

REVISTA FORENSE



NOVEMBRO – DEZEMBRO DE 2009

Volume 406 – ANO 105

ISSN 0102-8413

FUNDADA EM 1904

PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

DIRETORES

Arruda Alvim
Therеза Arruda Alvim
Eduardo Arruda Alvim
Araken de Assis

CONSELHO EDITORIAL

José Carlos Barbosa Moreira

José Ribas Vieira

Luiz Fux

Maria Mendez Roca Solano

Nelson Nery Costa



BILAC PINTO



EDITORA



Bruno Miragem

Eduardo Camargo Righi

Francisco Bilac Moreira Pinto Filho

Humberto Theodoro Junior

Jorge Miranda

© Copyright
Revista Forense

REVISTA FORENSE, vol. 1 – 1904

Publicação bimestral.

Volume 406 – 2009 (novembro/dezembro)

Rio de Janeiro: Forense – 2009

1. Direito – Brasil – Periódicos.

FORENSE/RJ

CDU – 34(81)(05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xero-gráficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei nº 9.610, de 19.2.1998).

Reservados os direitos de edição e distribuição pela

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma revista integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: revista.forense@grupogen.com.br
Travessa do Cuvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação recursal para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: RT, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa*. In: DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Ana Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Facelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. *Justiça penal consensual*. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *Einführung. In: Strafprozessordnung*. 45. ed. München: Deutscher Taschenbuch, 2009.

SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozesses des Kantons Zürich und des Bundes*. 4. ed. Zürich: Schulthess, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Lei de execução fiscal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. I, t. II. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III.

TOURNINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II.

VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 6. ed. München: C.H.Beck, 2008.

VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des deutschen stratrechts*. 8. ed. Berlin: J.Guttentag, 1897.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Rauli e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

“Os métodos são as verdadeiras riquezas”
Friedrich Nietzsche

CARLOS NELSON KONDER
Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil na
pela Universidade de Camerino (Itália). Professor de direito civil na
PUC/Rio. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu na PUC/Rio,
na UERJ e na FGV.

CONTRACTS QUALIFICATION AND LINKED CONTRACTS

QUALIFICAÇÃO E COLIGAÇÃO CONTRATUAL

SUMÁRIO: 1. A importância da qualificação e a transformação do direito contratual. 2. A metodologia por trás da qualificação dos contratos. 2.1. O duplo aspecto da qualificação. 2.2. A doutrina dos elementos essenciais e a subsunção. Importância da relativização das dicotomias interpretação da lei x interpretação do contrato e interpretação x qualificação. 2.3. Transformações metodológicas: tipo e causa concreta do contrato. 3. Desafios à qualificação dos contratos. 3.4. Contratos típicos. 3.2. Contratos mistos. 3.3. Contratos atípicos. 3.4. Contratos coligados. 4. Conclusão.

KEY-WORDS: Qualification – Interpretation – Cause of contract – Contract type – Mixed contract – Linked contracts

ABSTRACT: Considering the open texture of language and the role of argumentation in interpretation, this paper analyses the methodology of contract qualification, considering the conflict between cause, type and essential elements and applying these considerations to categories such as typical contracts, atypical contracts, mixed contracts and linked contracts.

PALAVRAS-CHAVE: Qualificação – Interpretação – Causa do contrato – Tipo contratual – Tipicidade – Contrato misto – Contrato atípico

RESUMO: A partir de premissas como a textura aberta da linguagem, o caráter argumentativo da interpretação e a superação da subsunção, o artigo dedica-se à metodologia da qualificação dos contratos, analisando o embate entre causa, tipo e elementos essenciais e aplicando tais reflexões às categorias como contratos típicos, atípicos, mistos e coligados.

1. A IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL

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

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

O raciocínio é tão singelo quanto ilusório. Três exemplos, quase lúdicos, ajudam a ilustrar o equívoco.

Primeiro, a controvérsia entre a Toy Biz Inc. e a altandega americana que levou a *U.S. Court of International Trade* a decidir se os X-Men, heróis fictícios que lutam contra o racismo e a intolerância para proteger um mundo que os teme e odeia, assim como o Homem Aranha e o Quarteto Fantástico, seriam seres humanos? O litígio instaurado teve origem na aplicação do código tributário americano (HTSUS) que, em virtude de uma recente alteração, passou a determinar taxas de importação maiores para bonecos (*dolls*). 12% *ad valorem* segundo a seção 9502.10.40 do HTSUS) do que brinquedos em geral (*other toys*, 6,8% *ad valorem* segundo a seção 9503.49.00 do HTSUS). A Toy Biz Inc. pressionou a juíza para que declarasse que seus heróis são “inumanos”, pois assim poderia obter uma tarifação mais branda em bonecos importados da China, uma vez que, de acordo com a legislação tributária, representações

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

2 Toy Biz, Inc. v. US Customs, extraído de <http://www.cit.uscourts.gov/ship_op/ship_op03/ship_op%2003-2.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2005.

de seres humanos são bonecos enquanto figuras representando animais ou “criaturas”, como monstros e robôs, são consideradas “outros brinquedos”.

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

Segundo, o amplamente difundido pela mídia exemplo da qualificação dos salgadinhos *Pringles* como batatas². Ao contrário dos demais alimentos, no ordenamento britânico as batatas fritas de saquinho sofrem a incidência do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado), o que levou a multinacional Procter & Gamble a se defender da cobrança sob o argumento de que somente 42% da composição das *Pringles* é realmente batata. Assim, alegou que, para caber a tributação o produto deveria ser pelo menos majoritariamente composto por batata. O juiz Robin Jacob, contudo, entendeu que “há um teor de batata mais que suficiente para que seja razoável considerar que são feitas de batata” e, com isso, condenou a fabricante a pagar aproximadamente 100 milhões de libras de impostos atrasados e outros 20 milhões de libras anuais a partir da decisão.

O terceiro exemplo, já dentro do âmbito estritamente contratual, diz respeito à qualificação dos “burrinhos” como sanduíches³. O objeto da controvérsia era cláusula contratual que determinava estabelecimento de um *shopping center* vendesse exclusivamente sanduíches e a lancheonete estava oferecendo aos seus clientes também “burrinhos”, célebre prato tradicional da culinária mexicana consistente em uma tortilha de farinha geralmente rechada com carne. O juiz Locke da Corte de Massachusetts determinou que o estabelecimento estava indo além da limitação contratual, pois só se caracteriza como sanduíche o que é composto por “duas finas fatias de pão, normalmente amenteigadas, com uma fina camada no meio de carne, queijo ou misturados sabores”.

Diante destes exemplos, percebe-se como o processo pelo qual se avaliam as características peculiares do objeto concreto e estas são cotadas com o significado das normas pertinentes, determinando a consequência jurídica – o processo de qualificação – merece uma análise, científica, cuidadosa. Isto porque o método por trás do

3 Por exemplo, em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91nu569476.shtml>. Acesso em: 21 mai. 2009.

4 FLORESTAL, Marjorie. Is a Burrito a Sandwich? Exploring Race, Class and Culture in Contracts. *Michigan Journal of Race and Law*, v. 14, issue 1, fall 2008, p. 1-58.

tutela dos sujeitos vulneráveis. Ou seja, ao lado do respeito, que permanece, à liberdade do particular em celebrar pactos vinculantes para o direito, outros imperativos de caráter social adentram a esfera das relações contratuais.

Diante disso, a qualificação dos contratos não apenas tem que lidar com uma riqueza muito maior de situações concretas resultantes da atividade criativa dos particulares, mas o significado normativo de tais criações é mediado pela ponderação entre a liberdade deles e o atendimento a estas outras imposições normativas do ordenamento, normalmente enunciadas sob a forma de princípios. Tãmanha complexidade não pode ser concebida através de um modelo teórico puramente mecânico e formalista: impõe-se uma atividade do aplicador que vai além da perspectiva positivista tradicional.

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

O exemplo mais ilustrativo é o do arrendamento mercantil (*leasing*), no julgamento a respeito de sua eventual descaracterização no caso de antecipação do pagamento do valor residual garantido (VRG). Como se sabe, normalmente no arrendamento mercantil o interessado em fruir de um bem, mas incerto quanto à conveniência de sua aquisição, requer à uma instituição financeira que o adquira e ceda a ele seu uso, por prazo determinado remunerado, mediante remuneração periódica. Findo o prazo, o arrendatário tem a opção de renovar o contrato, devolver o bem à proprietária ou ainda ad-quiritio, mas em vez de pagar o seu preço cheio, serão computados os valores já pagos e caberá a ele, exercendo a opção de compra, pagar apenas o faltante para completar o valor, no momento da celebração do contrato, como forma de garantia, desse valor, no momento de compra própria do arrendamento e conversão em uma regular caracterização a opção de compra própria do arrendatário que lhe são próprios. Independentemente da posição a ser tomada a respeito do problema em exame – se a antecipação do VRG descaracteriza ou não o arrendamento mercantil – o fato é que a drástica mudança no entendimento da jurisprudência sobre o tema, produzindo dois enunciados de sumula de nossa corte superior opostos no curto período de dois anos, é simbólica da falta de coerência científica nesse aspecto do direito contratual e, portanto, merecimento de um exame doutrinário mais cuidadoso.

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

7 Como explicou MORAES, Maria Celina Bodin de, “Em 2002, tão consolidada estava a decisão sobre a desfiguração da causa do *leasing* que ela foi sumulada pela Segunda Seção – Súmula n. 263 – no seguintes termos: ‘A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de

processo de qualificação é determinante na aferição da legitimidade da decisão obtida para aquele que qualifica, justifica-se um exame mais rigoroso.

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

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

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

Já sob esta perspectiva constata-se o fator complicador do processo de qualificação. O intérprete não lida simplesmente com fatos dados, mas fatos constituídos pelos particulares nas suas relações cotidianas, e aos quais eles já predeterminaram em princípio os efeitos jurídicos pertinentes. Ainda que esta liberdade criativa manifeste-se nos negócios jurídicos em geral, é no âmbito dos contratos que ela se opera de forma mais frequente, mais intensa e, consequentemente, mais significativa. Amplia-se assim consideravelmente a riqueza das situações concretas, que teriam limite somente na criatividade própria da atividade negocial.

Contudo, este fator complicador se intensifica exponencialmente com a transformação do significado de escolha atribuído aos particulares. Primeiro, formação do significado de escolha negocial, como a aceleração das trocas comerciais, a desmaterialização dos bens e a internacionalização das relações pessoais. Segundo, e principalmente, as transformações dos valores pelos quais a atividade negocial é avaliada, que repercutem incisivamente sobre o conceito e a função da autonomia privada. A transformação do direito civil, no campo do direito contratual, envolve a funcionalização dos institutos de direito civil, a significar o reconhecimento de sua instrumentalidade para a efetivação dos princípios constitucionais, projetados nesta esfera na tutela da confiança, dos interesses coletivos, do equilíbrio entre os contratantes e da

2. A METODOLOGIA POR TRÁS DA QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

VOL. 406

2.1. O duplo aspecto da qualificação

A qualificação contratual tem diversas repercussões, mas atende-se ao âmbito do direito civil, pode-se separá-la em dois aspectos. Primeiro, a avaliação de "merecimento de tutela" (*meritvollezza*) do contrato, isto é, decidir se, diante de seu cotejo com o ordenamento jurídico, o contrato pode ou não produzir efeitos jurídicos.

