

TÉCNICA LEGISLATIVA CONTRATUAL E O EMBATE ENTRE ESSENTIALIA E MÉTODO TIPOLÓGICO

Contractual legislative technique and the clash between essentialia and typological method

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 26/2021 | p. 61 - 84 | Jan - Mar / 2021
DTR\2021\3718

Carlos Nelson Konder

Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor de Direito Civil da UERJ e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.
carlos@konder.adv.br

Área do Direito: Civil

Resumo: O artigo analisa a técnica legislativa adotada para a construção e descrição dos tipos contratuais e, a partir das suas características distintivas, coteja dois métodos populares de qualificação dos contratos: a doutrina dos elementos essenciais e o método tipológico.

Palavras-chave: Contrato – Essentialia – Método tipológico – Tipo – Qualificação

Abstract: The article analyzes the legislative technique adopted for the construction and description of contractual types and, based on their distinctive features, compares two popular methods of contract qualification: the doctrine of the essential elements and the typological method.

Keywords: Contract – Essentialia – Type – Typological method – Qualification

Para citar este artigo: Konder, Carlos Nelson. Técnica legislativa contratual e o embate entre essentialia e método tipológico. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 26. ano 8. p. 61-84. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

Introdução - 1.Características distintivas dos tipos contratuais - 2.A construção dos tipos legais: tipos sociais, definições e descrições - 3.O embate entre os métodos de qualificação: da doutrina dos essentialia ao método tipológico - Conclusão - Referências

Introdução

O procedimento de interpretação dos contratos em sentido estrito, isto é, a determinação do significado das cláusulas contratuais, é objeto de grande destaque no Direito Civil, examinado por prestigiada doutrina e orientado pela legislação pertinente, especialmente após as recentes alterações no Código Civil (LGL\2002\400). Entretanto, o procedimento de qualificação dos contratos, pelo qual se determinam as normas aplicáveis ao contrato, comumente por meio de sua correspondência aos modelos típicos previstos na legislação, não tem recebido a mesma atenção, embora seja aspecto indissociável do próprio procedimento interpretativo.

A consciência de que a falta de devida orientação metodológica nesses procedimentos abre espaço para o arbítrio judicial e para a insegurança jurídica, em razão de permitir a imprevisibilidade e a falta de transparência das decisões, impõe que se dedique maior atenção aos métodos adequados para o procedimento de qualificação dos contratos. Nesse sentido, o presente estudo dedica-se à contraposição entre dois dos métodos mais referidos pela doutrina para este fim: a doutrina dos elementos essenciais (essentialia) e o método tipológico. O cotejo é feito levando em conta as características da estrutura legislativa dos tipos contratuais e as contribuições da teoria da argumentação para a sua hermenêutica.

1. Características distintivas dos tipos contratuais

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

Entre, de um lado, a impossibilidade de prever e regular a infinidade de possibilidades de regulamentos de interesses a que a autonomia privada pode dar origem, e, de outro lado, a insuficiência e insegurança gerada pela mera consagração de princípios gerais aplicáveis a todos os contratos, os ordenamentos costumam refugiar-se em um meio termo. Faz-se uso da previsão expressa de modelos teóricos padrões que consagram os mecanismos de intercâmbio jurídico de bens mais comuns, socialmente mais recorrentes, de forma a estabelecer as normas aplicáveis aos contratos que se enquadrem – ou melhor, se aproximem – daquele modelo, referido normalmente por “tipo contratual”.¹

Mas o que seria, exatamente, um tipo? A polissemia do termo é extensa, mas é possível reconhecer que no âmbito contratual esta forma de previsão da hipótese que desencadeia efeitos jurídicos difere de como é abordada em outros ramos. É popular a acepção adotada em algumas esferas do direito, como o Direito Tributário², do Direito Penal³ e, para alguns, dos direitos reais,⁴ nos quais o termo “tipo” é vinculado a um mecanismo bastante restritivo de desencadeamento de efeitos jurídicos: a atipicidade do fato impede a aplicação da norma, torna-o juridicamente irrelevante. Nestes ramos, em nome de imperativos de segurança jurídica, exige-se que o fato, para desencadear consequências jurídicas, esteja entre aqueles previstos pela lei e se dê com todos os elementos que o compõem na descrição legal: fala-se assim de taxatividade (somente os fatos previstos) e tipicidade (somente na forma em que foram previstos).⁵

No entanto, esta acepção de “tipo” – e, conseqüentemente, de “típico” e de “tipicidade” –, vinculada à restrição das possibilidades do intérprete no tocante à aplicação da lei, não é a acepção original, nem a mais adequada.⁶ De fato, o significado regular de tipo é não apenas distinto, mas de certa forma oposto ao que lhe é atribuído nestas searas específicas do direito. Já com o objetivo de diferenciar, costuma-se afirmar que o legislador recorre nestes ramos a “tipos fechados”, mas como destaca a doutrina especializada, nestes casos de tipo não se trata.⁷ Seguramente, não é a acepção adotada no tocante ao direito contratual, no qual a própria legislação reconhece que um contrato atípico possa ser merecedor de tutela (CC (LGL\2002\400), art. 425), ou seja, o tipo não funciona como mecanismo de restrição da aplicação da norma.⁸

Aqui entra em cena a distinção entre tipo, na acepção utilizada no direito contratual, e conceito. Ambos são enunciados construídos a partir de uma série de qualidades ou caracteres, instrumentos de pensamento que referem ou expressam realidades plurais.⁹ Mas apresentam diferentes combinações destes elementos, seus modos de construção e operação são diversos, o que interfere com sua utilização pelo intérprete.¹⁰

De um lado, nos conceitos, encontra-se uma construção realizada apenas a partir do que há em comum em todos os seus representantes, abstraído-se do que há de incomum, o que significa que, para que um fato concreto possa enquadrar-se no conceito, deve possuir, necessária e suficientemente, estas qualidades comuns.¹¹ Por conta disso, é nos conceitos que se encontram verdadeiramente definições, quanto maior a sua extensão (o detalhamento de suas características distintivas), menor sua compreensão (a abrangência de casos concretos), o que os torna muito designativos, mas pouco informativos.

