



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**  
**Curso de Doutorado**

**ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO**

**CONTRATOS ATÍPICOS NO DIREITO EMPRESARIAL**  
**A atipicidade contratual entre contratos socialmente típicos e novos negócios**

Brasília  
2023



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**  
**Curso de Doutorado**

**ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO**

**CONTRATOS ATÍPICOS NO DIREITO EMPRESARIAL**  
**A atipicidade contratual entre contratos socialmente típicos e novos negócios**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, elaborada sob a orientação da Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Frazão e sob a co-orientação da Prof.<sup>a</sup> Dra. Paula Andrea Forgioni.

Brasília  
2023

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília  
como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito

Angelo Gamba Prata De Carvalho

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Doutora Ana Frazão (Orientadora)  
Universidade de Brasília

---

Professora Doutora Paula Andrea Forgioni (Co-orientadora)  
Universidade de São Paulo

---

Professor Doutor Fábio Ulhoa Coelho (Avaliador Externo)  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

---

Professora Doutora Mariana Pinto (Avaliadora Externa)  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

---

Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima (Avaliador Interno)  
Universidade de Brasília

Brasília, 5 de dezembro de 2023.

## AGRADECIMENTOS

Apesar de se tratar um direito, é ainda um privilégio para poucos ter uma educação pública, gratuita e da melhor qualidade da pré-escola até o doutorado. Mesmo sendo um caminho difícil e repleto de desafios, mesmo colecionando perrengues do início ao fim, chegar até aqui é motivo de muita alegria e significa concretizar um projeto há muito idealizado – muito antes de pensar no Direito, talvez contemporâneo ao momento em que descobri o que era um doutorado. A satisfação e o privilégio vêm invariavelmente acompanhados da responsabilidade de retribuir por tudo o que recebi, com a consciência de que, mesmo se tratando de um processo que chega ao fim, o objetivo sempre foi chegar ao início. A responsabilidade vem também acompanhada de profunda gratidão às pessoas que cruzaram meu caminho e contribuíram para que tudo fosse possível, e, por esse motivo, possivelmente flexibilizando alguns dos rigores acadêmicos que estarão presentes ao longo deste trabalho, pretendo reservar talvez mais do que alguns parágrafos para agradecer em primeira pessoa.

O primeiro agradecimento não poderia deixar de ser, mais uma vez, à infinitamente querida professora Ana Frazão. Com a doçura e a generosidade que lhe são próprias, conheci a professora Ana no terceiro semestre da Graduação, fiquei encantado com suas aulas de Teoria Geral do Direito Privado, e com surpresa recebi seu convite para ser seu estagiário quando era Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Foi o início de uma trajetória de grande aprendizado para mim, mas também de muita cumplicidade e parceria em diversos projetos, que seguiram em Gustavo Tepedino Advogados, em Ana Frazão Advogados, no Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECEM), e em diversos outros momentos que tive o privilégio de compartilhar com a professora Ana. Ana é uma referência que não cabe em notas de rodapé, e sempre será para mim um modelo de profissional e de pessoa que comprova a possibilidade de, com competência e honestidade, construir a vida e o direito de maneira compromissada com a sociedade em que vivemos. Foi Ana que, após um painel do Congresso Brasileiro de Direito Comercial sobre contratos atípicos, me disse “Esse é um bom tema, grande Angelo!”.

Esta pesquisa ainda teve o privilégio de ser co-orientada pela caríssima professora Paula Andrea Forgioni, a quem sempre admirei à distância por meio de suas publicações e de suas palestras e que, em ato de grande generosidade, ofereceu sua experiência, sua competência e sobretudo sua franqueza para apontar os problemas e as potencialidades desse trabalho. Esta tese é, em grande medida, inspirada pela constante batalha que a professora Paula lidera para a

valorização do Direito Empresarial em toda a sua dignidade e a construção de uma Teoria Geral dos Contratos Empresariais que esteja afinada com a realidade dos mercados.

Outro agradecimento muito especial é devido à professora Claudia Rosane Roesler, que, ainda no início da graduação, teve a serenidade e a paciência para lidar com a ansiedade de um aluno de segundo semestre ingressando na pesquisa acadêmica. Nos vários cafés e almoços que tivemos, e também nas reuniões do Grupo de Pesquisa em Argumentação, Retórica e Juridicidades, a professora Claudia me ensinou a enfrentar com seriedade e rigor a pesquisa em direito.

Agradeço imensamente também às preciosas contribuições do Professor Gustavo Tepedino e da Professora Juliana Krueger Pela no exame de qualificação desta tese, ao apontar as potencialidades e fragilidades do projeto então apresentado, que foram fundamentais para a conclusão desta tese.

Minha tese teve também a sorte de contar com a onipresença de meus amigos-irmãos, pessoas incríveis e pesquisadores brilhantes, que me dão a honra de fazerem parte de minha vida. A conclusão deste trabalho se deve em grande medida ao amor, ao carinho, à paciência e ao apoio da família que fiz em Brasília, amigos de tantos caminhos e tantas jornadas, que tanto me acolhem e fazem o melhor de mim: Amanda Visoto, o mais certo das horas incertas; Carlos Ávila, que está do meu lado em qualquer caminhada; Maria Cristine Lindoso, cujo coração é uma casa de portas abertas; Paula Baqueiro, que sempre me diz a verdade com frases abertas. Não preciso nem dizer tudo isso que eu digo, mas é muito bom saber que vocês são meus amigos.

Agradecimentos importantes são os devidos a pessoas queridas e onipresentes na minha trajetória pessoal e acadêmica ao longo do doutorado. Agradeço, assim, à Ana Paula Manrique, que nos momentos mais difíceis é o meu divã; à Clara Lacerda, que nunca deixou de estar por perto; à Mônica Fujimoto, a melhor companheira de trincheiras; à Giovanna Milanese, com quem sempre aprendo; à Maria Júlia Schmitt, minha correspondente oficial na Alemanha que salvou minha vida em várias traduções; à Alanna Muniz, que me ensinou novas formas de ver o mundo; à Luísa Faria, que há anos não cansa de me incentivar; e à Nathalia Souza, que além de ser uma presença fundamental, magicamente me ajudou a ir buscar – no Japão – textos impossíveis de encontrar.

Aproveito para agradecer aos meus queridos e eternos professores com quem tive a oportunidade de aprender no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB) que tiveram papel imprescindível no desenvolvimento deste trabalho: Frederico Viegas, Marcio Iorio Aranha, Marcelo Neves, Bernardo Mueller, Alexandre

Bernardino Costa, João Costa-Neto, Isaac Reis, Ney Bello, Daniela Marques, Paulo Burnier, Amanda Athayde, Douglas Pinheiro, Loussia Félix e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Agradeço imensamente às servidoras e servidores do PPGD/UnB, que estão sempre disponíveis para auxiliar aos alunos desde as questões mais simples até os mais desesperadores momentos, com a rara combinação de eficiência e leveza necessária a aplacar os ânimos e resolver os problemas dos mais aflitos (o que naturalmente me inclui), com especial menção às queridas Euzilene, Carol e Lia.

Minha tese foi escrita durante a pandemia de Covid-19, que deixou a todos isolados, ansiosos e enlutados. A pandemia naturalmente tornou também difícil a vida dos pesquisadores, por longo tempo impedidos de acessar bibliotecas e outras fontes de pesquisa. No entanto, foi também um momento – que se espera que permaneça – de grande solidariedade da parte de acadêmicos hoje por mim ainda mais admirados, que se mostraram extremamente disponíveis para discutir minha pesquisa, encaminhar bibliografia e oferecer inestimáveis conselhos e oportunidades de estudos que certamente não passariam despercebidos por estes Agradecimentos. Agradeço, portanto, aos professores Michael Martinek, Judith Rochfeld, Maria de Fátima Ribeiro, Margarida Lima Rego, Maria Inês de Oliveira Martins, Rui Pinto Duarte, Rodrigo Broglia Mendes, Marcelo Andrade Féres, Fabio Ulhoa Coelho, Ernesto Tzirulnik, Paulo Luiz de Toledo Piza, Milena Donato Oliva, Hugh Collins, Andrea Garofalo, Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes, Fábio de Sá e Silva, Alexandre da Maia, Maurício Bunazar, Pierre Legrand, Daniel Wunder Hachem, Luis F. P. Leiva Fernández. Ana Blanco, Fabíola Chui, Isami Romero, Mauricio Lindoso, Marlon Tomazette, Rodrigo Nery e Luca d’Arce Giannotti.

Agradeço também às instituições que gentilmente disponibilizaram itens do seu acervo, seja mediante acesso físico, seja mediante o envio de mídias digitais, nomeadamente a Biblioteca Central dos Estudantes da Universidade de Brasília; a Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; a Bibliothèque Jean-Claude Coliard, da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (que gentilmente autorizou meu acesso ao seu acervo); a Fundação Konstantinos Simitis, de Atenas; Gustavo Tepedino Advogados (com especial gratidão à Ana Beatriz Baía); e Ernesto Tzirulnik Advocacia.

Agradeço também à companhia e ao apoio dos amigos e amigas do Twitter, assim como do grupo Estação Pantanal.

Não poderia, por fim, deixar de agradecer à companhia das melhores assistentes de pesquisa que tive, que estavam o tempo todo ao meu lado dormindo sobre livros (às vezes até

comendo alguns) e tornaram o processo de escrita deste trabalho mais feliz: Cassandra, Tarsila e Hebe.

Todas essas menções de agradecimento podem parecer agora exageradamente longas, mas são justas e devidas àquelas e àqueles que fizeram parte de um sonho antigo, que acabou me levando para muito além do sonho e mesmo da minha capacidade de sonhar. Convém sonhar.

*“Être libre c’est être condamné à être libre”.*

(Jean-Paul Sartre)



## RESUMO

O presente trabalho procura investigar as maneiras pelas quais se constrói, no ordenamento brasileiro, a liberdade de celebração de contratos empresariais atípicos, considerando especialmente a dicotomia entre usos e costumes e novos negócios. Com vistas a perseguir este objetivo, este trabalho se estrutura por um conjunto de pilares básicos, a partir dos quais se pretende estabelecer um percurso de apreciação crítica da literatura e da jurisprudência sobre os contratos empresariais atípicos, de maneira a reconstruir os pressupostos dogmáticos incidentes sobre esses negócios. Tais pilares consistem no delineamento dos contornos da Teoria Geral dos Contratos Empresariais; na demonstração das características do chamado método tipológico; na apreciação do papel dos usos e costumes e de sua relevância na estruturação dos contratos socialmente típicos; e na análise crítica das metodologias de tratamento dos contratos atípicos, para que então se possa reconduzir tais estratégias às diretrizes que orientam os contratos empresariais. O presente trabalho procura endereçar o *déficit* teórico da literatura sobre os contratos empresariais atípicos no que se refere às metodologias de tratamento desses negócios. Tal deficiência decorre especialmente da dificuldade de as mencionadas metodologias dialogarem com as pressões sociais e econômicas que levam à construção de novos regimes jurídicos em lugar de socorrerem-se de cláusulas gerais com reduzida capacidade explicativa ou de regimes incompatíveis com aqueles cogitados pelos agentes econômicos. Procura-se, com isso, integrar ao esforço coletivo de construção da Teoria Geral dos Contratos Empresariais algumas reflexões a respeito da atipicidade contratual, com vistas a mais claramente delinear os contornos e as peculiaridades dos novos negócios e dos contratos socialmente típicos. Espera-se que as considerações aqui sistematizadas sirvam de ponto de partida para a apreciação da matéria com a complexidade que merece, superando-se as iniciativas de preenchimento de aparentes vazios normativos com soluções estranhas à prática negocial, assim como perspectivas que atribuam à liberdade de contratar caráter absoluto, incompatível com a ordem jurídica dos mercados.

**Palavras-chave:** Contratos atípicos; Contratos empresariais; Usos e costumes; Novos negócios.

## ABSTRACT

The present thesis seeks to investigate the ways by which the freedom to produce innominate business contracts is constructed within the Brazilian legal framework, particularly considering the dichotomy between business customs and new business ventures. In order to pursue this objective, this thesis is structured upon a set of fundamental pillars, from which one intends to construct a path of critical appreciation of literature and jurisprudence concerning innominate business contracts, aiming towards reconstructing the doctrinal assumptions surrounding these transactions. These pillars include outlining the main lines of the General Theory of Business Contracts, by demonstrating the characteristics of the so-called typological method; evaluating the role of established customs and their relevance in shaping socially nominate contracts, and critically analyzing the methodologies for handling innominate contracts, in order to realign these strategies with the general guidelines that govern business contracts. Thus, this thesis seeks to address the theoretical deficit in the literature regarding innominate business contracts, concerning the methodologies for handling those agreements. This deficit is primarily due to the difficulty of the aforementioned methodologies in aligning with the social and economic pressures that lead to the creation of new legal models instead of relying on general clauses with limited explanatory capacity or regimes that are incompatible with those contemplated by economic agents. Thus, this thesis aims to contribute to the collective effort in constructing a General Theory of Business Contracts with some reflections on contractual atypicality, aiming to more clearly delineate the peculiarities of new business ventures and socially nominate agreements. It is hoped that the considerations systematically presented here will serve as a starting point for the examination of the subject matter with the complexity it deserves, surpassing initiatives to fill apparent normative gaps with solutions foreign to business practice, as well as perspectives that attribute absolute character to the freedom to contract which are incompatible with the legal framework of markets.

**Keywords:** Innominate contracts; Business contracts; Business customs; New business ventures.

## SUMÁRIO

<b>I. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>II. A DINÂMICA PRÓPRIA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL.....</b>	<b>20</b>
II.1. Considerações preliminares: em busca de uma Teoria Geral dos Contratos Empresariais .....	20
II.2. A construção da arquitetura jurídica dos mercados a partir da força obrigatória dos contratos.....	30
II.3. A arquitetura jurídica dos mercados e o papel das instituições na estruturação dos negócios empresariais: da confiança dos contratantes à confiança nas instituições.....	36
II.4. Uma ordem jurídica para os mercados fundada na proteção à função econômica dos contratos empresariais.....	51
II.5. Autonomia privada e liberdade de contratar na Teoria Geral dos Contratos Empresariais .....	66
<b>III. A LIBERDADE DE CELEBRAR CONTRATOS EMPRESARIAIS E O PROCESSO TIPOLÓGICO.....</b>	<b>77</b>
III.1. Considerações preliminares: o tipo contratual para além do nomen e sua função na tradição jurídica romano-germânica .....	77
III.2. A ideia de processo tipológico e a tipificação como metodologia do Direito dos Contratos.....	85
III.3. Tipicidade contratual e ordenamento jurídico: a relevante distinção entre normas de ordem pública, normas imperativas e normas dispositivas.....	105
III.3.1. As normas de ordem pública, imperativas ou cogentes .....	109
III.3.2. As normas dispositivas ou supletivas.....	120
III.3.3. Esboço de uma síntese dos modelos normativos incidentes sobre os contratos privados .....	129
III.4. O processo de qualificação contratual e o papel da função econômica ou causa dos contratos.....	133

<b>IV. O PAPEL DOS USOS E COSTUMES E A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS SOCIALMENTE TÍPICOS.....</b>	<b>154</b>
IV.1. Considerações preliminares: contratos socialmente típicos em um mar de costumes .....	154
IV.2. Usos e costumes e os contratos empresariais .....	161
IV.3. A construção da normatividade sobre os contratos empresariais a partir da interação entre os usos e costumes e a jurisprudência.....	173
IV.4. O papel dos usos e costumes na criação de normas supletivas aos contratos empresariais .....	186
IV.5. A noção de contratos socialmente típicos como resultado das instituições de mercado .....	195
IV.6. Os contratos socialmente típicos e as funções que desempenham para a jurisprudência brasileira.....	206
IV.6.1. O papel da doutrina na mediação entre tribunais e prática mercantil para a identificação de contratos socialmente típicos .....	209
IV.6.2. A lei como fonte de definições a respeito dos contratos socialmente típicos, ainda que legalmente atípicos .....	213
IV.6.3. O contrato estrangeiro como referencial para a estruturação de contratos socialmente típicos .....	225
IV.7. Conclusões preliminares: em busca de um lugar para a atipicidade na Teoria Geral dos Contratos Empresariais .....	231
<b>V. A ATIPICIDADE NA CONTRATAÇÃO EMPRESARIAL .....</b>	<b>234</b>
V.1. Considerações preliminares: a atipicidade como fenômeno jurídico objeto da Teoria Geral dos Contratos Empresariais.....	234
V.2. O desafio da reconstrução do regime jurídico-legal dos contratos atípicos: em busca de mecanismos de operacionalização de negócios sui generis.....	242
V.3. A busca por elementos de tipicidade como mecanismo de reconstrução do regime normativo dos contratos atípicos: o caso dos contratos mistos .....	254
V.4. Um direito para os novos negócios? O lugar dos contratos atípicos puros na teoria geral dos contratos empresariais .....	268

V.5. Contornos e apreciação crítica dos parâmetros dogmáticos de análise dos contratos atípicos puros .....	279
V.5.1. O controle de legalidade dos contratos atípicos e a fraude à lei.....	286
V.5.2. A boa-fé objetiva como mecanismo de regulamentação dos contratos atípicos ..	292
V.5.3. A cláusula geral de vedação ao abuso de direito.....	299
V.5.4. O recurso a categorias gerais do Direito dos Contratos .....	304
V.5.5. O papel da analogia na construção do regime jurídico dos contratos atípicos.....	313
V.5.6. A equidade como mecanismo de abertura dos contratos atípicos às diretrizes gerais do ordenamento .....	322
V.6. Conclusões preliminares: da hierarquia ao conjunto de estratégias a serem implementadas para a análise dos contratos empresariais atípicos segundo a sua função econômica .....	326
<b>VI. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS ATÍPICOS NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS .....</b>	<b>329</b>
VI.1. Considerações preliminares: A atipicidade contratual como componente dogmático da Teoria Geral dos Contratos Empresariais .....	329
VI.2. O necessário delineamento dos parâmetros de controle da atipicidade: Usos e abusos da liberdade contratar na estruturação de contratos empresariais atípicos .....	334
VI.3. Os usos e costumes como pontos de referência para os contratos empresariais atípicos: incidências sobre os contratos socialmente típicos e os novos negócios.....	348
VI.4. A causa ou função econômica como elemento essencial ao enquadramento jurídico dos contratos empresariais atípicos .....	356
VI.5. Conclusões preliminares: novos percursos para a compreensão dos contornos dogmáticos dos contratos empresariais atípicos .....	364
<b>VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>367</b>

## I. INTRODUÇÃO

Em razão da incompletude do conhecimento humano sobre o que havia nos mais longínquos rincões do mundo, os cartógrafos medievais procuravam preencher as zonas desconhecidas – e, por conseguinte, certamente perigosas – com o grave alerta de que, naquelas regiões, haveria monstros de toda sorte – *hic sunt dracones*. Naturalmente que a indicação não decorria da constatação empírica de que lá viveriam dragões, mas do que se denominou por um *horror vacui*, isto é, um desconforto, por parte dos cartógrafos, quanto aos espaços vagos de seus belos e adornados mapas, vindo a preencher essas lacunas com figuras monstruosas que, apesar de fantasiosas, cumpriam o papel de afastar o aparente vazio dos territórios inexplorados<sup>1</sup>.

O presente trabalho não consiste em um estudo cartográfico, porém trata também de tema que, por pouco explorado na dogmática contratual, não raro é ocultado simplesmente em razão da necessidade de não se deixar espaços vazios no território mapeado pelo Direito dos Contratos. Tal posição é especialmente problemática no campo do Direito Empresarial, cujos contratos ainda carecem da construção de uma teoria geral que incorpore a metodologia que é própria deste ramo do direito, notadamente diante da insuficiência do raciocínio sistemático conceitualista para acompanhar a dinâmica dos mercados contemporâneos. O objeto do presente trabalho, nesse sentido, são justamente os contratos empresariais que não foram previstos pelo legislador – e, portanto, não contam com um conjunto de normas obrigatórias a eles associadas ou mesmo normas supletivas da vontade das partes –, porém emergem da prática para atender aos interesses a eles subjacentes, partindo-se da operação econômica delineada pelos agentes de mercado nos seus instrumentos contratuais.

Diante desse cenário, a inquietação quanto à atipicidade contratual está circunscrita a um campo mais amplo de indagação a respeito da existência de princípios comuns aos contratos empresariais, aqui denominados *vetores* da contratação empresarial. A construção de uma Teoria Geral dos Contratos Empresariais, assim, parte da premissa de que esses negócios seguem uma particular dinâmica, que se descola essencialmente daquela que orienta contratos civis ou consumeristas, associados a outros elementos institucionais que ensejam mecanismos operativos próprios<sup>2</sup>. A apreensão do sentido dos contratos empresariais, dessa maneira, está

---

<sup>1</sup> A respeito do tema: VAN DUZER, Chet. *Hic sunt dracones: The geography and cartography of monsters*. In: MITTMAN, Asa Simon; DENDLE, Peter J. *The Ashgate research companion to monsters and the monstrous*. Nova York: Routledge, 2012. pp. 388-435.

<sup>2</sup> Nesse sentido: FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. pp. 107-125; DALMARTELLO, Arturo. *I contratti delle imprese commerciali*. Pádua: CEDAM,

intimamente relacionada à compreensão das características dos mercados. A percepção dessas características próprias inclui não somente as normas jurídicas que governam tais negócios, mas também normas sociais, elementos culturais, e notadamente as práticas reiteradas e compartilhadas entre os agentes de mercado – isto é, os usos e costumes comerciais, elementos que, embora informais, são essenciais à estruturação de normas de conduta e mesmo de modelos contratuais amplamente conhecidos. Faz-se necessário, por conseguinte, compreender a contratação empresarial a partir das diversas *instituições* que governam tais avenças e constroem o comportamento dos agentes econômicos, cujas relações se entrecruzam para a formação dos mercados.

É nesse contexto que, em homenagem à autonomia privada e ao imperativo de garantia de previsibilidade das relações econômicas compreendido na noção de *pacta sunt servanda*, sobressai a relevância da estruturação de mecanismos dogmáticos aptos a proteger a criação de negócios não previstos pela legislação – os contratos empresariais atípicos, previstos expressamente pelo art. 425 do Código Civil brasileiro, segundo o qual “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Evidentemente que, no intuito de facilitar as transações econômicas – ou, ainda, de reduzir custos de transação –, os sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica consagraram determinados modelos contratuais na legislação em torno da noção de tipo, categoria metodológica que tem o condão de oferecer um arcabouço normativo mínimo para regular negócios jurídicos frequentes e conhecidos, ao mesmo tempo em que possibilita as adaptações necessárias à observância dos interesses das partes.

Os tipos contratuais, assim, não somente *limitam* a autonomia privada por intermédio da fixação de normas cogentes, como também preenchem os espaços deixados pelas partes contratantes com normas supletivas associadas à função econômica que qualifica o modelo positivado. Trata-se, conforme ensina Natalino Irti, de uma tentativa de minimamente prever, mediante cálculos de probabilidade, as situações fáticas com as quais potencialmente se depararão os agentes econômicos no futuro, de tal forma que o direito será capaz de reconduzir essas situações a regimes jurídicos típicos que esclareçam a disciplina jurídica a incidir no caso concreto<sup>3</sup>.

---

1962; REDENTI, Enrico. *Dei contratti nella pratica commerciale*. Pádua: CEDAM, 1931; MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991; LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. I, pp. 15-40.

<sup>3</sup> IRTI, Natalino. La crisi della fattispecie. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 1, n. 36, 2014. p. 5.

A eleição de determinados tipos pelo direito positivo, assim, desempenha a importante função de estabelecer regimes que correspondam às demandas mais frequentes dos agentes econômicos – e, por conseguinte, à infraestrutura jurídica necessária à estabilidade das relações de mercado. No entanto, ainda segundo Natalino Irti, não se pode ignorar que, diante da ágil dinâmica das relações de mercado contemporâneas, pode-se constatar verdadeiras crises tanto dos próprios tipos quanto dos critérios valorativos para a análise de situações concretas<sup>4</sup>. Como se pretende mostrar ao longo do presente trabalho, tal cenário exige o desenvolvimento de critérios operacionais claros e efetivos para garantir o respeito à autonomia privada e, ao mesmo tempo, incorporar as contribuições e sinalizações do direito estatal para o aprimoramento dos contratos.

Daí a relevância, nesse contexto, da possibilidade de celebração de contratos atípicos, fenômeno central para que os ordenamentos tanto possam admitir modelos contratuais oriundos dos usos e costumes – os contratos socialmente típicos – quanto dar vazão a novos negócios que se distanciem das figuras previstas em lei. Assim, em homenagem à autonomia privada, podem as partes abrir mão das disciplinas previstas pelo Código Civil para construir seus próprios regimes jurídicos, que correspondam exatamente ao escopo da operação econômica que pretendem encartar – desde que observadas as balizas normativas gerais previstas pela lei. Daí dizer Pascal Fréchette que os contratos atípicos somente encontram dois limites: a imaginação e a ordem pública<sup>5</sup>.

Dessa forma, a liberdade de celebração de contratos atípicos tanto deve adotar determinados parâmetros de controle quanto não pode ser implementada sem que se levem em consideração, de um lado, os usos e costumes a partir dos quais os agentes econômicos orientam suas atividades – de maneira a desenvolver contratos socialmente típicos com sua própria esfera de normatividade – e novos negócios que desafiam os modelos típicos (tanto legal quanto socialmente) existentes. Por esses motivos, a dogmática de Direito Privado estruturou um conjunto de técnicas interpretativas voltadas a atribuir algum grau de sentido e segurança aos construtos contratuais elaborados sem a perfeita adequação aos modelos legais, com técnicas como a analogia, a combinação de regimes jurídicos ou a absorção da parcela atípica do contrato pela parte que mais se aproxime de algum tipo positivado<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> IRTI, Natalino. La crisi della fattispecie. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 1, n. 36, 2014. p. 6.

<sup>5</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 103.

<sup>6</sup> Ver: VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 87-116.



Não obstante, conforme aduz Michael Martinek<sup>7</sup>, mesmo com a criação dessas técnicas interpretativas há ainda um perceptível *déficit* teórico na literatura sobre os contratos atípicos. Tal deficiência decorre especialmente na dificuldade de as mencionadas metodologias dialogarem com as pressões sociais e econômicas que levam à construção de novos regimes jurídicos em lugar de socorrerem-se de cláusulas gerais com reduzida capacidade explicativa ou de regimes incompatíveis com aqueles cogitados pelos agentes econômicos.

Dessa maneira, é de rigor que o aludido *déficit* dogmático seja endereçado, de maneira a abarcar tanto os mecanismos econômicos que constroem o comportamento dos agentes de mercado que criam novas figuras contratuais quanto o processo de conformação dos contratos atípicos pela jurisprudência, que constantemente expede sinalizações capazes de reconhecer o comportamento dos agentes de mercado como fonte do direito e de remodelar os negócios atípicos a partir dos parâmetros de controle do direito estatal. Nesse sentido, o presente trabalho procura investigar as maneiras pelas quais se constrói, no ordenamento brasileiro, a liberdade de celebração de contratos empresariais atípicos, considerando especialmente a dicotomia entre usos e costumes e novos negócios. Com vistas a perseguir este objetivo, este trabalho se estrutura em um conjunto de pilares básicos, correspondentes aos seus Capítulos, a partir dos quais se pretende construir um percurso de apreciação crítica da literatura e da jurisprudência sobre os contratos empresariais atípicos, de maneira a reconstruir os pressupostos dogmáticos incidentes sobre esses negócios.

Assim, o primeiro Capítulo do presente trabalho procura situar metodologicamente a discussão em torno dos vetores da contratação empresarial e da peculiar apreciação dos mercados que sobressai do Direito Empresarial. Para tanto, pretende-se delinear os contornos da chamada Teoria Geral dos Contratos Empresariais, ressaltando as características peculiares a essas avenças, de maneira a contextualizar a constante busca pela preservação da autonomia privada e das pactuações dos particulares com a necessidade de manutenção da ordem pública para a preservação dos mercados.

O segundo pilar deste trabalho consiste na demonstração das características que marcam a *tipicidade* contratual, aqui entendida como peculiar estratégia de construção de uma sistemática contratual preocupada com a necessidade de construção de mecanismos minimamente flexíveis, aptos a abarcar as transformações da realidade concreta e as expectativas dos agentes econômicos quanto à contratação. Com isso, buscar-se-á também apontar para a presença marcante do método tipológico na construção dos contratos em

---

<sup>7</sup> MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. p. 25.

concreto, característica que repercutirá inclusive na celebração dos contratos atípicos, que, na ausência de um regime específico, não raro são equivocadamente reconduzidos a modelos típicos por um aparente imperativo de coerência sistêmica. A adequada abordagem deste elemento analítico é fundamental para ressaltar a distinção entre as modalidades normativas que governam a contratação empresarial – nomeadamente as normas imperativas e as normas dispositivas –, que merecem atenção específica em virtude de seus diversos impactos sobre a liberdade de contratar.

Na sequência, o chamado método tipológico será posto em diálogo com um dos vetores mais centrais da contratação empresarial: os usos e costumes, fonte normativa que emerge da prática para governar as relações interempresariais. As práticas repetidas e consolidadas pelos agentes econômicos adquirem tamanha relevância para o comércio e para a estruturação dos mercados que se perfazem em verdadeiras regras ou *standards* de conduta entre os empresários. Por esse motivo, não somente os usos e costumes têm o condão de construir normas jurídicas, como também se consolidam em modelos contratuais tacitamente compartilhados entre os agentes econômicos – os já mencionados *tipos sociais*, gestados na dinâmica dos mercados e conformados ao ordenamento pelas instituições judiciais, em procedimento de retroalimentação voltado a conferir-lhes sua peculiar normatividade.

