

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

GIOVANA CUNHA COMIRAN

**ATIPICIDADE CONTRATUAL:
ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E O TIPO.**

**PORTO ALEGRE
2007**

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

GIOVANA CUNHA COMIRAN

**ATIPICIDADE CONTRATUAL:
ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E O TIPO.**

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

Orientadora: Profa. Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa.

**PORTO ALEGRE
2007**

***Aos meus pais.
Ao Tobias.***

RESUMO

Este trabalho examina a autonomia privada contratual em sua dimensão como atipicidade isto é, liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, tal qual prevista no art. 425 do CC/02. Atribui-se à atipicidade uma significação fundada no binômio formado entre a idéia de autonomia “re-significada” (dadas as configurações principiológicas impostas pela diretriz da socialidade e pelo princípio da confiança), e a idéia de tipo contratual. Fundamentando-se no fato de a criação jurídica tomar dos dados do mundo empírico a sua inventividade, a atipicidade é tida em uma acepção ampla: considera-se que se manifesta como uma multiplicidade de combinações de tipos legal e socialmente pré-existentes, dificilmente se apresentando como originalidade pura. As dificuldades encontradas no momento da interpretação e aplicação do Direito aos contratos configurados atipicamente são enfrentadas pela apresentação dos métodos hermenêuticos e sua apreciação crítica. Considera-se que, sendo o sistema contratual fundado na liberdade, os tipos servem como facilitadores da atuação da autonomia privada servindo, também, como elementos para a integração dos contratos atípicos. Surgem, ainda, como importantes figuras na vida prática, os usos e uma análise funcional do contrato. O estudo conclui enfatizando a necessidade de preservação da autonomia privada na sua configuração concreta, resultado de um raciocínio de ponderação com os princípios. Completa-se, assim, a remissão que faz a cláusula geral da atipicidade no Código Civil de 2002.

Palavras-chave: atipicidade, tipo contratual, autonomia privada, liberdade contratual.

RIASSUNTO

Il presente lavoro propone l'analisi dell'autonomia privata nella sua dimensione come atipicità, vale a dire, libertà di stabilire il contorno del contenuto del contratto, previsto nell'art. 425 del Codice Civile brasiliano di 2002. È attribuita alla atipicità un significato fondato sul binomio costruito tra l'idea di autonomia "risignificata" (in virtù delle configurazioni principiologiche derivate dalle direttrici di socialità e dal principio di tutela dell'affidamento) e dall'idea del tipo contrattuale. Basandosi sul fatto che la creazione giuridica prende i dati dal mondo empirico per formare la sua inventività, l'atipicità è considerata in un ampio aspetto: si manifesta come una molteplicità di combinazioni di tipi legalmente e socialmente preesistenti, difficilmente presentandosi come originalità pura. Le difficoltà trovate nel momento della interpretazione ed applicazione del Diritto ai contratti configurati atipicamente sono misurate attraverso la presentazione dei metodi ermeneutici e la sua valutazione critica. Importante osservare che, se il sistema contrattuale è fondato nella libertà, i tipi servono come strumenti di eseguibilità della realizzazione dell'autonomia privata attuando, allo stesso tempo, come elementi per l'integrazione dei contratti atipici. La conclusione di questa ricerca enfatizza la necessità di preservare l'autonomia privata nella sua configurazione concreta. È possibile considerare completa, in questo senso, la remissione realizzata dalla clausola generale della atipicità nel Codice Civile di 2002.

Parole chiavi: atipicità, tipo contrattuale, autonomia privata, libertà contrattuale.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que muito me orgulha por poder fazer parte de sua história, minha segunda casa por cerca de oito anos, expresso aqui meu amor e gratidão. Quem, como eu, recebeu todo seu ensino superior – de graduação e mestrado – na escola pública, não pode também deixar de agradecer a todos, que, a duras penas, arcando com pesada carga tributária, sustentaram meus estudos.

Mas é no enfrentamento diário das dificuldades da empreitada educacional, que se reconhecem os verdadeiros atores que, sob excepcional esforço e superação, tornam o lema do *público, gratuito e de qualidade* realidade. Assim, este trabalho não existiria não fossem os grandes mestres que, com amor, dedicam sua vida a encaminhar-nos em direção ao conhecimento:

Agradeço à professora Judith Martins-Costa por, muito além de suas responsabilidades como orientadora, ter me acolhido com verdadeiro coração de mãe. Por ter depositado sua confiança em meu trabalho, acompanhando toda a minha empreitada de estudos, desde a alfabetização jurídica, emprestando sua atenção zelosa às minhas pesquisas acadêmicas ainda em iniciação científica. Por ser incentivadora e compreensiva, ao mesmo tempo exigente e afetuosa. Por sempre ter deixado sua casa aberta às minhas dúvidas, anseios, dilemas existenciais e profissionais. Representa para mim o verdadeiro exemplo de grandeza que está na competência associada à gentileza terna, à humildade, simplicidade e caráter.

Ao professor Tupinambá Pinto de Azevedo, meu primeiro orientador em iniciação científica, ainda no primeiro ano de graduação, quem me mostrou que o Direito não são apenas artigos de leis e livros nas estantes, e que a Academia está muito além dos bancos escolares, apresentando-me à pesquisa jurídica como meio de buscar soluções a problemas reais e concretos. Agradeço-lhe, ainda, por confiar alguns de seus alunos mais dedicados aos meus humildes conhecimentos como

professora em estágio docente. Ao professor Carlos Klein Zanini, por proporcionar profícua experiência de aprendizado e professorado junto às suas turmas de graduação em estágio docente, além da oportunidade no Curso de Especialização em Direito Empresarial por ele coordenado. Aos professores Humberto Ávila e Luis Renato Ferreira da Silva pelas importantes observações por ocasião do exame de qualificação. À Véra Fradera, por oferecer-me sua visão crítica da realidade como professora, e sua terna sensibilidade como pessoa.

Aos funcionários da faculdade e da pós-graduação, e ao serviço de cópias do Gutí, este que por oito anos esteve pronto a solucionar minhas mais variadas emergências reprográficas.

À minha grande amiga Marília Zanchet, pela jornada conjunta na graduação, na pesquisa e na pós-graduação. Pela sua amizade sincera e dedicada; pelo incentivo pessoal e profissional; e especialmente pela sua contribuição com tempo e inteligência nas delicadas observações sobre meu trabalho. Aos grandes amigos que tornaram a rotina de estudos menos desgastante, e foram sempre pacientes com minhas “atipicidades”, infreqüências e indisponibilidades, e que muito emprestaram seus ouvidos às lamúrias acadêmicas. A cada uma das “superpoderosas”, à Laura Fernandes Parchen e à Aline Bonotto Paim. Ao Lúcio Rosa da Costa e Silva, especialmente por tornar mais ameno o trabalhoso verão de 2007.

À dona Natália, por manter a ordem do meu caos.

Ao Tobias Franciscon, a quem dedico este trabalho, pelo companheirismo e momentos reconfortantes, pela compreensão e paciência de quem ultrapassou vestibular, faculdade, mestrado e as tantas dificuldades sempre ao meu lado, oferecendo seu apoio, seu carinho e seu amor. Por me mostrar que a vida é indescritível em termos técnico-jurídicos, que grandes distâncias se superam, mas, acima de tudo, que experiência de vida e belas lembranças não se perdem nem com a passagem do tempo, nem com nossas mudanças de rumos.

À minha família, sem a qual ninguém eu seria:

Minha avó Geni, pelo exemplo de força e lucidez... e pelo anjo da guarda que lhe tomei emprestado.

Meu pai, João Carlos, e minha mãe, Margarete, queridos irmãos, Cristina e Guilherme, pelo exemplo de caráter e honestidade, pela onipresença, ainda que telefônica, pelo afeto imprescindível e a confiança depositados. Enfim, pelo lar seguro e aconchegante que me proporcionaram por toda vida. À Luísa, sobrinha querida, que recém chegada trouxe o fôlego do milagre da vida para que eu finalizasse este trabalho.

Ainda, pai e mãe, por segurarem minha mão, por me mostrarem que é sempre preciso lutar e ser honrado na batalha diária, por me lembrarem que o esforço é sempre recompensado e que construímos nosso próprio acaso. Por ensinarem que a única herança imperecível é o conhecimento, estimulando meus estudos, apoiando minhas escolhas, e provendo meu sustento muito além do que determinavam suas obrigações civis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. LIBERDADE CONTRATUAL E ATIPICIDADE	17
1. ATIPICIDADE <i>VERSUS</i> TIPICIDADE: A EXPRESSÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL	18
1.1. <i>Autonomia privada contratual e autodeterminação</i>	19
1.2. <i>Atipicidade e a autonomia privada contratual</i>	28
1.3. <i>O contrato como tipo: uma aproximação pelos métodos tipológico e conceitual</i>	33
1.2.1. <i>Tipo e conceito</i>	37
1.3.2. <i>O contrato como tipo e o contrato atípico</i>	48
1.3.3. <i>A noção de tipo e sua importância para a idéia de atipicidade</i>	51
2. AS DIFERENTES CONFIGURAÇÕES DA ATIPICIDADE CONTRATUAL	57
2.1. <i>As combinações de contratos e os contratos atípicos mistos</i>	58
2.1.1. <i>Contratos combinados ou contratos gêmeos</i>	60
2.1.2. <i>Contratos mistos em sentido estrito</i>	62
2.1.3. <i>Contratos duplo-tipo ou tipo múltiplo</i>	64
2.1.4. <i>Contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie</i>	65
2.1.5. <i>Apreciação crítica</i>	66
2.2. <i>A racionalidade atípica dos negócios jurídicos indiretos e fiduciários</i>	67
2.2.1. <i>Negócios Indiretos</i>	68
2.2.2. <i>Negócios Fiduciários</i>	73
2.3. <i>A atipicidade e as uniões ou conexões contratuais</i>	78
II. ATIPICIDADE CONTRATUAL EM SEU ESPAÇO DE CONCRETUDE.....	88
3. DA QUALIFICAÇÃO À INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS	90
3.1. <i>As teorias clássicas para determinação das normas aplicáveis aos contratos mistos</i>	91
3.2. <i>O processo de qualificação</i>	94
3.2.1. <i>A doutrina dos essentialia e sua insuficiência para a concretização</i>	96
3.2.2. <i>O recurso à idéia de causa (como função econômico-social)</i>	100
3.2.3. <i>Os índices de tipo</i>	105
3.3. <i>O método tipológico</i>	114
4. OS CRITÉRIOS HERMENÊUTICO-INTEGRATIVOS E O CÓDIGO CIVIL: OS USOS COMO PRÁTICA SOCIAL REITERADA E A FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL	123
4.1. <i>A importância dos usos e a idéia inerente de “tipo-freqüência”</i>	124
4.1.1. <i>Os usos como modelo de interpretação dos contratos atípicos</i>	129
4.1.2. <i>Os usos como modelo de integração dos contratos atípicos</i>	131
4.2. <i>A função econômico-social e totalidade de sentido do contrato como tipo jurídico estrutural</i>	138
4.3. <i>Hermenêutica dos contratos atípicos: uma breve apreciação crítica e o papel dos tipos</i>	145
SÍNTESE CONCLUSIVA	148
BIBLIOGRAFIA	151

INTRODUÇÃO

Ainda que seja tema clássico na teoria dos contratos, a atipicidade contratual parece remanescer majoritariamente explorada sob um ponto de vista atécnico na doutrina e jurisprudência brasileiras. Não que inexistam estudos adequados para a solução de problemas pontuais. Pelo contrário: normalmente, as tentativas doutrinárias de apresentar respostas às questões que aqui se apresentam acabam servindo a um determinado gênero de casos. Contudo, entre nós são poucos os estudos sistemáticos em busca de sua gênese, bem como de um método capaz de oferecer critérios seguros às decisões que se debruçam sobre atipicidades contratuais.

O resultado é que, em uma breve verificação dos catálogos bibliográficos brasileiros acerca do tema, o pesquisador encontrará com relativa facilidade a caracterização do que se entendeu chamar *tipos* contratuais apelidados de *atípicos*, num evidente paradoxo, portanto, relativamente aos significados usuais destas duas expressões.¹ Tal constatação não lhes retira o mérito de muitas vezes proporcionar respostas suficientemente adequadas para um grupo de casos. Esse agrupamento de casos catalogados pela doutrina pode, inclusive, derivar no surgimento de regulamentações e, por conseguinte, no nascimento de novos tipos legais de contratos².

¹ Verifica-se que tal constatação não é exclusividade da doutrina brasileira. Ao mencionar o surgimento de tipos sociais, ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, v.g., utiliza-se do termo “*tipos atípicos*” de contratos (p. 466).

² Assim, por exemplo, os estudos que perquiriam sobre a natureza jurídica dos contratos de *shopping center*, como em ARRUDA, José Soares; LÓBO, Carlos Augusto da Silveira (coord). *Shopping Centers – Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1984, resultando, mais tarde, na sua tipificação como contrato de locação, inclusive com menção expressa na lei 8.245/91 (art. 54 e art. 52, §2º).

Mas raramente se enfrenta a atipicidade como âmbito da própria autonomia privada e como princípio regente da teoria contratual. Quando muito, a atipicidade é relacionada a dificuldades hermenêuticas, solucionadas com freqüência sob a égide de uma espécie de regra do “vale-tudo” da interpretação, em que se busca alguma “salvação” junto aos tipos legais de contratos ou nos chamados novos princípios contratuais ou ainda recorrendo a soluções entre si contraditórias.³

Há de se ter em consideração, primeiramente, que a idéia de *atipicidade em sede de contratos é indissolúvel da noção de autonomia privada contratual*. A atipicidade contratual depara o jurista exatamente com o momento do Direito em que a autonomia privada encontra sua máxima atuação, na medida em que é deferido aos particulares o poder de criar entidades jurídicas, definindo o seu regramento. Porém, não se pode ficar apenas nessa constatação. É preciso ancorar à dimensão da autonomia privada como atipicidade uma significação⁴ dela retirando conseqüências de ordem prática, pois devemos ter sempre presente o que Miguel Reale chamou de “diretriz da operabilidade⁵”: a teoria é fundamentalmente instrumental, servindo, mediata ou imediatamente, à resolução de casos práticos.

Mas a idéia de atipicidade também não se esgota em uma simples porção do princípio da autonomia privada. Mais do que isso, abstrai-se e também se concretiza a partir de uma compreensão técnica da idéia de *tipo*⁶.

A palavra *tipo* – do grego *typos*, “cunho, molde ou sinal” em português significa “aquilo que inspira fé como modelo; coisa que reúne em si os caracteres distintivos de uma classe; (...) exemplar, modelo”⁷; trata-se do que é característico,

³ Acerca de tais soluções, ver, adiante, capítulo 3.

⁴ Utiliza-se como base argumentativa dessas idéias a monografia de RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

⁵ REALE, Miguel. Diretrizes Fundamentais do Projeto de Código Civil. In: *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 5.

⁶ Categoria lógica trazida para o Direito pela doutrina alemã, contraposta à idéia de conceito, encontrando sede especial no primeiro capítulo deste trabalho.

⁷ Termo “tipo” em: Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1975, p. 1380.

peculiar e, ao mesmo tempo, recorrente, uniforme⁸ em determinada categoria. Atípico, inversamente, é o irregular, aquilo que se afasta, pois, do normal, do típico.⁹ Vulgarmente, o termo *atípico* é sinônimo de anormal, estranho. No Direito, contudo, recebe diferentes acepções de acordo com o ramo em que é utilizado. Por isso, desde logo, se esclareça: por *atipicidade* se compreenderá o princípio segundo o qual os contratantes são livres a estabelecer o molde, fixar e estruturar o conteúdo dos contratos a que ficam obrigados, não necessitando conformar-se a *tipos* contratuais legalmente previstos.

Assim, também como verdadeiro pressuposto, necessário se fez tornar familiares os fundamentos teóricos que guiam a noção de tipo contratual a fim de verificar a utilidade e os limites da noção de tipo para o tema dos contratos atípicos. Esses fundamentos estarão concentrados basicamente – ainda que não exclusivamente – na teoria tipológica de LARENZ¹⁰ e na concreção proposta por ENGISCH¹¹.

É, de fato, a partir do *binômio estabelecido entre as noções de autonomia privada e tipo*, a ser abordado no primeiro capítulo do trabalho, que será possível conhecer efetivamente o objeto deste estudo: a atipicidade. Nele se traduz a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato a partir de um regramento pré-estabelecido legalmente ou de outro formado quase exclusivamente a partir da autodeterminação dos sujeitos contratantes. Portanto, é também por este caminho que se iniciará a trilhar o tema, fixando as idéias de autonomia privada e tipo e, por conseqüência, de atipicidade contratual.

⁸ BEDUSCHI, Carlo. A proposito di tipicità e atipicità dei contratti. *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, a. 32, 1986, p. 352: “Di qui la doppia valenza del termine tipo, che sta ad esprimere ciò che è caratteristico, peculiare, e però nel medesimo tempo ricorrente, uniforme: in altre parole, conservando al termine il significato tecnico che gli era stato attribuito nella logica tradizionale, ciò che è ‘specifico’.”

⁹ Termo “atípico” em: Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1975, p. 155.

¹⁰ Como doutrina de base para a idéia de tipo, tomou-se o seu *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994 (tradução adaptada da 4ª. à 6ª. edições alemãs do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), Capítulo VI, em especial p. 451 e ss; cfr. também o seu *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime dos Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, em especial t.2, p. 3-11.

¹¹ ENGISCH, Karl. *La Idea de la concretización en el derecho y en la Ciencia Juridica Actuales*. (*Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft Unserer Zeit*) Tradução Espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, em especial capítulo VIII, p. 415 e ss.

Diferentemente do que ocorre em outros ramos do Direito, como no Direito Penal ou Tributário, em que a constatação da atipicidade retira o fato de sua esfera de incidência, no Direito Privado a atipicidade de um comportamento ou atividade não é capaz, de per si, a afastar a incidência das normas jusprivatistas. Quando muito impede a aplicação de um regime jurídico específico, mas não a juridicidade do fato. Porém, mesmo no Direito Privado o tipo é largamente utilizado. Voltado que está a ordenar o comportamento humano - os contratos consistindo em uma das manifestações de sua atividade -, uma separação absoluta entre terreno do típico e do atípico não se demonstra possível na realidade.

Entre a atipicidade e a tipicidade se manifestam figuras híbridas, configuradas sob fronteiras tênues, cujas soluções encontrarão racionalidades por vezes afins às manifestações atípicas, por vezes afeitas à tipicidade legal. Considerando o típico como ponto extremo do enquadramento legal de contratos, chamam-se aqui tais espécies híbridas ou conjugadas de *manifestações da atipicidade*. Assim tem-se, nesse campo, exemplificativamente, contratos mistos, negócios indiretos e as diversas formas de uniões funcionais de contratos. Interessa verificar, pois, no segundo capítulo, as possibilidades de enquadrá-las em padrões capazes de oferecer maior racionalidade às soluções jurídicas dos problemas ali manifestos, identificando se é possível encontrar uma razão comum entre as diferentes configurações.

Constatadas tais diferentes manifestações, já será possível colocar-se diante dos problemas de interpretação e aplicação do direito a essas figuras contratuais (preocupação que permeia toda a segunda parte). Se estes problemas já são grandes no terreno do típico, em que existe um regime legal determinado, diante do atípico eles se multiplicam ante a inexistência *a priori* de um substrato jurídico dispositivo apto a fornecer pontos de apoio para o intérprete/aplicador do Direito. Afinal, como proceder diante das lacunas contratuais, declarações dúbias, ou mesmo supostas invalidades nesses contratos que não possuem conformação e supletividade legislativa?

As dificuldades encontradas na resposta a essa questão demonstram que nos sistemas de direito legislado o jurista ainda encontra muita insegurança para lidar com a constatação da incompletude de seu sistema normativo. O exame de julgados

brasileiros tem demonstrado que, ainda quando se encontram soluções adequadas, é muito difícil vislumbrar um método uniforme, uma trilha pela qual caminhe o raciocínio jurisprudencial rumo à decisão que se apresentará - seja ela satisfatória ou não. O resultado tem sido um crescente sentimento de insegurança jurídica, pela proliferação de um revisionismo contratual às vezes carente de critérios. Tal constatação reforça o entendimento de que o aparato teórico oferecido pela doutrina talvez não seja efetiva e suficientemente capaz de orientar os julgamentos por outro caminho senão o da corrente busca por justificativas nas bases principiológicas do ordenamento.

Evidentemente este trabalho não tem a pretensão de reverter esta realidade, até porque isso estaria na dependência de fatores tão extraordinários quanto, por exemplo, uma mudança de mentalidade ou de uma reforma no sistema de ensino. Também não se postula, por óbvio, a aplicação de uma racionalidade matemática, de resto, não afeita à ciência jurídica. O que aqui serão apresentadas são apenas indicações das bases teóricas capazes, talvez, de oferecer um guia à atuação jurídica diante das questões impostas pela atipicidade.

Para tanto, no terceiro capítulo será feita uma explanação das soluções apresentadas pela doutrina clássica – cujo expoente foi o jurista e tratadista alemão Ludwig V. ENNECCERUS¹², ainda no início do século XX - para o problema da interpretação desses contratos atípicos, analisando, inclusive, a dimensão de incidência de suas propostas relativamente às figuras incluídas no capítulo referente às *diferentes manifestações da atipicidade*. Sempre baseadas nas classificações mistas de contratos, tratou-se da atipicidade contratual dividindo-a em graus: contratos mistos, combinados, duplo-tipo, atípicos puros e derivações dessa classificação, os quais deveriam ser interpretados de acordo com as teorias da absorção, combinação ou complementação analógica.

Didaticamente essas classificações são atraentes. No entanto, não escondem as dificuldades no estabelecimento de critérios seguros de separação das suas fronteiras e, muitas vezes, desconsideram a dimensão funcional desses

¹² Sobre as classificações, pouca evolução se nota a partir desta que propôs o jurista alemão. Cfr. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires, Bosch, 1948, v.2, t.2, p. 1-11 (§§ 99 e 100).

instrumentos. Do mesmo modo, não resolvem satisfatoriamente quanto a critérios de interpretação e aplicação do direito. Assim sendo, os referidos temas acabam por não esgotar a problemática com a qual aqui se depara. Não se deixa de reconhecer utilidade às respostas encontradas, embora sejam estas limitadas diante das necessidades fáticas que se impõem.

Apresentadas as teorias clássicas, procura-se, então, identificar no método tipológico¹³ soluções viáveis na prática à interpretação e aplicação do direito aos contratos atípicos. Nesse ponto, o objetivo do trabalho será demonstrar a teoria tipológica em seus dois pólos: sua utilidade, mesmo diante das atipicidades, e seus limites, num esforço à racionalização do pensamento jurídico. Também assim, a pesquisa será dirigida a demonstrar as nuances diferenciais – e não diferenças tarifadas – impostas à interpretação de contratos quando estes são legalmente típicos ou socialmente típicos (e, portanto, atípicos em sentido lato).

É de se verificar, então, que existem diversos processos por meio dos quais os contratos ingressam como tipos no ordenamento jurídico e que, na origem de sua formação (ainda que se considere o nascimento dos tipos na Roma antiga), invariavelmente passam pela criação humana, nascendo necessariamente atípicos. Se de um lado a capacidade inventiva do homem parece infinita, de outro, ele cria a partir da realidade que se lhe oferece.

Portanto, na formação de instrumentos jurídicos, assim na configuração contratual, está sempre utilizando o substrato de que dispõe, o que inclui fontes legais, usos consagrados pela prática, idéias inovadoras, mesmo que advindas de outros sistemas, etc., sempre como resposta às necessidades que a ele se apresentam¹⁴. Desta realidade, destacamos o elemento consuetudinário, haja vista seu importante papel diante da atipicidade (especialmente no que respeita aos

¹³ Assim denominado pelo português Pedro Pais de VASCONCELOS. (*Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995), cujo doutorado teve por base exatamente a aplicação dessa teoria tipológica na interpretação dos contratos atípicos.

¹⁴ Além das necessidades econômicas ou estratégicas, as soluções muitas vezes resultam de quase imposições apresentada pelo Poder Estatal e, especialmente, pelo Poder Judiciário.

assim chamados tipos sociais) e devido à previsão expressa do art. 113 do Código Civil de 2002¹⁵.

Ademais, as necessidades da prática e os cânones dos arts. 187 e 421 do CC/02 propõem, ainda, uma análise que se volta ao fim e à função do contrato, verificação que se coloca premente ante a polêmica relação entre atipicidade e função. Pretende-se, assim, devolver aos princípios e cláusulas gerais o seu verdadeiro papel de última *ratio* no plano argumentativo, identificando também o espaço de licitude conferido à autonomia privada, inserto no art. 425 do Código Civil de 2002: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.*”

Sem deixar de atentar às evidentes limitações das teorias que serão apresentadas, é de se reconhecer que as barreiras encontradas são inerentes ao enigma fundamental da ciência jurídica, traduzido na insuperável dualidade entre segurança e justiça no caso concreto. Mas a referida insuficiência não se contrapõe, pelo contrário, se complementa com a argumentação por princípios, que controla invariavelmente o resultado final da operação hermenêutico-integrativa, mas deve preservar ao máximo a autonomia privada como fundamento do Direito Contratual.

Fechando nosso ciclo argumentativo, procura-se, como se vê, a revalorização do instituto do contrato naquilo que lhe confere sustentação – a autonomia privada. O preenchimento desse último escopo alerta especialmente para o modo como se tem dado o enfrentamento às questões atinentes à atipicidade, especialmente quanto a uma cultura de revisionismo contratual – e aqui, diga-se, o problema não está apenas com os atípicos – que há alguns anos vêm-se formando no Brasil. Seria a derrocada jurisprudencial do *pacta sunt servanda* ante um *rebus sic stantibus* mais político que racional?

Importa por fim deixar claro que não se pretende, neste trabalho, colocar em foco os contratos de consumo ou outras relações permeadas pela presunção legal de vulnerabilidade de uma das partes contratantes. O foco é, fundamentalmente, o Código Civil e as relações por ele disciplinadas, muito embora se reconheça que a

¹⁵ Adiante mencionado apenas como CC/02.

disparidade entre os contratantes como dado fático contextualize a interpretação e aplicação do Direito contratual.

I. LIBERDADE CONTRATUAL E ATIPICIDADE

Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer sua vontade, não se poderia falar de personalidade.¹⁶

(Pontes de Miranda)

¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38, §4.193, p. 38.

1. ATIPICIDADE *VERSUS* TIPICIDADE: A EXPRESSÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL

A atipicidade, como manifestação genuína de uma das vertentes¹⁷ ou dimensões da liberdade contratual, desde 2002 é albergada de forma expressa pelo Código Civil brasileiro, informando o seu art. 425: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.*” Ainda que a inserção dessa regra em nosso sistema jurídico não tenha o condão de modificar por si só o sistema de produção e auto-regulamentação por meio de contratos, na medida em que a atipicidade sempre foi reconhecida implicitamente, o seu ingresso como texto legal tem no mínimo, três conseqüências fundamentais:

(a) A técnica segundo a qual foi redigida, permite a abertura de um espaço a uma racionalidade aberta, possibilitando o ingresso de valores, a construção concreta pelo poder jurisdicional e a remissão ao restante do ordenamento, características atribuídas à diretriz sistemática proposta por Miguel REALE¹⁸;

(b) Coloca, ademais, um contrapeso à ponderação imposta à autonomia privada especialmente pelo princípio da função social dos contratos, reafirmando esta liberdade ao situá-la novamente em foco, e evitando um raciocínio tortuoso voltado à idéia da necessidade de uma causalidade típica, muito cultuada na Itália pós código de 1942¹⁹;

¹⁷ O termo “vertente” é de DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 17.

¹⁸ REALE, Miguel. Diretrizes Fundamentais do Projeto de Código Civil. In: *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 5.

¹⁹ A interpretação estrita da expressão “*interessi meritevoli di tutela*”, inserta no art. 1322 do Código Civil Italiano de 1942, inclusive permeada pelo totalitarismo Estatal, levou alguns juristas ao entendimento de que a proteção da autonomia privada contratual estaria limitada a um juízo de mérito atinente a um interesse social ou coletivo superior, intrinsecamente ligada, ainda, à doutrina causalista de BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Nápoles: Edizioni Schientifiche Italiane, 1994; esp. 89 e 175; Idem, *Teoria Generale delle Obligazioni*. Milão: Giuffrè, 1954, esp. p. 59. Sobre o tema, veja-se, dentre outros: COSTANZA, Maria, *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981, especialmente p. 24-31; MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista de Diritto Civile*, parte I, a. 37, 1987, p. 493;

(c) Por fim, integra de maneira expressa ao sistema jurídico civil a categoria do *tipo*, que, com suas características técnicas é capaz de propor uma re-significação²⁰ de uma das facetas da autonomia privada, atinente à livre fixação de seu conteúdo, tida como *atipicidade* contratual.

Destas três conseqüências, a segunda e a terceira constituirão o objeto deste capítulo, considerando que a primeira delas – qual seja, a abertura do Código a uma racionalidade aberta, permitindo ingresso de valores – é subjacente às demais.

1.1. *Autonomia privada contratual e autodeterminação*

A autonomia privada, manifesta no direito dos contratos sob a expressão *liberdade contratual*, é, ao mesmo tempo, princípio fundante e fonte do regramento negocial. Sua fórmula clássica – “o contrato tem força de lei entre as partes” – já trazia em si o reconhecimento como fonte normativa.²¹ Configurada, pois, como “poder negocial”, é em sua plena utilização que o ser humano expressa sua

DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974. LETO, Angelo Piraino. *I Contratti Atipici e Innominati*. Torino: UTET, 1974. No Brasil, adota essa posição, entre outros BRANCO, Gerson. *As origens doutrinárias e a interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientação: Judith H. Martins-Costa. Porto Alegre – UFRGS, 2006.

²⁰ Judith MARTINS-COSTA, em seu artigo “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos” (In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 118-248, especialmente p. 226, 229-230) utiliza o termo “autonomia privada re-significada” que ali vai denominada de “autonomia solidária” para conjugar à liberdade contratual “conexões estruturais, sistemáticas e funcionais entre liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade”. De acordo com a autora (...) O ponto que mais agudamente marca essa re-significação (...) é (...) aquele marcado pela diversidade concreta dos sujeitos sociais, tudo concitando à afirmação do ‘princípio da materialidade da regulação jurídica’.” Neste trabalho, conjuga-se à idéia de re-significação da autonomia privada a um redimensionamento da noção de atipicidade contratual.

²¹ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 73 assevera que “esta asserção [de fonte] só adquiriu plenitude de significado quando Kelsen, ao mesmo tempo que reduzia o Direito a um sistema de normas, alargava o sentido normativo, libertando-nos definitivamente do legalismo, isto é, do incontrastado domínio das normas legais.”.

“liberdade de decidir e de entrar em relação com os demais membros da convivência”²².

Por conseqüência a autonomia privada é fonte normativa expressa na liberdade de “constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam”²³, configurando a normação dada pelo sujeito mesmo, que se obrigará a observar os efeitos vinculantes da regra por si criada. Opõe-se, assim, à idéia de heteronomia, atuando no campo em que o ordenamento deixou de fixar normas impositivas, e no qual a tarefa de criar regras é de “livre decisão dos que nelas intervêm”²⁴.

Mas se as pessoas geram autonomamente normas capazes de reger sua própria conduta e até mesmo o processo de formação desse mesmo regramento, devem ser dotadas de uma qualidade que assim as autorize a proceder. A essa “auto nomogênese”, pois, terá de ser agregada uma capacidade própria das pessoas, que se expressa como um valor atinente aos sujeitos das relações jurídico-privadas. Essa qualidade é, de acordo com RIBEIRO²⁵, a autodeterminação. Esta vem assinalada como “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.”

É a mesma autodeterminação que se conecta à dignidade da pessoa humana, reconhecida constitucionalmente já no art. 1º, III, da CF/88, tendo no homem valor central e fim em si, com toda dimensão que à sua liberdade é posta especialmente no art. 5º da CF/88, pois, a “liberdade é um valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana a quem se reconhece, pré-juridicamente, a autodeterminação.”²⁶ Essa nota intrinsecamente

²² REALE, Miguel. Diretrizes Fundamentais do Projeto de Código Civil. In: *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9.

²³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

²⁴ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

²⁵ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 23.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 221.

humana da autodeterminação impede que, ao contrário do que ocorre com a autonomia, se reporte à ela quando referente a entes públicos²⁷, ao mesmo tempo permitindo um status constitucional de proteção da autonomia *privada*, que, de acordo com RAISER, constitui parte do livre desenvolvimento do indivíduo.²⁸ Não é por outro motivo que LARENZ²⁹ situa na ausência de arbitrariedade a chave para o reconhecimento válido da manifestação social das liberdades individuais. Para o autor o *autos*, o indivíduo somente existe socialmente quando, além de sua esfera de personalidade e propriedade, possa regulamentar por si mesmo questões pessoais e relações com outras pessoas, de caráter obrigatório, por sua livre expressão. Ao ser elevada, pois, a vontade como conteúdo contratual, à categoria de norma vinculante das condutas recíprocas dos contratantes, a validade do contrato não só estabelece-se de acordo com a atuação não arbitrária dos sujeitos, mas também resulta na expressão de sua personalidade.

Nesta senda, pode-se dizer que autonomia privada e a autodeterminação humana são conceitos interdependentes, conectados um ao outro instrumentalmente. A autonomia (expressão técnico-jurídica), uma vez reconhecida pelo ordenamento, é o instrumento (ou meio) pelo qual opera e se materializa o valor (ou fim) inerentemente humano expresso pela autodeterminação (conceito político-filosófico)³⁰ dos sujeitos no campo em que se configuram as relações jurídicas

²⁷ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 23.

²⁸ “Ao livre desenvolvimento do indivíduo serve (...) o princípio da autonomia privada. Respeita-se a possibilidade de estruturação própria de relações jurídicas através de contratos com outras pessoas, a saber, para a troca de bens e prestações de toda a espécie e o reconhecimento da formação livre de associações, disciplinando-se a organização de tais sociedades.” RAISER, Ludwig. *O Futuro do Direito Privado*. Tradução Lucinda Maria Rangunetti. Revisão Antônio Estevão Allgayer e Henriqueta K. Von Wackerriitt. *Revista da PGE*, Porto Alegre/RS, a. 9, v. 25, 1979, p. 11-30, p. 11-12.

²⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 65-66: “Esto, empero, considerado filosoficamente, sólo es posible porque el ponerse de manifiesto en el contrato la voluntad de ambos contratantes existe cierta garantía en el sentido de que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino algo que contemplado en su conjunto, es razonable y justo. Y éste es el verdadero sentido de la ‘libertad contractual’. Significa que el ordenamiento jurídico considera en principio como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparados jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad).”

³⁰ Judith MARTINS-COSTA aponta a diferença entre as duas expressões, ressaltando o caráter natural da liberdade expressa como auto-determinação e o caráter legal (de atribuição jurídica) conferido à autonomia: “Não se confunda, porém, a recusa à idéia de ser a liberdade

interprivadas. Nesta dimensão, sem a autonomia privada o princípio da autodeterminação restaria alijado, vazio de efeitos.³¹

Porém, a autonomia privada também se expressa pela livre iniciativa, uma vez que a Constituição protege a liberdade não apenas como autodeterminação, mas, igualmente, no campo econômico, sob a forma de livre iniciativa (art. 170, CF/88), essa atribuída às pessoas humanas e às pessoas jurídicas. A ‘compreensão constitucional’ dos modelos negociais, é fundamental, na medida em que fornece “paradigmas aptos à consideração de sua licitude”, sendo a liberdade considerada a base dos negócios jurídicos contratuais ressalvadas “as ofensas à ‘liberdade de contratar e operar’ resultantes das múltiplas formas de abuso ou desvio do poder econômico que ‘vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’(art. 173, § 4º).”³²

Os negócios jurídicos, pois, encontram sua proteção na Constituição, de tal modo, afirma REALE, que o legislador ordinário não tem sequer poderes “para suprimir o mundo dos contratos, mas tão-somente para regulá-los na medida dos imperativos de livre coexistência das múltiplas vontades autônomas concorrentes, tendo como base o bem comum”.³³ A idéia mesma do negócio jurídico, portanto, é compatível com os sistemas jurídicos que a esta liberdade garantem um espaço de exercício e uma proteção em caso de ilícita violação, sendo da essência do instituto uma relação fundamental entre liberdade (do privado) e autoridade (do ordenamento imposto pelo Estado).³⁴

Importa, ainda, que se faça uma remissão à negativa de compreender a autonomia com o caráter ideologicamente atribuído ao iluminismo, historicamente

objeto de um ‘consentimento’ heterônomo com a extensão, desta mesma idéia, à autonomia privada: ao diferenciar-se a liberdade (conceito político e filosófico) da autonomia privada (conceito técnico-jurídico) percebe-se que esta corresponde a um espaço de liberdade jurídica e, portanto, atribuída, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos.” (Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 222, nota 15).

³¹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 30.

³² REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74.

³³ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 73.

³⁴ FERRI, Giovanni B. *Il Negozio Giuridico tra libertà e norma*. San Marino: Maggioli, 1989, p. 55.

expresso como a manifestação absoluta e ilimitada da vontade dos indivíduos sob a expressão cunhada como dogma da vontade.³⁵ Sob a égide dessa idéia, o contrato foi, por muito tempo, visto como o instrumento jurídico tradutor, por excelência, do liberalismo econômico³⁶, expressando seus ideais individualistas, tendo como base uma idéia da justiça configurada na igualdade formal entre as partes contratantes.

Sob esta compreensão, a simples constatação de uma igualdade de todos entre si, lhes autorizaria, portanto, no espaço deixado à autonomia, fazer de sua vontade lei entre partes. É bem verdade que, no séc. XIX essa compreensão resultava, dentre outros fatores, de uma maior homogeneidade social, que era, talvez, uma das razões da equiparação entre a igualdade material e a igualdade formal.³⁷

O conceito de contrato assumia, então, uma conotação eminentemente subjetiva. Entendia-se que, pela manifestação livre da vontade, o indivíduo, no exercício de sua liberdade, era capaz de obrigar-se³⁸. Como exercício de um direito subjetivo, na dogmática de Savigny a liberdade de contratar era a expressão do poder da vontade: “a liberdade humana expressava-se pela vontade; a vontade jurisdicizada expressava-se em ‘manifestação de vontade’; duas vontades concordes entre si geravam um contrato.”³⁹ E se o mero consenso obrigava, a

³⁵ De acordo com RAISER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. Tradução Lucinda Maria Raugnetti. Revisão Antônio Estevão Allgayer e Henriqueta K. Von Wackeritt. *Revista da PGE*, Porto Alegre/RS, a. 9, v. 25, 1979, p. 11-30, p. 12, o reconhecendo da autonomia das partes nas relações obrigacionais, tomava o direito subjetivo e a declaração de vontade no campo das obrigações como figuras centrais, inspirado na ética kantiana formal, que tinha como fundamento a liberdade e a autodeterminação do indivíduo.

³⁶ De acordo com Cláudia Lima Marques, as origens da doutrina da autonomia da vontade contratual encontrar-se-iam (a) no Direito Canônico, uma vez fundar a força obrigatória da promessa por ela mesma; (b) na teoria do Direito Natural, como fundamento filosófico da ética da liberdade e do dever de Kant; (c) na Revolução Francesa, com sua Teoria do Contrato Social e, (d) no liberalismo econômico, tendo o contrato um instrumental para a livre circulação das riquezas MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62-63.

³⁷ Para um exame das raízes históricas do princípio da autonomia privada v. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica – perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, n. 46, p. 7-29, p. 13.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A Noção de Contrato na História dos Pactos. In: *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 498-513, p. 499.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 218-248, p. 231.

vontade podia ser equiparada à lei, imperando, absoluto e inatacável, o princípio do *pacta sunt servanda*.⁴⁰

O caminho para a mudança de concepção foi aberto por JHERING em seu livro “*Der Zweck in Recht*”, ou “*O fim no Direito*” (1874), que deslocou suas investigações para a idéia de finalidade, numa época em que os juristas centralizavam esforços em localizar provas de que o Direito seria uma ciência autônoma, possuindo, assim, independência teórico-metodológica, com um fim em si mesmo. Para ele, ao contrário, as normas deveriam conter uma determinação de conteúdo em função da sociedade, verdadeira razão de existência das normas⁴¹, uma finalidade que estava fora dos indivíduos considerados em si.

Outro passo importante foi dado em 1899, por Otto Von GIERKE, que desenvolveu uma idéia de direito voltado para o que denominou sua função. Na obra intitulada “*A Função Social do Direito Privado*”, colocava pioneiramente em paralelo as noções de direito e dever.⁴² Ao lado dessa concepção de direito ligado a dever caminhavam as teorias negativas de direitos subjetivos⁴³, tendo como expoente Léon DUGUIT, para quem estes expressavam a existência de posições vantajosas para sujeitos por meio da garantia estatais, encontrando, pois, limitações externas ao seu exercício.

Desde então, e principalmente após o pós-guerra europeu e a caracterização, mesmo nos sistemas econômicos capitalistas de um modelo mais interventivo (*Welfare State*) alterou-se o eixo interpretativo do direito contratual. A formulação

⁴⁰ Conforme assevera Fernando NORONHA não se negava ao contrato, nem mesmo nos tempos de individualismo liberal, uma função social. O que existia era uma crença no fato de que da livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos. Em termos subjetivistas, a satisfação do interesse do credor era, pois, o caminho para realizar a função social dos contratos; “perdida a ilusão de que o livre jogo dos egoísmos individuais resulta no ‘bem de todos e felicidade geral’, perdida a ilusão dos benefícios da invisible hand de Adam Smith, a função social tinha necessariamente de ser repensada.” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 85).

⁴¹ *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946, especialmente p. 58.

⁴² Em suas palavras (livre tradução da obra em espanhol): “Não há direito sem dever.” (GIERKE, Otto Von. *La Función Social del Derecho Privado*. Trad. José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Editorial Española, 1904, p. 28).

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 218-248, p. 232.

dos conceitos de ordem pública de proteção e de ordem pública de direção bem expressa a necessidade – então assumida pelo Estado – de atribuir aos particulares condições especiais para o exercício da autodeterminação, compreendendo-se que vastos setores sociais só podiam compreender a palavra “liberdade” como uma abstração. Caberia ao Estado, por meio de uma atividade legislativa, fundamentalmente, reger a livre organização privada. Ao invés de traduzir meramente a intenção dos sujeitos, o contrato passa a ser considerado um instrumento do convívio social e de preservação dos interesses da coletividade⁴⁴. Por conseqüência, passa a ser conotada ao contrato uma função social.

Nessa perspectiva a autonomia privada, como fonte normativa negocial, passa a receber uma “re-significação⁴⁵”, que se afasta da “perspectiva atomista e voluntarista” que a reduzia à expressão de um querer. Reconhecida a dimensão do contrato na vida econômica e social geral, a autonomia privada, que lhe dá nascimento, se assenta no postulado (concomitantemente fático e normativo) da socialidade, tendo-se presente “que todo indivíduo é social e que o telos da individuação só pode ser alcançado socialmente”, na interação com os outros.

