23 febbraio 1993, do *Pretore di Salerno*.

<sup>318</sup> RINALDI, *La proporzione...*, p. 108, n. 340.

<sup>319</sup> Questão que, na doutrina tradicional de base pandectística, era reconduzível aos limites dos vícios do consentimento.

mesmo ano<sup>320</sup>, o qual deu relevância ao desequilíbrio subjetivo decorrente da situação de vulnerabilidade substancial/econômica de um dos contraentes. Ressalta-se dos comentários a esta sentença o destaque que foi dado à relação de *disparidade estrutural* entre as partes como fundamento da intervenção no conteúdo do contrato visando dar efetiva garantia à autonomia privada.

Eis a percepção que teve a corte alemã de um dos elementos decisivos da evolução mais recente do direito dos contratos, pois o que se observa é justamente um aumento exponencial das situações caracterizadoras da chamada disparidade estrutural de forças no mercado, pois, com a evolução da economia moderna, são esvaziados de modo sistemático, em âmbitos cada vez mais amplos, os pressupostos para a autodeterminação individual e, assim, para o correto funcionamento da liberdade contratual. Paralelamente a isso, aumentam na mesma proporção os casos de desequilíbrio subjetivo considerados relevantes para o direito, o que tem reflexos necessários na disciplina do contrato.

A tendência que se firma a partir da conjugação de tais fatores é a classificação por categorias de tais casos de desequilíbrio estrutural-subjetivo que autorizam a intervenção no conteúdo contratual, visando dar-lhes um tratamento coerente e sistemático, o que passou a ser a tônica da evolução da regulamentação contratual, de modo que tal método está na base de um conjunto de leis especiais voltadas à disciplina do contrato. Nesse sentido, lembra-se que Scognamiglio refere que a zona de abrangência da causa como instrumento de controle da autonomia privada está sendo tomada por legislações que têm por fundamento uma qualidade subjetiva dos contratantes.

Quanto ao tipo, ele vigora como parâmetro de equilíbrio naqueles âmbitos em que identificado o esvaziamento sistemático das condições para a autodeterminação, caso em que tem sua juridicidade reforçada.

Não se trata, contudo, nunca é demais reforçar, da reposição, por outros argumentos, do emprego do mecanismo da função social típica como causa para controlar o equilíbrio contratual. Isso, como já visto, levaria a objetivação total da noção de equilíbrio, pois este seria exigido, como manifestação causal, em todo âmbito contratual de aplicação daquele tipo, independentemente da posição estrutural que as partes ocupam no mercado. No contrato de compra e venda, por

---

<sup>320</sup> BverfG, 19 ottobre 1993, I BVR 567/89 e 1044/89, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 88, ss. (explorada por Rinaldi a partir da p. 110 da tese citada).

exemplo, o equilíbrio de um contrato de consumo seria aferido do mesmo modo que o de um contrato entre comerciantes ou entre particulares, pois em todos eles a função social típica (a causa) é a mesma.

A situação defendida é radicalmente diversa. O âmbito da intervenção é definido a partir de um critério subjetivo, qual seja, a posição estrutural do sujeito no mercado. Assim, dependendo do âmbito contratual em que a relação concreta enquadrar-se, a vinculação ao tipo será maior ou menor, variando a intensidade de tal vinculação segundo o grau em que estão preenchidos, em cada âmbito, os pressupostos para uma efetiva autodeterminação dos sujeitos envolvidos<sup>321</sup>.

A relação tipo-equilíbrio contratual não se dá, portanto, como decorrência da teoria da função social típica como causa do contrato, mas como mecanismo de proteção de certos sujeitos devido à posição estrutural que ocupam no mercado.

Isso é inteiramente válido para o direito brasileiro, eis que se constata que, para além daquelas hipóteses pontuais em que a questão do equilíbrio é considerada relevante no sistema do Código, muitas das quais reconduzidas aos defeitos do negócio jurídico, a questão do equilíbrio contratual sempre foi tratada em legislações especiais cujo fulcro da atuação é a identificação de âmbitos de contratação caracterizados pela presença de sujeitos que atuam em condições que lhe acarretam uma sistemática incapacidade de autotutela dos próprios interesses. Tal parece ser a *ratio* das leis contratuais especiais, com o que se evitam intervenções arbitrárias e assistemáticas nos contratos.

Com efeito, o legislador já reconheceu muitas hipóteses em que a função social do contrato não decorre automaticamente da busca em liberdade da satisfação de interesses individuais. Trata-se de hipóteses de *bloqueio estrutural dos mecanismos de autodeterminação*.

Quando se abandona isso para defender um controle caso a caso da adequação social do conteúdo contratual pelo juiz, se está pensando em um utópico *controle absoluto no regime dos contratos*, o qual atuaria para além daquelas hipóteses de bloqueio estrutural dos mecanismos de autodeterminação, na medida em que autorizaria o juiz a garimpar, em todo o âmbito de vigência dos contratos, hipóteses de desequilíbrio frente às quais estaria autorizado a agir corretivamente. Tal seria a consequência do reconhecimento da função social do contrato em uma

---

<sup>321</sup> Essa a tese de RIBEIRO, *O problema...*

cláusula geral.

Ocorre que autorizar o juiz a reconhecer hipóteses eventuais de desequilíbrio contratual fora A) dos limites em que permitido no Código e B) dos casos de bloqueio estrutural dos mecanismos de autodeterminação não significa corrigir as distorções do regime de liberdade, mas aniquilá-lo, uma vez que confia na existência, para todos os casos, de um critério objetivo de justiça a partir do qual cotejar o conteúdo do contrato para determinar se ele merece proteção.

Não há aí, a toda evidência, efetiva liberdade contratual. Reconhecer a liberdade significa dar curso, dentro de certos limites, às escolhas individuais prescindindo-se de um controle do conteúdo do pactuado a partir de qualquer critério objetivo. Reconhecer a liberdade significa confiar nas escolhas tomadas pelos próprios indivíduos dentro do âmbito em que a liberdade é reconhecida. Significa confiar que tais escolhas são as melhores possíveis, mesmo que, individualmente considerada, uma ou outra possa ser vista como não adequada. Significa confiar que, no seu conjunto, tais decisões conduzem à melhor ordem possível. Significa, enfim, tutelar juridicamente tais escolhas independentemente do juízo que dela façam terceiros que não os próprios contratantes.