Como se pretende demonstrar, os contratos socialmente típicos têm a marca da atipicidade, já que não se encontram previstos pelo direito positivo, e, portanto, não trazem consigo um conjunto de normas imperativas, porém funcionam de maneira análoga à dos tipos legais no que tange às normas dispositivas. Dessa maneira, o passo posterior à discussão sobre os usos e costumes e os contratos socialmente típicos diz respeito à reflexão sobre a atipicidade propriamente dita. Em outras palavras, serão abordados os contornos dogmáticos dos contratos atípicos, sejam eles mistos – isto é, decorrentes da junção de modelos típicos em operações econômicas *sui generis* – ou puros – ou seja, os negócios que exercem funções econômicas que não encontram correspondência nem no ordenamento positivo, nem entre os tipos sociais, de tal forma que não podem ser diretamente reconduzidos a modelos conhecidos e, por conseguinte, não são diretamente alimentados por um sistema próprio de normas obrigatórias ou facultativas. No esforço de abordagem da atipicidade contratual, buscar-se-á descrever as características essenciais das metodologias elaboradas pela literatura para enfrentar tal questão fundamental da contratação, com especial atenção às suas limitações diante dos vetores que marcam a Teoria Geral dos Contratos Empresariais.

Por fim, em retrospecto crítico dos delineamentos desenvolvidos nos Capítulos antecedentes, o último Capítulo do presente trabalho pretenderá recuperar os vetores

fundamentais dos contratos empresariais com vistas a reconduzir tais estratégias analíticas aos pilares da Teoria Geral dos Contratos Empresariais. Com isso, pretende-se demonstrar a centralidade do critério da *função econômica* ou *causa* dos contratos empresariais como parâmetro de referencia para a operacionalização dos contratos atípicos. Ao lado dos usos e costumes, fonte normativa emergente da dinâmica dos mercados, procurar-se-á demonstrar a relevância do desenvolvimento de critérios capazes de equilibrar a autonomia privada com a ordem pública e as normas obrigatórias. Com isso, se pretende propor perspectiva analítica a respeito dos contratos empresariais atípicos preocupada com a preservação da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, porém ciente dos riscos da indefinição jurídica que muitas vezes marca a atipicidade.

## CAPÍTULO II

### II. A DINÂMICA PRÓPRIA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL

#### II.1. Considerações preliminares: em busca de uma Teoria Geral dos Contratos Empresariais<sup>8</sup>

A distinção entre contratos empresariais e contratos civis não é nova, no entanto deve ser contextualizada à luz das relativamente recentes construções dogmáticas que procuraram identificar os negócios empresariais como categoria autônoma segundo critérios materiais e informais. Para as finalidades deste trabalho, que busca compreender as peculiaridades dos contratos empresariais atípicos como figuras decorrentes da liberdade de contratar – porém constantemente informadas pelos influxos do direito estatal ao depararem-se com as inovações da prática mercantil – o recurso a uma teoria geral não deve advir de uma separação estrutural, mas sim de um arcabouço teórico que enquadre tais negócios a partir de sua função nos mercados.

O encerramento da divisão estrutural entre obrigações civis e empresariais em razão do advento do Código Civil de 2002, nesse sentido, exige uma reflexão aprofundada a respeito da dinâmica própria que destaca os contratos empresariais. Evidentemente que, com isso, não se procura elidir a incidência das normas contratuais gerais previstas pela legislação, que procuraram unificar a regência dos negócios jurídicos<sup>9</sup>, mas sim identificar e traduzi-las em

---

<sup>8</sup> O presente trabalho adotará como expressão padrão “contratos empresariais” (e, naturalmente, “contratos empresariais atípicos”). No entanto, entende-se que tal locução pode ser perfeitamente intercambiável com as expressões “contratos mercantis” ou “contratos comerciais”, aqui entendidas como sinônimas. Da mesma maneira, prefere-se a expressão “Direito Empresarial” a “Direito Comercial”, muito embora, especialmente neste primeiro Capítulo, muitas vezes se faça referência à fase do Direito Empresarial associada à teoria dos atos de comércio, de sorte que, possivelmente, tal alusão poderá incorrer em algum anacronismo.

<sup>9</sup> Teixeira de Freitas, em análise do título relativo aos contratos e obrigações empresariais do Código Comercial de 1850, chegava a apontar a circunstância de que só haveria normas específicas para os negócios mercantis em razão de uma “pobreza do Direito Civil pátrio”, e não necessariamente em razão de circunstâncias excepcionais do Direito Comercial: “As disposições d’este Tit. V – dos contractos e obrigações mercantis – fôrão só motivadas pela pobreza do nosso Direito Civil pátrio (posto que ricamente socorrida pela Lei de 18 de Agosto de 1769), e não porque – para os contractos em geral – hajão, ou devão haver, disposições excepcionaes no Direito Commercial. A prova está, em que são do Direito Civil todas as disposições dos Arts. 121 á 139, impostas no Cod. Como de Direito Commercial pelas costumadas exagerações dos aspectos parciais; e facilmente exequíveis, dizendo-se – contractos mercantis ou commerciaes –, em vêz de – contractos –, e assim acanhadamente legislando-se para as – obrigações –, e para – cada um dos contractos –. De taes exagerações, aliás destinadas ao bem das excepções do Direito Commercial, resulta mal para as interpretações do Direito Civil, tirando-se-lhe o que lhe pertence, e minando-se-lhe as bases de sua constante applicação” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Aditamentos ao Codigoo do Commercio. Rio de Janeiro: Perseverança, 1878. v. 1, p. 522).

uma dogmática própria que permita a mais adequada acomodação dos interesses dos agentes econômicos dentro dos limites autorizados pelo ordenamento<sup>10</sup>.

Não é sem motivo que Cesare Vivante, na introdução ao seu *Tratatto di Diritto Commerciale*, assinalava que a *summa divisio* entre Direito Civil e Direito Empresarial poderia até parecer anacrônica diante da homogeneidade de um arranjo social no qual o comércio e seus costumes estariam perfeitamente infiltrados<sup>11</sup>. Segundo o autor, a falta de referência a uma teoria geral das obrigações não raro deixaria os institutos de Direito Empresarial carentes de sentido lógico-sistemático, ao mesmo tempo em que o Direito Empresarial se destacaria diante do Direito Civil pela circunstância de sua elaboração advir das necessidades concretas da prática mercantil, e não de um sistema abarcante e generalizado<sup>12</sup>. Nesse sentido, o que se destaca na defesa de Vivante pela unificação do Direito Privado é a alusão a uma diversidade de métodos de elaboração e aplicação entre as duas searas, de tal maneira que mesmo com a sua fusão seria necessário preservar normas que são próprias ao Direito Empresarial<sup>13</sup>.

Daí sugerir Waldírio Bulgarelli que o que justificaria a estruturação de uma dogmática própria para os contratos empresariais seria a sobrevivência de modelos contratuais

---

<sup>10</sup> Vale lembrar que mesmo durante a vigência da integralidade do Código Comercial de 1850 não se negava a existência de sobreposições entre as obrigações civis e comerciais, na medida em que dispunha o art. 121 do revogado diploma do século XIX que “As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. Conforme assevera Paula Forgioni, por conseguinte, mesmo antes da unificação das obrigações já se identificavam indícios da necessidade de homogeneização dos regimes jurídicos aplicáveis ao Direito Civil e ao Direito Empresarial, além de que a existência desse traço “poupou os brasileiros da sorada discussão sobre serem ou não as leis civis fonte de direito comercial” (FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 88).

<sup>11</sup> Cesare Vivante, nesse sentido, destaca que a autonomia do Direito Empresarial teria surgido espontaneamente por razões históricas, a remontar à época em que comerciantes constituíam uma ordem distinta de cidadãos, inclusive com seu próprio direito: “L’autonomia del diritto commerciale, che sorse spontaneamente quando i commercianti formavano un ordine distinto di cittadini, sembra un anacronismo oggidi in cui gli atti di commercio si esercitano liberamente, ora per professione, ora isolatamente da chiunque ne ha voglia” (VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, pp. 1-2). Tradução livre: A autonomia do direito comercial, que surge espontaneamente quando os comerciantes formavam uma ordem distinta de cidadãos, parece um anacronismo hoje, quando os atos de comércio se exercitam livremente, seja por profissão, seja isoladamente por qualquer um que desejar.

<sup>12</sup> Daí dizer Cesare Vivante que o direito comercial foi o “mais nobre fruto” da vida fechada das corporações mercantis, em verdadeira reação contra a influência do direito justiniano e do direito canônico: “Riassumendo: il diritto commerciale fu il più nobile frutto della vita chiusa delle corporazioni mercantili, fu benefica reazione contro le influenze del diritto giustiniano e contro quelle ancor più deleterie del diritto canonico. Ma combattendo le battaglie del diritto a tutela del credito, il commercio lavorava per tutto il popolo, e la sua disciplina giuridica e divenuta patrimonio comune” (VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, p. 27). Tradução livre: Resumindo: o direito comercial foi o mais nobre fruto da vida fechada das corporações mercantis, foi benéfica reação contra as influências do direito justiniano e contra aquela ainda mais deletéria do direito canônico. Mas combatendo as batalhas do direito à tutela do crédito, o comércio trabalhava por todo o povo, e a sua disciplina jurídica tornou-se patrimônio comum.

<sup>13</sup> VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, p. 21.

próprios a essa seara, de tal forma que a solução mais adequada seria um regime jurídico unitário que prestigiasse princípios próprios do Direito Empresarial<sup>14</sup>.

Oscar Barreto Filho, por sua vez, aprofunda o debate ao salientar que a autonomia do Direito Empresarial não decorre tão somente de questões estruturais e tampouco das aludidas diferenças de método, mas da circunstância de que “[a] satisfação das necessidades do mercado exige não só uma *organização* especializada e diferenciada, como reclama uma *instrumentação* técnica e, ainda mais, uma atividade criadora que não existe na vida civil comum”<sup>15</sup>. O rearranjo estrutural do Código Comercial com sua revogação pelo Código Civil de 2002, nesse sentido, longe de significar um enfraquecimento deste ramo do conhecimento jurídico, significaria verdadeiramente o ponto de partida para o seu ressurgimento, na medida em que, com roupagem civil, impõe-se com um direito imbricado nas relações sociais, deixando de ser um direito de classe para abarcar diversas modalidades de atividades econômicas em suas mais variadas formas<sup>16</sup>.

Ocorre que mesmo a menção à *atividade* – a que alude o próprio art. 966 do Código Civil em sua definição de empresário<sup>17</sup> – é marcada por uma limitação intrínseca, na medida em que aparentemente ignora o papel da interação entre as empresas em prol da ênfase ao

---

<sup>14</sup> “Parece, pois, que a unificação do regime dos diversos contratos se vê ameaçada pela subsistência de certos contratos que podem servir quer aos que não sendo empresários utilizam ocasionalmente, quer aos empresários que, os estipulando em massa, realizam, por meio deles, uma atividade econômica determinada. A unificação parece ameaçada, porque é lógico pensar que o regime jurídico destes contratos aparentemente não pode ser unitário, posto que o fato de serem estipulados em massa e profissionalmente implica exigências que, repercutindo sobre seu regime, determinam o nascimento de regras especiais inaplicáveis àqueles que deles se servem esporadicamente. [...] Conclui [*sic*] que a melhor solução é [...] um regime jurídico totalmente unitário, aplicável a empresários e não-empresários, com predominância dos princípios advindos do direito mercantil, não só pela comercialização do Direito Civil, mas também pelo critério quantitativo, dada a massa de contratos, o que não implicaria injustiça para os não-empresários, como o demonstra a prática do direito comparado, tendo como exemplo o Código Civil italiano: aplicar-se-iam assim as regras unitárias sem distinguir a situação profissional das partes” (BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000. pp. 51-52). Paula Forgioni explica que a menção às especificidades dos negócios mercantis diz respeito a um contexto particular no qual, de fato, com o advento do Código Civil, alguns institutos de Direito Civil vinham eclipsando particularidades do Direito Comercial: “Essa postura doutrinária reflete a realidade que circundava nossos autores: as regras especiais dos contratos mercantis contidas nos arts. 121 a 139 foram sendo sombreadas pela supressão de institutos como o ‘arbitramento’, pelo advento do Código Civil e pela edição de regras que suplantaram a dicotomia de jurisdições e as diferenças ente os processos civis e comerciais. Além disso, as dissonâncias específicas entre contratos civis e comerciais foram sendo limadas, restando poucas aparas, de importância mitigada” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 33).

<sup>15</sup> BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1969. pp. 17-18. Grifos do original.

<sup>16</sup> É interessante, nesse ponto, a digressão histórica realizada pelo jurista peruano Carlos Torres y Torres Lara na qual o autor narra o nascimento, vida, paixão, morte e ressurreição do Direito Comercial, sendo a sua morte associada à unificação com o Direito Civil e a ressurreição vinculada à chamada *comercialização do Direito Civil*, tornada possível justamente em virtude da inclusão do Direito Comercial nos Códigos Civis. Ver: LARA, Carlos Torres y Torres. *La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú: nacimiento, vida, pasión, muerte y resurrección del Derecho Mercantil. Ius et praxis*. n. 5, pp. 65-82, 1985.

<sup>17</sup> Art. 966. do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

conjunto de atos praticados pelo empresário na organização dos fatores de produção<sup>18</sup>. O que está no centro da definição, por conseguinte, é a entidade empresarial, e não sua inserção em mercados a partir da celebração de contratos, de sorte que, segundo Paula Forgioni, tal conceito “hoje pode ser considerado reducionista, pois não atribui o devido destaque ao indispensável *perfil contratual* do ente produtivo”<sup>19</sup>.

A crítica quanto à centralidade da *atividade* para o enquadramento dos contratos empresariais pode ser agregada a uma dificuldade geral de parte da literatura quanto à própria definição do objeto do Direito Empresarial, notadamente diante das incabíveis reminiscências da teoria dos atos de comércio após o advento da teoria da empresa. Rubens Requião, por exemplo, denunciava o caráter ilógico e anticientífico da divisão entre o Direito Civil e o Direito Empresarial, o que atribuía à inépcia deste último em definir seu próprio escopo<sup>20</sup>. Isso porque, ao se conferir tal relevância ao conjunto de atos praticados pelo empresário, a pretexto de criar-se um elemento objetivo, expande-se indefinidamente o objeto do Direito Empresarial e perde-se o foco merecido pelas relações entre empresas.

É relevante notar, porém, que a indefinição quanto ao objeto do Direito Empresarial não decorre simplesmente da falta de interesse quanto às relações entre empresas, mas principalmente da incompreensão a respeito da circunstância de que as relações interempresariais tendem a estruturar mercados constitui característica essencial do fenômeno empresarial. A existência de uma dinâmica própria para os contratos empresariais, assim, diz respeito à própria natureza da empresa, que não se define apenas conceitualmente, mas sim no desenrolar das trocas econômicas que se enfeixam para estruturar mercados. Em outras palavras, “[a] empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*”<sup>21</sup>.

Daí a razão pela qual, ao estabelecer as bases fundamentais para a reflexão a respeito dos contratos empresariais no Brasil, Paula Forgioni realiza relevante corte

---

<sup>18</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 25.

<sup>19</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 25. Grifo do original.

<sup>20</sup> Tal se verifica na análise de Rubens Requião: “Não é preciso esforço de imaginação para se concluir da precariedade científica de um sistema jurídico que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental. Para muitos autores essa dificuldade, senão impossibilidade, resulta diretamente da circunstância de não ser científica a dicotomia do direito privado, e, por isso, a distinção entre atos civis e atos comerciais seria sempre ilógica e não racional” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. I, p. 17).

<sup>21</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 23. Grifo no original.

metodológico: os contratos que devem interessar ao comercialista são os interempresariais, isto é, aqueles celebrados entre empresas<sup>22</sup>, que, por conseguinte, têm por finalidade precípua a busca do lucro<sup>23</sup>. Com isso, não somente se restringe o objeto do Direito Empresarial àqueles negócios cujos participantes têm “sua atuação plasmada pela procura do lucro”, como também se “coloca em relevo a necessidade do esboço de teoria geral que leve em consideração as peculiaridades dos contratos interempresariais *no contexto do mercado* [i.e, que visualize a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir]”<sup>24</sup>.

As relações empresariais, nesse sentido, destacar-se-iam não somente em razão de socorrerem-se de institutos próprios e específicos, mas especialmente em razão do fato de que seriam regidas por princípios gerais próprios capazes de lhe conferirem autonomia mesmo diante da unificação das obrigações. Daí a relevância das reflexões de Arturo Dalmartello<sup>25</sup>, que, mesmo após a unificação promovida pelo Código Civil italiano de 1942, sustentava que ainda se justificava falar em contratos empresariais como categoria própria.

Isso porque, segundo o autor, apesar de não mais se pretender inserir tais negócios jurídicos em um sistema formalmente estruturado, seria possível falar em uma atividade contratual *qualificada* pelo complexo de relações em que se inserem esses atos, na medida em que sempre estariam associados às necessidades atinentes à vida da empresa<sup>26</sup>. A empresa, por conseguinte, não seria qualificada tão somente por adotar uma *forma empresarial* objetiva e isoladamente qualificável, mas por uma rede de relações contratuais que o empresário organiza para realizar sua atividade econômica produtiva<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> M. Januário da Costa Gomes esclarece, com inspiração na teoria dos atos de comércio, que, naturalmente, é possível vislumbrar contratos tipicamente empresariais fora da empresa, no entanto trata-se de ocorrência residual do fenômeno dos contratos empresariais: “Claro que há contratos comerciais fora da empresa: uma compra de coisa móvel feita pra revenda é um ato de comércio objetivo, ainda que nem o vendedor nem o comprador sejam comerciantes. Contudo, os contratos comerciais fora da empresa têm reduzida expressão, estando atualmente na periferia do Direito Comercial, ainda que dentro dele” (GOMES, M. Januário da Costa. *Contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 18).

<sup>23</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 27.

<sup>24</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. pp. 27-28. Grifo e colchetes do original.

<sup>25</sup> DALMARTELLO, Arturo. *I contratti delle imprese commerciali*. 3.ed. Pádua: CEDAM, 1962. pp. 3-97.

<sup>26</sup> DALMARTELLO, Arturo. *I contratti delle imprese commerciali*. 3.ed. Pádua: CEDAM, 1962. pp. 3-97.

<sup>27</sup> “Ho già richiamato l’attenzione su questa fondamentale norma di delimitazione della nostra materia, e ho già fatto rilevare come le varie ipotesi di attività contrattuale specificamente destinata a qualificare l’impresa commerciale e perciò legittimamente qualificabile come attività contrattuale commerciale. Se osservate l’elenco dell’art. 2195, vi renderete facilmente conto come l’attività intermediaria nella circolazione dei beni, l’attività di trasporto per terra, per acqua o per aria, l’attività bancaria e assicurativa e le altre attività ausiliarie delle precedenti consistano, in sostanza, in una rete di rapporti contrattuale che l’imprenditore mette in essere con la propria clientela, e attraverso ai quali si realizza la vera e propria attività economica produttiva dell’impresa commerciale” (DALMARTELLO, Arturo. *I contratti delle imprese commerciali*. 3.ed. Pádua: CEDAM, 1962. p. 96). Tradução livre: Já chamei atenção para esta fundamental norma de delimitação da nossa matéria, e já a apontei como uma entre as várias hipóteses de atividade contratual especificamente destinadas a qualificar a empresa comercial e,



O contrato, por conseguinte, deve ser analisado a partir de sua inserção em um complexo de relações econômicas que servem à estruturação de mercados nos quais interagem entidades empresariais, razão pela qual não se lhe pode adequadamente definir sem a adequada contextualização das *operações econômicas* a ele subjacente e da *função econômica* por ele desempenhada<sup>28</sup>. Daí ser possível afirmar que o contrato não se apresenta como um fenômeno jurídico que pode ser estudado em laboratório, isolado das variáveis que verdadeiramente o qualificam. Isso porque o contrato consiste na “institucionalização de fatos econômicos, que relaciona empresas que produzem e comercializam os bens e serviços com os consumidores que os procuram”<sup>29</sup>.

Assim, a *atividade econômica organizada* a que alude o art. 966 do Código Civil é necessariamente voltada ao *mercado*, já que o comportamento dos agentes econômicos privados não pode ser compreendido isoladamente, mas em razão dos efeitos sociais agregados que produzem<sup>30</sup>. Diante de tal cenário, a adequada compreensão do escopo da atividade empresarial exige uma abordagem multidisciplinar que seja capaz de abarcar os diversos incentivos a que estão submetidos os agentes econômicos, que estão sujeitos não somente aos comandos oriundos da regulação jurídica, mas também a normas sociais, elementos culturais e incentivos econômicos.

Esse complexo de constrangimentos a que se encontram submetidos os agentes econômicos, longe de reduzir a importância da regulação jurídica, é precisamente o que justifica

---

portanto, legitimamente qualificável como atividade contratual comercial. Em se observando o elenco do art. 2195, pode-se facilmente levá-la em conta como a atividade intermediária na circulação dos bens, a atividade de transporte por terra, por água ou por ar, a atividade bancária e securitária e as outras atividades auxiliares das precedentes consistem, substancialmente, em uma rede de relações contratuais que o empresário articula com a própria clientela, e através das quais se realiza a verdadeira e própria atividade econômica produtiva da empresa comercial.

<sup>28</sup> Nesse sentido: “Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato [...]” (ROPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. pp. 7-8).

<sup>29</sup> Tradução livre do original: “El contrato, como hemos venido sosteniendo, es la institucionalización de hechos económicos, que relaciona empresas que producen y comercializan los bienes y servicios con los consumidores que acceden a ellos” (GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*: Parte general y especial. 4.ed. Buenos Aires, Astrea, 1998. p. 35).

<sup>30</sup> ZOPPINI, Andrea. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. *Rivista di Diritto Civile*. v. 54, n. 5, pp. 515-541, set./out. 2008. p. 525.

a construção de uma dogmática de Direito Empresarial que esteja afinada com a dinâmica dos mercados, sobretudo diante da circunstância de que dificilmente os empresários terão comportamento coincidente com a figura neoclássica do *homo oeconomicus*<sup>31</sup>. Tal percepção, cabe notar, traz consigo uma intrínseca postura crítica à capacidade de autorregulação dos mercados. Na verdade, a imperiosidade de uma dogmática consistente vai ao encontro da noção segundo a qual os mercados aos quais se destina a atividade econômica organizada não são capazes de automática e eficientemente alocar fatores de produção<sup>32</sup>. Em outras palavras, os contratos empresariais funcionam ou deixam de funcionar não em razão do intuito abstrato de maximização de utilidade dos agentes econômicos, mas em virtude dos interesses e exigências do comércio na medida em que se encontram alinhados com o quadro normativo, razão pela qual tais negócios são orientados por *vectores de funcionamento* próprios<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Nesse sentido: “I contratti in cui una o entrambe le parti sono necessariamente imprenditori – o, meglio, in cui vi è una rilevanza almeno unilaterale dell’organizzazione e dell’attività d’impresa – pongono significativi problemi di ordine sistematico, attinenti alla loro collocazione nell’ambito della teoria generale del contratto, e di individuazione della relativa disciplina, se si accetta la premessa che «l’attività economica esercitata è un coelemento del fatto, in assenza del quale quel (tipo di) contratto non potrebbe nemmeno aversi». Poiché, se sono diverse le esigenze dei relativi protagonisti, tale differenza dovrebbe opportunamente riflettersi in termini di disciplina rispetto a quella prevista per la generalità degli accordi contrattuali, per determinare le regole applicabili è opportuno domandarsi, tenendo conto dell’incidenza dei fenomeni in discorso sulle dinamiche di mercato, quale sia, in un dato momento storico, la normativa più coerente con le esigenze succitate, puntualizzando che i destinatari di questa potrebbero non coincidere con la figura dell’*homo oeconomicus*. In tal modo si potrà verificare la reale necessità di regole proprie dei soggetti che svolgono attività attinenti alla ‘materia di commercio’” (NONNE, Luigi. I contratti d’impresa nel diritto italiano ed europeo: problemi attuali e prospettive future. *Rivista critica del Diritto Privato*. v. 30, n. 4, pp. 1-35, dez. 2012. p. 1). Tradução livre: Os contratos no quais uma ou ambas as partes são necessariamente empresários – ou melhor, nas quais há uma relevância ao menos unilateral da organização e da atividade empresarial – apresentam significativos problemas de ordem sistemática, atinentes à sua colocação no âmbito da teoria geral do contrato, e de individualização a relativa disciplina, se se aceita a premissa de que a atividade econômica exercida é um coelemento de fato, na ausência do qual aquele (tipo de) contrato não poderia nem mesmo ocorrer. Portanto, se são diversas as exigências dos relativos protagonistas, tal diferença deveria oportunamente refletir-se em termos da disciplina prevista pela generalidade dos acordos contratuais, para determinar as regras aplicáveis é oportuno perguntar, tendo em vista a incidência dos fenômenos relativos à dinâmica de mercado, qual seja, em um dado momento histórico, a normatização mais coerente com as exigências suscitadas, pontuando-se que os destinatários desta podem não coincidir com a figura do *homo oeconomicus*. Dessa maneira se poderá verificar a real necessidade de regras próprias para os sujeitos que desenvolvem atividade atinente à “matéria comercial”.

<sup>32</sup> ZOPPINI, Andrea. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. *Rivista di Diritto Civile*. v. 54, n. 5, pp. 515-541, set./out. 2008. p. 525. Daí ressaltar o autor a necessidade de uma verdadeira integração entre os fatores que constroem a atividade comercial: “Proprio l’integrazione necessitata delle iniziative economiche e l’organizzazione complessa di fattori della produzione, come tali sovente insuscetibili d’essere ricollocati nel mercato, pone il problema d’individuare quali siano le regole giuridiche coerenti e adeguate a tali presupposti” (ZOPPINI, Andrea. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. *Rivista di Diritto Civile*. v. 54, n. 5, pp. 515-541, set./out. 2008. p. 525). Tradução livre: Precisamente a integração necessária às iniciativas econômicas e a organização complexa dos fatores de produção, como tais muitas vezes incapazes de serem recolocados no mercado, apresenta o problema de individualizar as regras jurídicas coerentes e adequadas a tais pressupostos.

<sup>33</sup> Segundo Paula Forgioni: “O estudo dos contratos empresariais desde a perspectiva do mercado – i.e., do contexto que lhes dá força e sentido – exige sua consideração como categoria unitária e autônoma, afastando-se a análise truncada, tipo a tipo, que costuma ter lugar” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 109).

A importância de uma abordagem unitária para os negócios empresariais deve ir além da análise de contratos típicos qualificados como empresariais especialmente diante das finalidades específicas deste trabalho: na medida em que se pretende estudar a atipicidade contratual nos contratos empresariais, a base teórica geral a ser delimitada é essencial para a identificação, em avenças não previstas pelo direito positivo, da dinâmica que é própria a essas transações<sup>34</sup>. Reconhecendo a relevância dessa dinâmica, Tullio Ascarelli ressalta a necessidade de conciliação entre uma contínua criação do direito, a permitir a sua correta aplicação por intermédio da superação da antinomia entre a necessidade de resolver situações concretas e a fixidez das formulações existentes<sup>35</sup>.

Conforme esclarece Pietro Sirena, tal perspectiva não decorre simplesmente de um conjunto de atualizações legislativas, mas, em última análise, de uma mudança de cosmovisão por parte do Direito dos Contratos, que serviu para superar uma tradição romanística essencialmente pré-capitalista<sup>36</sup> e dar lugar a Direito Privado intrinsecamente conectado à regulação dos mercados<sup>37</sup>. Assim, falar em contratos empresariais significa aludir a múltiplos negócios jurídicos com características e funções econômicas variadas, que naturalmente devem

---

<sup>34</sup> Joaquín Garrigues ressalta, quanto a esse ponto, a inadequação da recondução do Direito Comercial ao comércio que define suas raízes históricas e mesmo da alusão a modelos isolados previstos pela lei, na medida em que o que verdadeiramente o define na atualidade é a *repetição* de modelos jurídicos. Nesse sentido: “Desde los comienzos del siglo actual, la doctrina se dio cuenta de la imposibilidad de construir el Derecho mercantil sobre el concepto económico del comercio, a causa principalmente de la constante ampliación del número de hechos y relaciones sometidos a las normas jurídicas mercantiles, en muchos de los cuales no aparece el dato de la mediación en el cambio de productos. Por esta razón, se prefirió abandonar el método histórico y la referencia al comercio para buscar un sector de la realidad económica que coincida con el ámbito moderno del Derecho mercantil. En este nuevo camino, la simple observación de esa realidad nos muestra que la característica del Derecho mercantil no es la regulación de los actos aislados, sino la de los actos en masa” (GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 7.ed. Madri: Aguirre, 1976. v. I, p. 20). Tradução livre: Desde o começo do século atual, a doutrina se deu conta da impossibilidade de construir o Direito mercantil sobre o conceito econômico do comércio, em razão principalmente da constante ampliação do número de fatos e relações submetidos às normas jurídicas mercantis, em muitos dos quais não aparece o dado da mediação no intercâmbio de produtos. Por essa razão, se preferiu abandonar o método histórico e a referência ao comércio para buscar um setor da realidade econômica que coincida com o âmbito moderno do Direito mercantil. Neste novo caminho, a simples observação dessa realidade nos mostra que a característica do Direito mercantil não é a regulação dos atos isolados, mas dos atos em massa.

<sup>35</sup> ASCARELLI, Tullio. Norma giuridica e realtà sociale. In: \_\_\_\_\_. *Problemi giuridici*. Milão: Giuffrè, 1959. v. 1, p. 75.