Com efeito, não é possível pensar em contrato sem interação e, mais ainda, cooperação. Ainda que em graus diversificados de intensidade, os deveres de cooperação⁴⁶ são necessários em vista do atendimento do próprio fim contratual, qual seja, o adimplemento⁴⁷. Há, assim, mesmo na ocorrência de interesses contrapostos (como na compra e venda, por exemplo) uma espécie de “solidariedade contratual”⁴⁸. O “justo” no contrato não se baseia apenas nas estipulações manifestas pelas partes: existe, ainda, um apanhado de deveres que

⁴⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 775, mai. 2000, p. 19.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 229-230.

⁴⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 30-31.

⁴⁷ BETTI, Emilio. *Teoria Generale Del Negozio Giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 35 e ss.

⁴⁸ DIESSE, François. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat. *Archive de Philosophie du Droit*, a. 43 (1999), p. 259-302, especialmente p. 272-273.

servem aos contratantes também na busca de um equilíbrio solidário e indissociável do contrato.⁴⁹

A manifestação dessas condutas em interdependência, portanto, ao mesmo tempo em que limita, preserva o autogoverno na gestão dos interesses de cada um. “Decidir por si e para si a conduta que se fica obrigado a adotar é também uma forma de manifestação positiva da liberdade (de autonomia, *hoc sensu*)”.⁵⁰ Assim, porque assumiu livremente o compromisso que o limita, o sujeito, após se ter obrigado em uma relação contratual, não pode afirmar que foi tolhido em sua liberdade de atuar de forma diferente.

Aliás, a modificação no signo lingüístico – de “autonomia da vontade” para “autonomia privada” é denotativa dessa re-significação. O termo autonomia (auto normatividade) “privada”⁵¹ (dos privados) utilizado no lugar de “autonomia da vontade”, aponta à circunstância de não ser a vontade empírica ou psicológica que cria o regulamento contratual, mas a vontade jurídica, validada se conforme ao Ordenamento. A essa autonomia privada “re-significada” Judith MARTINS-COSTA⁵² chama ‘autonomia privada solidária’, decorrente da conjugação entre as idéias de liberdade de contratar e a função social do contrato do art. 421, somadas à expansão das imputações de responsabilidade.⁵³

⁴⁹ DIESSE, François. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat. *Archive de Philosophie du Droit*, a. 43 (1999), p. 259-302, p. 263: “(...) on admet aujourd’hui que le “juste” dans le contrat n’est plus apprécié sur la seule base des stipulations contractuelles. Il l’est aussi, et surtout, par rapport à l’ensemble des devoirs que le juge pourra considérer comme “suites” de la convention des parties, d’après sa nature, les circonstances ou comportement des contractants et comme découlant de la loi, de l’équité ou des usages.(...) Ils servent les intérêts propres de chaque contractant, non pas par leur sacrifice au profit de ceux du partenaire, mais par la recherche d’un équilibre justifiant la solidarité et la loyauté qui sont indissociables du contrat.”

⁵⁰ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 30-31.

⁵¹ Assim, NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.115.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 230.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 222-223: “Não se trata (...) nem de uma ‘liberdade consentida’, nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade situada, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis.(...)”

Mas a atuação da autonomia também se dará na produção do conteúdo das normas privadas, conquanto, ao se mencionar sua observância às “*normas gerais fixadas neste Código*”, se deva ter em mente toda a dimensão normativa derivada dos textos que a antecedem bem como do conteúdo constitucional que a determina. Na expressão da livre configuração do conteúdo contratual, importa, pois, que o exercício da autonomia se dê de maneira equilibrada e ética, nos seus três planos de atuação: o plano da interação entre partes (sujeito-sujeito), o plano institucional (sujeitos-instituição) e o da interação social (sujeitos-sociedade civil)⁵⁴, evitando a lesão a direitos de terceiros pela atuação contratual, a interferência externa indevida nos contratos alheios, e, ainda, internamente, o abuso do poder contratual entre as partes⁵⁵.

Como signo jurídico, a autonomia privada há muito convive com a intervenção heterônoma, destinada a assegurar a justiça e o equilíbrio contratuais em vistas da utilidade do contrato⁵⁶. Tenha-se presente, porém, que o seu caráter expresso como permissão para a atipicidade, tal qual formulado pelo art. 425 do Código Civil, vem, ainda, valorizar a livre atuação privada.

Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária.”

⁵⁴ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11: Joaquim de Souza RIBEIRO aponta três planos nos quais se deve conformar a liberdade contratual: “o ‘plano da interação’ entre as partes; o ‘plano da instituição’, em que, a nível intermédio, estão em causa conexões institucionais, designadamente com o mercado, e o ‘plano da sociedade’, em que são tematizadas as exigências que o sistema social, no seu conjunto, ou alguns sistemas parciais (com relevo para o ordenamento jurídico) colocam ao contrato.”

⁵⁵ Todos esses papéis são desempenhados pela função social na leitura de MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

⁵⁶ Para GHESTIN, Jacques. L’utile et le juste dans les contrats. *Archives de Philosophie du Droit*, a. 26, 1981, p. 35-57, p. 41, “le contrat tire as force obligatoire de la vonlonté du legislateur de le sancioner. On peut ajouter que le législateur, conformément au droit objectif que le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu’il est utile et à la condition qu’il soit juste.”

1.2. Atipicidade e a autonomia privada contratual

A autonomia privada como esfera da liberdade contratual pode, ainda, ser analisada sob outros diferentes prismas. Pontes de MIRANDA se refere à *liberdade de conclusão* do contrato, dividindo esta autonomia em (a) *liberdade de contratar* (ou seja, liberdade de o sujeito determinar se *deseja* contratar) e (b) *liberdade de estabelecer o conteúdo contratual*.⁵⁷

Aquela primeira liberdade mencionada pelo jurista é, para fins didáticos, freqüentemente seccionada, surgindo uma segunda esfera atinente à determinação quanto ao sujeito contratante. Assim, agrega-se à liberdade de determinar (a.1) se *pretende contratar* a liberdade de (a.2) *escolher-se com quem contratar*. Diz-se, pois, que compreende uma *liberdade de conclusão* - a possibilidade que o indivíduo tem de decidir se concluirá um contrato e com quem o fará - e outra de *configuração interna*, que lhe possibilita fixar livremente o conteúdo do contrato.⁵⁸ Há, ainda, a liberdade de escolher *sob que formalidades contratar*, sempre que o ordenamento não exigir forma específica. Trata-se da (c) *liberdade de forma contratual*.⁵⁹

A liberdade atinente ao que chamamos *atipicidade contratual* integra aquela dimensão respeitante ao estabelecimento livre do conteúdo do contrato. É, pois, componente do *princípio* da liberdade negocial. Trata-se de uma concessão na esfera da autonomia dos sujeitos, para estabelecerem a causa, o objeto de contratação, as obrigações de cada parte, a durabilidade do vínculo, a forma das prestações, etc.

É certo que o Ordenamento traz normas expressas regulando algumas espécies de contratos. Com efeito, os tipos contratuais existentes no ordenamento,

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. T. 38. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 39 (§ 4.193).

⁵⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 66.

⁵⁹ Assim, v. g., AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Revista de Direito Civil*, n. 46, 7-26; p. 17. O autor menciona ainda uma liberdade de estabelecimento dos efeitos; contudo, estes decorrem este decorre das cláusulas firmadas pelas partes e, portanto, da esfera de liberdade de estabelecer o conteúdo contratual.

servem como facilitadores da atuação privada ou mesmo como modeladores de sua vontade contratual, pois, ainda que a regulação legal existente não se imponha de maneira *cogente* às partes contratantes - sendo, em sua maioria, *dispositiva*, e, portanto, renunciável pelas partes -, a existência de contratos ditos *típicos*, não significa uma imposição, antes resultando de uma espécie de apreensão pela lei das particularidades de negócios específicos⁶⁰.

Logo, se confere uma liberdade geral de contratação, podendo-se modelar o contrato de forma diversa daquelas previsões legais. Estas modelagens são justamente os *contratos atípicos*⁶¹. Daí dizer-se que *o direito dos contratos se rege pelo princípio geral da atipicidade*. Concluir um contrato, estruturando-lhe livremente o conteúdo independe, nesse sentido, de que exista uma prévia e semelhante modelagem na legislação ou uma função econômico-social prevista.

Os problemas práticos se repetem e é tarefa e desafio do Direito proporcionar soluções similares diante de situações similares e consolidadas. Na realidade privada, pois, regida pela liberdade contratual, os tipos contratuais exercem importância fundamental no processo de facilitação do exercício da autonomia privada, oferecendo supletividade normativa a algumas das configurações mais comuns de sua atuação e evitando que as partes tenham que clausular sobre todos os termos do contrato.

O espaço da atipicidade não é este. É aquele em que, seja pela finalidade perseguida, seja pelas necessidades impostas pelo tráfico jurídico, ou ainda pelo

⁶⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 7.

⁶¹ Observe-se que muitos juristas utilizam indiferentemente o termo *inominado* em lugar de *atípico*, embora se possa falar em tipo sem nome contratual, ou ainda, contrato nominado sem tipificação legal (no sentido de regime contratual). Entendendo-se, contudo, ser mero nominalismo a discussão acerca da utilização correta desses termos, não se pretende ater aqui a tais questões terminológicas. Cfr. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos Inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975, embora prefira a denominação atípicos. Utilizam, ademais, indistintamente os termos: CABRAL, Pedro Manso. *Contratos Inominados: uma espécie em extinção? Nomos* (Bahia, Ceará, Pernambuco), v. 3, n 1-2, 1981. FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. *RT*, v. 464, p. 34-35. SBISA, Giuseppe. *Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni*. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Os contratos inominados e o novo código Civil*. *RDM*, v. 126, abr./ jun. 2002, p. 31-36, entre outros. Reconhecendo diferenças entre os termos: LETO, Angelo Piraino. *I Contratti Atipici e Innominati*. Torino: UTET, 1974; COSTANZA, Maria. *Il Contratto Atipico*. Milano: Giuffrè, 1981.

simples manifestar-se de vontades propriamente atípicas, a *lei* não lhe tenha disposto um regime de atuação concreta.

Materializar a liberdade contratual por meio da produção de contratos atípicos é o exercício mais genuíno da autonomia privada, em que se encontra o maior espaço para a manifestação deste princípio, permitindo aos sujeitos privados estabelecerem os pactos que melhor lhes aprouverem. A regra é, pois, a da livre-configuração do conteúdo das relações jurídicas obrigatórias, estando a limitação do conteúdo contratual na especificação apenas nas previsões cogentes e nas fronteiras postas pela ordem pública, os bons costumes, a boa-fé e o fim econômico ou social do direito (art. 187). Sob essa reserva assegura-se a legalidade do exercício do direito de contratar.

A ligação entre a causa e o tipo é feita pela doutrina italiana derivando de uma compreensão fora do contexto de uma proposição bettiana. BETTI⁶² objetava quanto à utilização do termo “atípico”, no direito contratual, pois sua análise fulcrava-se na oposição entre “tipicidade social” e “tipicidade legal”. Compreendia não haver a possibilidade de reconhecimento jurídico a um contrato que representasse uma função econômico-social atípica – considerada a tipicidade, todavia, do ponto de vista da tipicidade social – pois, então, não estaria a se configurar um “*interesse mercedor de tutela*”, segundo o art. 1322 do CC/it. Preferia, por isso, chamar tais contratos de *anômalos*, em contraposição aos legalmente previstos, vinculando o interesse mercedor de tutela à existência de uma causa (social ou legalmente) típica.

Esta idéia conduziu à compreensão de que a proteção da autonomia privada contratual estaria limitada a um juízo de mérito atinente a um interesse social ou coletivo superior. Em crítica a esse entendimento MAJELLO⁶³ explicita que a

62 BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1954, p.61, já citada na nota n. 19. O tema será retomado, sob outro enfoque, no subitem 4.2.

63 MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista de Diritto Civile*, parte I, a. 32, 1987, p. 492: “Tele dottrina, se ha il merito di aver puntualizzato i rapporti tra autonomia privata e ordinamento, ha però ingenerato una grande confusione di idee fino al punto che la causa non ha più rappresentato un requisito la cui sussistenza debba accertarsi in concreto, come per ogni altro requisito del negozio, ma si è identificata con ragione giustificatrice dell’autonomia privata, in generale, nonché della tipizzazione dei singoli contratti nominati, in particolare.”

doutrina bettiana, ainda que tenha o mérito de apontar a conexão entre a autonomia privada e o Ordenamento, causa certa confusão de idéias, ao colocar a causa como razão justificadora da autonomia privada e da própria tipificação de contratos, razão pela qual, afirma, não se pode considerar a opinião daqueles que, confundindo causa e função, entendem que o juízo sobre a “*meritevolezza*” se resolva na verificação de ser ou não o negócio idôneo a realizar uma função econômico-social. Diferentemente, para MAJELLO, a indagação acerca da “*meritevolezza dell’interesse*” se exaure na licitude da causa e do objeto, bem como na não-contrariedade ao regramento cogente.⁶⁴ Considerando, porém, que os negócios jurídicos se destinam a realizar interesses privados concretos, mas podem causar conflitos difusos e recorrentes, a ponto de perturbar a ordem social, admite a existência de uma finalidade social legitimadora da intervenção Estatal.⁶⁵

Se a valoração acerca de quais os “interesses merecedores de tutela” vier a ser dada pelo Estado, e não a partir dos sujeitos em sua esfera de atuação social, corre-se o risco de uma imposição totalitária. O que se deve consolidar é, portanto, um diverso ponto de partida: o indivíduo, tomado por uma postura ética e um “colocar-se no lugar do outro” (seja a contraparte contratual, sejam terceiros porventura atingidos pelo negócio ou que possam nele influenciar), se auto-afirma, enquanto o Estado impõe balizas aos interesses por ele manifestos e, ao mesmo tempo, indica aqueles interesses que não podem ser tutelados. Tudo o mais é liberdade. Se o raciocínio contrário daí perdurasse, uma leitura desatenta do art. 187 do CC/02, por exemplo, concluiria pela ilegalidade da própria expressão da atipicidade contratual⁶⁶, suprimindo toda esta esfera de atuação da liberdade de

⁶⁴ MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista de Diritto Civile*, parte I, a. 32, 1987, p. 491. E, mais adiante: “Non può quindi ritenersi rassicurantemente l’opinione di chi – pur partendo dalla confusione tra causa e funzione – ha ritenuto che il giudizio sulla meritevolezza degli interessi si risolva nella verifica che il negozio atipico sia idoneo a realizzare una funzione economico-sociale. Se però si abbandona la ideologia delle ‘socializzazione’ del negozio, la nozione di causa sembra ridimensionarsi e ridursi all’effettiva idoneità dell rapporto negoziale a realizzare interessi privati concreti.” (p. 493)

⁶⁵ MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista de Diritto Civile*, parte I, a. 32, 1987, p. 496: “il valore dell’utilità sociale legittima l’intervento dello Stato per limitare normativamente l’autonomia dei privati, ma non direttamente ai privati di rinunciare alla realizzazione negoziale dei loro interessi.”

⁶⁶ Veja-se, nesse sentido, que PONTES DE MIRANDA rechaça uma idéia de tipicidade causal exatamente porque retiraria da legalidade os contratos atípicos: “Ainda recentemente, surgiram tendências a explicar a causa, sem ser como o conceito resultante de classificação das relações inter-patrimoniais, quando se atribui. Todas elas não logram adaptar-se à realidade,

configuração do conteúdo do contrato e, com ela, uma dimensão da própria dignidade da pessoa humana.

Com efeito, é nesse espaço de exercício da atipicidade e, pois, da produção de negócios “não reconduzíveis às espécies de contratos que a lei regula”⁶⁷ que a liberdade encontrará sua máxima atuação no setor privado e maior espaço ao exercício de sua liberdade garantida sob a forma de livre iniciativa (art. 1º, IV, CF e art. 170, CF) e como expressão própria da dignidade humana reconhecida (art. 1º, III, CF). Para melhor delimitar o âmbito de lícita atuação das partes, há que se considerar, portanto, as já mencionadas balizas postas pelo Ordenamento para o lícito exercício dos negócios jurídicos.

Isso significa que também e, especialmente, diante da atuação da atipicidade o consenso das partes deve ser pensado conjuntamente com o ‘ambiente’ em que se manifesta. Como fator “constitutivo e modelador” da autonomia privada, o contrato integra “um sistema de coordenação vinculativa de ações individuais aberto à comunicação com outros sistemas de enquadramento e de referência”, no qual as declarações de vontade são somente “uma componente da sua complexa estrutura normativa”. Esta integra um “todo orgânico e unitário”, do qual fazem parte também “elementos não consensuais”, oriundos dos “contextos situacionais em que a relação se estabelece e desenrola.”⁶⁸

Do que proposto no início deste capítulo, falta-nos, agora, analisar o elemento que, com a autonomia privada contratual, forma o binômio configurante da atipicidade: é a categoria do *tipo*, que hoje integra de maneira expressa o sistema jurídico civil, dada pela idéia de *contratos atípicos*.

menos ainda traduzi-la. Se só se atendesse à eficácia dita essencial, porque esquemática do negócio jurídico, tal como o concebeu o direito, predeterminando-a, ficariam de fora os negócios jurídicos atípicos. Por outro lado, seria eliminar, até certo ponto, mas de qualquer modo, deformando os fatos, o elemento subjetivo.” (Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. 3., p. 99).

⁶⁷ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 17.

⁶⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 15-16.

1.3. O contrato como tipo: uma aproximação pelos métodos tipológico e conceitual

No Direito, a palavra *tipo* comporta uma multiplicidade de significados, ao ponto de ENGISCH indicar uma “*inflación de la palabra ‘tipo’*.”⁶⁹ Aponta, assim, para três grupos de identificação de tipos:

1. El tipo en cuanto tal, y el ‘tipo por antonomasia’ (Heyde), en cuanto es objeto de la ‘tipología’, y los tipos especiales, en cuanto son objeto de diferentes tipologías o teorías sobre el tipo.⁷⁰

2. El tipo en cuanto figura lógica, juntamente con el concepto general y el concepto individual, por una parte, y el tipo en cuanto ámbito de objetos, al que tiende el primero, por otra. Aquí se habla incluso de ‘concepto de tipo’. Sin embargo si se distingue entre un concepto en sentido amplio y otro en sentido estricto (este último entendido, en sentido lógico, como contrapuesto al tipo), el tipo puede considerarse también, en el sentido de la figura lógica, como concepto de tipo, esto es, como concepto en sentido amplio (en oposición al ámbito de objetos mentados por el tipo).⁷¹

3. “Dentro del ámbito de objetos mentados por el tipo, se puede distinguir entre el tipo en cuanto grupo de objetos (por ejemplo, ‘el alemán’, ‘la ciudad medieval’, ‘la hacienda local’), y el objeto singular, perteneciente al grupo, especialmente representativo en su caso (por ejemplo, ‘Rothenburg, tipo ciudad medieval’...). Esta diferencia se refleja ya hasta un cierto punto, en la distinción, que ha sido ya objeto de consideración, entre el tipo en el sentido de la serie íntegra, y el tipo en el sentido de un determinado punto dentro de la serie. Sin embargo, como ya vimos, se dá también el tipo representativo en cuanto sector, y dentro de este sector puede encontrarse así mismo un ‘sujeto individual que represente, en calidad de ‘tipo’, a todo el sector’.

⁶⁹ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 457.

⁷⁰ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 453.

⁷¹ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 454.

En relación con ésto hay que pensar en la palabra tan usada: 'típico'. Lo típico es lo singular, que pertenece al tipo correspondiente en concepto de especialmente representativo, es el caso especialmente representativo, es el caso especialmente característico del tipo y, por ello, similar al tipo que hemos citado en segundo lugar (por lo que podemos decir asimismo: "Napoleón es el típico conquistador").⁷²

A especificação de alguns de seus diferentes sentidos, em sede deste trabalho, possibilita situar os pontos em que a compreensão técnica da expressão nos permite adequar a teoria assim chamada *tipológica* ao melhor entendimento da atipicidade contratual. Neste estudo não será esmiuçada, contudo, a virtude multidimensional⁷³ do tipo em sua completude, mas apenas nos sentidos que aqui encontrarão implicação prática.

⁷² ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 455.

⁷³ Tarefa empreendida por Humberto ÁVILA em seu "*Sistema Constitucional Tributário*." (São Paulo: Saraiva, 2004), especialmente nas páginas 170-172: "A palavra tipo é tão multidimensional que o tema tratado somente pode ser investigado por meio de uma explicação dos seus diferentes significados sob a perspectiva da Teoria Geral do Direito. De um lado, a legalidade da tributação é identificada com 'tipicidade estrita', no sentido de uma predeterminação legal de todas as decisões possíveis. 'Tipos tributários' podem significar também hipóteses de incidências pressupostas, que não podem ser alteradas pelas instâncias aplicadoras do Direito. Embora denominados tipos, eles são compreendidos como conceitos classificatórios. De outro lado, denominam-se tipos institutos jusprivatistas, mas num outro sentido: tipos dizem respeito às possibilidades de configuração dos elementos distintivos das hipóteses de incidência com base na autonomia privada. Em oposição a outros, tais tipos são representados como 'normas abertas'. E, quando se fala da abertura das normas jurídicas, o termo 'tipo' pode, ainda, ter outro significado: a aplicação do Direito é caracterizada como pensamento tipológico, na medida em que só se deixa representar como uma comparação necessária aberta do texto da norma e do conjunto de conjuntos fatos da vida (*Lebenssachverhalt*). Neste âmbito, fala-se também de comparação de tipos como método, isto é, de comparação entre o caso problemático decidendo pertencente ao 'halo conceitual', com aqueles casos que são apreendidos sem sombra de dúvida pela norma. Essas considerações já demonstram que boa parte da discussão sobre os tipos decorre da utilização de um mesmo termo com conotações diversas. No direito Tributário, as regras de competência e as hipóteses de incidência das leis também são descritas como tipos, não mais por conterem conceitos classificatórios, mas muito pelo contrário, por lhes subjazerem tipos 'historicamente pressupostos'. Nestes casos, os tipos possuem, ainda, um outro significado, conforme deverá ser mostrado. Isto ainda não é tudo. O tipo pode ter um outro peso: no direito probatório, os tipos são usados como seqüência típica de ocorrências, de modo que são (ir)refutáveis. Nesses casos, os tipos são obtidos a partir de enunciados empíricos, mas eles são confundidos com ficções ou presunções na aplicação do Direito. E essas ficções e suposições têm relevância na aplicação do Direito por parte da administração pública que se orienta segundo casos típicos (modo tipificador de apreciação)."

Como idéia geral, sem considerar os sentidos exteriores à dogmática jurídica, tipicidade tanto designa taxatividade como conformidade com um tipo. E tipo pode designar uma categoria intelectual geral (intermédia do conceito geral e o conceito individual), uma das modalidades que as espécies de um gênero podem assumir, ou, ainda, previsão normativa (*Tatbestand*).⁷⁴ Começemos, pois, com sua aplicação nos demais setores da experiência jurídica.

A regra da *tipicidade* no Direito Público é compreendida como *estrita legalidade*⁷⁵, resumida no postulado “o que não é permitido é proibido” ao administrador – e o que é legislado por ele é devido. Se aos administradores vige tal postulado, aos administrados, o que prevalece é a máxima da autonomia privada, segundo a qual “o que não é proibido é permitido”. Por isso, costuma-se dizer, que, enquanto no Direito Público, a dominação é da tipicidade, no Direito Privado o que domina é a atipicidade – aqui identificada com autonomia.

No Direito Penal a tipicidade recebe uma específica significação⁷⁶. Quando ali se fala em tipo e tipicidade, com efeito, se está a delimitar o próprio âmbito de incidência das normas penais. Isso porque, conforme prevê a própria Constituição⁷⁷, somente há crime e pena se houver prévia disposição legal. Aqui uma conduta típica significa ser uma conduta absolutamente adequada ao paradigma descrito na norma incriminadora, configurando-se todos os seus elementos⁷⁸. O significado da tipicidade atinge uma esfera que vai além da acepção da figura lógica proposta pela dogmática jurídica, uma vez que a tipicidade penal decorre também dos fundamentos hermenêuticos básicos da esfera criminal: a chamada reserva legal, a irretroatividade, a anterioridade, a interpretação restritiva, a vedação à analogia⁷⁹.

⁷⁴ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 34.

⁷⁵ Acerca da legalidade regente do Direito Público, ver, entre outros, MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82-83 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94-95. Fala-se em tipicidade especialmente no Direito Tributário. Neste é identificada com legalidade material, voltando-se ao conteúdo da lei ou sua precisão conceitual. Cfr. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 196 e ss.

⁷⁶ Muito próxima da acepção que lhe é dada no Direito Tributário.

⁷⁷ Art. 5º, XXXIX.

⁷⁸ REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 146.

⁷⁹ Acerca da atipicidade no Direito Penal e sua especial relação com a antijuridicidade neste ramo, cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*

Assim, a tipicidade no Direito Penal é medida de garantia do direito de liberdade⁸⁰, papel inversamente cumprido pela atipicidade no Direito Contratual. Aliás, ao traçar a evolução histórica do Direito Penal, BELING encontra uma contraposição relativamente ao Direito Civil, em que a configuração típica de negócios jurídicos seria o ponto de partida histórico, evoluindo, na esfera civil, para ser superada pela autonomia privada.⁸¹

No Direito Privado, pois, como já mencionado, a regra é a da *atipicidade*. Contudo, se encontram ainda nesse setor diferentes acepções aos termos típico e atípico. Assim, por exemplo, para direitos previstos *numerus clausus*, diz-se que vale a regra da tipicidade (como taxatividade)⁸² – *v.g.*, considera-se sob a égide da tipicidade a disciplina dos direitos reais⁸³, eis serem admitidos pelo Ordenamento somente aqueles previstos na legislação com essa qualidade. Os tipos contratuais, em antítese, são *numerus apertus* (ou meramente exemplificativos); regem-se, pois, pela atipicidade⁸⁴.

Brasileiro – Parte Geral. São Paulo: RT, 1999, especialmente Capítulo XVIII, p. 443 e ss. No Capítulo XXVI, p. 549 e ss. traça a idéia de tipicidade conglobante, que modifica ou atenua com dados factuais a relação entre tipicidade e legalidade estrita, trazendo hipótese de atipicidade, ainda que diante de previsão da conduta como ilícito penal.

⁸⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 87.

⁸¹ BELING, *Lehre von Verbrechen*, p. 23, *apud* ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 459.

⁸² DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 31: “Estabelecido que um dado acto é um contrato, estabelecida está a sua relevância jurídica enquanto tal, independentemente da sua eventual pertença a alguma das espécies legais da figura. Ao contrário, nas áreas jurídicas onde existe taxatividade a pertença ao gênero há “conseqüência” da pertença a uma espécie: sem esta não há aquela. O mesmo é dizer que nas áreas onde há taxatividade as regras ditadas ao nível do gênero aplicam-se sempre conjuntamente com as ditadas ao nível de uma das espécies, ao passo que na área dos contratos é possível a aplicação das regras gerais sem a de qualquer das especiais, bem como a aplicação conjunta de várias destas ditadas para figuras diversas. As espécies legais de contratos têm assim um alcance diverso do das espécies legais de figuras das áreas onde há taxatividade.”

⁸³ De acordo com VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 89, a tipicidade dos direitos reais surgiu como modo de assegurar à burguesia maior fluidez ao capital, enfraquecendo as estruturas do Ancien Régimen, ou seja, relativizando a idéia absoluta de propriedade. Atualmente, contudo, entende ser meramente questão de tradição. Alguns autores que pregam a atipicidade desses direitos em alguns sistemas como o Português (Oliveira Ascensão – *Tipicidade dos Direitos Reais*, p. 229-230) e o Italiano (COSTANZA, Maria. *Il Contrato Atípico*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 120 e ss., esp. p. 128).

⁸⁴ Assim entre nós fundamenta AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Contratos Inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 136-137.

De fato, isso ocorre porque a tipificação, no direito contratual, tem como principal escopo o de simplificar o processo de vinculação por meio de contratos, oferecendo-lhes, assim, supletividade legislativa⁸⁵, além de modelos hermenêuticos.

1.2.1. Tipo e conceito⁸⁶

A dogmática jurídica, desde as primeiras tentativas de conceber o Direito como Ciência⁸⁷, trabalha seus institutos a partir de conceitos dotados de elevado grau de abstração. A idéia de conceito, contudo, justamente por sua inerente abstração, muitas vezes não dá conta dos fenômenos da realidade, deixando de corresponder às necessidades impostas pela factualidade do mundo empírico que ao Direito cabe ordenar. A abstração abre espaço, então, à concreção. Por conta desses “momentos concretizadores”, a ciência jurídica atrai a idéia de tipo, encerrando um sentido específico e relativamente concreto a institutos que podem ser enquadrados dentro de conceitos mais gerais.⁸⁸

⁸⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 90.

⁸⁶ As categorias lógicas do conceito e do tipo são tomadas como pressupostos neste estudo; não sendo a lógica, contudo, o objeto deste estudo, não será também utilizada linguagem lógica; ademais, serão explanados aqui apenas os pontos fundamentais à compreensão da matéria em exame: atipicidade contratual.

⁸⁷ Tendência que teve seu auge com o Positivismo Jurídico e a doutrina de Kelsen.

⁸⁸ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 464; aqui exemplifica dizendo que o “delito” é um conceito geral, enquanto o “assassinato” é um tipo.

Efetivamente, para delimitar um conceito geral abstrato⁸⁹ extraem-se as diferenças tidas como não essenciais, deixando-se em evidência apenas os elementos tidos como essenciais do grupo de objetos em exame, estando na base de sua elaboração um processo de abstração e generalização.⁹⁰ Assim, quanto maior o número de notas distintivas, menor a abstração, mas maior será a extensão ou amplitude do âmbito de aplicação do conceito. A excessiva abstração do conceito, contudo, ao conferir essa maior abrangência, acaba interrompendo as conexões de sentido entre os elementos que o compõem, conduzindo a um verdadeiro vazio de significado⁹¹.

Esse mesmo processo de abstração impõe aos objetos pertinentes ao conceito um juízo de exclusão e inclusão (“*de sim ou de não*”), de acordo com notas ou características determinadas, obrigando o juiz a um “*pensamento por alternativas*”. Nesse sentido, o conceito prejudica a compreensão e a solução dos problemas reais, especialmente diante da constatação da existência de antíteses intra-sistemáticas e de figuras intermediárias, deixando de contentar a ciência jurídica atual. É nesses termos que LARENZ⁹², partindo do conceito concreto de Hegel, abarca a idéia de tipo⁹³ como componente do seu sistema jurídico,

⁸⁹ Quanto se toma a diferenciação entre conceito e tipo está-se a referir ao conceito geral abstrato. Importa observar que LARENZ utiliza-se da idéia de conceito concreto de Hegel para desenvolver sua argumentação contra a lógica formal e a favor da utilização da idéia de tipo na ciência jurídica: “La observación de Hegel de que un tal modo de pensar no es ‘en modo alguno tan extraño’, es totalmente acertada si se refiere a la Jurisprudencia. Los juristas, ciertamente, no son conscientes, por regla general, de la especialidad de este modo de pensamiento. Hablan de un ‘concepto’ sin preocuparse de si aluden a un concepto abstracto, a un tipo o a un concepto determinado por la función. De este modo merecen de los representantes de la Lógica el reproche de proceder ‘ilógicamente’; a ello procuran responder aseverando que con ‘mera lógica’ no se ha hecho nada en la Ciencia del Derecho; pero no pueden decir en qué se distingue este modo de pensar suyo del dirigido por las reglas de la Lógica formal. El estudio de la Lógica hegeliana podría explicar esse modo de pensar haciendo ver que el ‘pensamiento lineal’ de la Lógica formal no es el único modo lógicamente posible de pensamiento.” (*Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p.450-451):

⁹⁰ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 126.

⁹¹ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 440 e 446.

⁹² LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 443-447.

⁹³ Atribui-se a absorção da categoria lógica do tipo na ciência jurídica a JELLINECK (*Algemeine Staatslehre*. 1ª ed. Berlin, 1900, p. 27); contudo, a idéia foi efetivamente desenvolvida por LARENZ (especialmente no citado *Metodología...*) e ENGISCH (no citado *La Idea de Concretización...*).

juntamente com princípios e conceitos determinados pela função, a fim de conferir-lhe maior grau de concreção e sentido.

Com efeito, colocando-se lado a lado o conceito geral abstrato e o tipo, é possível identificar as principais características que os diferenciam, ainda que a relativização de suas diferenças leve parte da doutrina a considerar o tipo apenas uma espécie de conceito⁹⁴. Assim, um conceito e um tipo podem se referir à mesma realidade, mas suas características como figuras lógicas serão diferentes.⁹⁵ É o que veremos:

a) **Realidade do tipo versus Abstração do conceito:**

Em sintonia com ENGISCH, podemos dizer que em todas as concepções modernas de tipo e em suas contraposições com o conceito geral, “*late en el fondo la idea de que el tipo, de uno o de otro modo, pero también, de uno y otro modo, es ‘más concreto’ que el concepto.*”⁹⁶ De fato, os conceitos gerais abstratos, formam-se por abstração do que há de incomum na pluralidade designada. O tipo, diferentemente, está mais perto da realidade, porque seu processo de elaboração evita o empobrecimento progressivo que ocorre com a abstração conceitual, preservando as notas características não essenciais. Marca a distinção entre conceito e tipo o que está em suas realidades, pois, enquanto o conceito é ‘representante de todos los individuos posibles, que manifiestan las características

⁹⁴ AVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006, especialmente p. 172-201, expondo que as categorias de tipo e de conceito estão em relação de espécie e gênero. Ainda que se tenha, contudo, o tipo como uma espécie do gênero conceito, ressalta-se aqui que algumas das características evidenciadas pela teoria exposta por Larenz e Engisch, mesmo que em parte revisada, são extremamente úteis à compreensão da formação dos tipos contratuais e à própria interpretação dos contratos, sejam eles típicos ou atípicos, nomeadamente uma dada gradualidade atinente aos intitutos, a noção de ‘tipo jurídico-estrutural’ conectada à idéia de totalidade e de modelo e, ainda, a sua conexão intencionalmente voltada ao empirismo, especialmente caracterizada como “tipo frequência.”

⁹⁵ Assim compreende DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 129.

⁹⁶ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 453.

correspondientes’, o tipo ‘no abandona en modo alguno el ámbito de las manifestaciones que se han hecho realidad.’⁹⁷

Nesse sentido, o tipo é dotado de generalidade e de uma especificidade que, ao mesmo tempo, o diferencia dos similares, estando mais próximo ao real porque pode ser reconduzido a figuras similares, ainda que não haja identidade total.⁹⁸ Segundo VASCONCELOS, a interação entre tipo e realidade é tão densa que ‘a realidade é constituinte do tipo e o tipo é constituinte da realidade’ de modo que ‘os casos em que o tipo se concretiza, ou a que corresponde, o constituem’. Assim, afirma o autor que os tipos ‘não são fato nem são norma, têm caráter relacional entre o ser e o dever ser, entre relação da vida e qualidade normativa (...)’.⁹⁹ Ainda que universal, o tipo é um ‘*universale in re*’: é imanente à realidade, seu plano, estrutura, tendência estruturadora real ou princípio dinâmico.”¹⁰⁰ Mesmo o tipo ideal de Max WEBER, que pretende ser puramente construtivo, possui um ponto realmente efetivo, eis baseado na realidade histórica; suas concepções típicas, pois, são efetivas em grande medida como “*directrices o metas la acción política*”.¹⁰¹

⁹⁷ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 451. Assim, mesmo quando se trata de tipos ideais, estes vêm vinculados a dados empíricos: “Quando más arriba, hablamos de tipo real, consideramos ante todo la diferencia entre tipo y concepto en función de su relación con la realidad. (...) Mientras que el ‘concepto abstracto’, en contraposición al tipo real, no presupone, según nuestras observaciones anteriores, la existencia real en sí, sino tan sólo la posible, de los objetos en él comprendidos (...), el tipo ideal se vincula siempre a datos empíricos, en especial, a ‘relaciones y acontecimientos de la vida histórica’. Sólo en esto se diferencian el tipo ideal y el tipo real: aquél se despega de la realidad ‘mediante una sublimación mental de determinados elementos de la realidad’, así como mediante ‘fusión de una gran cantidad de manifestaciones individuales existentes unas veces de modo difuso o discontinuo, en un sitio más, en otro menos, o esporádicamente enexistentes..., en una construcción mental unitaria en sí.” (*Id. Ibid.*, p. 439).

⁹⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 128.

⁹⁹ KAUFFMANN, Arthur. *Analogie und ‘Natur der Sache’*. Decker und Humblot: Heidelberg, 1982, p. 56 *apud*: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 45.

¹⁰⁰ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 418 e ainda: “Se subraya continuamente que el tipo, como el concepto o como la ley, es de carácter general. Se habla también de que se basa en la abstracción, aunque se le atribuya sólo en parte un tipo especial de abstracción: bien sea una abstracción que lleva a una idea, a un esquema o a una visión general.” (p. 417)

¹⁰¹ A análise é de ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 419. Essa

Como noção de aproximação à realidade, a idéia de tipos empíricos e freqüentes é imprescindível. Quando se menciona um *tipo médio* ou *freqüente*, as propriedades apontadas para a sua construção são aquelas mais comumente encontradas nos casos práticos, mas o caso não deixa de ser típico se algumas daquelas propriedades não estiverem presentes. Contrariamente, quando se tratam de conceitos gerais abstratos, as suas notas afetam todos os objetos e fenômenos “subsumíveis”, devendo, pois, estar sempre todas presentes no caso por eles abarcado. Mas o conceito geral pressupõe apenas a existência possível dos objetos contidos nele, e não a existência real de todos eles. Contrariamente, o tipo médio e o tipo freqüente pressupõem, de fato, a realidade dos objetos da espécie em questão e que apresentam (em média ou freqüência) notas ‘típicas’.¹⁰²

Quanto menos detalhado, mais alheio à realidade se torna o tipo. Assim, por exemplo, o “tipo médio” conterà menos realidade que seus exemplares. Por isso o chamado “tipo freqüente” (JELLINEK), obtido por abstração de notas comuns da maioria dos casos possui mais acentuado grau de realidade empírica.¹⁰³

Essa noção de “tipo freqüência” será muito útil na análise do processo de formação de tipos contratuais, configurados, basicamente, a partir da repetição social de condutas subjetivas. Os “novos tipos contratuais” e mesmo a multiplicidade de contratos atípicos, configurados como socialmente típicos – porque utilizados repetidamente na realidade - espelham concretamente essa nota do tipo freqüência.

característica é possível de se notar em WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: UNB, V. 2., quando, por exemplo, caracteriza o *tipo* de autoridade, utilizando-se de um caráter material, mas ao mesmo tempo ideal: “Não se aspira ao tipo mais preciso do ponto de vista formal-jurídico, ótimo para a calculabilidade das possibilidades e para a sistemática racional do direito e do procedimento, mas àquele que em seu conteúdo corresponde melhor às exigências prático-utilitárias e éticas daquelas autoridades; uma separação de “ética” e “direito”, como já vimos, não faz parte das intenções destes fatores criadores de direito, que estão totalmente alheios a todo tratamento auto-suficiente e especificamente “jurídico” do direito.” (p. 100)

¹⁰² ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 421-422.

¹⁰³ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 420.

A individualização do real em tipos pressupõe essa reiteração¹⁰⁴, ao mesmo tempo que não impede a continuidade de produção de variações em cima da realidade típica produzida.

É nesse contexto que se pode evidenciar a primeira utilidade da idéia de tipo: como categoria que auxilia no processo de adaptação da realidade construída em torno de um “modelo” de contrato. Assim, também na aplicação do direito aos contratos a ele modelados, apontando os elementos legais ali implicados, e demonstrando a importância dos usos e dos costumes como instrumento para sua interpretação.¹⁰⁵

b) Abertura, elasticidade e graduabilidade

De acordo com aquela nota voltada à realidade, enquanto no conceito geral abstrato desprezam-se características consideradas não essenciais, no tipo as mesmas notas deverão ser tomadas em consideração. Assim o é porque a presença de tais características implicaria a exclusão de muitos objetos da esfera de abrangência daquele determinado conceito abstrato ‘X’, já que a ele seria inerente um juízo de pertinência ou exclusão (de sim ou de não): ou contém aquelas notas, e é “X”, ou não contém, e não o é. De outro lado, diante do raciocínio tipológico, o máximo que se poderia dizer acerca do mesmo objeto é que ele seja *mais* tipicamente ‘X’ ou *menos* tipicamente ‘X’. A maior ou menor intensidade com a qual se apresentam as características no caso concreto significará uma maior ou menor pertinência ao tipo.¹⁰⁶

Tomada a imprecisão das fronteiras do tipo, e o seu juízo de *maior ou menor* tipologia¹⁰⁷, é possível apreender a sua graduabilidade. Sendo capazes de abarcar uma grande gama de fenômenos distintos entre si e com limites imprecisos, poderão

¹⁰⁴ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 446.

¹⁰⁵ Tal assunto será tratado no Capítulo 4, 4.1.

¹⁰⁶ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 127.

¹⁰⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 43.

os tipos compreender objetos cuja aludida tipicidade aparece em maior ou menor grau.¹⁰⁸ De tal forma, pode-se dizer do tipo que é “assim até certo grau” ou que é assim “mais ou menos.”¹⁰⁹ Exemplo clássico dessa característica é a onerosidade ou gratuidade dos negócios jurídicos: seu maior ou menor grau será, em muitos casos, fundamental à determinação da incidência ou não de um regime contratual típico, como no caso do *negocium mixtum cum donatione*.

Ademais, por manter-se a parcela da realidade tomada no tipo como intacta, sem ser amputada do que o diferencia, como ocorre com o conceito, a relação entre as partes é de coerência. Os tipos ‘não se relacionam uns com os outros verticalmente, em pirâmide, como os conceitos gerais abstratos, mas sim horizontalmente, em séries e em planos, e ‘não se subsumem uns nos outros, como os conceitos gerais abstratos, mas ordenam-se e coordenam-se uns com os outros.”¹¹⁰ Fala-se, portanto, que suas espécies encontram-se em uma “relação fluida”.¹¹¹ A exemplo do ordenamento jurídico, eles mesmos configuram sistemas móveis de elementos coordenados entre si por um critério diretivo, podendo se ordenar em séries de tipos, que serão sistemas móveis parciais.¹¹²

Quanto mais abertos forem os tipos, maior a variação, tanto das características que lhes compõem, quanto de seu número. Uma maior abertura

¹⁰⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 128. Interessante a relação que faz Pais de Vasconcelos entre a graduabilidade do tipo e a chamada *lógica difusa* que, diferentemente da lógica tradicional, lidaria melhor com a fluidez tipológica, baseando-se na idéia de que os tipos seriam *fuzzy sets* (‘conceitos difusos’): “A lógica difusa não sente dificuldade na operação com as fronteiras fluidas dos tipos e, ao admitir a graduação e a modificação do juízo de correspondência, designadamente entre o caso e o tipo, abre novos caminhos em matéria de qualificação e de concretização. A lógica difusa, ao contrário da lógica formal, consegue trabalhar com a diferenciação entre o centro e a periferia do tipo, com os juízos de menor ou maior tipicidade, de quase tipicidade e de quase atipicidade e, acima de tudo, é particularmente adequada para operar com a semelhança e a analogia. Nesta perspectiva, os tipos são ‘fuzzy sets’.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 31-32).