De fato, diante das exigências de que o contrato não apenas possua um objeto lícito, mas também atenda a uma série de imperativos principiológicos, tais como a boa-fé, a função social, o equilíbrio econômico e a dignidade da pessoa humana, impõe-se constantemente um controle da liberdade contratual que não se dê apenas em termos de ilicitude, mas também de abusividade, isto é, não se pautar apenas pela estrutura do negócio, mas leve em conta sua função. Como explica Pietro Perlingieri:

Não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida etc.). As particularidades e, portanto, as diversidades, podem ter incidido sobre a função e o interesse contratual, de modo a tornar indispensável o controle de valor por parte do juiz⁸.

Um exemplo serve a ilustrar a problemática. No Brasil popularizou-se o tipo social do chamado *leaseback*, uma modalidade especial de arrendamento mercantil. No *leasing* comum, como mencionado, o interessado na fruição de um bem evita desembolsar o capital para comprá-lo e também se livra dos ônus que adviriam da condicção de proprietário (tais como a obsolescência, os riscos e os impostos) através da contratação com uma instituição financeira, a qual adquire o bem de um terceiro (vendedor) e o aluga para o arrendatário, que desfrutará do bem mediante o pagamento periódico do aluguel (a instituição financeira) e, ao final, terá a opção de comprá-lo, pagando um valor extra. Já no *leaseback*, o bem a ser adquirido já é do próprio arrendatário, o qual busca uma forma de autofinanciamento que visa a evitar os prejuízos que adviriam a uma empresa pequena por ter boa parte de seu capital "preso" em certos equipamentos caros e, assim, constitui-se um contrato no qual não há um terceiro, a estrutura é bilateral: a instituição financeira vai comprar um equipamento que já é de propriedade da

arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação". Todavia, em reviravolta raras vezes vista em nossas jurisprudência, a Corte Especial do STJ pouco tempo depois aprovou entendimento exatamente oposto. De fato, hoje o enunciado da Súmula n. 293 (2004) estabelece: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o arrendamento mercantil" (MORAES, Maria Céliha Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 114, jan./mar. 2005).

8 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 370.

arrendatária, pagando um alto valor, e depois cedê-lo para a própria arrendatária, que manterá assim a posse e o uso do bem mediante pagamento de valor periódico, com a opção de (re)compra ao final.

O desafio que o contrato traz diz respeito à proibição de pacto comissório. O ordenamento brasileiro, como a maioria dos demais, não admite um contrato que autorize o credor a ficar com um bem dado em garantia como forma de satisfazer a dívida, caso esta não seja espontânea paga pelo devedor. Ele deve vender o bem e usar a quantia arrecadada para o pagamento devido (CC, art. 1.428)⁹. A questão que se coloca é se o *leaseback* poderia ser reputado um contrato no qual a violação a esta norma proibitiva, troca de considerável quantidade de dinheiro e agora se obriga a pagar parceladamente este dinheiro, mas se o dinheiro não for pago a instituição financeira pode retê-lo, pois já tomou-se proprietária do bem. A questão foi debatida em outros ordenamentos, com a constatação de que, para a adequada qualificação não seria suficiente ater-se à estrutura do contrato, mas impertoso examinar as peculiaridades da sua função¹⁰.

O segundo aspecto que a qualificação contratual evoca no âmbito do direito civil é não mais decidir se o contrato produzirá ou não efeitos, mas quais efeitos ele irá produzir. Passa-se da avaliação de qual a tutela de que ele será merecedor, isto é, entre as diversas normas oferecidas pelo ordenamento, quais normas lhe serão aplicáveis. Aqui o intérprete se depara com uma característica da forma de enunciação normativa do direito contratual: os "tipos".

Entre, de um lado, a impossibilidade de prever e regular a infinitude de possíveis dados de regulamentação de interesses a que a autonomia privada pode dar origem, e, de outro lado, a insuficiência e insegurança gerada pela mera consagração de princípios gerais aplicáveis a todos os contratos, os ordenamentos costumam refugiar-se em um meio termo. Faz-se uso da previsão expressa de tipos contratuais, como compra e venda, doação, locação, mútuo, isto é, modelos teóricos que consagram os mecanismos de intercâmbio jurídico de bens mais comuns, socialmente mais recorrentes, com a cominação das normas aplicáveis a aqueles tipos.

No entanto, diferente da aceção que se utiliza em direito penal ou tributário, os tipos contratuais não são rígidos e fechados. O simples fato de o Código Civil adotar que "é lícito às partes estipular contratos atípicos" já é um sinal disto¹¹. De fato, em contraposição aos "conceitos", os "tipos" são muito mais abertos e flexíveis, dando grande liberdade ao intérprete. A observação dos tipos contratuais previstos em nosso código civil reflete isto: primeiro, eles não costumam trazer verdadeiras definições, rígidas e vinculantes ao intérprete, mas apenas descrições (por vezes nem isso); segun-

9 "Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento".

10 PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nel contratto. *Il diritto del contratto fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003. p. 409-411.

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

do, a maioria destes tipos é vinculada a práticas sociais reiteradas anteriores à própria legislação – os chamados “tipos sociais” –, o que permite ao intérprete analisar o dispositivo da lei a partir do tipo social em razão da regra de interpretação com base nos “usos e costumes”; e, terceiro, os elementos (índices) que compõem o tipo são extremamente heterogêneos, como obrigações criadas, qualidades das partes, natureza do bem, finalidade etc., o que faz com que eles se relacionam verticalmente, muitas vezes sobrepondo-se entre si e tantas outras deixando espaços vazios – “arqui-pêlagos no *mare magnum* da autonomia privada”¹². Esta estrutura dos tipos contratuais tem o potencial de oferecer ao intérprete grande maleabilidade na hora de determinar os efeitos que o contrato concreto irá produzir, o que é ampliado pela cada vez mais frequente utilização pelo legislador de cláusulas gerais, como a boa-fé, a função social do contrato e o abuso do direito, também determinantes na qualificação dos contratos.

2.2. A doutrina dos elementos essenciais e a subsunção e a importância da relativização das dicotomias interpretação da lei x interpretação do contrato e interpretação x qualificação

Tradicionalmente, utiliza-se o método de qualificação dos contratos pautado na subsunção, que costuma ser denominado doutrina dos elementos essenciais (ou *essentialia*). De acordo com este modelo, todo tipo traz um rol de elementos reputados necessários e suficientes para a qualificação e a tarefa do intérprete seria verificar a presença ou ausência destes elementos essenciais no contrato concreto. No exemplo clássico, faltando coisa ou preço, jamais se teria uma compra e venda, mas havendo coisa e preço, obrigatoriamente trata-se de compra e venda, independente de qualquer outro elemento que o contrato possa. Os demais elementos, sejam os não essenciais sugeridos pelo tipo (naturais), sejam os colocados pelas partes (acidentais), seriam irrelevantes e indiferentes ao processo de qualificação.¹³

Apesar de seu caráter didático e de sua importância para a sistematização dos modelos contratuais, este método ainda se pauta na superada concepção do processo de interpretação e qualificação como ato de subsunção: o papel do intérprete estaria restrito à verificação fática da presença de elementos essenciais, pressuposto para a subsunção do contrato concreto ao tipo legal, com a consequente aplicação das normas pertinentes. Trata-se, assim, de uma perspectiva do processo de qualificação essencialmente mecânica: a constatação seria a operação necessária e suficiente para a qualificação naquele tipo e a consequente aplicação de suas normas – e de nenhum outro. Além disso, é um método que se baseia em duas dicotomias a serem relativizadas. A primeira se daria entre interpretação da lei e interpretação do contrato. Esta separação encontra raízes na própria *summa divisio* entre direito público e direito privado, na qual enquanto o primeiro era composto essencialmente de normas cogentes,

12 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 2.
13 AZEVEDO, António Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

voltadas para disciplinar (*rectius*, limitar) o exercício do poder de império do Estado, o segundo era formado essencialmente por normas dispositivas, uma vez que, ressalvadas as hipóteses excepcionais de ilicitude, tinha por objeto somente garantir o livre exercício da autonomia dos particulares através de suas manifestações de vontade.¹⁴ Deste contexto dicotômico, até hoje se reproduz a ideia de que as fontes das obrigações dividem-se em duas categorias: a lei e a vontade.¹⁵ No entanto, constatada a unidade do ordenamento, em que todas as normas entram seu fundamento de validade na Constituição e têm por objetivo a mais plena realização de seus princípios fundamentais, o direito contratual deixa de ser o espaço em que reina isolado somente o império da vontade para também obedecer à tábua principiológica estabelecida pela legalidade constitucional.¹⁶ Também a regulação do contrato passa a servir à realização dos mesmos predicados que guiam todo o sistema, como justiça social, erradicação da pobreza, valor social do trabalho e da livre iniciativa, solidariedade e, principalmente, dignidade da pessoa humana.¹⁷ Assim, o significado normativo do contrato não se constrói apenas na leitura da vontade declarada pelas partes: por vezes se constrói mesmo a despeito dela. A aplicação do princípio da boa-fé demonstra bem isto: de um lado, tome-se como exemplo a imposição de deveres ditos laterais ou anexos que não se ligam à declaração de vontade, mas são impostos pela exigência do ordenamento no sentido da lealdade e retidão entre as partes; de outro lado, direitos criados pela vontade das partes têm exercício limitado nas situações em que este se mostrar incompatível com a cooperação e solidariedade de se esperar na relação contratual, através do instituto do abuso do direito.¹⁸ Neste sentido, afirma-se que a incidência da boa-fé, ao “moldar o conteúdo

14 Sobre o tema v. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constitución, derechos fundamentales e derecho privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 299-338, e, entre nós, SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 239-257, abr./jun. 2005.
15 Confrontando-se criticamente, para MORAES, Maria Celina Bodin de, “Qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, se deve condunar e exprimir a normativa constitucional” (A caminho de um direito civil-constitucional. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 15).
16 Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Especialmente p. 1-23.
17 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 108.
18 A tripartição dos efeitos do princípio da boa-fé em função interpretativa-integrativa, criadora de deveres anexos e limitadora do exercício de direitos é bastante difundida, sobre a qual remete-se a Manuel António Caneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994; e, entre nós, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999; NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221-253; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do

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

O processo de interpretação/qualificação dos contratos, portanto, não pode ser visto de forma linear, sequenciado em etapas preclusivas, uma vez que tais etapas – *rectius*, aspectos – imiscuem-se uns nos outros²⁴. Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsidiário, do fato à norma, a atitude do intérprete constitui-se em um constante ir-e-vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos²⁵. Por conta da ausência de linearidade, da pluralidade de sentido, do processo interpretativo, difundiu-se entre nós, sob a influência heideggeriana, a imagem popularizada por Hans-Georg Gadamer do “círculo hermenêutico”²⁶.

2.3. Transformações metodológicas: tipo e causa concreta do contrato

A partir destas transformações metodológicas, parte da doutrina se insurgiu contra a doutrina dos elementos essenciais e buscou trazer ao plano da qualificação as conquistas científicas já consolidadas no plano da interpretação. Neste sentido temos o “método tipológico”, que sustenta que a referida flexibilidade proveniente da construção dos modelos normativos abstratos a partir de “índices do tipo” – elementos que não são necessários à qualificação, mas que contribuem para uma imagem global do modelo – faz com que seja fundamental em cada processo de qualificação o cotejo horizontal entre os diversos tipos – clareando as áreas nebulosas entre eles – e vertical com os princípios que lhes inspiram²⁷.