<sup>36</sup> Também nesse sentido, em análise do contexto francês à luz do Código Civil de 1804: “Diz-se que o capitalismo é *liberal*, porque nascera sob o signo da liberdade e julgava útil o meio para viver. Mas se tivesse de se contentar com o direito comum, não se poderia ter desenvolvido. A liberdade não lhe bastava. O direito comum que está inscrito em nosso Código Civil de 1804, é bem o direito da sociedade moderna nascida da Revolução, mas é todavia o direito da exploração rural no século 18. Os redatores do Código não pensam absolutamente na indústria nascente. O objeto de sua preocupação é unicamente a propriedade imobiliária, libertada do domínio senhorial. Os contratos de que fixam as regras são os contratos que nosso direito antigo herdara de Roma: a venda e a locação são as dos imóveis, a sociedade obedece à moda antiga, a locação de serviço dos operários é assimilada à dos empregados domésticos. Em tudo o que toca a vida de negócios, o Código se reporta aos usos do comércio” (RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 22).

<sup>37</sup> SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede. *Rivista di Diritto Civile*. v. 52, n. 4, pp. 415-427, 2006. pp. 415-418.

servir para acolher os interesses das partes; mas tais atos de autonomia privada também necessitam atender aos pressupostos do mercado em que se inserem e que lhes conferem utilidade social<sup>38</sup>.

A noção segundo a qual existem vetores de funcionamento comuns aos contratos empresariais que justificam a sua autonomia diante das demais modalidades de contratação, assim, vai além do pinçamento de institutos jurídicos próprios que formem um *corpus* jurídico separado. Trata-se de identificar “traços peculiares que imprimem uma mecânica comum a todos eles, ou seja, de diretrizes içadas do funcionamento próprio ao sistema do direito comercial”<sup>39</sup>. Com isso, conforme indica Paula Forgioni, pode-se compreender, de um lado, o modo de funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos e suas peculiaridades, e, de outro, o impacto que essas idiosincrasias causam na dinâmica dos mercados, “influenciando-a e sendo por ela influenciada”<sup>40</sup>.

Evidentemente que há elementos estruturais relevantes (para além da tipificação de determinados institutos de natureza empresarial) que servem para apontar distinções essenciais aos contratos empresariais com relação aos demais negócios jurídicos. O mais evidente deles talvez seja justamente aquele que possibilita o corte metodológico diante das demais modalidades de contratos: a circunstância de que ocorrem entre agentes profissionais, cuja finalidade última é a busca pelo lucro. Ao mesmo tempo em que se cuida de característica distintiva do fenômeno empresarial, a finalidade lucrativa é o que fundamentalmente qualifica os contratos empresariais, e, por conseguinte, atribui a seus artífices o elemento de

---

<sup>38</sup> Nesse sentido: “Sin qui il riferimento è estato, in sostanza, al contratto d’impresa come atto di autonomia e alla tutela dei soggetti come parti di un atto di autonomia. Ma sull’atto di autonomia, e prima ancora sulla contrattazione d’impresa, incidono altri interessi e l’atto di autonomia incide a sua volta su altri interessi: non solo nei rapporti tra imprese e consumatori ma nel rapporto tra gli interessi delle parti e quelli, anche non economici, della collettività, perché i contratti d’impresa coinvolgono in realtà la totalità dei consociati. Il contratto d’impresa si inserisce non solo nell’attività dell’impresa ma nel mercato e nel mercato le imprese e la loro ‘iniziativa’ entrano in contatto con interessi della collettività e con l’utilità sociale, assumendo, secondo l’opinione di molti, la ‘responsabilità sociale’ per uno ‘sviluppo sostenibile’” (OPPO, Giorgio. I contratti d’impresa tra Codice Civile e legislazione speciale. In: SIRENA, Pietro. *Il diritto europeo dei contratti d’impresa: Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*. Milão: Giuffrè, 2006. pp. 22-23). Tradução livre: Até agora a referência tem sido, substancialmente, ao contrato empresarial como ato de autonomia e à tutela dos sujeitos como partes de um ato de autonomia. Mas sobre o ato de autonomia, e especialmente sobre a contratação empresarial, incidem outros interesses, e o ato de autonomia incide, por sua vez, sobre outros interesses: não somente nas relações entre empresas e consumidores, mas na relação entre os interesses das partes e aqueles, ainda que não econômicos, da coletividade, porque os contratos empresariais envolvem, na realidade, a totalidade dos cidadãos. O contrato empresarial se insere não somente na atividade da empresa, mas no mercado, e no mercado as empresas e sua iniciativa entram em contato com interesses da coletividade e com a utilidade social, assumindo, segundo as opiniões de muitos, a responsabilidade social por um desenvolvimento sustentável.

<sup>39</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 109.

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 109.

profissionalismo que é capaz de qualificá-los como empresários. Daí dizer Alfredo de Assis Gonçalves Neto que “[a] finalidade lucrativa decorre do caráter profissional com que é exercida a atividade econômica”<sup>41</sup>.

O profissionalismo e a finalidade lucrativa, nesse sentido, até por se tratar de elementos constitutivos da própria de ideia de empresa, necessariamente perpassam o que se pretende chamar de Teoria Geral dos Contratos Empresariais, assim compreendida como a base comum de elementos operativos que qualificam e diferenciam tais negócios jurídicos. Não é sem motivo que se faz referência a *elementos operativos* ou *vetores de funcionamento* dos contratos empresariais, na medida em que, apesar de ser possível identificar princípios estruturantes como os dois supramencionados, os negócios empresariais não são definidos vertical e dedutivamente por princípios formais<sup>42</sup>, mas a partir de características comuns verificáveis em concreto<sup>43</sup>.

Diante dessas premissas, este Capítulo tem por intuito explorar os elementos operativos dos contratos empresariais, de maneira a esclarecer as bases teóricas sobre as quais recairão as posteriores reflexões a respeito da atipicidade contratual. Isso porque, na medida em que se exerce a liberdade de contratar para a celebração de contratos atípicos, sobretudo na ausência de disposições legislativas que ofereçam critérios operacionais específicos para esses negócios, o recurso às características distintivas dos contratos empresariais permite compreender a específica dinâmica da atipicidade nos mercados e as suas particulares funções econômicas.

---

<sup>41</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 76.

<sup>42</sup> Em postura crítica ao formalismo e ao literalismo que marcam a dogmática contratual anglo-saxã, Roberto Mangabeira Unger propõe precisamente a elaboração de “contraprinípios” que permitam o desenvolvimento de uma doutrina de direito contratual que, sem descurar dos interesses individuais das partes, promova uma integração entre esses interesses como pressuposto para a continuidade de um ciclo de relações contratuais recorrentes: “The countervision refuses to acquiesce in the stark opposition of community as selfless devotion and contract as unsentimental moneymaking. The theoretical ideas about the quality of entitlements and the sources of obligation that assign a leading role to the counterprinciples imply a subtle and continuous shading of contract and community. Informed by those ideas, doctrine might develop a series of distinguishing criteria to characterize situations suitable for the application of a more limited solidarity constraint, one that requires each party to give some force to the other party’s interests, though less than to his own” (UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 83). Tradução livre: A contravisão recusa-se a concordar com a forte oposição à comunidade como devoção altruísta e ao contrato como lucratividade insensível. As ideias teóricas sobre a qualidade dos direitos e as fontes das obrigações que assinalam um papel fundamental aos contraprinípios pressupõem um sutil e contínuo esmaecimento do contrato e da comunidade. Informada por estas ideias, a doutrina pode desenvolver uma série de critérios diferenciadores para caracterizar situações aptas à aplicação de vínculos de solidariedade mais limitados, que exija de cada parte que conceda algum apoio aos interesses da outra, ainda que menos do que aos seus próprios.

<sup>43</sup> Segundo Paula Forgioni: “Essa reflexão global sobre os negócios mercantis somente se mostra possível mediante a prévia identificação dos traços peculiares que imprimem mecânica comum a todos eles, ou seja, de diretrizes içadas do funcionamento próprio ao sistema do direito comercial” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 109).

## II.2. A construção da arquitetura jurídica dos mercados a partir da força obrigatória dos contratos

A noção de *pacta sunt servanda* constitui a expressão por excelência da liberdade de contratar, de tal maneira que não somente retira legitimidade histórica de seus rudimentos nas fontes romanas e de sua consolidação entre os juristas medievais<sup>44</sup>, como se apresenta como pressuposto indiscutível da racionalidade jurídica no pensamento jusnaturalista<sup>45</sup> e iluminista<sup>46</sup>.

Com a superação da heurística do jusnaturalismo e com o advento do positivismo e do liberalismo econômico, para além de pressuposto lógico da unidade do sistema jurídico, a ideia fundamental de que os contratos devem ser obedecidos adquire relevante papel instrumental de corolário da segurança e previsibilidade esperadas do direito para garantir a confiança da sociedade nas transações<sup>47</sup>. Não sem motivo, Pothier alude à relevância, para a segurança e a liberdade do comércio, da exigência de que não se possa facilmente contrariar as convenções (“*ce qu'a été sagement établi pour la sûreté et la liberté du commerce, qui exige qu'on ne puisse facilement revenir contre les conventions*”)<sup>48</sup>.

Assim, a estabilidade do contrato consubstanciada no *pacta sunt servanda* se

---

<sup>44</sup> Relevante abordagem histórica das origens do *pacta sunt servanda* (e de sua transposição ao direito português) é realizada por António dos Santos Justo: “O princípio *pacta sunt servanda* foi elaborado pelos jurisconsultos medievais a partir do princípio romano *pacta conventa servanda* de que temos conhecimento a partir de um texto de ULPIANO. Segundo este princípio, o pretor assegurava a proteção dos pactos feitos sem dolo e sem ofensa à lei. [...] Este princípio foi pensado para os pactos e posteriormente estendido aos contratos. A sua extensão aos contratos resultou da aproximação dos pactos aos contratos com o reconhecimento da vontade das partes como elemento essencial dos negócios jurídicos” (JUSTO, António dos Santos. O princípio “*pacta sunt servanda*” (direitos romano e português). *Lusiada*. v. 25/26, pp. 31-42, 2021. p. 41).

<sup>45</sup> Ver: KACPRZAK, Agnieszka. La regola ‘*pacta sunt servanda*’ e la nascita della libertà contrattuale. *Zeszyty Prawnicze*. v. 19, n. 1, pp. 203-240, 2019.

<sup>46</sup> Destaca-se especialmente o pensamento de Immanuel Kant a respeito do tema, na medida em que o autor enfaticamente defendia que o *pacta sunt servanda* consistia em postulado tanto ético quanto jurídico, apresentando-se como condição essencial para a coesão lógica do sistema jurídico e, em última análise, para a operacionalização jurídica da liberdade. Nesse sentido: DEDEK, Helge. A particle of freedom: Natural Law through and the Kantian theory of transfer by contract. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. v. 25, n. 2, pp. 313-346, jul. 2012; WEINRIB, Ernest J. Law as a Kantian idea of Reason. *Columbia Law Review*. v. 87, n. 3, pp. 472-508, abr. 1987.

<sup>47</sup> Nesse sentido: “L’idea del contratto quale libera manifestazione di volontà fu congeniale alla profonda trasformazione culturale ed economica attivata dall’avvento dell’industria e del capitalismo moderno tra la fine del ‘700 e l’800, che doveva portare all’affermazione della nuova società liberale e borghese. Libertà del contratto significava essenzialmente libertà del mercato del lavoro e libertà degli scambi, e queste libertà costituivano il necessario presupposto della rivoluzione industriale” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão, Giuffrè, 2000. v. III, p. 25). Tradução livre: A ideia do contrato como livre manifestação de vontade é congênita à profunda transformação cultural e econômica promovida com o advento da indústria e do capitalismo moderno ao finais dos séculos XVIII e XIX, que serviu à afirmação da nova sociedade liberal e burguesa. Liberdade de contratar significava essencialmente liberdade de mercado de trabalho e liberdade das trocas, e estas liberdades constituíam o necessário pressuposto da revolução industrial.

<sup>48</sup> POTHIER, Robert-Joseph. *Oeuvres de Pothier: Traité des Obligations*. 9.ed. Paris: M. Siffrein, 1821. v. 1, pp. 103-104.

estrutura como princípio conatural à própria liberdade de iniciativa econômica, de sorte que, especialmente em sua acepção liberal clássica, justifica a rigorosa delimitação das exceções à sua incidência<sup>49</sup>. Isso porque, à luz da ideia de *laissez faire* que justifica a difusão do aludido princípio com a expansão do capitalismo nos séculos XVIII e XIX – não raro acompanhada da expressão “*laissez contracter*” – o valor conferido pelo ordenamento à autonomia privada e à liberdade negocial se identifica com a utilidade social conferida ao contrato, razão pela qual o negócio jurídico contratual constitui base fundamental do liberalismo econômico<sup>50</sup>.

Daí dizer Georges Ripert que, aceita a premissa liberal clássica de que as partes se encontram em igualdade de forças, “[o] liberalismo econômico se afirmava pela livre conclusão dos contratos. O contrato permite a troca de produtos e serviços e o direito clássico o tem por justo porque é debatido e consentido”<sup>51</sup>. Vale, desde logo, ressaltar que mesmo o *laissez contracter* preconizado pelo liberalismo clássico pressupunha a observância de um conjunto de regras mínimas voltadas a garantir a própria continuidade dos mercados, de sorte que a liberdade de contratar e o *pacta sunt servanda* não são meramente limitados, mas legitimados por uma ordem pública que ganha ainda mais força com o advento de uma “economia dirigida [que] proíbe como contrários a uma sã economia certos contratos ou certas cláusulas contratuais”<sup>52</sup>.

Evidentemente que não constitui pretensão deste trabalho promover retrospectiva histórica da formação do postulado *pacta sunt servanda*, porém a menção às suas diferentes acepções ao longo do tempo é relevante para que se compreenda a função que opera na atualidade, notadamente com a intensificação das situações de dirigismo contratual a partir do reconhecimento de situações dignas de proteção específica. Daí dizer Guido Alpa que se pode claramente perceber nos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos a influência de um capitalismo temperado com finalidades sociais, considerando a multiplicação de hipóteses de flexibilização do *pacta sunt servanda*, sobretudo diante da verificação de situações de vulnerabilidade<sup>53</sup>.

Com efeito, o reconhecimento de determinadas situações nas quais o *pacta sunt*

---

<sup>49</sup> VETTORI, Giuseppe. La vincolatività. In: CHECCHINI, Aldo et al. *Il contratto in genere*. Trattato di Diritto Privato, diretto da Mario Bessone. Turim: G. Giappichelli, 2005. pp. 6-8.

<sup>50</sup> VETTORI, Giuseppe. La vincolatività. In: CHECCHINI, Aldo et al. *Il contratto in genere*. Trattato di Diritto Privato, diretto da Mario Bessone. Turim: G. Giappichelli, 2005. pp. 6-8.

<sup>51</sup> RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 47.

<sup>52</sup> RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 255. Completa Ripert, nesse sentido, que “O regime da economia liberal pôde se contentar com essas regras do Código civil. Funciona, diz-se, automaticamente. É na realidade o jôgo das convenções privadas que o faz funcionar. Pertence aos interessados assegurar a observância dessas convenções” (RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 255).

<sup>53</sup> ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014. pp. 13-14.

*servanda* deve ser flexibilizado não significa que o Direito dos Contratos será flexibilizado de forma homogênea. Pelo contrário, trata-se de reconhecer precisamente a circunstância de que a liberdade contratual e a força vinculante dos negócios jurídicos incidem segundo os princípios e valores que regem o contexto da contratação. Daí dizer Guido Alpa que “[a] liberdade contratual não é somente um conceito formal: esta deve responder às condições econômicas e sociais que permitam o seu exercício, sob pena de resultarem em uma declaração vazia ou em um ideal inatingível”<sup>54</sup>.

Dessa forma, logicamente não se ignora que ao exercício da autonomia privada são agregados diversos valores decorrentes das finalidades atribuídas pelo ordenamento ao contrato. No entanto, os interesses em jogo no contexto na contratação devem permitir uma adequada gradação desses valores diante do caso concreto<sup>55</sup>. É preciso, nesse sentido, evitar posições extremas que produzam olhares velados sobre a realidade concreta da contratação: de um lado, não se pode supor, como na visão comumente atribuída ao liberalismo econômico clássico, que haja uma liberdade contratual total que esteja alheia a qualquer controle pelo ordenamento<sup>56</sup>; e, de outro, não seria razoável entender-se que a contratação entre empresas deve admitir ampla intervenção, como se se tratasse de relação regida não pelo intuito lucrativo e pelo profissionalismo, mas por presunções estruturais de desigualdade próprias de outros ramos do direito.

Tais constatações são úteis para adequadamente localizar o Direito Empresarial no conjunto de valores que o orientam, inclusive para promover a correta e contextualizada leitura

---

<sup>54</sup> Tradução livre do original: “La libertà contrattuale non è solo un concetto formale: essa deve rispondere a condizioni economiche e sociali tali da consentirne l’esercizio, altrimenti si risolverebbe in una vuota declamazione o in un ideal irraggiungibile” (ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014. p. 386).

<sup>55</sup> [...] La graduatoria dei valori – se si vuole, dei diritto e degli interessi – va dunque al di là della libertà contrattuale e il contratto diviene uno strumento al servizio di quei valori e di quegli interessi (ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014. p. 388).

<sup>56</sup> Aponta Guido Alpa que sequer no contexto da elaboração do Código Civil de 1804 este cenário seria verificável: “Ma ci si deve chiedere anche, tenendo conto dei testi normativi, se una libertà contrattuale ‘totale’, dopo la rivoluzione francese, e con il codice borghese che l’ha seguita, proprio nel momento del massimo splendore della iniziativa privata, sia mai effettivamente esistita. [...] È evidente che già nel 1804 (ma la formula risale a Domat, cioè ad un secolo addietro, come sappiamo) si concepiva il contratto non come l’espressione massima della libertà della persona ma come uno strumento di realizzazione di un’operazione economica non indifferente allo Stato, e che quindi per essere protetto dall’ordinamento giuridico il contratto doveva essere conforme alla legge, rispettare dunque determinate prescrizioni ed esporsi alla integrazione dettata dalle fonti sopra menzionate” (ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014. pp. 388-389). Tradução livre: Aqui se deve indagar, também, tendo em vista os textos normativos, se uma liberdade contratual total, após a revolução francesa, e com o código burguês que a sucedeu, no momento do máximo esplendor da iniciativa privada, efetivamente existiu. [...] É evidente que já em 1804 (mas a fórmula remonta a Domat, um século antes, como sabemos) se concebia o contrato não como expressão máxima da liberdade da pessoa, mas como um instrumento de realização de uma operação econômica não indiferente ao Estado, e que para ser protegido pelo ordenamento jurídico o contrato deveria estar em conformidade com a lei, respeitar determinadas prescrições e expor-se à integração determinada pelas fontes supramencionadas.



do *pacta sunt servanda* – princípio evidentemente aplicável ao Direito dos Contratos como um todo, porém com intrínseca vinculação a mercados. Nesse sentido, na tentativa de traduzir o direito alemão ao público anglo-saxão, salientam Basil Markesinis, Hannes Unberath e Angus Johnston que, na ausência de laços pessoais característicos de relações familiares ou de amizades, as partes do contrato dependem da garantia de que não se pode simplesmente desistir de vínculos contratuais, de tal forma que o *pacta sunt servanda* é a condição inafastável para o funcionamento do contrato como meio de ordenação social entre estranhos<sup>57</sup>.

Daí pontuar Paula Forgioni que “[s]e lhes fosse permitido, os agentes econômicos valer-se-iam dos contratos para vincular apenas seus parceiros comerciais, e nunca a si próprios”<sup>58</sup>. Significa dizer que o *pacta sunt servanda*, para o Direito Empresarial, não diz respeito pura e simplesmente à obrigatoriedade de um vínculo singular, mas a postulado com repercussão sistêmica, na medida em que tem por intuito justamente coibir o oportunismo<sup>59</sup> e fomentar a própria existência dos mercados em torno da confiança na palavra dada pelos agentes econômicos<sup>60</sup>. Em outras palavras, a dinâmica dos mercados é verdadeiramente criada pela infraestrutura jurídica composta por conjuntos de relações contratuais com escopo lucrativo, e a afetação a essa dinâmica é um dos fatores que justificam a análise dos contratos empresariais a partir de um prisma *sui generis*<sup>61</sup>.

Perceber que o *pacta sunt servanda* é um elemento estrutural de coerência

---

<sup>57</sup> MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract: a comparative treatise*. 2.ed. Oxford: Hart, 2006. p. 265.

<sup>58</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 111.

<sup>59</sup> A prevenção ao oportunismo excessivo naturalmente não é corolário exclusivo do *pacta sunt servanda*, na medida em que constitui preocupação fundamental do Direito Empresarial em diversos outros contextos, como é o caso das relações societárias. Nesse sentido, ver: FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo. A dissolução parcial de sociedade, o dever de cooperação entre sócios e a contenção ao oportunismo excessivo. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A evolução do direito empresarial e obrigacional*. 18 anos do Código Civil. Societário & Direito de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

<sup>60</sup> Nesse sentido: “Partindo dessa premissa, compreende-se a importância sistêmica da força vinculante dos contratos; na sua ausência, seria impossível a coibição do descumprimento da palavra empenhada e o desestímulo de comportamentos oportunistas prejudiciais ao tráfico. O princípio do *pacta sunt servanda* mostra-se necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 111).

<sup>61</sup> “O ‘processo’ da obrigação liga-se diretamente com as fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo. No capítulo anterior procuramos mostrar como existem, atualmente, certos interesses que se constituíram em fontes não enumeradas pela doutrina nacional. Alguns deles são decorrência de novos fatos sociais, cuja existência chamou atenção ao problema da crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações. Mais importante, porém, que esses *loci*, cuja força instrumental de formar novas instituições não pode ainda ser objeto de exata previsão, é o novo conceito de sistema jurídico hoje imperante. O que se denomina crise das fontes não é tanto o resultado da observação de que novos fatos sociais merecem tratamento inamoldável aos postulados até há pouco vigorantes na ciência do direito, mas, sobretudo, a certeza de que o raciocínio jurídico não se deve orientar puramente pelo método dedutivo, nem deve deixar à margem certos fatos que, não faz muito, eram considerados de exclusiva competência de outras ciências, como, e.g., da sociologia” (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. pp. 64-65).

sistêmica<sup>62</sup> para os contratos empresariais e para a segurança dos agentes econômicos em mercados, no entanto, não significa que os contratos empresariais se encontram inseridos em um todo coerente, lógico e fechado. Isso porque os contratos – e notadamente os contratos empresariais – estão intimamente relacionados à dinâmica econômica a eles subjacente, que tanto se socorre do direito para obrigatoriamente vincular as partes quanto abre espaço para o florescimento de novas formas jurídicas.

Daí dizer Guido Alpa que conceber princípios que regulam o mercado não pode trazer nem a convicção de que o mercado seja “outro” com relação ao ordenamento, nem que o mercado exija que as partes estejam livres para negociar e vincularem-se ao arripio de controles do ordenamento, na medida em que o contrato não é simplesmente regulado pelas forças internas da vontade das partes, mas *é a veste jurídica de uma operação econômica submetida ao ordenamento*<sup>63</sup>.

A estruturação e o desenvolvimento de mercados dependem fundamentalmente da existência de bases jurídicas sólidas que permitam que os agentes econômicos minimamente calculem os riscos que assumirão e que, em última análise, justificam o seu lucro caso seus empreendimentos sejam exitosos. Os mercados, por conseguinte, não precedem o direito, não obstante o fato de que os agentes econômicos exercem influência determinante sobre a transcrição das operações que efetivam para a forma jurídica. No entanto, as operações

---

<sup>62</sup> É importante notar que, ao falar-se em coerência *sistêmica*, não se procura aproximar tal concepção de *pacta sunt servanda* da noção clássica de sistema jurídico ou, no limite, de sistema jurídico fechado, na medida em que mesmo em se considerando a coerência interna do sistema jurídico se pode perfeitamente admitir a abertura a valores de outros campos que sejam capazes de transformar o *modus operandi* do próprio direito. Nesse sentido, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. pp. 15-23; LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, pp. 311-332.

<sup>63</sup> No dizer do autor: “In altri termini, dai principi che regolano il mercato non si può trarre né la convinzione che il mercato sia ‘altro’ rispetto all’ordinamento, né che il mercato esiga che le parti siano lasciate libere di negoziare e di vincolarsi senza che vi siano controlli dell’ordinamento: il contratto non è regolato solo dal rapporto di forze interne che le parti hanno potuto esprimere. Il contratto è la veste giuridica di una operazione economica che è assoggettata alle regole dell’ordinamento, in primis le regole previste dalla Costituzione” (ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014. pp. 405-406). Tradução livre: Em outras palavras, dos princípios que regulam o mercado não se pode trazer nem a convicção de que o mercado seja “outro” diante do ordenamento, nem que o mercado exija que as partes sejam deixadas livres a negociar e a vincularem-se sem que existam controles do ordenamento: o contrato não é regulado apenas pela relação de forças internas que as partes puderam exprimir. O contrato é a veste jurídica de uma operação econômica que se sujeita às normas do ordenamento, especialmente às regras previstas pela Constituição. No mesmo sentido: “[O]s conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato. [...] As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação económica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. pp. 7-8).

econômicas se articulam por intermédio de um ordenamento que assegure aos agentes a capacidade de construir seus próprios negócios de maneira a razoavelmente prever o regime jurídico que se lhes aplicará, ainda que tais negócios não se encontrem, de antemão, previstos pelo direito positivo.

Os mercados, nesse sentido, consistem em conjuntos de relações sociais, econômicas e políticas que não seriam possíveis sem que estivessem fundados em uma sólida arquitetura jurídica<sup>64</sup>, cuja função é justamente a de, em conjunto com outros vetores institucionais de regulação dos comportamentos dos agentes, assegurar a higidez das interações entre agentes econômicos. Nesse sentido, a compreensão dos mercados não envolve simplesmente o enquadramento do agente econômico por intermédio do conceito de empresa, mas principalmente os mecanismos jurídicos por meio dos quais se autoriza a construção da teia de relações que compõem o ambiente institucional no qual operam os entes empresariais<sup>65</sup>. Assim, parafraseando Stewart Macaulay, os contratos empresariais não são simplesmente determinados por manifestações de vontade isoladas que vêm a ser amparadas pelo ordenamento jurídico, mas encontram-se flutuando em um mar de normas jurídicas, econômicas, sociais e culturais<sup>66</sup>.

Daí dizer Enzo Roppo que o desenvolvimento do Direito dos Contratos contemporâneo se dá em conjunto com a multiplicação e complexificação das operações econômicas, uma vez que tem por intuito justamente oferecer respostas adequadas às novas exigências e novos interesses oriundos dos mercados<sup>67</sup>. O contrato, conforme explica Fernando Araújo, é o *facilitador* por excelência da circulação econômica, apresentando-se como fonte principal das obrigações empresariais e muitas vezes como a única fonte admitida para a vinculação válida das partes contratantes em determinados contextos, na medida em que tem o condão de representar juridicamente as expectativas e incentivos que são próprios das relação econômica que o origina<sup>68</sup>. Por esse motivo, os contratos empresariais ganham especial importância, notadamente em razão de sua íntima relação com os mercados em que se inserem

---

<sup>64</sup> A respeito da importância das instituições jurídicas para a estruturação de mercados, ver: POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001; PISTOR, Katharina. *The code of capital: how the law creates wealth and inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

<sup>65</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. pp. 23-25.

<sup>66</sup> MACAULAY, Stewart. Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian MacNeil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*. v. 94, n. 3, pp. 775-804, 2000.

<sup>67</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 22.

<sup>68</sup> Ver: ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 18-20.

e de seu papel de conformação a partir de seu reconhecimento (ou não) pelo direito estatal quando este se depara com as criações oriundas da dinâmica econômica.

A função desempenhada pelos contratos na estruturação de mercados diz respeito diretamente ao arcabouço institucional a que se submetem os agentes econômicos, isto é, ao conjunto de normas formais ou informais que, em conjunto, constituem as regras do jogo incidentes sobre as transações econômicas<sup>69</sup>. A ideia de instituição é central para a análise do fenômeno contratual na atualidade pelo fato de que, em que pese a relevância do direito, os contratos somente serão compreendidos – tal como ocorre com o próprio mercado – se forem levadas em consideração também as instituições informais ou “fracas”, isto é, os elementos culturais, práticas estabelecidas, crenças e outros atributos que componham o pano de fundo de sentido compartilhado pelos agentes econômicos em um dado contexto<sup>70</sup>.

É esta a razão pela qual, situado o *pacta sunt servanda* na posição sistêmica em que lhe inserem os contratos empresariais, cabe discorrer a respeito dos diversos componentes da arquitetura jurídica que permite a existência dos mercados e, conseqüentemente, na qual os contratos empresariais encontram-se invariavelmente imersos, de maneira inclusive a revestir de normatividade elementos extrajurídicos que compõem a sua dinâmica.

### **II.3. A arquitetura jurídica dos mercados e o papel das instituições na estruturação dos negócios empresariais: da confiança dos contratantes à confiança nas instituições**

Ao proferir sua conhecida palestra de recepção do prêmio Nobel de Economia de 1993, Douglass North dedicou-se a demonstrar a tese central de seus trabalhos que o levaram a receber aquela honraria: a de que, na economia real, em que há custos para operar no sistema econômico, instituições importam<sup>71</sup>. De acordo com Douglass North, instituições são as regras do jogo de uma sociedade, ou, ainda, as restrições que moldam a interação humana, sejam elas políticas, sociais ou econômicas<sup>72</sup>. Significa dizer que, diferentemente do que propugnavam os teóricos econômicos neoclássicos, a atuação em mercados tanto não se dá por indivíduos que somente se orientam pela maximização de utilidade quanto ocorre em um ambiente no qual a

---

<sup>69</sup> NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990. pp. 1-5.