A função social do contrato somente pode negar isso quando presentes razões cabalmente comprovadas que demonstrem não estarem preenchidos os pressupostos para que o regime de liberdade funcione corretamente. E isso apenas ocorre nas hipóteses em que é possível identificar empiricamente falhas que sejam sistemáticas, cujas origens e contornos sejam precisamente identificáveis a ponto de a intervenção ser ordenada e racionalmente controlável. Ficam na irrelevância jurídica hipóteses de desequilíbrio decorrentes de razões acidentais, fortuitas, eventuais, exceto nos casos em que o legislador considerou que são relevantes, como no caso da lesão, por exemplo.

Tal já foi percebido por alguns juristas. Cita-se o exemplo de Calixto Salomão Filho, para quem o direito não deve reagir a situações eventuais e particularizadas de desequilíbrio, que, por serem atípicas e não generalizáveis, levariam a “tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual”. Para o autor,

admitir um reequilíbrio difuso, além de provavelmente não garantir qualquer redistribuição de riqueza efetiva – exatamente por ser assistemático – criaria situação de incerteza e insegurança jurídica, extremamente danosa

para os contratos.<sup>322</sup>

Segundo o jurista paulista, o direito dos contratos já conta com princípios adequados e suficientes para a realização da tarefa de reequilíbrio contratual, designadamente a boa-fé e a cláusula *rebus sic stantibus*. E complementa:

andar além disso não é possível, ao menos em base casuística. Ter por base disparidade de poderes das partes é fundamental, desde que o reequilíbrio se faça por categorias (como os consumidores, por exemplo)<sup>323</sup>.

Por óbvio que isso implica aceitar certas distorções, as quais devem ser consideradas inerentes a um regime que não é perfeito. Tais não devem preocupar o jurista. A busca por um regime perfeito, em que toda a pretensa injustiça seja corrigida, é utópica e destrói o regime de liberdade, o qual é o melhor regime possível em termos funcionais.

Irrepreensíveis são as palavras de Joaquim de Souza Ribeiro nesse sentido:

Esta construção deixa claro qual o verdadeiro sentido da exigência de tipicidade e da irrelevância de circunstâncias particulares, insusceptíveis de generalização. [...] É também por razões de certeza e segurança, que se prendem, não apenas com a tutela da confiança individual na eficácia do acordo, mas também com o papel do contrato como instrumento de ordenação: esta seria irremediavelmente prejudicada se os seus efeitos vinculativos pudessem ser permanentemente postos em causa, com a alegação de fatores atípicos de desresponsabilização. Com isso, a própria estabilidade da instituição, o seu préstimo como meio de planeamento e direção do futuro seriam gravemente afectados. É também a própria preservação da “ordem” contratual que leva à consciente aceitação de resultados que se afastem do ideal de uma equilibrada composição de interesses, mesmo quando eles resultem de impedimentos (circunstanciais, não generalizáveis) ao exercício efectivo da autonomia. E a solução é perfeitamente integrável no sistema, sem grandes danos para os valores da autodeterminação e da justiça, dada a incidência restrita desses casos particulares<sup>324</sup>.

Em suma, a função social do contrato apenas autoriza intervenção no conteúdo contratual fora daqueles casos em que especificamente autorizados em lei quando identificado o abuso institucional da liberdade de contratar, ou seja, quando a liberdade de contratar for empregada para reduzir a liberdade da contraparte de um modo sistemático e generalizado, resultando em relações desequilibradas

---

<sup>322</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 132, p. 7-24, 2003, p. 22.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>324</sup> RIBEIRO, *O problema...*, p. 172-3.

sempre em desfavor de um mesmo conjunto de contratantes. Somente assim, o fenômeno assume relevância jurídica. Ao contrário, quando se tratar de fenômeno não generalizável e não tipificável, não há razão para a reação do direito, pois se considera tal como evento normal em um regime que reconhece a liberdade contratual, e, desta forma, prescinde de um controle indiscriminado das transações individuais. Em outras palavras, considera-se que fenômenos eventuais de desequilíbrio são absorvidos e neutralizados, de modo que são incapazes de afetar o equilíbrio geral do sistema de trocas, única razão justificadora de uma atuação externa corretora.

Ademais, quando em foco fenômenos difusos de desequilíbrio, não é possível, devido justamente à eventualidade das hipóteses em jogo, classificar e agrupar com precisão e objetividade os fatores distorcivos que estão na sua base, sendo impossível determinar-lhes o tratamento adequado. Uma decisão que intervém em hipóteses eventuais de desequilíbrio contratual não pode ser racionalmente controlada, qualificando-se como uma escolha aleatória, cujas consequências são imponderáveis e, provavelmente, contraproducentes.

Conclui-se que somente distorções recorrentes e normais, cujas causas sejam suscetíveis de classificação e agrupamento, são passíveis de um tratamento coerente que, por ser dotado de unidade de direção, é capaz de gerar resultados socialmente positivos. Sem isso, todo contrato celebrado seria permanentemente posto em causa por razões difusas, incontroláveis, irracionais, muitas vezes subjetivas e arbitrárias, o que é pernicioso.

Um dos questionamentos que poderia ser posto a tal entendimento diz respeito ao que mudou com a inserção de uma cláusula geral expressa prevendo a função social do contrato no Código Civil.

Salvo melhor juízo, a resposta a tal questionamento deve partir do fato de que o legislador já reconheceu inúmeros casos em que, por não estarem preenchidos os pressupostos para o bom funcionamento do regime da liberdade contratual, a função social do contrato estaria frustrada caso a disciplina contratual fosse deixada na disponibilidade integral dos privados (Lei dos Contratos Agrários, Lei do Inquilinato, CLT, CDC, etc.). Entende-se que a mesma *ratio* imperante nessas leis deve reger a interpretação da função social do contrato tal qual posta no artigo 421 do Código, de modo que a sua recepção em uma cláusula geral expressa autoriza a jurisprudência a reconhecer, a partir de investigação empírica, a existência de novos âmbitos em

que não preenchidos de modo sistemático os requisitos para o correto funcionamento da liberdade contratual.

Se antes o legislador estipulava com exclusividade os campos em que cabia uma intervenção fundamentada em termos funcionais, atualmente é possível à jurisprudência reconhecer novas hipóteses não legisladas. A lógica por detrás disso, contudo, permanece a mesma.