Em outra linha, encontramos o método de qualificação dos contratos a partir da “causa do contrato”, entendida genericamente como a função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato persegue. Por este método, o intérprete, para qualificar o contrato, deveria cotejar a causa do contrato concreto com

- 24 Neste sentido deve repuntar-se equivocado o entendimento consolidado na jurisprudência segundo o qual é admissível, em sede de recurso especial, a discussão da qualificação jurídica dos fatos que não seja reexame do suporte fático probatório (entre tantos, STJ, REsp n. 687.336. Relator: Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 15 de março de 2005, DJ, 16.05.2005), mas “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” (STJ, Súmula n. 5, 1990).
- 25 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 215.
- 26 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 354 e segs. Mas destaca CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (*Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35) que o autor “pretendeu mostrar o que é comum a toda maneira de compreender, porque acredita que a tarefa da hermenêutica não é desenvolver em procedimento da compreensão, mas iluminar as condições sob as quais se compreende”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002. *passim*.

normativo do vínculo”, tem por consequência “o inevitável nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade”¹⁹.

Neste contexto, supera-se o debate tradicional entre as teorias da vontade e da declaração, pois a normativa aplicável ao contrato não será descoberta pela investigação de viés subjetivo ou mesmo psicológico sobre o desejo das partes envolvidas, tampouco pela atenção exclusiva à forma pela qual esta vontade foi declarada, mas será aquela que propicie maior conformidade entre a função concreta perseguida pelo ato de autonomia e os interesses tutelados pelo ordenamento, isto é, será a normativa que de forma mais plena assegure os imperativos de justiça e solidariedade, atendendo à legítima confiança constituída entre as partes e à repercussão social juridicamente relevante dos efeitos perseguidos²⁰. Assim, conclui Pietro Perlingieri:

“Nessa perspectiva, a distinção tradicional entre interpretação da lei e interpretação do negócio (do fato) tem apenas valor descritivo, não configura duas atividades que possam ser separadas com base na finalidade, no método ou no tempo”²¹.

A segunda dicotomia a ser relativizada, diz respeito à separação entre interpretação e ato de autonomia, a descoberta do significado dos termos utilizados, sua reconstrução como fato histórico. De outro lado, a qualificação, lógica e cronologicamente posterior, seria a sua avaliação da veste jurídica, a subsumção do fato concreto ao intérprete, ao qual caberia revelá-la como premissa menor e, em seguida, encaixá-la na premissa maior, a norma, de forma a propiciar-lhe a atribuição de efeitos jurídicos. No entanto, a interpretação não é a compreensão de uma realidade pré-jurídica: a realidade é construída e reconstruída pelo intérprete, na mesma medida em que a norma é produzida a partir do cotejo entre o enunciado normativo e a totalidade do ordenamento, especialmente seus princípios fundamentais, e, continuamente, o diálogo entre o fato e a norma, o fato e a relação, o fato e seus efeitos²².

advogado, 2003. p. 99-126; TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Obrigações*: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

- 19 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 53-54.
- 20 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.
- 21 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 650.
- 22 *Idem*. *ibidem*. p. 651.
- 23 Como afirma PERLINGIERI, Pietro: “Normas e fatos são inseparáveis objetos de conhecimento: interpretação tem função aplicativa, tem escopo prático, e a identificação de um significado jurídico (efeitos do fato). O fato não preexiste à interpretação, mas é constituído pelo procedimento que o intérprete: antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 652).

a causa abstrata prevista no âmbito dos tipos²⁸. A figura da causa abstrata é objeto de diversas críticas, mas a causa em concreto, entendida como “a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação²⁹”, ao valorizar a apreciação das peculiaridades do regulamento de interesses em exame, sob uma perspectiva unitária e funcional, é condizente com a constitucionallização do processo de qualificação contratual, na medida em que determina a busca da normativa mais adequada à realização dos preceitos constitucionais diante das peculiaridades do caso concreto em exame³⁰. Isto porque, como destaca Perlingieri, “identificar a função não é o mesmo que descrever os efeitos do fato, interligando-os desordenadamente, mas sim apreender o seu significado normativo”³¹.

A título ilustrativo, imagine-se um caso no qual uma sociedade A, proprietária de um imóvel em péssimas condições, busca desesperadamente vendê-lo. Em virtude disso, procura B, consultor atuante no mercado imobiliário, para auxiliá-la a encontrar um comprador. B, contudo, manifesta interesse em ele mesmo adquirir o imóvel. Na verdade, B não possui qualquer disponibilidade econômica para a operação, mas esta confiante de conseguir revendê-lo imediatamente ao proprietário de uma empresa hoteleira que estava muito interessada na localidade, pois, acreditava que, uma vez reformada, teria grande valorização em virtude do desenvolvimento turístico no local. A e B celebram, assim, um contrato de compra e venda a um preço absoluto-mente conveniente para o adquirente, o qual B paga com um cheque. A, todavia, ao tentar descontar o cheque, toma ciência de que não apenas o cheque não tem fundos, mas também está vinculado a uma conta corrente já extinta. Neste meio-tempo, B consegue revender o imóvel ao dono da empresa hoteleira pelo triplo do preço que teria pago para sua aquisição. A, informado acerca da eficiente especulação de B e do fato de que o novo adquirente já realizou a alteração do registro do imóvel, busca o fundamento jurídico que mais proteja os seus interesses, isto é, idôneo a lhe garantir a obtenção do valor pago a B.

As possibilidades de anular o contrato por dolo ou por lesão autorizam o pleito no sentido de uma indenização por perdas e danos, mas mais eficiente seria reconhecer que a causa concreta do contrato que foi efetivamente celebrado entre as partes, tendo em vista que B nunca teve a finalidade nem a possibilidade de efetiva-

28 MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 104, jan./mar. 2005). Em outro sentido, v. PENTEADO, Luciano de Camargo, de Janeiro, n. 21, p. 104, jan./mar. 2005). Em outro sentido, v. PENTEADO, Luciano de Camargo, Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 20, p. 235-265, out./dez. 2004.

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

30 Para o desenvolvimento deste argumento, v. KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, ro: 2009.

31 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642.

3. DESAFIOS À QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

3.1. Contratos típicos

mente vir a adquirir o imóvel, mas sim de repassá-lo a terceiro, não era de uma compra e venda, mas sim de uma intermediação, como um contrato de corretagem, o que justificaria a cominação das respectivas normas e a atribuição dos adequados efeitos jurídicos, isto é, a entrega do valor pago pelo terceiro à sociedade A, autorizando a B apenas a retenção da percentagem cabível a título de comissão.

As transformações metodológicas propostas têm o mérito de reconhecer a liberdade argumentativa do intérprete, afastando a ideia de que o procedimento de qualificação possa ser concebido como mecânico, subsumivo. Isto repercute na mitigação da dicotomia entre contratos típicos e atípicos, já que os tipos deixam de funcionar como “pacotes fechados”, cujas normas ou se aplicam em conjunto ou não se aplicam. De fato, só se avalia a qualidade de um método examinando suas repercussões: assim, a título ilustrativo, vale mencionar alguns exemplos de desafios à qualificação dos contratos, mostrando como a mudança metodológica neles se impõe.

No método de qualificação pautado pela subsunção formal do contrato concreto ao tipo abstrato – a doutrina dos *essentiaalia* – a distinção entre os contratos concretos que se enquadram no tipo e aqueles que dele escapam deve ser nítida e rígida, pois enquanto os primeiros receberiam uma normativa predeterminada – as normas cominadas para aquele tipo específico –, os segundos se submeteriam apenas às normas gerais relativas aos contratos.

No entanto, especialmente com a constatação de que os tipos contratuais são mais flexíveis e abertos do que a princípio se supunha, não apenas ocorre de um vasto conjunto de contratos concretos corresponder ao mesmo modelo abstrato do tipo (o que já era reconhecido pela metodologia tradicional), mas mesmo contratos que não contêm todos aqueles índices (“elementos essenciais”) mencionados na previsão abstrata podem, ainda assim, submeter-se às normas lá previstas.

Neste sentido, os autores que defendem o método tipológico, comumente se referem à elasticidade própria do tipo. Uma vez que os variados índices que o caracterizam não são elementos necessários ou suficientes, o contrato concreto pode não possuir um, alguns ou mesmo vários deles e, apesar disso, continuar a sofrer a incidência daquelas regras. Somente a partir de um ponto extremo é que, sendo esta elasticidade limitada, o contrato concreto se desvincularia daquele modelo abstrato³².

32 Na significativa imagem de COMIRAN, Giovana Cunha: “O fato de a teoria tipológica ter colocado tal característica em evidência [a elasticidade atribuída ao tipo não pode ser ilimitada], nos permite desenvolver a ideia 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

Também para o método de qualificação pautado pela causa concreta do contrato, a distinção entre contratos típicos e atípicos é relativizada e a classificação nestes termos, se ainda tem algum valor, é precária³³. O juízo acerca da relação entre o contrato concreto e o tipo é um juízo analógico, uma avaliação de aproximação, uma escala gradual na qual um contrato não será puramente típico ou atípico, mas sim mais ou menos típico, reconhecendo-se a enormidade de escalas de cinza entre os extremos preto ou branco. Trata-se, nestes casos, de um “juízo de prevalência, já de per si estranho ao esquema da subsunção”³⁴.

A terminologia “típico” x “atípico”, contudo, pode continuar a ser utilizada tendo-se em mente a referida relativização de seu papel e a mitigação do rigor dos seus termos. Pode-se entender que a dita tipicidade do contrato não significa seu encaixamento em um núcleo isolado de normas. Aquela contrato continuará a ser aplicáveis normas de outros tipos que encontrem justificação para sua incidência concreta. A diferença estará, novamente, no ônus argumentativo para o processo: no contrato ditotípico relativamente a um modelo específico, a aplicação de normas referentes a outros modelos demandará uma justificação mais extensa do que a aplicação das normas pertencentes àquele mesmo modelo. O efeito da alegada tipicidade está em estabelecer, *a priori*, ainda que de forma precária, a aplicabilidade ao contrato das normas referentes àquele tipo. Isto não dispensa o intérprete de analisar cuidadosamente a causa concreta do contrato e pesquisar no ordenamento como um todo as normas que lhe sejam mais adequadas.

Assim, esta pressuposição de aplicabilidade das normas típicas pode persistir ainda diante da constatação das características próprias da causa concreta do contrato em exame, bastando que o intérprete identifique as outras normas que também serão aplicáveis e que não colidam com o modelo normativo abstrato. Mas quando ocorre a referência ao rompimento da elasticidade do tipo, ao sutil momento de transição para a atipicidade, refere-se a constatação de que a causa concreta daquele contrato contém tal número de peculiaridades que não mais se justifica partir da premissa de que as normas referentes àquele tipo lhe seriam aplicáveis.

um ponto ideal máximo de deformação, o qual, uma vez ultrapassado, deforma a ‘mola’, alterando sua elasticidade. A essa *flexibilidade limitada do tipo*, entendemos chamar, a exemplo do que ocorre no estudo das molas, pois, *coeficiente elástico do tipo*” (COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p. 44-45 – grifos no original).

33 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 373.

34 DE NOVA, Giorgio. **Il tipo contrattuale**. Padova: Cedam, 1974. p. 115. Posssegue o autor: “Tratando-se de recondução a um tipo, e não de subsunção a um conceito, não se está de frente a uma alternativa em termos de pertencimento ou não pertencimento; é possível, ao invés disso, um pertencimento maior ou menor, com a consequência de uma aplicação maior ou menor da disciplina legal” (DE NOVA, Giorgio. **Il tipo contrattuale**. Padova: Cedam, 1974. p. 143).