Já os tipos não são formados por abstração, a realidade lhes é enquadrada sem abstração do que é incomum, permitindo que um representante concreto possa

permanecer vinculado ao tipo ainda que lhe falte uma das características indicadas.¹² Nos tipos se encontram na verdade descrições, que envolvem características graduáveis, o que faz com que eles se relacionem entre si horizontalmente, e não verticalmente, isto é, hierarquicamente.¹³ Sinteticamente:

“Trata-se de indagar se as características, usadas na determinação são necessárias e suficientes para delimitar o conteúdo do pensamento de outros conteúdos. Assim, quanto mais irrenunciável e necessária se torna uma característica, mais perto estamos do conceito fechado. Se, ao contrário, as características são renunciáveis e graduáveis, falamos de tipo”.¹⁴

Esta contraposição já serve a indicar que, mesmo aqueles que ainda reservam espaço ao procedimento subsuntivo para a interpretação, este espaço estaria restrito à utilização de conceitos: para tais autores, tão-somente no tratamento de conceitos poderia o intérprete valer-se de subsunção, garantindo segurança e cientificidade, por sua mecânica inadequada para a concretização de valores e consideração de circunstâncias concretas, enquanto nos tipos o tratamento seria de recondução, coordenação ou aproximação.¹⁵ Como explica Noel Struchiner:

“De acordo com a visão clássica, para que algo possa pertencer a uma categoria é necessário que se encontre dentro da definição rígida (fornecida pelo conceito) que delimita a categoria. O conceito, identificado com um conjunto de propriedades necessárias e suficientes, faz com que as categorias funcionem de uma maneira ‘tudo-ou-nada’ (all-or-nothing): ou uma coisa é um membro da categoria ou não [...]. A definibilidade é a capacidade de um conceito de ser definido por um conjunto de propriedades necessárias e suficientes. Assim, é a definibilidade que deixa o conceito rígido, com limites claros”.¹⁶

No entanto, a textura aberta da linguagem e o poder concedido ao intérprete na atribuição do seu significado conduzem à constatação de que conceitos dotados desta rigidez, se é que existem no âmbito do direito, são muito menos frequentes do que se imagina.¹⁷ Portanto, se mesmo no tocante aos casos que se refiram a conceitos já pode ser inapropriado tal enrijecimento da postura do intérprete, seguramente a figura do tipo, entendido em contraposição aos conceitos, impõe um procedimento de qualificação especialmente flexível.

É nesta acepção do termo tipo que se encontram os tipos contratuais. Funcionando como modelos normalmente frequentes de trocas, parâmetros de comportamento negocial, abstrações de operações contratuais, os tipos descrevem uma realidade despreziosamente, de forma reconhecidamente incompleta. A tipologia contratual, desta forma, traz uma peculiaridade: o todo formado pelos tipos não exaure a totalidade do gênero contratos mercedores de tutela. Forma-se um conjunto assistemático, no qual os tipos não estão todos no mesmo nível e há “espaços lógicos” entre eles. Os tipos, na expressão de Pedro Pais de Vasconcelos, são “arquipélagos no mare magnum da autonomia privada”.¹⁸

2.A construção dos tipos legais: tipos sociais, definições e descrições

A tipificação dos modelos contratuais, isto é, o processo de construção dessas “ilhas” de enunciados mais específicos, de cunho mais descritivo do que restritivo, também contribui para sua peculiar forma de utilização pelo intérprete. Não se olvidando o papel importante que tem o legislador ao prever e regular cada um destes tipos, deve-se reconhecer que a sua maioria tem origem em construções sociais espontâneas, ensejadas pelo fato de a autonomia privada contratual abarcar também a possibilidade de celebração de contratos que não estejam expressamente tipificados pela lei (CC (LGL\2002\400), art. 425). A riqueza da vida cotidiana, a diversidade de interesses em jogo e a complexidade das operações econômicas conduzem os particulares a recorrerem a novos modelos e formas que se revelem mais adequados para a satisfação das finalidades que buscam atingir.



Assim, a grande maioria dos tipos contratuais já existiu como praxe social antes de sua expressa previsão legislativa, e nesse sentido é que se fala de “tipicidade social” do contrato, ao lado da sua “tipicidade legal”. O legislador por vezes se antecipa, como forma de atuar a função promocional do direito junto à realidade social, mas normalmente os tipos, ao menos na sua versão inicial, são obtidos por indução, o catálogo de modelos “legificados” não é criado ex novo. Basta pensar em exemplos imemoriais como a compra e venda, ou milenares como a locação e a sociedade, cujo nascimento é anterior até mesmo à consolidação da lei como principal fonte de direito nos ordenamentos da família romano-germânica, ou em exemplos recentes, como o contrato de franquia.

O papel do legislador na tipificação não é, contudo, meramente declarativo, voltado exclusivamente para exprimir os contratos socialmente típicos ou apenas complementar as estipulações das partes.¹⁹ A atuação legislativa serve a garantir igualdade de tratamento e viabilizar a intervenção estatal: ao modificar os tipos ele disciplina condutas, impondo, estimulando ou proibindo determinadas estruturas, de modo geral disciplinando seus efeitos jurídicos. Visa, portanto, a conformar o ato de autonomia à realização dos princípios fundamentais do ordenamento.

Os tipos que são recolhidos da realidade com ela mantêm cordão umbilical, de modo que tipicidade social e tipicidade legal coexistem e se influenciam,²⁰ mas os tipos, mesmo quando cominados por normas dispositivas, são também parte do “dever-ser”. Assim, o trabalho do intérprete no processo de qualificação continua, na sua essência, o mesmo, quer tome por referência tipos sociais, quer tipos legais: tratar-se-á sempre de garantir a adequação do regulamento de interesses autonomamente produzido pelos particulares com os preceitos do ordenamento. A diferença está somente em que a tipificação legal oferece parâmetros mais restritos e objetivos para a atribuição dos efeitos jurídicos – aos quais não se deve limitar o intérprete, pois não está dispensado de fazer o cotejo do enunciado com o resto do ordenamento –, enquanto a tipificação apenas social impõe maior esforço no sentido de verificar como aquela praxe é conformada como realidade jurídica com seus respectivos efeitos.

Assim, em grande maioria os tipos legais são também tipos sociais, e esses elementos extralegais podem ser utilizados pelo intérprete na atribuição de significado aos enunciados normativos, mas devem sê-lo mediados por elementos normativos. Mas há também tipos apenas legais, seja porque caíram em desuso socialmente, seja porque resultam de uma direta e inovadora intervenção do legislador, e tipos apenas sociais, cuja proliferação não foi ainda expressamente cogitada pelo legislador por ausência de oportunidade, conveniência ou necessidade.