<sup>70</sup> Nesse sentido: MUELLER, Bernardo. Beliefs, institutions and development on complex landscapes. *Economic Analysis of Law Review*. v. 7, n. 2, pp. 474-495, jul./dez. 2016.

<sup>71</sup> NORTH, Douglass. Economic Performance through Time. Lecture to the memory of Alfred Nobel, December 9, 1993. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1993/north/lecture/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>72</sup> NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 2018. p. 3.

informação e a concorrência não são perfeitas, de tal maneira que a operação do sistema econômico envolve uma série de custos<sup>73</sup>.

Compreender os mercados a partir dessa perspectiva, por conseguinte, exige que se coloque em perspectiva dogmas bem estabelecidos e sedimentados para trazer à baila nível considerável de incerteza quanto aos resultados que, em modelos baseados em racionalidade plena e concorrência perfeita, possivelmente não seria variável a ser levada em conta<sup>74</sup>. Acontece que mercados reais diferem substancialmente dos mercados ideais, de tal maneira que os mecanismos de alocação e distribuição de recursos não são satisfeitos por processos naturais de competição entre agentes igualmente capazes, mas, ao contrário, são permanentemente desafiados pelos mais variados riscos e, por conseguinte, pelos custos necessários à redução desses riscos<sup>75</sup>.

É por esse motivo que Ronald Coase, em seu artigo clássico de 1937 *The Nature of the Firm*, diagnosticou a ausência de explicações claras para a organização da atividade econômica em torno de empresas (ou, em tradução literal do original, *firmas*), muito embora os agentes econômicos, à luz da teoria econômica tradicional, possivelmente obteriam negócios mais vantajosos se simplesmente contratassem individualmente no mercado em lugar de unir forças com outros sujeitos<sup>76</sup>. No contexto desse cipoal de instituições formais e informais, evidentemente que os agentes econômicos não se satisfazem por lhes ser dado navegar em um mar de incertezas. Nesse sentido, o sucesso de determinado arranjo organizacional estará condicionado ao nível de aproveitamento das oportunidades possibilitado pelo reconhecimento das instituições vigentes, de modo que, conforme intuiu Frank Knight<sup>77</sup>, os agentes econômicos se organizarão de maneira a transformar incertezas em riscos minimamente controláveis por estruturas de governanças que mais bem se adéquam às suas necessidades.

Em outras palavras, considerando que o mundo em que transitam os agentes não é livre de constrangimentos ou limitações que fragilizam sua capacidade de decisão e, por

---

<sup>73</sup> ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The analysis and evaluation of public expenditures*. v. 91, n. 1, 1969.

<sup>74</sup> “Com efeito, a teoria econômica, pretensamente justificada a partir de leis naturais, progressivamente foi impondo os seus postulados sobre o direito e toda a sociedade, especialmente no que se refere ao utilitarismo e à ideia de que as leis do mercado seriam naturais e incontroláveis. A conjunção de todos esses fatores fez com que a base ética e moral da livre iniciativa, tão presente na obra dos primeiros liberais, fosse ignorada, gerando uma verdadeira crise quanto aos fundamentos do liberalismo e quanto à própria importância e à eficácia do direito. Criou-se uma dicotomia entre liberalismo e democracia de difícil solução” (FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 69-70).

<sup>75</sup> ARROW, Kenneth. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review*. v. 53, n. 5, pp. 941-973, dez. 1963. pp. 941-946.

<sup>76</sup> COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937. pp. 388-390.

<sup>77</sup> KNIGHT, Frank. Risk, uncertainty and profit. Nova York: Augustus M. Kelley, 1964.

consequente, condicionam as decisões sobre produzir determinado produto ou adquiri-lo no mercado ou mesmo sobre como e por que contratar, os agentes tenderão a estudar as formas de organização de suas atividades que mais efetivamente reduzam seus *custos de transação*<sup>78</sup>. Daí dizer Oliver Williamson que, nesse cenário, transações que ocorrem em um ambiente de completa certeza quanto aos seus resultados e ao seu *modus operandi* (se é que algo do gênero pode existir) não somente apresentam poucos desafios no que tange a métodos organizacionais, como são “relativamente desinteressantes” se comparadas àquelas em que a incerteza se apresenta em alguma medida<sup>79</sup>.

Assim, a depender do contexto institucional, os agentes econômicos podem optar por mecanismos organizacionais mais ou menos complexos ou mesmo simplesmente por contratar no mercado. A chamada Nova Economia Institucional, nesse sentido, está intimamente vinculada à governança das relações contratuais, na medida em que está preocupada em (i) identificar os elementos presentes no pano de fundo das ações dos agentes econômicos (isto é, as instituições formais ou informais) que compõem o ambiente institucional em que transitam os agentes econômicos; (ii) verificar as estratégias individuais adotadas diante desse ambiente institucional; e (iii) analisar em que medida a confluência entre esses elementos se traduz em mecanismos de governança relativamente estáveis entre os agentes de mercado que a eles se sujeitam<sup>80</sup>.

Significa dizer que as economias de mercado não consistem no resultado de uma equação composta por terra, capital e trabalho, elementos apreensíveis na natureza e articuláveis em torno de um ideal capitalista possivelmente desatrelado de quaisquer constrangimentos oriundos da intervenção estatal. Até porque este ideal, diante da própria noção de instituições, é evidentemente utópico, na medida em que mercados somente fazem algum sentido quando imbricados em um conjunto de forças éticas, culturais, sociais e jurídicas que verdadeiramente os definem<sup>81</sup>. Nesse sentido, segundo Cass Sunstein, a noção de *laissez faire* – e, como já se sinalizou no tópico anterior, a noção de *laissez contracter* – é uma descrição grotescamente equivocada do significado de mercados livres, na medida em que mercados livres dependem fundamentalmente da existência de normas jurídicas que facilitem transações individuais e

---

<sup>78</sup> Ver: WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: how it works; where it is headed. *De economist*. v. 48, n. 1, pp. 23-58, 1998.

<sup>79</sup> WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*. v. 22, n. 2, pp. 233-261, out. 1979. pp. 253-254.

<sup>80</sup> WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*. v. 22, n. 2, pp. 233-261, out. 1979. pp. 211-213.

<sup>81</sup> Ver: CHANG, Ha-Joon. Institutions and economic development: theory, policy and history. *Journal of Institutional Economics*. v. 7, n. 4, pp. 473-498, 2011. p. 478.

possibilitem um arcabouço institucional que ofereça à coletividade regras do jogo claras e consistentes com as preferências e objetivos dos agentes econômicos coletivamente compreendidos<sup>82</sup>.

Não é sem motivo que Karl Polanyi, em estudo seminal para a chamada Sociologia Econômica, não somente aponta que o poder de autorregulação atribuído ao mercado é imperfeito por deixar de levar em consideração demandas sociais relevantes, mas principalmente demonstra que o advento das sociedades industriais somente foi possível com a existência de um conjunto básico de normas jurídicas que autorizassem a articulação dos fatores de produção<sup>83</sup>.

Dessa maneira, quando se busca compreender o funcionamento de mercados, regras importam na medida em que são capazes de promover o compartilhamento de compreensões e expectativas sobre a interação entre os agentes, sejam essas regras oriundas de padrões desenvolvidos a partir de práticas habituais, ou a partir normas formais voltadas a regular novas situações fáticas<sup>84</sup>. Em outras palavras, conforme esclarece Fligstein, agentes econômicos são totalmente dependentes de arranjos sociais para que sejam lucrativos e, ainda, sem o direito, o Estado, e mecanismos de prevenção ao comportamento predatório, firmas simplesmente não existiriam<sup>85</sup>.

Assim, os mercados somente são viáveis a partir do momento em que se fundam em uma certa *arquitetura jurídica* que invariavelmente produzirá uma sobreposição entre normas das mais diversas origens e que, atendidas determinadas condições, darão lugar a trocas econômicas corporificadas em propriedade, empresa, contrato, dentre outros institutos jurídicos cujo sentido se apreende justamente no imbricamento (*embeddedness*) entre instituições de naturezas distintas<sup>86</sup>. Tais condições, nesse sentido, têm características variadas, podendo abarcar as que são próprias do processo legislativo ou da teoria do negócio jurídico ou, ainda, as necessárias à sedimentação de práticas sociais a fim de que adquiram a cogência necessária a converterem-se em costume com força normativa (como se verá com maior aprofundamento no Capítulo IV).

---

<sup>82</sup> SUNSTEIN, Cass. *Free markets and social justice*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 5.

<sup>83</sup> POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001.

<sup>84</sup> FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: An economic sociology of Twenty-First Century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 27.

<sup>85</sup> FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: An economic sociology of Twenty-First Century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 23.

<sup>86</sup> GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. *American Journal of Sociology*. v. 91, n. 3, pp. 481-510, nov. 1985.

Cabe notar, nesse ponto, que a ideia de que o desenvolvimento de mercados depende fundamentalmente de instituições – e notadamente de instituições jurídicas – não se atribui unicamente à Nova Economia Institucional ou à moderna Sociologia Econômica, mas remonta à própria fundação das ciências sociais modernas com Max Weber. Em *Economia e Sociedade*, Weber taxativamente afirma que a predominância da economia de mercado depende da calculabilidade proporcionada pela fixação de normas jurídicas, que são o resultado de uma confluência entre normas construídas por um procedimento racional e convenções e costumes sedimentados pelos grupos sociais<sup>87</sup>. Naturalmente que a ideia de calculabilidade está vinculada à concepção de *pacta sunt servanda* mencionada no tópico anterior. No entanto, a noção de instituições aqui adotada serve para ampliar sobremaneira o seu escopo, ao agregar à vinculação jurídica outras variáveis que adquirem normatividade ao integrar o ambiente institucional dos mercados.

Por conseguinte, as instituições jurídicas não são as únicas a constranger o comportamento dos indivíduos que busquem atuar em mercados e neles desenvolver negócios

---

<sup>87</sup> “Conceptually the ‘state’ thus is not indispensable to any economic activity. But an economic system, especially of the modern time, could certainly not exist without a legal order with very special features which could not develop except in the frame of a public legal order. Present-day economic life rests on opportunities acquired through contracts. It is true, the private interests in the obligations of contract, and the common interest of all property holders in the mutual protection of property are still considerable, and individuals are still markedly influenced by convention and custom even today. Yet, the influence of these factors has declined due to the disintegration of tradition, i.e., of the tradition-determined relationships as well as of the belief in their sacredness. Furthermore, class interests have come to diverge more sharply from one another than ever before. The tempo of modern business communication requires a promptly and predictably functioning legal system, i.e., one which is guaranteed by the strongest coercive power. Finally, modern economic life by its very nature has destroyed those other associations which used to be the bearers of law and thus legal guaranties. This has been the result of the development of the market. The universal predominance of the market consociation requires on the one hand a legal system the functioning of which is calculable in accordance with rational rules. On the other hand, the constant expansion of the market, which we shall get to know as an inherent tendency of the market consociation, has favored the monopolization and regulation of all ‘legitimate’ coercive power by one universalist coercive institution through the disintegration of all particularist status-determined and other coercive structures which have been resting mainly on economic monopolies” (WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 337). Tradução livre: Conceitualmente, o estado não é indispensável a nenhuma atividade econômica. Mas um sistema econômico, especialmente dos tempos modernos, certamente não poderia existir sem uma ordem jurídica com características muito especiais que não poderiam desenvolver-se senão no quadro de uma ordem jurídica pública. A vida econômica atual é fundada em oportunidades adquiridas por meio de contratos. É verdade que os interesses privados nas obrigações contratuais, e o interesse comum de todos os proprietários na proteção mútua da propriedade ainda são relevantes, e indivíduos ainda são marcadamente influenciados pelas convenções e costumes ainda hoje. No entanto, a influência desses fatores diminuiu em razão da desintegração da tradição, isto é, das relações determinadas pela tradição, assim como na crença em sua sacralidade. Ademais, interesses de classe passaram a divergir mais agudamente do que antes. O tempo da comunicação empresarial moderna exige um sistema jurídico ágil e funcional, isto é, um que seja garantido pelo poder coercitivo. Finalmente, a vida econômica moderna, por sua própria natureza, destruiu outras associações que costumavam ser as portadoras do direito e das garantias jurídicas. Este foi o resultado do desenvolvimento do mercado. A predominância universal da operação em mercados exige, de um lado, um sistema jurídico cujo funcionamento seja calculável de acordo com normas racionais. De outro lado, a constante expansão do mercado, que passaremos a conhecer como tendência inerente da operação em mercados, favoreceu a monopolização e a regulação de todo poder coercitivo “ilegítimo” por uma instituição coercitiva universal por intermédio da desintegração de todas as estruturas particularistas associadas aos monopólios econômicos.



com força cogente garantida pelo direito, mas desempenham papel fundamental como uma das forças de construção do arcabouço institucional que permite as trocas econômicas. O conceito oferecido por Douglass North – que define as instituições como as regras do jogo de uma sociedade –, nesse sentido, é essencialmente amplo e flexível, servindo para abarcar desde restrições informais como tabus, costumes, convenções e tradições até restrições formais como as leis, as constituições e os contratos, uma vez que o que se busca designar é o fenômeno que leva um conjunto de agentes a agir de determinada forma e não de outra<sup>88</sup>. Tal percepção é fundamental para o estudo dos contratos empresariais pois, por mais que a lei ofereça um conjunto de modelos contratuais aos agentes econômicos, não será a lei, mas o mencionado conjunto de instituições que determinará, na dinâmica dos mercados, quais contratos (sejam eles previstos pela legislação ou não) efetivamente *funcionarão*.

Não se trata, portanto, de identificar incentivos oriundos de uma confluência de fatores econômicos como capital, insumos, oferta ou demanda para então equacionar os possíveis comportamentos individuais daí resultantes, mas sim de identificar as instituições que constroem o comportamento dos indivíduos em um sentido ou em outro ou, ainda, que determinam o conjunto de caminhos que os agentes econômicos podem seguir no exercício de sua autonomia privada. O exercício da autonomia privada, nesse sentido, envolve fundamentalmente a *confiança* nas instituições e em seu potencial de possibilitar o funcionamento dos mercados e dos contratos, assim como de limitar o oportunismo nocivo de outros agentes econômicos<sup>89</sup>.

Diante disso, a confiança no ambiente institucional faz com que as incertezas que marcam as trocas econômicas e que estão intimamente relacionadas ao risco de comportamento oportunista sejam minimamente administráveis por intermédio de mecanismos de governança como a empresa e o contrato<sup>90</sup>. Reduzir a confiança à calculabilidade do risco associado a

---

<sup>88</sup> SHEPSLE, Kenneth A. What rules? Which game? In: GALIANI, Sebastian; SENED, Itai. *Institutions, property rights, and economic growth: the legacy of Douglass North*. Nova York: Cambridge University Press, 2014. p. 70.

<sup>89</sup> Ver: WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of Law and Economics*. v. 36, n. 1, pp. 453-486, abr. 1993.

<sup>90</sup> “As indicated, transaction cost economics is an effort to identify, explicate, and mitigate contractual hazards. In general, all hazards can be attributed to the twin behavioral assumptions from which transaction cost economics works: bounded rationality and opportunism. [...] First, theories of organization that ignore or suppress either of these behavioral conditions will never reach the hazard conditions with which transaction cost economics is chiefly concerned. Accordingly, bounded rationality and opportunism are crucial first steps. Second, the microanalytic attributes for describing transactions need to be delimited. Those attributes that create hazards, by reason of bounds on rationality and opportunism, are the subset of relevance. Third, the feasibility and efficacy with which governance structures serve to mitigate hazards relate directly to bounded rationality and opportunism” (WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. Nova York: Oxford University Press, 1996. p. 12). Tradução livre: Conforme indicado, a economia dos custos de transação é um esforço de identificação, explicação e mitigação de riscos contratuais. Em geral, todos os riscos podem ser atribuídos à dupla assunção comportamental de que parte a economia dos custos de transação: racionalidade limitada e oportunismo. Em primeiro lugar, teorias

determinada relação contratual, nesse sentido, significaria ignorar o fato de que, partindo-se das premissas de que a racionalidade dos agentes econômicos é limitada e de que esses mesmos agentes poderão agir de forma oportunista, ainda assim as operações econômicas são possíveis e acontecem concretamente, na medida em que a atividade econômica é orientada por incentivos concretos, e não pela compreensão abstrata de que mercados funcionam<sup>91</sup>.

Isso porque a incerteza não diz respeito propriamente ao ambiente institucional – que, como já se viu, deve servir para oferecer grau mínimo de calculabilidade como pressuposto básico para a própria existência de mercados –, mas sim ao comportamento dos indivíduos que operam nesse ambiente. Daí dizer Oliver Williamson que a incerteza a que alude a Economia Institucional é de natureza estratégica, uma vez que, afastado o entendimento neoclássico de que existem mercados sem incerteza, os agentes aprendem a realizar cálculos à luz da experiência pregressa e dos choques exógenos já sofridos em situações semelhantes<sup>92</sup>. Assim, a incerteza tem natureza *comportamental*, na medida em que é levada em consideração pelos agentes econômicos em seus processos de tomada de decisão – por exemplo, na escolha do modelo contratual a ser implementado em um determinado conjunto de negócios –, servindo inclusive para que se façam as devidas adaptações diante do agravamento de riscos ou da superveniência de novos choques exógenos<sup>93</sup>.

---

organizacionais que ignorem ou suprimam quaisquer dessas condições comportamentais nunca alcançarão as condições com as quais a teoria dos custos de transação está preocupada. Nesse sentido, a racionalidade limitada e o oportunismo são primeiros passos cruciais. Em segundo lugar, os atributos microanalíticos para descrever transações devem ser delimitados. Os atributos que criam riscos, em virtude de limitações sobre a racionalidade e de oportunismo, têm particular relevância. Em terceiro lugar, a factibilidade e eficácia das estruturas de governança para mitigar riscos está diretamente relacionada à racionalidade limitada e ao oportunismo.

<sup>91</sup> Percepção semelhante pode ser observada na crítica marxista ao chamado dogma da vontade, que procura precisamente contestar o determinismo oriundo de concepções formais quanto ao mercado a partir da observação dos constrangimentos concretos verificáveis na práxis, conforme comenta Bianca: “In chiari termini ideologici la contestazione del dogma della volontà stata elaborata dalla dottrina marxista. Inizialmente la critica investe il contratto quale simbolo della falsificante sovrastruttura ravvisata nel diritto. Cioè che determina le operazioni economiche sarebbero i rapporti di forza dei mercati. Nel sistema liberale e borghese il dogma della volontà serve semplicemente a mascherare questi rapporti e a contestare il domínio dei detentori del potere economico. Attraverso l’eguaglianza giuridico-formale delle parti si rafforza la loro disuguaglianza di fatto e la libertà negoziale si appalesa come lo strumento per l’affermazione degli interessi capitalistici” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão, Giuffrè, 2000. v. III, p. 26). Tradução livre: Em claros termos ideológicos a doutrina marxista elaborou sua contestação ao dogma da vontade. Inicialmente, a crítica apresenta o contrato como símbolo da falsificadora superestrutura associada ao direito. Aquilo que determina as operações econômicas seriam as relações de força dos mercados. No sistema liberal e burguês, o dogma da vontade serve simplesmente para mascarar essas relações e contestar o domínio dos detentores do poder econômico. Por intermédio da igualdade jurídico-formal das partes se reforça a sua desigualdade de fato e a liberdade negocial se apresenta como instrumento de afirmação dos interesses capitalistas.

<sup>92</sup> WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Pequim: China Social Sciences Publishing House, 1985. pp. 57-59.

<sup>93</sup> WILLIAMSON, Oliver. Reflections on the New Institutional Economics. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. v. 141, n. 1, pp. 187-195, mar. 1985. pp. 57-59. Cabe ressaltar, ainda, que o intuito preditivo é uma marca característica dos modelos econômicos de inspiração neoclássica, no entanto a superveniência de novos choques exógenos com impacto sobre a economia, inclusive determinados eventos capazes de desencadear crises econômicas, dificilmente pode ser prevista. Exemplo evidente desse fenômeno é o advento da pandemia de

A economia institucional, dessa maneira, de modo a superar o irreal hiperracionalismo que é próprio da economia neoclássica e as diversas presunções descabidas daí decorrentes, parte de suas próprias assunções sobre o comportamento dos agentes econômicos em um ambiente no qual se admite haver custos de transação. A primeira assunção diz respeito ao já mencionado oportunismo, em virtude do qual os agentes procuram, sim, satisfazer o seu autointeresse, mas não como faria o *homo oeconomicus* (que atua em um ambiente em que o acesso à informação é completo, e, portanto, também é transparente quanto às suas estratégias), e sim com “astúcia” (*guile*)<sup>94</sup>. Em outras palavras, segundo Williamson, os agentes econômicos não dirão a verdade completa sequer a seus parceiros comerciais; mas, ao celebrar contratos, agirão de maneira “responsável” com vistas a resguardar seus próprios interesses<sup>95</sup>.

É interessante notar que, por mais que o oportunismo exista e que seja um dado da realidade dos mercados, isso não impede que os contratos sejam celebrados ampla e repetidamente. Isso porque, mesmo diante do oportunismo, a própria existência de mercados depende da existência de compromissos minimamente verossímeis e críveis (*credible commitments*) diante da avaliação das incertezas que se faz necessária – em maior ou menor medida, a depender da frequência da celebração de determinado negócio – quando da escolha pela celebração de um contrato<sup>96</sup>.

Acontece, porém, que a economia institucional e a economia dos custos de transação ainda partem de uma segunda premissa: a racionalidade limitada<sup>97</sup>, de tal maneira que

---

coronavírus que teve início em 2019 e se estende até o momento da redação do presente trabalho, porém tornou-se notório como símbolo da ineficácia de modelos preditivos a visita da Rainha Elizabeth II à London School of Economics logo após o colapso da economia global em 2008: “Why did no one see it coming?”. Ver, nesse sentido: (SKIDELSKY, Robert. Answering the Queen’s question: new approaches to economic challenges. In: LOVE, Patrick. *Debate the issues: new approaches to economic challenges*. Genebra: OECD, 2016).

<sup>94</sup> WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of Law and Economics*. v. 36, n. 1, pp. 453-486, abr. 1993. p. 458.

<sup>95</sup> WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of Law and Economics*. v. 36, n. 1, pp. 453-486, abr. 1993. pp. 458-459.

<sup>96</sup> WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of Law and Economics*. v. 36, n. 1, pp. 453-486, abr. 1993. pp. 458-459.

<sup>97</sup> Nesse sentido, segundo Herbert Simon: “To anyone who has observed organizations, it seems obvious enough that human behavior in them is, if not wholly rational, at least in good part intendedly so. Much behavior in organizations is, or seems to be, task oriented and often efficacious in attaining its goals. Hence, if we are to give a psychological account of human behavior in organizations, our theory must have room in it for rational behavior. It seems equally apparent that the rationality exhibited in organizations has none of the global omniscience that is attributed to economic man. Hence, we cannot simply chuck psychology overboard and place the theory of organization on an economic foundation. Indeed, as will become increasingly evident it is precisely in the real world where human behavior is intendedly rational, but only boundedly so, that there is room for a genuine theory of organization and administration” (SIMON, Herbert. *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. Nova York: The Free Press, 1997. p. 88). Tradução livre: Para qualquer um que já tenha observado organizações, parece óbvio que o comportamento humano dentro delas é, se não totalmente racional, ao menos em boa parte se pretende que o seja. Boa parte do comportamento nas organizações

os agentes econômicos não somente não possuem informações completas sobre as transações, como também deverão organizar suas atividades e condicionar suas escolhas negociais ao fato de que ignoram parcela considerável das forças que os constroem, o que exige o abandono de certas expectativas oriundas do modelo do *homo oeconomicus*<sup>98</sup>.

Uma dessas expectativas diz respeito à completude dos negócios. Isso porque, se a racionalidade dos agentes é limitada, não se pode supor que contratos minimamente complexos serão capazes de antever todas as situações controvertidas, de tal forma que a prática negocial leva à construção de mecanismos de governança criados por determinados negócios jurídicos. Ou, ainda, tais adequações podem ocorrer em virtude da sedimentação de determinados modelos de negócio, isto é, da utilização reiterada de fórmulas negociais conhecidas e testadas pelos agentes de mercado.

Exemplo disso, nesse sentido, é o próprio direito dispositivo (a ser explorado com maior detalhamento no Capítulo III), isto é, o conjunto de normas incidentes na hipótese de omissão das partes sobre algum elemento do negócio, que serve para colmatar as lacunas deixadas em virtude da própria circunstância da incompletude dos contratos, de maneira a dar fluidez às relações econômicas ao agir como meio “imitador do mercado”, e, assim, como mecanismo de minimização de custos de transação<sup>99</sup>.

---

é, ou parece ser, orientado a tarefas, e comumente eficaz em obter seus objetivos. Assim, para que se ofereça uma perspectiva psicológica do comportamento humano nas organizações, nossa teoria deve abrir espaço para o comportamento racional. Parece igualmente aparente que a racionalidade exibida nas organizações não tem nada da onisciência global atribuída ao homem econômico. Dessa forma, não podemos simplesmente defenestrar a psicologia e substituí-la pela teoria econômica. Na verdade, como ficará cada vez mais evidente, é precisamente no mundo real onde o comportamento humano é supostamente racional, mas o é apenas de maneira limitada, que há lugar para uma genuína teoria da organização e administração.

<sup>98</sup> WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. Nova York: Oxford University Press, 1996. p. 46.

<sup>99</sup> Nesse sentido: “Die Idee, staatlicherseits fertig bereitliegende, standardisierte Reserveordnungen zur Verfügung zu stellen, um Vertragsparteien in typischen Konstellationen der Last zu entheben, jedweden potentiellen Störfaktor einer anvisierten Vertragsdurchführung privatautonom zu bedenken, weist dem Vertragsergänzungsmechanismus des dispositiven Rechts eine instrumentelle Rolle zu. Besonders evident ist diese Instrumentalisierung des Einsatzes dispositiver Regelungsmuster eben mit Blick auf die im vorliegenden Zusammenhang zunächst interessierende rechtsökonomische Deutung dispositiven Rechts als ‘marktimitierendes’ Mittel der Transaktionskostenminimierung. Wird eine zentrale Ursache für die in der Realität stets anzutreffende Unvollständigkeit vertraglicher Vereinbarungen in der Allgegenwart von Transaktionskosten erblickt, dient der gesetzgeberische Einsatz dispositiver Normen der Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Markts durch Beseitigung potentieller Barrieren für einen effizienten Ressourcenaustausch durch private Verhandlungslösungen” (CZIUPKA, Johannes. *Dispositives Vertragsrecht: Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. pp. 339-340). Tradução livre: A ideia de fornecer regulamentos padronizados e prontos para o uso, a fim de aliviar as partes contratantes em figuras típicas do fardo de ter de negociar privadamente qualquer potencial fator perturbador do programa contratual, atribui um papel instrumental ao mecanismo de complementação contratual pelo direito dispositivo. Essa instrumentalização do uso de normas dispositivas é particularmente evidente no que diz respeito à interpretação jurídico-econômica do direito dispositivo como um meio delimitação do mercado para minimizar os custos de transação. Se a incompletude dos contratos, sempre encontrada na realidade, está associada à onipresença dos custos de transação, o uso legislativo de normas dispositivas serve para melhorar a funcionalidade do mercado, removendo potenciais barreiras a uma troca eficiente de recursos através de soluções de negociação privada.

Não sem motivo, assinala Herbert Simon que, uma vez que se admite a racionalidade limitada, a razão (ou, para o autor, a “mente”) se torna também um bem escasso que deve ser adequadamente aquilatado pelos agentes econômicos em um ambiente de incerteza<sup>100</sup>. Nesse sentido, a adequada gestão desse recurso escasso poderá levar tais sujeitos a engendrar soluções negociais que não sirvam propriamente para *maximizar utilidade* – como pretenderia a economia neoclássica<sup>101</sup> – ou mesmo para tomar o caminho que mais eficientemente reduza custos de transação – como pretenderiam leituras equivocadas da própria teoria dos custos de transação –, mas sim para que se obtenha um resultado minimamente satisfatório à luz das condições e dos constrangimentos que caracterizam aquele mercado<sup>102</sup>. É fundamental, portanto, que os agentes de mercado tenham seus comportamentos validados (ou não) a partir de sinalizações oriundas de alguma fonte razoavelmente confiável – o que ocorre, como se mostrará ao longo do presente trabalho, com os contratos empresariais atípicos, gestados nos mercados, porém aperfeiçoados a partir dos influxos do direito estatal.

Em síntese, como explica Stefan Grundmann, ao passo que custos de transação dificultam a ocorrência de negócios e assim diminuem a sua frequência, a racionalidade limitada faz com que os agentes não busquem negócios que produzam um nível máximo de

---

<sup>100</sup> Ver: SIMON, Herbert. Rationality as process and as product of thought. *The American Economic Review*. v. 68, n. 2, pp. 1-16, maio 1978.