Nesta seara temos o exemplo tradicional do depósito de coisas fungíveis, uma vez que, de acordo com o disposto no art. 1.280 do CC/16, “o depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, quantidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”. Nossa jurisprudência, todavia, manifestou o entendimento de que é possível que, mesmo em concreto tratando-se de coisas fungíveis, o contrato permaneça regulado como depósito regular. A decisão do STJ garantiu a possibilidade de recorrer à ação de depósito mesmo a coisa sendo fungível, pois o contrato permanece típico, sem garantia para o débito e sem destino de compra pelo depositário³⁵.

Mais recentemente, hipótese que tem suscitado esta controversia é a da permanência no âmbito da locação dos contratos pelos quais se cede boxe ou estande em estabelecimento comercial, sobre a qual, novamente, é imperioso averiguar a causa do contrato concreto. Assim, em decisão do TJSF entendeu-se “típico juridicamente” a iniciativa das partes de denominar a avença “instrumento particular de contrato atípico de cessão temporária para uso de *stand/box*”, pois teria o objetivo de “distinguir, e mal, uma locação comercial, fugindo assim das limitações impostas pela Lei n. 8.245/91”. A argumentação do relator para manter o contrato, a despeito de suas peculiaridades, no âmbito da Lei do Inquilinato, pautava-se na afirmação de que, no caso, o “*Shopping Stand Center*” não passa de um *shopping* – centro de compras – comum, “não é local para eventos ou feiras específicos, como por exemplo, o Anhembi, única hipótese em que se justificaria um contrato como o juntado aos autos, não enquadrado na Lei do Inquilinato”³⁶.

De outro lado, contudo, há decisões como a do TJMG sobre contrato de locação de boxes constantes do complexo comercial intitulado de *Shopping Popular Tupi-nambá*, para cuja utilização é imprescindível a prévia autorização da Prefeitura de Belo Horizonte. No caso, houve a revogação da autorização de exploração do boxe do recorrido com fundamento no seu contumaz descumprimento do regulamento interno, mais especificamente inadimplência e manutenção do boxe fechado por mais de 24 horas. Diante da revogação, o Conselho Gestor procedeu à notificação prévia do locatário para desocupação do boxe no prazo de trinta dias e, não sendo cumprida, providenciou a retomada do boxe do recorrido, sendo lavrado o auto de interdição.

35 STJ. EREsp n. 396.699. Relator: Min. Art Pargendler. Relator p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves. Segunda Seção. Julgado em 10 de dezembro de 2003. DJ. 03.05.2004. “Embargos de divergência. Armazenm geral. Bem fungível. Cabimento. Ação de depósito. 1. O contrato de armazenagem de bem fungível caracteriza depósito regular, pois firmado com empresa que possui esta destinação social, conforme Decreto n. 1.102/1903. Cabível, portanto, a ação de depósito para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato típico. Precedentes (REsp n. 210.674-RS e REsp n. 418.973-RS). 2. Embargos de divergência conhecidos mas improvidos”.

36 TJSP. Ap. n. 1311749600. Relator: Soares Levada. 11ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 12 de março de 2009: “Ação declaratória de anulação de duplicatas, c/c indenização. Contrato atípico de cessão temporária de *stand/box* a distarçar relação locatícia comercial. *Shopping Center* comum, não local para feiras e eventos. Duplicatas de prestação de serviços anuladas. Danos materiais e morais não demonstrado. Ônus sucumbenciais repartidos. Apelo provido parcialmente”.

Na hipótese, contudo, destacou-se que a tipicidade relativa ao contrato de locação decorria também do fato de a contratação estar vinculada a um ato da Prefeitura de fornecer ao locatário a autorização prévia, acrescido pela circunstância de a própria Prefeitura ter elaborado o regulamento do *shopping*.³⁷

Os exemplos revelam como, por um lado, um contrato pode permanecer referido como “típico” e a ele serem aplicadas normas que não sejam típicas, em razão das peculiaridades da sua causa concreta, mas também que a um contrato que não seja reputado “reconduzível” ao tipo é possível aplicar normas pertencentes àquele tipo com fundamento na sua causa concreta. A dita tipicidade significa apenas que ao contrato são, *a priori*, potencialmente aplicáveis as normas daquele tipo, mas sem qualquer obstáculo a que normas de outros tipos também lhe sejam aplicáveis, sob o fundamento – argumentativamente exposto na motivação da decisão – das peculiaridades que revestem a causa concreta daquele contrato. Quando essas peculiaridades são em tal intensidade e importância que não mais se justifica partir da premissa de que as normas típicas sejam todas, em princípio, aplicáveis, neste momento ocorre o que se costuma referir por descaracterização ou desqualificação do contrato com relação ao tipo. Mas, considerando que é a causa concreta que servirá a identificar a normativa aplicável, nada impede que, mesmo descaracterizado, o contrato ainda receba a incidência de uma ou algumas normas do tipo.³⁸

Assim, a relativização da dicotomia entre contratos típicos e atípicos é também a relativização de seus efeitos.³⁹ Não apenas mesmo o contrato dito típico pode ser regulado por normas não típicas, mas também o contrato não típico pode ser submetido a normas típicas. Neste sentido, ao mitigar-se os rígidos limites do enquadramento subsidiativo, propicia-se também uma função extensiva às normas típicas, permitindo eventualmente a aplicação de parte da disciplina do tipo.⁴⁰

Caberá ao intérprete, partindo da causa concreta nestes casos, não restringir-se à verificação da compatibilidade com o modelo típico abstrato como um todo, mas especificamente à *ratio* da norma típica especial de potencial aplicação ao caso, con-

siderando obviamente sua inserção no sistema como um todo. Trata-se, portanto, de uma avaliação da compatibilidade funcional entre a norma cuja aplicação é pretendida e a causa concreta do contrato sobre o qual se pretende aplicá-la, levando em conta o atendimento aos princípios gerais do ordenamento.

Pode ser aduzido um último exemplo ilustrativo: caso julgado pelo TJSP no qual se pretendia fazer uso da renovatória de locação comercial para a manutenção de um contrato de terceirização de vagas de garagem. No caso, o Condomínio Edifício Itaim Square, constituído de unidades residenciais e não residenciais, cedeu a *Quality Parking* Administração de Estacionamentos o uso e a fruição das áreas de estacionamento do primeiro e segundo subsolo, constituídas de 273 vagas de garagem. A avença, assim, consistia na “terceirização dos serviços de controle de vagas, estacionamento de veículos e da utilização de manobristas, objetivando a operacionalidade do uso”. Um dos julgadores entendeu que a chave funcional para a compreensão da norma ma que autoriza a renovatória estava na constituição de fundo de comércio, o que não ocorreria naquele contrato, pois, segundo ele, “nenhum dos interessados procura estacionar seu veículo com vistas à atividade da locatária, mas, sim, buscando as unidades condominiais seja para o uso de moradia ou a procura de atividade comercial ali desenvolvida”. Argumentou, assim, no sentido de que a aplicação da norma se justifica como forma de proteger “aquelas atividades desenvolvidas por locatário à custa de seu engenho pessoal, de modo a valorizar a ocupação”. Consequentemente, estando o contrato concreto fora do âmbito de incidência da Lei do Inquilinato de modo geral e, especificamente, não se encontrando a justificativa para a incidência da norma específica relativa à renovação compulsória, aplicar-se-iam somente as regras do Código Civil.

De outro lado, argumentou-se que a premissa no sentido da exclusão do contrato concreto do âmbito da Lei n. 8.245/91 por ser locação de vaga de garagem estava equívoca. À exclusão imposta pelo seu art. 1º, parágrafo único, alínea a, n. 2, restringia-se às hipóteses de relação existente entre o possuidor do veículo e o proprietário da vaga auto-da a dita atipicidade frente ao modelo da Lei do Inquilinato – e afirmou que a dúvida sobre a constituição do fundo de comércio no imóvel locado deve ser resolvida com a produção de provas. No entanto, este voto foi vencido, prevalecendo o entendimento do relator.⁴¹

41 TJSP, Ap. com revisão n. 1251655002. Relator: Nivali Oliva. 26ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 14 de abril de 2009: “Locação. Ação renovatória. Serviços de estacionamento locado em condomínio terceirizados a administradora. Locação atípica de prestação de serviços. Ausência de fundo de comércio necessário ao direito de renovação compulsória do contrato locativo. Regência do código civil. Incidência do art. 1º, parágrafo único, letra a, item 2, da Lei n. 8.245, de 18.10.1991. Extinção do processo mantida. Aplicação improvida 1. O contrato de locação de espaço para estacionamento em condomínio edilício, firmado com empresa administradora, configura, na sua essência, na sua utilização do espaço alugado, apenas como meio para a procura das atividades exercidas nas unidades condominiais, não conferem ao locador o reconhecimento de ponto ou fundo comercial protegido pela Lei n. 8.245/91 na forma do art. 1º, parágrafo único, letra a, item 2, desse Diploma Legal, tais contratos são regidos pelo Código Civil”.

37 TJMG, Ap. Cível n. 1.0024.06.103934-3/001. Relator: Des. Hilda Teixeira da Costa. 14ª Câmara Cível. Julgado em 21 de agosto de 2008, publicado em 03 de setembro de 2008: “Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Contrato de locação. Desocupação do box. Medida de indenização por danos morais e materiais. Contrato de locação. Desocupação do box. Medida de indenização por danos morais e materiais. Contrato de locação. Desocupação do box. Medida de indenização por danos morais e materiais. Contrato de locação. Desocupação do box. Medida

38 Nas palavras de DE NOVA, Giorgio: “Em consequência, um caso poderá ser subtraído da disciplina legal, embora presentes as características evidenciadas pela definição do contrato especial, se não responder ao tipo que sustenta aquela disciplina; e, de outro lado, um caso poderá à disciplina legal se responder ao tipo que a sustenta, ainda que não apresente todas as características requeridas pela definição” (DE NOVA, Giorgio. *II tipo contratual. O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 371).

40 DE NOVA, Giorgio. Op. cit. p. 148.

O método de qualificação tem também repercussão no que diz respeito à figura dos chamados “contratos mistos”, recorrentemente mencionados pela jurisprudência e pela doutrina. A classificação do contrato como misto tornou-se um expediente utilizado para, diante do rigor do método subsuntivo, evitar que um contrato ao qual nitidamente pudessem ser aplicadas normas típicas, embora não pudesse ser reputado típico, fosse relegado a categoria atípica. A rigidez na dicotomia entre contratos típicos e atípicos fazia com que, enquanto restassem num vazio normativo, regulado apenas pela vontade das partes e pelas normas gerais dos contratos⁴².

Assim, a figura do contrato misto, como meio-termo entre a tipicidade e atipicidade, se justificava como forma de reconhecer a incidência de normas típicas a um contrato não típico mesmo sob a perspectiva subsuntiva. Uma vez que no contrato se identificava não a falta de elementos típicos, mas a diversidade deles, já que o problema não era a ausência, mas a pluralidade de tipos potencialmente subsunidores do contrato, não se justificaria bani-lo também para o arido terreno da atipicidade. Nestes casos, mesmo sem o encaixe adequado, havia normas típicas a regulá-lo. A contrariedade, contudo, residia em decidir quais seriam estas normas típicas.