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

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

Como foi destacado, entende-se que a definição é atributo mais adequado aos conceitos,

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

Em tantos outros casos, todavia, é necessário reconhecer que a redação dos dispositivos leva a crer que o legislador se aventurou a elaborar uma verdadeira definição, nos moldes conceituais exaustivos de conjunto de elementos necessários e suficientes à subsunção do caso concreto ao modelo. A justificativa para estes enunciados mais rígidos estaria em evitar dúvidas resultantes da fluidez das designações e dos conceitos sociais, especialmente nos casos em que se pretende a utilização da denominação do tipo com sentido diferente do social, ou quando não há significado social prévio. Destaca-se, assim, que a definição legal não pretende dizer o que o tipo é, mas quando aquelas normas se aplicam. Para alguns autores as definições não seriam, em si, normas, mas proposições jurídicas incompletas, a utilizar na descoberta de normas: serviriam assim a vincular apenas na aplicação das normas que elas próprias indicam.²¹ Assim, sob esta perspectiva, quando o legislador afirma no art. 538 do Código Civil (LGL\2002\400) que “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”, não está pretendendo dizer o que é uma doação, mas determinar o pressuposto fático para a aplicação das normas previstas sob o tipo legal “doação”.

Em que pese esta ressalva, mesmo entre a doutrina mais tradicional as definições legais são objeto de severas críticas.²² A ideia de que definir é papel que cabe essencialmente à doutrina, na medida em que o legislador, quando o faz, cria mais problemas do que soluções é amplamente partilhada no sentido de que “a definição dos tipos contratuais legais, além de desnecessária, é inconveniente”.²³ Não à toa que tenham reunido tantos defensores as correntes radicais no sentido da não vinculação do intérprete, para quem o legislador se limitaria a auxiliar na busca da definição real (determinação da essência do contrato).²⁴ Sem esposar este tipo de orientação, não se pode deixar de reconhecer que a própria controvérsia sinaliza que, apesar da eventual intenção do legislador, o enunciado normativo ao ser inserido em um modelo de tipo conduz-se inevitavelmente a um molde tão-somente descritivo.²⁵ Conclui-se assim que as definições legais, onde muitos buscam os elementos que supostamente justificariam a qualificação em moldes subsuntivos, não apenas são infrequentes, como ainda nos casos em que se verificam podem vir a não ser consideradas em seus elementos de forma vinculante.

Para além da ausência ou presença de uma definição legal, a heterogeneidade da conformação dos tipos, que corrobora o argumento da sua incompatibilidade com a metodologia da subsunção, também se manifesta pelas estruturas utilizadas para sua previsão legal. Assim, na maioria dos casos, o legislador denomina e descreve o tipo, para então regulá-lo. Tomando-se o exemplo mais clássico que é o tipo da compra e venda, constata-se que o legislador inaugura o capítulo “Da compra e venda” do Código Civil (LGL\2002\400), com o disposto no art. 481, que descreve que “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”, passando em seguida aos demais enunciados normativos que lhe são pertinentes. Idêntica sistemática é adotada nos tipos do contrato estimatório,²⁶ de locação de coisas,²⁷ de mútuo,²⁸ de mandato²⁹ e de constituição de renda.³⁰ Nestes casos, há um esforço detalhado em indicar um nomen juris e caracterizá-lo pelos seus traços marcantes como forma mais precisa de individualizar-lhe a normativa aplicável.

No entanto, comparando com tipos como a prestação de serviços, a empreitada, e o jogo e a aposta, constatamos que o legislador apenas indica-lhes o nome, sem qualquer forma de descrição individualizadora inicial, que se lhe possa apartar da própria normativa.³¹ Embora mais raros, pode-se conceber ainda tipos descritos sem qualquer denominação e outros aos quais, embora nominados, falte a própria regulamentação.



Entretanto, o maior fator de heterogeneidade entre os tipos são os elementos utilizados para a sua descrição. Novamente, na maioria dos casos este elemento é a natureza das obrigações resultantes do contrato. Este é o caso, entre tantos, da compra e venda ("se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro" – art. 481), da locação ("se obriga a ceder à outra [...] o uso e gozo de coisa não fungível" – art. 565), do mútuo ("obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu" – art. 586), da agência ("obrigação de promover [...] a realização de certos negócios" – art. 710), da corretagem ("obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios" – art. 722), do transporte ("se obriga [...] a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas"), do seguro ("se obriga [...] a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados" – art. 757) e da constituição de renda ("obrigar-se para com outra a uma prestação periódica" – art. 803).

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

Também é utilizada com certa frequência pelo nosso sistema de descrição dos tipos a natureza do bem objeto (mediato) do contrato. Assim "bem móvel" ou "objeto móvel" no contrato estimatório (art. 534) e no depósito (art. 627), "coisa não fungível" na locação (art. 565), e no comodato (art. 579) e "coisa fungível" no mútuo (art. 586). Outros elementos distintivos, ainda que não tão frequentes, podem também ser referidos, como qualidades das partes – entidade legalmente autorizada para atuar como seguradora, no tipo do seguro (art. 757, par. ún.) –, prática de atos materiais de entrega (contratos que se costumam classificar por "reais") – comodato (art. 579), mútuo (art. 586), depósito (art. 627), constituição de renda onerosa (art. 804) –, finalidade do contrato – "para guardar" no depósito (art. 627), prevenir ou terminar litígios na transação (art. 840), resolver litígios no compromisso (art. 851) –, a pré-existência de determinada situação – como a ocasião de calamidade no depósito necessário (art. 647) – a situação de intermediação – no receber de outrem poder para praticar atos ou administrar interesses em seu nome caracterizador do mandato (art. 653), na aquisição ou venda de bens à conta de outrem caracterizadora da comissão (art. 693) e na promoção de negócios à conta de outrem na agência (art. 710) –, ou mesmo a subsidiariedade do tipo frente a outros – como é o caso da prestação de serviços ao referir às leis especiais e trabalhistas (art. 593), da agência ao referir a caráter não-eventual e ausência de subordinação (art. 710) ou ainda a corretagem ao referir ao mandato, prestação de serviços ou relação de dependência (art. 722). Necessário fazer menção também a caracteres que são criados única e exclusivamente para destacar a individualidade daquele tipo, como a controversa figura da liberalidade – para muitos completada pelo *animus donandi* –, que caracteriza o tipo da doação (art. 538).³²