¹⁰⁹ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 425.

¹¹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 37-38.

¹¹¹ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 423.

¹¹² LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 439.

propicia, também, maior graduabilidade. Mas o legislador, com freqüência fixa as notas do tipo através de definições legais, tornando o que são tipos reais abertos, tipos legais fechados, de modo a permitir maior aproximação à idéia de conceito e, por conseqüência, a subsunção legal.¹¹³

A característica do tipo cuja nota principal é a elasticidade, permite compreender que, quanto menos pressupostos possuir, mais abrangente será o conceito, o que não necessariamente ocorrerá com relação ao tipo referido à mesma realidade. Este continuará sendo típico apesar da falta de algumas notas características. Enquanto, pois, o tipo seria uma figura elástica, um complexo de características reunindo dados que podem se apresentar com variadas intensidades sem deixar de ser típico,¹¹⁴ o conceito apresentaria um número fixo de notas.¹¹⁵

Há aí, portanto, um intervalo possível de adaptação à descrição contida no tipo. Tal constatação não fica, contudo, imune a críticas eis esse juízo de sim ou não (exclusão ou inclusão absolutos), ser também aos conceitos, muitas vezes, dificultado na prática.¹¹⁶ De toda sorte, o que importa é ter-se presente que *a elasticidade atribuída ao tipo não pode ser ilimitada*, caso contrário, não há porque falar-se em tipificar: se não houvesse limites à abrangência do tipo, tudo na realidade já restaria tipificado...

O fato de a teoria tipológica ter colocado tal característica em evidência, portanto¹¹⁷, nos permitiu desenvolver a idéia de que *há um momento máximo de maleabilidade*, em que não mais será possível compreender esse objeto como típico. E, ainda que algumas vezes seja difícil defini-lo, é aí que se estabelecem as fronteiras entre o *típico* e o *atípico*, entre o dado real que pode e o que não pode ser lido como típico. A exemplo do que ocorre com as molas no estudo da Física, existe aqui também um ponto ideal máximo de deformação, o qual, uma vez ultrapassado, deforma a “mola”, alterando sua elasticidade. A essa *flexibilidade limitada do tipo*,

¹¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 40.

¹¹⁴ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 128.

¹¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 42.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.185.

¹¹⁷ E aqui, ressalte-se, não se está discutindo se é realmente uma nota diferencial relativa a conceito.

entendemos chamar, a exemplo do que ocorre no estudo das molas, pois, **coeficiente elástico do tipo**¹¹⁸.

c) **Descrição do tipo versus definição do Conceito:**

Como conseqüência de sua elasticidade e abertura, os tipos são apenas descritíveis, mas impassíveis de definição diante de seus 'contornos fluidos'. Já os conceitos gerais e abstratos 'enunciam-se e delimitam-se pela definição', que é feita 'pela enunciação do gênero próximo e da diferença específica', pressupondo a fixidez das características. Daquela flexibilidade decorre a impossibilidade de determinar "onde começa e onde acaba o tipo, definir seus limites. No seu interior, as características do tipo são intermutáveis, são substituíveis umas por outras. Os tipos 'são sistemas móveis' de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério diretivo."¹¹⁹ Essa impossibilidade de definição torna inviável aos tipos a subsunção¹²⁰, característica exclusiva aos conceitos. Diferentemente, sob análise tipológica, os objetos poderão ter seus dados *qualificados* e, a partir da qualificação serem ou não reconduzíveis ao tipo legal.

Essa incerteza quanto aos limites traz à tona o dilema da segurança jurídica, motivo pelo qual já foi muito contestada a teoria do tipo dentro da ciência jurídica. Na verdade, se de um lado a carência de limites rígidos é defeito do tipo, é de outro sua principal força. Isso porque, se a presença de certos elementos não esclarece quanto à continência a determinado tipo, esclarece quanto à força das suas características, permitindo melhor operatividade frente à realidade complexa e fluida, momento em que falha o conceito abstrato.¹²¹

¹¹⁸ Essa idéia deve ser aplicada quando observada a importância do tipo na aplicação do direito aos contratos atípicos, especialmente quando configurados sob estruturas mistas.

¹¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 43; assim também DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 127.

¹²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 42-43, citando FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts*. Tübingen, 1977, p. 213.

¹²¹ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 128.

d) **Plasticidade** do tipo versus **Segmentação** do conceito e a idéia de **totalidade**:

A continência e interação com a realidade, características do tipo, não significam que ele seja pura concreção. Pelo contrário: o tipo é também uma forma de abstração. Mas os processos de abstração do tipo e do conceito são diferentes. Enquanto o conceito compõe-se da **soma de partes**, o tipo forma uma **imagem ou quadro complexo**, com múltiplas possibilidades de combinações de seus elementos.

De acordo com Giorgio de NOVA, os dados característicos do tipo se evidenciam em função de um quadro, apreendido pelos sentidos, renunciando-se à pretensão de que todos estes elementos estejam presentes em cada um dos objetos do grupo que o compõe, e “reunindo-se não em uma simples soma, mas recompondo a imagem intuída.” A ênfase do tipo é a apreensão desse quadro, a imagem que daí se intui, e não essa soma de partes.¹²² Por tal característica qualifica o tipo de *impregnante*, identificando-a à pequena perda de sinais referentes à realidade.¹²³

Pedro Pais de VASCONCELOS denomina característica similar por **plasticidade**¹²⁴, quando afirma que os tipos “permitem apreender e entender com particular transparência as realidades designadas, discernir os nexos de sentido que as interligam, e intuir os pontos de vista valorativos e funcionais que lhes constituem o cerne.” Por isso a simples soma dos elementos do tipo pode não resultar em sua captação como típico. Diferentemente, a soma dos elementos que compõem o conceito deve resultar na pertinência do objeto àquele conceito; e a ausência de qualquer deles, sua exclusão.

Daí deduzir-se que o tipo possui um **sentido** que lhe é próprio, extraído de sua totalidade.¹²⁵ Para LARENZ,¹²⁶ é essa característica que permite certa variação

¹²² DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 126-127.

¹²³ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 128-129.

¹²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 45.

¹²⁵ “Il tipo è quindi un quadro significante, è composto sì di parti, mas può essere colto solo nel suo complesso. Una pura elencazione di dati caratterizzanti non dà mai un tipo: il tentativo di cogliere il tipo elencandone i singoli dati caratterizzanti sfocia nella trasformazione del tipo in concetto.” DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 126-127.

no número de propriedades que caracterizam a figura, sem que, por isso, devam estar todos presentes para configurar o tipo. Ele é, pois, um todo, dotado de significância e organicidade. Há uma coerência interna entre as suas características, que permite sua apreensão.¹²⁷ Seus dados singulares reúnem-se em um processo de elaboração, em função de sua correlação, não apenas somados, mas reconduzidos a uma estrutura unitária,¹²⁸ e que inclusive se modifica de acordo com a diferente configuração dos elementos interdependentes e interreferentes¹²⁹ que a compõe.

Como forma de pensamento, diferentemente do conceito, clarifica e permite conservar os traços particulares contidos nessa "união plena de sentido" por ele formada, refletindo a natureza do objeto sob o qual se debruça.¹³⁰ Assim, tanto como "tipo real normativo" (associando um substrato empírico a um referencial normativo), quanto em sua concepção de "tipo jurídico-estrutural" (a relação de sentido extraída da harmonia de seus elementos¹³¹), pode ser visto como totalidade e como um modelo¹³².

Se o tipo possui, assim, uma totalidade de sentido, é, então uma estrutura voltada a uma finalidade. Alterada a finalidade que exerce no mundo dos fatos, ou a função a que está dirigida, altera-se a própria estrutura do tipo. Diante do tema ora

¹²⁶ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 452.

¹²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 43-44.

¹²⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 128.

¹²⁹ 'O tipo, nesta perspectiva, é um quadro, uma estrutura em que todos os momentos, elementos ou características estão na presença uns dos outros numa espécie de diálogo em torno de um ponto de referência que constitui o seu cerne.' VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 44-45.

¹³⁰ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 463.

¹³¹ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 457.

¹³² Assim se refere LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 454-456: "El tipo ideal normativo no quiere ser 'imagen' de la realidad, sino 'modelo' o también 'arquetipo'. Também se refere a tipo como modelo ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer zeit)*. Tradução espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 437. A base do que delinearemos como modelo, aqui, contudo, está em REALE, Miguel *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

estudado, tal idéia será muito útil quando discutirmos os negócios indiretos e as conexões funcionais de contratos, a ponto de se verificar em que termos a alteração da função pode afetar o próprio tipo contratual.

1.3.2. O contrato como tipo e o contrato atípico

Compreendida, pois, a base do pensamento que aqui será desenvolvido – ou seja, o contrato visto sob o binômio formado entre autonomia e uma idéia técnica de tipo – importa, agora, a construção da noção de *contrato como tipo* bem como a de *tipo contratual*.

No sentido em que freqüentemente é empregado, e como de regra assume a literatura brasileira, o tipo contratual seria nada mais que uma espécie, um modelo de contrato. A noção de *tipo* a que aqui nos referimos, contudo, é mais do que isso: diz respeito àquela categoria do pensamento já referida nas páginas anteriores. A conjugação da idéia de contrato com a de tipo pode ser, então, compreendida sob diferentes prismas:

a) O contrato em si como tipo:

O instituto do contrato é, ele mesmo, um tipo. Seja assim entendendo-se como tipo (espécie) de negócio jurídico que, por sua vez, é um tipo de obrigação¹³³, seja porque dotado das características da categoria do tipo. Assim, são inerentes a ele o empirismo, um certo grau de elasticidade e uma estrutura configurada sob uma idéia de totalidade de sentido. Ainda que se configure como '*atípico*', pois, o contrato não deixará de ser ele mesmo um tipo.

¹³³ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso. *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 19.

b) *O tipo contratual:*

Ademais, tomando as diferentes estruturações do conteúdo do contrato, em uma espécie de projeção abstrata de um grupo de casos, temos os “tipos contratuais”. Estes podem ser identificados com molduras das configurações contratuais mais usuais, oferecendo-lhes um modelo regulativo, ou seja, “modelos dos contratos mais importantes ou mais freqüentes, construídos de modo equilibrado e de acordo com o que é típico contratar na prática”.¹³⁴

Tem-se aqui o tipo contratual como um instituto em certa medida – a do seu “coeficiente elástico” - dinâmico, fluido, adaptável. Na tradução de LARENZ, “móvel” e “elástico”, especialmente quando se refere ao sentido de totalidade atribuído às relações configuradas em tipos estruturais¹³⁵. Ao mesmo tempo, configura-se uma estrutura, formada a partir de elementos que, pela repetição de comportamentos, são tomados da realidade e, conjugados a elementos normativos, formam um modelo facilitador da atuação privada no exercício de sua autonomia.

c) *O contrato típico:*

Concretamente considerados, os contratos configurados de acordo com o legalmente¹³⁶ predeterminado, serão os contratos típicos. Assim, é contrato típico, na realidade fática, uma operação de compra e venda, de locação, etc. Enquanto o ‘*tipo de contrato*’, pois, é uma abstração, verdadeiro modelo, o ‘*contrato típico*’ é aquele que, no mundo dos fatos, foi qualificado, ou seja, enquadrado em algum daqueles modelos de contrato estabelecidos legalmente.

¹³⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 90.

¹³⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia Del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 461.

¹³⁶ Aqui, quando falarmos de contratos típicos, estaremos nos referindo aos legalmente típicos. Contratos socialmente típicos serão considerados por nós como manifestações da atipicidade..

d) *O tipo como método de aplicação do direito aos contratos concretamente considerados:*

Por fim, o tipo pode ser compreendido no âmbito contratual como instrumento metodológico para a sua conformação e como processo de sua concretização¹³⁷. Ao mesmo tempo que informa a correspondência do caso concreto a um determinado *modelo típico*, o tipo resulta de uma aglomeração desses mesmos casos, em relação de interdependência recíproca, o que se dá, normalmente, a partir de uma qualidade ordenante, de cunho axiológico.¹³⁸ Esse processo consistirá também assim em um método (tipológico) a permitir a interpretação e aplicação do direito de acordo com o essa ordenação.

Para se concluir se um contrato é ou não típico, ingressa o aplicador do direito em sua tarefa de *qualificar* os fatos que a ele se oferecem. Assim, quando os contratos se apresentam na realidade sob configurações não reguladas por lei, poderão ser chamados de atípicos (isso a depender da aceção que se confere à atipicidade, considerando-se a realidade legal ou a social¹³⁹). Mas, dependendo da maior ou menor rigidez com que for fixado legalmente o tipo, será maior ou menor o grau de exatidão entre tipo contratual e o contrato considerado típico¹⁴⁰. Um tipo contratual mais flexível poderá tornar tênue a linha divisória entre contrato típico e atípico, fomentando mais dúvidas diante do procedimento de qualificação. Ao mesmo tempo, contudo, poderá propiciar uma maior capacidade adaptativa, oferecendo supletividade normativa a um maior número de casos concretos.

¹³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 5.

¹³⁸ “Assim, o tipo é um ‘medium’ da relação do caso com o valor, da valoração.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 51.

¹³⁹ Rui Pinto DUARTE utiliza o termo tipo contratual referindo-se tanto aos tipos sociais como legais. (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 42): “Esclarecendo que julgamos que a palavra “tipo” se deve reservar para os modelos socialmente reconhecíveis dá-se a chave da resposta. Para que de “tipo legal” se possa falar há que poder encontrar na lei elementos que nos permitam delimitar um modelo que seja reconhecível fora (e, por via de regra, antes) do mundo do Direito.”

¹⁴⁰ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 43.

1.3.3. A noção de tipo e sua importância para a idéia de atipicidade

Quanto a lei, no artigo 425 do CC/02, utiliza o termo *contratos atípicos*, recebe a racionalidade contida na idéia de tipo, que deve ser compreendida a partir de sua construção técnica. Não se trata de dizer simplesmente que se podem firmar contratos não pertinentes às denominações contidas na lei. Mais do que isso, se reconhece expressamente o espaço de atuação normativa dos privados, livres a determinarem regulações jurídicas atípicas, e para exercerem seu poder configurador de modelos jurídicos.

Partindo-se da idéia de liberdade contratual, portanto, podemos afirmar que a *atipicidade* é formada por um binômio, que se traduz na conjugação da idéia de *(não) tipo* – tomado em toda sua significação e também como ausência de regulamentação supletiva, ou melhor, de um modelo legal de contrato – com aquela de autonomia privada – como instrumentalizadora da liberdade contratual, em sua esfera de livre configuração do conteúdo do contrato.

Os tipos contratuais atualmente em nosso sistema encontram, em sua maioria, as sementes no Direito Romano, cuja acepção (tomada sob a ótica do formalismo), ainda que se diferencie de modo significativo da concepção atual (que tem como base o consensualismo¹⁴¹), inegavelmente inspirou um modelo normativo baseado em tipos. Nos primórdios do Direito Romano, portanto, sob a égide da forma, deixava-se de reconhecer o direito de ação quando o pacto não respeitasse tais formalidades ou não se encaixasse naquelas espécies previstas de prestações¹⁴². Tal rigidez, contudo, se foi relativizando com o passar do tempo, em

¹⁴¹ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p.57. Também BETTI discorre sobre as diferenças do tipo hodierno e do romano, acrescentando, além da característica formal e de uma função econômico-social típica (*Teoria Generale delle Obbligazioni*. V. III. Milão: Giuffrè, 1954, p. 6).

¹⁴² Assevera BETTI que, fora desses tipos taxativos ou de suas formalidades necessárias, perdia-se a essencial eficácia obrigatória do negócio (*Teoria Generale delle Obbligazioni*. V. III. Milão: Giuffrè, 1954, p. 6).

especial diante da construção de ações alternativas surgidas primordialmente a partir das intervenções pretorianas¹⁴³.

De acordo com Rui Pinto DUARTE, contudo, se quanto à forma os contratos romanos eram rígidos, encontravam grande elasticidade no tocante ao seu objeto e causa, podendo, assim, tal característica exercer o papel a que se presta a atipicidade atualmente.¹⁴⁴ Numa linha de raciocínio ligeiramente divergente, Maria COSTANZA entende que existiriam, sim, contratos atípicos e típicos em Roma. A diferença entre eles, contudo, estaria em que, aos primeiros corresponderiam as práticas econômicas comerciais, não difundidas entre os indivíduos particulares e, portanto, privadas de uniformidade; os segundos, em contrapartida, teriam assumido na práxis uma fisionomia definida, eis serem necessários e de corrente utilização pelos indivíduos singulares. Nesse sentido, a regra no Direito Romano seria mesmo a da tipicidade. Ela serviria, pois, como um instrumento de garantia, impedindo que um qualquer se obrigasse perante terceiros sem justificativa, restando protegida pelo direito somente a atividade que fosse considerada digna. Entende a autora, pois, ser um *'erro de perspectiva'* afirmar uma atenuação do regime de tipicidade contratual do direito romano. Para ela, no direito romano, 'o problema dos contratos inominados não contradiz o sistema de tipicidade contratual, mas sim é antes a sua confirmação'.¹⁴⁵

Hodiernamente, a regulamentação das espécies de contratos se dá em diferentes níveis e de diversas formas. Assim, teremos contratos extensivamente regulados no Código Civil, outros apenas superficialmente; certas espécies, ainda, estarão exaustivamente regradas na legislação esparsa e, algumas, somente sugeridas, não terão, efetivamente, um regime legal a ser seguido. Muitos contratos, ademais, por serem comuns, embora não legislados, terão regras sedimentadas na

¹⁴³ Sobre o assunto, cfr. TALAMANCA, Mario. La tipicità del sistema contrattuale romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 86, 1991, p. 44-64. Ao afirmar essa tipicidade forte do Direito Romano, contra uma tipicidade fraca no sistema de direito atual, alerta para as atenuações advindas da evolução do sistema Romano, especialmente a partir das intervenções pretorianas.

¹⁴⁴ DUARTE, Rui Pinto. Tipicidade e atipicidade dos contratos. Coimbra: Almedina, 2000, p. 57-58.

¹⁴⁵ COSTANZA, Maria. Il contratto atípico. Milão: Giuffrè, 1981, p. 11. Observe-se que a autora utiliza indistintamente os termos atípico ou inominado.

prática ou na jurisprudência. Se é verdade, como quer DUARTE¹⁴⁶ que o problema está em “saber qual é o mínimo de regulação necessário para que se possa falar em ‘tipo legal’, também é verdade que para haver um tipo em sentido *lato* se prescinde de qualquer regulamentação.

Como visto, o tipo contratual é, ao mesmo tempo um modelo e um sistema racional de relações que formam uma totalidade a partir dos seus elementos configuradores. Já se mencionou aqui que, para ser tipo, deve o modelo contratual ser de certa forma flexível. Essa idéia está tanto na raiz da construção da idéia de tipo, quanto na origem de qualquer espécie contratual. Isso porque, antes de chegarem a ser tipos, o normal é que as “molduras” já tenham passado pela provação do mundo dos fatos¹⁴⁷, por isso, possuem certa dinamicidade natural, configurada seguidamente na chamada *tipicidade social*.¹⁴⁸ Fala-se, então, que normalmente os tipos são quase meros produtos da indução.

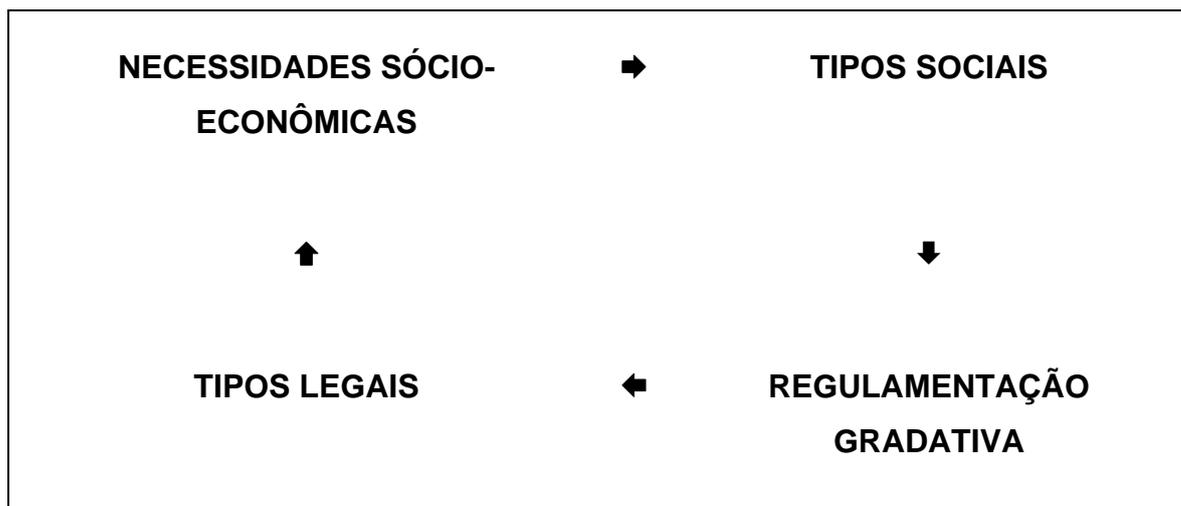
Efetivamente, os tipos contratuais se formam a partir de uma dada realidade social. No mundo dos fatos, contudo, já estão contidos, naturalmente, certos regramentos típicos. Da interação entre as necessidades fáticas com as normas existentes, nascem novos tipos sociais que, uma vez legislados, tornam-se também eles tipos legais. ROPPO¹⁴⁹ traduz o fenômeno da formação do tipo contratual a partir da realidade, nessa forma cíclica, que aqui se resume no seguinte quadro:

¹⁴⁶ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p.42: “(...) julgamos que a palavra “tipo” se deve reservar para os modelos socialmente reconhecíveis dá-se a chave da resposta. Para que de “tipo legal” se possa falar há que poder encontrar na lei elementos que nos permitam delimitar um modelo que seja reconhecível fora (e, por via de regra, antes) do mundo do Direito. (...) O grau de exatidão das fronteiras entre o típico e o atípico depende das características formais que se atribuem à própria noção de tipo. Quanto maior for a rigidez com que se definam os tipos, tanto maior será a facilidade em traçar as linhas das fronteiras.” (p. 42-43)

¹⁴⁷ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 27-28.

¹⁴⁸ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 33.

¹⁴⁹ *O Contrato*. Tradução português (Portugal) Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 134.



Daí ser a formação dos tipos guiada essencialmente pela atipicidade – traduzida aqui como a liberdade de estabelecer o conteúdo contratual, que rege o Direito dos Contratos. Assim, a regulação pelos tipos confere uma disciplina aos contratos, o chamado regime legal, configurando sua tipicidade. Mas o tipo contratual não se resume a esse regramento - que em verdade trata essencialmente de normas supletivas, com algumas inserções cogentes limitativas – e sim traduz uma racionalidade ao contrato, como totalidade além – e às vezes aquém - das normas supletivas para seus efeitos não previstos expressamente¹⁵⁰.

Se a tipicidade configurou um dia um sistema fechado na relação interprivada, hoje, num sistema de liberdade de criação contratual, ela ainda perdura, exercendo um papel indispensável de suporte à autonomia privada. Os modelos legais típicos asseguram, em certa medida, uma regulamentação adequada às relações mais freqüentes, poupando aos sujeitos tempo, sem deixar de considerar seu caráter leigo na produção normativa, facilitando o exercício de sua autonomia¹⁵¹, ainda que

¹⁵⁰ Por isso, como esclarecido no item 1.2.2, falar-se em um tipo de contrato ou tipo contratual é falar-se do modelo, de uma descrição da realidade, enquanto falar-se em um contrato típico significa que determinado contrato do mundo dos fatos se encaixa adequada e suficientemente no regime estabelecido para aquele tipo.

¹⁵¹ MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista de Diritto Civile*, parte I, a. 32, 1987, p. 489.

a oposição entre o típico e atípico denote, de certa forma, o conflito entre o que é 'normal' ou 'anormal'¹⁵².

E esse processo de formação de tipos não é pura autonomia. Ele recebe a influência de fatores heterônomos, tais como as decisões jurisprudenciais ou a elaboração de normas preventivas que distam da prática social, contrapondo-se ao poder negocial, ou conformando-se de acordo com práticas de sistemas legais estrangeiros. Indispensável, portanto, a aferição do papel dos usos e dos costumes na formação dos tipos contratuais.

Exercendo-se, pois, a liberdade contratual dentro de uma realidade normada e, considerando-se que, no Direito, como na natureza “nada se cria: tudo se transforma”, os tipos contratuais, combinando-se e inter cruzando-se, são, ainda, o grande substrato sob o qual se criam novos tipos contratuais ou contratos atípicos. Servem, pois, como verdadeira fonte ou matéria prima para a atuação da liberdade contratual manifesta também sob forma de atipicidade. Poucos serão, portanto, os contratos totalmente *estranhos* aos tipos legais, correspondendo ou, ao menos, possuindo afinidades com um (ou mais do que um) tipo legal.¹⁵³ Assim, quando se fala de atipicidade, neste trabalho, se tem por referência toda essa dimensão criativa exercida sob a realidade que se apresenta, incluindo-se, nessa esfera, os chamados tipos sociais de contratos.

Inegável, assim, a utilidade da idéia de tipo à atuação da atipicidade contratual, especialmente se considerarmos três de suas características fundamentais – abaixo nomeadas –, ainda que se diga que não determinam a independência teórica da categoria do tipo relativamente ao conceito¹⁵⁴. O papel do instituto, portanto, e de seus teorizadores pode ser compreendido pela ótica de terem colocado em foco tais notas tomadas da realidade fática.

Assim, a idéia de elasticidade, que aqui será lembrada como “*coeficiente elástico do tipo*”, servirá, no processo de aplicação do direito, até certa medida como

¹⁵² BRECCIA, Umberto. Le nozioni di “tipico” e “atipico”: spunti critici e ricostruttivi. *Tipicità e atipicità nei contratti. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, v. 53. Milão: Giuffrè, 1983, p. 4.

¹⁵³ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 40-41.

¹⁵⁴ Assim compreendido por Humberto ÁVILA. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006, em especial p. 201.

utilização da regulamentação típica à supletividade normativa de contratos típicos. Já a idéia de “*tipo-freqüência*” é útil na configuração de tipos de contratos (especialmente da atipicidade sob a forma de *tipos sociais*) contribuindo, ainda, para tomada de consciência da importância dos costumes e dos usos do tráfico no seu processo hermenêutico. Por fim, a idéia de “*tipos jurídico-estruturais*”, dotados de uma “*totalidade de sentido*” evidencia tanto que os tipos atuam como modelos – sejam empíricos, sejam normativos - quanto o fato de ser impossível abstrair-se de um único elemento seu a racionalidade total do contrato. Daí porque os índices de tipo terão de ser tomados conjuntamente no processo qualificatório, sendo inadequada a utilização de um índice, como muito se pretendeu fazer com o recurso à causa, para o enquadramento típico ou atípico dos contratos, sem deixar, contudo, de enfatizar o importante papel da função nesse processo.

2. AS DIFERENTES CONFIGURAÇÕES DA ATIPICIDADE CONTRATUAL

A liberdade de estruturação do conteúdo contratual, manifesta como atipicidade, trabalha, como visto, com o substrato fático e normativo existente na sociedade. O que teremos configurado como manifestações atípicas, pois, dificilmente será pura inovação. O exercício da criatividade dos privados se dá exatamente em torno de figuras já sedimentadas e até mesmo vulgarizadas na prática social. Por isso, atipicidade, como “autonomia privada re-significada”, é resultado da mescla de todos esses elementos da realidade, seja combinando diferentes tipos contratuais para a formação de novos contratos, seja apenas unindo funcionalmente tipos contratuais, seja, ainda, na utilização de uma estrutura típica conhecida tendo em vista fins diversos dos previstos.

Aqui será considerada, pois, uma noção ampla de atipicidade, que vai muito além dos chamados contratos atípicos puros, se é que tal figura é de fato verificável na realidade. Alargando-se a racionalidade inerente à atipicidade, abandona-se aqui a noção de tipo contratual como simples estrutura normativa, formada de elementos essenciais. Se o contrato como tipo jurídico-estrutural é uma totalidade, e, enquanto tal, dotado de sentido, então a alteração de sua finalidade é capaz de provocar modificações que, se não são propriamente estruturais¹⁵⁵, atingem o âmago de sua racionalidade. Logo, geram atipicidades.

Pode-se, pois, falar da atipicidade visando diferentes significações. Assim, um contrato poderá ser considerado atípico, em sentido amplo ou legalmente atípico, sempre que não houver em lei um *nomen iuris* e uma regulamentação específica para ele. Sob essa ótica, assume semelhante pecha à de inominado¹⁵⁶, servindo a

155 A espanhola Maria del Carmen Gete-Alonso y CALERA. (*Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979), com a finalidade de afastar a identificação do tipo com a causa como função econômico-social do contrato defende em sua tese que o tipo é a estrutura contratual, não se confundindo com a função ou finalidade. Contudo, cai em contradição quando admite que a modificação da função causa alteração estrutural do contrato.

156 Aqui se mencionará sempre atípico e não inominado, pois se considera que o *nomen iuris* é apenas mais um índice do tipo, o que não resultará na necessária qualificação como tal; ademais, a existência em lei de um nome não significa, necessariamente, a existência de uma disciplina legal, de um regime contratual; por fim, aqui se pretende vincular o tipo à teoria tipológica, especialmente diante da sua utilidade apontada no capítulo 1.

atipicidade para situações nas quais, ainda que haja uma tipificação social (ou seja, quando, mesmo que correntemente utilizado, e, muitas vezes, sedimentado seu *modus operandi* social em termos de usos e costumes), não tenha o contrato um regime legal específico. Por essa perspectiva, o contrato socialmente típico seria atípico em sentido lato.

Também assim podem ser tidos por atípicos os contratos de tipos modificados ou de tipo misto. Isso porque, na realidade as atipicidades aparecem em maior ou menor grau na medida em que se apresentam e se mesclam elementos, nunca como resultado de uma operação matemática. Pelo contrário, e é aqui que entra a importância da idéia de tipo mesmo diante das atipicidades, o que ocorre está muito mais a admitir inserções de mais ou menos: as fronteiras entre o típico e o atípico são de fato indefinidas e é esta nota característica que evidencia o fato de que instituto do contrato se adapta bem à categoria lógica do tipo. Nesse sentido, entende-se que é possível falar em atipicidade contratual também quando simplesmente há inserção de cláusulas estranhas a uma determinada espécie de contrato ou até mesmo quando advém da interdependência formada por uniões ou redes contratuais.

2.1. As combinações de contratos e os contratos atípicos mistos

Se o contrato atípico em sentido estrito puder ser somente o modelo totalmente original¹⁵⁷, ou atípico “puro”, e típico somente aquele perfeitamente encaixado no modelo legal, teremos nesse interstício uma multiplicidade de configurações, combinações, que podem ser consideradas atípicas em sentido lato. Normalmente, portanto, os contratos ditos atípicos são constituídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados a fim de que satisfaçam os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos, que não formam, em verdade, um *tertium genus* em relação aos contratos típicos e aos

157 Assim, AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 135.

atípicos. Os contratos mistos são atípicos, embora estejam mais próximos dos típicos do que os contratos atípicos puros.¹⁵⁸

Tomados, pois, em uma acepção ampla, serão considerados mistos todos aqueles contratos que unem uma pluralidade de tipos formando um único contrato, ou seja, cujos elementos essenciais vêm regulados, total ou parcialmente, em disposições relativas a diversos tipos legais de contrato.¹⁵⁹ Dentro do gênero “contratos atípicos”, portanto, os contratos mistos diferenciam-se em tese dos atípicos puros “por serem construídos por referência a tipos que foram modificados ou misturados”¹⁶⁰ suscitando problemas próprios de determinação do regime. Os contratos mistos, embora sejam atípicos, permitem maior aferição acerca da utilização dos modelos regulativos típicos que a ideal espécie atípica pura na procura da solução das questões suscitadas pela integração e interpretação das estipulações das partes.

Há duas formas fundamentais de se construírem contratos atípicos mistos. Na primeira delas isso se dá a partir da eleição de um tipo contratual que desempenhará o papel de instrumento de base, e, pois, tendo sua disciplina como referência legal, acrescentando um pacto de adaptação em que se estipulam cláusulas modificativas. Na segunda, conjugam-se mais de um tipo, sem que haja um como referência: sua base será uma pluralidade de tipos.¹⁶¹

De acordo com essas duas construções, iniciar-se-á por estudá-los elencando de acordo com as suas classificações clássicas, considerando-se especialmente a doutrina de Ludwig ENNECCERUS¹⁶², por seu pioneirismo ao apontar as diferentes configurações de contratos mistos. Podem, assim, ser mistas tanto as figuras formadas a partir da mescla de cláusulas de dois ou mais tipos; de modelos típicos com inserção de cláusulas criadas pelas partes; ou, ainda, meras uniões de

158 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 213.

159 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 7-8.

160 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 214.

161 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 226-227.

162 A doutrina costuma basear sua classificação na conferida pelo jurista alemão Ludwig ENNECCERUS, fundamentada a partir do §100 (§323) do seu *Derecho de Obligaciones*. Tradução espanhol Henrich Lehmann. Buenos Aires: Bosch, 1948, v. 2., t.2., p. 5-14.

contratos “colados” em sua totalidade.¹⁶³ De acordo com essas características e por se entender que a aplicação do direito poderia de certa forma guiar-se por esta classificação colocou-se em evidência três configurações básicas de combinação de elementos típicos na formação de contratos mistos¹⁶⁴.

2.1.1. *Contratos combinados ou contratos gêmeos.*

Quando um dos contratantes se obriga a múltiplas prestações principais, que correspondem a diferentes tipos de contrato, enquanto o outro contratante compromete-se a uma única contraprestação temos o que a doutrina classifica como contratos combinados ou gêmeos.¹⁶⁵ Tais contratos são integrados de várias prestações pertencentes a diferentes tipos de contratos, mas unidas entre si ou combinadas de maneira que nenhuma configura como prestação principal.¹⁶⁶ Não se tratam de dois contratos unidos entre si, mas de tipos de contratos mesclados e distintos no pólo obrigacional referente a um dos contraentes, diante de prestação característica de um único tipo no pólo oposto.

163 DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 45.

164 João de Matos Antunes VARELA resumiu a classificação em três grupos: “a) No primeiro, cabem os contratos em que um dos contraentes se obriga a várias prestações, correspondentes a tipos contratuais diferentes (ex.: contrato de hospedagem ou de pensão, locação de casa mobiliada, aluguel de cofre em casa bancária);

b) No segundo, incluem-se os contratos em que a prestação de um dos contraentes integra certo tipo contratual e a contraprestação preenche um tipo contratual diferente (ex.: contrato com porteiro em que a prestação de serviços do porteiro corresponde a locação do imóvel, por parte do dono do prédio; cedência de um terreno em troca de parte do imóvel que o adquirente nele promete construir em que à venda de um dos lados corresponde à empreitada com materiais fornecidos pelo empreiteiro do outro);

c) ao terceiro grupo pertencem, finalmente, os casos em que um dos contratos é o instrumento de realização do outro, sendo através da conformação especial operada nos elementos essenciais de um deles que o outro vem a ser plasmado. (ex.: negócio misto de doação: A vende a B por 40, um prédio que vale 80, com a intenção de o beneficiar gratuitamente; contrato de sociedade em que a repartição dos lucros é intencionalmente convencionada em termos de beneficiar um dos sócios).” (Contratos Mistos. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 44, 1968, p. 143-168, p. 150-151)

165 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 8.

166 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 9.

O exemplo clássico dessa espécie mista é o caso da hotelaria, em que hotel oferece hospedagem, alimentação, serviços de arrumadeira, etc., em troca de uma única contraprestação: o preço. ENNECCERUS¹⁶⁷ sustenta, em regra, a extinção conjunta das obrigações nessa espécie de configuração de contrato, conquanto possa haver casos em que, aplicando-se as normas relativas a cada tipo em sua prestação característica, haja extinção parcial do contrato.

Mas se a prestação em um dos pólos é única (ex.: no caso do hóspede), será também em regra indivisível e, pois, no máximo passível de redução proporcional. Assim, se o hotel não prestar a alimentação devida, ou condições de higiene adequadas, parece justo que o hóspede peça uma redução proporcional no preço. Contudo, no caso inverso, apontado pelo autor, em que o hotel somente poderia reter bens depositados pelo hóspede diante do não pagamento pela hospedagem e não pelo inadimplemento relativo à alimentação não parece possível, pois no pólo inadimplente (hóspede) há uma única prestação, que, ainda que paga a menor, não pode ser dividida entre as prestações conjuntas do hotel (a divisão seria, novamente, no máximo proporcional). Se for possível separar o adimplemento, atribuindo preço separado a cada prestação típica do hotel (ex.: contratação do serviço de lavanderia do hotel) já estaremos diante de conexão de contratos e não de contratos combinados.

Em julgado do TJ/RS identificou-se caso que se compreende como de contratos gêmeos na relação denominada “Contrato de autorização de venda a termo de compromisso”. Ali foram combinadas, em um dos pólos contratantes, características de corretagem e de mandato, enquanto no outro somente há prestação pura, configurada na remuneração pelo serviço.¹⁶⁸

167 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 9.

168 TJ/RS, AC 586013740, 3ª. Câmara Cível, Rel Des. Egon Wilde, j. 26/06/1986: “Ação de indenização. Contrato de autorização de venda a termo de compromisso. definição jurídica. Contrato atípico, com elementos de corretagem e de mandato. (...)”

2.1.2. *Contratos mistos em sentido estrito.*

Quando o contrato é basicamente de um tipo, mas contém um elemento característico de outro tipo contratual diz-se dele que é misto em sentido estrito. Esses contratos podem ser também chamados de tipo modificado¹⁶⁹, porque contém um elemento de outro tipo capaz de alterar essencialmente o tipo fundamental.

LARENZ se refere a esses contratos como fundidos ou por assimilação de tipos, pois não se trataria aqui apenas de combinar entre si duas ou mais prestações pertencentes a diferentes tipos contratuais a fim de que sejam cumpridas por um dos pólos contratantes, ou que se troquem prestações de diferentes tipos, mas sim que a prestação homogênea ou unitária de uma das partes manifesta-se totalmente como pertencente a dois ou mais tipos (não excludentes reciprocamente), ou ainda com caráter atípico, como no caso do contrato de obra assumido como gestão de negócios; ou, ainda que uma delas seja realmente una e indivisível, pertence em parte a um tipo e em parte a outro, segundo cotas diferenciadas por seu valor, como no caso da doação mista.¹⁷⁰

A doutrina aponta para estas espécies com a solução da teoria da absorção¹⁷¹, sugerindo a aplicação das regras dispositivas do tipo principal, e, quando o sentido do conjunto permitir, por meio de interpretação complementadora, utilizar no que há do outro tipo as disposições a ele atinentes. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerou misto um contrato de locação de estande com participação em feira artesanal sujeito à aprovação da organização pelas características específicas do artesanato produzido (modificando, pois, a essência do contrato).¹⁷². A inserção do elemento de apreciação e seleção de

169 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 229-230.

170 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 10.

171 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 9-10. A doutrina será abordada no capítulo 3 deste trabalho.

¹⁷² Responsabilidade civil. Contrato misto. Locação de estande e participação em feira de artesanato. Deveres autônomos, indispensáveis à plena realização do programa contratual. Notificação e diligências para o cumprimento. Exercício regular de direito. Segundo o princípio da boa-fé objetiva, as partes se vinculam às obrigações decorrentes do objetivo sócio-econômico do contrato, ainda que não contidas na literalidade das cláusulas. A notificação e diligências para cumprimento do programa contratual não caracterizam ilícito, e, portanto, não conferem ao contratante infiel direito à reparação dos danos correspondentes, salvo se

materiais a serem expostos, além do contexto colocado pela temática da feira e transitoriedade da vigência do contrato colocam, de fato, elemento estranho ao contrato de locação, capaz de modificar a sua essência e, portanto, transformá-lo em um contrato de caráter misto em sentido estrito. Também é misto em sentido estrito o chamado comodato modal, em que o modo retira do contrato a característica de gratuidade a ele inerente.¹⁷³

Situações interessantes podem surgir se a própria lei é que veda a mescla entre os tipos contratuais. Assim ocorreu num caso também julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷⁴, em que fora firmado um Contrato de “Arrendamento Rural para Fins de exploração agropecuária” (descrito no art. 3º do Decreto nº 59.566/66¹⁷⁵), que incluía cláusula característica de contrato de “Parceria Agrícola” (art. 4º, Decreto nº 59.566/66¹⁷⁶). O que diferencia a parceria agrícola do arrendamento rural é que naquela partilham-se lucros e riscos advindos do caso fortuito ou força maior, enquanto no arrendamento o pagamento independe do sucesso do empreendimento. Mas o art. 6º¹⁷⁷. do mesmo decreto veda a conjugação

- 173 promovidas com intenção de prejudicar ou com excesso. Apelação Provida E Recurso Adesivo Desprovido. (TJ/RS, AC. 70002199198, Relator: Des. Mara Larsen Chechi, 2003)
Comodato modal – multa. 1. Não repugna ao Direito Brasileiro o comodato modal em que o instrumento respectivo pactuou contraprestações a favor do comodante; 2. Jungido a uma promessa de compra de mercadorias do comodante, celebrado por outro instrumento no mesmo dia, o comodato não pode ser cindido, por que ambos os contratos integram um negócio jurídico complexo, legítimo, em face da autodeterminação individual de ambos os contratantes. 3. Na pior hipótese, em tais circunstâncias, o comodato ter-se-á transubstanciado em contrato inominado ou atípico, mas lícito e eficaz. (STF, AI 62.684 – PR, Rel. Aliomar Baleeiro, 18/03/1975). Na espécie, ainda que admita a possibilidade legal de configuração de tal contrato, o julgador encontra dificuldades em sua qualificação, recorrendo à autonomia privada (aqui entendida como “autodeterminação”) para justificar a eleição da figura contratual.
- 174 TJ/RS, A. C. 70003416500, Relator: Des. Mara Larsen Chechi.
- 175 Dec. 59.566/66, art. 3º: “Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da lei.”
- 176 Dec. 59.566/66, art. 4º: “Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, internagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados, os limites percentuais da lei (art. 96, VI, do Estatuto da Terra)”.
- 177 Decreto nº 59.566/66, art. 6º: “Ocorrendo entre as mesmas partes e num mesmo imóvel rural avenças de arrendamento e de parceria, serão celebrados contratos distintos, cada qual regendo-se pelas normas específicas estabelecidas no Estatuto da Terra, na Lei nº 4.947-66 e neste Regulamento”.

dos dois contratos em um único instrumento, a fim de remeter cada uma das espécies contratuais a seu regime próprio. Trata-se da instituição de um limite ao exercício da autonomia privada como manifestação da atipicidade contratual. A decisão, afastando a possibilidade de existir aí um contrato misto, entendeu de toda sorte tratar-se de prestação típica de contrato de parceria, e a sua eficácia - o que não está expresso na decisão - indica o abandono do regime contratual estipulado (sob o *nomen iuris* de arrendamento) para a aplicação do regime típico (parceria).