O embate se dava, tradicionalmente, entre a teoria da absorção, pela qual o contrato era forçado para dentro do tipo que fosse “dominante”, desprezando as características de outros tipos que o revestiam, e a teoria da combinação, pela qual o contrato era dividido em tantos quantos fossem os tipos aplicáveis e as normas destes tipos eram aplicadas a cada uma das partes separadas dos contratos, desprezando sua unidade funcional. Os dois extremos são nitidamente problemáticos e justificadamente sofreram críticas.

De um lado, afirmou-se que nenhum contrato tem um elemento preponderante que possa por si determinar sua disciplina, ao qual seria “tal sua força de expansão na estrutura do contrato, que neutralizaria os demais, a ponto de absorvê-los”, pois sempre devem ser levado em consideração os demais componentes do contrato que são pertinentes à identificação de sua função concreta⁴³. De outro lado, impor como regra geral a mutiulação do contrato apartando as cláusulas contratuais pelo simples fato de não se enquadrarem todas no mesmo modelo abstrato sacrificia a unidade funcional do contrato concreto⁴⁴.

Assim, junto com a paulatina decadência do método da subsunção, difundiu-se quanto aos contratos ditos mistos a teoria da aplicação analógica, segundo a qual a busca da normativa do contrato concreto deveria pautar-se pela sua similitude funcional com outras normas típicas. Em última instância, isto conduziu à negação da

autonomia conceitual dos contratos mistos com relação aos contratos atípicos⁴⁵. De fato, a doutrina atual dedicada ao tema reconhece que os contratos mistos não são uma categoria independente da ampla categoria dos contratos atípicos⁴⁶.

A justificativa para a existência de uma categoria referente a “contratos mistos” realmente perde sua razão de ser a partir do momento que se reconhece que todo o processo de qualificação deve ser pautado pela causa concreta do contrato e deve cotejá-la com a totalidade das normas típicas potencialmente aplicáveis levando em conta sua *ratio* e sua inserção no sistema. Colocada em termos apenas de uma potencial aplicação das normas previstas para um determinado modelo abstrato, a dicotomia entre a tipicidade e a atipicidade é mitigada e reconhece-se com isso que toda interpretação (e qualificação) é analógica e sistemática, axiológica e teleológica⁴⁷.

O motivo pelo qual a jurisprudência persiste então a qualificar determinados contratos concretos como mistos é a familiaridade que eles apresentam com relação aos modelos padrão, e assim evita-se o estranhamento – e o desalento – que aos aplicadores do direito ainda resta associado à qualificação de um contrato como atípico. O que se constata, a partir dos exemplos, é que esta familiaridade está ligada principalmente aos contratos cujos modelos se tornaram de tal forma frequentes que se tomaram incompatíveis, no sentido clássico, com a referida “atipicidade”. Embora ainda permaneçam, por falta de necessidade ou por lentidão do legislador, fora dos catálogos de modelos da lei, constituiram-se, por sua recorrência social, contratos socialmente típicos. De fato, os exemplos normalmente aduzidos a título de “contratos mistos” são referidos por *nomen juris* de tal forma populares que são reconhecidos até mesmo pelos leigos – assim “hospedagem”, “acesso à internet”, “patrocínio”, “*merchandising*” [...] – o que corrobora tratar-se de verdadeiros tipos sociais.

O exemplo mais recorrente é o do *leasing* (arrendamento mercantil) legislado para efeitos tributários (Lei n. 6.099/74) e quando tiver por objeto veículo automotivo (Lei n. 11.649/08). Para muitos reunindo elementos dos tipos da compra e venda e da locação, o arrendamento mercantil foi modelo contratual que se difundiu com muita rapidez e suscitou diversas questões junto à jurisprudência. Além da já citada questão relativa à sua descaracterização no caso de antecipação do pagamento do valor residual garantido (VRG), outro problema histórico foi a eventual aplicabilidade da Súmula n. 492 do STF – “a empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiros, no uso do carro locado” –, prevista para os contratos de locação, também aos contratos de *leasing*. Em caso recente, os pais da vítima de um acidente se insurgiram contra a decisão de primeira instância de afirmar a ilegitimidade passiva da arrendante do veículo, alegando que o “contrato de *leasing* é modalidade de locação”. No entanto, tendo em vista a diversidade funcional

- 45 CASCIO, Salvatore Orlando; ARGIROFFI, Carlo. *Contratti misti e contratti collegati. Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma: Treccani, IX, p. 6, 1988.
- 46 TERPESINO, Gustavo. *A responsabilidade civil nos contratos de turismo. Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 258; AZEVEDO, Alvaro Villaga. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 139.
- 47 PERLINGSERL, Pietro. *Perns do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 72 e segs.

- 42 AZEVEDO, Alvaro Villaga. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 139.
- 43 GOMES, Orlando. *Contratos*, 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124.
- 44 CASCIO, Salvatore Orlando; ARGIROFFI, Carlo. *Contratti misti e contratti collegati. Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma: Treccani, IX, p. 5, 1988.

entre a locação de automóveis e o arrendamento mercantil, não é esse o entendimento que vem prevalecendo⁴⁸.

Outro tipo social recorrentemente qualificado como “contrato misto” é o dos contratos utilizados para a constituição de postos de gasolina. Nestes contratos, as distribuidoras de derivados de petróleo cedem o uso de tanques, bombas e válvulas, para que os postos os utilizem exclusivamente no armazenamento de produtos daquele distribuidora e, com o dever de comprar mensalmente determinada quantidade de combustíveis e lubrificantes⁴⁹.

Para além da questão acerca de tratar-se de um único contrato com diversas pres-tagões ou distintos contratos vinculados entre si, analisada pelo STF em julgamento histórico sobre qual cláusula penal (de qual contrato) deveria incidir por ocasião do inadimplemento⁵⁰, levanta-se o debate sobre a aplicabilidade a estes contratos das normas da Lei n. 8.245/91. De fato, no mais das vezes a distribuidora de derivados de petróleo não apenas cede os equipamentos, mas também o imóvel já adaptado, do qual é proprietária e no qual serão instalados os reservatórios e bombas. Em virtude disso, apesar das peculiaridades características deste tipo social, algumas decisões tendem a reconhecer, para os aspectos funcionalmente pertinentes, a aplicabilidade das normas previstas pela Lei do Inquilinato⁵¹.

No entanto, outras decisões destacam a distinção deste tipo que, posto social, já detém autonomia frente ao modelo legal da locação, como no tocante à norma que atribui executividade ao instrumento do contrato de locação, reputada inaplicável aos contratos em exame por conta de suas nítidas peculiaridades⁵². Infitu na avaliação

48 TJRJ, AI n. 2009.002.08309. Relator: Des. Celia Meliga Pessoa. 18ª Câmara Cível. Julgado em 08 de maio de 2009. Na mesma linha a jurisprudência superior: STJ, REsp n. 787429. Relator: Min. Fraz-cisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em 04 de abril de 2006. DJ, 04.05.2006; STF, RE n. 114938. Relator: Min. Oscar Corrêa. Julgado em 12 de abril de 1988. DJ, 06.05.1988.

49 Sobre a qualificação dos contratos de postos de gasolina v. especificamente MOTA, Maurício Jorge e CARDOSO, Patrícia Silva. A qualificação dos contratos como determinante da natureza e do regime contratual: uma análise de operação de posto de serviço. In: Rosado, Mariana (Coord.) **Estudos e pareceres: direito do petróleo e do gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 239-271.

50 STF, Emb. Div. no RE n. 78.162. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. Julgado em 20 de outubro de 1977. DJ, 02.06.1978, p. 3.930, e RTJ 86-02, p. 501. A decisão é analisada em KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 157.

51 STJ, REsp n. 688280. Relator: Min. Félix Fischer. Quinta Turma. DJ, 26.09.2005; “Recurso especial. Natureza jurídica do contrato entre distribuidora de combustíveis e ‘posto de gasolina’. Locação. Possibilidade. Lei n. 8.245/91. Aplicabilidade. Ação de despejo. Adequação. I – O contrato celebrado entre Distribuidora de Combustíveis e ‘Posto de Gasolina’ tem natureza contratual de locação. II – Adequação da ação de despejo em virtude da aplicação da Lei n. 8.245/91. Recurso Especial desprovido”. TJRJ, Ap. n. 2008.001.33050. Relator: Des. Luiz Fernando de Carvalho. Terceira Câmara Cível. Julgado em 04 de novembro de 2008: “Civil e processual civil. Embargos a execução. Contrato de locação entre distribuidora de combustíveis e revendedor. Posto de gasolina e loja de conveniência. Alegações de falta de exigibilidade e de liquidez do contrato, que não retrataria locação, mas pacto para revenda. Pécia. Sentença de improcedência. Apelação. Aluguel variável de acordo com a atividade econômica do locatário. Cláusula unilateral de variação do aluguel, que se baseava também no preço do combustível vendido ao locatário. Potestatividade e ausência de certeza da prestação, que

da causa concreta do contrato a fixação do aluguel com base no preço de venda do combustível e a terminologia utilizada entre as partes (“revendedor”) que indicavam o caráter associativo da função concreta do contrato, parcerias destoante do modelo típico da locação comercial. Assim, o entendimento de que “não se tratava de contrato de locação executível, mas de negócio com contornos de revenda, semelhantes ao de sociedade”, especialmente porque – retomando a questão da pluralidade de pactos e da perspectiva funcional do todo – “está à base deste caso o fenômeno da coligação entre os pactos havidos entre as partes, voltados a uma comum finalidade econômica”. Daí a impossibilidade de reputar o contrato título executivo.

3.3. Contratos atípicos

O recurso ao método subsidiário fez com que se lançassem os contratos que não se enquadravam nos modelos legislativos em um verdadeiro vazão legal. O contrato dito atípico seria regido essencialmente pela vontade expressa das partes, pelas cláusulas fixadas no acordo de vontades. Não se enquadrando em nenhum tipo, as únicas normas que os limitavam eram os requisitos gerais de validade de qualquer negócio. Por outro lado, diante do silêncio do contrato quanto a uma hipótese não prevista, o único respaldo legislativo seriam as mesmas normas gerais do ordenamento.

Sob essa perspectiva estritamente positivista, o desatino relativo aos contratos atípicos era similar àquela colocado pelas lacunas do ordenamento, sob a perspectiva de que o princípio da liberdade importa, nos casos de silêncio normativo, o respeito a uma esfera do juridicamente irrelevante, uma atividade indiferente ao direito⁵³. Neste prisma equívocado, no tocante à atipicidade, a manifestação do árbitro de juiz seria subsidiária ao arbitrio das partes contratantes, cujo espaço livre de autonomia da vontade permaneceria em princípio intocável pela intervenção do ordenamento nos moldes da rigida separação entre autoridade e liberdade e economia, Estado e sociedade, direito e moral, enfim, da já abordada dicotomia entre direito público e direito privado⁵⁴.

expressam ausência de exigibilidade e de liquidez do título. Seleção do locatário mediante anúncio para estabelecimento de revenda. Circunstância comum às distribuidoras de combustíveis, impedidas por lei de comercializar diretamente os seus produtos. Interpretação do negócio na forma do art. 113, do Código Civil. Contrato de revenda, que é atípico e complexo, envolvendo negócios que se coligam, cujas prestações dependem de apuração e não se exibem de pronto com valor certo. Inadequação aos requisitos do art. 586, CPC. Prejudicado o exame da prova contábil, em vista da manifesta falta de exigibilidade e liquidez do título. Provitimento do apelo para, com base nos arts. 586, CC, 618, Inc. I, CPC, acolher os embargos de devedor e declarar nula a execução”.