Ainda que superficial, esse panorama geral serve a comprovar a heterogeneidade dos caracteres que servem a individualizar os tipos, de forma a que também entre nós se constate "a necessidade de abandonar a ideia de um único elemento distintivo e de admitir que na verdade os vários critérios utilizados pelo legislador para individuar os vários tipos contratuais são heterogêneos".³³ Isto destaca a flexibilidade da configuração dos tipos, no que se refere ao fato de suas notas distintivas servirem mais como elementos descritivos do que definitivos. Como explica Karl Larenz:

"Os traços que o caracterizam são, pelo menos em parte, tais que surgem sob diferentes

graus de intensidade e, até certo ponto, podem reciprocamente substituir-se. Decisiva é a 'imagem global' que resulta da regulação legal ou contratual e que permite conhecer certos pontos de vista rectores. Ainda que certos traços característicos possam ser irrenunciáveis para o tipo – por exemplo, a onerosidade para a locação, o dever de transmissão de uma coisa e o pagamento do preço, relativamente à compra e venda –, e possibilitem por isso, aparentemente, uma determinação do conceito, esta não torna dispensável o recurso ao tipo quando se manifestam desvios da imagem normal".³⁴

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

"Os tribunais argumentam não raramente de modo tipológico, mas declaram a sua argumentação, justificada como coordenação a um tipo, como subsunção a um conceito, que como tal não é, de facto, aceitável. A falta de consciência do modo de argumentar tipológico reduz a fundamentação a uma fundamentação ilusória, mas que seria correcta se o tribunal tivesse argumentado abertamente de modo tipológico".³⁵

Um último argumento deve ser levantado quanto à forma de enunciação normativa do direito contratual que influi sobre o processo de qualificação. Não somente os mecanismos tradicionais de normatização – os tipos – se contrapõem ao método subsuntivo, em razão da abertura, flexibilidade e heterogeneidade de sua configuração. Também as recentes transformações em termos de técnica legislativa utilizada corroboram e mesmo radicalizam esta abertura e flexibilidade. Trata-se do cada vez mais frequente recurso às chamadas cláusulas gerais.

Estas disposições normativas utilizam intencionalmente uma linguagem aberta e fluida, de modo a conferir ao juiz "um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente, ou desenvolva normas jurídicas".³⁶ Normalmente associadas à aplicação de princípios, estas cláusulas franqueiam espaço para facilitar a oxigenação do sistema por meio da abertura para o seu preenchimento valorativo.

Destaca-se entre nós que o legislador de 2002 foi especialmente pródigo no recurso a estas figuras, como se exemplifica com a privacidade (art. 21), a boa-fé na interpretação dos negócios (art. 113), o abuso do direito (art. 187), a função social do contrato (art. 421), a boa-fé no comportamento dos contratantes (art. 422), a responsabilidade objetiva por risco (art. 927, par. ún.), a função social da propriedade (art. 1.228, § 1º), entre outras. Evidencia-se, com isto, a intenção de favorecer no processo de interpretação e aplicação das suas normas o atendimento aos "imperativos de eticidade, socialidade e operatividade".³⁷ Assim, quanto à ponderação de que faltaram parâmetros substantivos para o preenchimento de tais cláusulas, é necessário destacar que o procedimento correto é sua interpretação com base nos princípios constitucionais, garantindo assim a sistematicidade própria do ordenamento.³⁸

3.O embate entre os métodos de qualificação: da doutrina dos essentialia ao método tipológico

As transformações operadas, de modo geral, sobre a teoria da interpretação, calcadas entre outros aspectos, na textura aberta da linguagem, no carácter argumentativo do processo cognitivo de interpretação e na concepção do círculo hermenêutico, aliadas às considerações tecidas acerca das formas de enunciação do direito contratual – as peculiaridades dos tipos e o recurso às cláusulas gerais – impeliram transformações também nas doutrinas acerca dos métodos de qualificação. De fato, observa-se, nos não muito frequentes estudos sobre o tema, a transição da tradicionalíssima doutrina dos essentialia para o método tipológico.



A doutrina dos essencialia constrói-se a partir de uma classificação dos elementos componentes da estrutura do negócio jurídico. A primeira categoria de elementos seriam aqueles ditos essenciais, que se subdividem em gerais e categoriais. São elementos essenciais gerais aqueles vinculados à própria existência do negócio jurídico: de um lado, sem estes componentes, não há negócio, de outro lado, eles bastam à sua configuração: “nesse sentido, são eles elementos necessários e, se nos ativermos ao negócio jurídico como categoria geral, são também suficientes”.³⁹ Normalmente são referidos agente, objeto e forma, nos moldes do disposto no art. 104 do Código Civil (LGL\2002\400).⁴⁰

Ao lado destes, estariam os elementos essenciais categoriais, que seriam imprescindíveis não tanto para a existência jurídica do negócio, mas para seu pertencimento a determinada categoria. Ou seja, não atuariam no plano da existência do negócio, mas na sua qualificação: na sua ausência, o negócio poderia continuar a existir, mas não poderia ser enquadrado naquela categoria e, portanto, em princípio não sofreria a incidência daquelas normas. Destaca-se que as categorias podem ser amplas e abrangentes, como, por exemplo, a categoria dos contratos bilaterais, para a qual seria elemento essencial o acordo sobre sinalagma funcional,⁴¹ mas também podem descer a categorias mais específicas: os tipos.

Assim, para esta doutrina, a qualificação de um contrato relativamente a certo tipo se daria por meio da verificação de que ele contém os elementos essenciais daquele tipo, tais como: “o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do animus donandi e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no depósito; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível no comodato”.⁴²

Esta perspectiva de análise reconhece que o tipo não se exaure nos seus elementos essenciais, contendo também os chamados elementos naturais. Os naturalia negotii seriam elementos não volitivos, pertinentes ao plano da eficácia, decorrentes da natureza do negócio realizado.⁴³ Esses elementos categoriais são derogáveis, pois embora colocados pela lei aos contratos pertencentes àquele tipo, poderiam ser afastados pela vontade das partes.⁴⁴ Seriam exemplos tradicionais de elementos naturais, a garantia contra evicção e contra vícios redibitórios, nos contratos onerosos, ou a gratuidade no contrato de depósito. A dinâmica é explicada por Pedro Pais de Vasconcelos:

“Verificada a ocorrência no contrato de todos os ‘essencialia’, opera-se a subsunção do contrato ao tipo. A subsunção tem como consequência a entrada em vigor dos ‘naturalia’. Neste quadro é possível sustentar um dos dogmas do positivismo legalista em matéria de direito dos contratos: o de que, subsumida a estipulação das partes, tida como matéria de facto, ao conceito definitório da lei, entrariam em vigor, por força da lei, os efeitos que a lei lhe atribui. [...] No sistema exposto, os ‘essencialia’ servem sobretudo para a subsunção e a qualificação, enquanto que os ‘naturalia’ servem para a integração”.⁴⁵

De outro lado, a autonomia privada se manifestaria não apenas pela possibilidade de remoção de elementos naturais ao tipo, mas também pela prerrogativa de acrescentar, ao contrato concreto, elementos acidentais, ou particulares, que, embora não pertenceriam ao tipo, não lhe desvirtuariam a qualificação, apenas lhe modificando alguns efeitos. São elementos do suporte fático que não estão previstos na norma jurídica, que a vontade das partes optou por colocar: “são franjas ao tipo legal”.⁴⁶ Este seria o caso da condição, do termo e do encargo.

Para a doutrina dos essencialia, portanto, a qualificação do contrato concreto relativamente ao tipo se dá por meio da verificação da presença de determinados elementos reputados essenciais ao pertencimento àquele tipo. Os demais elementos, sejam os colocados pelo tipo (naturais), sejam os colocados pelas partes (acidentais), seriam irrelevantes e indiferentes ao processo de qualificação, uma vez que os



elementos essenciais são aqueles necessários e suficientes à qualificação.

Esta teoria, que pode deitar raízes no direito romano⁴⁷, continua a ser fielmente lecionada por boa parte da doutrina que se dedica ao tema da qualificação dos contratos e que persiste a separar os elementos essenciais (necessários e suficientes) dos naturais e acidentais (irrelevantes para a qualificação).⁴⁸ O sucesso desta perspectiva pode ser atribuído ao seu caráter extremamente didático e simplificador do processo de qualificação, funcionando claramente como forma de abstração idônea a conferir-lhe uma suposta universalidade, como afirmou Biondo Biondi:

“nessa discriminação decide sempre a vontade da lei, a qual pode dispor diversamente na época clássica e no tempo de Justiniano, como demonstra o caso do depósito irregular; mas isso não leva a renegar o caráter clássico da distinção, que tem caráter universal e vale para o direito moderno”.⁴⁹

A doutrina dos *essentialia* teve papel relevantíssimo na sistematização e no desenvolvimento dos estudos sobre o processo de qualificação do contrato.⁵⁰ Entretanto, a metodologia hermenêutica também é contingente a determinados momentos históricos e o procedimento de qualificação não é exceção. De fato, esta doutrina associa-se com a restrição à liberdade do intérprete e aplicação do modelo da subsunção. Tratando-se de construção essencialmente binária – ausência ou presença de elementos essenciais – o papel do intérprete estaria restrito a esta verificação fática, pressuposto para a subsunção do contrato concreto ao tipo legal, com a consequente aplicação das normas pertinentes. Trata-se, assim, de uma perspectiva do processo de qualificação essencialmente mecânica: a constatação da presença de elementos essenciais ao tipo é a operação necessária e suficiente para a qualificação naquele tipo e a consequente aplicação de suas normas – e de nenhum outro.⁵¹

É necessário reconhecer a superação deste momento histórico e, conseqüentemente, a obsolescência dos métodos que àquela conjuntura de valores se encontravam intimamente vinculados.⁵² Se a interpretação é processo argumentativo, que concede liberdade ao intérprete vinculada pela sua fundamentação, se é processo unitário que se aplica à lei e aos contratos, devidamente funcionalizados, e abrange, de forma circular fatos e normas, que envolve interpretação, qualificação e aplicação, conseqüentemente a doutrina dos *essentialia* não é adequada para guiar a compreensão do processo de qualificação dos contratos.

A rígida divisão entre elementos essenciais e elementos naturais e acidentais, em que pese seu caráter didático, revela-se incompatível com a riqueza e complexidade que hoje se reconhece no processo de interpretação do direito. Persistir a analisar a qualificação dos contratos sob esse olhar significa não apenas deixar de compreender sua riqueza e especificidade, mas também, na esfera judicial, autorizar que as decisões de qualificação dos contratos sejam fundamentadas exclusivamente com base na suposta mera verificação da presença ou ausência de elementos essenciais. Assim, incompatível com a realidade das operações hermenêuticas, a doutrina dos *essentialia* acaba por aumentar em vez de diminuir a insegurança do sistema, já que, como forma de subsunção, mascara as escolhas valorativas que verdadeiramente guiaram o intérprete.

A partir destas críticas buscou-se enunciar um método de qualificação que fosse mais adequado não apenas ao desenvolvimento moderno da hermenêutica, mas também às características das formas de enunciação normativa do direito contratual. Mais especificamente, um método de qualificação adequado às peculiaridades do tipo, à heterogeneidade dos caracteres que o distinguem. Este método costuma ser referido como o “método tipológico”.

Este método se constrói essencialmente a partir da referida constatação acerca do mecanismo próprio pelo qual o legislador enuncia caracteres que servem a individualizar o tipo, que são denominados então de “índices do tipo”. Como define Pedro Pais de Vasconcelos:



“Os índices do tipo são aquelas qualidades ou características que têm capacidades para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos, na formação de séries e de planos, quer com o caso, na qualificação e concretização. São características que dão alguma contribuição útil, quer à distinção, quer à comparação, ainda que esse contributo não seja, por si só, determinante”.⁵³

Reconhece-se, assim, que os índices funcionam, como a própria denominação aponta, como indicadores, indícios, elementos não determinantes nem suficientes se considerados individualmente, mas fundamentais à individuação do que seja o modelo abstrato de contrato previsto na legislação. Este conjunto de caracteres fornece ao intérprete uma visão global de cada tipo extremamente flexível, o que acaba por ensejar também considerável flexibilidade ao processo de qualificação. Como os caracteres não apenas não atuam de forma necessária e suficiente à identificação do tipo, mas também são entre si heterogêneos não apenas no que se refere à característica que tomam por base (as obrigações, o objeto indireto, o sinalagma, as qualidades das partes, a finalidade, atos materiais...), mas também na importância de cada uma delas para cada modelo, o intérprete se vê conduzido a um processo inevitavelmente argumentativo de (re)construção do que seja pertinente para a identificação de cada modelo. Como explica Karl Larenz:

“No método tipológico a diferença é grande. Na maior parte dos casos, a qualificação trabalha com vários índices em simultâneo, que podem sugerir qualificações diferentes. Os índices não são todos do mesmo peso para a qualificação, quer no que respeita ao caso, quer no que respeita ao tipo. As intensidades de verificação do índice no tipo não são sempre coincidentes. Os índices do tipo permitem a comparação do caso com o tipo e o aferimento das semelhanças e desvios entre ambos”.⁵⁴

Este método impõe ao intérprete um conhecimento amplo não apenas do tipo objeto de exame direto, mas também dos demais tipos que com ele fazem fronteira. Se a construção da individualidade do tipo é operada sobre índices variáveis em natureza e importância, que lhe dão o caráter difuso e flexível, o intérprete deve constantemente cotejá-la com os demais tipos, comparando seus caracteres e respectivas importâncias, para identificar a normativa mais adequada.