Entende-se que isso representa a base para uma pré-compreensão adequada do direito dos contratos em um regime liberal, mesmo quando o ordenamento jurídico estabeleça uma cláusula geral prevendo a função social do contrato. Falar em contrato em um regime capitalista, no qual a noção de ordem é entendida essencialmente como o produto da ação descentralizada dos agentes econômicos<sup>325</sup>, significa pôr na base do instituto as escolhas livres dos agentes econômicos. Com efeito, "o contrato – e aí se trata do contrato essencialmente livre – continua a ser a essência da economia capitalista"<sup>326</sup>.

Importante destacar que tal entendimento minimiza as consequências decorrentes da indeterminação que reina sobre a matéria, pois limita a intervenção com base na função social do contrato aos casos realmente relevantes de um ponto de vista social, reduzindo a amplitude dos casos que estão submetidos a controle através de critérios funcionais, o que impede que a cláusula geral em comento seja banalizada e, conseqüentemente, enfraquecida, o que se daria caso transformada em panacéia voltada a controlar a utilidade de todo e qualquer ato, por mais irrelevante que seja de um ponto de vista social.

Com isso, limitando o foco ao que é realmente relevante, será possível destacar com precisão e estudar a fundo as distorções que estão na base das disfuncionalidades do contrato, possibilitando-se a construção de regimes adequados para cada conjunto de fatores.

Em outras palavras, deixando de lado a pretensão de regular exhaustivamente hipóteses eventuais e assistemáticas de desequilíbrio, será possível identificar com mais facilidade grupos de casos que requerem o mesmo tratamento, o que permite a construção de linhas de ação coerentes e sistemáticas, capazes de fazer frente ao

---

<sup>325</sup> Rodrigo Garcia da Fonseca lembra que nos regimes capitalistas o mercado surge das relações micro para as macro-econômicas e que as grandes questões da economia (o que, como e para quem produzir) são respondidas pelos próprios agentes econômicos, ainda que o Estado tenha uma atuação importante (FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 168-173).

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 168.

problema em um nível estrutural.

Na mesma esteira, esse entendimento estabelece bases mais sólidas para a construção de um sistema de precedentes e para a operacionalização do controle das decisões judiciais pelos órgãos superiores da estrutura judiciária, mecanismos essenciais para a uniformização jurisprudencial, de cuja falta tanto se ressentem a prática jurisprudencial brasileira.

## CONCLUSÃO

Conforme referido na introdução, este trabalho não pretende construir bases dogmáticas a partir das quais deduzir soluções para os casos que a prática coloca ao aplicador do direito.

Pretende-se, antes, trabalhar as questões objeto de análise visando obter delas a pré-compreensão necessária para que o intérprete se movimente orientado frente à complexidade dos problemas envolvidos no contrato, adquirindo aptidão para colocá-los corretamente. Ao invés de enclausurar-se em respostas acabadas para as infindáveis questões contratuais possíveis, o foco do estudo aqui empreendido foi atingir o que Neil MacCormick, fazendo referência a John Rawls, chama de "equilíbrio reflexivo":

Quando encaramos a lei em ação, o que vemos é uma constante dialética entre o que ocorreu e é considerado liquidado, e o processo dinâmico e contínuo de tentar resolver novos problemas de modo satisfatório e velhos problemas de um modo que agora nos pareça mais satisfatório. A convicção de Kelsen de que a lei tem que ser representada tanto como uma forma estática como com uma forma dinâmica para que sua plena natureza possa ser captada atesta a continuidade dessa dialética e representa uma tentativa brilhante de compreendê-la e explicá-la. Ou poderíamos, em vez disso, tomar emprestado de Rawls e dizer que, para entender plenamente a lei, precisamos primeiro tomar um enunciado tosco de todas as normas do código de leis e todos os precedentes nas coletâneas de jurisprudência; em seguida, investigar os valores e princípios motivadores daqueles cujas normas elas representam; então, a luz dessa investigação, mudar nossa compreensão inicial e tosca das normas reproduzidas verbalmente; para então examinarmos de novo os princípios e valores, e assim por diante, até atingirmos um estágio de "equilíbrio reflexivo". Entretanto, quando tivermos chegado lá, a lei já terá mudado – nova legislação, novos precedentes, novos manuais, novas críticas. Por isso, temos que começar novamente, dessa vez, não exatamente no início, no esforço de nos aproximarmos do "equilíbrio reflexivo" outra vez. Mas quando tivermos chegado lá... (Se por mais não fosse, isso decerto captaria bem o modo de pensar intrínseco ao verdadeiro estudioso do direito). É como se fôssemos comparar a lei às marcas deixadas por um trator de esteira – uma esteira sem fim que está continuamente se movimentando no tempo. Sem fim, mas não desprovida de lacunas; sendo as lacunas preenchidas por extrapolação a partir do que já se encontra ali<sup>327</sup>.

Com tal foco, desenvolveu-se o trabalho, o qual, se exitoso, demonstrou que a base teórica de que partiu a comissão elaboradora do projeto do atual Código Civil não é compatível com a ordem jurídica nacional, não apresentando dela uma pré-

---

<sup>327</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320-321.

compreensão consistente.

A primeira parte do trabalho tratou da concepção de que partiu o legislador para redigir a cláusula geral do art. 421 do Código. Trata-se da teoria segundo a qual a causa do contrato é a sua função social típica, tal qual desenvolvida por Betti. Ainda na primeira parte, demonstrou-se que, mesmo na Itália, seu berço de origem, a teoria foi superada pela doutrina e, posteriormente, pela jurisprudência, onde teve mais resistência, embora se denuncie que, há muito, o recurso à idéia é apenas literal.

Apesar disso, o art. 421 do Código vem sendo muito festejado no Brasil, pois a previsão da função social do contrato em uma cláusula geral expressa é considerada por muitos como o principal avanço a respeito do direito dos contratos. Isso muito embora seja evidente o fato de que os doutrinadores brasileiros ainda não tenham conseguido determinar o significado e o alcance de tal cláusula geral no direito pátrio, o que não deixa de ser curioso, uma vez que uma das peculiaridades comumente associadas aos juristas é justamente a de serem zelosos com a segurança jurídica, não sendo muito comum vê-los festejarem algo que não conhecem.

Em um contexto como esse, é de se reconhecer que o recurso à doutrina que foi a base para a redação da cláusula geral do art. 421 tem a seu favor a maior precisão decorrente da ampla construção dogmática levada a cabo na Itália no século passado. Ocorre que tal concepção teórica parte de uma matriz de contrato calcada no controle da autonomia privada, o que parece incompatibilizá-la, já na partida, com um regime liberal-democrático e com uma ordem econômica capitalista. Mesmo que o direito dos contratos tenha passado a ser pautado por diretrizes mais sociais, o que não se discute, não há compatibilidade.