53 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 129.

54 TEPEDINO, Gustavo. **Permissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-23; SARMENTO, Daniel. **A trajetória da dicotomia público/privado. Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 239-257, abr./jun. 2005.

Esta perspectiva do direito contratual é incompatível com a ordem contemporânea. Assim como os contratos ditos típicos não são regidos exclusivamente pelas normas do tipo abstrato, submetendo-se à obediência ao ordenamento como um todo, também os contratos atípicos não são imunes à incidência de nenhuma norma do ordenamento – mesmo aquelas provenientes dos tipos – cuja função, depreendida de sua inserção no sistema, seja pertinente à causa concreta do contrato.

Assim, os contratos ditos atípicos não configuram uma categoria qualitativa-mente distinta dos demais, uma vez que em todo contrato concreto – exatamente por ser concreto – há peculiaridades que o distinguem do modelo abstrato. Ao contrário, o contrato será dito atípico porque quantitativamente, as peculiaridades relevantes para determinação de seus efeitos jurídicos – aquelas que configuram sua causa concreta – são em tal intensidade diversas do modelo abstrato que se inviabiliza mesmo o precário estabelecimento da premissa de que há um jogo de normas predisposto a, em princípio, incidir sobre aquele contrato.

Esta constatação, contudo, não torna o intérprete refém apenas da vontade das partes, muito menos constitui às normas gerais do ordenamento apenas subsidiariamente. Tal entendimento colide com os pressupostos metodológicos da transformação da autonomia privada, pelos quais a vontade para surtir efeitos jurídicos demanda uma análise de merecimento de tutela a partir do ordenamento – pois “o ato de autonomia não é um valor em si; pode se-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento”⁵⁵ – que se explicita na lição de Pietro Perlingieri:

“A teoria da interpretação, mais do que técnica voltada a esclarecer os significados de normas bem individualizadas, assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individualizar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos para conseguir extrair do *casus* legislativo a solução mais congruente, res-peiando os valores e os interesses considerados normativamente prevalentes assim como os cânones da equidade, proporcionalidade e razoabilidade”⁵⁶.

Diante de um contrato que não se avizinha a um modelo abstrato expressamente previsto pela lei, o desaho do intérprete para determinar-lhe os efeitos jurídicos encontra-se, novamente, na sua causa concreta. Ele deve compreender a totalidade dos elementos peculiares à avença firmada, identificando todos aqueles que, de per si ou em relação com os demais, podem vir a exigir uma resposta própria por parte do ordenamento. Para tanto, é necessário o domínio da totalidade das normas do sistema, verificando entre elas aquelas que tem pertinência funcional ao caso em exame, levando em conta as normas gerais do sistema, os imperativos com superioridade hierárquica, mas também as normas típicas que os especificam diante de determinadas situações – que podem ser similares ao contrato visado. Neste movimento de inter-

55 PERLINGIERI, Pietro, *Feris do direito civil. 2. ed.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279.
56 PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 222.

pretação e qualificação, por sua natureza sempre analógico e sistemático, axiológico e teleológico, pautado no *ir-e-uir* constante entre o contrato concreto e o ordenamento como um todo, a referida “circunferência fato-norma” ou a “espiral hermeneutica”, é que se estabelece a função concreta do contrato, a sua qualificação jurídica, os efeitos que lhe serão cominados.

Nesta linha, a enorme riqueza com que a realidade social dota os contratos não é de nenhuma forma desprezada, mas também não é desprezado o ordenamento que a absorve e lhe dá juridicidade. Cada contrato receberá tutela conforme sua causa concreta, buscando-se por analogia das normas típicas e por dedução dos princípios gerais – e pela relação entre todos eles – a resposta do ordenamento – e não a resposta pessoal do juiz – à iniciativa das partes. Busca-se, com isso, não aumentar a insegurança, mas exatamente reduzi-la, já que o processo de qualificação foge do arbítrio para a fundamentação argumentativa, ainda que se mantenha na esfera da livre apreciação das circunstâncias e das normas envolvidas.

Assim, voltando-se aos exemplos concretos, em jurisprudência constatou-se que a operação, pela qual se comprava na planta unidades dos condomínios Barra *First* e Barra *Premium* e, no mesmo ato, cedia às imobiliárias vendedoras os apartamentos em locação com autorização para sublocação, tinha uma função concreta característica de um mecanismo de constituição de renda em cima do bem. Nas palavras do relator, “se estaria diante de uma nova modalidade de ‘constituição de renda’, onde não se daria a transferência, como preconiza o atual art. 804, do NCC, do bem ao rendeiro”, mas, no caso, por meio de uma estrutura peculiar, na qual “o que se beneficia pela renda continua titular do bem, a impor a ideia de administração mesclada à constituição da renda, inovando no ordenamento e trazendo um vínculo atípico, permitido pelo princípio da autonomia das vontades”. Esta constatação acerca da função concreta do contrato serviu de premissa à necessidade de lidar com o fato da interdição pela Prefeitura de prédio vizinho, parte do mesmo condomínio onde se situava uma das unidades adquiridas, que ocasionou o pleito da autora no sentido de se determinar a resolução do contrato por culpa das rés.

Na avaliação do TJRJ, verificou-se que ocorreu a construção e transferência da propriedade do imóvel adequadamente e que houve a cessão onerosa da posse do bem – segundo o desembargador, neste aspecto, “uma mescla de locação com administração onde o conteúdo maior é este último vínculo” e ainda que não havia qualquer prova de que a eventual renda tenha sido comprometida, isto é, “de ter aquele que se comprometeu com a geração de renda, não entregue o percentual devido ao autor-apelante”. Portanto, verificada a totalidade funcional do contrato concreto, o juízo foi conduzido à ausência de frustração das legítimas expectativas do credor por parte do devedor⁵⁷. Outro exemplo que pode ser aduzido é de um litígio que se iniciou por uma ação de reintegração de posse de um imóvel fundada na extinção do contrato de comodato que o cedera ao atual possuidor direto. No entanto, o réu, ao recorrer alegando a preju-

57 TJRJ. Ap. n. 2007.001.01980. Relator: Des. Ricardo Couto. Terceira Câmara Cível. Julgado em 24 de abril de 2007.

dicialidade do julgamento de determinada ação trabalhista diante de empresa coligada à proprietária, levou à constatação da complexidade do contrato em exame. De fato, o contrato de trabalho que havia sido firmado com o réu garantia-lhe, entre outros benefícios, a posse do imóvel, mas havia uma sobreposição entre as justificativas para esta mesma posse. De um lado, um contrato que poderia ser qualificado como comodato — como fora alegado pela autora — ou mesmo como locação, uma vez que a fruição do imóvel funcionava como forma de remuneração indireta do empregado. Por outro lado, a existência de uma cláusula contratual que previa a possibilidade de o empregado, completando cinco anos no imóvel (o prazo do contrato de trabalho, 1990-1995), obter sua titularidade dava outro supedâneo para a posse do bem: o direito à aquisição do imóvel sujeito a termo ou condição. Assim havia duplo fundamento para a posse, o condato e o direito à aquisição, e mesmo faltando o primeiro, havia ainda o segundo⁵⁸.

A importância da atenção à individualidade do caso concreto também se percebe no exemplo do contrato de “*build to suit*”, cuja recorrentia tende a transformar-lo em tipo social. Neste contrato, a construtora edifica imóvel sob medida para a utilização por parte da contratante, que, contudo, não vem a comprá-lo, mas apenas alugá-lo. Aqui, os problemas se colocam especialmente nos casos de pedido de revisão do contrato e de eventual aplicação das regras da Lei do Inquilinato, como o direito de preferência do locatário.

Em caso analisado pelo STJ, a Mondial moveu ação de indenização em face da construtora Moraes Dantas, a qual foi contratada em 1984 para levantar edifício, responsabilizando-se pela execução e solidez, mas constatou-se — ao ser o edifício alugado para o Unibanco e para grande empresa de varejo — que ela não seguiu os parâmetros do contrato e o edifício então não suportava a destinação esperada. Apesar da tentativa de acordo para remediar os danos em 1989, em 1990 a prefeitura chegou a cogitar a interdição do prédio. A ré alegou entre outras coisas a subempregada autorizada a Aluizio A. M. D’Avila, a qual foi denunciada a lide, mas contestou que o contrato impunha responsabilidade exclusiva à Moraes Dantas. Na decisão transparece a dificuldade em acertar o valor da indenização tendo em vista a peculiaridade do contrato concreto, construção personalizada para a exigência da parte contratante⁵⁹. Mas

58 STJ, REsp n. 93.546. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em 27 de junho de 2000. DJ 02.10.2000.

59 STJ, REsp n. 885.910. Relator: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 15 de abril de 2008. DJ 05.08.2008. “Civil. Processo civil. Ação de indenização. Contrato de incorporação no modelo ‘*build to suit*’. Construção de imóvel sob medida para utilização e no interesse de terceiros pre-determinados. Contrato posterior de empreitada. Obra que foge aos padrões de terminados, de forma a ter sua utilidade reduzida. Reparação dos danos pleiteada, em valores a serem parcialmente esbalecidos em liquidação de sentença, de acordo com perícia ainda a ser realizada. Culpa caracterizada pela má execução do serviço. Condenação a reparar os gastos verificáveis para dar à obra a utilidade desejada, assim como para indenizar os prejuízos sofridos pela limitação de uso. Alegação de condicionalidade e de julgamento para além do pedido. Honorários. [...] No modelo de construção ‘*build to suit*’, há um contrato inicial entre a incorporadora e os terceiros que utilizarão efetivamente o bem. Na presente hipótese, tal relação originária já previa a responsabilidade da ora recorrente, que ficara incumbida de escolher o empreiteiro, por eventual má prestação de serviços

a peculiaridade transparece com mais força em ação movida perante o TJPSP na qual se buscava, sem sucesso, a aplicação da ação revisional da Lei do Inquilinato⁶⁰. Para o relator “tem-se que as peculiaridades que regem a espécie não autorizam a reforma da decisão agravada”, pois “não envolve o caso uma locação pura e simples de determinad armazém comercial comum. Ao contrário, conforme se vê dos termos do contrato firmado entre os litigantes ou sucessores trata-se, em princípio, de avença complexa que abrangem, além da locação em si, outros fatores, no denominado conceito *build to suit*”. Enfatizou-se que os “considerandos” do instrumento contratual destacavam cuidar-se de “empreendimento constituído de acordo com a necessidade específica do locatário, e sob sua encomenda, para o desenvolvimento de suas atividades”⁶¹.

3.4. Contratos coligados

A metodologia de qualificação dos contratos também repercute no tocante à coligação contratual. A perspectiva tradicional da mera verificação dos elementos essenciais para a qualificação limita-se a análise singularizada do contrato. No entanto, a realidade contemporânea revela frequentemente contratos cujo significado normativo

deste. A sentença, já reconhecendo o dever de ressarcimento da incorporadora em face de terceiros que não são parte neste processo — os locatários — condenou a ré nos mesmos termos, aplicando assim uma espécie de cadeia de responsabilidades contratuais. Ainda nessa situação não há condicionalidade, pois se há responsabilidade contratual — questão que não pode mais ser discutida — a parte sobre a qual recaí tal obrigação não é obrigada a ser demandada em juízo para que se sinta no dever de cumprir-la. Portanto, o dever escalonado de ressarcimento é certo; apenas a liquidação e a execução desta obrigação é que podem estar condicionadas a evento futuro e incerto, que é o pagamento dos prejuízos, por parte da incorporadora, aos locatários. Pontos definidos pelo Tribunal de Justiça com base no exame das provas dos autos não podem ser alterados em sede extraordinária, em face do óbice da Súmula n. 7, STJ. [...] Recurso especial parcialmente provido”.