2.1.3. *Contratos duplo-tipo ou tipo múltiplo*¹⁷⁸.

Há contrato dúplice, de duplo-tipo ou de tipo múltiplo quando ocorre um encaixe em um único contrato de conteúdo total de dois ou mais tipos diversos ou, ainda, de tipos legais e outros configurados atipicamente. Assim, neles se interconectam prestações que pertencem a tipos contratuais distintos, mas que se pretende sigam em cada parte o tipo a que se referem.

Em tese, a eles podem ser aplicadas, então, tanto as regras de um como de outro contrato, na medida da identidade de suas prestações com um determinado tipo, de maneira imediata, sustentando-se a analogia,¹⁷⁹ por combinação dos tipos de referência.¹⁸⁰ Como exemplo, numa alienação de coisa em troca de prestação de serviço, o alienante responderia pelo vício da coisa de acordo com a disciplina da compra e venda e o prestador de serviços, de acordo com as normas atinentes ao tipo prestação de serviços. Mas, ao mesmo tempo, o alienante tem direito aos serviços contratados e contrai obrigações que incumbem ao seu titular. Diante de dificuldades na aplicação do Direito, pois, sempre será necessário verificar a norma

178 O termo tipo múltiplo é de VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 229-230.

179 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 10: O exemplo clássico utilizado é a prestação de serviços de portaria em troca de habitação, que hoje sequer seria possível dadas as normas trabalhistas.

180 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 229-230.

mais adequada ao caso, tendo em conta o sentido especial, finalidade e caráter total do contrato.¹⁸¹

Seria de duplo-tipo, por exemplo, a conjugação de características de comodato com as de prestação de serviço. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou caso em que, embora não tenha reconhecido a hipótese no caso concreto por falta de provas, admite a atipicidade da configuração de um empréstimo de máquina betoneira contra a prestação de serviços futuros de construção de obra no local (mas não fala em contrato misto de duplo-tipo).¹⁸² Outro caso de duplo-tipo é a “autorização de venda a termo de compromisso” que conjuga num negócio único corretagem e mandato.

2.1.4. *Contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie.*

É possível, ainda, que a uma prestação principal, absolutamente típica, se una outra acessória e também totalmente típica, tendo, diante da relação obrigatória somente uma importância subordinada.¹⁸³ Para ENNECCERUS, esta espécie se diferencia dos contratos mistos porque aqui existe um único contrato com um conteúdo principal que se encaixa, globalmente considerado, dentro de um único tipo (o tipo básico), ainda que abrigando uma prestação subordinada ao fim principal, e que se regula dentro de outra espécie contratual. Uma vez que a prestação está subordinada ao fim principal do contrato, ela não pode alterar a natureza geral do instituto, daí sustentar-se não se tratar de contrato misto neste

181 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 10.

182 AC 500427414, TJ/RS, 2ª. Câmara Cível, Rel Des. Manoel Celeste dos Santos, j. 22/06/1983. “Indenização. Cessão por empréstimo. Contrato atípico e locação de coisa. Se a inicial não esclarece suficientemente tratar-se o contrato referente à cessão de uma máquina betoneira, por empréstimo, ou contrato atípico, com promessa de outros serviços, como contraprestação para execução pelo proprietário, não subsiste razão para que o juiz interprete o contrato como de locação de coisa (...).”A espécie resvalaria quem sabe para um contrato atípico por se constituir a contraprestação numa possibilitação a prestações de serviços. Todavia, (...) não há, nem na inicial, nem na prova produzida, uma certeza da natureza, da espécie, do alcance destes serviços que seriam prestados pelo autor, sob comando da ré, nem o elemento principal da data de início destes serviços (...).”

183 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 8.

caso¹⁸⁴. O exemplo clássico é a compra e venda de grãos com a concessão de uso de sacos para armazenagem, que não deixaria, por tal circunstância de ser simples contrato de compra e venda.

Em tese, as normas aplicáveis serão as do contrato base, podendo-se utilizar complementação analógica para buscar aplicação daquelas do tipo referente à prestação subordinada no que lhe diz respeito, desde que isso não afete a finalidade principal do contrato.

Há duas classes de contratos com prestações subordinadas:

(a) Quando o contrato típico obriga a uma prestação subordinada ao seu fim principal, mas só determina esta prestação de uma maneira completamente geral¹⁸⁵. Há um único contrato, mas com prestações que podem ser tratadas, analogicamente, como de outro tipo contratual, *v.g.*, na dação de bens como aporte societário.

(b) O contrato típico ele mesmo não obriga a esta prestação subordinada, que se baseia somente no convencionado. De qualquer forma, deve estar subordinada ao fim principal do contrato, o que pode ocorrer em dois casos: (i) se essa prestação é secundária relativamente ao fim principal do contrato (Ex.: arrendamento e prestação de serviços domésticos). (ii) se sua importância não é autônoma, mas somente a de facilitar a obrigação principal. É, pois, um meio para a sua realização. (Ex.: utilização de materiais próprios na realização de serviço).¹⁸⁶

2.1.5. *Apreciação crítica.*

Dizer que há contrato misto não é dizer que há concurso de normas, de qualificações. Na verdade, o contrato misto não corresponde de fato a nenhum dos

184 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 11.

185 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 12.

186 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 13.

tipos de que é mistura, apenas possuindo aspectos deles.¹⁸⁷ A idéia de totalidade de sentido dos tipos impede a aplicação das normas dos diferentes contratos como se fosse um simples somatório ou uma combinação de elementos contidos em cada tipo que apresenta semelhanças.

Ainda que a identificação dos elementos estruturais típicos que formam tais contratos possa auxiliar no processo de aplicação do direito, muitas vezes essa construção não será determinante, ou perderá importância na evolução de sua utilização. Isso porque, na medida em que o sentido recebido pelo contrato como um todo é apreciado, seja de acordo com a função a que se destina, seja tomando-se-o a partir de seu próprio processo de formação como tipo social, seja pelo seu funcionamento na realidade prática (usos) ou, ainda, pelas modificações impostas pela apreciação jurisprudencial ou legislativa, o contrato misto se liberta dos seus tipos formativos.

LARENZ, com efeito, faz especial advertência no sentido de se evitar a aplicação esquemática das normas dos tipos contratuais quando o contrato contenha elementos típicos mas forme um todo unitário¹⁸⁸, até porque, em alguns casos, as combinações tão freqüentes os tornam contratos “mistos típicos” e, pois, mais adequado buscar soluções nos usos do tráfico.

2.2. A racionalidade atípica dos negócios jurídicos indiretos e fiduciários

De acordo com ASCARELI¹⁸⁹, independentemente de sua origem histórica, na evolução de qualquer instituto jurídico, ele se revela “capaz de novas funções, de novas aplicações, embora conservando elementos de sua estrutura originária.” É, com efeito, como ocorre no caso descrito dos contratos mistos, verdadeiras

187 Para Rui Pinto DUARTE (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 48-50), “na medida em que esta proximidade [dos tipos de contratos] só por si não determina o regime aplicável – já que a submissão a esses tipos só pode ter lugar por via analógica – e este regime é idêntico ao dos demais contratos atípicos, a modalidade acaba até por não merecer autonomia dogmática.”

188 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 7.

189 ASCARELI, Tulio. *O negócio Jurídico Indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965, p. 9.

adaptações estruturais dos tipos existentes para a consecução de diversas finalidades ou conjugação de escopos múltiplos. Também o é, no caso dos negócios jurídicos indiretos em sentido estrito e nos negócios fiduciários¹⁹⁰.

2.2.1. *Negócios Indiretos.*

Os negócios jurídicos indiretos integram a gama de figuras heterogêneas, “que participam ao mesmo tempo de certa tipificação legal e de uma vida extravagante e anômala”¹⁹¹, prova de que o direito vivo não pode ser compreendido em uma lógica estritamente formal. Por meio de negócios jurídicos indiretos, “as partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático último a que se propõem não é o normalmente obtido através do negócio adotado”, visando “consciente e consensualmente, fins diversos dos típicos da estrutura do negócio adotado”, e escolhendo, não por acaso o tipo jurídico, mas, normalmente, na “intenção (...) de se sujeitarem, (...) também à disciplina do negócio adotado”¹⁹²

Logo, as partes submetem, *a priori*, o fim econômico pretendido àquele negócio que se volta a uma função imanentemente diversa, levantando a questão acerca da compatibilidade entre meio (contrato) e utilidade (fim) almejado. Entretanto, o apontado “fim indireto” deve “possuir capacidade funcional”, ou seja, idoneidade para constituir “negócio jurídico diferente daquele que as partes (...)”

¹⁹⁰ Parte da doutrina considera os negócios fiduciários como uma das espécies mais frequentes de negócios indiretos, pois também neles haverá um desvio em relação ao tipo de referência que consiste numa desarmonia entre o fim e a função estrutural do negócio. Assim, ASCARELI, Tulio. ASCARELI, Tulio. *O negócio Jurídico Indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965; RUBINO, Domenico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Tradução espanhol L. Rodriguez-Arias. Madri: Revista de Derecho Privado, 1953. Não é pacífica, contudo, tal caracterização. Em sentido contrário, cfr. CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1951, p. 1-149, p. 98-111.

¹⁹¹ CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1951, p. 1-149, p. 3. Mesmo assim, qualifica tais negócios como integrantes da categoria dos típicos (p. 5).

¹⁹² ASCARELI, Tulio. *O negócio Jurídico Indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965, p. 10.

quiseram atuar”, o que pode importar modificações não previstas no emprego normal do negócio adotado.¹⁹³

O negócio indireto em sentido estrito se distingue dos negócios simulados exatamente pelo sério e efetivo querer perseguido pelas partes e dos fiduciários (na visão romanista) pela desproporção neste existente entre meios e fins, como se verá. Diferentemente do que ocorre nos contratos mistos, nos negócios indiretos não há, a princípio, modificação do conteúdo estruturalmente típico: o que ocorre é um desvio do fim em relação à função típica. E, diga-se, se muitas vezes, o fim almejado é análogo ao de um outro negócio; outras tantas vezes, não há estrutura típica própria no sistema jurídico.

Tais negócios podem ser constituídos de diferentes formas: podem simplesmente buscar o fim indireto por circunstâncias de fato; podem ser constituídos por negócios únicos ou uma pluralidade de negócios que permitem às partes, combinando-os, alcançar o escopo indireto visado; ou ainda, por meio de instrumentos contratuais atípicos, com cláusulas acessórias, ou concorrência de várias prestações diversas das que são típicas ao negócio adotado. Mas distinguem-se fundamentalmente dos contratos mistos porque “a causa do negócio indireto é sempre individualizada *per relationem* à do negócio indireto; e eventual concorrência de outras intenções empíricas não é bastante para romper o nexo do negócio indireto com o negócio direto e aproximá-lo de um contrato misto.”¹⁹⁴ Aqui há, pois, uma maior preocupação, que não poderá ser ignorada por ocasião da aplicação do direito, em afastar-se o menos possível da disciplina jurídica de um contrato típico, de suas previsões legais supletivas.

Assim, o negócio indireto pode se concretizar simplesmente pela intenção das partes sem se traduzir por cláusulas ou convenções especiais. Isso ocorre se o tipo contratual escolhido, embora tenha uma função típica diferente daquela buscada, é, como posta pela lei, hábil à realização do fim indireto. “O tipo surge estipulado no seu estado puro, sem modificação ou adição de cláusulas, e o fim indireto é obtido como ‘*propositum in mente retentum*’ com relevância meramente econômica.”¹⁹⁵

¹⁹³ CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1951, p. 1-149, p. 4 e 14.

¹⁹⁴ ASCARELI, Tulio. *O negócio Jurídico Indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965, p.23-24.

¹⁹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 247.

Outros casos há em que é necessária a adição de estipulações especiais ou pactos de adaptação, de conteúdo típico ou atípico, assumindo no contrato estatuto de elemento accidental, mas a “elasticidade do tipo de referência” ainda é, para VASCONCELOS, de certa forma, “suficiente para permitir que o contrato se mantenha no campo da tipicidade.”¹⁹⁶. Como exemplo, podemos citar o caso da retrovenda com escopo de garantia, como condição resolutiva potestativa, dotada de eficácia real.¹⁹⁷

Há, ainda, a possibilidade, de ser constituído um contrato misto: contrato misto indireto. Nesse caso, está mais afeito à disciplina anteriormente estudada, com o regime determinado como nos contratos mistos. No processo de aplicação do direito, o fim indireto configura um dos índices de tipo.

Por fim, a finalidade indireta pode vir indicada em um pacto separado, especialmente dado a incompatibilidade relativamente à configuração do tipo de referência. Nesse caso, estaremos diante de uma união de contratos, na modalidade interna, cuja disciplina, normalmente, resulta nas normas próprias de cada contrato unido.¹⁹⁸

De toda sorte, essas figuras são fundamentais do ponto de vista da atipicidade. Orlando de CARVALHO, na metade do século passado, já questionava se a alteração da natureza do fim já não importava na modificação da tipicidade do meio, conquanto apresentasse resposta negativa¹⁹⁹. Importa ter-se em mente que em regra não será de caráter *absoluta* a aplicação do regramento típico a esses contratos, ainda que tendencialmente deva ser esta a solução sempre que não configurar de fato um contrato misto. Se a função ou fim do negócio não é capaz,

196 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 247.

197 Nesse sentido: (...) Compra e venda. Pacto de retrovenda. Função de garantia. Negócio jurídico indireto. Ausência de simulação. “Nenhuma simulação há quando, em face da existência de dívida, o devedor vende ao credor bens seus, assegurando-se àquele a possibilidade de recomprar tal patrimônio, mais se enquadrando a hipótese como negócio jurídico indireto, a cujo respeito não há cogitar de invalidade alguma por suposta infração ao art. 765, CC/1916, então vigente.” (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, Ap. 70012302501, Relator: Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa).

198 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 247.

¹⁹⁹ CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1951, p. 1-149, p. 15. E, mais adiante, categoricamente afirma: “A tipicidade do negócio adoptado é (...) necessária para um conceito lógico e útil de negócio indireto”. Mas, observe-se que a noção de tipo contratual compreendida pelo autor se cingia a idéia dos *essentialia negotii*, que prendia o tipo contratual à constatação de notas essenciais (3.2.1) e pois, diferente da noção de tipo empregada neste estudo.

por si só, de alterar o regime do negócio como um todo, ela configura, ainda assim, um índice de tipo²⁰⁰.

Há, evidentemente, no negócio indireto, uma tensão especial, resultado de uma conformação de novas necessidades práticas que vêm “amordaçadas pelas circunstâncias”, às “malhas da esquematização relativamente elástica da lei.” Transcende, assim, a função estruturalmente típica do negócio, podendo provocar alterações no negócio adotado.²⁰¹

Sua alteração, portanto, na concepção aqui adotada, resulta em atipicidade, capaz de alterar, inclusive, a incidência legal do regime contratual aplicado. Assim, com VASCONCELOS, sustenta-se que o desvio do fim “se for irrelevante, afasta a classificação do contrato como indireto e mantém-no típico; se for relevante, funda a classificação do contrato como indireto, mas afasta a sua classificação como típico.”²⁰²

Para tomá-los como “manifestações de atipicidade” basta ter-se em mente, pois, que nos negócios indiretos, “o fim tido em vista pelas partes, como índice de qualificação, colide desde logo com a estipulação do tipo de referência, que é diferente.” Assim, no seu processo de qualificação, não se pode nem defini-lo globalmente como pertencente ao tipo correspondente ao fim almejado, nem globalmente no tipo de referência, pois tal conduta resultaria no desprezo ao exercício da autonomia privada dos sujeitos contratantes.

Mas a base regulativa – e não a total racionalidade do negócio – deverá ser a do tipo de referência, pois assim se deu a manifestação de vontade das partes.²⁰³ Ademais, o fim indireto terá, também, importância na concretização da boa-fé contratual, na exigibilidade concreta dos deveres acessórios, na consideração da justiça interna e do sentido do contrato, que não suportam a total irrelevância do fim indireto.²⁰⁴

200 No capítulo 3, por ocasião do estudo da qualificação contratual, serão analisados brevemente os índices de tipo; no capítulo 4, 4.2, a função como elemento hermenêutico.

201 CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1951, p. 1-149, p. 33.

202 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 10.

203 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 245.

204 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 252

Haverá situações, por fim, em que a utilização de negócios indiretos estará relacionada exatamente com os limites do exercício da autonomia privada. Assim, se um determinado contrato típico é utilizado para fins incompatíveis com o ordenamento jurídico ou se opõe à ordem pública e bons costumes, já não se está mais no campo dos negócios indiretos, mas sim no plano da ilicitude, fora da esfera da autonomia privada contratual, sob a realização de negócios simulados nulos²⁰⁵. Exemplo freqüente é a utilização da retrovenda com a finalidade de encobrir o caráter usurário de um mútuo²⁰⁶.

No Direito Fiscal, marcado por uma noção de tipicidade tida como legalidade estrita, especialmente tomando-se os fatos geradores de tributação, a utilização desses instrumentos de contrato indiretos pode tornar muito tênue a linha divisória entre lícito e o ilícito, a simulação e a dissimulação. A essa utilização indevida das figuras formadas a partir do poder negocial privado, o Direito Tributário chamou de “abuso das formas de direito privado”, com a incidência de norma interpretativa do art. 109 do CTN²⁰⁷ aos institutos jusprivatistas.

Exemplo comum de negócio indireto é a constituição de sociedade em que um dos sócios aporta bem imóvel e, o outro, dinheiro. Em seguida, advém o distrato

205 CC/02, Art. 167: *É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*”

206 Diferentemente do exemplo anteriormente citado, em que se entendeu pela legitimidade do negócio jurídico indireto, julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, (A.C. 70009071861, Relator: Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa, 2004): “Promessa de compra e venda com retrovenda e negócio jurídico indireto. Alegação de usura. Imóvel posto à venda. Pagamento de juros ou de preço. Usura e sua prova. Dolo do promitente comprador. Art. 92, CC/1916. Simulação da promessa de compra e venda. Anulação do contrato de promessa de compra e venda. Apelo desprovido. Em face da presença de veementes indícios, como a cláusula de retrovenda e a permanência da filha dos promitentes vendedores na posse do apartamento, mediante pseudo contrato de comodato, a par da disparidade entre o valor do imóvel e o preço da pretensa venda, infere-se que houve evidente comprometimento do patrimônio imobiliário dos autores, a mascarar negócio tipicamente usurário, diferente do chamado negócio jurídico indireto, tendo o suposto promitente comprador se valido da situação de premência financeira da filha dos autores, submetida à usura, para, com isso, obter mandato e seu uso irregular, simulando a promessa de compra e venda, o que leva a que se negue provimento ao apelo, em se mantendo a desconstituição do contrato.” Também assim: “Civil. Reivindicatoria. Defesa fundada na existencia de negocio indireto e nulidade do titulo. Falta de prova. 1. Admissivel que seja alegar nulidade do titulo, como defesa a pretensao fundada no art-524 do cc, e que seja nulo o negocio juridico indireto, em que ha transmissao de propriedade em garantia, dissimulada por pacto de retrovenda, impende provar a existencia desta especie de negocio. 2. Apelacao desprovida.” (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, AC. 596076240, Relator: Des Araken de Assis, julgado em 05/12/1996)

207 CTN. Art. 109: *“Os princípios gerais do direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos.”*

social; o sujeito que ingressou na sociedade com o bem sai dela com o dinheiro, e vice-versa. Na verdade, realiza-se um contrato de sociedade, mas o fim visado é de compra e venda. Tal mecanismo se presta a elidir o imposto de transmissão de bens imóveis que não incide no caso de formação e extinção de sociedade por imunidade constitucional.²⁰⁸ Nesses casos, a importância legal do fim indireto do contrato será extracontratual, ou seja, referente a incidência de leis sobre situações de fato nascidas ou que deixam de nascer por consequência dos contratos indiretos. Mas não há relação direta com o conteúdo e o regime do contrato.²⁰⁹

2.2.2. *Negócios Fiduciários.*

Os contratos fiduciários “são quase sempre contratos de tipo modificado adaptados por um pacto fiduciário”.²¹⁰ No seu caso mais típico, a transferência de propriedade para fins de garantia, “a transmissão de propriedade é efetivamente querida pelas partes, não, porém, para um fim de troca, mas para um fim de garantia.”²¹¹ Tais negócios se configuram quando “a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o da alienação àquele a quem se transmite”²¹² A base do negócio fiduciário é a confiança (*fides* ou *fidúcia*). Assim, o sujeito ao qual foi feita a transmissão fez a transmissão “posto que tenha todos os poderes e faculdades do adquirente e, pois, do proprietário” obriga-se diante do transmitente “a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia” o que inclui o dever de restituir o bem transmitido.²¹³

Em outras palavras, há normalmente “atribuição de titularidade plena, em nome próprio, mas no interesse de outrem”. Por ela, uma das partes, o fiduciante,

208 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Forense: 2003, p. 572 e ss.

209 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 251

210 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 135.

211 ASCARELI, Tulio. *O negócio Jurídico Indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965, p. 13.

212 PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. 3., p. 115-116.

213 PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. 3., p. 116.

“confere à outra, o fiduciário, uma atribuição de natureza patrimonial, titularidade de direitos ou créditos que, por sua própria natureza, é definitiva, pactuando, todavia, as partes, a não-definitividade da atribuição”. Neste pacto, é convencionado que “após axaurido o escopo econômico visado, reste o fiduciante reinvestido naquela mesma titularidade que ‘trespassara’ a outrem.”²¹⁴

Mas nem sempre o negócio fiduciário integra uma atribuição real ou patrimonial ao fiduciário. Pode também ser constituído “por uma omissão, permitindo o fiduciante que a titularidade da coisa ou do direito se mantenham no fiduciário quando lhe deviam ser transmitidos” ou a atribuição patrimonial constituir “não na investidura do fiduciário numa situação jurídica real, mas na titularidade de um direito de crédito ou de outra natureza, como, por exemplo, no complexo status de sócio”.²¹⁵

Na concepção romanista²¹⁶ de negócio fiduciário, costuma-se dizer que há nos contratos fiduciários uma “dissonância entre o meio eleito e o resultado final perseguido²¹⁷. Essa ‘desproporção’ entre meio e fim “significa que o negócio utilizado como instrumento ‘vai além’ do intento das partes, produzindo ‘mais’ conseqüências jurídicas do que seria necessário para alcançar o escopo visado”. Diferentemente, no negócio indireto em sentido estrito em que se visa alcançar um escopo final prático ulterior “que não é maior ou menor, é apenas diferente.”²¹⁸ Ainda que o fim do negócio jurídico fiduciário seja o do próprio negócio “há outro que coincide ser o fim econômico”. Há, pois, um “fim técnico” e outro “fim posterior,

214 MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro). *Revista da AJURIS*, n. 48, 1990, p. 54-79, p. 62.

215 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 259 - 260

²¹⁶ Diferentemente, na concepção germânica, há uma neutralização da possibilidade do abuso, pois o ‘Salman’ não chega a ser verdadeiramente proprietário do bem, não havendo lugar para uma *fides* em sentido próprio, de acordo com CARVALHO, Orlando de. *Negócio Jurídico Indireto*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1951, p. 1-149, p. 99-100.

217 TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de Doutorado. Orientação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: FADUSP, 2004, p. 108.

218 MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro). *Revista da AJURIS*, n. 48, 1990, p. 54-79, p. 70.

econômico”,²¹⁹ e uma ‘questão de *plus* ou de *minus*’ entre as finalidades jurídica e econômica.²²⁰

Tampouco se trata de negócio simulado. Não há aqui a intenção de lesar terceiros ou violar regra jurídica.²²¹ Ademais, o negócio simulado será sempre fictício, porque não é o desejado pelas partes. Estas dele se valem somente “para ocultar o negócio jurídico dissimulado, que é verdadeiro (simulação relativa) ou, então, para criar simplesmente uma aparência (simulação absoluta)”. O negócio jurídico mostrado não foi querido.²²²

Judith MARTINS-COSTA aponta suas características fundamentais: a) um negócio bilateral fiduciário; b) baseado na autonomia da vontade e c) resultante da confluência de dois acordos que, compostos ou combinados, tendem à criação de uma situação *sui generis*:

uma parte, o fiduciante, por intermédio de um ‘acordo de base’ ou ‘primário’ dotado de eficácia real, atribui um direito próprio, patrimonial, à outra parte, o fiduciário, o qual, por essa via, adquire, *erga omnes*, a titularidade plena exclusiva e absoluta da coisa. Mas, ao mesmo tempo, por via de um acordo – o *pactum fiduciae* – assume o fiduciário, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de usar do direito realmente adquirido para uma finalidade querida pelo próprio fiduciante, e com este acordada mediante o citado *pactum*.²²³

No negócio jurídico fiduciário há obrigações em duas ordens: uma interna (fidúcia) e outra externa (negócio jurídico propriamente dito). Internamente, relacionam-se fiduciante e fiduciário: trata-se de ajuste prévio, de natureza obrigacional, pelo qual o fiduciário se compromete a transmitir ao fiduciante (ou a um

219 PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. 3., p. 117.

220 MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro). *Revista da AJURIS*, n. 48, 1990, p. 54-79, p. 70. CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1951, p. 1-149, pondera que o meio jurídico, de fato, não se revela excessivo, mas é o único suficiente para a obtenção do fim (p. 105).

221 MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro). *Revista da AJURIS*, n. 48, 1990, p. 54-79, P. 68-69.

222 MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro). *Revista da AJURIS*, n. 48, 1990, p. 54-79, p. 69.

223 MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro). *Revista da AJURIS*, n. 48, 1990, p. 54-79m p. 62-63.

terceiro beneficiário) o proveito por ele obtido. Essas vantagens de toda ordem: incluem entrega do bem, do preço do bem, do lucro obtido em caso de intermediação, uso ou gozo do direito transmitido, “qualquer proveito que pudesse redundar como causa final do negócio realizado.”²²⁴

Na fidúcia há, do lado do fiduciante, uma especial confiança e, do lado do fiduciário, a possibilidade de abusar. Esse “poder de abuso” não o qualifica, contudo, como lícito, mas apenas como possível. Se o bem é alienado pelo fiduciário infiel, será inoponível ao terceiro adquirente de boa fé o pacto fiduciário, restrito à relação entre fiduciante e fiduciário.²²⁵

Na esteira do que aqui viemos afirmando, os negócios fiduciários também configuram manifestações da atipicidade, na medida em que servem para viabilizar situações negociais não previstas pelo ordenamento jurídico. São, com efeito, utilizados para atender finalidades que a ordem jurídica posta não satisfaz, para “temperar certa dureza que não se conforma mais às exigências dos tempos, e, ainda, para facilitar e acelerar o tráfico comercial”, como meio de “complementação do direito deficiente, de correlação do direito inadequado e de evolução das formas jurídicas.”²²⁶ Propõe-se “a fazer a correção do Direito inadaptado’ facilitando e acelerando ‘o ritmo da atividade mercantil’.”²²⁷

Com efeito, não é por outro motivo demonstrado historicamente que, utilizando-se dos tipos contratuais como instrumentos, os contratos fiduciários serviram para “a criação e desenvolvimento de novos tipos contratuais”. Judith MARTINS-COSTA exemplifica com o nascimento do penhor, do comodato, da cessão de créditos, do factoring, do trust, e acordos parassociais, todos nascidos “a partir da modificação fiduciária dos respectivos tipos de referência”. Assim, continuam a ser “uma fonte muito rica de novos modelos e práticas contratuais, e é

224 TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de Doutorado. Orientação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: FADUSP, 2004, p. 96.

225 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 262

226 FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*. Roma: Atheneum, p. 56, 1922, *apud*: TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de Doutorado. Orientação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: FADUSP, 2004, p. 93.

227 MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro). *Revista da AJURIS*, n. 48, 1990, p. 54-79, p. 63.

possível afirmar que continuarão no futuro a constituir a origem de novos tipos contratuais.”²²⁸

Como manifestação da atipicidade contratual, o negócio fiduciário é resultado da “funcionalização (...) da titularidade, real, obrigacional ou outra, do fiduciário”, em busca de finalidades que não são as dos negócios tipificados. Sua base funcional, como mencionado, é a confiança, podendo operar tanto “com atribuições causais como com atribuições abstratas”. Pode, assim, *v. g.*, desempenhar função genética seja no direito cambiário, seja no contratual, constituindo “expoente máximo de autonomia privada e integra-se fundamentalmente em termos de equidade e de boa fé.”²²⁹

Assim, em sua tese de doutorado TUCCI trata exatamente de manifestações atípicas de interposição de pessoas nos negócios jurídicos, como são no sistema brasileiro o mandato sem representação e o contrato de fidúcia,²³⁰ ressaltando que o “contrato de fidúcia não deixa de ser uma espécie de mandato sem representação, com a finalidade específica de gerir bens e direitos, mediante interposição”²³¹ Esclarece a autora, ainda, que “o negócio fiduciário só existe como tal enquanto o sistema jurídico não prevê expressamente o reenquadramento da causa, vale dizer, enquanto não outorga diretamente ao fiduciante meios coercitivos de ver satisfeitos os seus interesses”.

O caráter fiduciário de um contrato está, portanto, intimamente ligado à sua atipicidade, nascendo “a partir de lacunas do sistema que não prevê tutela específica para o atendimento dos escopos do negócio fiduciário, reservando uma parcela dos efeitos para a esfera da mera confiança que uma parte deposita na outra.”²³² Nesse sentido, a consequência de divergirem “a causa (função) concreta do contrato e a causa (função) típica do tipo de referência”, é, por um lado, a negativa de qualificar-se o “contrato fiduciário como típico do tipo de referência e a

228 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 294 - 295

229 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 259 - 260

230 TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de Doutorado. Orientação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: FADUSP, 2004, p., p. 112.

231 TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de Doutorado. Orientação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: FADUSP, 2004, p. 113.

232 TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de Doutorado. Orientação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: FADUSP, 2004, p. 110-111.

sua qualificação como contrato atípico”, o juízo de licitude da inserção como contrato no ordenamento, devido àquela modificação da função concreta.²³³

2.3. A atipicidade e as uniões ou conexões contratuais

Classicamente, as questões suscitadas acerca de uniões contratuais figuraram entre identificar-se quando se está diante de configurações atípicas mistas de contrato, complexas ou de contratos autônomos unidos funcionalmente. Muito se procurou estabelecer tal diferença sob o princípio basilar de que, quando independentes, cada figura se rege pelas próprias normas.²³⁴ Mas a questão é mais complexa.

O negócio misto, sublinha NANNI, utiliza-se de diversos tipos para disciplinar uma situação atípica. Já o complexo tem conteúdo mais amplo, realizando funções de vários tipos em um único negócio cujo elemento causal é indissolúvel. Por fim, os coligados são negócios que dependem de um concurso e cooperação de mais negócios, cada um produzindo efeitos peculiares, mas todos destinados à comum realização de uma função complexiva.²³⁵ Logo, normalmente, a conexão de contratos é vista como utilização de vários contratos para a realização de uma mesma operação econômica, combinando, pois, a idéia de pluralidade de negócios e unidade de operação econômica²³⁶.

233 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 280

234 KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 95-96

235 NANNI, Carlo di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. 75, n. 9-10, set./ out. 1977, p. 279-343, p. 308.

236 Apontando três espécies de nexos negociais, temporal, estrutural e funcional, admite somente o último como verdadeiramente configurador de coligação contratual, já que o primeiro não trás efeitos na vigência do contrato e o segundo resulta na unidade negocial. NANNI, Carlo di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. 75, n. 9-10, set./ out. 1977, p. 279-343, p. 309 e ss, espe. 312.

A questão fundamental, contudo, é vislumbrar no vínculo entre os contratos aquilo que impõe alguma espécie de efeito jurídico que torna, portanto, a conexão um fenômeno peculiar desses contratos, considerando-se sob o viés econômico ou jurídico. Portanto, os pontos de controvérsia estão tanto nos “critérios capazes de distinguir entre, de um lado, uma pluralidade negocial ligada por um nexo juridicamente relevante e, de outro, um negócio único com diversas prestações”, como a verificação acerca da “contaminação de um negócio em razão da invalidade ou ineficácia do outro”.²³⁷ Dito de outra forma, o que interessa à investigação é verificar qual influência que as vicissitudes sofridas por um dos contratos são capazes de exercer sobre outro.

Para que se distinga se há um ou vários contratos, não basta se verificar o momento de sua celebração, a unidade ou pluralidade de instrumentos ou mesmo a unidade ou pluralidade de causas. A questão da unidade ou pluralidade de negócios já era vista com ressalva por ENNECCERUS²³⁸, que remetia, em última análise, ao arbítrio judicial para a solução de seus problemas. A classificação, mesmo que com importância relativamente diminuta hodiernamente, ainda perdura, situando a união de contratos entre externa, com dependência unilateral ou bilateral, ou alternativa.

Na união meramente externa, vários contratos completos, bilaterais – distintos, portanto, também quanto à contraprestação - somente estão unidos externamente no ato de sua conclusão. Não há propriamente dependência de um ao outro. É lugar comum o entendimento de que, nesses casos, cada contrato segue exclusivamente seu próprio regramento.²³⁹

Na união com dependência bilateral e unilateral, distinção que advém da doutrina italiana dos contratos coligados, dois contratos completos, unidos exteriormente são concluídos em uma relação de dependência ou acessoriedade.²⁴⁰

237 KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 103

238 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 6.

239 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 6.

240 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 6-7.

Enquanto na dependência bilateral há influência recíproca, na unilateral somente um sofre a influência do outro, em uma relação de acessoriedade, dispensando maiores discussões por conta da aplicação de regra clássica “*accessorium sequitur principale*”. Exemplo clássico de coligação bilateral é a venda de terreno conjugada à empreitada contratada para a sua edificação; caso típico de coligação unilateral, é o dos contratos de garantia em relação ao contrato garantido.²⁴¹ Em nossa jurisprudência, considerou-se com frequência os contratos de distribuição de derivados de petróleo com empréstimo de equipamentos para armazenagem como sendo coligados em relação de dependência bilateral por acessoriedade.²⁴²

A união pode resultar imediatamente do contrato, como quando se clausula que os contratos existirão e se extinguirão conjuntamente. Mas, mesmo sem determinação expressa, poderá resultar união caso necessária para o atendimento das relações econômicas que mediam as prestações. Nesse caso, desejou-se uma relação de dependência. Logo, não somente a validade de um contrato dependerá da do outro, mas também sua revogação será necessariamente recíproca.²⁴³

Por fim, uma possibilidade considerada rara, é a união alternativa, em que unem-se contratos sujeitando-se a uma condição. Implementada tal condição, será tido como concluído o outro contrato. Desenvolvendo-se a condição, existirá somente um contrato de uma outra espécie, restando decidir somente acerca do

²⁴¹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 103

²⁴² “Contrato de promessa de compra e venda mercantil ligado a contrato inominado (dito de comodato). Coligação de contratos, em que o primeiro é o principal, e o segundo acessório. Coligação, todavia, que, em face da finalidade econômica dos contratos, se configura como coligação com dependência bilateral, segundo classificação de contratos coligados de ENNECCERUS. Em tais casos, quando o inadimplemento diz respeito à finalidade econômica dessa coligação, aplica-se apenas, a cláusula penal do contrato principal, ou seja, do de promessa de compra e venda mercantil. A cláusula penal do contrato acessório só poderia ser aplicada se, também tivesse sido descumprida uma de suas obrigações específicas – e, portanto, desvinculadas do inadimplemento da função econômica da coligação –, como, a título exemplificativo, a recusa de restituição dos equipamentos dados em empréstimo. Recursos extraordinários conhecidos em parte, mas não providos.” (STF, RE 87.781 - SP, Rel. Moreira Alves, 05/11/1977; no mesmo sentido, RE 87629 – BA, Moreira Alves, 25/11/1977). Na decisão os contratos que visavam a venda de derivados de petróleo, conjugados com o comodato dos tanques e outros equipamentos para armazenagem e comercialização de combustíveis, foi reconhecida uma relação de acessoriedade, em que o contrato de compra e venda foi considerado o principal, motivo de afastamento da incidência da multa existente no acessório, que não havia sido objeto de inadimplemento. Ver, adiante, nota 265, em que demonstra a não uniformidade das classificações.

²⁴³ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 6-7.

direito aplicável ao contrato que se considerar concluído após o cumprimento da condição.²⁴⁴

Tais classes, como se vê, estão longe de dar cabo da realidade atual, configurada por contratos atípicos, contratos complexos, uniões, conexões, grupos, redes de contratos, etc. A preocupação mais constante tem sido a de olhar para a função (ou as funções) desempenhada pelo todo que une tais instrumentos, se há uma ou mais finalidades, como elemento determinante a fim de constatar a pluralidade de contratos²⁴⁵. Nesse diapasão, diferentes correntes surgiram a fim de analisar o fenômeno em questão, especialmente a teoria da coligação, a dos grupos e a das redes contratuais. Cláudia Lima MARQUES resume as três idéias em um sentido amplo a que atribui o termo “conexões contratuais” (ou coligações).²⁴⁶

A primeira dessas vertentes a ser analisada se identifica com as doutrinas italianas da coligação contratual. NANNI²⁴⁷ explica que, em uma fórmula genérica, a coligação contratual é um nexa juridicamente relevante entre dois ou mais negócios. Essas teorias se preocupam com contaminações entre eles por invalidades ou ineficácias decorrentes desses vínculos entre contratos.

Carlos Nelson KONDER²⁴⁸ em sua monografia acerca do tema aponta as diferentes figuras e classificações da conexão tomada sob um ponto de vista amplo. Iniciando por essa doutrina italiana, distingue, então, entre coligação genética e coligação funcional, que se diferenciam porque, na primeira, há influência na formação de um negócio pelo outro, enquanto na segunda, que é a verdadeira conexão²⁴⁹, a influência se dá no desenvolvimento da relação jurídica.

²⁴⁴ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Henrich Lehmann. Bosch: Buenos Aires, 1948, v.2, t. 2, p. 7.

²⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t. 1, p. 36.

²⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p. 94-95.

²⁴⁷ NANNI, Carlo di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. 75, n. 9-10, set./ out. 1977, p. 279-343, p. 291.

²⁴⁸ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, especialmente p. 102 e ss.

²⁴⁹ “Na genética não há verdadeira coligação, tendo por principal exemplo o contrato preliminar em relação ao contrato definitivo, cessando a influência sobre o outro negócio quando este nasce.”

Pode-se falar, ainda, com base na fonte da conexão, em coligação necessária e coligação voluntária. É necessária a coligação (também chamada legal), “que decorre da própria natureza dos contratos envolvidos ou de um dispositivo legal específico.” Incluem-se nessa categoria “contratos preliminares em relação aos definitivos, os negócios modificados (a renovação, a substituição e o acertamento) em relação ao modificado, os extintivos (resilição unilateral e o distrato) em relação ao extinto, os negócios de confirmação (convalidação, ratificação) em relação ao negócio confirmado, assim como os negócios que, por sua eficácia, seriam antecedentes lógicos de outros, como a designação testamentária em relação à aceitação” e, ainda, “os subcontratos (ou contratos derivados) em relação ao contrato original, os negócios de garantia em relação ao negócio garantido, e os contratos parassociais em relação ao contrato de sociedade.”²⁵⁰

A verificação da coligação poderia estar num requisito voluntarístico ou objetivo. Para as correntes ditas subjetivas, a existência de uma coligação negocial demanda a presença de um *animus collegandi*, que seria a ‘intenção de coordenar os vários negócios para um fim comum’. A vontade das partes, contudo, dificilmente se expressa como intenção de celebrar um único ou vários negócios, mas apenas se manifesta na busca de um determinado fim prático.²⁵¹

Já para as teorias objetivas, unidade e pluralidade negocial se distinguem de acordo com a causa como função econômico-social do contrato: um “contrato único com diversas prestações teria uma única causa, enquanto a pluralidade de contratos, ainda que coligados entre si, apresentaria também uma pluralidade de causas. Assim, distinguir-se-iam dos negócios complexos porque neles existiria uma causa única, enquanto nos negócios coligados existiria uma pluralidade de causas

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 104

²⁵⁰ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 106 e ss. Assim também NANNI, Carlo di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. 75, n. 9-10, set./ out. 1977, p. 279-343, p. 338 e ss. Diferencia as duas teorias, também, SABATO, Franco di. Unità e pluralità di negozi. *Rivista di Diritto Civile*, a. V, n. 4, jul./ago. 1959, p. 412-438, esp. 417 e ss., todos no sentido de que as partes, normalmente, não indicam sua vontade no sentido de configurar um ou mais negócios, mas a direcionam em relação a uma função econômica a ser realizada.

²⁵¹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 107

distintas, mas funcionalmente conexas entre elas. E essa conexão de causas seria, portanto, capaz de afetar a validade e eficácia de uns e outros contratos coligados. Quando, pois, são independentes os negócios, há pluralidade de função econômico-social com independência relativamente a eficácia e validade. Assim, a identificação da coligação de contratos com diversas causas seria a realização de uma função unitária, um fim ulterior único, referência que é comum às duas correntes.²⁵²

Tomando o mesmo objeto com outro enfoque, a teoria dos grupos de contratos se afastou da ênfase à distinção entre unidade e pluralidade negocial - e a contaminação da invalidade ou ineficácia de um negócio sobre o outro (teorias italianas) -, para se debruçar sobre os efeitos gerados por contratos conexos envolvendo partes distintas. Ou melhor, se preocupa com os efeitos sofridos pelos até então considerados terceiros na relação, a fim de incluí-los numa relação de responsabilidade contratual.²⁵³ A importância dessas teorias está, essencialmente, na consciência do surgimento de relações contratuais (e a conseqüente viabilização de ações diretas) entre partes que não se encontram diretamente ligadas²⁵⁴.

De acordo com BACACHE-GIBEILE, os grupos contratuais incidem de forma paralela e cooperativa para a realização do mesmo fim, ainda que cada contrato tenha um objetivo diferente. O grupo contratual é uma cadeia linear de contratos, que dispõe sobre um mesmo bem e tem em comum ao menos duas obrigações idênticas quanto à natureza.²⁵⁵ Assim, pode haver: grupos homogêneos, com identidade das obrigações acessórias (v.g. cadeias translativas criadas pela sucessão de contratos de compra e venda - obrigação de dar - ou nos casos de subcontratação - obrigação de fazer); grupos heterogêneos, com obrigações acessórias nos dois contratos em identidade (que são os grupos simétricos: compra e venda e arrendamento - obrigações relativas a entrega, evicção, vícios redibitórios...), ou obrigação principal de um contrato em identidade com a acessória

²⁵² KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 107-110

²⁵³ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 114.