Também foi demonstrado que não é suficiente operar adaptações em tal teoria para adequá-la à ordem nacional e, a partir disso, continuar sustentando a unidade do direito contratual através da construção de uma teoria geral. Com a adoção de tal método, apenas se pode obter uma teoria artificial, pois sem enraizamento na tradição nacional a respeito dos contratos. Outro resultado obtido com tal perspectiva metodológica é a contradição. Sendo as matrizes distintas, qualquer tentativa de adaptação parece estar fadada ao fracasso.

Estabeleceu-se, então, que a compreensão da função social do contrato deve ter por base os dados extraídos do estudo do direito contratual pátrio, a partir do que

se buscou demonstrar que o direito contratual brasileiro não se deixa sistematizar a partir de um critério único, extraído de alguma cláusula geral visando construir um discurso monopolizador. Tal demonstração foi levada a cabo através do recurso às idéias de tipicidade e individualidade, as quais foram confrontadas por ocasião da análise de dados colhidos do Código, da doutrina e do ambiente em que o contrato atua. O recurso a elas foi motivado pelo fato de que, apesar de não abarcarem todo o âmbito de exercício e de controle da liberdade contratual, permitem a apreensão de aspectos essenciais da questão, a partir dos quais se torna possível focá-la por uma perspectiva não reducionista e não unilateral.

De tal confronto foi possível extrair uma conclusão bastante singela: não há uma fórmula unitária a partir da qual racionalizar o exercício e o controle da liberdade contratual. Parece ter ficado claro que essa conclusão vale até mesmo para o Código, o que é possível perceber através da comparação entre a disciplina do contrato tal qual posta na parte geral, sob a rubrica negócio jurídico, e a disciplina geral do contrato tal qual posta na parte especial, prevendo a função social do contrato.

Frente a tal conclusão, questiona-se: se até mesmo o Código Civil dá bons argumentos para discutir a idéia de unidade do contrato, de modo que mesmo no seu interior o instituto parece estar fragmentado, como será possível falar em uma teoria geral do contrato envolvendo, por exemplo, as disciplinas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, conforme disposto no enunciado nº 167 da CEJ, já referido na epígrafe desta dissertação?

Além disso, também ficou claro que o confronto entre tipicidade e individualidade aparece muito nitidamente em algumas das questões fundamentais relativas ao contrato, cujo tratamento oferece uma perspectiva fértil a partir da qual focá-las. Nesse sentido, foram destacadas as questões da boa-fé e do equilíbrio contratual, cujo estudo esclareceu que tipicidade e individualidade convivem no direito contratual brasileiro, variando sua intensidade segundo a presença, em maior ou menor grau, das circunstâncias que constituem os pressupostos para um correto funcionamento da liberdade contratual, sendo que uma maior vinculação aos critérios objetivos derivados dos tipos apenas ocorre nos âmbitos em que ausentes as condições para uma efetiva autodeterminação (autotutela) dos sujeitos envolvidos.

Indo mais além, verificou-se a ampliação exponencial, ocorrida nos últimos

tempos, dos âmbitos em que ausentes, de modo sistemático e generalizado, tais condições. Tal conduziu à classificação desses âmbitos em categorias ordenadas segundo os fatores que turbam o correto funcionamento da liberdade contratual, com o que se torna possível dar um tratamento coerente a cada conjunto de casos e evitar intervenções assistemáticas e contraditórias. Como consequência, decorre a irrelevância jurídica de situações eventuais e não generalizáveis que *pareçam* injustas, pois reconhecidas como inerentes a um regime que se funda na liberdade. Embora alguns considerem inaceitável a inércia frente a situações que, segundo seu sentimento de justiça, não se justificam, é de se perceber que não faz sentido pensar em um regime perfeito, no qual toda injustiça seja eliminada. Ademais, as situações típicas de flagrante injustiça estão legislativamente previstas a partir de fatispécies que, de modo mais ou menos determinado, indicam os requisitos que devem estar presentes para uma intervenção heterônoma no contrato. Desse modo, tem-se que o próprio legislador já fixou as situações que caracterizam grave injustiça e que devem ser combatidas.

Do estudo das questões da boa-fé e do equilíbrio contratual tem-se, portanto, mais uma vez, as idéias de tipicidade e individualidade: esta atua em todo o campo da autonomia reconhecido aos particulares, sendo-lhe subtraídos, contudo, aqueles âmbitos destacados do regime comum a partir do critério acima apresentado, caso em que a tipicidade tem sua atuação reforçada.

Conforme parece ficar claro, a teoria da função social típica não pode ser entendida como a *ratio* do artigo 421 do Código Civil, pois não oferece uma explicação integral e coerente do direito dos contratos que vigora no Brasil, o qual não se reduz à tipicidade do contrato, pois a análise procedida dá conta de que ela está presente, nos termos em que tal teoria a sustenta, apenas em uma gama de relações.

É reconhecido que o papel do direito dos contratos não é o de determinar, mesmo que indiretamente, pela via dos tipos sociais, os fins a serem buscados pelo contrato de forma vinculante, caso em que estaria justificada uma intransigente investigação da utilidade social dos interesses particulares envolvidos no contrato como requisito para o merecimento de tutela. Entende-se que a determinação dos fins do contrato é de atribuição exclusiva das partes, que devem tutelar os próprios interesses e podar pretensões injustificadas das contrapartes, de modo que não deve ser objeto de atenção do jurista a pretensão de não dar guarida a contratos

fúteis ou inúteis, preocupação esta que, de um ponto de vista social, é injustificada. Os casos limites, que são os que alguma preocupação poderiam causar, A) são vedados pelos bons costumes<sup>328</sup> ou B) são casos em que inexistente uma séria intenção de vincular-se<sup>329</sup>. Na atividade econômica privada, a utilidade social é, no comum dos casos, produto do exercício da liberdade contratual, de modo que não cabe perquiri-la caso a caso, pois se presume que exista. O direito dos contratos atua precipuamente através de um controle negativo, impedindo que o contrato gere distorções sistemáticas no regime de trocas.