<sup>101</sup> A respeito do tema, é relevante mencionar a crítica de Guido Alpa, que denuncia as limitações da leitura neoclássica sobre os mercados: “Questa astratta rappresentazione del mercato tendeva a passare sotto silenzio, o comunque a considerare un preconetto, le regole giuridiche che operano all’interno del mercato; tendeva ad ignorare che non vi è mercato senza una aggregazione sociale, finiva per postulare l’autonomia dell’economia quale scienza che studia il mercato in tutte le sue forme e in tutte le sue fasi, dalla politica che detta le regole del vivere sociale e risolve i conflitti di potere, e dal diritto, che codifica con leggi mutevoli, neutre, di mera natura formale, la realtà economica e la realtà politica. ‘Libero scambio’ e ‘lasciar fare’ sono così divenuti i precetti fondamentali di ogni ‘economia di mercato’, sicché il ruolo del diritto – inteso come il complesso delle regole vigenti in una società in un determinato momento storico – di volta in volta si è rappresentato o come la formalizzazione di regole altre, una sorta di diverso linguaggio o differente universo simbolico per rappresentare la medesima realtà, o come l’impronta che quelle forme per l’appunto imprimono alla realtà esterna, spontanea, viva, o come la traduzione in termini di necessità e di vincolatività di regole espresse naturalmente da quella realtà” (ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014. p. 403). Tradução livre: Esta abstrata representação do mercado tendia a silenciar, ou ainda a considerar um preconceito, quanto à regras jurídicas que operam no mercado; tendia a ignorar que o mercado não é senão uma agregação social, e terminava por postular a autonomia da economia como ciência que estuda o mercado em todas as suas formas e todas as suas fases, da política que dita as regras do viver social e resolve os conflitos de poderes, e do direito, que codifica com leis mutáveis, neutras, de natureza meramente formal, a realidade econômica e a realidade política. “Livre comércio” e “deixar fazer” são, assim, transformados em princípios fundamentais de toda economia de mercado, de forma que o papel do direito – compreendido como o complexo das regras vigentes em uma sociedade em um determinado momento histórico – de quando em quando é representado ou como a formalização de outras regras, uma forma de linguagem distinta ou universo simbólico distinto para representar a mesma realidade, o como a maneira pela qual aquelas formas imprimem à realidade externa, espontânea, viva, ou como a tradução em termos de necessidade e vinculatividade de regras expressas naturalmente naquela realidade.

<sup>102</sup> GRUNDMANN, Stefan. Economics and Private Law Institutions. In: GRUNDMANN, Stefan; MICKLITZ, Hans-W.; RENNERT, Moritz. *New Private Law Theory: a pluralist approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 78.

eficiência, mas negócios minimamente satisfatórios<sup>103</sup>. A transição para a busca do negócio “satisfatório” no contexto da economia dos custos de transação – ou, como já se mencionou, dos negócios que efetivamente funcionem – é de grande relevância não somente por abandonar o ideal neoclássico da apreensão do ponto ótimo para as transações, mas também em virtude do fato de que se passa a admitir tanto percepções subjetivas diversas quanto aos negócios que funcionarão; quanto negócios que funcionam em determinados tempo e espaço, mas não em outros<sup>104</sup>.

Daí ser possível questionar mesmo a elementar noção de Douglass North de que instituições são regras do jogo que constroem os comportamentos dos indivíduos, considerando que a realidade dos mercados é muito mais complexa e dinâmica do que sugere a analogia que remete a comandos gerais e abstratos. Conforme apontam Sue Crawford e Elinor Ostrom, as visões de instituições como regras ou normas, apesar de se apresentarem de forma didática, representam tão somente uma dentre várias perspectivas analíticas das instituições como restrições capazes de produzir padrões de interação entre agentes econômicos<sup>105</sup>. Isso porque, ao se conceber as instituições como normas, pode-se mais claramente verificar percepções compartilhadas quanto aos comportamentos considerados adequados ou inadequados, porém não se pode ignorar que a aproximação forçada das instituições às estruturas normativas pode pressupor a existência de um terceiro externo que coage os sujeitos – como, por exemplo, o Estado – ou, ainda, um compromisso irracional de se obedecer às regras postas com vistas a garantir seu cumprimento<sup>106</sup>.

Nesse sentido, de maneira a evitar riscos de reificação das instituições<sup>107</sup> e de mantê-las associadas a entendimentos compartilhados<sup>108</sup> que induzem determinados

---

<sup>103</sup> GRUNDMANN, Stefan. Economics and Private Law Institutions. In: GRUNDMANN, Stefan; MICKLITZ, Hans-W.; RENNERT, Moritz. *New Private Law Theory: a pluralist approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 90.

<sup>104</sup> GRUNDMANN, Stefan. Economics and Private Law Institutions. In: GRUNDMANN, Stefan; MICKLITZ, Hans-W.; RENNERT, Moritz. *New Private Law Theory: a pluralist approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 91.

<sup>105</sup> CRAWFORD, Sue E. S.; OSTROM, Elinor. A grammar of institutions. *The American Political Science Review*. v. 89, n. 3, pp. 582-600, set. 1995. pp. 582-583.

<sup>106</sup> CRAWFORD, Sue E. S.; OSTROM, Elinor. A grammar of institutions. *The American Political Science Review*. v. 89, n. 3, pp. 582-600, set. 1995. p. 583. Cabe, nesse sentido, resgatar a associação feita por Ingeborg Maus entre o Poder Judiciário e a noção freudiana de superego, ao apontar que, na sociedade contemporânea, o Judiciário – e não propriamente a legislação – se apresenta como um terceiro moderador do comportamento dos sujeitos, transcendendo em certa medida a sua função de tão somente aplicar e fazer cumprir a legislação que, por si só, já seria suficiente para fazê-lo (MAUS, Ingeborg. *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich: Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie*. Berlin: Suhrkamp, 2018).

<sup>107</sup> CRAWFORD, Sue E. S.; OSTROM, Elinor. A grammar of institutions. *The American Political Science Review*. v. 89, n. 3, pp. 582-600, set. 1995. p. 583

<sup>108</sup> Importa notar que, para o objetivo de se verificar as restrições que condicionam o comportamento dos agentes econômicos, pode-se também falar em crenças, valores ou preferências compartilhadas que se apresentam como sistemas cognitivos para a compreensão do mundo e, por conseguinte, para determinar a ação dos sujeitos diante

comportamentos dos sujeitos afetados, pode-se entender instituições não simplesmente como normas ou regras do jogo, mas como *equilíbrios* produzidos em determinado momento e em um dado espaço nos quais se verifica a estabilização das ações dos agentes econômicos em torno de certos padrões<sup>109</sup>. As instituições precisam, dessa maneira, de uma fina articulação entre autoridade e confiança para que se estabilizem e se incorporem a novos negócios<sup>110</sup>.

Evidentemente que conceber instituições como situações de equilíbrio não serve para superar ou descartar a visão segundo a qual instituições são as regras do jogo que orientam os comportamentos dos agentes econômicos, mas sim para verificar quais instituições não são apenas elementos exógenos, mas uma confluência de fatores endógenos (isto é, compreensões compartilhadas por determinada comunidade que condicionam sua forma de ver o mundo) influenciada por fatores externos (elementos formais e informais que indicam quais comportamentos são adequados e quais não o são)<sup>111</sup>.

Em outras palavras, reconhecer a importância das instituições na teoria econômica contemporânea – e, como se pretende demonstrar, no campo jurídico – não significa adotar concepções abstratas de racionalidade que supõem um *homo oeconomicus* que maximiza seu autointeresse de maneira atomística e desvinculada da sociedade; e tampouco entender que os agentes econômicos são vítimas inescapáveis do social<sup>112</sup>. O que se busca demonstrar, na verdade, é que as instituições agem nos dois âmbitos, sendo ao mesmo tempo a fonte dos incentivos que são objeto de cálculo da ação dos agentes econômicos – cuja racionalidade será sempre limitada – e pano de fundo para os sentidos atribuídos ao mundo por esses agentes, tendo em vista que a ação humana é necessariamente socializada<sup>113</sup> e influenciada pelas circunstâncias<sup>114</sup>.

---

de alterações no ambiente. Trata-se, portanto, de elementos que fundamentalmente direcionam a escolha das instituições que firmarão raízes em determinada comunidade. Nesse sentido, ver: MUELLER, Bernardo. Beliefs, institutions and development on complex landscapes. *Economic Analysis of Law Review*. v. 7, n. 2, pp. 474-495, jul./dez. 2016.

<sup>109</sup> Ver: CALVERT, Randall L. Rational actors, equilibrium, and social institutions. In: KNIGHT, Jack; SENED, Itai. *Explaining social institutions*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998.

<sup>110</sup> Ver: POLANYI, Michael. *Personal knowledge: towards a post-critical philosophy*. Londres: Routledge: 1962. p. 220.

<sup>111</sup> SHEPSLE, Kenneth A. Studying institutions: some lessons from the rational choice approach. *Journal of theoretical politics*. v. 1, n. 2, pp. 131-147, 1989. pp. 80-81.

<sup>112</sup> SHEPSLE, Kenneth A. Studying institutions: some lessons from the rational choice approach. *Journal of theoretical politics*. v. 1, n. 2, pp. 131-147, 1989. p. 134.

<sup>113</sup> SHEPSLE, Kenneth A. Studying institutions: some lessons from the rational choice approach. *Journal of theoretical politics*. v. 1, n. 2, pp. 131-147, 1989. 1989, pp. 133-134. Ver também: GRANOVIETTER, Mark. Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. *American Journal of Sociology*. v. 91, n. 3, pp. 481-510, nov. 1985.

<sup>114</sup> Forçoso recordar, aqui, do conhecido aforismo de Ortega y Gasset segundo o qual “Eu sou eu e minha circunstância”, que, porém, insere-se em reflexão filosófica mais alongada a respeito da complementariedade entre perspectivas individuais e os condicionamentos que advêm do social: “Este sector de realidad circunstante forma la otra mitad de mi persona: sólo al través de él puedo integrarme y ser plenamente yo mismo. La ciencia biológica

É verdade, no entanto, que, seja sob a forma de regras, seja sob a forma de equilíbrios, instituições adquirem força autoritativa em decorrência de mecanismos formais ou informais de ação coletiva, de tal maneira que os comportamentos dos indivíduos serão diretamente condicionados por essas concepções compartilhadas a respeito do funcionamento de determinada comunidade ou mercado<sup>115</sup>. A ação coletiva, nesse sentido, não necessariamente está vinculada à coordenação formal de agentes em torno de um objetivo comum (como ocorre, por exemplo, na formação de entidades de classe), mas também a mecanismos de coordenação informal em torno de acordos – ainda que tácitos – que levam à construção de mecanismos de funcionamento de organizações mais ou menos estruturadas (a depender da complexidade e do tamanho do grupo afetado) destinadas a conferir estabilidade e eficácia aos objetivos dos integrantes daquela comunidade<sup>116</sup>.

Como se pretende explorar mais detalhadamente ao longo do presente trabalho, é verdade que a normatividade adquirida pelos constrangimentos que circundam os contratos empresariais, inclusive ao ponto de produzir modificações “informais” nos termos pactuados, pode ser intimamente associada à noção de boa-fé objetiva<sup>117</sup>. É importante, contudo, pontuar

---

más reciente estudia el organismo vivo como una unidad compuesta del cuerpo y su medio particular: de modo que el proceso vital no consiste sólo en una adaptación del cuerpo a su medio, sino también en la adaptación del medio a su cuerpo. La mano procura amoldarse al objeto material a fin de apresarlo bien; pero, a la vez, cada objeto material oculta una previa afinidad con una mano determinada. Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo. Benefac loco illi quo natus es, leemos en la Biblia. Y en la escuela platónica se nos da como empresa de toda cultura, ésta: «salvar las apariencias», los fenómenos. Es decir, buscar el sentido de lo que nos rodea” (ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madri: Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1914. pp. 33-34). Tradução livre: Este setor da realidade circunstancial forma a outra metade da minha pessoa: apenas através dele posso integrar-me e ser plenamente eu mesmo. A ciência biológica mais recente estuda o organismo vivo como uma unidade composta do corpo e de seu meio particular: de modo que o processo vital não consiste apenas em uma adaptação do corpo ao seu meio, mas também na adaptação do meio ao seu corpo. A mão procura amoldar-se ao objeto material a fim de bem segurá-lo; mas, às vezes, cada objeto material oculta uma prévia afinidade com uma mão determinada. Eu sou eu e minha circunstância, e se não salvo a ela, não salvo a mim. Benefac loco illi quo natus es, lemos na Bíblia. E na escola platônica obtemos a finalidade de toda cultura: salvar as aparências, os fenômenos. Significa buscar o sentido do que nos rodeia.

<sup>115</sup> Ver: ALSTON, Eric; ALSTON, Lee J.; MUELLER, Bernardo; NONNENMACHER, Tomas. *Institutional and organizational analysis: concepts and applications*. Nova York: Cambridge University Press, 2018. pp. 32-34.

<sup>116</sup> Ver: OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. pp. 33-43.

<sup>117</sup> É interessante, nesse ponto, a observação de Pietro Sirena a respeito das relações entre os deveres oriundos da boa-fé objetiva e a vinculação entre contrato e mercado: La connotazione solidaristica della buona fede contrattuale, per quanto possa essere divisibile in sé, rischia di essere fuorviante, in quanto si caratterizza per la (consapevole) implicazione di valori non patrimoniali, estranei o addirittura incompatibili con la logica del mercato; è quest’ultima, invece, che individua l’essenza della buona fede, in quanto limite specifico dell’autonomia contrattuale dell’imprenditore. La logica del mercato in cui la buona fede contrattuale rinvia non si identifica tuttavia in un dato della realtà socio-economica, bensì in un dato della realtà normativa. In altri termini, la buona fede non è costituita né dalla deontologia professionale, né dalla prassi sociale, né, ancora, dalla valutazione etica dei comportamenti imprenditoriali che si rinviene nella coscienza sociale: essa è costituita invece dai principi generali inderogabili dell’ordinamento giuridico in materia di attività economiche e di buon funzionamento del mercato” (SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti d’impresa e il principio della buona fede. *Rivista di Diritto Civile*. v. 52, n. 4, pp. 415-427, 2006. pp. 419-420). Tradução livre: A conotação solidarista da boa-fé contratual, embora possa ser aceitável por si só, corre o risco de ser enganosa, na medida em que se



desde logo que, muito embora a boa-fé objetiva sirva para reforçar os vínculos de recíproca lealdade entre as partes, a boa-fé objetiva adquire características próprias no Direito Empresarial, servindo especialmente como parâmetro de comportamento fixado segundo os modelos esperados nos mercados<sup>118</sup>. A boa-fé, nesse sentido, constitui precisamente o *standard* de comportamento esperado dos agentes que observam as regras do jogo, construído a partir da observação empírica da dinâmica dos mercados<sup>119</sup>.

Tais cuidados com o escopo da economia institucional e da própria noção de instituições, por mais que pareçam evidentes ao menos a partir das suas premissas declaradas – quais sejam, as de abandono das presunções de racionalidade da economia neoclássica, como a própria ideia de *homo oeconomicus* e abstrações como informação perfeita, concorrência perfeita, e ausência de custos para operar em mercados<sup>120</sup> –, são relevantes para que se possa mitigar os riscos de simples transposição da lógica neoclássica para abordagens baseadas em instituições. Tais abordagens, a rigor, deveriam partir justamente do pressuposto de que os agentes econômicos não são simples maximizadores de utilidade<sup>121</sup>, muito embora possam eventualmente flertar com a ideia de que são meros maximizadores de custos de transação<sup>122</sup>.

Robert Skidelsky, nesse sentido, sustenta que a ascensão da Nova Economia Institucional representa aprimoramento considerável das visões neoclássicas baseadas em abstrações semelhantes ao comportamento de Robinson Crusóe – apontado como ideal antonômástico do indivíduo maximizador de utilidade que lança mão dos recursos à sua disposição para garantir sua sobrevivência da maneira mais eficiente. No entanto, a aludida escola constantemente flerta com reducionismos que não muito se afastam daquilo que pretende

---

caracteriza pela implicação (consciente) de valores não patrimoniais, estranhos ou mesmo incompatíveis com a lógica do mercado; é esta última, porém, que individua a essência da boa-fé, como limite específico da autonomia contratual do empresário. A lógica do mercado na qual a boa-fé contratual se insere não se identifica, todavia, com um dado da realidade socioeconômica, mas com um dado da realidade normativa. Em outras palavras, a boa-fé não é constituída nem pela deontologia profissional, nem pelas praças sociais, nem, ainda, pela valoração ética dos comportamentos empresariais que se insere na consciência social: é constituída pelos princípios gerais inderrogáveis do ordenamento jurídico sobre a atividade econômica e quanto ao bom funcionamento do mercado.

<sup>118</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 129.

<sup>119</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. pp. 130-137.

<sup>120</sup> Nesse sentido: MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Advanced Introduction to New Institutional Economics*. Londres: Elgar, 2022. pp. 1-2.

<sup>121</sup> Ver: SKIDELSKY, Robert. *What's wrong with economics*. New Haven: Yale University Press, 2021. pp. 115-118.

<sup>122</sup> Nesse sentido, para análise empírica sobre o uso das ideias de Coase no contexto do Judiciário norte-americano, ver: WHITE, Barbara Ann. Coase and the courts: economics for the common man. *Iowa Law Review*. v. 72, pp. 577-635, 1987.

combater (por exemplo, com a atribuição de uma noção de eficiência ao estilo do *homo oeconomicus* ao objetivo de redução de custos de transação)<sup>123</sup>.

Todavia, como se pretendeu demonstrar ao longo deste tópico, reconhecer a importância de instituições como equilíbrios que condicionam o comportamento dos agentes de mercado é um passo importante para que se possa adequadamente analisar o processo de formação dos contratos empresariais como produto da interação entre manifestações de vontade e ambiente institucional. Além disso, também se verificou que, em um ambiente marcado por custos de transação, oportunismo e racionalidade limitada, os agentes econômicos não estão a buscar a solução mais eficiente ou a que maximize seu bem estar de maneira ótima – considerando que tais objetivos são abstrações descoladas da realidade –, mas sim em uma solução satisfatória, ou, ainda, que seguramente *funcione*.

Falar em instituições e nos incentivos por elas produzidos, assim, não significa produzir mero verniz teórico quando se trata de contratos empresariais. Antes pelo contrário, a ideia de instituição lança luz sobre uma série de vetores de funcionamento dos contratos empresariais, notadamente aqueles que adquirem normatividade muito embora não decorram do direito legislado, como ocorre com os usos e costumes<sup>124</sup>, a serem explorados com maior detalhamento no Capítulo IV. Os contratos empresariais, nesse sentido, dificilmente podem ser compreendidos sob um prisma exclusivamente jurídico, mas sim a partir de uma visão holística que dê conta dos demais componentes da dinâmica dos mercados. Para que os contratos empresariais sejam adequadamente compreendidos, por conseguinte, não é suficiente uma análise estrutural do arcabouço jurídico em que se inserem, mas uma análise funcional<sup>125</sup> que

---

<sup>123</sup> De outro lado, igualmente não se pode descartar a tentativa de algumas escolas que declaradamente internalizam as premissas da teoria neoclássica de apropriarem-se também das premissas da Nova Economia Institucional, especialmente com a popularização e a difusão do estudo das instituições em economia. Nesse sentido, ver: POSNER, Richard A. The New Institutional Economics meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. v. 149, n. 1, pp. 73-87, mar. 1993.

<sup>124</sup> O próprio Cesare Vivante assinala que o Direito Empresarial conta com elemento distintivo essencial que permite estruturar uma teoria geral própria a seus contratos: o papel normativo dos usos e costumes, que representariam verdadeira delegação do poder legislativo ao comerciante para que regulassem suas relações a partir da prática. Como se explorará com maior detalhamento ao longo do presente trabalho, os usos e costume não somente consistem em manifestação modelar da autonomia privada, como também se apresentam como fonte do Direito Comercial decorrente da outorga de poder jurígeno pelo legislador à prática mercantil, a ponto de originar novas figuras contratuais oriundas da prática. Nesse sentido: “Ma il legislatore ha fatto di più a favore dei commercianti, poichè ha delegato ad essi una parte del proprio potere legislativo, scrivendo nel codice un articolo che dice: gli usi commerciali varranno come legge per tutti quelli che contrattano coi commercianti” (VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, p. 17). Tradução livre: O legislador fez muito a favor dos comerciantes, pois a eles delegou uma parte do próprio poder legislativo, incluindo no código um artigo que diz: os usos comerciais valem como lei para todos aqueles que contratam com os comerciantes.

<sup>125</sup> Em análise do fenômeno da funcionalização do Direito Civil, salienta Gustavo Tepedino, em percepção perfeitamente ajustável ao contexto dos contratos empresariais e da dinâmica dos mercados, que a compreensão do contrato à luz de perspectiva histórica, funcional e relativizada tem o condão de produzir dogmática

seja sensível especialmente à operação econômica subjacente ao negócio que, no fim e ao cabo, constituirá o cerne do exercício da liberdade contratual.

#### **II.4. Uma ordem jurídica para os mercados fundada na proteção à função econômica dos contratos empresariais**

Como se pôde antecipar no tópico anterior, a estruturação de transações em mercados depende não somente da garantia de que as promessas entabuladas em contratos serão cumpridas, mas também da articulação de inúmeros fatores que constroem o comportamento dos agentes econômicos em torno de convenções que, por mais que não sejam as soluções idealmente mais eficientes (até porque isso seria improvável considerando a premissa da racionalidade limitada), servem para produzir negócios capazes de regular relações empresariais e de reduzir custos de transação por intermédio da cristalização de fórmulas contratuais replicáveis.

Evidentemente que a construção de mercados e especialmente a criação de figuras contratuais que funcionem depende de uma confluência de fatores de naturezas várias, sejam elas econômicas, sociais, culturais, jurídicas, dentre outras. Na verdade, a sociologia econômica tem demonstrado que a intensidade de determinados vínculos está muito mais atrelada a redes de relações “fracas” – isto é, que não necessariamente se impõem coercitivamente, mas estabelecem sanções morais ou reputacionais capazes de gerar alguma coesão entre grupos sociais – do que a relações vertical e autoritativamente impostas, papel geralmente atribuível às normas jurídicas<sup>126</sup>.

Não é sem razão que para o próprio Oliver Williamson, um dos precursores da Nova Economia Institucional, tal escola de pensamento econômico é caracterizada por sua abordagem interdisciplinar envolvendo direito, economia e organizações<sup>127</sup>, de tal maneira que

---

essencialmente dinâmica: “A análise dos institutos e categorias jurídicas em perspectiva histórica, funcional e relativizada, estabelece, assim, renovadas bases teóricas que, abandonando o dogmatismo estático do passado, impõem a reconstrução de todo o arcabouço teórico do direito privado. Adota-se como dogmática, vale advertir, concepção teórica essencialmente dinâmica, que não se confunde com o dogmatismo do qual se deve afastar” (TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Relações contratuais e a funcionalização do direito civil. *Pensar*: Revista de Ciências Jurídica. v. 28, n. 1, pp. 1-10, jan./mar. 2023).

<sup>126</sup> Ver: GRANOVETTER, Mark S. The strength of weak ties. *American Journal of Sociology*. v. 78, n. 6, pp. 1360-1380, maio 1973.

<sup>127</sup> Nesse sentido: “The three interdisciplinary legs of NIE are law (especially contract law), economics (with a relentless emphasis on economizing), and organization theory (which is responsible for greater behavioral content)” (WILLIAMSON, Oliver. Reflections on the New Institutional Economics. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. v. 141, n. 1, pp. 187-195, mar. 1985. p. 190). Tradução livre: As três pernas interdisciplinares da Nova Economia Institucional são o direito (especialmente o direito contratual), a economia (com a inafastável ênfase em economizar), e a teoria organizacional (que é responsável pelo conteúdo comportamental).

não se apresenta como seara exclusivamente econômica ou dependente de metodologias econômicas. Assim, a economia seria simplesmente *prima inter pares* em um esforço de pesquisa associado também à análise de organizações, à sociologia, à ciência política e à psicologia social<sup>128</sup>.

O direito, nesse sentido, não é meramente uma expressão de força ou poder fático, mas é também uma manifestação relevante do poder institucionalizado, isto é, é uma ferramenta por meio da qual o poder, seja ele estatal ou econômico, é exercido<sup>129</sup>. O direito é, dessa maneira, não um sistema perfeito e acabado de normas estatais capazes de ordenar a sociedade de maneira racional e abarcante, mas um conjunto de sobreposições entre convenções sociais, costumes, normas estatais e elementos privados criados com vistas a possibilitar a interação entre os sujeitos da maneira que mais bem atenda aos seus interesses<sup>130</sup>. Em outras palavras, por mais que o direito possa ser instrumentalizado para a redução de custos de transação, o fenômeno jurídico não somente não está livre das incertezas que marcam os mercados, como também está imerso na teia de complexidades e incertezas que marcam o capitalismo desenvolvido<sup>131</sup>.

Daí dizer Hugh Collins, em análise do direito contratual inglês, que o direito oferece um dentre vários sistemas de reflexão por meio dos quais se pode procurar compreender o mundo, por mais que se destaque em virtude do fato de que, em última análise, trata-se do único sistema capaz de socorrer-se do monopólio estatal da violência para fazer valer a sua visão<sup>132</sup>. Isso não significa, cabe repisar, que o direito esteja livre de falhas simplesmente por ser capaz de impor suas premissas contrafactualmente; ao contrário, tanto as normas jurídicas são controversas como são constantemente contrariadas por novas interpretações jurídicas ou mesmo novos eventos e relações no mundo social<sup>133</sup>. Assevera Collins, por conseguinte, que

---

<sup>128</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Il dialogo tra la nuova economia istituzionale e le altre scienze sociali. *Stato e mercato*. v. 40, n. 1, pp. 41-62, abr. 1994. p. 41.

<sup>129</sup> DEAKIN, Simon et al. Legal institutionalism: capitalism and the constitutive role of law. *Journal of Comparative Economics*. v. 45, n. 3, pp. 188-200, fev. 2017. p. 189.

<sup>130</sup> DEAKIN, Simon et al. Legal institutionalism: capitalism and the constitutive role of law. *Journal of Comparative Economics*. v. 45, n. 3, pp. 188-200, fev. 2017. pp. 194-199.

<sup>131</sup> DEAKIN, Simon et al. Legal institutionalism: capitalism and the constitutive role of law. *Journal of Comparative Economics*. v. 45, n. 3, pp. 188-200, fev. 2017. p. 189.

<sup>132</sup> COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Londres: Butterworths, 1993. pp. 1-2.

<sup>133</sup> Nesse sentido: “Yet the law never achieves certainty or comprehensiveness in its interpretation of society. Not only are the rules governing behavior controversial in their detailed formulation and application to particular cases, but also the fundamental classifications and categories, through which the law organizes its interpretation and evaluation of events and relationships in the social world, are persistently challenged, subverted, modified, and restated. Each generation of lawyers reinterprets the law’s rules and classifications, in order to provide a fresh understanding of our social world. This new interpretation responds to evolving social and economic structures, new criteria of legitimacy for state action and social conduct, and interaction with other systems of thought. The law cannot operate as an entirely closed system of thought. Its link to state power requires that its doctrines conform to shifts in the claims for legitimacy on which effective state power rests; and its attempts to regulate and steer

“[a] compreensão do direito promete fornecer uma importante, porém inevitavelmente incompleta e distorcida, chave para a compreensão de nosso mundo”<sup>134</sup>.

A normatividade que é própria do direito, dessa maneira, não o torna indene de problemas ou de críticas, mas confere ao fenômeno jurídico o importante papel de estruturação de mercados a partir dos quais se possa proceder a cálculos que forneçam um mínimo grau de segurança às operações econômicas<sup>135</sup>. Causa algum estranhamento, nesse sentido, a noção segundo a qual o mercado estaria fundado em uma espécie de ordem natural guiada fundamentalmente por leis econômicas, como se se tratasse verdadeiramente de um dado da realidade alheio a qualquer intervenção humana. Não é sem motivo que Natalino Irti assevera que a economia de mercado não é um *locus naturalis*, mas sim um *locus artificialis*, na medida em que os mercados são estruturados a partir de escolhas políticas de determinados momentos históricos e, por conseguinte, de uma determinada *forma* atribuída pelo direito à economia em determinado momento histórico<sup>136</sup>.

---

conduct bring it into tension with other systems of thought such as economics and sociology, which are employed to understand and organize the social world” (COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Londres: Butterworths, 1993. p. 2). Tradução livre: O direito nunca adquire certeza ou abrangência na sua interpretação da sociedade. Não somente são as regras que governam o comportamento controversas nas suas formulações detalhadas e aplicação a casos concretos, como também as categorias e classificações fundamentais pelas quais o direito organiza sua interpretação e avaliação de eventos e relações no mundo social são persistentemente desafiadas, subvertidas, modificadas e reelaboradas. Cada geração de advogados reinterpreta as regras e classificações jurídicas, no intuito de oferecer uma compreensão atualizada de nosso mundo social. Esta nova interpretação responde às estruturas sociais e econômicas em evolução, novos critérios de legitimação para a atuação estatal e a conduta social, e à interação com outros sistemas de pensamento. O direito não pode operar como um sistema de pensamento inteiramente fechado. Sua ligação ao poder estatal exige que suas doutrinas estejam de acordo com as mudanças nas reivindicações por legitimidade nas quais se estabelece o poder estatal efetivo; e suas tentativas de regular e orientar a conduta produzem uma tensão com outros sistemas de pensamento como a economia e a sociologia, que são empregados para compreender e organizar o mundo social.

<sup>134</sup> Tradução livre do original: “Understanding the law, therefore, promises to provide an importante, though inevitably incomplete and distorted, key to the understanding of our world” (COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Londres: Butterworths, 1993. p. 2).

<sup>135</sup> É este o pensamento de Max Weber: “Pero este derecho formalista es calculable. En China puede ocurrir que un hombre venda a otro una casa, y pasado un tiempo vuelva a él y le exija la devolución, porque entre tanto se ha empobrecido. Cuando el comprador, en el derecho chino, desatiende el mandamiento antiguo de la ayuda al prójimo, los espíritus se indignan; así, el vendedor empobrecido volvía de nuevo a la casa ocupándola como arrendatario forzoso, sin pago de alquiler alguno. Con un derecho de este modo estructurado apenas podía trabajar el capitalismo; lo que éste necesita es un derecho que pueda calcularse como una máquina; los puntos de vista rituales y mágicos no desempeñan papel alguno” (WEBER, Max. *Historia Económica General*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 2012. p. 278). Tradução livre: Este direito formalista é calculável. Na China pode acontecer de um homem vender a outro uma casa, e, passado um tempo, retornar e exigir a sua devolução, pois nesse ínterim empobreceu. Quando o comprador, no direito chinês, deixa de atender ao mandamento antigo da ajuda ao próximo, os espíritos se indignam; assim, o vendedor empobrecido volta à casa, ocupando-a como arrendatário forçoso, sem pagamento de aluguel. Com um direito estruturado desta forma não poderia trabalhar o capitalismo; o que necessita é de um direito que possa ser calculado como uma máquina; os pontos de vista rituais e mágicos não desempenham nenhum papel.