²⁵⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006, p. 118

²⁵⁵ BACACHE-GIBEILE, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: L. G. D. J., 1996, p. 111: "Le groupe de contrats est une chaîne linéaire de contrats portant sur le même bien ayant en commun au moins deux obligations en nature identiques."

de outro (os “grupos assimétricos: transporte marítimo de descarregamento, compra venda e transporte – obrigação de fazer acessória transferida a terceiro”).²⁵⁶ Exemplificando, MARQUES cita os “contratos com um banco múltiplo popular e um consumidor com conta corrente” em que cada contrato possui um objetivo diferente (cartão de extratos, crédito imediato limitado ao cheque especial, depósito bancário simples), concorrendo, contudo, a um mesmo objetivo (conta corrente especial do consumidor).²⁵⁷

Manifestam-se, ainda, as conexões contratuais por meio das chamadas redes contratuais, que se diferenciam das cadeias (grupos) porque estas são uma contratação “vertical e linear, envolvendo um membro inicial, intermediários, e um destinatário final, com uma sucessão temporal de atos”, enquanto naquelas a questão é “a coordenação de atividades simultâneas”²⁵⁸. LORENZETTI fundamenta sua teoria das redes sob o que denomina uma “causa sistemática”²⁵⁹ marcada pela cooperação entre as partes e reciprocidade, e que justifica um equilíbrio do sistema, gerador de obrigações e deveres colaterais entre os membros e com terceiros, sendo capaz de transmitir efeitos da atuação de cada uma das partes e de cada contrato por toda a rede contratual. São vínculos múltiplos, baseados na confiança entre os agentes, tornando-os flexíveis, à exigência da economia atual.²⁶⁰ Exemplificando, configuram-se redes contratuais quando “cada contrato tem sucessivamente por objeto a mesma coisa, o mesmo serviço, o mesmo objeto da prestação”. Unem a cadeia de fornecedores diretos, indiretos e seus consumidores, “como o caso de seguro saúde, também usado nas colaborações entre fornecedores para a produção (e terceirização) e distribuição no mercado”.²⁶¹

²⁵⁶ BACACHE-GIBEILE, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: L. G. D. J., 1996, p. 111: 123-134.

²⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p. 94-95.

²⁵⁸ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Renovar, 2006, p. 128

²⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t. 1, p. 54-55, especialmente nota 18.

²⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t. 1, p. 51.

²⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p. 94-95.

No caso das redes, o adimplemento de cada um beneficia não apenas o contratante singular, mas indiretamente todos os integrantes do sistema, pois colabora nesta finalidade supracontratual econômica. De outro lado, o inadimplemento prejudica também a todos, na medida em que gera um desequilíbrio econômico no sistema. A rede, portanto, apresenta efeitos internos, ligados à sua manutenção, e externos, atrelados às características dos sujeitos relacionados e dos bens oferecidos.

O centro e motivo pelo qual se abordam aqui as conexões contratuais é que, sob um ponto de vista amplo, podem ser tomadas como manifestações da atipicidade contratual (independentemente da configuração típica que possam tomar os contratos conectados). A atipicidade no sentido lato em que aqui é tratada, não se restringe, portanto, aos contratos internamente considerados. A autonomia privada se manifesta também atipicamente quando cria figuras contratuais unidas funcionalmente em torno de um ou mais escopos econômico-sociais.

Por conseguinte, sustenta-se que essas figuras devem ser vistas sob uma racionalidade semelhante. Há aqui a tomada de consciência de que tais conexões não podem ser ignoradas quando da aplicação do direito, porque modificam a compreensão estrutural de cada contrato em si considerado. Assim, se dois contratos perseguem por si uma clara finalidade econômica e foram concebidos separadamente, desde que sob um ponto de vista econômico estejam vinculados, podem conectar-se também quanto à validade e execução, ou, de acordo com o pactuado, a validade de um dos contratos constitua a base do outro negócio.²⁶²

De toda sorte, resta evidente que, por um lado, discussão clássica acerca da unidade ou pluralidade não se superou com o nascimento de novas teorias ou figuras. Por outro, a constatação da autonomia ou complexidade de um contrato não apresenta isoladamente soluções para os problemas concretos, e sim uma simples classificação²⁶³, porque a própria conexão modifica o processo hermenêutico. E,

262 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 9.

263 Assim, NANNI, Carlo di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. 75, n. 9-10, set./ out. 1977, p. 279-343, p. 303.

note-se, localizar a autonomia dos contratos e diferenciar as conexões contratuais dos contratos mistos continua sendo tarefa árdua.

Exemplo de que essas classificações não dão conta da realidade ou podem, até mesmo, ser indiferentes à aplicação do direito, é o caso dos contratos de distribuição de combustíveis. Há decisões que os compreendem como contratos coligados (cfr. nota 242), outras como atípico misto ou ainda como complexos²⁶⁴. Também no caso das conexões, é possível encontrar decisões que confundem umas espécies com as outras. Assim, em julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mencionou-se redes quando se estava diante de situações de grupos de contratos.²⁶⁵

²⁶⁴ TJ/RS, AC 187007455, 3ª. Câmara Cível, Rel. Elvino Schuch Pinto, j. 18/03/1987: “Contrato de concessão comercial e comodato (Revendedor), com vistas à aquisição de combustíveis da empresa distribuidora, - em regime de exclusividade – para revenda ao usuário final; e em que a distribuidora empresata bombas e reservatórios. Contrato misto atípico. (...)” Declinada a competência do Tribunal de Alçada em razão da complexidade da matéria, o caso foi julgado como configurando contratos coligados: TJ/RS, AC 587026287, 2ª. Câmara Cível, Rel. Manoel Celeste dos Santos, j. 19/08/1987: “Rescisão de contrato de concessão comercial e comodato. Contratos coligados de concessão comercial e comodato, celebrados por empresa distribuidora de derivados de petróleo e ser revendedores, situação em que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, havendo inadimplemento de ambos, cabe a imposição da multa ou forma de indenização convencional apenas no contrato principal, direcionado à finalidade econômica do contrato, que é o de promessa de comodato, pacto meio, subsumido no principal lucrativo. (...)”. Qualificando como contratos coligados, a decisão faz confusão entre os termos “contrato complexo” e “contrato coligado”: “Ação declaratória. Contratos de arrendamento e de subarrendamento de posto de gasolina, coligados com prestação de serviços, revenda de derivados de petróleo (compra e venda mercantil) e comodato dos equipamentos fornecidos pela arrendadora. Contrato complexo. sentença proclamando a unicidade essencial dos pactos, cujas cláusulas não podem ser interpretadas isoladamente, afastando a decisão a ilicitude das mesmas. Contrato complexo, inconfundível com seus elementos: a rescisão do contrato de arrendamento implicará na rescisão dos demais. Demanda envolvendo interpretação de contratos atípicos ou mistos. Sentença mantida por seus fundamentos. apelo negado.” (Tribunal de Alçada do RS, A. C. nº 191058361, Sexta Câmara Cível, Relator: Milton Martins Soares, Julgado em 04/06/1992)

²⁶⁵ Nesse sentido, um dos casos menciona as redes para estender a responsabilidade à montadora por questões relativas ao consórcio mantido por concessionária sua; em outro, se estende à empresa aérea responsabilidade de agência de turismo por ter vendido passagem aérea em voo inexistente: “Apelação cível. Decisão monocrática. Possibilidade de julgamento singular. Inteligência do art. 557 do CPC. Consórcio. Ação ordinária. Restituição dos valores pagos no plano consórcio, em face da quebra da administradora. Solidariedade entre a administradora de consórcio e a revenda autorizada da marca toyota. Aplicação da teoria da aparência e teoria das redes contratuais. Conjunto probatório que sinaliza o proveito econômico-financeiro obtido pelas demandadas, em relação às vendas de planos de consórcio e automóveis da marca toyota. Prejuízo do consumidor. Responsabilidade solidária da revenda carhouse pela causação do dano ao consorciado. Legitimidade passiva afastada. Precedentes jurisprudenciais do stj. Decisão mantida. Negativa de seguimento. Negado seguimento à apelação, nos termos do art. 557 do CPC.” (TJ/RS, A.C. n. 70014298004, Décima Terceira Câmara Cível, j. em 12/07/2006). Também assim: “Viagem aérea. Venda de passagem em voo inexistente. Danos materiais e morais caracterizados. Responsabilidade direta da operadora de turismo que emitiu o bilhete. Responsabilidade indireta da companhia aérea que credenciou tal

De tudo o que foi dito sobre a conexão contratual, importa a tomada de consciência, pois, de que o processo de aplicação do direito não pode ignorar, em sua estrutura, os tipos contratuais existentes, e que esta não tem como se desvincular de uma função, ou causa econômico-social. Uma vez, ademais, existir uma conexão funcional travada por um nexo de contratos, esta tem, diferentemente do afirmado por DUARTE²⁶⁶, necessariamente que integrar o processo de qualificação contratual.

operadora para oferecer seus serviços. Recurso desprovido. Serviços prestados mediante rede contratual que acarreta a responsabilidade solidária dos agentes que se beneficiam com tal sistema. Posterior direito regressivo contra o agente diretamente responsável. Danos materiais caracterizados pelas despesas extras que o autor comprovadamente efetuou para obter a transferência do voo. Danos morais adequadamente fixados em R\$3.000,00, tendo em vista as circunstâncias do caso e as modernas funções atribuídas à responsabilidade civil (funções punitivas e dissuasórias). Recurso Inominado. Terceira Turma Recursal Cível- JEC.” (TJ/RS, nº 71000611921, Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 22/02/2005)

- 266 “De tudo quanto dissemos resulta que os problemas envolvidos na união de contratos são diversos e autônomos dos relativos à tipicidade e à atipicidade – o que não significa que não se possam acumular. Os contratos unidos vivem “a sua vida própria e independente”, salvo no que resulte do regime traçado para a figura na qual a união se resolve. (...) Quando muito, poder-se-á interrogar em que medida a ligação de um contrato a outro põe em causa a sua recondução ao tipo a que, em princípio, corresponde. Mas, este problema não goza de autonomia, já que é igual ao que surge por força da descoberta num contrato em princípio típico da cláusula (ou outro elemento) que determine a existência da união.” DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 55.

II. ATIPICIDADE CONTRATUAL EM SEU ESPAÇO DE CONCRETUDE

“O direito evolui muitas vezes lentamente, mas organicamente; os novos institutos não surgem de improviso, desenvolvem-se pouco a pouco, no tronco dos velhos institutos que, incessantemente se renovam e desempenham novas funções. É exatamente através desta contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito se vai desenvolvendo, não raro exibindo, na forma que permanece idêntica a despeito do renovar das funções, traços da sua história passada.”²⁶⁷

(Tulio Ascareli)

Pelo que já ficou evidenciado na primeira parte do trabalho, a liberdade contratual trabalha não restrita, mas basicamente com os tipos socialmente sedimentados. Mas sendo a realidade um ciclo, e o direito uma constante adaptação às modificações colocadas exatamente pela manifestação criativa dos sujeitos, e que opera com fatos e normas, pode-se dizer que, assim como os tipos adaptados configuram atipicidades, as atipicidades repetidas acabam por configurar tipos.

Evidenciar esse processo de formação de tipos é tomar a atuação da atipicidade, operando ativamente com as fontes autônomas e heterônomas do Direito. Na conscientização desse processo passa-se a uma dimensão de concretude, que permite verificar a real dificuldade que se acomete às exatidões classificatórias e sua utilidade apenas relativa na organização do pensamento jurídico.

Primeiramente, portanto, há que se verificar como o Direito tem encarado o fenômeno da atipicidade, partindo de suas teorias hermenêuticas. Ao verificar-se

²⁶⁷ ASCARELLI, Tulio. *O negócio jurídico indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965, p. 8.

que a interpretação dos contratos atípicos passa tradicionalmente pela possibilidade de recondução ou enquadramento em tipos legais contratuais, é de se colocar, em um primeiro momento, exatamente diante dessas teorias clássicas e, em seguida, do processo de qualificação de que é dependente.

Mas se podemos ter os contratos típicos como modelos, avaliar sua formação é também revisar as melhores maneiras de aplicar o direito a eles, de materializar a diretriz da 'concretude'²⁶⁸. Vista a realidade como ela é e de onde ela veio, é possível valorizar mais adequadamente também as fontes interpretativas, de acordo com as características formativas de cada contrato e na relação estabelecida entre função e fim. É nessa interação entre modelo hermenêutico e modelo normativo (tipo) que trabalharemos na segunda parte do trabalho²⁶⁹.

²⁶⁸ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *RT*, a. 92, v. 808, fev/2003, p. 11-19.

²⁶⁹ A base teórica dessa idéia de modelo está em REALE, Miguel *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

3. DA QUALIFICAÇÃO À INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS

A discussão toda acerca da atipicidade contratual perpassa por dois problemas fundamentais: os limites de atuação da autonomia privada contratual e a aplicação do direito aos contratos atípicos. Funcionando os tipos como facilitadores da vida social, a aplicação do direito aos contratos em regra passa por uma operação de qualificação, que ocorre se não simultânea, sucessiva e alternadamente, à sua interpretação²⁷⁰.

Nesse processo, se o contrato é qualificado como típico, a aplicação do direito é relativamente facilitada: há, afinal, um aparato legal para tanto e é exatamente esta a grande função da tipificação contratual. Mas as operações de interpretação e aplicação do Direito aos contratos típicos e atípicos não podem ser tidas, de maneira genérica, como estanques uma em relação à outra. O fundamental estará sempre em que, uma vez qualificado um contrato como típico, haverá uma disciplina legal supletiva a servir-lhe de base. Tal disciplina pode ser mais ou menos ampla e, de acordo com circunstâncias fáticas, extensiva ou restritivamente aplicável.

Normalmente, contudo, o processo todo se dificulta ante às manifestações da atipicidade, seja diante de contratos socialmente típicos ou não²⁷¹. Por este motivo, o Direito se preocupou em implementar alguns métodos, não impassíveis de críticas, ao longo dos tempos. Assim, iniciaremos pelas propostas tradicionais de aplicação do direito aos contratos atípicos, que impescindem, contudo, de sua prévia qualificação.

²⁷⁰ Assim explica COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 180: "Ma se il risultato dell'interpretazione consiste in una definizione in termini giuridici della dichiarazione negoziale, sembra quasi che i tempi delle due operazioni, l'interpretativa e la qualificativa, si invertano e quello successivo parrebbe anteporsi all'altro. O per lo meno, per non essere troppo drastici, interpretazione e qualificazione si succedono con alterne sequenze temporali, quando l'attività ermeneutica non raggiunge un risultato utile o quanto meno esauriente con l'applicazione della prima delle regole sull'interpretazione c.d. soggettiva."

²⁷¹ Nesse sentido Karl LARENZ expressa sua preocupação em determinar formas diferentes e prudentes de aplicação do direito aos contratos não reconduzíveis aos tipos legais. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 11.

3.1. As teorias clássicas para determinação das normas aplicáveis aos contratos mistos.

Ainda que se questione a utilidade ou essencialidade das distinções acerca das classificações das “manifestações da atipicidade” postas no capítulo anterior, seu valor está na origem do pensar o problema, organizar o pensamento e, assim, tentar apresentar soluções. Não foi por outro motivo, assim, que as teorias surgidas a partir das construções dos contratos chamados mistos perduraram por muito tempo e ainda encontram relativa utilidade.

Sob a racionalidade da completude do ordenamento que se pretendia obter na codificação oitocentista, se encontrava um verdadeiro paradoxo apresentado sob a proteção da manifestação livre da vontade sob a forma de contratos. Sendo livre a criação de contratos, nada poderia obrigar a que as partes se ativessem às espécies contratuais previstas. Entretanto, nessas manifestações atípicas não deixavam, assim mesmo, de surgir lacunas volitivas. Encontrar uma solução para o problema, de toda sorte, respeitando a racionalidade oitocentista, significava buscar normas no sistema rígido, capazes de oferecer supletividade como regime legal do contrato, ou seja, fazer “subsumir” o contrato nas espécies previstas.

Em um tempo em que sequer se falava ainda em “qualificar” um contrato, no sentido de enquadrá-lo com o tipo legal e, pois, submetê-lo ao seu regime jurídico, encontrando as normas a ele aplicáveis, já havia, pois, a preocupação quanto a como proceder diante de figuras anômalas. Dada a constatação da construção de figuras contratuais a partir dos tipos legais existentes, a doutrina não se preocupou apenas em construir uma classificação a partir de suas diferentes configurações, mas também em oferecer respostas hermenêuticas para os problemas enfrentados pelos exegetas diante das figuras mistas.

E a primeira teoria surgiu exatamente da característica mais constante na mescla contratual. Com efeito, os contratos ditos mistos em sentido estrito, em que prevalece um tipo, com a inserção de algum elemento de outro, levava o jurista à conclusão de que deveria aplicar ao contrato o regime contratual próprio do tipo determinado pelo *elemento preponderante, principal ou fundamental*, sendo o

elemento misto de caráter normalmente acessório. De tal modo, “o elemento contratual mais importante, na economia geral do acordo, *absorvia* todo o sentido do conjunto, determinando o seu regime global”²⁷². Por isso chamar-se teoria da absorção: um elemento neutralizaria os demais, a ponto de absorvê-los.

Essa tendência à absorção, que será desenvolvida posteriormente por outras correntes, como a causalista, é coerente com o desenvolvimento de uma concessão organicista do sistema normativo contratual. Avaliado sinteticamente, o contrato seria passível de ser identificado com somente um de seus elementos, corroborando a idéia de completude do ordenamento jurídico.²⁷³

Contudo, essa concepção é derrubada por um argumento tão simples quanto é frágil a sua construção: afinal, nem todo contrato misto possui um elemento que possa ser considerado preponderante. Ademais, por uma ótica voluntarista, o elemento preponderante estaria atrelado à vontade de cada um dos contratantes e, portanto, poderia ser diferente sob a ótica de cada um deles. E mesmo sob um ponto de vista objetivo, a aplicação dessa teoria poderia simplesmente tornar ineficaz o elemento misto, caso este colidisse com o principal.

Dadas as deficiências da teoria da absorção, passou-se a sustentar a combinação das disciplinas típicas, aplicando, cumulativamente, a cada elemento do contrato misto, o regramento legal que lhe seria correspondente. Pela teoria da combinação, pois, destacam-se os diversos elementos do contrato, aplicando-se a cada um deles separadamente a disciplina que lhe é típica.

O problema aqui é o inverso daquele posto para a teoria da absorção: está na impossibilidade de seccionar em tantos quantos forem os elementos de diferentes tipos presentes no instrumento, aplicando a cada um deles a disciplina que lhe é própria. Exceto na medida em que se possa considerar o denominado “coeficiente elástico do tipo”, acaba por sacrificar exatamente o que a teoria anterior preservava: a unidade orgânica do contrato.

²⁷² VARELA, João de Matos Antunes. Contratos Mistos. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 44, 1968, p. 143-168, p. 152.

²⁷³ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 211.

Por fim, a chamada doutrina da aplicação analógica, sob o pioneirismo de Otto SCHREIBER²⁷⁴, afasta a possibilidade de uma aplicação direta das normas dos contratos típicos aos mistos, sob o fundamento da unidade normativa indecomponível do contrato, identificada, mais tarde pelos italianos com a causa-função econômico-social²⁷⁵. A solução, que passava pela equiparação dos contratos mistos aos atípicos em sentido estrito (e, pois, a negação aos mistos de uma autonomia conceitual, o que aqui também se está de acordo), mantinha, contudo a aplicação subsidiária das normas atinentes aos contratos típicos, porém por via analógica.

Assim, de acordo com DUARTE, comparativamente, as doutrinas da combinação e da absorção acabam tendo uma diferenciação limitada. Isso porque, a primeira se torna inaplicável se os regimes típicos apresentam diferenças insuperáveis; a segunda não pode simplesmente ignorar a existência de “elementos estranhos ao tipo dominante” nos contratos concretos e, portanto, que a estes elementos as normas daquele não podem ser aplicadas; por fim, a teoria da aplicação analógica, ainda que divirja das anteriores “nos seus fundamentos” acaba sendo “uma síntese delas”²⁷⁶.

Na verdade, se um contrato se forma de maneira tal que é possível identificar sua configuração mista, ou seja, como um modelo clássico de contrato misto em sentido estrito, gêmeo ou de tipo múltiplo, seria possível dizer que cada uma das teorias é melhor para uma dessas manifestações. Ocorre que, na realidade, muitos casos são difíceis de se enquadrar em quaisquer destas configurações. Ademais, existe a questão da configuração em unidade ou pluralidade negocial, que tampouco se encontra em terreno pacífico de identificação. E essas diferenças todas podem ser mitigadas quando se leva em consideração, como veremos, uma qualificação

²⁷⁴ SCHREIBER, Otto. *Gesmischte Verträge im Reichsschuldrechts. Jherings Jahrbücher*, v. 60, 1912, p. 111, *apud*: DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 146.

²⁷⁵ Assim FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1968, por tudo e em especial p. 250- 251: “(...) se la causa è funzione del negozio, anche il tipo negoziale è una manifestazione causale, nel senso che la tipicità altro non rappresenta se non la cristallizzazione de talune funzioni.”

²⁷⁶ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 146.

que toma a estrutura, o sentido consatado da relação entre fim e função do contrato, bem como a existência de uma ou mais funções supracontratuais.²⁷⁷

3.2. O processo de qualificação

Já houve oportunidade de se fixar neste estudo a compreensão do contrato como tipo²⁷⁸, devendo ser tomado em sua totalidade, como um sistema estrutural possuidor de uma racionalidade dotada de sentido²⁷⁹. Tais características deverão, pois, ser tomadas na operação de interpretação de suas normas e aplicação do Direito aos fatos por eles regulados.

Por isso a aplicação do direito aos contratos não pode ser considerada uma operação de simples subsunção. Ela implica juízos em grau duplo: a) a aplicação de normas ao contrato (que é também norma); b) a aplicação de normas diretamente à relação (que é fato) regulada pelo contrato. Em última análise, se trata na verdade de submeter o sistema contratual a um regime normativo: o contrato como tipo ao regime (típico ou atípico) que regerá toda a vida da relação contratual. Podem, pois, ser aplicadas as normas do contrato típico, integral ou parcialmente, ou excluir-se totalmente o regramento atinente aos tipos legais de contrato.

Não se trata simplesmente de uma operação subsuntiva de fatos a normas. Qualificar um contrato, assim, significa a “primeira e mais direta via para a submissão de um contrato ao regime traçado pela lei para um tipo contratual”. Em

²⁷⁷ É o que será tratado no subitem 4.2.

²⁷⁸ Capítulo 1.

²⁷⁹ “Se trata, en estos tipos, de complejos regulativos que están relacionados entre sí, cuyos elementos son contenidos normativos juntamente con las relaciones de vida en ellos tenidas en cuenta. Al menos algunos de estos elementos pueden modificarse de caso en caso o estar ausentes en ele caso particular sin que por ello desaparezca la pertenencia al tipo. La totalidad de estos elementos puede concebirse como un ‘sistema móvil’ (...).” LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 460.

outras palavras, “é um juízo predicativo que se traduz no reconhecimento, no contrato, da qualidade de ser de um certo tipo ou de corresponder mais ou menos a esse mesmo tipo”.²⁸⁰

Interessante aqui traçar uma analogia com o Direito Internacional Privado. Isso porque, nesta disciplina, antes de aplicar o Direito, se faz uma prévia *qualificação*. Isso significa, muito simplificadamente, fazer um juízo prévio procurando verificar qual o sistema de normas aplicável (ordenamento jurídico nacional ou internacional) à questão que contém elemento estrangeiro e que se pretende solucionar²⁸¹. E se a doutrina internacionalista muito diverge quanto aos critérios adequados a proceder na qualificação, entre os civilistas a situação não é diferente.

Esse processo de qualificar contratos é, assim, necessário, seja para determinar a incidência do regramento típico, seja para excluí-lo, seja para adotá-lo (ainda que parcialmente) a uma manifestação contratual ainda que atípica. Efetivamente, poderá a disciplina traçada para um certo tipo ser “aplicada a contratos que nele não se incluam” por serem, de alguma forma, “reconduzíveis a esse tipo”²⁸² dado o *coeficiente elástico do tipo*. Nos termos da teoria contratual, pois, o primeiro passo para a concreção dos contratos é submetê-lo a um procedimento de *qualificação*, ou seja, procurar localizar nos tipos legais correspondências com o caso prático que se apresenta, aplicando-se-lhe tal regramento. Seu intuito e utilidade estão exatamente no caráter instrumental do direito, tanto ao facilitar sua aplicação, como ao proporcionar um maior grau de segurança jurídica.

A questão fundamental, pois, está em saber qual o procedimento mais adequado para esse procedimento. Teremos, assim, vários métodos de qualificação dos contratos.

²⁸⁰ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 60.

²⁸¹ Cfr. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003, p. 367 e ss.

²⁸² DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 62.

3.2.1. A doutrina dos *essentialia* e sua insuficiência para a concretização

O primeiro dos métodos de qualificação leva em consideração os elementos tidos como principais no contrato. Trata-se do método dos *essentialia*. Segundo essa doutrina, o negócio possui elementos distintivos, particularidades que lhe são fundamentalmente determinantes. Deve, portanto, ser decomposto em diferentes partes, de acordo com tais componentes, identificando-se, assim, quais sejam os elementos essenciais do contrato. Determinada qual a *essência* do contrato, e, portanto, por seus fatores distintivos, seria possível guiar o contrato por inteiro.

Na doutrina de PONTES DE MIRANDA²⁸³, os *essentialia* são elementos volitivos, fazem parte do suporte fático do negócio jurídico e, pois, de sua dimensão de validade²⁸⁴. Nessa classificação, o negócio possui três classes de elementos: *essentialia negotii*, *naturalia negotii* e *accidentalia negotii*, que se diferenciam porque na ausência dos primeiros, “o negócio não seria jurídico (= não entraria no mundo jurídico), ou seria outro negócio jurídico que não aquele, a respeito do qual se procedeu à discriminação do essencial e do acidental.”

Quando se fala em elementos essenciais, pois, diz-se que podem ser de duas espécies: “os que são essenciais ao negócio e os que são essenciais ao tipo”. Assim, enquanto os primeiros dizem respeito ao “contrato como ato”, os demais dizem com “o contrato como regulação e, nesse plano, como tipo contratual.”²⁸⁵ Faltando os primeiros, há invalidade; ausentes os segundos, modifica-se a qualificação. Relativamente aos *essentialia* contratuais, há uma equivocidade doutrinária derivada do fato de que são requisitos de sua existência, validade e

²⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. 3., p. 66. Os *naturalia negotii*, estão no plano da *eficácia* (*querida; ou não-querida ou superfluamente querida*); e os *accidentalia negotii* precisariam ter ocorrido, razão por que quem os alega tem de prová-los.

²⁸⁴ São os atinentes ao sujeito, objeto e forma, no sistema do CC/02, art. 104.

²⁸⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 76.

traços distintivos, configurando fatores mínimos estruturais. Entretanto, alguns dos mesmos elementos podem não ser diferenciais para fins de identificação do tipo²⁸⁶.

Nesta senda, os elementos essenciais do contrato determinam as características *sine qua non* “do conceito classificatório de cada tipo”, características cuja verificação é “necessária e suficiente para a inclusão e cuja falta é necessária e suficiente para a exclusão”, configurando, pois, “elementos definitórios (...) daquele tipo de negócio, que o distinguem dos demais” e fixando “os limites da subsunção”.²⁸⁷ Nesse sentido, funda-se no pensamento conceitual, com base em um juízo binário de inclusão ou exclusão (sim ou não), dado a presença ou ausência de requisitos mínimos.

Para a doutrina em comento, enquanto os *essentialia* dizem com o “conteúdo e correspondem à listagem das notas definitórias indispensáveis à subsunção”, os *naturalia* designam o direito dispositivo do modelo típico, “cuja vigência está implícita no tipo de tal modo que não precisa ser especialmente clausulada para vigorar, porque é ‘da natureza dele’”, decorrendo de seu modelo regulativo típico. Vigoram em consequência do juízo de inclusão, da subsunção. Há, pois uma ligação funcional entre *essentialia* e *naturalia*, pois que, uma vez presentes os primeiros, opera-se a subsunção do contrato ao tipo e esta tem por consequência a entrada em vigor dos *naturalia*²⁸⁸, ainda que facultativamente.

A disciplina do tipo tem, dessa forma, vigência “automática e não depende de estipulação especial das partes”, decorrendo da eleição (volitiva) do tipo, mas “não tem a ver com o modelo regulativo do tipo”. Sendo de natureza legal e, ainda que diretamente associada à vigência do contrato, não constitui necessariamente seu conteúdo ou seu efeito²⁸⁹: daí a atuação da autonomia privada no sentido de poder derogá-la. Exatamente para modificar esse modelo decorrente dos *naturalia* existem, ainda os *accidentalía*, que designam o que “não constitua elemento

²⁸⁶ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 213-214.

²⁸⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 80-81.

²⁸⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 81.

²⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 81-82.

essencial ou natural”, devendo ser necessariamente estipulados pelas partes,²⁹⁰ e, assim, podendo formar tipos modificados ou subtipos.

Neste contexto, exercem papel indispensável os elementos naturais do negócio. Se não assumem o papel mais relevante, são utilizados, conjuntamente como critério de aplicação do direito aos contratos.²⁹¹ Se os *essentialia* servem sobretudo para a qualificação, os *naturalia* se prestam para a integração. Ambos são, pois, típicos, ainda que somente os primeiros sejam *qualificantes* de acordo com essa doutrina.²⁹²

O problema com o qual se depara a doutrina dos elementos essenciais como método de qualificação (ou de subsunção!) de um contrato como típico está, contudo, em se determinar “quais os elementos essenciais desse tipo” além da constatação rígida de sua efetiva presença na hipótese²⁹³ concretamente analisada. Interessa, pois, verificar a viabilidade como critério de qualificação de espécies concretas nos modelos legais típicos.

De acordo com COSTANZA²⁹⁴, o critério serviria em larga medida aos contratos típicos e, relativamente, também aos atípicos, na medida em que normalmente fundados em práticas comerciais correntes, com certa uniformidade operativa da qual seria possível extrair um núcleo essencial. De outro lado, entende contraditório que os mesmos elementos que servem à qualificação de tipos codificados sirvam a reenquadrar espécies contratuais surgidas no desenvolvimento da vida econômica, e isso porque a codificação não se dá, assim, de forma

²⁹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Os Contratos Atípicos. Coimbra: Almedina, 1995, p. 82.

²⁹¹ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 116.

²⁹² VASCONCELOS, Pedro Pais de. Os Contratos Atípicos. Coimbra: Almedina, 1995, p. 83-84.

²⁹³ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 88.

²⁹⁴ COSTANZA, Maria. Il contratto atípico. Milão: Giuffrè, 1981, p. 216: “Anche le convenzioni atipiche si presentano, salvo le ipotesi non comuni di contratti innominati, eccezionali nella prassi commerciale, con una certa uniformità operativa, tale da consentire l'estrapolazione di un nucleo di elementi costanti cui potrebbe essere dato, per lo meno a fini classificatori, l'attributo di essenziali.” Em seguida, contudo, contrapõe: “Ma altre ragioni inducono a respingere il criterio in esame. Innanzitutto è censurabile l'impiego in sede di qualificazione e di sussunzione nel tipo legale delle fattispecie concrete degli stessi elementi che servono per distinguere in un quadro sistematico le diverse figure contrattuali codificate. Non bisogna confondere i due problemi: l'ordine sistematico della normativa dei contratti speciali e la qualificazione e sussunzione nel tipo delle convenzioni poste in essere nello svolgimento della vita economica.” (p. 217)

sistemática, mas como reflexo da ordem econômico-social, podendo haver elementos de naturezas diferentes como determinantes da qualificação típica.

Ademais, é relativa a utilidade do ponto de vista da idoneidade a resolver todos os problemas atinentes à qualificação, especialmente quando as espécies concretas se apresentam em uma complexidade que dificilmente se resolve pela fixidez dos tratos distintivos, institucionalmente rígidos, ou seja, não graduáveis. Ainda que analisado juntamente com a combinação aplicada a contratos mistos, traz problemas porque, mesmo na mescla de regimes contratuais, será necessário analisar outros elementos além dos ditos 'essenciais'.²⁹⁵

Não muito diverso é o posicionamento de DE NOVA, segundo o qual não há homogeneidade nos elementos caracterizantes dos tipos, pois a tipificação não possui um caráter sistemático. Há, portanto, uma diversidade de traços distintivos dos tipos, e que, ademais, não se resumem aos mencionados elementos essenciais do tipo, ou ainda, que podem estar no próprio conteúdo de elementos essenciais do negócio em si, como, por exemplo, características específicas do consentimento, da qualidade das partes ou do objeto, da natureza das prestações, etc.²⁹⁶

Logo, no plano concreto, características que não são reconhecidas como essenciais ao tipo podem ser utilizados para a recondução de contratos a tipos, ou para o afastamento de um regime legal típico. Se abstratamente a distinção entre tipos pode ser clara e evidente, na prática ela é, contudo, bastante dificultada em virtude de seus critérios distintivos. Para manter-se esse método, há que se recorrer a um processo muitas vezes artificioso,²⁹⁷ que confere falsa idéia de certeza e segurança hermenêutico-integrativa do contrato.

²⁹⁵ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 222: "Infatti, la commistione di diverse norme corrispondenti ai vari aspetti del rapporto contrattuale potrebbe rivelarsi valida solo se riferita indistintamente a tutti i tratti identificabili del negozio, e non solo a quelli considerati come essenziali. Tanto è vero che chi ha tentato di mettere in pratica il metodo della combinazione contemporaneamente al criterio dei c.d. essentialia ha finito col considerare insolubili le questioni dell'esatta collocazione normativa di convenzioni sussumibili simultaneamente in più di una figura legislativamente prevista e disciplinata."

²⁹⁶ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 73 e ss.

²⁹⁷ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 117.

Anota, ainda, DE NOVA²⁹⁸ que, devido à indapacidade adaptativa *in concreto* desse processo de qualificação, os tribunais com freqüência acabavam por recorrer a dados subjetivos, como a “vontade das partes, o intento comum” para a qualificação contratual. Nesse caso, já não se trata mais do resultado da subsunção proposta no esquema típico, demonstrando a evidente insuficiência do método ao atendimento das necessidades concretas.

Evidente, portanto, que essa doutrina não é critério bastante para a aplicação do Direito especialmente porque implica uma segmentação do contrato em elementos. Como “juízo de valor”, a norma jurídica, não é, com efeito, desagregável sem perda de sentido”. O esforço em decompor o contrato em elementos, “ainda que útil à compreensão de um instituto jurídico, mostra-se insuficiente para a aplicação do Direito.”²⁹⁹

3.2.2. O recurso à idéia de causa (como função econômico-social)

PONTES DE MIRANDA³⁰⁰ define a causa como função reconhecida pelo sistema jurídico “a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia” e fixando o ato na vida jurídica. Ela “sintetiza os efeitos essenciais do ato jurídico, porque os prefigura, os esquematiza, os debuxa em traços gerais, típicos.” Mas para ele a causa “refere-se à atribuição. (...). A causa só diz respeito à atribuição, e a atribuição é a mesma, na compra-e-venda, na troca, na locação e na transação.” Apresenta, assim, uma noção eclética

²⁹⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 117.

²⁹⁹ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 89.

³⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. 3., p. 79.

(que conjuga as idéias objetiva e subjetiva de causa), como “algo de estado, de degrau, entre o querer e a categorização de ordem jurídica”.³⁰¹

Como elemento de qualificação, a causa é mais do que isso. É tida como “função objetiva do tipo legal”. Inspirada na doutrina bettiana, assume-se-a como função econômico-social típica do contrato, estando os contratos invariavelmente entre os tipos legais ou sociais de contratos.³⁰² Manifesta-se, pois, como uma das configurações funcionais de qualificação.³⁰³ De certa forma como resposta ao “analitismo (‘estruturalista’) radical da doutrina dos essentialia”³⁰⁴, o recurso à causa (função econômico-social) surge como alternativa àquela, ainda que para BETTI tais critérios sejam compatíveis.

CALERA considera explicitamente a causa-função como externa à estrutura contratual, mas “indica a realização dos interesses econômicos que se predicam como típicos do contrato em geral e a cada tipo contratual em particular”³⁰⁵. Para ela, o tipo é uma conjugação estrutural entre consentimento e objeto; a causa (que é diferente da causa da obrigação³⁰⁶), e sua qualificação pelos dados que a ela se

³⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. 3., p. 99: “Daí falarem alguns em equivalente econômico, e outros, no que corresponde às necessidades da vida de negócios. (...). Evidentemente, a noção de causa não é psicológica, ou melhor, não no é somente. Mais social e técnica. Tem de procurar-se no direito, objetivamente.

³⁰² BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Nápoles: Edizioni Schientifiche Italiane, 1994, p. 192: “La configurazione per tipi non si opera di necessità mediante qualifiche tecnico-legislative: essa può operarsi anche mediante rinvio a quelle che sono le concezioni dominanti nella coscienza sociale dell’epoca nei vari campi dell’economia, della tecnica e della morale. Cosideta appare infatti la via preferibile appena il bisogno di tutela giuridica dell’autonomia privata si faccia sentire in una sfera così ampia da far divenire le denominazioni tradizionali inadeguate e insufficienti ad esaurirne il campo. Allora, al posto della rigida tipicità legislativa imperniata sopra un numero chiuso di denomianzioni subentra un’altra tipicità che adempie pur sempre il compito di limitare e indirizzare l’autonomia privata, ma, a paragone di quella, è assai più elastica nella configurazione dei tipi, e, in quanto si opera mediante rinvio alle valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale, si potrebbe chiamare tipicità sociale.”

³⁰³ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 92.

³⁰⁴ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 90.

³⁰⁵ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 579.

³⁰⁶ A autora diferencia entre causa como chama de “verdadeiro sentido da expressão”, ou seja, causa da obrigação, e causa como função econômico-social, que seria a causa do contrato. CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 579: “Dicha causa no puede – ni siquiera – llegar a ser índice de tipo, porque éste, en todo caso, vendrá dado por todo el conjunto de elementos que conforman la estructura contractual. La causa de la obligación – como dijimos - , es típica, neutra y constante, según la categoría de contrato ante el que se esté.”

atribuem, colocam o intérprete à vista da função contratual, como descrição sociológica do tipo³⁰⁷ afirmando, pois, uma independência entre as duas noções.

Para FERRI, tomando a causa como função econômico-individual do negócio, os tipos podem ser compreendidos como estruturas de significado abstratamente consideradas.³⁰⁸ Assim, sendo a causa “função do negócio, também o tipo é uma manifestação causal” representando a tipicidade “a cristalização de tais funções.” Por esse raciocínio, reconduzir os contratos concretos a tipos é um processo de correspondência entre suas causas negociais.

De toda sorte, o que nos importa aqui é verificar se a causa pode desempenhar papel como elemento de qualificação dos contratos. Segundo DUARTE³⁰⁹, para que tenha utilidade na qualificação contratual, a causa deve ser “autonomizável” dos elementos do contrato, ou “corresponder a uma síntese deles que seja diferente da sua soma”. Mas aponta aí duas dificuldades fundamentais. A uma, porque os tipos legais não são caracterizados de modo funcional, ainda que os tipos sociais correspondentes a eles sejam caracterizáveis funcionalmente. A duas, porque diversos tipos podem desempenhar idênticas funções, ou ainda, um único tipo de contrato desempenhar múltiplas funções. Acrescente-se, ademais, que um contrato concreto atípico também pode conjugar inúmeras funções.

³⁰⁷ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 45. Ao final da obra tenta sintetizar suas idéias de separação entre tipo e causa-função, mas acaba caindo em contradição ao admitir que a modificação da causa altera o tipo caso atinja sua estrutura. Nessa perspectiva, é difícil visualizar a separação entre a estrutura típica e a função do contrato.

³⁰⁸ “La tipizzazione di una struttura, che tende un interesse, finisce per individuare tipicamente l’interesse, che essa normalmente realizza. Per cui, normalmente, qualora si richiami un tipo di attività si richiama anche il tipo di interesse che essa persegue. Da questo punto di vista si può quindi affermare che ogni tipo ha una funzione economico sociale, in quanto nella sua struttura riassume una determinata operazione economica.” (FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 250). E, mais adiante: “(...) se la causa è funzione del negozio, anche il tipo negoziale è una manifestazione causale, nel senso che la tipicità altro non rappresenta se non la cristallizzazione di talune funzioni.” (p. 251).

³⁰⁹ “(...) a afirmação da compatibilidade do critério dos essentialia com o critério causal implica o reconhecimento da causa como elemento essencial autónomo, a par de outros, dos tipos; a negação desse reconhecimento equivale ou à negação do critério dos essentialia (por o recurso à causa levar a que se prescindia da identificação dos elementos) ou à negação do critério causal (por o recurso aos elementos essenciais levar a que se prescindia da identificação da causa).” DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 94.

Individualizando a finalidade do contrato, assim, pode-se atribuir um valor qualificante ao resultado subjetivo da convenção e, nesse caso, por exemplo, poder-se-ia compreender como compra e venda qualquer operação de troca. Tomada a qualificação pela causa, se ignoraria a estrutura de cada um desses tipos. Mesmo que o resultado final seja um escambo, não podem ser enquadrados todos esses tipos como compra e venda.³¹⁰ Assim, não há como ignorar aquele núcleo de dados significativos (essenciais) que representam a tradução das necessidades que, no plano jurídico, a convenção vem satisfazer, ainda que nem todos eles tenham relevância ao tipo. Mas uma primeira aproximação, pode ser feita por um critério de causa como função econômico-social.³¹¹

Se vários contratos, ainda que somente socialmente típicos, desempenham funções análogas, ainda mais difícil é a tarefa de adequar uma qualificação pela função. COSTANZA cita os exemplos do mútuo e da abertura de crédito. Nesses casos, ambos absorvem a função de financiamento. Mas, enquanto o primeiro prevê uma prestação de dinheiro do mutuante ao mutuário, normalmente em prestação única, no segundo a prestação se dará em tempos diversos e sucessivos. São operações diversas, mas a finalidade é única³¹²

De outro lado, se um mesmo contrato pode absorver várias causas, de acordo com a qualificação pela causa, fica-se obrigado a reduzir o processo de qualificação à aproximação de uma dessas figuras. Exemplificativamente, uma mesma transação pode servir tanto para saldar uma dívida, quanto para efetivar uma doação e recompensar uma prestação de serviço. Causa e tipo em nenhuma delas podem ser

³¹⁰ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 187: “Gli inconvenienti di questa concezione, del resto, non sono che la diretta conseguenza del fatto – per altro già messi in evidenza in dottrina – che gli accordi stipulati dai privati, anche se mirano nella sostanza alla realizzazione di un medesimo fine, non sono necessariamente identici ed uniformi; in ogni convenzione sono presenti delle motivazioni individuali, che non rimangano relegate nell’area dei motivi, ma assumono valore nell’economia del negozio. Né a risultati più soddisfacenti ai fini della sussunzione nel tipo legale conduce la teoria funzionale della causa.”