60 “Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumariíssimo, observar-se-á o seguinte: I — além dos requisitos exigidos pelos arts. 276 e 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial deverá indicar o valor do aluguel cuja fixação é pretendida; II — ao designar a audiência de instrução e julgamento, o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos pelo autor ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, não excedente a oitenta por cento do pedido, que será devido desde a citação; III — sem prejuízo da contestação e até a audiência, o réu poderá pedir seja revisto o aluguéis provisório, fornecendo os elementos para tanto; IV — na audiência de instrução e julgamento, apresentada a contestação, que deverá conter contraproposta se houver discordância quanto ao valor pretendido, o juiz tentará a conciliação e, não sendo esta possível, suspenderá o ato para a realização de pericia, se necessária, designando, desde logo, audiência em continuação. § 1º Não caberá ação revisional na pendência de prazo para desocupação do imóvel (arts. 46, § 2º e 57), ou quando tenha sido este estipulado amigável ou judicialmente. § 2º No curso da ação de revisão, o aluguel provisório será reajustado na periodicidade pactuada ou na fixada em lei”.

61 TJPSP, AI n. 893.786-0/7. Relator: Viana Cortim. 26ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 22 de agosto de 2005: “1. Agravo de Instrumento. Locação. Ação revisional. Legitimidade tanto do locador, quanto do locatário. 2. Contrato complexo que impossibilita a imediata redução do valor do locativo nesta sede. Exame aprofundado da matéria. Necessidade. 3. Consignação de valores. Descabimento em ação revisional. Recurso improvido”.

so pode ser completamente compreendido se analisado nas relações que ele estabelece com outros contratos, hipótese genericamente referida por conexão contratual.

Os exemplos são inúmeros: o crédito ao consumo, formado por uma compra e venda e um financiamento (mútuo); a cadeia de transações que leva o produto do fabricante ao consumidor, formada por diversos contratos de compra e venda; a incorporação imobiliária, que normalmente envolve empreitada, subempreitada e financiamento; a contratação simultânea pelo usuário de computador de suporte técnico e de aquisição *hardware e software*; e ainda o pacote turístico, com diversos contratos de transporte e hospedagem.

Um método que não leve em conta a importância da vinculação com outros contratos para a qualificação de cada um poderá obstaculizar a proteção a direitos das partes envolvidas, pois, como observado, somente verificando os efeitos efetivamente perseguidos pelo contrato no seu atuar concreto é que se pode assegurar sua compatibilidade com os preceitos gerais do ordenamento. Para tanto, é necessário adotar uma perspectiva funcional, de forma a verificar a existência de índices de conexão entre os contratos, que façam com que eles persigam juntos uma função ulterior além da função específica de cada um⁶².

A heterogeneidade do fenômeno, contudo, não permite uma abordagem unitária. De fato, neste meio há situações muito diversas do ponto de vista do direito. Por exemplo, há conexões estritamente empresariais (com cadeias societárias, entre *holdings* e subsidiárias, operações de transferência de controle ou aporte de recursos para projetos, hipóteses de terceirização) e conexões de consumo (contratos de turismo, cartão de crédito, crédito ao consumo, *leasing, time-sharing*). O tratamento normativo de tais conexões deve ser diferenciado, em atendimento aos princípios envolvidos: no exemplo, em oposição à partição normalmente existente entre empresários, nas conexões de consumo prevalece a imposição de tutela especial para o consumidor.

Dentro deste amplo universo, sobressai em importância a coligação contratual. São normalmente considerados contratos cuja vinculação, além de repercutir na sua interpretação e qualificação, podem afetar sua eficácia. Isto é, as vicissitudes de um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, podem acabar por também tornar o outro ineficaz, conforme o afortisma latino, *simul stabunt, simul cadent*⁶³. Avaliar se isto irá efetivamente ocorrer vai depender da avaliação funcional

62 Nesta perspectiva, KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181. Para uma outra perspectiva do tema, v. o minucioso estudo de MARINHO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

63 O tema é abordado na doutrina estrangeira por TEYSSIE, Bernard. **Les groupes de contrats. Pa-ris: L.G.D.J., 1975; LENER, Giorgio. Profili del collegamento negoziale**. Milano: Giuffrè, 1999; FRIAS, Ana López. **Los contratos conexos**. Barcelona: Bosch, 1994; e entre nós, além do já citado MARINHO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009; v. KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; e o interessante estudo de caso de MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracon-tratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descurzamento acionário. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 26, p. 213-249, abr./jun. 2006.

dos contratos em questão e também da ligação entre eles. Assim, pode-se concluir que unilateral, que recaí no sistema tradicional contrato principal-contrato acessório.

Esta aferição pode ser bastante controversa. Por exemplo, o caso do "Jardim Belvedere", no qual Ivan Ramos de Sá firmou com Vilma Pessoa Paiva, simultaneamente, dois contratos: uma promessa de compra e venda de dois lotes do Jardim Belvedere, em Manaus, e a cessão de direitos e obrigações referentes a um terceiro lote (financiado pelo SFH) onde está sendo construída uma casa de moradia. Os contratos referiam-se a imóveis integrantes de um todo, no qual os dois primeiros lotes serviam de área de lazer (piscina e campo de futebol) ao terceiro (casa) e encontravam-se cercados conjuntamente por um muro de alvenaria. Diante do inadimplemento no tocante à promessa de compra e venda, Ivan entrou na justiça em face de Vilma, pleiteando a resolução dos dois contratos. O juiz de primeira instância, apesar da nítida vinculação entre os bens, determinou a dissolução da promessa de compra e venda dos lotes n. 05 e 07, mas manteve o contrato de cessão de direitos e obrigações referente ao lote n. 03, onde está edificada a casa, "pois completado o pagamento do valor avençado neste". A decisão foi mantida no TJAM e no STJ, sob o entendimento do relator do caso de que a "extinção parcial" da operação plurinegocial era viável, por tratar-se de coligação com dependência unilateral, o que permitia que a resolução do acessório não afetasse o principal⁶⁴.

Já em outro exemplo de julgado, o STJ entendeu admissível a exceção de contrato não cumprido ainda quando o inadimplemento que justificou a retenção da prestação tenha se dado não no mesmo contrato, bilateral, mas em outro contrato a ele coligado. No caso, Júlio Ferreira Dittmar e Tuñi Melke celebraram dois contratos: pelo primeiro, um contrato de permuta, Júlio se obrigava a transferir uma gleba de terras para Tuñi e recebia deste o pagamento parte em dinheiro, parte em imóveis e parte ainda em seiscentas cabecças de gado; pelo segundo, Júlio arrendava estas mesmas cabecças de gado a Tuñi, de maneira que este pudesse permanecer, em suas novas terras, decorrentes do arrendamento a Jorge Luis Artuso, o qual, diante da falta de cumprimento destes créditos, pediu a resolução do contrato. Em sua defesa, Tuñi alegou que tinha deixado de pagar sua prestação no contrato de arrendamento porque Júlio, por sua vez, não efetuará a transferência de parte da fazenda, como combinado no contrato de permuta. O STJ, ao examinar o caso em grau de recurso, entendeu que houve de fato cerceamento de defesa em virtude da decisão do juiz de primeira instância que impediu a produção de prova do descumprimento do outro contrato⁶⁵.

64 STJ. REsp n. 337.040. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgado em 02 de maio de 2002. DJ, 01.07.2002.

65 STJ. REsp n. 419.362. Relator: Min. César Asfor Rocha. Relator para o acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgado em 17 de junho de 2003. DJ, 22.03.2004.

O entendimento do precedente foi reiterado pelo STJ recentemente ao se analisar embargos de execução movidos pelo Auto Posto Copacabana em face da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga. No caso, a Ipiranga pretendia executar créditos decorrentes do financiamento que concedera ao Posto, mas este comprovou que o referido contrato estava vinculado a diversos outros cujo cumprimento ainda estava em andamento, o que privava de liquidez a execução pretendida:

“Recurso especial. Embargos à execução. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Ausência de questionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico. Necessidade. Contratos coligados. Unidade de interesses econômicos. Relação de interdependência evidenciada. Exceção de contrato não cumprido. Título executivo. Inexigibilidade. [...] 4. A unidade de interesses econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados. 5. Concretamente, evidenciado que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no Posto de Serviço Ipiranga, obrigando-se o Posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do Posto de Serviço Ipiranga, esta configurada a conexão entre os contratos, independentemente da existência de cláusula expressa. 6. A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido. 7. Na exceção, a exceção de contrato não cumprido incide sobre a exigibilidade do título, condicionando a ação do exequente à comprovação prévia do cumprimento de sua contraprestação como requisito imprescindível para o ingresso da execução contra o devedor. 8. Recurso especial desprovido”⁶⁶.

Ainda mais controversa é a hipótese de coligação contratual com diversidade de partes, quando os dois contratos vinculados entre si não foram celebrados pelas mesmas partes, como no crédito ao consumo em que a instituição bancária que financia a aquisição não é parte do contrato de compra e venda do bem. Surge aqui a figura do “contratante-terceiro”, “simples parte” ou “parte por equiparação”. Justifica-se que ela sofra as consequências da ineficácia de um contrato do qual não foi parte, quando não há qualquer problema estrutural no contrato que ela celebrou?

Assim como na coligação entre contratos com as mesmas partes, a aferição da coligação e do impacto da ineficácia de um contrato sobre outro depende da verticização da vinculação funcional entre eles, em concreto. No entanto, é importante destacar que em princípio não há obstáculo a coligação entre contratos com partes distintas, especialmente diante da mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato promovida pela relevância jurídica da sua função social⁶⁷. A diversidade de partes dificulta a prova da vinculação funcional entre os contratos, mas não a inviabiliza.

- 66 STJ, REsp n.º 985.531. Relator: Des. convocado Vasco Della Giustina. Terceira Turma. Julgado em 01 de setembro de 2009, DJe, 28.10.2009.
- 67 Para um minucioso exame deste princípio, v. MULLHOLLAND, Catilina Sampato. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255-280.

Por exemplo, são frequentes as decisões nesta linha em conexões de consumo, de forma a evitar que a diversidade de partes sirva como expediente para reduzir a proteção ao consumidor, como nos casos de aquisição de aparelho de celular e contratação de seguro no mesmo estabelecimento com sujeitos diferentes⁶⁸. Também são comuns decisões referentes a crédito ao consumidor, como no caso de financiamento para a aquisição de bem durável⁶⁹.

No entanto, é importante lembrar que a diversidade de partes é algo a ser ponderado e que a conexão não se verifica automaticamente, mas somente mediante análise funcional do caso concreto. A legislação estrangeira, por exemplo, tem exigido nos casos de crédito ao consumidor a configuração de um pacto prévio de exclusividade entre o vendedor e o financiador para que as vicissitudes da compra e venda possam ser invocadas perante a instituição financeira⁷⁰. Nesta linha, a problemática recente enseja a responsabilidade da instituição financeira que concedeu o crédito para sua aquisição, afastando a caracterização de relação de acessoriedade entre o contrato de mútuo garantido por propriedade fiduciária e o contrato de compra e venda⁷¹. A divergência vencida, capitaneada pelo Min. Luis Felipe Salomão e seguida pelo Min. Aldir Passarinho Junior, todavia, destacava que não se tratava de financiamento obtido independentemente pelo consumidor, mas de negociação exclusivamente com o fornecedor do produto, que tem nítida parcerria com o banco, a justificar, portanto, a responsabilização também da financeira.