<sup>136</sup> “[...] [L]’economia di mercato, al pari di altri e diversi assetti (collettivistico, misto ecc.), è *locus artificialis*, e non *locus naturalis*; che codesta artificialità deriva da una tecnica del diritto, la quale, in dipendenza di decisioni politiche, conferisce forma all’economia, e la fa, di tempo in tempo, mercantile o collettivistica o mista, e via seguitando; che quelle decisioni politiche sono di per sé mutevoli, sicché i vari regimi dell’economia vengono segnati dall storicità, e nessuno può dirsi assoluto e definitivo” (IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*.

Assinala o autor, porém, que, ainda que artificial, ninguém duvida que o mercado seja uma espécie de *ordem*, já que se lhe pode atribuir algum grau de regularidade e previsibilidade, condições necessárias para a construção de um ambiente de mercado que possa ser explorado coletivamente por aqueles que atenderem aos critérios de participação no ambiente em questão<sup>137</sup>. Não se trata, porém, de ordem espontânea que simplesmente se *encontra* na natureza, mas sim de uma ordem construída por normas condicionadas pelo tempo e espaço que as produziram.

A relevância de uma *ordem* para os mercados, porém, não deve ser ignorada, na medida em que ordens naturalísticas estão longe de ser o único tipo de arranjo possível para a estruturação do sistema econômico. Pelo contrário, o próprio Friedrich von Hayek – como também ressalta Natalino Irti<sup>138</sup> –, grande expoente das ideologias libertárias, admite existirem duas explicações distintas para a ideia de “ordem”<sup>139</sup>: a noção de *ordem espontânea* ou *kosmos*, decorrente da interação de elementos individuais da natureza formando articulações complexas de forças que sequer poderiam ser o resultado de construções humanas; e a de *ordem criada* ou

---

Roma: Laterza, 2004. p. V). Tradução livre: A economia de mercado, ao lado de outros elementos diversos (coletivístico, misto, etc.), é *locus artificialis*, e não *locus naturalis*; e esta artificialidade deriva de uma técnica jurídica, a qual, dependendo de decisões políticas, confere forma à economia, e a faz, de tempos em tempos, mercantil ou coletivista ou mista, e assim por diante; as aludidas decisões políticas são naturalmente mutáveis, pois os vários regimes econômicos são marcados pela historicidade, e nenhum pode ser considerado absoluto e definitivo.

<sup>137</sup> Nas palavras do autor: “La regolarità, costitutiva dell’ordine, implica sempre il superamento dell’individualità; la prevedibilità comporta sempre un vincolo vicendevole, sicché sai dato a ciascuna parte di conoscere il futuro e di confidare nell’azione altrui. Questo ritornare a riconoscersi dele azioni, strappate ala singolarità dele circostanze, esige sempre un fondamento di carattere oggettivo, una governata e controllata continuità. I soggetti, stipulanti un qualsiasi accordo (dall locazione al mutuo, dall’appalto al mandato), possono prevedere e calcolare i futuri comportamenti, solo per il comune riferirsi a un critério, che stia sopra di loro ed a loro si imponha” (IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004. p. 5). Tradução livre: A regularidade, constitutiva da ordem, implica sempre a superação da individualidade; a previsibilidade comporta sempre um vínculo mútuo, de modo que cada parte tem a oportunidade de conhecer o futuro e confiar nas ações da outra. Este retorno ao reconhecimento das ações, separadas da singularidade das circunstâncias, exige sempre um fundamento de caráter objetivo, uma continuidade governada e controlada. Os sujeitos, ao estipular qualquer acordo (da locação ao mútuo, da prestação de serviços ao mandato), podem prever e calcular os comportamentos futuros, desde que se refiram a um critério que lhes é imposto.

<sup>138</sup> IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004. pp. 5-11.

<sup>139</sup> Para o autor, entende-se por “ordem” a interação entre múltiplos elementos de vários tipos que se relacionam de tal maneira que é possível, a partir do conhecimento de apenas uma parte do todo, formar expectativas razoavelmente seguras a respeito do restante. Confira-se: “By ‘order’ we shall throughout describe a state of affairs in which a multiplicity of elements of various kinds are so related to each other that we may learn from our acquaintance with some spatial or temporal part of the whole to form correct expectations concerning the rest, or at least expectations which have a good chance of proving correct. It is clear that every society must in this sense possess an order and that such an order will often exist without having been deliberately created” (HAYEK, Friedrich von. *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Londres: Routledge, 1998. p. 36). Tradução livre: Por “ordem” pretendemos descrever um estado de coisas no qual uma multiplicidade de elementos de vários tipos estão tão relacionados uns aos outros que podemos aprender, do nosso conhecimento de alguma parte especial ou temporal do todo, a formar expectativas corretas relativas ao resto, ou ao menos expectativas que têm uma boa chance de ser corretas. É claro que toda sociedade deve, nesse sentido, possuir uma ordem, e que tal ordem existirá muitas vezes sem ter sido criada deliberadamente.

*taxis*<sup>140</sup>.

Acontece que conceber o mercado como uma ordem espontânea e naturalística, fundada em normas abstratas cuja origem não se atribui a qualquer vontade concreta – devendo ser simplesmente “encontrada” em lugar de ser reconduzida às condições temporais e especiais que levaram à sua criação pelo intelecto e engenho humanos – pode significar acolher determinadas abstrações e simplificações quanto ao próprio modo de funcionamento do sistema econômico<sup>141</sup>. Exemplo disso é a própria ideia de que o mercado se autorregularia e tenderia a equilíbrios resultantes da interação de forças verificáveis mediante a simples observação do comportamento do mercado – dado da realidade que estruturaria, por si só, uma ordem supostamente suficiente para orientar o comportamento dos agentes econômicos<sup>142</sup>.

Não obstante, mercados são resultados de experiências históricas específicas determinadas pela necessidade social de assegurar, inclusive de maneira imperativa, a regularidade do agir dos indivíduos por meio de normas gerais e abstratas<sup>143</sup>. Não se trata, aqui,

---

<sup>140</sup> HAYEK, Friedrich von. *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Londres: Routledge, 1998. pp. 36-45.

<sup>141</sup> Ver: IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004. pp. 9-11. Nesse sentido: “A competição atomizada permitida pelo mercado é não somente a melhor forma de selecionar, avaliar e agregar o conhecimento de que dispõem os indivíduos isolados. O mercado competitivo é, antes de tudo, moralmente superior ao planejamento central, na medida em que ele previne a substituição dos múltiplos e dissonantes fins individuais por uma única finalidade, burocraticamente imposta à sociedade por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos” (BACHUR, João Paulo. O estado de bem-estar em Hayek e Luhmann. *Tempo social*. v. 25, n. 2, nov. 2013).

<sup>142</sup> Nesse sentido: “Impressionati, forse stregati, dalla teoria della ‘mano invisibile’ di Adamo Smith, gli economisti, e, di conserva, i giuristi, per lungo tempo sono stati portati a considerare il mercato, o i mercati, come una realtà esterna, dotata di spontaneità, di autopoiesi e di ineluttabilità, alla quale si applicano le forme giuridiche proprie di una società in un determinato momento storico e in una determinata area geografica. In modo quasi irriflessivo, il comune sentire ha materializzato i mercati, li ha considerati una realtà all’interno della quale si nasce, si vive, si lavora, si gioca, si lotta, si muore, come se il mercato fosse una porzione della natura, che avrebbe, senza l’intervento dell’uomo, una sua vita propria, frutto delle forze spontanee che si scontrano, che si mescolano, che si placano raggiungendo equilibri, talvolta essendo percorse da tempeste e rivoluzioni, comunque evolventesi secondo proprie logiche, o proprie leggi, che avrebbero il loro corso naturale se non vi fosse l’intervento umano. Il passaggio dalla realtà all’immaginazione, dalla descrizione alla codificazione dei segni, dalle leggi naturali alle leggi umane, è parso un fatto apparentemente neutro, o dichiarato come tale, anche se ideologicamente connotato. Quando l’ideologia è da tutti o dai più condivisa, essa si integra nell’immaginario collettivo, diviene irriflessiva, scontata, e quindi del tutto pacifica e quindi superflua” (ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014. pp. 402-403). Tradução livre: Impressionados, talvez enfeitados, pela teoria da mão invisível de Adam Smith, os economistas, e, posteriormente, os juristas, foram, durante muito tempo, levados a considerar o mercado, ou os mercados, como uma realidade externa, dotada de espontaneidade, de autopoiese e de inevitabilidade, às quais se aplicam as formas jurídicas próprias de uma sociedade num determinado momento histórico e numa determinada área geográfica. De forma quase irrefletida, o sentimento comum materializou os mercados, considerou-os uma realidade dentre da qual se nasce, vive, trabalha, brinca, luta, morre, como se o mercado fosse uma porção da natureza, que teria, sem a intervenção do homem, uma vida própria, fruto das forças espontâneas que se chocam, que se misturam, que se acalmam alcançando o equilíbrio, sendo por vezes atravessado por tempestades e revoluções, mas evoluindo segundo uma lógica própria, ou leis próprias, que teriam o seu curso natural se não houvesse intervenção humana. A passagem da realidade à imaginação, da descrição à codificação dos signos, das leis naturais às leis humanas, pareceria um fato aparentemente neutro, ou assim declarado, ainda que conotado ideologicamente. Quando a ideologia é partilhada por todos ou pela maioria, integra-se na imaginação coletiva, torna-se irrefletida, tida como certa, e, portanto, completamente pacífica e superflua.

<sup>143</sup> IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004. p. 10.

de sustentar que um determinado tipo de ordem confere aos indivíduos mais ou menos liberdade<sup>144</sup>, mas tão somente que há modalidades diferentes de normas, de sorte que, como esclarece Irti, a liberdade não é um dado da realidade, mas é historicamente definida pelos elementos normativos fundantes do mercado<sup>145</sup>. A ordem jurídica, por conseguinte, estrutura o mercado segundo as necessidades dos agentes econômicos que o compõem e dos imperativos sistêmicos de manutenção do próprio mercado, apresentando-se como o resultado de escolhas políticas, e não como simples veículo das condições pré-estabelecidas por uma ordem natural<sup>146</sup>.

Todavia, não se pode também esquecer que o direito, por mais que ofereça as bases

---

<sup>144</sup> Como se verifica em autores liberais como Bruno Leoni, a discussão sobre a liberdade está muito mais relacionada à forma de elaboração da norma do que à existência de normas, concebida precisamente como pré-condição à existência de mercados: “Il est également paradoxal de voir que les économistes qui défendent le libre marché à l’heure actuelle semblent peu s’intéresser à la question de savoir si un libre marché pourrait vraiment perdurer au sein d’un système légal fondé sur la législation. Le fait est que les économistes sont rarement des juristes et vice versa. C’est probablement la raison pour laquelle les systèmes économiques et légaux font généralement l’objet d’analyses distinctes et sont rarement mis en relation les uns avec les autres. Cela explique pourquoi on appréhende moins bien qu’on ne le devrait la relation étroite qui existe entre l’économie de marché et un système légal reposant sur des juges et / ou des juristes et non sur la législation, même si la relation intime qui unit une économie planifiée et la législation est trop évidente pour rester elle aussi méconnue des étudiants et de la population en général. Si je ne m’abuse, je pense qu’il y a plus qu’une simple analogie entre l’économie de marché et un droit judiciaire ou un droit des juristes, tout comme il y a plus qu’une simple analogie entre une économie planifiée et la législation. Si l’on tient compte du fait que l’économie de marché fonctionnait mieux que ce soit à Rome ou dans les pays anglo-saxons avec respectivement un droit des juristes et un droit judiciaire, il semble raisonnable de penser qu’il ne s’agissait pas d’une simple coïncidence” (LEONI, Bruno. *La liberté et le droit*. Lonrai: Éditions Les Belles Lettres, 2006. pp. 52-53). Tradução livre: É igualmente paradoxal ver que os economistas que defendem o livre mercado atualmente parecem pouco interessados na questão de saber se um livre mercado poderia verdadeiramente perdurar no âmbito de um sistema legal fundado na legislação. O fato é que os economistas são raramente juristas e vice-versa. É esta provavelmente a razão pela qual os sistemas econômicos e legais têm objetos de análise distintos e são raramente relacionados uns aos outros. Isto explica por que compreendemos menos do que deveríamos a relação próxima que existe entre a economia de mercado e o sistema jurídico baseado nos juízes e/ou nos juristas e não na legislação, ainda que a relação íntima que une uma economia planificada e a legislação é bastante evidente para permanecer desconhecida pelos estudantes e pela população em geral. Se não abuso de mim mesmo, penso que há mais do que uma simples analogia entre a economia de mercado e um direito judiciário ou um direito dos juristas, embora exista uma analogia mais simples entre uma economia planificada e a legislação. Tomando-se em conta o fato de que a economia de mercado funciona melhor do que a verificável em Roma ou nos países anglo-saxões, com respectivamente um direito dos juristas e o direito do judiciário, parece razoável pensar que não se trata de uma simples coincidência.

<sup>145</sup> IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004. p. 11. O entendimento de Irti foi assim sintetizado em artigo publicado em língua portuguesa: “A tese – exposta, precisamente, nas três palavras: artificialidade, juridicidade, historicidade – expressa, de forma nítida e taxativa, a rejeição de qualquer naturalismo econômico, no qual o direito aparece como simples imagem ou reprodução de uma ordem que seja primeira e fora dele. O naturalismo, uma vez superada a fé ou ideologia do direito natural, ocupa o terreno da economia; e como o direito natural era entendido como absoluto e imutável, então a economia de mercado seria provida daqueles caracteres e aspiraria à mesma incondicionada validade. Ainda uma vez, a ‘natureza’ é contraposta à história dos homens e elevada a critério de condução e de juízo do direito positivo. O jusnaturalismo se representa não mais de forma teológica ou racional, mas na moderna dimensão da economia” (IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 46, n. 145, pp. 44-49, jan./mar. 2007. p. 44).

<sup>146</sup> Conforme esclarece Rudolf Wiethölter, a atribuição de caráter naturalístico ao direito tende a corresponder a fórmulas vazias voltadas à ofuscação das ideologias que atribuem um determinado sentido à “liberdade” perante o direito e o poder estatal. Ver: WIETHÖLTER, Rudolf. *Las formulas mágicas de la ciencia jurídica*. Madei: Editoriales de derecho reunidas, 1991. pp. 37-39.



estruturais para a construção de mercados, é também fortemente influenciado pelas forças econômicas. Em outras palavras, talvez se estivesse adotando postura demasiadamente inocente – e possivelmente aproximada das presunções e simplificações que são próprias da economia neoclássica e da naturalização da ordem jurídica criticada por Irti – caso se entendesse que o direito corresponderia a fenômeno absolutamente neutro, encarregado simplesmente de estabelecer as regras do jogo a serem observadas pelos agentes econômicos que, por sua vez, comprometer-se-iam a seguir tais regras<sup>147</sup>.

Daí a razão pela qual, por mais que se lhe deva tomar a partir de perspectiva crítica, não se pode perder de vista que o contrato se apresenta como as vestes jurídicas de uma operação econômica a ele subjacente. A operação econômica, nesse sentido, tanto busca no direito instrumento para sua concretização quanto serve de parâmetro para moldar a proteção jurídica pretendida para a transação em questão, pressuposto necessário para a sua integração aos mercados. É interessante notar, nesse ponto, que os contratos empresariais assumem, em razão da relevância da dinâmica concreta em que se inserem, importância pragmática semelhante à que se atribui ao contrato no sistema jurídico norte-americano, que incorpora tal lógica econômica. Nesse sentido, salienta Maria Rosaria Ferrarese que o direito contratual dos Estados Unidos assume uma concepção “empresarial” do direito, na medida em que posiciona o direito muito mais como *instrumento jurídico* para facilitar a consecução de demandas econômicas do que *comando jurídico* que condiciona a liberdade de contratar<sup>148</sup>. De acordo

---

<sup>147</sup> Conforme explica Nathan Oman, no contexto do direito inglês o estabelecimento do Direito dos Contratos como ramo do direito intimamente relacionado à estruturação de mercados é resultado de uma longa e progressiva construção histórica, estruturada de tal maneira a tornar óbvia a relação entre a preservação dos negócios fundados na confiança e a estabilidade dos mercados (igualmente baseados em vínculos fiduciários entre agentes econômicos). De acordo com o autor, pode-se cogitar de mercados que existem independentemente de um Direito dos Contratos bem estruturado (ou, em outras palavras, com a predominância de relações informais de confiança que, no contexto dos sistemas jurídicos romano-germânicos, eventualmente poderiam vir a ser consideradas relações contratuais). No entanto, assevera Nathan Oman que mercados que não contam com instituições sólidas no que se refere à garantia de observância do pactuado em contratos tendem a ser muito menores e mais frágeis, especialmente diante da circunstância de que os contratos são mecanismos capazes de conferir aos mercados a capacidade de promoção de dimensões valorativas associadas à confiança e à previsibilidade que são essenciais à sua estabilidade. Ver: OMAN, Nathan. *The dignity of commerce: markets and the moral foundations of Contract Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2016. pp. 1-17.

<sup>148</sup> “The general thesis of this chapter is that American law appears to be inspired by economic rather than political referents. This idea is not a new one, since it has been developed on several occasions and from various points of view in the American literature. Apparently shared by all these often extremely diverse formulations is a view of law as legal instrument rather than legal command. Indeed, the notion of the instrumentalism of the law is not extraneous to the European tradition of legal positivism: Kelsen, for instance, talks of the law as a ‘social technique’ which may pursue the most diverse of ends [...]. However, it is principally in America that the idea of the instrumentalism of the law has been given not only explicit treatment but also, and especially, an economic slant” (FERRARESE, Maria Rosaria. *An entrepreneurial conception of Law? The American model through Italian eyes*. In: NELKEN, David. *Comparing Legal Cultures*. Nova York: Routledge, 2016. p. 159). Tradução livre: A tese geral deste capítulo é a de que o direito norte-americano parece ser inspirado por referenciais econômicos em vez de políticos. Esta ideia não é nova, já que foi desenvolvida em várias ocasiões e de diversos pontos de vista na literatura americana. Aparentemente compartilhada por essas às vezes extremamente diversas formulações está

com a autora, tal concepção moderna do Direito Privado parte da premissa de que a centralização do direito estatal não se coaduna adequadamente com a “linguagem dos interesses” que passa a pautar o ordenamento jurídico a partir de uma racionalidade estratégica que é própria da contratação em mercados<sup>149</sup>.

É necessário, contudo, atentar para o risco de que o direito abra mão de sua normatividade para estar submetido exclusivamente a propósitos econômicos, para que, de forma despolitizada e desconectada com os valores que regem o ordenamento, sirva exclusivamente a propósitos tecnocráticos<sup>150</sup>. Daí a razão pela qual nem o direito isolado é suficiente para explicar o contrato, nem a operação econômica isolada oferece os elementos necessários para compreender os mercados, já que a contratação – e notadamente a contratação empresarial – é composta tanto pela dinâmica econômica quanto pela sua adesão ao quadro normativo vigente<sup>151</sup>.

Não é sem motivo que Enrico Gabrielli, ao comentar a relação entre contrato e operação econômica, define esta última como uma sequência unitária e complexa que compreende em si o regulamento aplicável; todos os comportamentos que se coligam para a consecução dos resultados pretendidos pelo agente; e a situação objetiva na qual o coletivo de regras e outros comportamentos associados se colocam, congregando-se tal conjunto de variáveis para definir a relevância substancial do ato de autonomia privada<sup>152</sup>. A operação econômica, por conseguinte, é o organismo vivo que tanto anima a dinâmica do contrato singular quanto o vincula à dinâmica dos mercados e, como se demonstrará mais detidamente no próximo Capítulo, socorre-se da autonomia privada para atribuir ao esquema negocial a maleabilidade necessária aos elementos formativos e operativos do contrato para atender às

---

uma visão do direito como instrumento jurídico em vez de comando jurídico. De fato, a noção de instrumentalismo do direito não é estranha à tradição europeia de positivismo jurídico: Kelsen, por exemplo, fala do direito como uma técnica social que pode perseguir as mais diversas finalidades. No entanto, é principalmente nos Estados Unidos que a ideia de instrumentalismo do direito recebeu não somente tratamento explícito, mas também, especialmente, uma inclinação econômica.

<sup>149</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. Europe and institutional change. Law: from science to “fit for purpose”? *Économie et institutions*. v. 23, pp. 1-12, 2015. pp. 4-6.

<sup>150</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. Europe and institutional change. Law: from science to “fit for purpose”? *Économie et institutions*. v. 23, pp. 1-12, 2015. pp. 5-8.

<sup>151</sup> Nesse sentido: [É] por vezes inoportavelmente custoso tentar-se fornecer soluções institucionais à complexidade (intra-obrigacional) e especificidade das relações contratuais, e que por isso não devem perder-se de vista as limitações inerentes a toda a hetero-disciplina, a tornarem claro que uma minúcia reguladora co-extensa com o conjunto dos contratos possíveis só poderia fazer-se a incalculáveis custos sociais – sendo claramente a falta de solução razoável para esta tensão entre generalidade e abstracção, por um lado, e necessidade de casuismo, por outro, que tem conduzido a notórios falhanços normativos” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 110-111).

<sup>152</sup> GABRIELLI, Enrico. Contratto e operazione economica. In: SACCO, Rodolfo. *Digesto delle discipline privatistiche: Sezione Civile*. Turim: Wolters Kluwer Italia, 2011. pp. 243-244.

necessidades dos agentes econômicos<sup>153</sup>.

Considerar a operação econômica subjacente ao contrato – e, conseqüentemente, levar-se em consideração não somente a função jurídico-estrutural de conferir obrigatoriedade a manifestações de vontade, mas também a recepção e repercussão econômica nos mercados em que se inserem os contratos empresariais – produz relevante readequação do instrumental analítico que acompanha os negócios jurídicos contratuais. Em outras palavras, como se demonstrará ao longo do presente trabalho, a adequada apreensão do escopo do vínculo jurídico pretendido pelos agentes econômicos passa necessariamente pela verificação da *causa* ou função econômica do contrato. É a função econômica, portanto, que oferece os índices necessários à identificação dos interesses que as partes buscam proteger com o vínculo contratual, de tal forma que o direito estatal, muitas vezes insuficiente por si só para atingir tal finalidade, desempenha – como salienta Fernando Araújo – uma *função expressiva* ao oferecer o quadro normativo composto por valores e padrões de conduta voltados a acomodar a dinâmica dos mercados entre os preceitos gerais do ordenamento<sup>154</sup>.

Isso porque, por evidente, não se pode ignorar que, com o desenvolvimento dos

---

<sup>153</sup> Sicchè l'angolo visuale dal quale l'ordinamento osserva l'assetto di interessi deve essere quello contestualmente fornito sia dall'atto, sia dall'attività. L'operazione economica, proprio per la duttilità che le è propria, postula una maggiore elasticità nella definizione degli elementi di cui si compone, perchè alcuni di essi non necessitano, ad esempio, di essere fin dall'inizio pienamente determinati nei punti essenziali. L'operazione economica — quale schema ampio — opera spesso, logicamente e cronologicamente, secondo ritmi e scansioni segnate dal continuo e costante susseguirsi degli elementi formativi dello schema e quindi l'assetto di interessi divisato — una volta che sia stato sufficientemente programmato e configurato nelle sue linee essenziali in una struttura fondamentale — trova completa definizione nello stesso svolgersi della sua vicenda. Sul piano del fatto, dell'affare, considerato e valutato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali occorre pertanto volgere l'indagine, la quale richiede e postula l'esigenza di un esame complessivo dell'assetto di interessi, al fine di coglierne, nel suo esatto significato, la disciplina che lo governa” (GABRIELLI, Enrico. Contratto e operazione economica. In: SACCO, Rodolfo. *Digesto delle discipline privatistiche*: Sezione Civile. Turim: Wolters Kluwer Italia, 2011. p. 244). Tradução livre: Portanto, o ângulo visual a partir do qual o ordenamento observa a estrutura de interesses deve ser contextualmente fornecido seja pelo ato, seja pela atividade. A operação econômica, justamente pela ductilidade que lhe é própria, postula uma maior elasticidade na definição dos elementos de que se compõe, pois alguns desses não precisam, por exemplo, ser totalmente determinados nos pontos essenciais desde o início. A operação econômica – como esquema amplo – opera muitas vezes, lógica e cronologicamente, segundo ritmos e escanções marcadas pela contínuo e constante sucessão dos elementos formativos do esquema, e, portanto, da estrutura dividida de interesses – uma vez que tenha sido suficientemente programado e configurado nas suas linhas essenciais em uma estrutura fundamental – encontra completa definição no próprio desenrolar da sua histórica. No plano do fato, do negócio, considerado e valorado em todos os seus componentes tipológicos, morfológicos e funcionais, é portanto necessário orientar a investigação, o que exige e postula a necessidade de um exame global da estrutura de interesses, com a finalidade de apreender, no seu exato significado, a disciplina que o governa.

<sup>154</sup> “Pesem embora os ímpetus do activismo doutrinaria, a Lei não está cingida a liderar as condutas, seja de forma suave com a colocação de incentivos no caminho dos agentes económicos, seja da forma mais imperativa do comando, da ordenação de preferências e de condutas: é que a ordem jurídica pode remeter-se a um papel mais passivo, mas não menos operante, de facilitar a coordenação espontânea e de conciliar a adesão maioritária de condutas através de uma simples função expressiva, limitando-se a revelar, de forma aglutinada, estruturada e inteligível, os valores e padrões de conduta prevaletentes no meio social – ajudando em suma à consagração dos usos” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 124).

mercados, os próprios agentes econômicos exercem influência determinante sobre a conformação jurídica dos ambientes em que atuam<sup>155</sup>, inclusive por intermédio da articulação de processos políticos necessários à alteração do quadro normativo. Não é sem motivo que Georges Ripert, em sua obra clássica *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, assinala que “O capitalismo jacta-se de dizer que nada pede, que simplesmente lhe basta a liberdade [...] O direito comum não lhe bastava. Criou seu próprio direito. É uma criação contínua e nunca acabada. Trata-se de encontrar as regras jurídicas próprias a assegurar o melhor funcionamento da empresa capitalista”<sup>156</sup>.

Não seria tão interessante, nesse sentido, relegar os mercados à lógica do imponderável preconizada, por exemplo, pelos teóricos associados à chamada Escola Austríaca – seja o próprio Hayek, mencionado acima, que parte da premissa de que há determinados atributos da ordem dos mercados que são naturalmente caóticos, seja Ludwig von Mises, que descarta a ideia de mercados livres em virtude da impossibilidade de se instituir qualquer controle efetivo<sup>157</sup> –, já que podem os agentes de mercado estruturar os institutos jurídicos que mais adequadamente acomodem seus interesses e, assim, mais eficazmente promovam trocas econômicas.

É importante salientar, todavia, que a mencionada noção segundo a qual os agentes econômicos podem construir o seu próprio direito e assim estruturar mercados à luz de seus interesses em larga medida é associada não à construção de instituições que somente se mantêm se apoiadas em um firme aparato estatal, mas sim a concepções abstratas de liberdade de contratar que dificilmente se amoldam às condições concretas para contratação na atualidade<sup>158</sup>. De toda sorte, por mais que as ideias econômicas liberais tenham recebido alguma atenção especialmente desde a década de 1980, notadamente em virtude da ascensão de governos como

---

<sup>155</sup> Interessante, nesse sentido, é a leitura de Weber realizada por Trubek no sentido de que o arcabouço criado pelo direito não serve para limitar a ação do Estado em prol dos agentes econômicos, mas para reforçar a sua atuação justamente em nome dos interesses dos agentes dominantes: “O legalismo dá legitimidade à dominação dos capitalistas sobre os trabalhadores. As relações entre direito, estado e mercado são complexas. O legalismo, embora pareça restringir as ações do estado, na verdade as reforça, e embora este sistema garanta imparcialidade formal, também dá legitimidade à dominação de classe. O legalismo reforça o estado ao restringir, aparentemente, suas ações: ao submetê-lo a um sistema de regras, aumenta sua legitimidade e, portanto, sua autoridade ou seu poder efetivo. E à medida que o estado liberal se fortalece, reduz a intensidade de outras forças sobre o desenvolvimento do mercado. Esta situação reforça a posição daqueles que controlam as propriedades, pois a organização de um mercado aumenta o poder efetivo dos indivíduos e organizações que controlam os recursos econômicos” (TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. *Revista DireitoGV*. v. 3, n. 1, pp. 151-186, jan./jun. 2007. p. 175).

<sup>156</sup> RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 23.

<sup>157</sup> Ver: VON MISES, Ludwig. *Kritik des Interventionismus: Verstaatlichung des Kredits?* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.

<sup>158</sup> Ver, nesse sentido: ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979. pp. 729-742.

o de Margaret Thatcher no Reino Unido e o de Ronald Reagan nos Estados Unidos, vincular a teoria dos contratos contemporânea ao *laissez-contracter*<sup>159</sup> que seria ínsito à ideia de *laissez-faire* significaria ignorar a realidade atual na qual a autonomia privada, por mais que possa ser exercida em larguíssima medida especialmente no campo do Direito Empresarial, é constantemente constrangida por uma miríade de limitações que servem, em última análise, à própria manutenção dos mercados<sup>160</sup>.