³¹¹ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 188: “Applicando questi concetti, ne deriverebbe, quindi, che per la sussunzione di un dato contratto i nun tipo legale bisognerebbe in prima approssimazione individuare quali siano i bisogni cui provvedono i contratti che con più elevate probabilità potrebbero essere considerati come i corrispondenti legali della fattispecie concreta, poi individuare la causa dell’accordo in concreto e, infine, procedere alla sussunzione.”

³¹² COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 192.

considerados coincidentes³¹³, mas a operação causal terá de escolher entre um desses escopos para qualificar.

De fato, inúmeros são os problemas que atinem à qualificação pela causa. Tais deficiências passam por uma multissignificação do termo,³¹⁴ chegando ao fato de que os tipos contratuais não são diferenciados funcionalmente, e sim como já afirmava DE NOVA, por fatores de diferentes naturezas a inserirem minudências entre uns e outros, resultando clara a necessidade de se abandonar a idéia de um único elemento distintivo como critério de qualificação.³¹⁵

Mas como função, ela serve mais a conduzir a um gênero contratual que a um tipo específico. Assim, pode ser bastante útil para estabelecer quais disposições podem servir melhor ao contrato concretamente considerado e, assim, ser mais específica que as normas gerais aplicadas a todos os contratos.³¹⁶³¹⁷ Logo, pode servir como elemento de aproximação de contratos atípicos aos tipos contratuais, seja pelo método tipológico ou analógico, atraindo, por conseqüência, algumas regras que são específicas de determinado tipo, exatamente dado as características análogas de suas funções.³¹⁸ Tal operação, contudo, deve ter o cuidado de não desprezar as necessidades das novas figuras contratuais surgidas a partir dos usos do tráfico e, especialmente, aquelas com racionalidade advinda de outros sistemas legais, como com freqüência ocorre pela absorção de tipos sociais advindos do sistema anglo-saxão.

³¹³ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 189.

³¹⁴ Sobre essa multissignificação veja-se, especialmente esmiuçado em sua introdução, SILVA, Luís Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais: uma análise à luz da teoria da causa*. 2001, 271 f. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2001.

³¹⁵ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 72: “In definitiva, risulta chiara la necessità di abbandonare l’idea di un unico elemento distintivo, e di ammettere invece che i vari criteri utilizzati dal legislatore per individuare i vari tipi sono eterogenei.”

³¹⁶ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 193: “In altro termini, lo strumento causale, se non può assumersi come mezzo efficace per l’exatta sussunzione in un negozio tipico, può, tuttavia, essere utile per applicare una disposizione più specifica di quella che si potrebbe individuare ricorrendo alla disciplina dei contratti in generale.”

³¹⁷ Esse aspecto será reavaliado no capítulo 4, 4.2.

³¹⁸ Exemplifica Maria COSTANZA: “Così, traendo le conseguenze da questa conclusione, si dovrebbe ritenere che alcune regole specifiche di un certo contratto – come ad esempio quelle previste per l’evizione a proposito della permuta (art. 1.553) – potrebbero essere applicate a tutti quei contratti in cui si realizza uno scambio senza che una delle prestazioni il pagamento del prezzo.” *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 195.

Está-se de acordo, portanto, com o fato de que, ainda que contribua para o processo de aplicação do direito, a função do tipo ou a função concreta do contrato, não podem ser critérios bastantes para a aplicação do Direito.³¹⁹ O que não impede que se tenha em consideração as funções econômico-sociais dos contratos como fatores relevantes à aplicação do Direito, especialmente no que reserva aos contratos atípicos.

Assim, a causa-função não deve ser entendida como critério de qualificação, mas sim como importante índice de tipo (como veremos adiante), ao lado da própria causa obrigacional (indicando, por exemplo, sua onerosidade ou gratuidade, como no caso de diferenciar o arrendamento do comodato).

3.2.3. Os índices de tipo.

A proposta de trabalhar com o tipo como método, levou a doutrina a tratar os elementos do contrato não mais dentro da tradicional classificação conceitual. Na doutrina dos *essentialia*, todos os elementos essenciais deveriam estar presentes, sob um juízo de inclusão ou exclusão. Como índices, contudo, eles podem ou não ser relevantes à qualificação do contrato como típico ou atípico, haja vista, em tese, a considerada qualidade do tipo de comportar juízos flexíveis de mais e de menos. Assim, essas notas simplesmente “indiciam”, sugerem uma ou mais qualificações.³²⁰

Consideram-se índices de tipo os dados jurídicos de qualificação de um elemento do contrato,³²¹ as características que têm capacidade para individualizar o tipo, ‘indiciá-los’, podendo abranger os *essentialia*, os *naturalia* e os *accidentalía*

³¹⁹ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 95-96. Assim também se expressa CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 597.

³²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 6.

³²¹ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 45.

negotii.³²² CALERA³²³ explica que se utiliza de uma série heterogênea de critérios para distinguir a regulação de cada tipo contratual, sem que exista um só através do qual se possa chegar a distingui-lo, pois a noção de tipo contratual é essencial e necessariamente aberta. Não é sem motivo, pois, que são, para VASCONCELOS, “tautológicas e inoperantes as tentativas de unificação num só dos critérios” a “individualização e de distinção dos tipos.”³²⁴

Para o processo de qualificação dos contratos, CALERA³²⁵ aponta duas ordens de elementos. Em primeiro lugar, dos elementos que o compõem, se predicam uma série de dados típicos e constantes que permitem diferenciar uns dos outros de maneira geral, aos quais denomina índices gerais. Assim pode ocorrer pela descrição da conduta básica e sua concreção por aplicação de uma série de dados jurídicos, como a constatação de ser o objeto móvel ou imóvel, a causa gratuita ou onerosa, que configuram índices gerais.

De outro lado, existem dados sociais ou econômicos que, atribuídos aos elementos do contrato, se dispõem estabelecendo um trato distintivo entre figuras contratuais afins, configurando, pois, índices especiais. Assim, em um segundo grau de concreção, com a finalidade de determinar a identificação de um tipo contratual confrontado com outro, se analisa, por exemplo, que o preço pago em dinheiro distingue a compra e venda da permuta.³²⁶

Os índices gerais são, pois, os elementos sob cuja base se dispõe a regulação e diversificação típica, ou seja, “a diferenciação ou recondução de cada contrato ao tipo. São os dados que justificam o ‘conceito’ e função da qualificação legal.” Já os especiais são as notas que, uma vez determinado o tipo contratual, tendem a sua identificação”, servindo, pois, para diferenciar dois tipos de contratos que tenham os mesmo índices gerais, qualificando o processo de identificação. Os índices especiais podem, ainda, ser de dois grupos: quando se trata, *v.g.*, de

³²² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 114.

³²³ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 41.

³²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 115-116, citando FERRI, *Causa e tipo*, p. 357 e DATTILO, *Tipicità e realtà*, p. 779.

³²⁵ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 41-42.

³²⁶ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 42.

prestação de serviço, indicando a natureza da atividade; quando diz respeito ao modo de realização dos interesses econômicos do contrato, pela qualificação de seu objeto, atribuindo-lhe um conteúdo ou valoração econômica determinada.³²⁷

De acordo com VASCONCELOS³²⁸, os mais freqüentes índices de tipo são a causa (entendida como função), o fim, o '*nomen*' ou estipulação, o objeto, a contrapartida, a configuração do contrato, seu sentido, as qualidades das partes e a sua forma. A apreciação desses índices, com efeito, pode ser determinante à exclusão de um regime contratual típico ou à recondução (parcial ou total) de contratos atípicos a regimes legais existentes, proporcionando a integração dos contratos.

Assim, **estipular** o tipo significa conferir nome ao contrato ou clausular informando a que tipo se reporta quando de sua elaboração. A estipulação indica uma "vontade" das partes, que a princípio acordaram acerca do tipo contratual em cujos termos se vinculam. Não é uma simples indicação de nome ou espécie: ela faz parte do contrato, implicando, em regra, a recepção no ordenamento contratual do modelo regulativo do tipo e unidade de sentido, estando sujeito às modificações sociais, especialmente da evolução e desenvolvimento espontâneo do modelo, nomeadamente as relativas a orientações jurisprudenciais. Assim, é "o próprio modelo regulativo do tipo, tal como ele em cada momento é típico, e não como simples soma de regras, que é recebido no contrato pela estipulação do tipo."³²⁹

Em contratos considerados atípicos, mas que configuram *tipos sociais*, possuindo, inclusive, nomes advindos de sua prática negocial, a estipulação pode ser forte indício à aplicação das normas ou usos normalmente aplicados a estes negócios. Mas o contrato pode receber um *nomen iuris* que não corresponda às características legalmente ou socialmente típicas, não sendo absolutamente determinante como índice de qualificação, mas suscitando uma questão de difícil solução, a considerar-se especialmente que a eleição do tipo é ato de liberdade das partes. Contudo, essa estipulação pode tanto indicar um erro, uma simulação ou ser

³²⁷ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 48-50.

³²⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 116.

³²⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 130.

forte indício de manifestação de atipicidade³³⁰: um contrato misto, ou de tipo modificado, indireto ou fiduciário.³³¹ Nesses casos, normalmente, o tipo estipulado será tido como tipo de referência, servindo de base supletiva às cláusulas contratuais.

Ainda que não tão expressivamente, a exemplo da causa, o **objeto** do contrato também foi muito utilizado como critério determinante do tipo. A qualificação pelo objeto se baseou em classificar os contratos em gêneros, determinando a incidência de regimes contratuais diversos.³³² Contudo, tampouco ele pode configurar senão mais um importante índice de tipo.

O objeto pode ser uma coisa ou um fato ou um complexo de ambos e, dentro destes, pode-se classificar infinitamente, constituindo importante índice de tipo. Qualificar pelo objeto, portanto, pressuporia que todas as hipóteses atinentes à liberdade criativa das partes já estariam previstas, inviabilizando as manifestações mais genuínas da atipicidade contratual, eis todas as espécies imagináveis de prestações já estariam contempladas por lei.

Se levado em conta as duas categorias fundamentais – como translativa e não translativa – poderia até contemplar genericamente todos os objetos, mas nunca suas subcategorias, em que a transferência e o dar, fazer ou não fazer especificam-

³³⁰ Assim, entendendo inadequada a estipulação feita no contrato, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (STJ, Resp. 61.890-SP, Relator: Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, 18/06/1998) afastou a espécie estipulada, entendendo tratar-se de contrato atípico: “Direito Comercial e Processo Civil. Constituição de sociedade. Compartilhamento de quota social indivisível. Contrato atípico. Inaplicabilidade dos preceitos concernentes ao condomínio. Regência pelas regras contratuais que não contém ilicitude e nem atentam contra a ordem pública e os bons costumes. Precedente. Princípio da absorção. (...) I. O compartilhamento de quota de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, criada com cláusula de indivisibilidade, constitui contrato atípico, regido pelas regras definidas pelos contratantes, admissível desde que não se revista de ilicitude ou contrarie a ordem pública e os bons costumes, a ele não se aplicando o regime legislativo concernente ao instituto do condomínio. II. (...) “Há que considerar-se, na espécie, a conjunção de dois institutos, a **constituição de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e a constituição de condomínio**, para a **fomação de um contrato atípico**. (...), não havendo em seu conteúdo disposição ilícita ou que ofenda os bons costumes e a ordem pública, não há que aplicar-se a eles disciplina legislativa específica, sendo regulados pelas regras estabelecidas pelos contratantes. (...) **não importa a nomenclatura utilizada** na escritura de doação, nem tampouco que se tenha empregado em inúmeras oportunidades a locução “Condomínio Acionário das Emissoras e Diários Associados”; o que releva é a **natureza intrínseca** de negócio jurídico, **que não pode pautar-se apenas e tão-somente por um de seus aspectos parciais.**”

³³¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, 133.

³³² COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 197.

se em significados múltiplos³³³ e infinitos. Assim, por exemplo, o objeto transporte será diferente se for de carga ou de pessoas, se for comercial ou privado; também poderá ser terrestre ou marítimo, e, nesse caso, um navio comercial ou de passeio ou ainda um cruzeiro, que incluirá características de hotelaria.

A qualificação pelo objeto somente seria viável por uma classificação e normação dos contratos em categorias gerais de acordo com o objeto, propiciando uma supletividade normativa de acordo com o gênero³³⁴. Esse procedimento fecharia o caminho à aproximação tipológica ou analógica aos regimes contratuais típicos, oferecendo norma geral que, contudo, poderia não corresponder às necessidades práticas. Num sistema normativo nestes moldes, é difícil individualizar normas gerais para subcategorias, já que cada figura negocial apresentará características próprias, com disciplina autônoma e insuscetível de generalizações. Assim, uma disciplina segundo o objeto somente serviria a hipóteses às quais as prestações não tenham uma estrutura complexa.³³⁵

Assim, o objeto não é eficaz como determinante de normação genérica por categorias. Oferece, contudo, importante índice ou até um conjunto de indícios para a qualificação, ainda que não seja necessariamente definitivo na determinação do contrato como típico, atípico ou para a aplicação total ou parcial de um regime contratual típico a uma manifestação atípica. Se os juízos de tipicidade ou atipicidade são graduáveis, para a concretização do regime o objeto tem grande peso na verificação de maior ou menor “aproximação ou afastamento em relação a regimes próprios de tipos semelhantes ou dissemelhantes”.³³⁶

A **causa**, como função econômico-social do contrato, já recebeu atenção especial neste trabalho, por configurar, ainda hoje, uma das mais fortes correntes de qualificação unitária. Aqui, contudo, ela é vista como mais um índice de tipo, possuindo caráter indicativo e não determinante de sua incidência. Se a causa

³³³ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 200.

³³⁴ Sobre essa análise de normas por categorias gerais, veja-se: FERRI, Giovanni B. *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi*. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. 86, n. 9-12, set./dez. 1988, p. 421-430.

³³⁵ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 207.

³³⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 140.

contratual é tomada como função econômica, então a causa típica é nada mais que uma função econômica específica.³³⁷ Esse raciocínio impede que se fale em uma qualificação funcionalizada³³⁸, o que seria tautologia sob um ponto de vista do tipo como exposto no primeiro capítulo: estrutura, dotada de uma totalidade de sentido, incluindo, necessariamente, a sua função.

Assim, esse índice analisará a função que o contrato em questão concretamente desempenha, “segundo a sua equação econômica interna e a posição das partes em relação a ela” comparativamente à “função econômica típica, quer dizer, com a função econômica que é típica do tipo candidato à qualificação”, o que permitirá aproximar ou afastar de um ou mais tipos contratuais³³⁹. É instrumento importante para detectar desvios de tipo, especialmente no que respeita a contratos indiretos e de tipo modificado. No caso de haver conexões contratuais, a função supracontratual não poderá, também, deixar de ser levada em conta, pois pode modificar ou impedir a incidência de normas de determinado tipo.

Assim, a modificação da função do contrato, ainda que esta não venha expressamente prevista em lei, importa alteração tipológica estrutural do próprio tipo. Mas a causa, uma vez especificada é índice importante, embora não suficiente. Assim, não há uma identificação necessária entre o tipo e uma causa, nem a causa determinará necessariamente um único tipo.³⁴⁰

³³⁷ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 595.

³³⁸ Ao valorizar o perfil funcional do contrato e, especialmente a importância qualificadora dos liames funcionais existentes nas conexões contratuais, KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Renovar, 2006, p. 180 e ss, menciona uma “qualificação funcionalizada”. De fato, a retomada dos fins no direito a partir da idéia que ficou exposta no primeiro capítulo acerca da autonomia privada impediria a extração da função no processo de qualificação contratual. As teorias da qualificação pela causa, nesse sentido, desempenharam importante papel colocando essa dimensão em evidência. Mas isso não significa colocar a função acima da estrutura, caso contrário voltaríamos à idéia de normatividade genérica por função. Em sentido tipológico, de todo dotado de sentido, configurado por estrutura + função, falar em qualificação inclui a causa-função entre os índices de tipo.

³³⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 125.

³⁴⁰ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y. *Estructura y Función del tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 596-597: “La causa contractual, tanto en su consideración genérica como en cada una de las particulares especificaciones de la misma, forma parte, así pues, y por definición, del tipo contractual, en cuanto es la manifestación más clara de la función que se desarrolla en el contrato. Es además, criterio para la aplicación de determinadas normas que han sido previstas precisamente en relación a dicha función, pero no es criterio suficiente

VASCONCELOS³⁴¹ diferencia, ainda, a função (que está no tipo e no contrato concretamente considerado) como objetiva, e o *fim* (que está nos sujeitos), como subjetivo, considerando este mais um índice de tipo. Os dois indícios estão intimamente ligados: “o fim com que as partes contratam dirige-se a uma utilidade tida em vista; o contrato celebrado tem como função assegurar ou alcançar essa utilidade. (...) A função do contrato consiste em realizar o fim.” Ele será especialmente relevante como índice do tipo quando fizer parte do tipo contratual. Exemplificativamente, no caso das sociedades, há o fim lucrativo; na compra e venda mercantil, o fim de revenda.”

Mas mesmo quando o fim não é definido como “elemento essencial” do tipo contratual, ele terá influência na qualificação. “O fim, como tensão entre o autor e a utilidade, tem uma ligação importante com a função, entendida como tensão entre o contrato e a utilidade.”³⁴² Assim, está no fim um juízo concreto de adequação dessa relação de correspondência entre o meio (contrato) e sua função (utilidade), capaz de traduzir, como se verá, o sentido do contrato.

Diferente do *motivo*, que está “no processo pessoal de tomada de decisão”, o fim não possui seu cerne na utilidade, situando-se no “porquê” e não no “para quê”. O motivo é o que se chama de “causa impulsiva.”³⁴³ A regra, no Direito, é a irrelevância dos motivos pois, sendo toda vontade “resultado de algo que se passa dentro do homem”, exceto quando externaliza-se e assume utilidade social, não

para ofrecernos el concepto legal de tipo contractual, precisamente porque su propia concepción se encuentra a nivel de función y no de estructura.” E, mais adiante: “(...) la diferencia entre función contractual y estructura contractual es realmente efectiva, de manera tal que una estructura contractual puede realizar, según la tipificación legal, una o más funciones contractuales. Se ha visto, también, que en los tipos contractuales se tienden a cumplir, además, otra serie de funciones o intereses que no guardan relación con la función económica que es la causa contractual. Todo lo más parece que debe de quedarse, como resultado de todo el estudio efectuado, en su condición de índice de tipo, que no define a éste ni es suficiente.” Observe-se, como já anotado, que a autora, ao identificar o tipo somente com o caráter estrutural do contrato cai em contradição, ao admitir que, embora a função seja capaz de modificar a estrutura, está fora do tipo. Mas se o tipo é uma totalidade, não há como retirar-se dele o caráter funcional: ele é estrutura + função – modificando-se esta, como modificando-se qualquer outro índice, já pode haver uma modificação capaz de configurar atipicidade, v.g. os negócios indiretos.

³⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 127-128.

³⁴² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 128.

³⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 127.

ingressa no mundo jurídico.³⁴⁴ Assim, o motivo somente será indício se for externalizado e relevante, caso contrário não ultrapassa a esfera do individual.

VASCONCELOS³⁴⁵ ainda coloca em relevo a **relação de contrapartida** entre os contratantes como índice de tipo. Não necessariamente haverá correspectividade entre as prestações e essa relação poderá ser fundamental como elemento de qualificação. Nesse processo, pois, pode-se apurar qual o papel que uma prestação desempenha em relação à outra. Exemplos de que essa relação podem causar importantes modificações na apreensão típica ou atípica do contrato são a doação modal, em que o modo pode alterar a relação de unilateralidade, ou ainda o *negotium mixtum cum donatione*, que altera a relação de gratuidade e onerosidade.

Tampouco a **qualidade das partes** pode ser ignorada no processo de qualificação. Assim, para haver leasing financeiro no Brasil, uma das partes deve ser reconhecida como instituição financeira; um contrato de compra e venda será civil ou mercantil levando em consideração a qualidade das partes; também a vulnerabilidade de um dos sujeitos pode alterar substancialmente a relação contratual, qualificando-a como relação de consumo.

A **forma** do contrato também configura relevante índice de tipo. Uma vez determinada como obrigatória a forma pública, retira-se a eleição da forma da esfera de liberdade de escolha do sujeito. Nesse caso, para que o contrato seja considerado típico, deverá respeitar a forma prescrita. Assim, não possuir esse requisito quando estaria obrigado, é indício de que se está diante de outro tipo contratual.

Há ainda outro índice interessante, chamado por VASCONCELOS³⁴⁶ de **“configuração”** do tipo. Trata-se de analisar o modo como se relacionam as características ou componentes do contrato, também entendido como estrutura ou plano contratual (*Bauplan*, em alemão). Esta idéia está intrinsecamente ligada com a totalidade de sentido do tipo. Como “micro-sistemas móveis de elementos ordenados entre si”, os tipos contratuais se configuram sob determinado critério

³⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, T. 3., p. 71.

³⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 141.

³⁴⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 143 e ss.

diretivo (o seu sentido). Em outras palavras, a organização interna dos elementos contratuais é a sua configuração, dada sob um critério diretivo: sua unidade de sentido. A configuração, assim, é determinante para diferenciar contratos que realizam idênticas funções. Por exemplo, cita-se o caso do *lease back* e o financiamento imobiliário hipotecário:

“Tanto no caso do “lease back” imobiliário como no financiamento imobiliário hipotecário, o contrato estabelece-se entre um sujeito proprietário de um imóvel, carente de capitais, e outro sujeito com capitais disponíveis e com vontade de os aplicar, mas com a preocupação de ver garantido o seu risco. Em ambos os casos o sujeito aportador de capitais entrega fundos ao outro: no mútuo pela entrega da quantia mutuada; no ‘lease back’ através do pagamento do preço da compra. Em ambos os casos o imóvel mantém-se na posse do beneficiário; no mútuo, o mecanismo da hipoteca não priva da posse; no ‘lease back’ é o próprio mecanismo do ‘leasing’ que lhe restitui a posse do imóvel. Em ambos os casos os capitais são remunerados: no mútuo, o mutuário restitui os capitais acrescidos de juros; no ‘lease back’, a restituição é feita através da renda. Em ambos, o imóvel desempenha uma função de garantia: no mútuo, pela constituição de hipoteca; no ‘lease back’, pela transmissão a favor do financiador. A função e a utilidade são idênticas em ambos os tipos. O que é distintivo é o modo como é construído o quadro contratual, como os dois contratos são configurados.”³⁴⁷

A modificação da configuração pode ser vista como uma forma de manipulação de formas privadas. Estando, contudo, dentro dos limites de atuação lícita da autonomia privada, não há porque impedir que diferentes configurações exerçam funções idênticas. Assim, em um único modelo funcional (ou seja, uma única necessidade econômico-social identificada), se podem ancorar vários modelos organizativos (tipos). Nada há de ilícito, por exemplo, nas diferentes configurações societárias. No caso da função “sociedade” a realização se dá pelos tipos taxativamente estabelecidos em lei. A sociedade anônima, *v.g.*, configura um deles.³⁴⁸

³⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 145.

³⁴⁸ SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, a. 31, 1985, p. 130.

Por fim, viemos desde o primeiro capítulo sustentando que o contrato possui um **sentido**³⁴⁹, que lhe confere uma totalidade, ou seja, um critério diretivo. É esse sentido que confere unidade ou critério à configuração, transparecendo seus princípios valorativos. Assim, o altruísmo, nos contratos gratuitos, a confiança, nos fiduciários, a aleatoriedade numa negociação em bolsa, etc. Comparar o sentido do contrato concreto com o sentido dos tipos legais é, assim, critério bastante eficiente para a aferição de semelhanças e diferenças para fins de qualificação³⁵⁰.

3.3. O método tipológico

O esquema conceitual de subsunção de dados (necessários e suficientes), retirados de um contrato concretamente considerado, a um tipo contratual, em um processo analítico que culmina com um juízo de “sim ou de não” não dá conta, como ficou registrado, da realidade fática apresentada. A diversidade de configurações contratuais típicas e atípicas, bem como as “zonas gris” existentes entre tipos contratuais se apresenta sob um grau de complexidade que nem o método das *essentialia*, nem os métodos redutivos a um elemento contratual (como a qualificação pela causa), ou ainda, o simples regramento geral de acordo com um critério são capazes de resolver. Não foi por outro motivo que a doutrina acabou por recorrer à categoria lógica do tipo a fim de tentar encontrar soluções metodológicas

³⁴⁹ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução espanhol Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 458.

³⁵⁰ Vista por outro enfoque, já citada decisão, STJ, Resp. 61.890-SP, Relator: Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 18/06/1998, é possível verificar que no caso foi afastada a estipulação adotada em virtude desse “sentido total” configurado no contrato: “(...) na espécie, a conjunção de dois institutos, a constituição de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e a constituição de condomínio, para a formação de um contrato atípico. (...), não há que aplicar-se a eles disciplina legislativa específica, sendo regulados pelas regras estabelecidas pelos contratantes. (...) não importa a nomenclatura utilizada na escritura de doação, nem tampouco que se tenha empregado em inúmeras oportunidades a locução “Condomínio Acionário das Emissoras e Diários Associados”; o que releva é a natureza intrínseca de negócio jurídico, que não pode pautar-se apenas e tão-somente por um de seus aspectos parciais. **Ao certo, buscou-se dar continuidade, perenidade, à organização, ou seja, ao conjunto de empresas, e no ao condomínio em si, o qual, aliás, ficou moldado de maneira secundária e transitória.** Tanto que ao membro escolhido para integrar a comunidade se permitiu retirar a qualquer tempo (sem nenhum haver) ou após cinco anos mediante o recebimento de sua quota-parte equivalente ao valor nominal.”

mais viáveis,³⁵¹ como uma das principais vias de reação “contra a utilização rígida das definições legais no sentido da submissão ou da exclusão de fatos à disciplina traçada pela lei”³⁵²

Com efeito, a autonomia privada contratual e, por conseqüência, a possibilidade conferida aos sujeitos privados de livremente determinarem o conteúdo de suas relações, juntamente com o caráter dispositivo (e, portanto, revogável) de grande parte das normas relativas às espécies contratuais, indicam, de certa forma um caráter não conceitual, mas tipológico dos contratos. É de se notar, ademais, que os esquemas contratuais se configuram como reproduções de práticas sedimentadas pela repetição de comportamentos, numa ordem de freqüência a partir de práticas civis ou comerciais. Assim, os contratos concretos, se não encontram o reflexo fiel na espécie abstrata, podem encontrar sua substância em uma análise global da figura tipificante.³⁵³

Considerando-se, entretanto, que os tipos contratuais são formados também por normas imperativas, há quem sustente seu caráter conceitual, retirados indutivamente de uma observação analítica da realidade. Se, por um lado, uma configuração mais flexível dos contratos, como a tipológica, perderia em certeza relativamente à conceitual, por outro, ganharia com uma maior proximidade ao concreto e, talvez, propiciaria maior justiça no caso.³⁵⁴ Para COSTANZA³⁵⁵, em contraposição à idéia conceitual, a representação do modelo legal de maneira tipológica seria mais fiel ao dado normativo, mais nítida e completa, porque na conceitualização se perde a fisionomia do contrato. Idealmente, portanto, uma descrição tipológica poderia conduzir a uma aplicação mais correta das regras codificadas, porém com menor operatividade, o que se resolveria pela sua graduabilidade e senso global.

³⁵¹ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 120.

³⁵² DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 96-97.

³⁵³ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 225.

³⁵⁴ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 100.

³⁵⁵ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 229.

Mas de fato, é com freqüência que os tipos contratuais encontram verdadeiras definições (e não descrições) legais, muito mais afeitas, pois, aos conceitos. Tais definições, contudo, não podem, individualmente, afastar a aplicação do método tipológico.³⁵⁶ Importa, assim, verificar se o método tipológico pode fornecer soluções acerca das normas aplicáveis aos contratos, especialmente aos atípicos, e dentro de que limites.

Se teoricamente no sistema conceitual as distinções entre tipos contratuais são bastante simples, na prática os critérios de subsunção se mostram difíceis de se encaixar plenamente. Para DE NOVA³⁵⁷, se transformados em índices de tipo os traços distintivos dos contratos, de modo que nenhum deles sozinho seja decisivo à qualificação, prescindindo, pois, estruturalmente da necessidade de que todos eles estejam presentes, os mesmos elementos podem ser utilizados para indiciar um tipo contratual pelo método tipológico, conferindo-lhes maior flexibilidade.

Nesta ótica, portanto, em lugar de decompor o contrato em elementos, a idéia é que se tenha dele uma noção total a partir de seus indícios e, comparando o caso prático a ser solucionado com as possibilidades típicas legisladas ou socialmente sedimentadas, conferir um juízo de correspondência. Importante constatação a partir da qualificação tipológica é, portanto, “o recurso ao conjunto das normas aplicáveis à espécie legal, caracterizado em si mesmo e por confronto com o aplicável a espécies afins.”³⁵⁸ Para fazer essa operação, não se pode segmentar o contrato, mas compreendê-lo em sua totalidade. O contrato é, com efeito, “uma sub-ordem jurídica, um sub-sistema, que existe dentro do âmbito do macro-sistema que é a Ordem Jurídica global.”³⁵⁹

A partir dessa compreensão, ademais, um contrato pode ser mais ou menos típico, oferecendo ao intérprete um juízo de graduabilidade, possibilitando a aproximação de contratos atípicos aos tipos existentes, mesmo que parcialmente, nunca se afastando, contudo, do sentido global do contrato em análise. Isso

³⁵⁶ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 226.

³⁵⁷ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 142.

³⁵⁸ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 107.

³⁵⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 150.

somente é possível se considerarmos que alguns tipos contratuais de fato possuem fronteiras fluidas³⁶⁰ (coeficiente elástico do tipo).

A esse processo de ascender do caso concreto ao tipo normativo chama-se recondução. É fundamental para tanto que haja uma relação “não necessariamente de identidade, mas de conformidade suficiente”. E tal processo se inicia exatamente na verificação global do caso e na consideração das possibilidades típicas como hipóteses possíveis à recondução em vista das suas características plausíveis de flexibilidade. Não se trata, pois, de um juízo de pertinência ou exclusão, mas de maior ou menor pertinência, podendo, por isso, propiciar uma aplicação também maior ou menor da disciplina legal. Há, portanto, a possibilidade de mesclar-se duas ou mais disciplinas legais dentro daquela compatibilidade afirmada pelo sentido total.³⁶¹

O problema é que, de fato, o legislador positivo, tendo em vista sempre a maior segurança jurídica, não se utiliza desse método na configuração de espécies contratuais, dificultando, mas não impossibilitando, a sua aplicação. Especialmente os contratos mais tradicionais, configuram-se como relativamente rígidos, mais próximos, talvez, de definições próprias dos conceitos classificatórios, e não de tipos. Isso não impede, contudo, que deles se faça a recondução pelo método proposto pelas doutrinas tipológicas.

Assumindo, ainda, uma função extensiva, pode-se recorrer à categoria lógica do tipo para aplicar apenas setores da disciplina do tipo a um determinado contrato. Assim ocorre, *ex lege*, quando os preceitos legais mandam estender a normatividade de um tipo a outro (como na permuta relativamente à compra e venda) permitindo “concluir pela existência de uma ‘força expansiva’ geral das normas sobre contratos típicos.”³⁶²

Em regra, a recondução dos tipos recai em um modelo previamente escolhido, mas sua abertura pode permitir uma aplicação direta de normas de um

³⁶⁰ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 99-100.

³⁶¹ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 143.

³⁶² DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 141.

setor da disciplina de outro tipo.³⁶³ Assim, em certa medida os problemas suscitados pelos contratos mistos podem ser resolvidos por esse processo partindo da comparação e da diferenciação, da proximidade e do afastamento entre o caso e o tipo ou tipos de referência ou semelhantes, e pela descoberta de uma disciplina intermediária.³⁶⁴

Mas importantes objeções são apontadas na utilização do método tipológico. Uma delas diz respeito a que há um raciocínio circular de procurar na disciplina típica, descoberta a partir da recondução que parte do contrato concreto, a sua própria interpretação e integração. Para DE NOVA, contudo, isso se justifica porque o recurso ao tipo consente que se instaure uma relação dialética entre um esquema unitário de referência e um específico problema hermenêutico-aplicativo³⁶⁵,

Ademais, a abertura do tipo coloca duas ordens de problemas. Frente a uma legislação contraditória, pode ser difícil reconstituir um tipo unitário. Além disso, a recondução do caso ao tipo, não sendo rígida, não fornece critérios definitivos, de modo a permitir a verificação acerca de quando um contrato é efetivamente pertencente ao tipo e, quando não pertence. Somente exprime se é mais ou menos próximo do tipo de acordo com suas características.³⁶⁶

Na verdade, as principais críticas estão mesmo na verificação de que a aplicação do método tipológico não conduz a resultados muito diversos daqueles tradicionais, utilizados desde a teorização dos contratos mistos e da teoria da combinação³⁶⁷. Se de um lado os métodos se diferenciam do ponto de vista técnico, pois o tipológico se funda em um número muito maior de tratos distintivos, além da consideração total do contrato, de outro, na prática muitas vezes sequer há uma percepção acerca do método que está sendo utilizado.

Mesmo a idoneidade do tipo a absorver “casos-limite”, quando suas características não tenham uma fisionomia precisa, não é ilimitada. Ela está balizada exatamente onde se encontram incompatibilidades entre a normativa aplicável. E

³⁶³ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 148.

³⁶⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 9.

³⁶⁵ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 168.

³⁶⁶ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 169.

³⁶⁷ Assim considera COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 232-233.

onde já não é mais possível proceder a combinação das disciplinas de tipos diversos, se torna necessário ao intérprete escolher unitariamente, com as conseqüentes simplificações.³⁶⁸

Por isso assumiu-se, ainda no primeiro capítulo do trabalho, o que se chamou coeficiente elástico do tipo. Além desse limite, há uma deformação insuperável do tipo e já se está no campo do atípico. Ao mesmo tempo, pode-se ainda recorrer subsidiariamente às disciplinas dos tipos, pelo método tipológico, recurso que, no entanto, também obedecerá a um grau estabelecido pelo coeficiente elástico do contrato considerado concretamente e da disciplina que a ele se quer estender. Assim, não se pode empregar o tipo para resolver todos os problemas de integração e interpretação contratuais.

E se o tipo se inspira na realidade, formando-se normalmente a partir de dados empíricos, isso não significa que nele a realidade esteja realmente refletida. COSTANZA³⁶⁹ aponta a que o quadro de tipos contratuais legislados em um sistema fixa-se em um dado momento histórico, não apontando as espécies contratuais de fato existentes hodiernamente. Em alguns casos, as próprias partes estruturarão de modo a remeter aos tipos legais, em outros casos estabelecerão condições gerais do contrato, ou ainda, o regularão minuciosamente, permitindo eventualmente a recondução aos tipos legais.

Se é certo que não se pode e nem se deve rechaçar a intervenção heterônoma do Judiciário, igualmente correto é que a autonomia privada contratual deve ser preservada dentro dos limites em que legal e constitucionalmente é protegida. Contudo, para que a medida necessária seja encontrada no caso, especialmente ante contratos que se não enquadram nos tipos legais, os tribunais talvez não estejam encontrando o suporte teórico de que necessitam para conferir aos fatos processuais um tratamento que lhes permita encontrar e fundamentar soluções justas e adequadas. Mas a verdade é que (e talvez seja o momento de

³⁶⁸ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 234: “Questo è il caso delle c.d. condizioni generali di contratto, dei contratti tipo, o comunque di quei contratti che, pur destinati ad operare in un singolo rapporto, sono predisposti in termini dettagliati. In tale eventualità l’interprete può ricostruire tipologicamente la vicenda da regolare e quindi stabilire a quele tipo o alternativamente a quali tipi legali essa debba ricondursi.”

³⁶⁹ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 234.

fazer a *mea culpa* acadêmica e legislativa), como constatou VASCONCELOS, ‘o espaço da atipicidade surge-lhes quase vazio de critérios de decisão.’³⁷⁰,

Na sua falta, com freqüência os juízes recorrem diretamente ao tipo considerado *mais próximo* ou aos “*princípios*”, e não com menor freqüência acabam ferindo a autonomia privada. Essa ausência de rigor quanto ao método de interpretação e aplicação do direito aos contratos atípicos pode ser facilmente constatada na jurisprudência brasileira.

Assim, adotando uma racionalidade afeita ao método dos *essentialia*, compreendeu-se, em julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que a tipicidade está presa a “elementos essenciais” que, uma vez não caracterizados, afastariam o regime típico.³⁷¹ Por vezes, ainda, rejeita-se categoricamente a utilização da analogia com os contratos típicos, e aplica-se diretamente os princípios gerais das obrigações, como em um caso apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,³⁷² acerca da rescisão de contrato de distribuição; em outra delas, paradoxalmente, se admite e se recorre justamente ao critério da analogia.³⁷³

³⁷⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 15.

³⁷¹ Assim, v.g, o TJSC, A.C. 1997.001171-7; Relator: Des. Trindade dos Santos, j. em 30/08/2001, cuja ementa registra: “Arrendamento mercantil - Interpretação e revisão de cláusulas contratuais - Antecipação da cobrança do valor residual garantido- Atipicidade da espécie contratual celebrada (...) O arrendamento mercantil resulta descaracterizado, quando previsto no instrumento contratual o pagamento do valor residual em conjunto com as contraprestações mensais, situação em que o ajuste perde a sua tipicidade, em razão da **supressão de uma de suas características essenciais**: a opção de compra a ser exercida, a final, pelo arrendatário. Com essa demudação, passam a incidir sobre o contrato as regras jurídicas inerentes à compra e venda ou ao mútuo, aplicáveis ao caso por analogia (...)”.

³⁷² TJ/RS, A. C. 70003078573, Relatora: Des. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira j. em 04/05/2005,. “Caracterizado como atípico pela lei civil revogada, o contrato de distribuição norteia-se pelos **princípios gerais do direito obrigacional**, de modo especial, os relativos aos contratos, **não admitida, na solução das controvérsias, a aplicação, por analogia, das regras próprias dos contratos típicos** (...). No mesmo sentido, apesar de enquadrar como “concessão mercantil *lato sensu*” (Interessante observar que na nota 375, pelo método tipológico, é afastada a concessão comercial) descarta a analogia para determinar a incidência das normas gerais, a decisão do TJ/PR, A.C. 0173579-5, 9ª C.Cív., Relator: Des. Miguel Pessoa, j. 07/11/2005: “Ação de indenização – contrato de revenda e distribuição de bebidas – atípico – impossibilidade de aplicação análoga da lei nº 6729/79 – lei antitruste inaplicável – contrato anterior a sua promulgação – rescisão unilateral lícita – previsão contratual bem observada – cláusula legal – abusividade descartada – indenização indevida – recurso improvido – 1- O contrato de **distribuição é espécie do contrato de concessão mercantil ou, mais precisamente, uma concessão comercial lato sensu**. Considerado, na doutrina, como contrato **atípico e complexo**, por escapar da natureza contratual típica, visto a ausência de regulamentação legal. Ressalta-se que pela sua atipicidade, como *supra* mencionado, a avença de revenda e distribuição de bebidas **exclui a possibilidade de aplicação analogicamente da Lei nº 6.729/79**, que regula as relações comerciais entre as produtoras e as distribuidoras de veículos automotores. As disposições contidas nesta são especialíssimas,

Outras vezes, não aparece expressamente o método utilizado, mas é possível deduzi-lo da argumentação do juízo. Assim, em caso de furto de motocicleta de um box de estacionamento condominial, que explorava comercialmente seu estacionamento, sendo responsável pela vigilância dos veículos, o juízo aproximou, por analogia, ao contrato de locação, ainda que tenha combinado o elemento de vigilância (aí denominado de “guarda”), chamando o contrato de misto³⁷⁴.

Em outro, caso, também sem mencionar expressamente, o método tipológico foi utilizado em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao procurar qualificar e interpretar um contrato de distribuição de bebidas, legalmente atípico, buscou definir o *distribuidor* a partir de um processo de comparação, por aproximação e afastamento. Assim, especifica que o “representante, o revendedor, o mandatário mercantil, o comissionado mercantil, o concessionário, o agente, não se confundem com o distribuidor, categoria a que pertence a autora.”³⁷⁵ É possível

constituem exceção às regras gerais, enquanto que, em contrapartida, na distribuição de bebidas, pela ausência de Lei específica, **os dissídios devem ser dirimidos à luz das disposições comuns, que regulam os contratos em geral.** 2- Contrato de revenda e distribuição, formalizado antes à edição da Lei nº 8.884 (Antitruste) que ocorreu em 1994, não podendo, portanto, ser esta invocada, para as relações existentes entre os litigantes. Além da Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, consagrar o princípio da irretroatividade, logo protegendo o presente contrato (ato jurídico perfeito). 3- Não podendo haver reclamação quanto à rescisão unilateral, uma vez que, a fornecedora somente exerceu regularmente o seu direito, conforme ajuste primitivo. A prévia notificação da fabricante, de que não estaria disposta a renovar o contrato tem inteiro respaldo por estar disciplinada no contrato. Alusão de abusividade da cláusula *supra* referida, mostra-se inócua, visto que possibilita à ambas as partes procurarem novos parceiros para os negócios, isto é, tanto o fornecedor como o distribuidor, valendo o princípio do *pacta sunt servanda*.”

³⁷³ TJ/RS, AC 70014442933, 16ª. Câmara Cível, Rel. Des. Ergio Roque Menine: “Ação de indenização. Perdas e danos. Lucros cessantes. Dano moral. Cessão de espaço em shopping center. Relação contratual firmada entre as partes constituiu contrato atípico de “cessão de espaço em shopping center”, o qual não possui regulamentação específica, mas, **por analogia**, adota-se a Lei de Locações.”

³⁷⁴ TJ/RS, AC 588049313, 2ª. Câmara Cível, Relator: Juiz Substituto João Sedinei Ruaro, j. 09/08/1988: “Apelação em ação indenizatória em face de desaparecimento de veículo em estacionamento de edifício em condomínio. Responde este pela indenização se, com previsão convencional, autorizado pela Assembléia Geral, explora a área de estacionamento de veículos mediante contrato de locação, e se, mantendo preposto que, além das tarefas de porteiro, também tem o encargo de vigilância dos veículos, na falta eventual deste, previamente comunicada, não providencia pela sua substituição, descurendo a obrigação de vigilância, faltando a dever inerente ao contrato. (...) responde o condomínio na forma do artigo 1056 do Código Civil e nos termos da súmula n. 341 do STF. Configuração de contrato misto de locação e guarda. Sentença confirmada.”