Quanto à questão da disciplina jurídica, do mesmo modo, no comum dos casos, é resolvida pelas partes em liberdade: escolherão livremente o tipo jurídico mais adequado aos seus interesses, poderão utilizar tipos para outros fins que não os socialmente típicos, desde que respeitados os limites do lícito, e poderão ainda realizar contratos absolutamente atípicos, cuja disciplina ficará a cargo exclusivo das partes, caso em que os critérios típicos apenas atuarão supletivamente no preenchimento do regulamento contratual frente as omissões das partes.

A função regulatória do direito dos contratos é, portanto, evitar que o contrato leve a uma ordem inadequada das relações patrimoniais, impedindo distorções inequitativas que possam comprometer o regime de trocas. Somente nesse caso é possível dizer que a função social do contrato não é cumprida.

Uma concepção funcional de contrato em sistemas capitalistas impõe que o direito dos contratos venha sempre "atrás", corrigindo as *falhas estruturais* geradas pelo mecanismo do contrato, impedindo resultados que se mostrem *sistematicamente* desajustados.

Apenas quando identificadas empiricamente tais falhas estruturais aptas a gerarem resultados sistematicamente desajustados impõe-se uma intervenção que seja justificada por critérios funcionais.

Frente a tais falhas, uma das opções do legislador é estipular que a disciplina jurídica de determinados contratos é vinculativa, caso em que a teoria da função social típica pode ser empregada para identificar com precisão os casos para os

---

<sup>328</sup> Nesse sentido, Raiser, o qual refere que, "in casi estremi il divieto dei contratti contrari al buon costume protegge in misura sufficiente le corti dalle pretese fondate su contratti assurdi o ridicoli." (RAISER. *Il Compito...*, p. 90).

<sup>329</sup> Nesse sentido, Guarneri, para quem o "contratto che persegue interessi futili spesso non è azionaili non tanto perché portatrice di interessi immeritevoli di tutela, ma perché carente di una seria e definitiva volontà di obbligarsi." Essa, na conclusão do autor, uma das muitas razões pela qual manifesta o entendimento de que a regra do artigo 1322 do Codice deve ser revogada ou, *a tutto concedere*, ser submetida a uma leitura muito cautelosa (GUARNERI, *Meritevolezza...*, p. 814).

quais é aplicável ou não tal disciplina.

Aqui, repete-se, não se está tratando de um problema de merecimento de tutela, mas da disciplina a ser aplicada a interesses que, por serem lícitos, são tuteláveis. Entretanto, o direito não abre mão de determinar, nessas hipóteses especiais, como lhes tutelar, caso em que o regime não está inteiramente à disposição das partes.

Ademais, fica claro que a teoria da função social típica construída por Betti não é capaz de distinguir um dos casos do outro, ou seja, não estabelece quando um problema é comum, sendo que o regime permanece na disponibilidade das partes, caso em que vige a individualidade do contrato, e quando apresenta caracteres especiais que fazem com que o direito reaja, direcionando o ato de autonomia privada através de tipos vinculantes. Isso porque, como já visto, a matriz de sua teoria está na idéia de controle da autonomia privada, impondo a verificação de todo e qualquer ato a partir de critérios de utilidade social, pelo que não se coaduna com um regime liberal.

Tal teoria apenas fornece elementos para a classificação (enquadramento) dos atos concretos após o direito já ter operado a distinção tendo por base outro critério, sendo interno a ele. Assim, estabelecido empiricamente que em determinados casos há distorção relevante no regime do contrato e, a partir disso, que a disciplina típica deverá ser vinculativa, o recurso à idéia de função típica pode ser empregado para que se possa investigar quando está ou não presente efetivamente aquele tipo, evitando-se, deste modo, que as partes se subtraíam à disciplina legal.

Insiste-se: no direito brasileiro, a função social típica não se impõe por si só, ou seja, não traz em si o fundamento, o porquê de, em determinados casos, a disciplina típica não poder ser afastada.

Exemplo expressivo disso extrai-se dos contratos agrários, o qual é tratado por Gerson Branco visando confirmar sua tese. Ocorre que, nos contratos agrários, a operatividade da função típica limita-se a mero critério para a *identificação do tipo*, visando *determinar a disciplina aplicável*, não constituindo a *ratio* do regime especial ali adotado.

Nesse sentido, o próprio autor diz que a função típica é tão determinante dos contratos agrários que eles chegam a se determinar pela própria função, eis que, quando houver locação de um sítio para lazer, por exemplo, não haverá contrato

agrário, mas contrato de locação comum, *de modo que o regime agrarista não é aplicável.*

O primeiro aspecto a destacar é que isso comprova que não está em jogo uma questão de merecimento de tutela. A ausência dos elementos do tipo do contrato agrário, determinados a partir da função típica (lembrar que, conforme Betti, os elementos necessários para o atingimento da função do negócio são seus *essentialia negotii*), apenas descaracterizam o contrato como agrário, não o tornando não merecedor de tutela. O resultado disso é que a eles não será imposta a disciplina jurídica dos contratos agrários.

Deste modo, mais uma vez, se comprova que a função típica apenas atua na identificação do tipo, pelo que auxilia no enquadramento jurídico e, assim, na determinação da disciplina aplicável. Não dá, contudo, o fundamento da obrigatoriedade de uma dada disciplina.

Nos casos em que ficar comprovado que se trata de um contrato agrário, a disciplina é a estabelecida pela lei de um modo cogente, eis que a forma de controle adotado foi a exclusão da atipicidade. Dito de outro modo, a lei operou a vinculação entre uma função típica e a disciplina jurídica aplicável, mas o fundamento disso não está na existência da função típica como prova da utilidade social dos contratos agrários. O verdadeiro fundamento está em que, em tal âmbito, não estão presentes, de modo generalizado, os pressupostos para uma adequada autotutela dos arrendatários. Existindo tais pressupostos, o regime contratual deveria ser o comum. A questão da função social não é, portanto, uma investigação casuística da utilidade social de cada contrato, mas evitar que os contratos tenham resultados danosos de um ponto de vista social.

Em suma, a função social apenas determina um regime jurídico específico que se torna vinculante quando a liberdade contratual não cumpre de modo autônomo a função que lhe é própria. Em outras palavras, a função social somente assume a frente quando não estão presentes, de modo sistemático e generalizado, em um dado âmbito, os pressupostos para a correta autotutela dos próprios interesses por uma categoria de contratantes determinada, *ajudando a determinar o âmbito de aplicabilidade de uma dada disciplina jurídica.*

Mas não é só. Nem mesmo nos âmbitos subtraídos à disponibilidade das partes, em que o tipo atua com mais intensidade, é possível falar em uma unidade lógico-sistemática a dar base a uma teoria geral a ser construída a partir da função

social do contrato.