As ideias econômicas liberais contemporâneas, nesse sentido, especialmente após a queda da cortina de ferro<sup>161</sup>, trazem consigo a ideia de que mercados livres seriam capazes de

---

<sup>159</sup> “Le principe d’autonomie de la volonté s’impose alors par son utilité sociale. La loi économique de l’offre et de la demande répondra nécessairement à l’intérêt général. Pour favoriser les échanges nécessaires au développement économique il faut écarter toutes les entraves à la liberté contractuelle. C’est le principe du ‘laissez faire, laissez passer’, que complète implicitement le laisser contracter” (GHESTIN, Jacques. *L’utile et le juste dans les contrats. Archives de Philosophie du Droit*. v. 26, 1981. p. 36). Tradução livre: O princípio da autonomia da vontade se impõe por sua utilidade social. A lei econômica de oferta e demanda responderá necessariamente ao interesse geral. Para favorecer as trocas necessárias ao desenvolvimento econômico, deve-se suprimir todos os entraves à liberdade contratual. Trata-se do princípio do *laissez faire, laissez passer*, que completa implicitamente o *laissez contracter*.

<sup>160</sup> “During the past decade the political and economic climate has changed dramatically in England, and the virtues of free market principles are once again being proclaimed. In many different ways the policies of the government and of Parliament are gone into reverse gear since the election of Mrs Thatcher’s first administration in 1979. If, as has been suggested above, the declining role of free choice in the period between 1870 and 1980 was one of the causes of the decline in importance of freedom of contract, then it must be recognized that for the past ten years strenuous attempts have been made to reinvigorate the area of free choice. At the same time there has been a considerable resurgence of belief in the economic virtues of the free market system, and there has also been a growing interest (especially in America) in the relationship between legal and economic principles [...]” (ATIYAH, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1989. p. 30). Tradução livre: Durante a última década, o clima político e econômico mudou dramaticamente na Inglaterra, e as virtudes dos princípios do livre mercado estão mais uma vez sendo proclamados. De variadas maneiras, as políticas do governo e do parlamento andam em marcha-ré desde a eleição da primeira administração da Sra. Thatcher em 1979. Se, como sugerido acima, o declínio do papel da livre escolha entre 1870 e 1980 foi uma das causas do declínio da importância da liberdade de contratar, então se deve reconhecer que, nos últimos dez anos, foram implementadas marcantes tentativas de revigorar a área da livre escolha. Ao mesmo tempo, houve um considerável ressurgimento da crença nas virtudes econômicas do sistema de livre mercado, e também houve um interesse crescente (especialmente nos Estados Unidos) na relação entre princípios jurídicos e econômicos.

<sup>161</sup> É o que assevera Francis Fukuyama em seu famoso trabalho a respeito do “fim da história” na queda da cortina de ferro: “The most remarkable development of the last quarter of the twentieth century has been the revelation of enormous weaknesses at the core of the world’s seemingly strong dictatorships, whether they be of the military authoritarian Right, or the communist-totalitarian Left. From Latin America to Eastern Europe, from the Soviet Union to the Middle East and Asia, strong governments have been failing over the last two decades. And while they have not given way in all cases to stable liberal democracies, liberal democracy remains the only coherent political aspiration that spans different regions and cultures around the globe. In addition, liberal principles in economics – the “free market” – have spread, and have succeeded in producing unprecedented levels of material prosperity, both in industrially developed countries and in countries that had been, at the close of World War II, part of the impoverished Third World. A liberal revolution in economic thinking has sometimes preceded, sometimes followed, the move toward political freedom around the globe” (FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. Nova York: The Free Press, 1992. pp. xiii-xiv). Tradução livre: O mais marcante desenvolvimento do último quartel do século XX foi a revelação de enormes fraquezas no cerne das ditaduras aparentemente fortes do mundo, sejam elas de direita autoritária militarista ou de um totalitarismo comunista de esquerda. Da América Latina à Europa Oriental, da União Soviética ao Oriente Médio e à Ásia, governos fortes têm fracassado nas últimas duas décadas. E, ao passo que não abriram caminho em todos os casos para democracias liberais estáveis, a democracia liberal permanece como a única aspiração política coerente que se espalha por diferentes regiões e culturas ao redor do globo. Adicionalmente, princípios liberais na economia – o “livre mercado” – se espalharam, e foram bem-sucedidos em produzir níveis sem precedentes de prosperidade material,

criar condições a partir das quais todos poderiam prosperar. No entanto, por mais que tais perspectivas se apresentem como neutras e livres de cargas políticas, o esforço de tradução de doutrinas econômicas em políticas públicas (ainda que sejam elas baseadas em desregulação e na valorização da ideia de *laissez-faire*) envolve profunda demanda por direito, isto é, por uma “teoria jurídica implícita” que ofereça mecanismos capazes de atender aos propósitos almejados pelos agentes de mercado<sup>162</sup>.

Assim, tal promessa viria não mediante a adoção global de determinado alinhamento ideológico ou de certa doutrina econômica<sup>163</sup>, mas sim da existência de instituições jurídicas por meio das quais seria possível assegurar, com estabilidade e previsibilidade, o desenvolvimento das instituições econômicas, nomeadamente os contratos, a propriedade, as garantias, a forma empresarial, o direito falimentar, dentre outros. Significa dizer que mercados não são propriamente simples conjuntos de ativos econômicos, mas conjuntos de ativos econômicos *codificados*, isto é, juridicamente qualificados. Isso porque, conforme assinala Katharina Pistor<sup>164</sup>, a partir do momento em que determinado ativo econômico é codificado, ele finalmente é capaz de gerar riquezas. Em outras palavras, a codificação do capital é parte integrante do próprio capitalismo, muito embora pouco se fale a respeito de como determinadas instituições econômicas são eleitas para que se transformem em instituições jurídicas.

O direito, assim, em contraponto à “mão invisível” do mercado, seria bastante visível, e teria inclusive o condão de transportar a lente de análise da luta de classes ao questionamento sobre quem tem o poder de escolher aquilo que será relevante ao direito, a torná-lo suficientemente flexível para acolher novas formas de regulação da atividade econômica e de eleição de novos ativos relevantes à normatização. Daí dizer Vincent Ostrom que não faria sentido propor soluções de mercado baseadas na ideia de *laissez-faire*, na medida em que não seria possível sequer se cogitar de mercados sem uma estrutura de instituições

---

tanto nos países industrialmente desenvolvidos como nos países que, nos estertores da Segunda Guerra Mundial, parte do Terceiro Mundo empobrecido. Uma revolução liberal no pensamento econômico por vezes precedeu, por vezes sucedeu, o movimento no sentido da liberdade política ao redor do globo.

<sup>162</sup> KENNEDY, David. The “Rule of Law”, political choices, and development common sense. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. *The new Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 102.

<sup>163</sup> Parece plausível, nesse sentido, a tese de Quinn Slobodian no sentido de que o chamado neoliberalismo – aqui entendido como o movimento de redescoberta e propagação dos ideais pressupostos da economia neoclássica e das ideias de livres mercados a ela associadas – não tem por intuito propriamente desmontar os aparatos regulatórios de ordenamentos jurídicos nacionais, mas sim construir um arcabouço jurídico que assegure a difusão e proteção do capitalismo – e, frise-se, um capitalismo baseado nas ideias de soberania do consumidor e de eficiência alocativa – a nível global (SLOBODIAN, Quinn. *Globalists: The end of empire and the birth of neoliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2018).

<sup>164</sup> PISTOR, Katharina. *The code of capital: How the Law creates wealth and inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2019. pp. 1-22.

públicas voltadas a ampará-lo, de sorte que “faz-se necessário um sistema político sofisticado para manter uma economia de mercado efetiva e competitiva”<sup>165</sup>.

Isso porque o direito – e notadamente os contratos empresariais atípicos, gestados na prática dos agentes de mercado e constantemente conformados a partir das sinalizações do direito estatal quando este se depara com os aludidos negócios – se desenvolve a partir da confluência dos diversos constrangimentos que incidem sobre o comportamento dos agentes econômicos, de forma que não será apenas a sofisticação das formas jurídicas que determinará o sucesso de um dado modelo contratual, mas sim a sua aderência às práticas correntes, à cultura do mercado em que se insere, e às expectativas tanto dos agentes quanto dos operadores do direito estatal.

Não é sem motivo que, conforme assinala Katharina Pistor<sup>166</sup>, o direito se constrói a partir da “codificação” de relações econômicas, ou, ainda, a partir da transição de disputas reais por determinados bens para disputas pela legitimação de direitos oponíveis a terceiros e operacionalizáveis em mercados. Daí a origem da ascensão da própria forma empresarial, que corresponde justamente à necessidade de proteção dos negócios e investimentos por estruturas que mais eficientemente congreguem os esforços das múltiplas partes envolvidas. Tal fenômeno também se pode verificar com a “codificação” de modelos contratuais correntemente empregados pelos agentes econômicos que, uma vez legitimados pelo direito, passam a compor o leque de instrumentos jurídicos que constituem a arquitetura jurídica dos mercados. A codificação das relações do capital, por conseguinte, serve para manter os fluxos de mercado e garantir que os agentes econômicos tenham a segurança de que seus interesses sejam protegidos diante de incentivos oportunistas de terceiros.

Demonstra-se, dessa maneira, a relevância da autonomia privada na construção do Direito Privado, mas não como consequência de liberdades inatas ou absolutas atribuíveis aos agentes econômicos, e sim como o resultado de um conjunto de instituições que permitem a sustentação da própria autonomia privada nesse ambiente institucional<sup>167</sup>. Assim, verifica-se

---

<sup>165</sup> OSTROM, Vincent. Some Problems in Doing Political Theory: A Response to Golembiewski's “Critique of ‘Democratic Administration’ and Its Supporting Ideation”. *The American Political Science Review*. v. 71, n. 4, pp. 1508-1525, dez. 1977. p. 1516.

<sup>166</sup> PISTOR, Katharina. *The code of capital: how the law creates wealth and inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2019. pp. 1-22.

<sup>167</sup> Cabe recordar, aqui, da distinção proposta por Lance Davis e Douglas North entre *ambiente institucional* e o de *arranjo institucional*. Segundo os autores, ambiente institucional é um conjunto de normas políticas, sociais e jurídicas que orientam a atividade política e econômica, de tal maneira que constituiriam o pano de fundo em que se desenvolvem operações econômicas; ao passo que arranjos institucionais (ou, em síntese, instituições) seriam os fatores que determinam as formas pelas quais unidades ou agentes econômicos podem cooperar ou competir entre si, podendo ser tanto formais quanto informais e envolver organizações mais ou menos complexas (DAVIS,

que, por mais que a Nova Economia Institucional ofereça elementos relevantes para a análise contextual ora proposta, trata-se de conceitos que não necessariamente, por si sós, lançam luz sobre o fenômeno da contratação e, em última análise, sobre as instituições a partir das quais se pode produzir modelos contratuais efetivamente funcionais. Daí proporem Deakin, Lane e Wilkinson o conceito de *ambiente contratual*, composto, de um lado, pelo complexo de *know-how*, tecnologia, trabalho e produtos com os quais conta cada agente econômico, e, de outro, pelo arcabouço normativo mais amplo composto por leis, costumes e compreensões que possibilitam as relações interempresariais<sup>168</sup>, de modo a sintetizar as relações de confiança que permitem a estruturação de mercados<sup>169</sup>.

Ao passo que a confiança tem o condão de reduzir incertezas e riscos em um ambiente de mercado caracterizado pelo oportunismo, o Direito Contratual desempenha dupla função que demonstra sua capacidade de unir a espontaneidade que é própria dos negócios privados com as garantias contidas no direito estatal: de um lado, o Direito dos Contratos cria um espaço no âmbito do qual os agentes econômicos podem planejar suas transações e construir

---

Lance; NORTH, Douglass. Institutional Change and American Economic Growth: A First Step Towards a Theory of Institutional Innovation. *The Journal of Economic History*. v. 30, n. 1, pp. 131–149, 1970. p. 133).

<sup>168</sup> DEAKIN, Simon; LANE, Christel; WILKINSON, Frank. ‘Trust’ or Law? Towards an integrated theory of contractual relations between firms. *Journal of Law and Society*. v. 21, n. 3, pp. 329-349, set. 1994. p. 330.

<sup>169</sup> É interessante, nesse ponto, a aproximação feita por Teubner entre diversas definições de contrato que, em última análise, servem para a reconstrução de um conceito unitário sintetizado na ideia de “bom governo” das relações econômicas: “First, the contract is reconstructed as a ‘productive’ project in one of the many social worlds, either in distribution, production, services, engineering, science, medicine, journalism, sports, tourism, education, or in art. Second, in the economic world, the same contract is reconstructed as an entrepreneurial project, as a profit-seeking monetary transaction under more or less competitive market conditions. And third, in the world of law, the contract is reconstructed as a legal project as a time-binding promise and a rule-producing obligation. It should be noted that this splitting of the one contract into three diverse projects is not just the result of applying simultaneously competing contract theories from different academic disciplines. Nor are these projects just three different aspects of one and the same contractual relation viewed from different analytical perspectives. Rather these are empirical observations about three existing independent projects, each participating in a different social dynamic that is operatively closed to others. Each project is part of an autonomous path-dependent evolutionary trajectory which propels them in quite different directions. And the unity of contract today is no longer Concordia of People, King and Law in the *buon governo* but the precarious and provisional relation of compatibility between those fragmented discursive projects” (TEUBNER, Gunther. Contracting worlds: the many autonomies of private law. *Social & Legal Studies*. v. 9, n. 3, pp. 399-417, 2000. p. 404). Tradução livre: Primeiro, o contrato é reconstruído como um projeto produtivo num dos muitos mundos sociais, seja na distribuição, produção, serviços, engenharia, ciência, medicina, jornalismo, esportes, turismo, educação, ou na arte. Em segundo lugar, no mundo econômico, o mesmo contrato é reconstruído como um projeto empresarial, como uma transação monetária com fins lucrativos sob condições de mercado mais ou menos competitivas. Em terceiro lugar, no mundo do direito, o contrato é reconstruído como um projeto jurídico, uma promessa vinculativa no tempo e uma obrigação produtora de regras. Deve-se notar que esta divisão do contrato em três diferentes projetos não é apenas o resultado da aplicação simultânea de teorias contratuais concorrentes de diferentes disciplinas acadêmicas. Estes projetos também não são apenas três aspectos distintos de uma mesma relação contratual vista por múltiplas perspectivas analíticas. Pelo contrário, estas são observações empíricas sobre três projetos independentes, cada qual participando de uma dinâmica social diferente que está operativamente fechada a outros. Cada projeto é parte de uma trajetória evolutiva autônoma, que os impulsiona em direções distintas. E a unidade do contrato não é mais a Concórdia do Povo, do Rei e do Direito no bom governo, mas a relação precária e provisória de compatibilidade entre esses projetos discursivos fragmentados.



negócios de acordo com seus desejos e interesses, e, de outro, oferece um conjunto de sanções e garantias a serem opostas em face do descumprimento dos acordos<sup>170</sup>.

Observa-se, por conseguinte, que a recepção das operações econômicas por uma ordem jurídica bem estruturada constitui a base operativa dos contratos empresariais, de sorte que a autonomia privada se apresenta como elemento central não somente enquanto poder instrumental à consecução da liberdade de contratar, mas à própria estruturação dos mercados<sup>171</sup>.

Isso porque, ao ressaltar-se a função econômica dos negócios empresariais como elemento determinante para a identificação de sua vinculação com os mercados, tais contratos revestem-se de especiais características operacionais, sempre pautadas pelo profissionalismo que se espera daqueles que assumem riscos como contrapartida ao exercício de atividades lucrativas. Por conseguinte, é imprescindível que a análise de contratos empresariais aprecie a sua função econômica (matéria a ser analisada mais adiante, no Capítulo III, ao tratar-se do conceito de causa do contrato), como elemento de vinculação dos contratos aos mercados e de legitimação, pelo direito estatal, de práticas e interesses dos agentes econômicos.

Ocorre que, descritas as peculiaridades do quadro normativo – a partir da análise das idiossincráticas características do *pacta sunt servanda* que se aplica à contratação empresarial – e dos vetores econômicos dos contratos empresariais – expressos a partir da ideia de operação econômica e, como se mostrará mais adiante, de *causa* do contrato como índice de

---

<sup>170</sup> Ver: ARRIGHETTI, Alessandro; Bachmann, REINHARD; DEAKIN, Simon. Contract law, social norms and inter-firm cooperation. *Cambridge Journal of Economics*. v. 21, pp. 171-195, 1997.

<sup>171</sup> Salienta Matthias Leistner, nesse sentido, que o recurso à economia como elemento componente dos contratos constituiria verdadeiro ponto de esperança para trazer ao direito índices de compreensão da realidade para que a regulação jurídica ofereça soluções consentâneas com os interesses dos agentes econômicos: “Zwei Hoffnungen richten sich im Zusammenhang mit diesen Fragestellungen auf die Ökonomie. Erstens erscheint es lohnend, die wirtschaftswissenschaftlichen Grundkonzeptionen des Marktgeschehens und insbesondere des Wettbewerbs in ihrer theoriengeschichtlichen Abfolge zumindest kursorisch zu betrachten, da sie einen jeweils andersartigen wirtschaftspolitischen Rahmen bilden, von dem das Recht, zumal in den hier betrachteten Systemteilen, nicht unbeeinflusst bleibt. Zweitens kann die (mikro-)ökonomische Perspektive der Neuen Institutionellen Ökonomie eine eigene Facette zur verfeinerten Analyse des hier betrachteten sozialen Realitätsausschnitts, zum Verständnis der Wirklichkeit in diesem Bereich, beitragen und insbesondere helfen, Situationen zu identifizieren und zu analysieren, in denen ein korrigierendes Eingreifen des Rechts gefordert ist. Diese ‘Forderungen der Ökonomie an das Recht’ sind dann zu isolieren, zu systematisieren und – soweit möglich – für die rechtliche Analyse fruchtbar zu machen” (LEISTNER, Matthias. *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. pp. 11-12). Tradução livre: Duas esperanças são direcionadas para a economia com relação a essas questões. Em primeiro lugar, parece valer a pena examinar, ao menos brevemente, os conceitos econômicos básicos da atividade de mercado e especialmente da concorrência na sua sequência teórico-histórica, uma vez que cada uma delas forma um quadro de política econômica diferente, a partir dos quais o direito não permanece inalterado. Em segundo lugar, a perspectiva (micro)econômica da nova economia institucional pode contribuir com sua própria faceta para análise refinada do aspecto da realidade social aqui discutido, para a compreensão da realidade e, particularmente, para identificar e analisar situações em que a intervenção corretiva é exigida por lei. Estas exigências da economia sobre o direito devem, então, ser isoladas, sistematizadas, e, na medida do possível, tornadas frutíferas para a análise jurídica.

normatividade –, resta comentar o papel da manifestação de vontade e da autonomia privada antes de abordar diretamente o fenômeno da tipicidade.

## **II.5. Autonomia privada e liberdade de contratar na Teoria Geral dos Contratos Empresariais**

A autonomia privada ocupa posição de centralidade nos sistemas jurídicos ocidentais e está intimamente relacionada à ideia de liberdade de contratar, apresentando-se como a capacidade dos particulares não somente de celebrar contratos, mas de fixar, de maneira vinculante, a disciplina aplicável aos negócios jurídicos contratuais<sup>172</sup>. Tanto é assim que não raro a autonomia privada, assim entendida como a possibilidade de formação das relações jurídicas segundo a vontade dos particulares, é definida como poder jurídico inclusive anterior ao ordenamento jurídico<sup>173</sup>, de tal maneira que seria decorrência lógica de um ordenamento jurídico que reconhece esferas jurídicas individuais dos particulares<sup>174</sup>.

De fato, ao falar-se em autonomia privada seria perfeitamente possível remeter às estruturas do Direito Romano e da Pandectística alemã, comumente apontados não somente como exemplos modelares de manifestação da autonomia privada (muito embora já no Direito Romano não se conhecesse autonomia privada ilimitada), mas também como bases para a formação da liberdade de contratar nos sistemas jurídicos contemporâneos<sup>175</sup>. A autonomia privada, contudo, deve necessariamente ser vista a partir do contexto histórico, social e

---

<sup>172</sup> VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 8, jul./set. 2016.

<sup>173</sup> Em que pese a tendência quase jusnaturalista da afirmação, o que se pretende apontar é, como sugere Betti, que as relações normatizadas pelo direito privado se localizam no meio social e, por conseguinte, muitas vezes passam ao largo da análise jurídica. Segundo o autor: “Os interesses que o direito privado disciplina existem na vida social, independentemente da tutela jurídica, e movem-se numa vicissitude perene, onde quer que seja reconhecido aos particulares um conjunto de bens que lhes pertençam, sob o impulso da iniciativa individual” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 88). Nesse sentido: “Se llama autonomía privada al principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada es una parte del principio general de la autodeterminación de las personas. Este principio es, según la Constitución, un principio previo al Ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse está reconocido por los derechos fundamentales” (FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 23). Tradução livre: Chama-se autonomia privada o princípio de autoconfiguração das relações jurídicas pelos particulares conforme a sua vontade. A autonomia privada é uma parte do princípio geral de autodeterminação das pessoas. Este princípio é, segundo a Constituição, um princípio anterior ao ordenamento jurídico e o valor com que deve realizar-se está reconhecido pelos direitos fundamentais.

<sup>174</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 93.

<sup>175</sup> Ver: BALDUS, Christian. Römische Privatautonomie. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 210, n. 1, pp. 2-31, fev. 2010; PRATA DE CARVALHO, Angelo. Nuda pactio obligationem non parit? Os contratos atípicos no Direito Romano e as dificuldades contemporâneas da herança romanística. In: COSTA-NETO, João; TARTUCE, Flávio; ZANITELLI, Leandro Martins. *Ensaio sobre direito civil, filosofia do direito privado e direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

econômico em que se desenvolve, de tal maneira que comparar a autonomia privada romana ou mesmo aquela idealizada no Estado Liberal consistiria em verdadeiro anacronismo que dificilmente serviria para explicar fenômenos como a liberdade de contratar na atualidade<sup>176</sup>.

Evidentemente que a vontade ainda representa elemento fundamental do negócio jurídico, porém a excessiva centralidade atribuída à autonomia da vontade dificilmente se sustenta no âmbito de uma teoria dos contratos que não conceba seus entendimentos dogmáticos como fins em si mesmos (por mais abstratos que sejam), mas sim que admita que a disciplina jurídica das relações contratuais ofereça soluções instrumentais à dinâmica econômico-social ao passo que são preservadas salvaguardas mínimas necessárias ao funcionamento do sistema<sup>177</sup>.

Resultado de um esforço de racionalização, pela jurisprudência dos conceitos, do voluntarismo estruturado pelos jusnaturalistas do século XVII<sup>178</sup>, a autonomia da vontade conforme concebida por esses autores de fato desempenhou função relevante para a superação do particularismo jurídico que marcava o contexto alemão da época, e, conseqüentemente, para a integração e expansão das finanças, do comércio e da indústria por intermédio da estruturação de conceitos dogmáticos abstratos com pretensões científicas e unitárias<sup>179</sup>. A grande dificuldade dessas concepções, por mais que estejam associadas ao próprio sucesso do capitalismo moderno, foi justamente seu alheamento das dinâmicas que são próprias ao desenvolvimento social e econômico em virtude de seu apego à centralidade da vontade em detrimento de outros indicadores institucionais.

A liberdade de contratar – decorrência direta da autonomia privada –, nesse sentido, não está associada simplesmente ao voluntarismo que marcou a dogmática civilista do século

---

<sup>176</sup> BALDUS, Christian. Römische Privatautonomie. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 210, n. 1, pp. 2-31, fev. 2010. p. 6.

<sup>177</sup> Segundo Enzo Roppo, “Tudo isto se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 24).

<sup>178</sup> De acordo com Wieacker: “Em correspondência com a tradição da teologia moral, Grócio toma a questão da força vinculativa da promessa como oportunidade para uma discussão geral da declaração de vontade e da perfeição negocial (II, 11 ss.) que, através da pandectística, continuou a ter influência até aos dias de hoje. [...] Com a fundamentação jusnaturalista da força vinculativa dos contratos, Grócio aborda um antigo e fundamental problema da teologia moral: a força vinculativa da promessa de cada uma das partes. Que ela não obrigue *naturaliter* (como ensinavam Franc. Connannus e outros) refuta ele, com base em Cícero (De off. 1), no princípio pretório *pacta sunt servanda* (D, 2, 14, 1 e ss., em especial 7, § 7) e, sobretudo, na confiança na promessa de Deus na Antiga e Nova Aliança, confiança com a qual o carácter verídico do homem, como imagem de Deus, se tem de conformar. Os fundamentos religiosos da crença no direito do antigo jusnaturalismo tornam-se particularmente visíveis neste ponto das concepções jurídicas de Grócio” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. pp. 330-332).

<sup>179</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. pp. 504-505.

XIX, mas também se insere diretamente no conjunto de normas que governam o exercício da livre iniciativa privada e a garantia de livre exercício da atividade empresarial, isto é, “a liberdade contratual supõe o reconhecimento, em escala maior ou menor, do mercado como regulador da actividade económica”<sup>180</sup>.

A liberdade de contratar assim considerada, ao identificar contrato e vontade sem qualquer consideração a respeito do ambiente e dos demais elementos institucionais que constringem o comportamento dos indivíduos, torna-se verdadeira caricatura de si própria<sup>181</sup>, tendo em vista que, por mais que a descrição dos sujeitos e a delimitação da manifestação de vontade sejam questões importantes, a contratação transcende a abstração na medida em que se insere em um contexto de transações levadas a cabo por todos os membros da comunidade, assim edificando mercados<sup>182</sup>. Daí salientar Ana Prata que a característica diferenciadora da autonomia privada “deixa de ser a liberdade do sujeito, passa a ser a função que desempenha, a sua aptidão a produzir dados efeitos”<sup>183</sup>. Em outras palavras, não se trata de mera afirmação do exercício da liberdade<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 110. Ainda segundo o autor: “A observação das relações entre o direito e a vida económica e social revela pressupor a liberdade contratual determinadas regras de organização económica e social ou, pelo menos, harmonizar-se melhor com elas. É o caso dos princípios da livre empresa ou da iniciativa privada, da economia de mercado e da propriedade privada das unidades de produção. Mais: podemos dizer que a regra da liberdade contratual é o instrumento jurídico necessário à actuação do princípio económico da livre empresa, ao sistema da economia de mercado e ao exercício da propriedade privada. Daí que o grau máximo de liberdade contratual corresponda ao liberalismo económico como forma de organização da produção e circulação dos bens e serviços e ao individualismo como filosofia social” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 109).

<sup>181</sup> Nesse sentido: “Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde se tornou translaticia por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação forma, frágil e incolor, inspirada no dogma da vontade, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como facto social: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a querer, na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objectivamente” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, pp. 111-112).

<sup>182</sup> É o que defende, Rodolfo Sacco, que também faz comentários específicos sobre a função dos mercados a partir de sua perspectiva: “L’échange contractuel est l’acte qui, en connexité avec un grand nombre d’échanges voulus par tous les membres de la communauté, édifie le marché, à savoir, la machine qui pousse au niveau maximum la production, rationalise la mesure du profit, élimine les producteurs non efficaces” (SACCO, Rodolfo. *Liberté contractuelle, volonté contractuelle. Revue internationale de droit compare*. v. 4, pp. 743-760, 2007. p. 746). Tradução livre: A troca contratual é o ato que, conectado com um grande número de transações pretendidas por todos os membros da comunidade, edifica o mercado, isto é, a máquina que coloca em nível máximo a produção, racionaliza os lucros, elimina os produtores ineficientes.

<sup>183</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 24.

<sup>184</sup> Nesse sentido: “Posta em causa a concepção da vida económica como resultado automático da actividade dos sujeitos privados, e a consequente ideia de que ao negócio bastava assegurar a liberdade para que um equilíbrio óptimo de interesses se realizasse, começa-se a pensar que o negócio há-de servir essa função, mas já não automaticamente, antes dirigida ou controladamente. Porque a liberdade não é suficiente para que as necessidades de todos sejam satisfeitas, passa-se a pensar o produto dessa liberdade, o negócio, como instrumento de realização dos interesses privados e não como afirmação da liberdade” (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 23).

Dessa maneira, compreender a liberdade de contratar na perspectiva metafísica tradicionalmente construída pela dogmática alemã do século XIX pode induzir a erro, na medida em que seu exercício tem caráter sociológico e empiricamente observável. Tais características ganham relevância especialmente a partir do momento em que se verifica que os modelos contratuais elaborados pelos agentes econômicos podem vir a ser reconhecidos, validados e conformados pelo direito estatal, assim retroalimentando a liberdade de contratar com sinalizações ao mercado quanto aos limites e possibilidades da contratação.

De acordo com Orlando Gomes, antes das inúmeras transformações econômicas, sociais e políticas vivenciadas pelas sociedades ocidentais ao longo do século XX, a vontade individual se apresentava como “a causa primeira do Direito, assim público como privado”<sup>185</sup>. O que o autor chama de voluntarismo clássico, nesse sentido, remetendo à teoria jurídica do século XIX que elegia como pedra angular do Direito Privado o *dogma da autonomia da vontade*, “atribuía à vontade o papel de fonte exclusiva da criação do Direito, a tal ponto que ignorava a existência anterior do direito objetivo”<sup>186</sup>. Acontece que privilegiar exclusivamente a autonomia da vontade e levar à última potência o individualismo que marcava o Direito Privado significaria verdadeiramente consagrar o arbítrio; “[d]aí a preocupação [...] de preservar a segurança da ordem jurídica, sacrificada, como seria, se prevalecesse a onipotência da vontade”<sup>187</sup>.