Isto condiz, vale destacar, com as considerações traçadas acerca do processo de interpretação de modo geral. A construção da normativa aplicável não se pode realizar exclusivamente a partir do enunciado normativo objeto de exame, pois ele só adquire significado inserido no sistema que o produziu. E esta inserção se opera não apenas verticalmente, observando sua adequação com os enunciados principiológicos de caráter constitucional que lhe são hierarquicamente superiores, mas ainda horizontalmente, cotejando com os demais de mesmo grau que com ele se combinam e articulam. Tratando-se de tipos contratuais, normalmente vinculados a tipos sociais, a praxe consuetudinária que lhe deu origem, enquanto juridicizada, mais um termo para cotejo. Explica Karl Larenz:

“Trata-se, uma vez mais, nos processos de pensamento que aqui decorrem, de uma forma de manifestação do ‘círculo hermenêutico’: o tipo é deduzido das disposições particulares na sua união dotada de sentido e serve, por seu lado, para melhor compreender e mais acertadamente apreciar estas disposições, o seu alcance e a sua importância para a coordenação ao tipo. Se se trata de um tipo contratual extralegal que se desenvolveu no tráfico jurídico, então o lugar das regras legais é ocupado, em primeiro lugar, pelos modelos contratuais que se tornaram usuais. Estas hão-de ver-se, tendo como pano de fundo os fins econômicos perseguidos pelas partes, a situação ‘típica’ dos seus interesses e os riscos por elas tidos em conta. De acordo com isto, podem destacar-se os traços característicos da regulação contratual e apreciar a sua importância. Mediante a comparação com outros tipos contratuais podem então constatar-se as diferenças e as similitudes e retirar daí conseqüências para a apreciação jurídica”.⁵⁵



Assim, a variabilidade característica dos tipos é reconhecida pelo método tipológico como idônea a, de um lado, permitir ao intérprete uma utilização mais fluida dos tipos que toma por referência, calcando-se em sua imagem global, mas, de outro lado, impõe a ele um esforço no sentido de constantemente atuar e reconstruir as nebulosas e instáveis áreas de sobreposição entre eles:

A coordenação de um contrato determinado ao tipo contratual não depende tanto da coincidência em relação a todos os traços particulares, mas da "imagem global".⁵⁶ Os desvios notórios da imagem global do "tipo normal" classificam-se como tipos especiais ou como "configurações atípicas". Onde reside em cada caso a fronteira, até onde é possível ainda uma coordenação a este tipo, não pode indicar-se de modo geral; quando as fronteiras são fluidas, como é geralmente o caso tratando-se do tipo, a coordenação só é possível com base numa avaliação global.⁵⁷

Uma vez que os tipos são "ilhas" de enunciados normativos que não estão previamente delimitados de forma rígida entre si, podendo sobrepor-se e deixar espaços descobertos, a qualificação dos contratos com base no método tipológico lida, sem qualquer dificuldade metodológica, com figuras concretas que não podem ser subsumidas a um tipo, seja porque não se encaixam perfeitamente em nenhum deles, seja porque se encaixam em mais de um deles. Admite-se, sem qualquer sinal de reticência ou anormalidade, as novas construções que a vida concreta vem a originar, pois, "para a consideração tipológica, o contrato pode em certos aspectos integrar-se num tipo e noutros no outro, ou unir em si, de forma específica, traços de diferentes tipos num novo tipo".⁵⁸ Dessa forma, o método tipológico determina que a fronteira entre tipos e a fronteira entre o típico e o atípico se torne basicamente uma longa zona de transição.⁵⁹

A inovação que o método tipológico traz, em contraposição à doutrina dos essencialia, não é propriamente defender que os intérpretes façam algo que não era feito antes, mas assumir explicitamente algo que já era feito. De fato, os resultados obtidos pelos dois métodos não são necessariamente diferentes entre si. Dentro do recurso aos elementos essenciais já seria possível individualizar normativas adequadas a contratos concretos cujas peculiaridades fujam aos padrões, através da abertura inevitável da linguagem no que diz respeito a quais sejam e o que significam os elementos essenciais daquele tipo. No entanto, este processo de identificação das peculiaridades concretas em diálogo com os parâmetros normativos era, no final das contas, disfarçado sob um argumento de necessidade e suficiência, ocultado por um processo supostamente automático e binário.

Esta diferença – o fato de o método tipológico explicitar a flexibilidade no processo necessariamente argumentativo de qualificação – causa impacto na fundamentação da decisão. Se, no âmbito dos essencialia, o processo é quase mecânico, de verificação da presença ou ausência dos elementos essenciais, a justificativa para a decisão tomada, se é que é exigível, é sucinta porque óbvia. De outro lado, no âmbito do método tipológico, o reconhecimento da liberdade do intérprete, da flexibilidade do processo interpretativo – influenciado pela textura aberta da linguagem e pela pré-compreensão do intérprete – e do caráter difuso das formas de enunciação normativa impõe uma fundamentação cuidadosa, que explicita o raciocínio e as escolhas tomadas ao longo do processo que conduziu à decisão. Portanto, em que pese gerar a impressão contrária, o método tipológico na verdade oferece muito mais segurança jurídica do que a perspectiva tradicional:

"A flexibilidade muito maior da consideração tipológica frente à puramente conceptual, que resulta do que foi dito, só aparentemente se consegue à custa de uma menor medida de segurança jurídica, pois que, na verdade, em todos aqueles casos em que, em vez de limites fixos, só existem transições gradativas ou tipos mistos, a jurisprudência dos tribunais não encontrará os enunciados decisivos por via conceptual mas, com frequência, mais ou menos intuitivamente. A exigência de um método tipológico é a exigência de uma classificação fundamentada por via distinta da lógica da subsunção, que aqui não é suficiente. [...] Que existem tais margens de livre apreciação não pode por certo negar-se numa análise realista. A necessidade de uma certa

flexibilidade ao fazer a classificação adentro dos tipos contratuais legais resulta do princípio da liberdade contratual, predominante no domínio dos contratos obrigacionais, o qual tem como conseqüência que o comércio jurídico nem sempre se atém ao modelo do contrato regulado por ele, mas produz constantemente desvios e novos tipos”.⁶⁰

De fato, reconhecendo-se que há, inevitavelmente, por conta de todos os fatores expostos, enorme liberdade no processo de qualificação dos contratos, é mais seguro admitir sua existência e, portanto, exigir que ela seja democraticamente explicitada argumentativamente, do que ocultá-la com a esperança de que com isso ela seja restringida.⁶¹ Desse modo, o método tipológico, em comparação com a doutrina dos essencialia, abre mão da rigidez, simplicidade e do caráter didático, admitindo a flexibilidade, complexidade e o caráter difuso, não apenas com o objetivo de garantir mais justiça à qualificação dos contratos, mas principalmente com o objetivo de lhes assegurar maior segurança jurídica.

Conclusão

A trajetória percorrida partiu da premissa de que a forma característica de enunciação das regras de direito contratual, o “tipo”, em contraposição ao conceito, traz apenas descrições, em lugar de rígidas definições, e constrói um conjunto assistemático de elementos que não se relacionam verticalmente. Além disso, vinculam-se no mais das vezes em modelos de práticas sociais reiteradas a partir das quais devem ser interpretados e são formados por estruturas diversas e caracteres – índices – heterogêneos, características que, somadas à importância das cláusulas gerais no âmbito do direito contratual, inviabilizam a aplicação de tais normas através de um modelo subsuntivo.

Diante disso, entendeu-se que a doutrina dos elementos essenciais, que se pauta pela verificação da presença de um rol de elementos reputados necessários e suficientes para o enquadramento do contrato concreto no tipo legal, apesar de seu caráter didático e simplificador, deve ser superada em razão das procedentes críticas opostas ao método da subsunção para a interpretação e aplicação de normas jurídicas, em especial as de direito contratual. Em contraposição, parecem mais adequadas, de modo geral, as construções feitas no âmbito do método tipológico, ressaltando a flexibilidade proveniente da constituição dos modelos normativos abstratos a partir de “índices do tipo”, que conduzem à importância do cotejo horizontal entre os diversos tipos – pautado pela sua imagem global e clareando as áreas nebulosas entre eles – e vertical com os princípios que lhes inspiram e da explicitação do raciocínio que permeia o processo de qualificação.

Referências

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COMIRAN, Giovana Cunha. A exegese do art. 425 do Código Civil (LGL\2002\400) e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). Transformações contemporâneas do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DE NOVA, Giorgio. Il tipo contrattuale. Padova: Cedam, 1974.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 30/31, p. 213-260, 1987/1988.

DUARTE, Rui Pinto. Tipicidade e atipicidade dos contratos. Coimbra: Almedina, 2000.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 4, n. 1, p. 355-404, 2018.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. Revista de Direito Civil contemporâneo, vol. 16, jul.-set., p. 121-135, 2018.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Teoria geral dos direitos reais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOTA, Maurício Jorge; CARDOSO, Patrícia Silva. A qualificação dos contratos como determinante da natureza e do regime contratual: uma análise do contrato de operação de posto de serviços. In: ROSADO, Marilda (Coord.). Estudos e pareceres direito do petróleo e gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo 3.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Disponível em: [www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm]. Acesso em: 16.08.2019.

RENTERÍA, Pablo. Penhor e autonomia privada. São Paulo: Atlas, 2016.

ROLIM, João Dácio. Normas antielisivas tributárias. São Paulo: Dialética, 2001.

STRUCHINER, Noel. Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. Revista de direito administrativo, n. 235, jan.-mar., p. 193-232, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002.

XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001.

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

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

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

4 .As críticas à suposta tipicidade fechada dos direitos reais, em especial ligada à confusão com o princípio do numerus clausus, é destacada pela melhor doutrina: "Vale dizer, ao lado de regras imperativas, que definem o conteúdo de cada tipo real, convivem preceitos dispositivos, atribuído à autonomia privada, de sorte a moldar o seu interesse à situação jurídica real pretendida. Assim, se é inegável que a constituição de um novo direito real sobre coisa alheia, ou de uma forma proprietária com características exóticas, depende do legislador, que, por sua vez, deve ater-se aos limites de utilidade social definidos pela Constituição, certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para essa atuação"(TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 83). Na mesma linha "[...] os tipos de direito real são tipos abertos, pois abrangem um conteúdo accidental, não previsto na norma jurídica, através do qual a autonomia da vontade pode exprimir-se na modelação da situação real em concreto" (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135). Conclui Rentería: "se é inegável que a taxatividade e a tipicidade modelam a atuação da autonomia negocial, é certo, porém, que tais preceitos não justificam a suposta especificidade hermenêutica dos direitos reais (RENTERÍA, Pablo. Penhor e autonomia privada. São Paulo: Atlas, 2016. p. 81).

5 .Como explica Misabel de Abreu Machado Derzi, "a tipicidade, não obstante, sendo a criação de ordens ou tipos, por natureza flexíveis e abertos, é instrumento frágil de garantia, enquanto a conceitualização fechada, criadora de classes e espécies, é meio assecuratório mais forte, reforçador da segurança (como direito) e da estabilidade das relações jurídicas" (DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 31. Belo Horizonte, 1988, p. 245).

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



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

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

9 .Sintetiza Giovana Cunha Comiran: "o tipo é também uma forma de abstração. Mas os processos de abstração do tipo e do conceito são diferentes" (COMIRAN, Giovana Cunha. A exegese do art. 425 do Código Civil (LGL\2002\400) e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (org.). Transformações contemporâneas do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 600).

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

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

12 .LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 302.

13 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 42-43.

14 .DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 31. Belo Horizonte, 1988. p. 232.