É óbvio que o legislador, quando identifica empiricamente tais desvios sistemáticos, tem construído tipos legais cuja disciplina é tornada vinculante ou de afastamento mais restrito. Entretanto, essa é apenas *uma opção* legislativa por um dado instrumento de controle dentre tantos outros. Não há umnexo necessário entre a disfuncionalidade do contrato e a estipulação de um regime de tipicidade vinculante, eis que a vinculação ao tipo é apenas um dentre os vários instrumentos e técnicas que podem ser utilizadas para fazer frente às disfuncionalidades sociais do contrato, escolhendo o legislador, por critérios de conveniência e oportunidade, o método mais adequado segundo os fatores que atuam como causa impeditiva para que o contrato cumpra a função que lhe cabe. Embora o recurso à tipicidade seja importante, não se trata de um critério com a amplitude suficiente como base para se sustentar a unidade do controle da autonomia privada.

Isso pode ser identificado em outros ordenamentos, sendo o exemplo mais expressivo a regulamentação da contratação por meio de condições gerais dos contratos tal qual levado a cabo na Alemanha e em Portugal. No Brasil, como inexistente um regime jurídico consistente para regular tal método de contratação, recorre-se ao CDC para exemplificar a questão, o qual supre em parte a falta de uma legislação específica. Com efeito, o regime das relações de consumo contradiz que exista uma ligação necessária entre a idéia de controle da liberdade contratual e a idéia de tipicidade. Em primeiro lugar, as relações de consumo não constituem um tipo específico. Apesar disso, é verdade que uma das formas de controle adotada opera através do tipo da operação levada a cabo, o que fica flagrante quando se recorre à idéia de natureza da operação<sup>330</sup>. Mas esta é apenas uma das formas de controle dentre as muitas adotadas pelo CDC. A título de exemplo, pode-se destacar o rol de cláusulas abusivas, o qual é aplicado genericamente a toda relação de consumo, independentemente do tipo em questão; As normas específicas de interpretação, as quais destoam do regime comum; O rol de práticas vedadas por serem consideradas abusivas; A regulamentação da oferta e da publicidade, ao que se pode acrescentar a previsão de sanções administrativas e penais aos fornecedores, bem como a previsão e regulamentação de ações coletivas para a defesa dos interesses dos consumidores.

---

<sup>330</sup> Nesse sentido, o §1º, I do artigo 51 do CDC.

Apenas quando a técnica de controle adotada for a maior vinculação ao tipo a teoria da função social típica poderá ter algum papel, caso em que atuará no enquadramento do contrato<sup>331</sup>, impedindo que a disciplina jurídica imposta seja fraudada.

Por fim, observa-se que o critério estabelecido pela teoria da função social típica, tal qual adaptada para o ordenamento jurídico pátrio por Gerson Branco, não opera para os casos em que não há tipo pré-estabelecido, o que constitui um dos problemas centrais da matéria.

Caso adotada a tese de que a função social do contrato atua a partir da idéia de tipicidade social, como propõe a teoria da função social típica, observa-se que ficará na penumbra uma gama enorme de casos que, segundo essa teoria, deverão ser objeto de controle, mas para os quais não há qualquer critério objetivo prévio, o que tem como consequência a exposição permanente da atividade econômica privada ao arbítrio judicial, o que solapa a estabilidade do contrato. Em outras palavras, a teoria não se desincumbe do ônus que assume, pois quem sustenta que uma determinada relação deve ser controlada assume o ônus de apresentar o critério que deverá guiar o controle. Nesse sentido, enfático o seguinte trecho de J. Oliveira Ascensão:

A crítica ao positivismo, legalismo e formalismo no Direito generalizou-se no Brasil. Mas arriscamos afirmar que o discurso banal oculta o remédio. Qual a alternativa?

Se se elimina um critério de decisão sem dar nada em troca, o resultado é negativo. Cai-se no mero decisionismo, na decisão empírica, que franqueia o arbítrio do julgador. Ou então na solução emotiva, que torna dispensável e inútil toda a formação e reflexão jurídicas<sup>332</sup>.

Por isso, importante que a abertura da atividade privada a um controle a partir de critérios funcionais fique reservada aos casos de desvios sistemáticos e generalizados, capazes de afetar de modo relevante o regime de trocas, o que possibilita, conforme já referido, identificar grupos de casos que requerem o mesmo tratamento, a construção de um sistema de precedentes e a operacionalização do

---

<sup>331</sup> Entendimento que, diga-se de passagem, não é isento de dúvidas. Basta ver que Antonio Junqueira de Azevedo atribui tal função ao elemento categorial inderrogável. Segundo o autor, é tal elemento, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece (AZEVEDO, *Negócio...*, p. 150).

<sup>332</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. *A nova teoria contratual*. [http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/artigos/nova\\_teorias\\_contratual.pdf](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/artigos/nova_teorias_contratual.pdf). Acessado em 10/02/2012, p. 9.

controle das decisões judiciais pelos órgãos superiores da estrutura judiciária.

Ainda, é de se destacar que uma vinculação muito estrita ao tipo impede de ver as situações em que a disciplina típica não tem razão de ser, o que somente é possível através de análise empírica – embora não assistemática, conforme se vem defendendo. O que se quer dizer é que, além da identificação de campos em que não presentes de modo generalizado os pressupostos para a autodeterminação privada nos casos em que o legislador não fez previamente tal investigação, visando subtrair tais campos do regime comum, a função social do contrato pode ser empregada, sempre empiricamente, para superar as deficiências e limitações naqueles casos em que o legislador já operou tal distinção. E, nesse sentido, o exemplo dos contratos agrários é, mais uma vez, emblemático, pois o regime agrarista parte da consideração de que o proprietário da terra é a parte forte da relação, o que vem sendo superado *sistematicamente* pela mecanização das atividades rurais (agroindústria). Eis a importância de uma cláusula geral como a da função social do contrato, da qual se extrai o fundamento legal para a inversão da presunção legislativa. Parte-se da *ratio* da lei, da qual se extraiu o entendimento de que a função social do contrato somente autoriza uma intervenção judicial no contrato nas hipóteses em que é possível identificar empiricamente falhas que sejam sistemáticas, cujas origens e contornos sejam precisamente identificáveis a ponto de a intervenção ser ordenada e racionalmente controlável, para a superação das deficiências existentes na própria lei quando opera essa identificação.