4. CONCLUSÃO

Segundo conto de Jorge Luis Borges, em uma tarde chuvosa, Ireneu Funes foi acometido por um acidente: derrubado por um cavalo demorato, ficou paraplético, sem esperança. Contudo, sentiu que a imobilidade era um preço mínimo, pois, com o acidente, adquiriu também percepção e memória infalíveis. Tornara-se capaz de identificar e individualizar todos os brotos e cachos e frutos que uma partreira pode conter, fixar e individualizar todos os brotos e cachos e frutos que uma partreira pode conter, assim como as nuvens austrais do amanhecer do dia 30 de abril de 1883, os veios

- 68 TJSP, Recurso n.º 205/01. 4º Colégio Recursal, Juzgado Especial Cível. Julgado em 26 de outubro de 2001, **RJDC**, 8/171-173.
- 69 TJRS, Ap. Cív. n.º 70001462845. Relator: Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sexta Câmara Cível. Julgado em 07 de fevereiro de 2001, publ. 213-319 RJ.
- 70 Assim, no ordenamento italiano, a Lei Bancária (DL n.º 385, de 01.09.1993), que reproduziu os dispositivos da Lei n.º 142/92 (por sua vez inspirada na Diretiva n.º 102/87/CEE), regula o crédito ao consumidor, no ordenamento italiano, a Lei Bancária (DL n.º 385, de 01.09.1993), que reproduziu os dispositivos da Lei n.º 142/92 (por sua vez inspirada na Diretiva n.º 102/87/CEE), regula o crédito ao consumidor de bens e serviços, o consumidor que tenha efetuado inutilmente a constituição em mora do fornecedor de bens e serviços, o consumidor no limite do crédito concedido, contanto que exista um acordo que atribua ao financiador exclusividade para concessão de crédito aos clientes do fornecedor”.
- 71 STJ, REsp n.º 1014547. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Julgado em 25 de agosto de 2009, publicado em 07 de dezembro de 2009.

de um livro em papel espanhol que ele havia olhado uma única vez. Inventou um sistema original de numeração em que cada número poderia ser exprimido por uma única palavra e, se Locke postulou (e reprovoou) um idioma impossível em que cada coisa individual, cada pedra, cada passaro cada ramo tivesse seu próprio nome, Funes apenas não o fez por considerar que um idioma análogo seria demasiado geral: não apenas se recordava de cada folha de cada árvore de cada morto, mas ainda de cada uma das vezes que a tinha percebido ou imaginado. Não só lhe custava compreender que o símbolo genérico *cachorro* abrangesse tantos indivíduos dispares de diversos tamanhos e diversa forma; incomodava-o que o cachorro das três horas e quinze minutos (visto de perfil) tivesse o mesmo nome que o cachorro das três e quinze (visto de frente). O narrador, após ensaiar uma pontual observação de que a raposia de termos desconexos por ele inventada era precisamente o contrário de um sistema de numeração, conclui sua análise sobre o personagem: “Tinha aprendido sem esforço o inglês, o francês, o português, e *latin*. Suspeito, contudo, que não fosse muito capaz de pensar. Pensar é esquecer diferenças, e generalizar, abstrair. No mundo entulhado de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos”⁷².

Então, a questão que se coloca é como propor uma metodologia pautada pelo caso concreto se “pensar é esquecer diferenças, e generalizar, abstrair”? Especialmente, considerando que vivemos um momento no qual se teme que a passagem do positivismo para o pós-positivismo no ordenamento jurídico brasileiro tenha conduzido ao sacrifício da segurança jurídica sem que houvesse o proporcional ganho de justiça, e que a recorrente mas descuidada utilização dos princípios causa a sensação de que o rigoroso “império do legislador” tenha sido simplesmente substituído pelo arbitrário “império dos juizes”, e cabível conferir tamanho poder e liberdade para que a combinação dos efeitos jurídicos do contrato deixe as mãos das partes e mesmo do legislador para que o juiz possa atribuí-los com base nas peculiaridades que em concreto considerar juridicamente relevantes?

Se todo método de qualificação dos contratos reflete uma determinada concepção de qual seja o equilíbrio adequado entre avaliar o caso concreto e respeitar a previsibilidade da norma, se todas as teorias sobre eles encontram limitações inerentes à “insuperável dualidade entre segurança e justiça no caso concreto”⁷³, a questão é se as transformações metodológicas aqui relatadas não acabam por arriscar a segurança jurídica em nome de uma incerta possibilidade de se fazer justiça no caso concreto.

Para debelar este receio, é necessário lembrar como é ilusória a premissa de que o rigor com relação à atuação do intérprete seja garantia de segurança jurídica, uma vez que não elimina, mas apenas distorça a liberdade existente diante da textura aberta da linguagem e do espaço de arbítrio que ensija nos casos em que falte a regra específica. Consta-se que é mais seguro forçar o intérprete a assumir, explicitamente, as escolhas realizadas, os caminhos trilhados, como forma de, argumentativamente,

72 BORGES, Jorge Luis. Funes, o memorioso. *Ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 108.
73 COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual*: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p. 15.

ser submetido ao controle democrático de legitimidade da decisão. Assim, esta será verticalizada, com base em postulados de razoabilidade e proporcionalidade, no tocante à sua harmonia para com o sistema do ordenamento como um todo, em especial, com os princípios que o provêm de unidade, coerência e harmonia, e, enfim, com a Constituição. Como já se destacou em doutrina, no pós-positivismo a recondução aos princípios é a maior garantia de segurança jurídica:

“A vaguza e a ambiguidade, intrínsecas às normas jurídicas não são na realidade de ampliadas pela utilização dos princípios; ao contrário, é a identificação dos princípios que as justificam que fornece a segurança jurídica. O papel que os princípios exercem como *ratio* (razão) em cada interpretação-aplicação jurídica é o que garante a coerência entre elas”⁷⁴.

De outro lado, a atenção às peculiaridades do caso concreto é exigência de justiça. Levando-se em conta especialmente a abertura própria dos preceitos superiores, a diversidade e riqueza dos elementos que compõem o ordenamento e a complexidade das relações que se estabelecem entre eles, percebe-se que somente diante do caso concreto é possível determinar a normativa que se lhe adequa, os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Neste sentido, é no caso concreto que o ordenamento ganha existência – o ordenamento do caso concreto – e em certa medida o ordenamento deve ser concebido exatamente como o conjunto dos casos concretos:

“O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia a dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos. Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das ideias e, portanto, ao fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade que, em realidade, é uma componente essencial da normatividade e, sobretudo, da sua historicidade”⁷⁵.

Isto não significa, contudo, relegar ao juiz a tarefa de, sozinho, construir o sistema. Aqui entra o papel fundamental da doutrina de fornecer parâmetros e critérios que, posto não entijegam a liberdade do intérprete, sirvam de base para a construção social e dialógica das respostas do direito mais adequadas aos princípios do sistema. Daí a enorme importância dos estudos dedicados tanto a problemas específicos de qualificação me importante dos estudos dedicados tanto a problemas específicos de qualificação como no que se refere aos métodos e guias a serem adotados de modo geral. De fato, o que se constata é que a situação de arbitrio e insegurança gerada se deve não apenas à superlotação de processos nos tribunais, a impor a celeridade com sacrifício do cuidado necessário para com cada caso, mas também, senão principalmente, ao silêncio da doutrina, especialmente no tocante ao processo de qualificação dos contratos”⁷⁶.

74 MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, p. 67.
75 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 201.
76 É o que destaca COMIRAN, Giovana Cunha: “Contudo, para que a medida necessária seja encontrada no caso, especialmente ante contratos que se não enquadram nos tipos legais, os tribunais talvez

A atuação da análise doutrinária dos tipos em abstrato entra na constituição da chamada pré-compreensão, que desempenha o relevante papel de mecanismo indireto de controle da liberdade criativa, pois se constrói normalmente a partir de parâmetros minimamente compartilhados coletivamente, fruto de debates anteriores e premissas que envolvem a formação do intérprete como integrante de uma comunidade de horizontes compartilhados⁷⁷. Este pano de fundo teórico não contrasta com a liberdade reconhecida ao intérprete, uma vez que este, identificando peculiaridades na causa concreta do contrato em exame que o distinguam da hipótese pensada abstratamente, pode rejeitar as premissas estabelecidas e determinar outros efeitos jurídicos. Nestes casos, o estudo prévio ainda terá desempenhado importante papel que é viabilizar a identificação da peculiaridade da causa concreta que justifica seu tratamento normativo diferenciado, o que necessariamente será exposto na fundamentação da decisão – e assim contribuirá para novos estudos doutrinários sobre o tema. De fato, quanto mais consolidada e difusa for a pré-compreensão abstratamente estabelecida acerca daquele tema, maior será o ônus argumentativo do intérprete para justificar sua decisão em sentido diverso⁷⁸. Trata-se, portanto, de converter a arbitrariedade em discricionariedade.

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” (COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre autonomia privada e o tipo. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p. 119).

- 77 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 59.
- 78 CELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 150-152.



A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA: UTILIZAR COM MODERAÇÃO *THE LOST-CHANCE THEORY APPLIED TO FAMILY LAW: MODERATE USE*

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador – UCSal. Professor de Direito Civil na Faculdade Batiana de Direito (graduação e pós-graduação), e no Centro Preparatório para as Carreiras Jurídicas – JusPodivm. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Civil do Curso JusPodivm. Presidente da Seccional da Bahia do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam.

RESUMO: O presente artigo investiga os contornos da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito de Família. O objetivo deste trabalho consiste, precisamente, em assegurar a possibilidade de aplicação da *Lex* integral reparabilidade dos danos a ela causados, valores previstos pela *Lex fundamentalis* como garantias constitucionais. Analisando-se a referida teoria, afirma-se a necessidade de configuração do dano somente nos casos em que haja a perda razoavelmente provável da chance de obter-se uma vantagem ou de evitar-se um prejuízo, o qual deverá decorrer da prática de um ato ilícito e que, cumpre lembrar, não se confunde com a categoria dos lucros cessantes. E, o fundamental, adverte-se para a necessidade de se adequar essa doutrina ao Direito de Família, uma vez que esse ramo do direito estrutura-se em torno da proteção de um valor jurídico muito peculiar: o afeto.

ABSTRACT: This paper investigates the configurations of the applicability of loss of a chance theory in the area of Family Law. The precise aim of this work is to assure the possibility of its application in the light of ample protection for individuals and the consequent ability to repair wholly damages to the same values established by the *Lex Fundamentalis* as constitutional guarantees. Analyzing the theory mentioned, we affirm the necessary reparability of the damage only in those cases which present loss of a reasonable probability of obtaining an advantage or avoiding some kind of prejudice. The damage should be a result of a tort act and, it should be remembered, cannot be confused with future earnings. Furthermore, and of fundamental importance, the paper advises as to the necessity of adequating this doctrine to Family Law, considering that this branch of Law is built around the protection of a legal value that is very unusual and characteristic: affection.