15 ."Por isso, a coordenação ao tipo exige, no caso singular, o ter em conta este ponto de vista valorativo rector, pois só ele decide em última instância se os 'traços distintivos' ou as 'notas características' aqui presentes justificam ou não, pelo seu grau de intensidade e a sua articulação, a coordenação. A coordenação ao tipo é, assim, ao invés da subsunção a um conceito, um processo de pensamento orientado a valores" (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 309). Entre nós, defende Marino que "afigura-se mais adequado circunscrever o raciocínio tipológico aos casos nos quais o juízo de subsunção é insuficiente devido à presença de desvios em relação ao tipo normal. Trata-se dos casos periféricos ou casos-limite, que não são maioria na prática, porém são bastante frequentes nas lides" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15).



16 .STRUCHINER, Noel. Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 78.

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

18 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 2.

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

20 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 60.

21 .DUARTE, Rui Pinto. Tipicidade e atipicidade dos contratos. Coimbra: Almedina, 2000. p. 76.

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

23 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 90. Com base no ordenamento português, o autor prossegue com um exemplo: “A definição legal de doação permite a subsunção formal de todas as ‘doações’ gratuitas, designadamente aquelas feitas para promoção de bens de consumo, que não correspondem ao tipo extra-legal, ao tipo real normativo, da doação, o que se torna patente perante o absurdo que seria permitir nesses casos a revogação por ingratidão” (ibid. p. 92). Sobre a exigência do animus donandi e defendendo a concepção do contrato de doação como “contrato que se caracteriza pela falta, isto é, por não ter prestação correspondente”, ou seja, como “figura residual, subsidiária” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 275).

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

25 .Para Giorgio De Nova, o legislador, recolheu os tipos “abertos” da praxe, mas os cristalizou em conceitos, escolhendo elementos e colocando-os em evidência em definições, mas a transformação provoca um tal empobrecimento que o autor afirma a

legitimidade de que tais definições sejam lidas em chave tipológica (DE NOVA, Giorgio. II tipo contrattuale. Padova: Cedam, 1974. p. 136-138).

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

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

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

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

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

31 .Respectivamente, CC (LGL\2002\400), arts. 593, 610, 814.

32 .Sobre o tema, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 267-288.

33 .DE NOVA, Giorgio. II tipo contrattuale. Padova: Cedam, 1974. p. 72.

34 .LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 427.

35 .LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 310.

36 .MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 303.

37 .REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Disponível em [www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm], acesso em 16 ago. 2019.

38 .Neste sentido leciona Gustavo Tepedino: “Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da

pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916" (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 7-8. t.2)

39 .JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

40 .Antonio Junqueira de Azevedo em estudo aprofundado do tema, subdivide os elementos essenciais gerais em intrínsecos (ou constitutivos) e extrínsecos. Estariam entre os primeiros a forma, o objeto e as circunstâncias negociais ("quid... que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos), e entre os segundos o agente, o lugar e o tempo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32-33).

41 .JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36.

42 .JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35-36.

43 .PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 65. t.3.

44 .Para Antônio Junqueira de Azevedo, os elementos categoriais se subdividem em essenciais ou inderrogáveis e naturais ou inderrogáveis (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35). O autor se refere ainda aos elementos categoriais derogáveis, ou elementos naturais, como conteúdo implícito do negócio, que, junto com o conteúdo expresso e o conteúdo completamente expresso (por referência incompleta), constituem o objeto do negócio (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Op.cit., p. 136-137).

45 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 81-84.

46 .PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 66. t. 3.

47 .MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 162 e ss.

48 .JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37: "A doutrina tradicional romanística estava absolutamente certa, portanto, quando, com base nas fontes romanas, distinguia, em cada tipo de negócio, os elementos essenciais e os naturais".

49 .Apud JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e



eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38, grifos do autor.

50 .Destaca Rodrigo Xavier Leonardo que "o pensamento conceitual contribuiu para que o pensamento jurídico perseguisse o status de ciência" (LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. Revista de Direito Civil contemporâneo, v. 16, jul.-set., p. 125, 2018).

51 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 84 e ss.

52 .Em síntese crítica à subsunção, leciona Gustavo Tepedino: "Com tal raciocínio: (i) reduz-se a aplicação do direito (rectius, a atividade do magistrado) a procedimento mecânico, especialmente se a etapa anterior – interpretação – concluir que a regra é clara, subtraindo do intérprete o poder-dever de utilização dos princípios e valores constitucionais no exame de cada preceito normativo a ser aplicado (no vetusto brocardo latino, in claris non fit interpretativo); (ii) a norma infraconstitucional se torna a protagonista principal do processo interpretativo, mediadora entre os princípios – por vezes de pouca clareza analítica – e o suporte fático no qual incide" (TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 444).

53 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 114.

54 .VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 6.

55 .LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 667. Na mesma linha, explica Pedro Pais de Vasconcelos: "O contrato é qualificado através do reconhecimento nele de uma qualidade que é a qualidade de corresponder a este ou àquele tipo, a este ou àquele modelo típico. A qualificação legal traz consigo, assim, sempre um processo de relação entre a regulação contratual subjectiva estipulada e o ordenamento legal objectivo onde o catálogo dos tipos contratuais legais se contém. Este relacionamento traduz-se num movimento espiral e heremenêutico, assente numa pré-compreensão que se traduz em pré-qualificações experimentais precárias feitas com apoio na cultura jurídica e na 'experiência do mundo' de quem qualifica" (VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 164-165).

56 .Explica Giovana Cunha Comiran: "em lugar de decompor o contrato em elementos, a ideia é que se tenha dele uma noção total a partir de seus indícios e, comparando o caso prático a ser solucionado com as possibilidades típicas legisladas ou socialmente sedimentadas, conferir um juízo de correspondência" (COMIRAN, Giovana Cunha. A exegese do art. 425 do Código Civil (LGL\2002\400) e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). Transformações contemporâneas do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 606).

57 .LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 666.

58 .LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 428.



59 .“A elasticidade do tipo e a capacidade do método tipológico para apreender as cambiantes e os matizes entre realidades semelhantes acarreta dificuldades sempre que é necessário distinguir a tipicidade da atipicidade. É difícil, no método tipológico, colocar uma fronteira clara entre o que ainda é típico e o que já é atípico, quer dizer, determinar as fronteiras do tipo. Os limites de elasticidade do tipo são variáveis. Entre os tipos fluidos cujos limites são quase indetectáveis e os tipos genéricos cujas fronteiras são firmes, há um grande espaço de variação” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 179-180).

60 .LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 428.

61 .KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira, v.4, n. 1, p. 355-404, 2018.