Assim, evidente que a função social do contrato, mesmo no entendimento aqui defendido, não se limita a um princípio voltado a atuar apenas nas lacunas da disciplina legislativa, visando integrá-las. Sua atuação é mais ampla, pois poderá ser empregada na superação as imprecisões do dado legislativo, pondo em evidência que as presunções de que parte nem sempre estão presentes, com o que permite o ajuste permanente do direito aos fatos – embora somente o permita em limites mais restritos, com base em uma análise empírica e sistemática.

Visto tudo isso, inverte-se a proposição da tese sustentada por Gerson Branco: não é necessária uma justificação para o exercício da liberdade contratual. Não é necessário que o ato de autonomia privada se enquadre em um tipo pré-estabelecido para estar justificado, ou a comprovação da utilidade social para que o indivíduo possa adotar um contrato atípico. No comum dos casos, o exercício da liberdade contratual está garantido, não sendo exigida uma justificação para tal

exercício, eis que se presume que ela irá satisfazer a função que lhe cabe de modo autônomo.

Com efeito, A) partindo-se do pressuposto de que em foco está a ordem jurídica de uma economia capitalista em um Estado democrático e liberal, B) a qual garante o contrato como instrumento de liberdade contratual e C) que já dispõe de uma série de limitações cogentes, tal qual C1) os limites do lícito, C2) a disciplina da validade, C3) a boa-fé, C4) as normas gerais restritivas de fatispécie delimitada e C5) a legislação contratual especial, tem-se que é a limitação da liberdade contratual a partir da função social do contrato que deve ser justificada, pois, respeitado esse conjunto de limites postos pelo ordenamento, pressupõe-se que o exercício da liberdade contratual foi regular.

E a justificação há de ser cabal, entendendo-se como tal apenas a demonstração empírica da existência de fatores que turbam a liberdade contratual a ponto de estar comprovado que o regime de liberdade não conduz a uma ordem minimamente satisfatória. Não são aceitáveis argumentos no sentido de uma pretensa utilidade social que poderia estar sendo comprometida caso dado curso, através do contrato, a interesses que seriam fúteis por não se adequarem aos padrões objetivos normalmente empregados na vida em sociedade.

Preserva-se, então, a liberdade contratual com seu sentido imanente (que se traduz na livre escolha dos interesses e na sua própria realização), mas abre-se a oportunidade para a correção das falhas que não podem ser absorvidas satisfatoriamente pelo sistema sem custos sociais consideráveis.

Em suma, o ponto de partida do regime contratual brasileiro continua sendo a liberdade contratual, sendo o direito dos contratos construído a partir da identificação de suas falhas funcionais. Em outras palavras, o contrato ainda se move no sulco aberto na modernidade.

Somente a sujeição a uma obsessão controladora poderia explicar a pretensão de acrescentar ao quadro de limites a que já está submetida a liberdade contratual mais um mecanismo aberto a partir do qual “patrulhar” casuisticamente o campo deixado pelo ordenamento aos privados para regularem seus interesses. Tem-se uma excessiva sensibilidade frente a alguns receios reais, o que faz o intérprete sucumbir a uma obsessão em proteger-se o homem do próprio homem, o que conduz a uma sobrevalorização da idéia de controle pelo Estado.

Adverte-se, por fim, que esta dissertação, de lado sua estrutura formal, pode

ser dividida em duas partes, uma de cunho mais desconstrutivo e outra de cunho mais construtivo. Na primeira, combateu-se a concepção de que partiu o legislador ao redigir o art. 421 e negou-se que a função social do contrato possa reduzir o direito contratual pátrio à unidade; Na segunda, indicou-se que o entendimento da função social do contrato está condicionado às falhas estruturais existentes no regime da liberdade contratual, de modo que seu entendimento deve ser construído a partir do estudo da legislação contratual esparsa, a qual faz frente a tal tipo de falha. É perceptível que a esta segunda parte foi dedicado espaço bem reduzido em comparação com primeira, o que poderia causar perplexidade: muito esforço para desconstruir e bem pouco para construir.

Tal perplexidade, contudo, se esvazia quando se tem em vista o objetivo da dissertação. Com efeito, não foi assumido nenhum compromisso com uma resposta final para a atual configuração do contrato no direito brasileiro após a inserção da função social do contrato no direito positivo através de cláusula geral expressa (se é que é possível uma resposta, o que não parece uma questão descartável). Como visto, o objetivo é bem mais singelo: apresentar um caminho consistente para a busca de uma resposta a respeito do tema.

Assim, com relação ao estilo direto que se procurou imprimir à parte mais construtiva, não deve ser visto como indicativo da pretensão de uma resposta pronta e acabada para o tema, a qual, acredita-se, somente poderá ser alcançada com o tempo. A convicção que se buscou transmitir vai no sentido de que, apesar de ainda não se ter definido satisfatoriamente a função social do contrato, é no confronto entre o regime do Código e o regime das leis contratuais especiais que reagem às situações de desequilíbrio estrutural de poder que deve ser buscado o caminho para uma correta compreensão do significado e do alcance de tal cláusula geral. Entende-se que somente a partir de tal confronto será possível ter de tal cláusula geral uma compreensão sólida e suficiente para que sua extensão a novas hipóteses não expressamente previstas ocorra de modo consistente e fundamentado.

Fica a provocação.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. A autonomia privada como poder jurídico. In: ESTUDOS Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. As cláusulas contratuais gerais, a proteção do consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 235-256, n. 98, abr./jun. 1988.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCARELLI, Tullio. Causalidade e abstração na duplicata. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 108, p. 231-236, 1946.
- \_\_\_\_\_. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- ASCENSÃO, J. Oliveira. *A nova teoria contratual*.  
[http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/artigos/nova\\_teorias\\_contratual.pdf](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/artigos/nova_teorias_contratual.pdf). Acessado em 10/02/2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ASPECTOS Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-45.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, 2001.
- \_\_\_\_\_. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 11-17, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AZEVEDO, Paulo Furquim. Contratos: uma perspectiva econômica. In SZTAJN, Raquel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005, p. 114.
- BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 2002.
- BENEDETTI, Giuseppe. Tutela de consumatore e autonomia contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 1, p. 17-32, 1998.
- BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio Contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1998.