³⁷⁵ TJ/RS, A.C. 70000531095, 16ª. Câmara Cível, Relatora: Desa. Genacéia da Silva Alberton, j. 16 de maio de 2001: “O contrato em discussão, embora de largo uso, ainda tem caráter atípico no sistema civil, incluído como contrato de concessão mercantil “*lato sensu*”. (...), é importante destacar para condução dos temas abordados a distinção entre o contrato de distribuição e outros assemelhados. (...). “É preciso, nos autos, **distinguir entre as diversas figuras que, sendo afins, apresentam características assemelhadas a que interessa para o caso.** O

observar que, no raciocínio indutivo da julgadora, compara índices dos tipos contratuais existentes afim de encontrar aquele que mais se assemelha ao caso *sub judice*.

Finalmente, e só para comparar com o método tipológico, em outra situação, um contrato foi qualificado como de “locação” de máquinas copiadoras, mas considerado atípico, julgou-se mais próximo à locação civil porque faltante *um elemento* (qualidade de instituição financeira ao arrendante) ao contrato para que fosse considerado como *leasing*, ou seja, o contrato foi decomposto de acordo com o que propõe o método dos *essentialia*. A análise do caso, contudo, parece aproximar mais deste último tipo que daquele, embora não permita uma qualificação no **tipo legal** tal qual disciplinado. Pelo método tipológico, o “elemento” faltante poderia ser afastado para uma aproximação maior relativamente ao *leasing*, conquanto, ainda assim, deva ser preservado o caráter cogente relativamente à proteção do caráter de “financiamento”, protegido pelo sistema financeiro.³⁷⁶

representante, o revendedor, o mandatário mercantil, o comissionado mercantil, o concessionário, o agente, não se confundem com o distribuidor, categoria a que pertence a autora. Distribuidor é o que age em nome próprio, na intermediação entre o produtor e o varejista, de produtor de menor sofisticação, especialmente no ramo dos produtos alimentícios, bebidas, cigarros, gasolina, os quais são adquiridos do fabricante e revendidos, mediante remuneração pelo lucro decorrente da diferença de preço entre o que paga ao produtor e o que recebe do seu comprador, normalmente ambos fixados pelo fabricante. Distingue-se o distribuidor do concessionário porque a concessão é reservada aos produtos exigentes de tecnologia mais aperfeiçoada e dependentes de prestação de serviços pós-venda, especialmente aqueles relativos à assistência técnica, reposição de peças, conservação, etc.; também se distancia da representação, onde o representante age em nome do representado e recebe comissão; da agência, cuja característica está em convencer o cliente a celebrar o negócio com a empresa; da comissão mercantil, que é um mandato sem representação, agindo em nome próprio, mas por conta de terceiro”

³⁷⁶ TJ/RS, 13ª. Câmara Vível, Relatora: Desa. Angela Terezinha de Oliveira Brito, 05/05/2005: “Apelação Cível. Contrato de locação de máquinas copiadoras marca xerox. Ação de resolução cumulada com pedido de anulação de título cambial e indenização de danos morais. Ação de cobrança. Julgamento conjunto. Contrato atípico que não se confunde com o *leasing*. Tipo contratual regido pelo Código Civil. Emissão de duplicatas inválidas e ineficazes em relação à locatária/sacada. Protesto abusivo. Dano moral configurado. Multa contratual mantida, no caso concreto. (...).. “Diante da controvérsia trazida no bojo dos autos a respeito da natureza do contrato entabulado pelas partes se de **leasing ou de locação de coisa regido pelo Código Civil**, (...). cumpre notar que o contrato de leasing tradicional envolve três agentes, ou seja, o arrendante ou arrendador, o arrendatário e o fornecedor do bem. (...) a empresa de leasing deve ter autorização do Banco Central para funcionamento e está sob fiscalização dessa Autarquia, de modo que o arrendamento mercantil cuida de contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, por tempo determinado, consoante o disposto no art. 5º da Lei nº 6.099/74. Portanto, à luz das modificações havidas na legislação que recepcionou a denominação de arrendamento mercantil, notadamente a Lei nº 7.132/83, tem-se que a essência do negócio de leasing é uma operação financeira para obtenção de um ativo fixo. Em face disso, a empresa arrendadora é intermediária na operação, através do fornecimento de

4. OS CRITÉRIOS HERMENÊUTICO-INTEGRATIVOS E O CÓDIGO CIVIL: OS USOS COMO PRÁTICA SOCIAL REITERADA E A FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL

Como já mencionado, na atuação da autonomia privada, os tipos contratuais servem não só à facilitação de sua atuação, mas também à integração diante das manifestações contratuais atípicas e na idéia de atuação como método tipológico. Mas a constatação da importância dos tipos para a teoria contratual e de seu processo de formação traz à tona, ainda, a utilidade de duas idéias inerentes à teoria tipológica, e que serão fundamentais à determinação da norma aplicável aos contratos.

A primeira delas é a de que os tipos se formam a partir de uma freqüência de comportamento, de uma repetição. Se não é possível encontrar todas as respostas dentro das teorias clássicas nem na tipológica, pode-se acrescentar a elas uma aproximação à realidade proporcionada por essa idéia de formação dos tipos. Ora, se é da essência dos tipos sua formação a partir de uma reincidência de comportamentos, ao ponto de podermos falar em tipos sociais (ainda que como manifestações da atipicidade), os usos e os costumes recebem importante relevância no terreno do atípico amplamente considerado, como fonte interpretativa e muito próxima da realidade para propiciar uma concreção mais adequada.

A segunda constatação remete a que os contratos como tipos resultam invariavelmente uma totalidade de sentido³⁷⁷ e, quando tipificados, formarão um

recursos. Desse modo, em nosso ordenamento, o arrendador deve, necessariamente, ser uma empresa inserida no Sistema Financeiro Nacional (...) Nesse prisma, entendo que os contratos firmados pelas partes não se caracterizam como leasing, ou, de arrendamento mercantil (...) Assim, não obstante a existência da cláusula de opção de compra, relativamente aos equipamentos modelos 5416 (fl.27), os tipos contratuais se afiguram como de locação de coisas e, por conseguinte, estão regidos pelo Código Civil. Todavia, ***há de se reconhecer a complexidade e atipicidade dos contratos de locação de máquinas copadoras***, dada a possibilidade de opção de compra, assim como, o fornecimento de material e prestação de serviços de manutenção, com exclusividade da locadora, consoante se verifica dos termos da cláusula sétima e seguintes” No caso, com efeito, o resultado da aplicação do método tipológico não poderia ser diverso, já que o “elemento” afastado foi exatamente o de caráter cogente do tipo.

³⁷⁷ O tipo como “total” é descrito por ENGISCH, Karl. *La Idea de la concretización en el derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Tradução Espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, 432-433: “Sólo en la medida en que los tipos son totalidades, su

modelo³⁷⁸ para as condutas futuras que dependerá da manutenção desse sentido para resultar efetiva incidência de seu regramento dispositivo. Tal sentido pode ser buscado pelo tipo jurídico-estrutural na relação entre fim prático e função instrumental do tipo contratual. Neste ponto de vista será diferente, por exemplo, o sentido do contrato como negócio direto ou como negócio jurídico indireto, justificando, em determinada medida, a aplicação de uma racionalidade atípica aos contratos indiretos. Daí a importância da função econômica do negócio no processo de aplicação do Direito.

4.1. A importância dos usos e a idéia inerente de “tipo-freqüência”

O tráfico jurídico gera necessidades adaptativas ao direito, operando correções aos tipos existentes³⁷⁹, modificando as estruturas e conteúdos de negócios jurídicos. É por este processo que se renova o Ordenamento, fazendo surgir modelos negociais de referência.³⁸⁰ Valida-se, portanto, a antiga máxima colocada por SACCO, de que inexistente, na realidade fática, o contrato atípico em

captación es también ‘intuición’, en el sentido de ‘simple constatación de su totalidad aún no desarticulada’: el tipo es, por tanto, a un tiempo, el tipo vinculado a la percepción inmediata (...).” (p. 433)

³⁷⁸ Com fundamento na teoria dos modelos de REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

³⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38, §4.257, p. 366.

³⁸⁰ Contra essa idéia de mobilidade do sistema contratual tipificado, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t. 1, p. 16-18, entende que os tipos legais são muito mais um obstáculo aos contratantes, especialmente os da parte especial dos códigos, apontando dificuldades em adequar a ela os costumes e inovações, propondo um abandono da tipificação para um agrupamento em torno de finalidades, falando em uma crise da tipicidade como modelo: “el tipo es un simbolo representativo de la cosa figurada; para la teoría legal es un modelo que el legislador dispone para el uso de los contratantes; es, en definitiva, un modo de programar las relaciones jurídicas subsidiando aquellos vínculos que se ajustan al mismo, adjudicándole efectos jurídicos. En cambio, para los contratantes actuales, no es ninguna de las cosas: no representa la realidad económica y ha dejado de ser un subsidio para ser un obstáculo.” “(...) esta última está particularmente en crisis por la proliferación de nuevos modelos, que las nuevas formas deben ser agrupadas en virtud de la finalidad perseguida, que a partir de ello existe una regulación basada en el contrato más representativo de la finalidad perseguida, que existen contratos atípicos y uniones de contratos.”

sentido absoluto, regulado internamente somente por normas gerais dos contratos.³⁸¹

Como as funções e configurações contratuais não são taxativamente previstas nem limitadas no ordenamento, é natural que o surgimento dessas necessidades do tráfico leve à criação de novas figuras, sejam elas contratos atípicos, sejam tipificação legal de contratos. O tipo legal não é, assim, um modelo estável, e imutável: está em contínuo diálogo com a evolução social, que se reflete tanto internamente ao tipo, quanto externamente, com a criação de novas figuras.³⁸²

Nas etapas sociais de formação que se colocam entre o contrato idealmente atípico e o legalmente típico, há normalmente uma consolidação de costumes ou hábitos contratuais (ou ainda, consolidação jurisprudencial³⁸³), que oferecerão, muito antes da lei, as condições gerais de contratação. É, pois, nestes mesmos usos e costumes que estão no caminho formado entre os contratos *atípicos, socialmente típicos e típicos*³⁸⁴, que se deve, muitas vezes, buscar a interpretação das manifestações da atipicidade.

De acordo com AGUIAR JR, o aplicador do direito, no processo hermenêutico, se deve ater aos “valores da comunidade”, tendo-se conhecimento acerca das condutas normalmente adotadas no lugar e nas circunstâncias, analisando-se de que forma as partes podem cumprir com as expectativas.³⁸⁵ Remete-se, pois, o intérprete para além do horizonte textual, marca da “ultra-literalidade na interpretação dos contratos”, não bastando, em caso de insuficiência do sentido literal da linguagem, que se considere o contexto verbal (interno): a atividade do intérprete tem de abranger também o contexto situacional (externo).³⁸⁶

³⁸¹ SACCO, Rodolfo. Autonomia contrattuale e tipi. *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, a. 20, n.3, set. 1966, p. 785-808, p. 790.

³⁸² ROPPO, Enzo. I “nuovi contratti” fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime. *Rivista critica del diritto privato*, 1992, p. 3.

³⁸³ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 4.

³⁸⁴ A respeito já se tratou do ciclo de formação de tipos contratuais no ponto 1.3.3 deste trabalho.

³⁸⁵ AGUIAR Jr., Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, 2000, p. 227.

³⁸⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Constumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 86-87.

Especialmente quando os contratos restam configurados nas práticas comerciais essa ‘ultra literalidade’ deve ser valorizada, não raras vezes dispensando uma recondução aos tipos legais. Nesses casos, se estará normalmente diante de *tipos sociais* de contrato, já sedimentados na realidade fática, ainda que não regulados legalmente, sendo freqüentemente mais adequado recorrer aos usos do tráfico para o preenchimento de suas lacunas normativas. Reporta-se, aqui, ao próprio processo de formação dos tipos, tomado em evidência na idéia de “tipo-freqüência”, recuperando os usos como importante recurso hermenêutico-integrativo.

Em atenção a essa necessidade, os usos foram contemplados expressamente pelo CC/02 como critério hermenêutico, pelo art. 113 do CC/02: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”³⁸⁷ Não que até então o elemento consuetudinário, i.e. usos e costumes,³⁸⁸ estivesse totalmente afastado, sendo conhecida a sua exponencial importância especialmente no Direito Comercial.³⁸⁹ O que importa sublinhar,

³⁸⁷ Não trataremos aqui especificamente da relação entre usos e boa fé, recortando apenas o papel dos usos. Seja consentido, porém, brevemente assinalar que as invocações da boa-fé permitem ou mesmo impõem o recurso aos usos, ou seja, o dever de respeitar a boa-fé consiste, por vezes, no dever de observar usos. Assim, tanto se considerarmos os usos estabelecidos nas relações individuais das partes, quanto nos gerais do tráfico jurídico, eis geradores de legítimas expectativas. Nesse sentido, v.g., entre outros, DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 154. Nesse sentido também é interessante a relação feita pela sentença de São Paulo, Comarca de Santos, juiz Raúl da Rocha Medeiros Júnior, 08/07/1958. *RT*, v. 301, 1960, 168-185.

³⁸⁸ Observe-se que não se faz aqui a diferenciação entre usos e normas consuetudinárias tal qual utilizada por MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 38, §4.202, 4; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 464, também faz a diferenciação, atribuindo aos usos utilidade unicamente interpretativa e integrativa, não configurando modelo normativo, diferentemente do que considera normas consuetudinárias: “Os usos interpretativos não devem ser confundidos com as normas consuetudinárias. Estas são autênticas normas jurídicas, gerais e obrigatórias, enquanto aqueles representam práticas úteis à interpretação das declarações de vontade. Não têm o valor de uma norma de direito objetivo, valendo, antes, como parte constitutiva da declaração de vontade.”

³⁸⁹ Assim previa o Código Comercial de 1850:
Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.
Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:
1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

contudo, é que agora a previsão na Parte Geral leva a insinuar “um movimento de aproximação entre as diversas searas do direito privado pela via hermenêutica”. Em outras palavras, os usos vêm erguidos “à altura de princípio geral do direito privado”³⁹⁰

Nesse contexto, recorrendo aos usos (em sentido amplo), abre-se ao jurista grande capacidade de atualização do significado real dos dispositivos (legais ou contratuais), propiciando melhor adequação tanto de acordo com o fator tempo, quanto ao espaço.³⁹¹ Assim, analisando o citado art. 113, pondera LUDWIG que a regra institui como cânone hermenêutico “a atinência do negócio jurídico a um determinado contexto consuetudinário local, mediante a referência aos ‘usos do lugar’”³⁹²

Adicione-se que, numa relação contratual, os usos podem ser individuais, ou seja, utilizados pelas partes de um negócio por ocasião das relações precedentes ou configuradas em uma relação continuada; ou gerais, e, portanto, dotados de âmbito mais difuso e universal de aplicação, ainda que circunscritos, *v. g.*, a determinados setores operativos e a determinadas categorias profissionais.³⁹³ É esse o contexto do artigo 1.9 dos Princípios do UNIDROIT³⁹⁴, dispondo que as partes devem ser

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - **o uso e prática geralmente observada no comércio** nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

³⁹⁰ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 115.

³⁹¹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 126.

³⁹² LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 87-88.

³⁹³ ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. *L'interpretazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 156-158. Também aponta esses usos individuais como decorrentes da relação continuada dos contratantes GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 465: “Os usos podem se instaurar no curso de uma relação contratual, como se verifica quando as duas partes observam, durante muito tempo, conduta uniforme a que se atribui habitualmente determinada significação, e não possa ser considerada nova cláusula tacitamente admitida pelas partes.”

³⁹⁴ “Article 1.9. (Usages e pratiques) 1) Les pratiques sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu’elles ont établies entre elles. 2) Elles sont liées par tout

obrigadas pelos usos e práticas estabelecidas *entre elas* e pelos usos que sejam *generalizadamente* tidos aplicáveis.

Enquanto os usos individuais visam a reconduzir à “vontade real” comum das partes, os gerais visam a um esforço ulterior, que vem do próprio ordenamento, por reconstrução do que é socialmente usual ou típico.³⁹⁵ Em se tratando de negócios jurídicos, o fundamento de legitimidade dos usos está, de acordo com LUDWIG, tanto no poder negocial quanto no poder social, diferenciando-se em graus de generalidade. Quando de aceitação difusa naquela coletividade, trata-se de um modelo consuetudinário; quando peculiar à relação contratual, não haverá uso propriamente dito, mas mero modelo negocial. Enquanto no primeiro caso a lei predomina “apenas formalmente sobre o modelo consuetudinário”, pois este terá “primado material”, no segundo caso, a lei terá prevalência nos sentidos formal e material sobre o negocial.³⁹⁶

Relativamente aos contratos atípicos, a questão de se recorrer aos usos, não é, conforme assevera DUARTE³⁹⁷, diferente qualitativamente com relação à sua aplicação aos contratos típicos: é apenas mais intensa. Assim, os usos são, ao mesmo tempo, modelo normativo (fonte) e modelo hermenêutico³⁹⁸ De um lado, como modelo hermenêutico, oferecem ao intérprete “antecipação hermenêutica” e auxiliam na “elucidação *a posteriori* de um ou mais termos de uma determinada norma jurídica”; de outro, como modelo jurídico propriamente dito (dimensão normativa) estabelece um “dever-ser mediante remissão legislativa.”³⁹⁹

usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable.” Disponível em:

www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf

³⁹⁵ SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del Contratto e interessi dei contraenti*. Pádua: CEDAM, 1992, p. 402.

³⁹⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Constumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 156.

³⁹⁷ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 150.

³⁹⁸ A idéia de integração entre modelo hermenêutico e modelo normativo é de REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999. Para os costumes como modelo normativo, esp. p. 68-69; como modelo hermenêutico, p. 119; analisava essa duplicidade de funções MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 189.

³⁹⁹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Constumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 89-90.

Portanto, o papel hermenêutico dos usos apresenta uma dupla função nos contratos: uma interpretativa e outra integrativa. Pelos usos se valoriza o momento de “normalidade e tipicidade” do agir privado, a partir da criação de práticas do tráfico. Por vezes, contribuem para fixar a convergência de interesses, quando faltante a manifestação de vontade; outras vezes, possibilitam reconstruir uma fórmula contratual ambígua, ou, ainda, intervêm, acrescentando à disciplina posta, no sentido de reconduzir a um contrato socialmente típico.

4.1.1. Os usos como modelo de interpretação dos contratos atípicos

Função interpretativa se perfaz quando o aplicador se reporta a investigar se há efeitos jurídicos não declarados, correspondentes ao que é usual em tais contratos, ou para bem apreender o significado de um determinado termo ou alcance de uma determinada cláusula do contrato. Nesse sentido, é inderrogável a possibilidade da aplicação do elemento consuetudinário: o aplicador sempre poderá recorrer a eles.

Em uma interpretação objetiva das manifestações de vontade das partes, portanto, virá sempre valorizado o quanto de *normal e regular* se pode delas colher. Nesta guisa, para SCOGNAMIGLIO devem ser tomados os interesses dos contraentes que adquiriram certo grau de tipicidade no plano da realidade social. Tipicidade esta tida no sentido de verificar na consolidação dos usos e costumes o intento objetivo das partes. Os usos são, nesse sentido, simples práticas de fato, que não se seguem por pura convicção acerca de sua obrigatoriedade, mas por razões técnicas ou de conveniência econômica. Por sua natureza, exprimem “um dado de ordem e regularidade suscetível de ser deduzido da realidade”.⁴⁰⁰

Ao interpretar um contrato, não se restringe o aplicador do direito àquilo que consta expressamente do instrumento contratual. A busca do “verdadeiro sentido do negócio jurídico” não é configurada apenas por meras condutas ou manifestações

⁴⁰⁰ SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del Contratto e interessi dei contraenti*. Pádua: CEDAM, 1992, p. 409.

de vontade. O contrato encontra também “circunstâncias que o cercam”,⁴⁰¹ indicando a necessidade de se contextualizar a interpretação. A recondução aos usos, assim, leva a identificar o que é comum compreender-se dos termos do contrato em um determinado ramo de atividade, em uma região específica, etc. Visualizam-se os usos, no sentido de valorizar o momento de normalidade e tipicidade do agir privado.

Aproximam-se, ademais, das condições gerais de contratação, embora não devam com elas serem confundidos⁴⁰², mas podendo ser inseridos conjuntamente ou separadamente como remissão expressa – ainda que a remissão aos usos interpretativos independa dessa menção – no instrumento contrato considerado. Portanto, em sentido interpretativo, pode-se afirmar que os “usos do tráfico” influenciam o próprio “suporte fático do negócio jurídico”, modelando o elemento volitivo de cada uma das partes. Na dúvida, é “lícito ao intérprete supor a equivalência entre as manifestações de vontade e o sentido sugerido pela incidência destes ou daqueles usos.”⁴⁰³

Podemos dizer que os usos apresentam também uma dupla função interpretativa, essencialmente se considerados ante manifestações contratuais atípicas. De um lado, como práticas gerais, seja de um determinado setor econômico, seja da sociedade como um todo, são capazes de conduzir às figuras com tipicidade social; de outro, individualmente considerados, ou seja, nos usos entre os contratantes, podem reconduzir à vontade real das partes e demonstrar exatamente se houve intenção de aderir ao tipo socialmente conhecido ou se o que era pretendido visava a criação de uma figura nova e atípica em sentido estrito.

Somente assim, e com o auxílio dos usos, será possível atender à intenção consubstanciada pelas partes (art. 112, CC/02), sempre analisando as

⁴⁰¹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 123.

⁴⁰² SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del Contratto e interessi dei contraenti*. Pádua: CEDAM, 1992, p. 401.

⁴⁰³ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p.124.

circunstâncias do caso, mas na sua insuficiência, buscando a solução no modelo consuetudinário incidente naquela hipótese.⁴⁰⁴

4.1.2. Os usos como modelo de integração dos contratos atípicos

Os usos, como modelos de integração contratual se confundem com a idéia de tipo-freqüência aqui já explorada, configuradora especificamente de *tipos sociais* de contratos, ou modelos negociais. Quando efetivamente um contrato não se encaixa em um tipo legal (extrapolando aquele coeficiente elástico adaptável do tipo) seria errado adscrevê-lo a uma espécie regulada pela lei. Caso se apresente, então, como um “contrato típico do tráfico”, i.e. usual, as “concepções do tráfico” oferecem-lhe apoio normativo-integrativo,⁴⁰⁵ ou seja, configuram, ao mesmo tempo modelo normativo e hermenêutico⁴⁰⁶ para tais contratos.

A função integrativa ocorre quando há lacuna na modelagem derivada da autonomia privada contratual. Pode se desdobrar em duas funções: a integração da espécie contratual concreta, se tratando, neste caso, de usos negociais como práticas generalizadas; e mais uma função integrativa da própria lei que disciplina os efeitos contratuais (que tem por objeto os usos normativos)⁴⁰⁷.

Especialmente no terreno do Direito Comercial, nas práticas empresariais em geral, os usos desempenham importante papel, ligado ao próprio nascimento desse campo do direito, cuja produção normativa advém, desde os primórdios, da criação normativa de seus próprios destinatários e operadores – os comerciantes – possuindo uma racionalidade mais flexível e voltada à prática⁴⁰⁸. Contudo, mesmo

⁴⁰⁴ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 154.

⁴⁰⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madri/Espanha: Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, 1959, p. 11.

⁴⁰⁶ Assim a interação de modelos em REALE, Miguel. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 119 e ss.

⁴⁰⁷ ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. *L'interpretazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 159.

⁴⁰⁸ É, efetivamente, da natureza do Direito Comercial uma maior flexibilidade, nascida diretamente das necessidades práticas dos comerciantes, motivo pelo qual os usos sempre desempenharam importante papel nesta disciplina. Em suas próprias raízes históricas está a

nesse campo, o aplicador do direito às vezes é resistente aos usos, como constatou julgado ainda da década de cinqüenta, para quem os usos estariam “em declínio”. Na ocasião, o juiz santista recorreu aos “Usos e Costumes da Praça de Santos” para solucionar o caso, valorizando o elemento consuetudinário na tomada de decisão.⁴⁰⁹

Dada essa lógica peculiar do Direito Comercial, a despeito da Unificação Obrigacional travada pelo CC/02, a interpretação e aplicação do Direito aos Contratos entre empresários deve ser diversa daquela aplicada nas relações civis⁴¹⁰ puras ou mistas (a estas, muitas vezes, aplicável o regime próprio do Código do Consumidor). FORGIONI apresenta, nesse sentido, as peculiaridades na interpretação dos contratos comerciais, muito mais comumente arraigados à prática e à atipicidade que os contratos civis em sentido estrito. Assim, dentre outras, aponta a necessidade de que se tenha segurança e previsibilidade, ao mesmo tempo que propiciem adaptação e flexibilidade; reconhece a força normativa dos usos e costumes, como verdadeiras fontes de direito, cuja racionalidade eminentemente econômica não pode ser desconsiderada.⁴¹¹

autonomogênese, a partir do comerciante, diferentemente do que ocorre no Direito Civil, em que, tradicionalmente, as normas vêm dadas de cima para baixo. O evidente processo de comercialização do Direito Civil, contudo, com a importação de institutos comercialistas, coloca essa racionalidade mais flexível em todo o âmbito do Direito Privado. Nesse sentido, ASCARELI, Tulio. *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell' Impresa*. Milão: Giuffrè, 1962, em especial p. 30 e ss. IDEM. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, especialmente p. 15 e ss.

⁴⁰⁹ Julgamento de mérito – Conceito. Usos e costumes – Conceituação, requisitos, aplicação, eficácia. Compra e venda mercantil – Café – Fatura – Documento que não é título de crédito em sentido estrito – Inexistência de equiparação do comprador, na operação de desconto, ao aceitante da letra de câmbio – Equiparação a esse título apenas para efeito de vencimento – Inteligência e aplicação dos arts. 36 e 98, da Consolidação dos Usos e Costumes da Praça de Santos. Compra e venda mercantil – Fatura – Conceito. Compra e venda mercantil – Café – Venda para entrega dentro de certo prazo – desconto de faturas pelo vendedor – Falta de entrega da mercadoria, por inexistente ou não disponível – Afirmação mentirosa da sua existência pela Companhia de Armazéns Gerais – Falência do vendedor – Ação de cobrança do Banco contra o comprador – Improcedência – Lide temerária – Condenação do autor em honorários de advogado – Procedência da ação, todavia, contra a armazenadora e seu gerente e contra o gerente da vendedora – Decisão confirmada. (São Paulo, Santos, 08 de julho de 1958, *RT*, v. 301, 1960, p. 168-185)

⁴¹⁰ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, v. 130, abr./jun. 2003, p. 7-38, p. 8.

⁴¹¹ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, v. 130, abr./jun. 2003, p. 7-38, p. 23.

De toda sorte, a integração dos institutos comercialistas no sistema Civil⁴¹² - que, diga-se, indicam uma comercialização do Direito Privado como um todo -, aproximam suas práticas em um sistema conglobante. Daí a valorização dos usos também no Direito Civil em sentido estrito e no Direito Privado como um todo.

Algumas relações encontram, assim, regulações que se repetem e configuram, pela constância, reconhecida prática comercial. Formam, assim, uma ordem que está além de uma regulação normativa em sentido legal, e as controvérsias, nesse âmbito, dispensam a normatividade Estatal. Assim, por exemplo, ocorre no comércio marítimo internacional⁴¹³.

Na interpretação nos *contratos socialmente típicos*, sejam de natureza mercantil ou civil encontraremos modelos que carregam consigo a *materialização dos usos* (ainda que se apresentem em uma e outra disciplina graus diversos de importância), tendo um papel análogo nessas manifestações da atipicidade ao das regras supletivas do tipo legal no caso dos contratos típicos, seja na interpretação, seja na integração, seja na concretização.⁴¹⁴

Pela contínua contratação se criam novas figuras ou esquemas contratuais e consolidam-se usos, que devem guiar e determinar o comportamento dos operadores do direito. Em alguns setores econômicos, com efeito, em que as práticas se encontram consolidadas, ou seja, os usos são reconhecidos como vinculantes e há, espontaneamente, uma adequação das partes a eles, o comportamento dos sujeitos configura até mesmo uma espécie de fuga da sindicância das leis e do judiciário.

Nesse processo, os privados alargam os tipos legais existentes, em direção a uma atipicidade natural, que acaba por se configurar em uma tipicidade social

⁴¹² Sobre a Unificação, ver MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. A Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 20, nov./ dez. 2002, p. 27-40. IDEM. O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 16, 1999, p. 139-160.

⁴¹³ Agravo de instrumento. Contrato de transporte marítimo internacional. Intermediação e despacho aduaneiro. Furto e/ou extravio do conhecimento de transporte - *bill of lading*. Legitimidade ativa do agente logístico e intermediador da exportação para postular a emissão de segundas vias do conhecimento de transporte marítimo juntamente ao armador (navio fretador). Interpretação dos usos e costumes observados na prática do comércio internacional de transporte de cargas marítimas. Inteligência dos arts. 131, 575 e 585, todos do código comercial. Agravo desprovido. (TJ/RS, nº 70005146857, 11a. Câmara Cível, Relatora: Naele Ochoa Piazzeta, j. 12/02/2003).

⁴¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 321.

consolidada nas práticas que são propriamente usos. Comumente estes usos advêm da circulação de modelos advindos de sistemas estrangeiros, cuja racionalidade traduzida por sua característica transnacionalidade dificulta a tipificação legal no sistema nacional.⁴¹⁵

Esse modelos de importação, com freqüência advindos do sistema de *common law*, não raro são de difícil adaptação legislativa, encontrando, por vezes, um legislador que não compreendendo sua racionalidade, e, se tipifica, modifica a estrutura originária do modelo importado. Nesse contexto de criação de tipos-freqüência, configurados na prática, os tipos legais que ingressam no ordenamento acabam surgindo como limitadores da utilização daqueles instrumentos da prática, seja com a finalidade de coibir abusos ou práticas lesivas, seja para fazer incidir tributos, etc. As normas desses tipos legais, muitas vezes apresentam um caráter de cogência mais forte que o supletivo, configurando verdadeira intervenção heterônoma. Esta, contudo é incapaz de conter a inventividade privada, que na mobilidade social cria novos tipos. É o caso da inserção do *leasing* no Brasil, que ingressou na década de 70 como prática⁴¹⁶ e continua sem ter verdadeiramente uma descrição legal típica, recebendo, contudo, regulação cogente no que diz respeito à incidência de normas limitativas, muitas delas próprias do sistema financeiro ou tributário⁴¹⁷.

⁴¹⁵ ROSBOCH, Amedeo. Prassi e tipo nel diritto dei contratti. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/rosboch3.htm>. Acesso em: 15 jun. 2006.

⁴¹⁶ Como informa WALD, Arnaldo. A introdução do “Leasing” no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 415, mai. 1970, p. 9-14.

⁴¹⁷ Esta, aliás, que também é capaz de impor modificações às próprias manifestações sociais, dependendo de como configura o tipo e de acordo com os interesses que visa proteger. Exemplo disso é a legislação de *leasing* que modificou a possibilidade de incidência legal direta de acordo com o que ficou legislado. Veja-se, nesse sentido, caso já citado que afastou a incidência das normas relativas ao *leasing* por não haver no caso parte instituição financeira: “Apelação Cível. Contrato de locação de máquinas copiadoras marca Xerox. Ação de resolução cumulada com pedido de anulação de título cambial e indenização de danos morais. Ação de cobrança. Julgamento conjunto. Contrato atípico que não se confunde com o *leasing*. Tipo contratual regido pelo código civil. Emissão de duplicatas inválidas e ineficazes em relação à locatária/sacada. Protesto abusivo. Dano moral configurado. Multa contratual mantida, no caso concreto. Liquidação por artigos. Manutenção do decisum, neste aspecto, ante a necessidade de apuração de valores e a complexidade da demanda. Aplicação do art. 608 e seguintes do CPC. Apelação parcialmente provida. (TJ/RS, 13ª. Câmara Cível, Desa. Angela Terezinha de Oliveira Brito 05 de maio de 2005). No voto, informa a desembargadora: “ (...) a empresa de leasing deve ter autorização do Banco Central para funcionamento e está sob fiscalização dessa Autarquia, de modo que o arrendamento mercantil cuida de contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, por tempo determinado, consoante o disposto no art. 5º da Lei nº 6.099/74. Portanto, **à luz das modificações havidas na legislação que recepcionou a denominação de arrendamento mercantil, notadamente a Lei nº 7.132/83,**

Outro exemplo em que o legislador não descreve o tipo contratual, mas apenas impõe limites cogentes à atuação da autonomia privada contratual, é o dos contratos de *shopping center*. A interferência heterônoma foi mínima, vinculando-o ao contrato de locação, mas limitada ao art. 54 da Lei 8.245/91 (Lei de Locações). Seu regime continua, portanto, no campo da atipicidade, ainda que consolidado nas práticas comerciais reiteradas.

Analisando decisão acerca de contrato de cofre de segurança na Itália, proferida antes da tipificação do contrato, FERRI afirma uma “raiz no costume e na prática” desses contratos, que determinava a obrigação do banco de ressarcir o montante que o cliente depositasse e, ao mesmo tempo, assegurava ao cliente o sigilo do conteúdo do depósito. Assim, para ele a cláusula colocada no contrato e compreendida pelo juízo como “limitação de responsabilidade do banco” não poderia assumir tal conotação, pois violaria a própria finalidade econômica do negócio - que assegura ao cliente a livre disposição do cofre e o sigilo. Dessa forma, a limitação existente deveria ser vista sob outro enfoque: à responsabilidade do cliente de não utilizar o cofre para depósito de bens/valores superiores ao por ele declarado.⁴¹⁸

Defrontando-se com a prática contratual, a jurisprudência tem recorrido aos usos em grau de menor frequência do que talvez fosse indicado⁴¹⁹. Assim, mais

tem-se que a essência do negócio de leasing é uma operação financeira para obtenção de um ativo (...), o arrendador deve, necessariamente, ser uma empresa inserida no Sistema Financeiro Nacional (...) Nesse prisma, entendo que os ***contratos firmados pelas partes não se caracterizam como leasing***, ou, de arrendamento mercantil (...)(fl.27), ***os tipos contratuais se afiguram como de locação de coisas*** e, por conseguinte, estão regidos pelo Código Civil. Todavia, ***há de se reconhecer a complexidade e atipicidade dos contratos de locação de máquinas copiadoras***, dada a possibilidade de opção de compra, assim como, o fornecimento de material e prestação de serviços de manutenção, com exclusividade da locadora, consoante se verifica dos termos da cláusula sétima e seguintes.”

⁴¹⁸ FERRI, Giovanni B. Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassete di sicurezza. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. 86, n. 7-8, jul/ago. 1988, esp. p. 351-354. Em decisão do TJ/RS acerca de furto em cofre bancário, ainda que não recorra explicitamente aos usos e costumes, a decisão menciona a aplicação de “regras da experiência comum”: “Apelação Cível. Obrigação de indenizar. Ação reparatória. Furto em cofre de banco. Responsabilidade civil. Contrato atípico, com causa mista. Prevalência da obrigação de guarda e segurança. Teoria do risco profissional. Responsabilidade do banco como profissional de segurança, da qual só se exime em caso fortuito ou força maior. (...). AC n. 597197706, 4ª. Câmara Cível, Relator: Des. Vasco della Giustina, j. 05/11/1997. “aplicação do art. 335 do CPC: Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

⁴¹⁹ No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma pesquisa superficial a partir dos termos “contratos” e “usos” recuperou apenas 24 registros, sendo que a grande maioria se reportava a casos de arrendamento ou parceria rural. Mesmo assim, alguns casos nos remetem a contratos marcados por manifestações da atipicidade.

comum é que o juízo se prenda ao tipo mais próximo, mesmo quando há uma racionalidade própria do contrato que pode ser dada pelas práticas consolidadas. O risco de “forçar” a prática nos tipos já existentes, contudo, é o de restringir em excesso a atuação da autonomia privada, subvertendo a racionalidade que poderia ser retirada dos usos vigentes entre os contratantes.

Mesmo assim, foi possível verificar casos de integração contratual por usos. Assim, as práticas foram argumentos hermenêuticos do juízo em contrato de “franquia”⁴²⁰, em casos de “distribuição e concessão comercial”⁴²¹, ou num simples e corriqueiro contrato de “conta corrente”.⁴²² Ainda, em um contrato internacional, conjugando agência, câmbio e exportação⁴²³ foram reconhecidos usos integrativos, em contrato não escrito e numa contratação feita por correspondência eletrônica.⁴²⁴

⁴²⁰ “Comercial. Franquia: Obrigações dos franqueados. 1. Devem os franqueados pagar a contraprestação convencionada, mesmo que não haja lucro, porque não lograram provar a exceção extintiva (CPC, art-333, ii), os fretes, **segundo os usos do mercado**, as mercadorias recebidas, a cláusula penal, decorrente do inadimplemento, e lucros cessantes, que constituem efeito direto da falta de pagamento da contraprestação. 2. Apelação provida. (TJ/RS, A.C. nº 597222629, 5ª. Câmara Cível, Relator: Araken de Assis, Julgado em 04/12/1997).

⁴²¹ “(...). Contrato de distribuição. Substituição de mercadoria avariada. Responsabilidade da fornecedora. (...). O **contrato de distribuição e atípico e complexo**, onde se confundem os interesses do fabricante e do comerciante na distribuição do produto, que não cessa com a simples entrega a este, pois o cessionário, em realidade, coloca a sua empresa de distribuição ao serviço da indústria. No caso de avarias, verifica-se a substituição pura e simples da mercadoria, sem ônus para a distribuição, **em face dos chamados "usos interpretativos ou convencionais", que decorrem da prática espontânea dos comerciantes em suas relações comerciais, integrando-se nos contratos como cláusulas implícitas ou tácitas, e de tal forma ingressam nos negócios que seu uso constante os torna implícitos, sendo desnecessário enunciá-los expressamente.** (Tribunal de Alçada do RS, Embargos Infringentes nº 193077443, 1º. Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Heitor Assis Remonti, Julgado em 12/08/1994). Também assim: “Embargos a execução que se baseia em triplicatas. Contrato de **comissão mercantil** existente entre as partes. Fornecimento periódico de combustível pela distribuidora. **Usos e práticas mercantis.** Ordem de pagamento bancário. Circunstâncias que conduzem ao reconhecimento dos recibos como pagamentos apontados pelo devedor. Embargos parcialmente acolhidos a esse fim. Recurso que se nega provimento. (Tribunal de Alçada do RS, A.C. Nº 197035124, 2ª. Câmara Cível, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 09/10/1997).

⁴²² “Ação de cobrança. Prova do débito. Reconvencão improcedente. Estabelecendo-se entre o associado e a cooperativa um **contrato de conta-corrente**, os documentos trazidos com a inicial demonstram suficientemente a existência do débito. Exclusão de parcelas indevidamente acrescidas ao saldo devedor. Reconvencão improcedente. A entrega dos produtos a cooperativa não é alienativa, pois o associado outorga poderes para que ela faça a comercialização segundo os **usos e costumes**. Provimento parcial do recurso, rejeitadas as preliminares. (TJ/RS, A.C. nº 40182, 1ª. Câmara Cível, Relator: Elias Elmyr Manssour, Julgado em 26/10/1982)

⁴²³ Aqui há elementos de conexão contratual e de direito estrangeiro, levando a utilização dos usos no processo integrativo: “(...).. Domicílio da parte demandada - desacolhimento da exceção de incompetência operada em segundo grau, posto existência comprovada de **representação comercial** exercida em território brasileiro, admitida como sinônimo de “**contrato de agência**”, atraindo por isso incidência do parágrafo único do art. 88 do CPC. Lições de Fran Martins e Waldirio Bulgarelli. Contrato de **exportação e câmbio**: paralelos e

Deve-se ter em conta, ainda, que relativamente à integração dos contratos, a aplicação dos usos ocorre independentemente de o instrumento contratual a ele se reportar.⁴²⁵ Contudo, como se está diante da esfera de supletividade normativa dos contratos e, portanto, com ampla atuação da autonomia privada, os sujeitos podem – por manifestação expressa de vontade – derogar a integração pelos usos, assim como diante de contratos típicos, podem fazê-lo quanto às normas dispositivas.

Nesse sentido, na hipótese de uma tensão entre o modelo negocial e o modelo consuetudinário, há que se resguardar o modelo negocial. Em *ultima ratio*, ademais, mesmo no amplo espaço de autonomia negocial previsto pelo art. 425 do novo Código Civil, os usos devem estar em consonância com os *standards* de conduta revelados pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, *com consideração dos usos e costumes vigentes na respectiva localidade, ou adotados pelo respectivo grupo social*. Contudo, se os contratantes afastam o modelo consuetudinário e criam modelos negociais próprios, os usos somente prevalecem se considerados em um sentido individual, “sob pena de engessar manifestações legítimas do princípio da liberdade contratual.”⁴²⁶

interrelacionados, em face da proibição legal de empresa brasileira adquirir e receber em moeda estrangeira. Lugar do cumprimento da obrigação (art. 88, ii, do cpc) comprovação documental de ter o pagamento das mercadorias sido ajustado através de "**pay orders**". **Interpretacao do contrato, não escrito, pelos usos e costumes utilizados entre as empresas comerciais, evidenciados pelo emprego, nos pedidos de mercadorias, da expressão "as agreed".** (...) (TJ/RS, A.C. nº 590072161, 4ª. Câmara Cível, Relator: João Pedro Pires Freire, Julgado em 19/12/1990)

⁴²⁴ Ação cautelar de sustação de duplicata de prestação de serviço e ordinária de nulidade do título. Reconvenção cobrando a dívida. Formação do contrato e prestação do serviço. Circunstâncias da prova que evidenciam, na troca de correspondências, inclusive emails identificados, a solicitação do serviço e a sua execução. Usos e costumes. Agilidade das relações comerciais. Princípio da boa fé objetiva na formação do contrato. Os documentos exibidos pela parte são suficientes para provar a execução do serviço – art. 20, § 3º, da lei das duplicatas. Ação cautelar e de nulidade improcedentes e reconvenção procedente. Apelo provido. “(...), os fatos, a meu ver, estão claros. A sucessão de *emails*, correspondências trocadas, a consulta expressa, as inúmeras visitas, dão a certeza, pela forma como se operam as relações e o tráfego comercial, que estava ultimado o contrato. Embora a tentativa de negar o ajuste, ele está implícito. E o silêncio, diante dessas circunstâncias, deve ser considerado como forma positiva de anuir. Pois inegável que o serviço – e de qualidade – foi prestado, dele se valendo a autora.” TJ/RS, A.C. nº 70011520772, 20ª. Câmara Cível, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, j. 18 de maio de 2005.

⁴²⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 84.

⁴²⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre – UFRGS, 2002, p. 158.