BETTI, Emilio. Autonomia privata. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1957a. v. 1, p. 1559-1561.

\_\_\_\_\_. Causa del negozio giuridico. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1957b. v. 3, p. 32-40.

\_\_\_\_\_. Negozio giuridico In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1957c. v. 11. p. 208-220.

\_\_\_\_\_. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giufrè, 1953.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzioni: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

\_\_\_\_\_. *Estado, Governo, Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil Brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [19-?]

CASSOTTANA, Marco. Causa ed economia del contratto: tendenze doutrinari e modelli di sentenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 813-835, 1979.

CATAUDELLA, Antonino. *Funzione sociale e clausule vessatorie nel nuovo Codice Civile Brasiliano*. Roma e America: *Diritto Romano Comune*. *Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, v. 16, p. 131-133, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e o seu complemento pela jurisprudência. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n. 162, p. 205-213, 2004.

CORDEIRO, Menezes; ROCHA, António Manuel da. *A boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DE NOVA, Giorgio. Contratto. Disponível em:  
<<http://www.treccani.it/enciclopedia/contrattoEnciclopedia Scienze Sociali/?stampa=1>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996.

EICHENHOFER, Eberhard. L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 2, p. 193-213, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1966.

\_\_\_\_\_. La <<cultura>> del contratto e le strutture del mercato. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 11-12, p. 843-870, 1997.

\_\_\_\_\_. Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obbligazioni*, Milano, v. 69, n. 2, p. 81-97, 1971.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, Rio de Janeiro, n. 130, p. 7-38, 2003.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um Entrave à Integração Econômica no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 736, p. 20-39, 1997.

\_\_\_\_\_. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor: uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.43, p. 318, 2002.

\_\_\_\_\_. ¿Puede el acreedor ser instado a disminuir el propio perjuicio? *Revista Nova Tesis*, Montevideo, n. 7, p. 3-11, 2006.

\_\_\_\_\_. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ASPECTOS controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 569-582.

\_\_\_\_\_. Superposição de contratos. In: CONTRATOS empresariais: contratos de consumo e atividade econômica. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255-293.

GABRIELLI, Enrico. L'operazione economica nella teoria del contratto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 3, p. 905-939, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1998.

GALGANO, Francesco. Libertà contrattuale e giustizia del contratto. *Contratto e Impresa*, Padova, n. 2, p. 509-521, 2005.

GOMES, Luís Roldão de Freitas. Aspectos do contrato de leasing, franquia e factoring. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 276-307, 2000.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Barcelona: Bosch, [19-?] v. 2: Exposición general.

GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de. *Manuales de metodología jurídica*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004. v. 1.

GUARNERI, Attilio. Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 5, p. 799-814, 1994.

IRTI, Natalino. Itinerari del negozio giuridico. *Quaderni Fiorentini*, Milano, n. 7, p. 395-420, 1978.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 832, p. 100-111, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 5, p. 487-501, 1987.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes. *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Adimplemento e inadimplemento. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, p. 95-113, 2003.

\_\_\_\_\_. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada valor residual garantido – VRG e a sua dupla função: complementação do preço e garantia. *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 49, p. 109-148, 2010.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

\_\_\_\_\_. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: QUESTÕES controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. In: O DIREITO da empresa e das obrigações e o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 218-248.

\_\_\_\_\_. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 45, p. 213-244, 1989.

MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunaes*. São Paulo, v. 105, p. 3-20, 1937.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 22-45, out./dez. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos Contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 95-119, 2005.

\_\_\_\_\_. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 309, p. 33-61, 1990.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 50-60, 2002.

NETO, Gondim. Anteprojeto do Código das Obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, p. 283-295, 1944.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. In: O DIREITO da empresa e das obrigações e o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 249-287.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 281, p. 1-10, 1979.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RAISER, Ludwig. Funzione del contrato e liberta contrattuale. In: IL COMPITO del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell' economia di tre decenni. Milano: Giuffrè, 1990. p. 71-103.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESCIGNO, Pietro. Condizione (direito. vig.). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1966, p. 762-801.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 69-81, 2008.

\_\_\_\_\_. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RINALDI, Carlo. *La Proporzione tra le Prestazione Contrattuali*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Facoltà di Giurisprudenza, Università Degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2005.

RIOS, José Arthur. Saudação: idéia de uma sociologia do contrato. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 3-8, 2000.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto privato nella società moderna*. Bolonha: Mulino, 1972.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SÁ, Almeno de. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil Brasileiro. In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 167-219, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 132, p. 7-24, 2003.

SCAGLIONE, Francesco. Intersoggettività e gratuita nei contratti. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 3, p. 373-401, 2010.

SCHWAB, Dieter. Liberdade Contratual e formação de contratos "ex vi legis". *AJURIS*, Porto Alegre, n. 39, mar. 1987.

\_\_\_\_\_. Validade e controle das "condições gerais de negócios". *AJURIS*, Porto Alegre, n. 41, p. 11-12, nov. 1987.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. La dottrina della causa nel diritto italiano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Disponível em:

<<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewfile/626/590>>. p. 153-180.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SERRAVALLE, Paola D'Addino. Contratto tra integrazione dei mercati e pluralismo delle fonti. In: O DIREITO da empresa e das obrigações e o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 325-356.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: O NOVO código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. In: O NOVO código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOMMA, Alessandro. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale: aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*. Milano: Giuffrè, 2000.

SZTAJN, Raquel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: FUNDAMENTOS do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: OBRIGAÇÕES: Estudos e Pareceres na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do contrato: a "hipercomplexidade" do sistema contratual em uma economia de mercado. In: DIREITO e Economia. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 107-119.

\_\_\_\_\_. *As quebras de paradigma na concepção de contrato e no direito contratual brasileiro*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

VALLE, Laura. El debate sobre el negocio jurídico em Italia. In: DIKÉ: Portal de Información y Opinión Legal da Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponível em: <<http://dike.pucp.edu.pe>>. Acesso em: 07 out. 2010.

VIVANTE, Cesare. *Tratato di diritto commerciale*. Milano: Francesco Vallardi, 1935.

WALD, Arnaldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ASPECTOS Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59-76.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002: a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 831, p. 59-79, 2005.

ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. *Justiça no contrato: elementos para a compreensão do instituto da lesão*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ZOPPINI, Andrea. *Il contratto asimetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*. Disponível em: <[http://judicium.it/news/ins\\_05\\_03\\_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf](http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2011.