4.2. A função econômico-social e totalidade de sentido do contrato como tipo jurídico estrutural

Os contratos são a veste jurídica de operações econômicas⁴²⁷. Essa constatação não deve ser tida apenas como um lugar comum reiteradamente repetida. O seu significado está em marcar a atinência entre a operação subjacente – operação econômica, destinada a proporcionar determinada utilidade – e a configuração jurídica que a reveste. Mas essa forma jurídica resulta, no mais das vezes, do experienciar, da consolidação das experiências verificadas na prática social, como já ficou bem assentado. Daí porque, em primeira linha, não se pode engessar as *formas* ou *tipos* a funções econômico-sociais típicas.

Não é sem motivo anotar ASCARELLI evoluir o Direito, ainda que lentamente, e os novos institutos desenvolverem-se “no tronco dos velhos institutos” que, nesse processo de renovação, passam a exercer novas funções. Trata-se de uma contínua adaptação, (“de velhos institutos a novas funções”), na qual muitas vezes, a despeito da manutenção da forma, renovam-se as funções. Mas a satisfação de novas exigências “só se verifica lenta e gradualmente, e isto precisamente para evitar comprometer a continuidade do sistema e a certeza da norma jurídica aplicável”⁴²⁸

Esse caráter evolutivo das estruturas ou modelos jurídicos inerente aos contratos traz novo momento para a análise acerca da relação entre a função, tipo contratual e contrato atípico. O objetivo aqui, portanto, não é explorar as eficácias do chamado “princípio da função social do contrato”, mas, simplesmente, esclarecer quanto às antinomias que se têm atribuído à tal princípio relativamente à atipicidade contratual, bem como enfatizar o importante papel desempenhado pela função como critério hermenêutico.

Essas considerações tomam partida na corrente leitura de inserção da teoria bettiana no sistema brasileiro, observada, *v.g.*, em Gerson BRANCO⁴²⁹, que atrela à

⁴²⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução português (Portugal) Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 133.

⁴²⁸ ASCARELLI, Tulio. *O negócio Jurídico Indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965, p.8-9.

⁴²⁹ BRANCO, Gerson. *As origens doutrinárias e a interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientação: Judith H. Martins-Costa. Porto Alegre – UFRGS, 2006, p. 260-311).

função social do contrato do art. 421 do CC/02 a necessidade de um conteúdo no mínimo socialmente típico, um conteúdo socialmente útil e relevante do contrato, unida a uma idéia de legitimidade dos interesses visados no contrato. Mesmo entre os italianos o “juízo de mérito” ou de legitimidade não é aceito pacificamente como “tipicidade funcional” do negócio.

Para MAJELLO⁴³⁰, por exemplo, a legitimidade se resolve por um juízo de apreciação de *licitude* e não de *legitimidade* da causa e do objeto relativamente às normas imperativas. Gino GORLA, criticando a doutrina dominante, e compreendendo o contrato por uma visão institucional, sublinha que a função contratual como instituto jurídico (ou seja, a função da sanção jurídica do contrato) é evitar que os conflitos nascidos de um negócio privado possam chegar a resolver-se à margem dos tribunais de modo perigoso à ordem social. Nesta esteira, sua função social (do contrato como instituição) se esgota naquela de manter a ordem e a paz social, respondendo ao mesmo tempo a exigências especiais de segurança e de justiça entre particulares.⁴³¹ Para ele, a função social se resume a interesse do credor merecedor de tutela. A aferição da função do contrato e de sua utilidade, pois, deve ser de ordem objetiva, resumindo-se os casos de aplicação da função social como limitadora da autonomia privada aos de ilicitude da contratação.⁴³²

⁴³⁰ MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista de Diritto Civile*, parte I, a. 32, 1987, p. 491: L'indagine sulla meritevolezza dell'interesse à sembrata talvolta esaurirsi nell'indagine sulla liceità della causa o dell'oggetto o più in generale sulla non contrarietà del rapporto a norma imperativa.”

⁴³¹ GORLA, Gino. *El Contrato – problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Tradução espanhola José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, p. 243.

⁴³² GORLA, Gino. *El Contrato – problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Tradução espanhola José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, p. 261. Tal argumentação nada obsta a doutrina que se tem firmado no Brasil acerca da função social no que se refere a geração de efeitos nas relações com terceiros. Nesse sentido, veja-se, entre outros: MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da Função Social dos Contratos. In: *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro* (Coord. CUNHA, Alexandre dos Santos). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 218-248; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004; SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004; _____. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação de Mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 87, v. 750, abr. 1998, p. 113-120.

Já houve oportunidade de manifestar que entre nós, a questão da função não se liga a uma verificação da legitimidade das contratações privadas: a legitimidade é dada pelo exercício natural da autonomia. As limitações que a ela são postas estão, em nosso sistema, no campo da *licitude*, sob pena de instituir-se um totalitarismo⁴³³. Se o raciocínio voltar-se aos contratos indiretos ou fiduciários, observados pelo ângulo da tipicidade causal como função econômico-social, dificilmente encontraremos uma via para sua licitude⁴³⁴. Note-se, contudo, que estas são justamente algumas das formas que geraram grande sorte de contratos hoje tipificados ou considerados socialmente típicos, o que causaria certa incongruência no sistema.⁴³⁵

Sob a ótica da atipicidade, o desvio do fim com relação ao contrato direto a que se reporta, apenas determina, em certa medida, a aplicação de uma racionalidade atípica aos contratos indiretos: insere elementos interpretativos, mas não afasta de todo o regime supletivo do tipo de referência. E, sendo lícito, o contrato sobrevive licitamente na prática social. O controle de ilicitude ou legitimidade, portanto, não pode estar no campo da pertinência entre uma função considerada típica e finalidade propriamente dita, mas no dos abusos dessas figuras, em suas utilizações maliciosas.

Parece, com efeito, difícil compreender, em um sistema regido pela autonomia privada e que reconhece a atipicidade, como funcionaria o mencionado

⁴³³ Assim também é a compreensão de GORLA, Gino. *El Contrato – problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Tradução espanhola José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, p. p. 265- 266, quando afirma que um Estado que intervenha neste campo (econômico) é um Estado que queira absorver e controlar toda a vida dos indivíduos. Para ele, expor o contrato a tal juízo de “função econômico-social” seria expô-lo ao poder discricionário do juiz, destruindo o contrato na sua função essencial, contra as exigências de segurança e de estabilidade que constituem sua base.

⁴³⁴ Aliás, BRANCO, Gerson. As origens doutrinárias e a interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro. Tese de Doutorado. Orientação: Judith H. Martins-Costa. Porto Alegre – UFRGS, 2006, p. 262, admite que a atipicidade é o “ponto fraco” do capítulo de seu trabalho.

⁴³⁵ Criticando essa noção de função típica e incompatibilidade com o negócio indireto, CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1952, p. 1-149, p. 30 utiliza-se até mesmo de ironia: “Impressionados com a natureza funcional, em abstracto, do elemento que ali decorre indirectamente, não vêem a subalternidade em que por força o coloca a função típica, e passam a considerá-lo ao lado dela e em luta com ela. Desta luta fazem o timbre do negócio indirecto; e, para que o negócio adoptado permaneça o que é, na impossibilidade de consagrarem no mesmo negócio duas funções típicas simultâneas, servem-se do artifício inconfessado de uma causa não determinante, de uma causa em sentido formal...”

processo evolutivo do Direito diante de funções contratuais tipificadas. Sob outra ótica, observe-se que diferentes esquemas contratuais podem responder a uma mesma função econômico-social⁴³⁶. O fato de ser típica essa função nem lhes confere *a priori* legalidade ou *legitimidade*, nem lhes retira peculiaridades próprias capazes de configurar figuras diversas, que atraem incidência de normas também diversas.

Assim, a associação da idéia de função econômico-social, a fim de ser compatibilizada com a atipicidade, deve estar situada em outro momento, relacionado mais ao plano concreto, à realização do que vem configurado no contrato. Sua associação, assim, estará ligada à função instrumental do contrato como operacionalizador da circulação de riquezas. Em outras palavras: na concreção, a função verifica se o contrato é hábil (o que inclui a sua conformidade a direito) a atingir sua finalidade, que é operacionalizar a circulação de riquezas.

E se as operações econômicas se dão, necessariamente, em sociedade, função econômica e social e a finalidade a que se destinam estarão sempre interligados. Portanto, o contrato somente pode ser concebido em torno de uma função instrumentalizadora de interesses econômicos em um ambiente social. É neste contexto que as obrigações deles resultantes valem juridicamente, e não apenas porque as partes as assumiram: “interessa à sociedade a tutela da situação criada, por causa das conseqüências econômicas e sociais.”⁴³⁷

Na medida em que permite a manutenção das trocas econômicas (acrescente-se: lícitas e no equilíbrio das contrapartes), o contrato cumpre sua função social. Como instrumento de circulação de riquezas, ele estará atendendo as razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo esta operação.”⁴³⁸

⁴³⁶ Assim, SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, a. 31, 1985, p. 130: Ad un unico modello funzionale (quello descritto dall'art. 2247 c.c.) sono ancorati più modelli organizzativi, i tipi, appunto, di società: la funzione societaria può insomma realizzarsi avvalendosi di una pluralità – per di più ‘aperta’, quanto ai c.d. rapporti interni – di codici organizzativi. La società per azioni è uno di questi codici.”

⁴³⁷ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 88.

⁴³⁸ SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-150, p. 136-137.

O que importa nesta sede, portanto, não é buscar as eficácias da chamada “função-social do contrato”, mas colocar em foco a ligação que existe entre tipo e função. Nesse ponto, a função é um indício que assume relevância especial, uma vez que vem conectada ao próprio sentido⁴³⁹, à totalidade do contrato como modelo negocial.

Com efeito, o sentido pode ser buscado na relação entre fim prático e função instrumental contida no tipo jurídico-estrutural do contrato. Separar as esferas (função e estrutura), como proposto por CALERA⁴⁴⁰ não parece viável na prática. Não que qualquer alteração funcional cause anormalidade ou atipicidade no contrato. Mas é com grande freqüência pela alteração da função que se atinge a estrutura do contrato, originando atipicidades.⁴⁴¹ Uma modificação nessa relação pode gerar alteração do sentido total e, portanto, no próprio regramento jurídico aplicável aos contratos, atingindo o tipo contratual, i. e., transformando-o em uma “manifestação de atipicidade”.

Logo, dependerá da manutenção desse sentido para resultar efetiva qualificação e incidência de seu regramento dispositivo. Por isso, quando se menciona atipicidade em um sentido amplo, incluem-se entre suas manifestações os contratos indiretos e fiduciários, assim também as conexões funcionais de contratos, cujas ligações são capazes de modificar a incidência integrativa de normas

⁴³⁹ O tipo como “total” é descrito por ENGISCH, Karl. *La Idea de la concretización en el derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Tradução Espanhol Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, 432-433: “Sólo en la medida en que los tipos son totalidades, su captación es también ‘intuición’, en el sentido de ‘simple constatación de su totalidad aún no desarticulada’: el tipo es, por tanto, a un tiempo, el tipo vinculado a la percepción inmediata (...)” (p. 433)

⁴⁴⁰ CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso. *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, por tudo e, especialmente p. 578.

⁴⁴¹ Assim também acaba admitindo, acerca dos contratos de sociedades, SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, a. 31, 1985, p. 130: “Alla tipizzazione della società – e qui si torna ad assegnare al vocabolo *tipo* ed ai suoi derivati una valenza semantica che lo rende sinonimo di fattispecie contrattuale di un dato contenuto – il nostro diritto provvede operando su due piani: quello della funzione (o del *perché* ci si associa) e quello dell’organizzazione (o del *come* si agisce in associazione). (...) La separazione tra funzione ed organizzazione societaria, pur essendo concettualmente percettibile ed opportunamente valorizzabile, non è reciproca estraneità. E ciò sia perché i disegni organizzativi che la legge predispone, pur essendo funzionalmente neutri – capaci cioè di governare l’attuazione di programmi associativi anche non societari – non, nascondono un naturale loro coordinamento – che è anche esito della loro storia – con l’associazionismo speculativo (basti pensare alla concatenazione ‘capitalistica’ rischio-potere-profitto che può leggersi ‘in filigrana’, significativamente assente nella cooperativa, forma dell’associazionismo mutualistico); sia perché è innegabile che il diritto àncori i tipi alla funzione – o se si vuole – alla causa societaria.”

supletivas, a racionalidade da interpretação ou, ainda, atingir a validade e a eficácia de cláusulas entre si consideradas ou, até mesmo, de todo o sistema coligado.

A compreensão, em suma, é a de que, se há uma atipicidade no sentido de configuração de modelos negociais diferentes dos legalmente constituídos, também é verdade que existe uma atipicidade que está na relação entre a função normal do negócio e a finalidade econômica efetivamente por ele desempenhada, e que, no final do processo hermenêutico integrativo será sempre fundamental. A interpretação deve ser congruente a essa função prática do negócio. Daí porque há uma racionalidade semelhante na análise tanto de contratos atípicos em sentido estrito, mistos, indiretos e conexos (em sentido amplo).

Quando se faz, portanto, na qualificação uma concessão à função econômico-social, o que se busca é exatamente uma interpretação do contrato que não se desvincule do contexto⁴⁴², do seu sentido total, e não a idéia de função tarifada tipicamente, como a contextualizada no fascismo italiano. Aliás, utilizar os institutos conhecidos para o desempenho de novas funções é um processo natural, que oferece a vantagem de “conciliar progresso e conservação”, satisfazendo exigências novas⁴⁴³

Exemplo disso é a análise feita por ZANINI acerca do contrato de cofre de segurança bancário. Diante da necessidade de determinar o regime de responsabilidade do banco em contrato de cofre bancário, faz uma verificação dos contratos que a ele poderiam ser aproximados (que aqui se compreende como tipológica, pois verifica sob vários índices três espécies a que tece comparações), ponderando razões de proximidade e afastamento com o contrato de locação e de depósito (em juízos de pró e contras, ou de “mais e menos”, como sugere o método tipológico). Como ponderação definitiva, contudo, considera mais próximo ao

⁴⁴² Para os autores VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma/ Bari: Laterza, 1999, a compreensão do sentido geral do Direito exige que não se isole a interpretação do contexto social e das formas da prática, além de se dever ter em conta sobre que bem recairá a interpretação. Assumir, assim, um ponto de vista prático, significa ver o direito pela perspectiva que vê quem o utiliza, como verdadeiro componente do processo que leva à decisão e à ação, considerando-o, portanto, “um complesso di ragioni per l’azione.” (p. 295)

⁴⁴³ ASCARELI, Tulio. *O negócio Jurídico Indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965, p. 10.

contrato de depósito, haja vista a *finalidade econômica de custódia* atinente ao banco.⁴⁴⁴

Mas não é somente nos contratos internamente considerados que essa análise deve ser feita. Também se deve ter em mente que, se dentro de uma ligação de contratos cada um deles pode exercer uma função – típica ou não – a sua interação como um todo recebe, ainda, um sentido, funcionando como uma totalidade. Se, para a compreensão adequada do contrato não se pode internamente dividi-lo em elementos, analisar separadamente cada contrato conectado também não parece ser adequado.

E na interpretação das conexões, deve-se atentar tanto às funções internas dos contratos, como àquelas que a união representa. E essas novas funções atribuídas aos institutos conjugados configurarão, inegavelmente, elementos de atipicidade naquele sentido lato referido. Havendo, assim, uma finalidade supracontratual, ou elos que inserem propriedades materiais próprias da relação instrumentalizada no contrato, como no caso das redes, estas características também podem desempenhar um papel fundamental do ponto de vista da aplicação e interpretação jurídicas. Sob este prisma, ainda que se visualize a diferença evidente entre a “causa-função” e o tipo, sua conexão é intrínseca, e inseparável da idéia inerente à totalidade de sentido do tipo.

KONDER, com efeito, sugere uma mitigação da dicotomia entre unidade e pluralidade negocial exatamente em virtude de um processo de qualificação no qual prevaleça a função perseguida, como uma qualificação funcionalizada⁴⁴⁵. Ainda que a idéia aqui seja outra: a de considerar o processo de qualificação como um todo,

⁴⁴⁴ ZANINI, Carlos Klein. A natureza jurídica do contrato bancário de cofre de segurança e o regime da responsabilidade do banco. *Revista dos Tribunais*, a. 90, v. 792, out. 2001, p. 11-34, esp. 16-22. Nesse sentido, também entendeu decisão do TJ/RS, A.C. n.597197706, 4ª. Câmara Cível, Relator: Des. Vasco della Giustina, j. 05/11/1997: “Apelação Cível. Obrigação de indenizar. Ação reparatória. Furto em cofre de banco. Responsabilidade civil. Contrato atípico, com causa mista. Prevalência da obrigação de guarda e segurança. Teoria do risco profissional. Responsabilidade do banco como profissional de segurança, da qual só se exime em caso fortuito ou força maior. (...). “certamente o banco desempenha, aqui, atividade positiva de custódia, garantida pela organização técnica do serviço. não é de excluir-se portanto, a responsabilidade do banco pelo conteúdo da caixa, pois, de outra forma, o próprio contrato estaria desconfigurado na sua finalidade precípua.”

⁴⁴⁵ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Renovar, 2006, p. 155-157. Daí se referir a uma qualificação funcionalizada, p. 192.

incluindo estrutura e função, como fatores interdependentes, entra-se em acordo com o fato de que a distinção entre contratos conexos e contratos mistos perde importância no momento em que o processo de aplicação do direito exige a consideração tanto dos elementos do contrato ele mesmo – típicos ou atípicos – como a consideração dos demais contratos que a ele se ligam.

4.3. *Hermenêutica dos contratos atípicos: uma breve apreciação crítica e o papel dos tipos*

De tudo o que foi dito, não há como se negar a utilidade do tipo, mesmo diante das manifestações da atipicidade. Em primeiro lugar, eles facilitam a atuação privada, oferecendo modelos já aprovados na prática contratual⁴⁴⁶. Inserem, a bem da verdade, um elemento de estabilidade no sistema, permitindo às partes que acordem, *v.g.*, somente acerca de elementos essenciais do contrato, deixando à disciplina legislativa prevista a tarefa da integração.⁴⁴⁷

De outro lado, os tipos também possibilitam a reconstrução, sob suas bases, de novos instrumentos. Normalmente, não ingessam o sistema⁴⁴⁸, mas sim, pelo contrário, oferecem elementos normativos à atuação da autonomia privada. Ademais, servem à interpretação e integração de contratos surgidos atípicos a partir dos modelos já tipificados. Isso especialmente porque, como nota DUARTE⁴⁴⁹ “as matérias reguladas nas normas sobre tipos são freqüentemente diversas das tratadas nas disposições gerais”, não obedecendo, pois, uma razão hierárquica, o

⁴⁴⁶ Tal facilidade, nos sistemas de *common law*, onde não existem os tipos legais, é suprida, ainda que com maior complexidade ao processo de adaptação hermenêutica, pelos *implied terms*. Acerca do método de interpretação dos contratos nesses sistemas, veja-se: ATIYAH, P. S. Judicial techniques and the english law of contract. *Otawa Law Review*, v. 2, 1968, p. 337-362. PATTERSON, Edwin. The interpretation and construction of contracts. *Columbia law Review*, v. 64, 1964, p. 833-865.

⁴⁴⁷ ROSBOCH, Amedeo. Prassi e tipo nel diritto dei contratti. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/rosboch3.htm>. Acesso em: 15 jun. 2006.

⁴⁴⁸ À exceção dos casos em que, na intenção de coibir o abuso das formas privadas, o legislador estabeleça normas cogentes à contratação típica.

⁴⁴⁹ DUARTE, Rui Pinto. Tipicidade e atipicidade dos contratos. Coimbra: Almedina, 2000, p. 108.

que justifica a possibilidade de sua aplicação aos contratos atípicos.⁴⁵⁰ Assim, no que for, por exemplo, possível distinguir como regulação de prestações determinadas, independentemente da configuração do tipo, poderão tais normas ser aplicadas aos contratos atípicos.

Ademais, a introdução do tipo na análise jurídica proporcionou identificar uma maior elasticidade à normatividade dos contratos positivados, possibilitando, por seus contornos fluidos, de um coeficiente elástico, a aplicação de normas típicas a configurações atípicas. Tal constatação não levou, contudo, ao superamento de “uma certa desconfiança relativamente às operações econômicas atípicas e aos autoregramentos privados *sui generis*, e, sobretudo, da excessiva desvalorização da capacidade operativa das disciplinas gerais.”⁴⁵¹

O que se deve cuidar, ademais, é que a aplicação das normas sobre contratos típicos e atípicos não pode ser feita de forma mecânica: há que se ter em conta os resultados a que conduz. E a procura de semelhanças no processo de aplicação do Direito deve se dar não só em função do tipo concreto e dos tipos hipoteticamente aproximáveis, mas do problema jurídico que se propõe a solucionar.⁴⁵² É nesse contexto que se propõe o método tipológico.

⁴⁵⁰ Ainda que afastando a idéia de índice de tipo, é semelhante a observação de MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici. *Rivista de Diritto Civile*, parte I, a. 32, 1987, p. 490-491, para quem: “pare, però, che il problema della disciplina dei negozi atipici possa risolversi in maniera molto più semplice di quanto dottrina e giurisprudenza abbiano finora mostrato di credere, senza alcuna necessità di ricorrere a complicate esercitazioni intellettuali sulla causa, sugli elementi che caratterizzano il tipo e sulla categoria del negozio misto, complesso o collegato. Infatti, se la legge ha la funzione di regolare e non quella di definire i fenomeni della realtà sociale, le norme che si limitano a definire ciascuno dei contratti tipici sono prive di valore giuridico. Le uniche norma giuridicamente rilevanti sono quindi quelle che disciplinano gli effetti dei c. d. contratti tipici. Ciò significa che queste norme sono comunque applicabili – in quanto compatibili – a qualsiasi ipotesi di negozio atipico, cioè a qualsiasi ipotesi di affare, anche se non corrispondente ad una delle definizioni che ne dà il legislatore.”

⁴⁵¹ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 236: “La maggiore (presunta) elasticità del tipo rispetto al concetto può se mai diminuire, ma in nessun caso eliminare, gli scollamenti necessariamente assistenti tra la realtà normativa e quella economica. Infatti è stato rilevato che l’introduzione del tipo nell’analisi giuridica ha portato un’innovazione nella tradizionale tendenza tipizzatrice delle convenzioni private, permettendo definizioni più elastiche dei contratti positivamente disciplinati, ma non consente di superare una certa diffidenza verso le operazioni economiche atípiche e verso le autoregolamentazioni private *sui generis*, e soprattutto la eccessiva svalutazione delle capacità operative della disciplina generale. E quest’ultima considerazione sembra trovare conferma nell’utilizzazione del metodo tipologico per qualificare il noleggio come sottotipo del trasporto, onde applicarne in via integrativa la disciplina invece delle regole generali sulle obbligazioni e i contratti.”

⁴⁵² DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 143-144 e 115.

Evidentemente que o método tipológico não é capaz de solucionar todos os problemas dos contratos, nomeadamente dos atípicos. Mas ele funciona relativamente bem quando o problema da escolha normativa a ser aplicada diz com um caso em que é possível estabelecer razoáveis relações de proximidade com os tipos legais existentes ou quando já há uma formação socialmente típica⁴⁵³. Por isso, na doutrina internacional, muito se sustenta sua aplicação às espécies já recebidas seja nas práticas comerciais, seja oriundas de ordenamentos estrangeiros.”⁴⁵⁴

Sem afastar as considerações sobre o tipo, mas a elas agregando, a contextualização da interpretação propicia notar a utilidade dos usos, especialmente tomados na idéia de tipicidade social e a elevação a caráter de princípio hermenêutico-negocial pelo art. 113 do CC/02. Da mesma forma, um controle funcional da interpretação é ínsito à noção de sentido do tipo jurídico-estrutural, e encontra também remissão expressa no CC/02, que não pode ser tida como incompatibilidade com a idéia de atipicidade, mas, pelo contrário, apenas adequação interpretativa. Assim, tanto se leve em consideração o caráter empírico do tipo para se verificar o papel dos usos como sua totalidade de sentido para a verificação da função do contrato, sempre em vistas a preservar, em grau máximo possível e nos limites da legalidade, a autonomia privada consubstanciada atipicamente no contrato.

⁴⁵³ ROSBOCH, Amedeo. Prassi e tipo nel diritto dei contratti. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/rosboch3.htm>. Acesso em: 15 jun. 2006: Il tipo andrebbe individuato sulla base della realtà sociale sottostante. In sintesi, innanzi al tipo legale l'interprete dovrebbe porre in essere un'ulteriore indagine, in modo da vagliare la vigenza e la conformazione del tipo legale statico alla stregua di un criterio di effettività.”

⁴⁵⁴ COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 235.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Ainda que as conclusões deste trabalho se tenham apresentado já diluídas e individualizadas ao longo de sua exposição, cumpre aqui consolidá-las em uma síntese objetiva. Partindo da premissa dada pela cláusula geral da atipicidade, expressa no art. 425 do CC/02, e redigida sob uma técnica que confere abertura ao sistema civil, procurou-se ao longo do trabalho conferir-lhe uma re-significação⁴⁵⁵.

Composta como espaço de licitude de estipulação de contratos atípicos, tal norma inspirou o que chamamos de *binômio da atipicidade*, verdadeira base argumentativa do trabalho. Com efeito, desenvolveu-se o tema voltado a dois pólos distintos: a “autonomia re-significada” e o tipo (ou “não-tipo”), na intenção de conferir uma idéia ampla à noção de atipicidade e, ao mesmo tempo, encontrar métodos para lidar com os problemas apresentados na aplicação do direito às manifestações atípicas da liberdade contratual.

Sendo lícito estipular diferentemente dos tipos previstos no Código, está-se conferindo aos privados uma esfera de liberdade de regulação de suas relações. Tal liberdade vem aqui manifesta como poder normativo: livremente o sujeito contratualiza suas interações privadas, impondo limites a si e àqueles com quem se relaciona. Sob a forma de autonomia privada negocial, o sujeito estabelece e configura livremente o conteúdo dos contratos que regem suas relações. Mas nessa concepção “re-significada” de autonomia, há um campo próprio de licitude, naturalmente limitado pelos princípios que regem o sistema privado como um todo, e leva como fundamento a confiança e a socialidade, diretrizes do Código Civil de 2002.

No outro lado do binômio, o art. 425 evidencia que o sistema dispõe de modelos segundo os quais, facultativamente, a autonomia se pode configurar. Já que se pode manifestar a liberdade em contratos atípicos, também se pode fazê-lo tipicamente. Essa noção insere no sistema do Código a idéia de *tipo*, categoria

⁴⁵⁵ Termo emprestado de Judith Martins-Costa.

lógica, que pelas características que carrega, propiciaram a exploração da atipicidade tida em uma visão ampla.

Explica-se: é que, paradoxalmente, o tipo, com suas notas de *elasticidade*, *totalidade* e *empirismo*, evidenciado em seu caráter de formação a partir de uma freqüência de comportamentos humanos, serve como verdadeiro substrato fático-normativo para a configuração das atipicidades e aplicação do direito a elas. Isso se evidencia quando, ao procurar as manifestações genuínas da atipicidade, o jurista se depara com múltiplas mesclas de tipos legais de contratos.

Esse binômio formado entre autonomia re-significada e tipo, permitiu que se construísse uma idéia de atipicidade de caráter amplo, que cria e recria em cima do substrato normativo existente na realidade. Assim, quando se descreveu as diferentes configurações da atipicidade, buscou-se colocar em foco exatamente que no Direito, como na natureza, nada se cria, tudo se transforma. A inventividade humana trabalha, pois, com os dados que se apresentam na realidade. Um contrato atípico puro, assim, é uma figura que circula entre os bancos escolares, somente no plano ideal. As atipicidades concretas se manifestam como combinações, modificações e conexões funcionais de tipos contratuais pré-existentes. Esse recriar com os modelos normativos expressa uma dimensão ampliada de concretude à atipicidade e, ao mesmo tempo, a depara com situações reais.

Não é por outro motivo que, configurando modelos, dotados de uma totalidade de sentido, os tipos servem também ao processo hermenêutico-integrativo das manifestações da atipicidade. Note-se, contudo, que não se possa exagerar no recurso a eles, sob pena de se suprimir a primeira nota do binômio: a autonomia. É que se os tipos são dotados de relativa elasticidade, oferecendo supletividade normativa que até certa medida pode ser adaptada a diferentes figuras, é certo que sua elasticidade, como a das molas, é limitada: existe um *coeficiente elástico do tipo*. É, também nas balizas desse coeficiente elástico, que se justifica a existência da dualidade entre figuras contratuais típicas e atípicas no sistema jurídico: se realmente há modelos fluidos de contratos, a verdade é que sua elasticidade encontra limites onde, sob diferente racionalidade, passa a operar a atipicidade. Extrapolar tais limites em uma adaptação hermenêutico-integrativa implica subverter a ordem da liberdade contratual.

O processo de formação do tipo, como modelo tomado de uma freqüência comportamental, permite reapreciar a importância dos usos do tráfico no processo de integração e interpretação dos contratos atípicos, especialmente aqueles dotados de alguma tipicidade social. E se é certo que um controle final do processo de aplicação do Direito ainda se faz necessário, aquela autonomia re-significada oferece-nos a resposta mais adequada como espaço de operação lícita da atipicidade.

Como última observação, não é demais lembrar que a autonomia e a liberdade vêm primeiro, depois sua limitação. Portanto, onde não se faça necessário intervir, prevalece a liberdade, como verdadeira manifestação de uma dimensão da dignidade humana e do exercício da livre iniciativa. O processo final é, pois, uma ponderação de princípios, como *ultima ratio* argumentativa, controlando nossa proposta hermenêutico-integrativa do contrato e recolocando em foco a autonomia privada.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Interpretação. *Revista da AJURIS*, v. 45, 1989, p.7-20.

_____. Projeto de Código Civil – as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 775, mai. 2000.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. V.1.

ALPA, Guido. I contratti di utilizzazione dei computers. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 137-145.

ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. *L'Interpretazione Del Contratto – Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 2001.

AMARAL NETO, Francisco Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, v. 46, p. 7-25.

ANDRADE, Fabio Siebeneichler. Causa e Consideration. *AJURIS*, n. 53, 276-281.

ANDREANI, Federico Maria. Tipicità ed atipicità delle garanzie personali: le figure di garanzia personale non accessoria. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 71-77.

ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (coord). *Shopping Centers – Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1984

ASCARELI, Tulio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____, Tulio. *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell' Impresa*. Milão: Giuffrè, 1962.

_____. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965.

ATYAH, P. S. Judicial Techniques and the English Law of Contract. *Otawa Law Review*, v. 2, 1968, p. 337-362.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. *Revista dos Tribunais*, v. 778, ago. 2000, p. 115-134.

_____. *Contratos Inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação de Mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 87, v. 750, abr. 1998, p. 113-120.

_____. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, p. 78-87.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 1., v. 1., jan./mar., 2000.

_____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e de duas medidas (*tu quoque*). A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. *Revista Forense*, jul./set. 2000, p. 275-282.

_____. Qualificação jurídica de ‘acordo operacional’ (contrato atípico, complexo, com fortes elementos dos contratos de know how e de mandato com administração). Contratos de duração e não-denunciabilidade dos contratos de duração determinada. Denúncia ilícita. *Forense*, v. 380, 2004, p.239-255.

BACACHE-GIBEILE, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: L. G. D. J., 1996.

BARBOSA, Mário Figueiro. Sobre os contratos atípicos. *Forense*, v. 282, 1983, p. 27-38.

BEDUSCHI, Carlo. A propósito di tipicità e atipicità dei contratti. *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, a. 32, 1986, p. 351-381.

BENEDETTI, Giuseppe. Tutela del consumatore e autonomia contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. LII, n. 1, mar. 1998, p. 17-32.

BESSONE, Mario. Contratti di adesione e natura "ideologica" del principio di libertà contrattuale. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, a. 27, v. 3, set. 1974, p. 941-956.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale Del Negozio Giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

_____. Sulla teoria generale dell'interpretazione. *JUS – Rivista di Scienze Giuridiche*, a. VIII, mar. 1957, p. 253-258.

BOSETTI, Francesco Gabriele; GARGANI, Alberto. Il contratto di escavazione del marmo. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 49-60.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. São Paulo: Del Rey, 2002.

BRANCO, Gerson. As origens doutrinárias e a interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro. Tese de Doutorado. Orientação: Judith H. Martins-Costa. Porto Alegre – UFRGS, 2006.

BRECCIA, Umberto. Le nozioni di "típico" e "atípico": spunti critici e ricostruttivi. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 3-17.

BROCCA, Raffaella; LOLLI, Ilaria. La CD multiproprietà immobiliare. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 61-65.

BREGOLI, Alberto. Per un 'amministrazione controllata' della fideiussione omnibus. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p.147-168.

BUSNELLE, Francesco Donato. Note in tema di buona fede ed equità. *Rivista di Diritto Civile*, a. XLVII, n. 5, set-out, 2001.

BUSNELLI, Francesco D. Contratti 'di serie' atipiche e loro qualificazione: osservazioni sparse. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 107-112.

CABRAL, Pedro Manso. Contratos Inominados: uma espécie em extinção? *Nomos* (Bahia, Ceará, Pernambuco), v. 3, n 1-2, 1981, p. 95-102.

CALERA, Carmen Gete-Alonso y. *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, 1979.

CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indireto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento X, 1952, p. 1-149.

CARNEVALI, Ugo. Ilproblema del factoring. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 21-28.

CASTIGLIA, Giuseppe. Promesse unilaterali atipiche. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. 81, , n.5-8, mai./ ago. 1983 I, p. 327-406.

CASTRONOVO, Carlo. Principi o clausole generali, clausole “abusive” o “vessatorie” e Diritto Comunitario. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. 93, n. 1-4, jan./fev., 1995, p. 11-38.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COLLURA, Giorgio. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 168-197.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 63, jun./set. 1986.

_____. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, a. 85, v. 732, 1996, p. 38-46.

COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. Il contratto atípico. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983.

D’AMICO, Giovanni. Regole di Validità e Regole di Comportamento nella formazione del Contratto. *Rivista di Diritto Civile*, a. 68, n. 1, jan./fev., 2002, p. 37-61.

DATTILO, Giovanni. Tipicità e realtà nel Diritto dei Contratti. *Rivista di Diritto Civile*, a. 30, parte 1, 1984, p. 772-810.

DIESSE, François. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat. *Archive de Philosophie du Droit*, a. 43 (1999), p. 259-302.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*. Coimbra: Almedina, 2000.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento Jurídico*. Tradução Baptista Machado. 6. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

_____. *La Idea de Concretización en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil: Derecho Civil – Parte Geral*. Barcelona: Boch, 1935, v. 2, t. 2.

_____. *Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Boch, 1948, v. 2, t. 2.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*, n. 247, p. 9-15.

FERREIRA, Vasco Taborda. *Do conceito de Causa dos Actos Jurídicos*. Lisboa: s/ed., 1946.

FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1968.

_____. Meritevolleza del interesse e utilità sociale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a.LXIX, n. 1-4, jan./ abr. 1971, p. 81-97.

_____. Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione de cassette di sicurezza. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. 86, n. 7-8, jul/ago. 1988, p. 339-354.

_____. Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi? *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. 86, n. 9-12, set./ dez. 1988, p. 421-430.

_____. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. Dogana (San Marino): Maggioli, 1989.

FERRO, Marceo Roberto. Comunhão de ações e contrato atípico. *Forense*, v. 327, 1994.

FIORENTINI, Maria. Osservazioni sulla struttura del contratto di 'factoring': sua natura e qualificazione giuridica. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 101-106.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, v. 130, abr./jun. 2003, p. 7-38.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos Atípicos*. Legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. Contratos Inominados, mistos e negócio indireto. *Revista dos Tribunais*, v. 464, p. 34-46.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. *AJURIS*, a. 15, n. 44, nov. 1988, p. 144-152.

_____. (org.) *O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O Direito dos Contratos no Século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (org.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FUBINI, Ricardo. Contribución al estudio de los Contratos complejos. *Revista de Derecho Privado*, a. 18, v. 208, 1931, p. 1-17.

GAZZONI, Francesco. Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi. *Rivista di Diritto Civile*, a. 24, parte 1, 1978, p. 52-106.

GHERSI, Carlos Alberto. Posmodernidad Jurídica. El análisis Contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v 15, 1998, p. 21-32.

GHESTIN, Jacques. *Droit Civil. Les Obligations. Les Contrat: Formation*. Paris: L.G.D.J, 1988.

_____. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, p. 35-57.

GIAMMARINARO, Corrada. Il problema della qualificazione del mutuo di scopo. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, 67-70.

GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado/La naturaleza de las asociaciones humanas*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GORLA, Gino. *El Contrato – problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Tradução espanhola José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, s./d.

GUTTRY, Andréa de. Il problema dell 'termination' nel contratto di 'franchising'. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 79-88.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Função Social do Contrato. *Revista Jurídica*, n. 117, jan/ fev. 1987, p. 57-75.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Ariel Derecho, s./d.

JHERING, Rudolf Von. *El fin en el Derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Abuso de Direito*. São Paulo, Podium, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Espanhol Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, 2T.

LE GAC-PECH, Sophie. *La proportionalité en droit privé des contrats*. Paris: L.G.D.J. - E.J.A., 2000.

LETO, Angelo Piraino. *I Contratti Atipici e Innominati*. Torino: UTET, 1974.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t. 1.

_____. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

_____. Analisis critico de la autonomia privada contractual. *Revista do Consumidor*, v. 14, p. 5-14.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. Dissertação de mestrado. Orientação: Judith H. Martins-Costa. Porto Alegre/ UFRGS, 2002.

LUMIA, Isidoro Ia. Contratti misti e contratti innominati. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. 10, 1912, I, p. 717-724.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. A Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 20, nov./ dez. 2002, p. 27-40.

_____. O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 16, 1999, p. 139-160.

MAJELLO, Ugo. I problemi di legittimità e di Disciplina del negozzi atipici. *Rivista di Diritto Civile*, a. 32, parte prima, 1987, p. 487-502.

MARQUES, Cláudia Lima. *Os Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS- COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *AJURIS*, a. 14, n. 45, mar./ 1989, p.213-244.

_____. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, v. 680, jun. 1992, p. 47-58.

_____. A Noção de Contrato na História dos Pactos. In: *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 498-513.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. (As Cláusulas Gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, jun. 1998, p. 135.

_____. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 78, 2002, p.126 e segs.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 2t.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Jurisprudência brasileira*, v. 200, 2003, p. 9-39.

_____. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no NCC (estruturas e rupturas em torno do art. 187). Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br> >. Acesso em 23 mai. 2003.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. In: *Experiências do Direito*. (coord. REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale). Campinas: Milenium, 2004, p. 23-61.

_____. Reflexões sobre o princípio da Função Social dos Contratos. In: *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro* (Coord. CUNHA, Alexandre dos Santos). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 218-248.

_____. Os avatares do Abuso de Direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. Inédito, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith (org.) et alli. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Adriana Nandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 801, jul. 2002, p. 11-29.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t.2-5, t. 38.

MOURA, Mário Aguiar. A função social do contrato. *RT*, n. 630, abr. 1988, p. 247-249.

NANNI, Carlo di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. LXXV, n. 9-10, set./ out. 1977, p. 479-343.

NAVARRETA, Emanuela. Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato. *Rivista de Diritto Civile*, n. 6, nov-dec. 2001, p.779-804.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVA, Giorgio de. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974.

_____. Il tipo contrattuale. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 29-37.

PAPADOPOULOS, Ioannis. Interpretazione artística ed Ermeneutica Giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, a. 44, n. 2, mar./abr. 1998, p. 211-260.

PATTERSON, Edwin W. The interpretation and constructions of contracts. *Columbia Law University*, v.64, 1964, p. 833-865.

PELLICANÒ, Aldo. *Causa del contratto e circolazione dei beni*. Milão: Giuffrè, 1981.

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* (Coord. CUNHA, Alexandre dos Santos). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 249-287.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RAISER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. (Dier Zukunft dês Privtrechts) Tradução Lucinda Maria Raugnetti. Revisão Antônio Estevão Allgayer e Henriqueta K. Von Wackerritt. *Revista da PGE, Porto Alegre/RS*, a. 9, v. 25, 1979, p. 11-25.

REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. 1.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, a. 92, v. 808, fev/2003, p. 11-19.

RESCIGNO, Pietro. Appunti Sulle “Clausole Generale”. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. 97, n. 1-2, jan./fev., 1998, p. 1-8.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROUBIER, Paul. Le role de la volonté dans la création des droits et des devoirs. *Archives de Philosophie du Droit*, 1957, p. 1-69.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução português (Portugal) Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSOCH, Amedeo. Prassi e tipo nel diritto dei contratti. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/rosboch3.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2006.

RUBINO, Domenico. *El negocio juidico indirecto*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no Direito Privado e seu tratamento judicial e extrajudicial. *AJURIS*, v. 48, mar. 1990, p. 170-178.

SABATO, Franco di. Unitá e pluralitá di negozzi. *Rivista di Diritto Civile*, a. 5, n. 4, jul./ ago. 1959, p. 412-438.

SACCO, Rodolfo. Autonomia contrattule e tipi. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, a. 20, n. 3, set. 1966, p. 785-808.

SALOMÃO FILHO. Função Social do Contrato: Primeiras Anotações. *Revista dos Tribunais*, a. 93, v. 823, mai. 2004.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO, Cláudio Ari (org.). *O Novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SBISA, Giuseppe. Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni. In: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Tipicità e Atipicità nei Contratti*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 117-122.

SCOGNAMIGLIO, Cláudio. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. Padova: CEDAM, 1992.

SHAWAB, Dieter. Liberdade contratual e Formação dos contratos ex vi legis. *AJURIS*, a. XIV, v. 39, mar. 1987, p. 16-36.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Obrigações como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *AJURIS*, v. 40, 1987, p. 148 e ss.

_____. O princípio da boa-fé e as condições gerais dos negócios. In: *Contratos Bancários*. (Anais do simpósio sobre as condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica) Curitiba: Juruá, 1988.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais: uma análise à luz da teoria da causa*. Tese de Doutorado. Orientador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo – USP: 2001, 271p.

_____. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TALAMANCA, Mario. La tipicità del sistema contrattuale romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 86, 1991, p. 44-64.

THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. Contratos Mistos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 44, 1968, p. 143-168.

_____. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1991, v. 1.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, v. 126, abr./ jun. 2002, p. 31-36.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma/ Bari: Laterza, 1999.

VOLANTE, Raffaele. *Il sistema contrattuale del Diritto Comune Classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*. Milano: Giuffrè, 2001.

WALD, Arnaldo. A introdução do "Leasing" no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 415, mai. 1970, p. 9-14.

_____. O contrato: passado, presente e futuro. *Cidadania e Justiça*, a. 4, n. 8, 2000, p. 43-49.

_____. A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002. *Revista Forense*, v.98, n.364, nov./dez. 2002, p.21-30.

WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: UNB, V. 2.

ZACCARIA, Francesco Viola-Giuseppe. *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di teoria di ermeneutica del diritto*. Laterza: Roma-Bari, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999.