A conceituação da autonomia privada a partir da perspectiva voluntarista, nesse sentido, já encontra limitações nas transformações vivenciadas ao longo do século XX e que

---

<sup>185</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 9.

<sup>186</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 9. Tal percepção é útil para que se compreenda que a dificuldade de construção de normas jurídicas limitativas da autonomia privada – que, por exemplo, promovam determinados interesses coletivos e limitem a vontade individual – não decorre propriamente de razões científico-dogmáticas, mas sim de escolhas ideológicas inseridas na teoria contratual, como assinala Enzo Roppo: “Estes dados devem ser mantidos presentes na análise dos princípios ideológicos afirmados em sede de contrato pela ciência jurídica e pelos legisladores do séc. XIX: uma análise que se nos afigura de particular interesse e importância, seja porque aqueles princípios constituem, historicamente, uma das máximas e mais significativas expressões de todo o direito burguês, amadurecida de forma plena justamente no momento mais alto da hegemonia política, econômica e cultural da burguesia, seja porque [...] a sua herança, embora submetida a profundas revisões, chegou até nós e continua em vária medida a estar presente nos textos legais e nas doutrinas jurídicas de que hoje dispomos. Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia da liberdade de contratar” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 32).

<sup>187</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 10. Cabe salientar que as afirmações de Orlando Gomes são oferecidas no contexto da constatação de que a intervenção estatal sobre os contratos – seja por intermédio do dirigismo contratual e do “enxerto” de determinadas cláusulas não estipuladas pelas partes, seja pela contratação de massa e pela difusão de contratos de adesão ou cativos – passa a ser característica inafastável da contratação contemporânea, razão pela qual efetivamente se poderia falar no declínio da autonomia da vontade (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 19-25).

levaram importantes reformulações da dogmática contratual. Contudo, às críticas dos autores supramencionados ao “dogma da autonomia da vontade” pode-se acrescentar que a concepção segundo a qual a vontade está na essência do negócio jurídico é limitada e mesmo solipsista por definir de maneira monádica um fenômeno que somente pode ser compreendido a partir das redes de relações sociais e econômicas que integra. Em outras palavras, tanto autonomia privada como contrato somente podem ser compreendidos juridicamente a partir da ideia de mercado<sup>188</sup>.

É importante, nesse sentido, notar que a autonomia privada não tem por intuito, como sugere Walter Schmidt-Ripler<sup>189</sup>, simplesmente liberar os efeitos jurídicos contidos na norma positivada, considerando que os atos de vontade são propriamente fontes de normas jurídicas cogentes que se sustentam independentemente da existência de previsões normativas do direito estatal<sup>190</sup>. As concepções mais tradicionais a respeito da autonomia privada, assim, por mais que estejam associadas à ideia de liberdade negativa que é própria do Estado Liberal, ainda assim atribuíam grande protagonismo à regulação estatal não apenas para proporcionar a infraestrutura jurídica necessária à própria celebração de contratos, mas como elemento definidor do próprio escopo do contrato. Não interessa, nesse momento, discorrer a respeito do caráter originário ou derivado da autonomia privada – verdadeiro problema do ovo e da galinha que serve para poucas coisas senão para perpetuar conflitos ideológicos<sup>191</sup> –, mas sim verificar de que maneira essa prerrogativa se insere no contexto de construção de mercados e do ambiente institucional que delimita o espaço de liberdade dos agentes econômicos.

De acordo com Luigi Ferri, ainda que se defina a autonomia privada como um *poder jurídico*, não se trata simplesmente de um poder conferido ao particular para que este possa perseguir uma finalidade que entenda relevante, mas sim um poder que corresponde a uma função. Dessa maneira, seu exercício remete não a anseios subjetivos, mas a contornos objetivos

---

<sup>188</sup> Evidentemente que as preocupações aqui apresentadas dizem respeito fundamentalmente aos contratos empresariais, de tal maneira que não estão incluídos nesse raciocínio os chamados contratos existenciais, isto é, aqueles que “teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da República” (AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 12, n. 45, pp. 91-110, jan./mar. 2011. p. 101).

<sup>189</sup> SCHMIDT-KIMPLER, Walter. Grundlagen einer Erneuerung des Vertragsrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 147, n. 2, pp. 130-197, 1941.

<sup>190</sup> FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 17.

<sup>191</sup> Nesse sentido: “No que respeita à autonomia privada, coloca-se, em primeiro lugar, a questão de saber se tem carácter originário ou derivado. No fundo, trata-se de concluir se se trata de um poder inerente à qualidade de pessoa ou tão-só uma concessão do ordenamento jurídico. Alguns autores defendem que a autonomia privada corresponde a uma liberdade originária, que não depende da sua consagração pelo Estado e não pode ser por este suprimida; outros consideram que a penas a autonomia constituinte pode ser originária, baseando-se a autonomia privada num poder conferido por uma norma jurídica. A opção por uma das duas soluções reflete uma opção ideológica determinada, encontrando-se a questão estreitamente ligada ao sistema político e económico vigente em determinado momento num determinado local” (CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 13).

capazes de permitir que determinado seja identificado e qualificado também por sujeitos que, embora não sejam titulares dos poderes, inserem-se na comunidade de “interessados” por seus efeitos<sup>192</sup>.

O exemplo adotado por Luigi Ferri para ilustrar a ideia de poder-função é a autonomia privada para a elaboração de testamentos, que se destinam a uma comunidade diretamente interessada em seus efeitos. Entretanto, a percepção de que a autonomia privada consiste em poder-função que remete a uma unidade de análise objetiva está intimamente relacionada à necessidade de qualificação do contrato a partir de sua função econômica. Isso porque, ao passo que contratos somente podem ser adequadamente compreendidos sob o prisma dos mercados, é fundamental ultrapassar os limites da compreensão individualista de autonomia privada para que sejam também levados em conta seus efeitos institucionais.

Como afirma Giuseppe Chiovenda, “[l]e parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà ; ma in vista di certe loro finalità pel conseguimento delle quali entrano reciprocamente in rapporto”<sup>193</sup>, de tal maneira que, conforme esclarece Eros Grau, as partes recorrem à perspectiva de certeza e segurança que oferece o ordenamento jurídico ao regulamentar o espaço de autonomia privada dos agentes econômicos, assim possibilitando a fluência das relações de mercado<sup>194</sup>. Significa dizer que, ao definir-se a autonomia privada apenas como um mecanismo resultante das balizas institucionais fixadas pelo direito posto obtém-se conceito no mínimo incompleto, tendo em vista que ignora a relevância de instituições informais gestadas no âmbito dos mercados e que, em última análise, servem também para definir os contornos dos contratos e da própria autonomia privada.

Socorrer-se o Direito Privado de adágios genéricos para invocar a proteção da autonomia privada pode até ser conveniente para sustentar a existência de um campo negocial no qual a intervenção estatal deve ser reduzida ou até mínima<sup>195</sup>, porém a própria liberdade contratual não diz respeito à ausência de regulação, mas a uma técnica particular de normatização das relações econômicas que deve estar necessariamente interligada às estruturas

---

<sup>192</sup> FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. pp. 43-44.

<sup>193</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: \_\_\_\_\_. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Foro Italiano, 1930. v. I, p. 112. Tradução livre: As partes não estipulam contratos pelo prazer de trocar declarações de vontade, mas tendo em vista o atingimento de certas finalidades em virtude das quais se inseriram na relação.

<sup>194</sup> Nesse sentido: GRAU, Eros. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 96, pp. 423-433, 2001. p. 425.

<sup>195</sup> Mario Bessone, nesse sentido, ao tratar da noção de contrato de adesão e das adaptações necessárias no âmbito da dogmática para conceber relações contratuais envolvendo disparidades de poder entre as partes, assevera que a liberdade contratual, de fato, tem natureza ideológica que deve ser evidenciada e posta em discussão. Ver: BESSONE, Mario. Contratti di adesione e natura “ideologica” del principio di liberta' contrattuale. *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova*. v. 12, n. 2, pp. 415-428, 1973.

de mercado<sup>196</sup>. Não é sem motivo que, como se mencionou anteriormente, que abordagens economicistas que pretendam atribuir ao ímpeto maximizador de utilidade o bom funcionamento dos mercados não somente são simplificações grosseiras da realidade, como nem mesmo são capazes de explicar o funcionamento dos mercados sem socorrer-se de elementos institucionais minimamente consistentes<sup>197</sup>.

Em outras palavras, a vinculação da liberdade contratual à máxima segundo a qual “tudo o que não está proibido está juridicamente permitido” – que, de acordo com Carlos Cossio, seria o verdadeiro axioma ontológico do direito, que toma a liberdade humana como ponto de partida (e não como resultado) da regulação jurídica<sup>198</sup> – pode servir em certa medida para a ilustração da ideologia de determinado período histórico e mesmo para fixar algumas

---

<sup>196</sup> “Al punto tale che “la pienezza” di tale libertà, intesa come manifestazione integrale e totale del principio di autodeterminazione dei privati, risulta, in definitiva, un’ipotesi di scuola: più un modello teorico astratto ed idealizzato di regola di diritto, che un fenomeno di cui si abbia contezza e consapevolezza nella concreta esperienza giuridica offerta dal diritto vivente” (GABRIELLI, Enrico. *Autonomia privata: dal contratto alla crisi d’impresa*. Pádua: CEDAM, 2020. pp. 45-46). Tradução livre: Ao ponto que a plenitude de tal liberdade, compreendida como manifestação integral e total do princípio da autodeterminação dos privados, resulta, definitivamente, uma hipótese modelar: mais um modelo teórico abstrato e idealizado de regra jurídica, do que um fenômeno de que se tem ciência e consciência na concreta experiência jurídica oferecida pelo direito vivo.

<sup>197</sup> É em virtude desses extremos que, para Foucault, pensar em um ideal de racionalidade jurídica e ao mesmo tempo econômica levaria a um verdadeiro paradoxo: “A ideia de uma ciência econômico-jurídica é rigorosamente impossível e, aliás, efetivamente, nunca foi constituída. Ao soberano jurídico, ao soberano detentor de direitos e fundador do direito positivo a partir do direito natural dos indivíduos, o *homo oeconomicus* é alguém que pode dizer: tu não deves, não porque eu tenha direitos e tu não tens o direito de tocar neles; e isto é o que diz o homem de direito, o que diz o *homo juridicus* ao soberano: tenho direitos, confiei alguns a ti, tu não deves tocar nos outros, ou: confiei-te meus direitos para este ou aquele fim. O *homo oeconomicus* não diz isso. Ele diz também ao soberano, é verdade: tu não deves; mas diz ao soberano: tu não deves, por quê? Tu não deves porque não podes. E tu não podes no sentido de que ‘tu és impotente’. E por que tu és impotente, por que tu não podes? Tu não podes porque tu não sabes e tu não sabes porque tu não podes saber” (FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 384-385).

<sup>198</sup> “Porque la Teoría Ecológica, en página perfectamente conocida por Kelsen, apoya este principio o axioma verdaderamente ontológico del Derecho, directamente en la libertad del ser humano, describiéndolo como un juicio sintético a-priori en el sentido de la Estética transcendental de Kant. A-priori, porque es eidético para la libertad constitutiva de la experiencia jurídica al basarse en su intuición esencial, resultando de ello que la libertad lo impone, queramos o no queramos, como la única manera posible de referirnos jurídicamente en la experiencia a la libertad misma. Y sintético, porque además de la correlación lógicamente convertible entre los términos recíprocos ‘prohibido’ y ‘permitido’, el axioma enuncia la libertad como prius. Por eso no es lo mismo decir ‘todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido’, que decir ‘todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido’; en lo primero, la libertad constitutiva del ser humano es el punto de partida; lo segundo es radical y necesariamente falso, con una falsedad de tal naturaleza que hace imposible tomar contacto con la experiencia jurídica” (COSSIO, Carlos. *Teoría ecológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)*. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. v. 56, pp. 835-861, 1949. p. 837). Tradução livre: Porque a Teoria Ecológica, em página perfeitamente conhecida por Kelsen, apoia este princípio ou axioma verdadeiramente ontológico do Direito, diretamente na liberdade do ser humano, descrevendo-o como um juízo sintético a priori no sentido da estética transcendental de Kant. A priori, pois é eidético para a liberdade constitutiva da experiência jurídica com base em sua intuição essencial, resultando disso que a liberdade o impõe, queiramos ou não, como a única maneira possível de nos referirmos juridicamente à liberdade. E sintético, porque, além da correlação logicamente conversível entre os termos recíprocos “proibido” e “permitido”, o axioma enuncia a liberdade como prius. Por isso, não é o mesmo dizer “tudo o que não está proibido, está juridicamente permitido”, do que dizer “tudo o que não está permitido, está juridicamente proibido”; no primeiro, a liberdade constitutiva do ser humano é o ponto de partida; o segundo é radical e necessariamente falso, com uma falsidade de tal natureza que torna impossível ter contato com a experiência jurídica.



bases abstratas da teoria do ordenamento, mas a liberdade em questão não tem sentido natural<sup>199</sup>, e sim jurídico (e, portanto, pressupõe um arcabouço normativo subjacente). Assim, a compreensão da autonomia privada passa necessariamente por uma guinada no olhar sobre o próprio sentido jurídico de liberdade e de liberdade de contratar, que sempre se exercem a partir de um arcabouço institucional que estabelece os limites e condições para o seu exercício<sup>200</sup>.

Especialmente no campo dos contratos empresariais, marcados pelo profissionalismo, as manifestações de vontade das partes contratantes devem ser recepcionadas pelo ordenamento de maneira a proteger os interesses – e, fatalmente, a operação econômica – a elas subjacente, na medida em que se trata de sujeitos imiscuídos no contexto dos mercados que assumem riscos como justificativa precípua para sua atividade lucrativa. Basta ver que, como assinalava o Visconde de Cairu, “os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habeis, atilados, e perspicazes em seus negócios”<sup>201</sup>, de tal forma que a autonomia privada como poder jurídico vem acompanhada tanto de bônus – o lucro – como de ônus – a presunção de que se

---

<sup>199</sup> “[N]on neghiamo che il filosofo o il giusnaturalista possano concepire invece il negozio e, in particolare, il contratto, al di fuori di una società organizzata; possano cioè, com von Hippel, porsi il problema del fondamento della forza vincolante del contratto im Naturstande. Ma si tratta appunto di un problema filosofico o giusnaturalistico e non di un problema proprio della scienza giuridica. Per il giurista non esistono negozi im Naturstande, ma solo negozi la cui forza vincolante riposa su un potere conferito ai privati dall’ordinamento giuridico. I negozi giuridici, nell’ambito dell’autonomia privata, esprimono una volontà (normativa) sottoposta o subordinata alle norme espresse da fonti superiori e non quindi originaria o sovrana” (FERRI, Luigi. *L’Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 91). Tradução livre: Não negamos que o filósofo ou o jusnaturalista possam entender o negócio e, em particular, o contrato, fora de uma sociedade organizada; pode-se, como fez von Hippel, colocar o problema do fundamento da força vinculante do contrato no estado de natureza. Mas este é um problema filosófico ou jusnaturalista, e não um problema próprio da ciência jurídica. Para o jurista não existem negócios em estado de natureza, mas somente negócios cuja força vinculante se submete a um poder conferido aos privados pelo ordenamento jurídico. Os negócios jurídicos, no âmbito da autonomia privada, exprimem uma vontade (normativa) sobreposta ou subordinada à normas expressas por fontes superiores, e não originária ou soberana.

<sup>200</sup> “In assenza di norme giuridiche, si disse, tutto è lecito. Il comparire delle norme giuridiche determinerebbe una progressiva riduzione della sfera del lecito che scomparirebbe del tutto nell’ipotetico stato totalitario, nel quale tutto è obbligatorio. In una tale concezione, il diritto appare veramente in antitesi con la libertà, la negazione della libertà. Ma l’ipotesi di partenza, come del resto quella di arrivo, sono fuori della realtà storica ed in contrasto con la logica. Che significa che in assenza di un sistema normativo, tutto è lecito? Questa asserzione non è meno illogica dell’altra, secondo cui in assenza di norme tutto è illecito. La liceità, come la illiceità, è qualificazione di un comportamento e postula pertanto l’esistenza di norme qualificante. Senza norme non há senso parlare di liceità, come non avrebbe senso parlare di illiceità. Nel cosiddetto ‘stato di natura’ non esiste il lecito allo stesso modo che non esiste l’illecito. Si potrebbe dire che esiste una libertà naturale, contrapposta alla libertà giuridica; ma è un non senso parlare di liceità, che è appunto libertà giuridica” (FERRI, Luigi. *L’Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. pp. 199-200). Tradução livre: Na ausência de normas jurídicas, se diz, tudo é lícito. O aparecimento de normas jurídicas determinaria uma progressiva redução da esfera do lícito, que desapareceria completamente no Estado totalitário, no qual tudo é obrigatória. Nesta concepção, o direito aparece verdadeiramente como antítese da liberdade, a negação da liberdade. Mas as hipóteses de partida, tal como as de chegada, estão fora da realidade histórica e em conflito com a lógica. O que significa dizer que, na ausência de um sistema normativo, tudo é lícito? Esta afirmação não é menos ilógica que a outra, segundo a qual na ausência de normas tudo é ilícito. A licitude, como a ilicitude, é a qualificação de um comportamento e postula, portanto, a existência de normas qualificadoras. Sem normas não faz sentido falar em licitude, como não faz sentido falar em ilicitude. No chamado estado de natureza, não existe lícito assim como não existe ilícito. Poder-se-ia dizer que existe uma liberdade natural, contraposta à liberdade jurídica; mas não faz sentido falar em legalidade, que é precisamente liberdade jurídica.

<sup>201</sup> LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha, para uso da mocidade portuguesa, destinada ao commercio*. Lisboa: Imprensa Regia, 1811. p. 60.

trata de contratantes minimamente sofisticados e cientes dos negócios em que se inserem.

Não é sem motivo que, em verdadeira reação a determinadas tendências jurisprudenciais mais interventivas sobre o conteúdo dos contratos, o Código Civil brasileiro foi modificado pela Lei nº. 13.874/2019 – a chamada Lei de Liberdade Econômica – para receber o art. 421-A, segundo o qual “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais”, garantindo-se que: (i) as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (ii) a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (iii) a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Acontece que tal inovação legislativa traz consigo percepções irreais quanto à própria dinâmica dos mercados ao tentar positivizar formalmente um pressuposto para o funcionamento da contratação empresarial<sup>202</sup>. Evidentemente que não se deve ignorar o papel do profissionalismo para conferir maior firmeza e estabilidade aos acordos, inclusive para que os riscos que justificam a lucratividade dos negócios tenham real repercussão prática. Em outras palavras, não se ignora que a liberdade de contratar esteja no centro do sistema jurídico, porém é imprescindível compreender que o próprio exercício da liberdade de contratar em mercados somente é possível se compreendido dentro dos limites impostos pelo ordenamento<sup>203</sup>. Tais

---

<sup>202</sup> “A edição da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) trouxe consigo não somente um conjunto expressivo de inovações legislativas, mas um conjunto de princípios próprios com a pretensão de conferir novas interpretações a institutos jurídicos já existentes, notadamente mediante a introdução de conceitos e metodologias econômicas baseadas em premissas da chamada economia neoclássica. Com isso, a análise jurídica passou-se [sic] não somente a propor a agregação de metodologias econômicas, mas a supor que tais técnicas seriam o caminho por excelência para superar a subjetividade e a insegurança potencialmente oriundas do discurso e da hermenêutica jurídica. Ao passo que a mencionada lei evoca um conjunto de pressupostos teóricos comumente apontados como os mais adequados para resolver questões jurídicas em razão de adotarem métodos quantitativos que alcançam relativa certeza matemática ou estatística, o diploma normativo também atrai um modo de pensar que vai de encontro ao desenvolvido ao longo de várias gerações na teoria do direito, desafiando inclusive as premissas assentadas pelo giro linguístico e pelo pós-positivismo, notadamente quanto à textura aberta da linguagem” (PRATA DE CARVALHO, Angelo. *A catedral e suas sombras: o papel da ideologia na construção do argumento de autoridade a partir da economia no discurso jurídico*. In: FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo, *Lei de liberdade econômica: perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 26). Em sentido semelhante: TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 20, pp. 11-13, abr./jun. 2019.

<sup>203</sup> Nesse sentido, já a respeito da enumeração de contratos típicos pela lei: “La liberté contractuelle est au coeur de notre système juridique. Chaque individu est, en principe, libre de choisir le type de contrat qu’il juge comme étant le mieux adapté pour une situation donné, le plus apte à remplir l’objectif qu’il recherche. Mais la liberté contractuelle n’est pas absolue en ce domaine. Il existe des limites à cette liberté. Un premier cas de figure se rencontre lorsque le législateur propose voire impose aux parties un ou plusieurs types de contrat pour une situation déterminée. La loi organise en quelques sorte un choix du contrat pour les parties. Nous sommes en présence d’un choix que l’on peut qualifier d’organisé. Tout écart dans ce choix organisé par le législateurs est alors susceptible d’être remis en cause au nom de l’ordre public” (RUEL, Frédéric. *La choix du type de contrat*. Lille: ANRT, 1997. p. 156). Tradução livre: A liberdade contratual está no centro de nosso sistema jurídico. Cada indivíduo é, em princípio, livre para escolher o tipo de contrato que entende mais bem adaptado a uma dada situação, mas apto a

limites, como se mostrará no próximo Capítulo, perpassam os contratos como condição inafastável para a manutenção da arquitetura jurídica que fundamenta os mercados, de tal maneira a compor um conjunto de normas de observância imperativa denominadas de *ordem pública*.

De acordo com Jacques Ghestin, por mais que o contrato se apresente como o meio por excelência para possibilitar operações socialmente úteis – ou, ainda, operações econômicas socialmente relevantes –, a autonomia privada não concede aos agentes econômicos liberdade absoluta para contratar segundo as suas necessidades e interesses, já que o contrato é *instrumento a serviço do direito objetivo*<sup>204</sup>. Evidentemente que o centro gravitacional da formação e da interpretação dos contratos está no consentimento, porém tal consentimento somente pode ser compreendido no âmbito da moldura de possibilidades fornecida pelo ordenamento jurídico, isto é, dentro daquilo que permitem as normas de *ordem pública*<sup>205</sup>.

A contratação contemporânea, nesse sentido, conforme aduz Klaas Eller, dificilmente se identifica com a ideia de “encontro de vontades” que ainda constitui premissa importante da dogmática contratual, considerando que a justificação do contrato a partir da autonomia e da agência humana deve ser necessariamente contextualizada com as instituições sociais incidentes sobre o contrato – notadamente os mercados e as cadeias de produção<sup>206</sup>. Daí o motivo pelo qual a autonomia privada não constitui simplesmente o fundamento de obrigatoriedade dos contratos, mas o nexos orientador das relações de mercado que se constroem a partir de estruturas contratuais, de tal forma que verdadeiramente serve como uma das principais colunas de sustentação da arquitetura jurídica dos mercados.

Diante desse cenário, verifica-se que os contratos empresariais são também qualificados em razão de uma particular maneira de pensar a autonomia privada. Isso porque o profissionalismo e o intuito lucrativo da atividade empresarial não servem para produzir uma reação às inovações do século XX que faça a autonomia privada retroceder à sua concepção elaborada pela Pandectística.

Ao contrário, a inserção da contratação empresarial na dinâmica dos mercados exige também uma autonomia privada cujo exercício esteja tanto baseado nos constrangimentos

---

atingir o objetivo que se busca. Mas a liberdade contratual não é absoluta neste campo. Há limites a esta liberdade. Um primeiro exemplo de limite se apresenta quando o legislador se propõe a impor às partes um ou mais tipos de contratos para uma dada situação. A lei organiza de variadas maneiras a escolha do contrato pelas partes. Estamos na presença de uma escolha que se pode qualificar como organizada. Aquilo que é organizado pelos legisladores também é suscetível de questionamento em nome da ordem pública.

<sup>204</sup> GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. p. 133.

<sup>205</sup> GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. p. 133.

<sup>206</sup> Ver: ELLER, Klaas. Comparative genealogies of “Contract and Society”. *German Law Journal*. v. 21, pp. 1393-1410, 2020.

que incidem sobre as relações interempresariais quanto sensível aos limites do ordenamento, que não se prestam a confinar os agentes econômicos, pois servem para legitimar sua liberdade a partir da adesão às bases fundamentais do direito.

Com isso, pode-se situar os contratos empresariais em sua especial relação com o ordenamento e com os imperativos da vida econômica, em constante tensão entre um direito estatal que não pode pretender-se absolutamente abarcante – sob pena de solapar a dinâmica dos mercados – mas também deve estar minimamente estruturado para possibilitar a continuidade do tráfico mercantil. Dessa forma, é possível prosseguir com o estudo da normatividade que circunda os contratos empresariais a partir dos modelos previstos em lei para que, então, seja possível associá-la aos vetores da contratação empresarial, como é o caso dos usos e costumes que vêm legitimar as figuras negociais oriundas da prática mercantil, isto é, os contratos empresariais atípicos.

## CAPÍTULO III

### III. A LIBERDADE DE CELEBRAR CONTRATOS EMPRESARIAIS E O PROCESSO TIPOLÓGICO

#### III.1. Considerações preliminares: o tipo contratual para além do *nomen* e sua função na tradição jurídica romano-germânica

No Capítulo anterior, partindo-se da premissa de que a capacidade de os agentes econômicos celebrarem contratos que funcionem e que sejam capazes de estruturar mercados decorre da confluência de instituições de origens diversas, procurou-se demonstrar que a autonomia privada não constitui simplesmente o fundamento abstrato de normatividade dos contratos que vem ungir de juridicidade as relações econômicas, mas antes representa a arquitetura jurídica mínima para a construção de acordos vinculantes entre as partes. Daí a razão pela qual a autonomia privada se apresenta entre os diversos vetores de funcionamento dos contratos empresariais, que, em última análise, integram o conjunto de elementos distintivos que justificam a existência de uma Teoria Geral dos Contratos Empresariais, que leve em conta tanto a força obrigatória dos contratos quanto a função econômica a eles subjacente.

Assim, no presente trabalho, a noção de autonomia privada transcende a ideia tradicional de que se trataria do poder dos indivíduos de conferir efeitos jurídicos às suas opções econômicas dentro de um espaço de liberdade contratual<sup>207</sup>. Acontece que os constrangimentos que levam os agentes econômicos a agir de uma maneira ou de outra possuem naturezas diversas, de tal forma que a autonomia privada é conformada tanto pelo direito estatal e pelas balizas mínimas que estabelecem os limites para a estruturação de modelos de contratação não previstos pela lei; quanto pelas práticas do próprio mercado, que, reiteradas e compartilhadas por determinada comunidade de empresários, passam a constituir usos e costumes com força normativa.

Cabe salientar, nesse ponto, que, por mais que se parta da premissa de que a autonomia privada constitui uma das principais bases da arquitetura jurídica dos mercados, não se está a assumir o pressuposto – não raro associado ao jusracionalismo individualista – de que se trataria de direito imanente e independente de uma conjuntura econômica propícia à

---

<sup>207</sup> Nesse sentido, em crítica à noção tradicional de autonomia privada, ver: CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. pp. 10-13.

construção desse direito<sup>208</sup>. Da mesma maneira, não se está a falar na proteção a uma autonomia privada destinada a fomentar o chamado empreendedorismo evasivo, isto é, a constante tentativa de determinados agentes de evadirem-se do escopo de incidência da legislação obrigatória.

Como já se apontou no Capítulo anterior, a construção de regimes jurídicos de governança contratual capazes de estabelecer redes de cooperação baseadas em sanções e incentivos próprios é de grande importância para o desenvolvimento institucional de mercados, que se estruturam não somente sobre normas legais, mas também sobre outros mecanismos capazes de constranger o comportamento dos indivíduos no sentido dos objetivos almejados pelos integrantes do mercado, como é o caso dos vínculos de confiança e de proteção à reputação<sup>209</sup>. Nesses “ordenamentos privados”, o arcabouço institucional que orienta o comportamento dos agentes teoricamente os impele a agir honestamente e segundo as regras do jogo, de maneira a reduzir custos de transação e riscos de oportunismo, situação que exige o compartilhamento de algumas premissas implícitas, notadamente: (i) a possibilidade de se identificar atos desviantes do comportamento esperado dos agentes; (ii) a existência de punições aos aludidos desvios; e (iii) a possibilidade de controle do comportamento dos agentes pelo elemento reputacional<sup>210</sup>.

Ocorre que a construção desses ordenamentos privados não depende unicamente do brilhantismo ou do tino negocial dos agentes econômicos, que engendram negócios jurídicos completos e complexos, a estruturar lei absoluta entre as partes para endereçar qualquer problema que venha a aparecer ao longo da execução do programa contratual. Pelo contrário, mesmo que se considere que os agentes econômicos procedem a um cálculo de custos de oportunidade ao estruturar seus negócios – e já se procurou deixar claro que esta premissa neoclássica não é a adotada neste trabalho, já que o contrato “flutua” sobre um mar de normatividade de diversas origens além do direito positivo –, estes cálculos envolvem também a compreensão daquilo que *não* precisa ser negociado, já que a lei oferece estruturas

---

<sup>208</sup> Nesse sentido: “Uma discussão antiga curava de saber se essa liberdade era originária ou derivada: no primeiro caso, ela corresponderia a um dado imanente das pessoas, dotadas, por si mesmas, do poder de criar Direito; no segundo, ela ocorreria por concessão do Direito. Várias implicações históricas e metodológicas atuaram neste domínio; a natureza originária da autonomia privada liga-se a um individualismo mais marcado, traduz o domínio do “dogma de vontade” e implica a inclusão no Direito de fatores que o transcendem; a sua essência derivada obedece a vetores de realismo mas faculta um positivismo profundo, de feição, por vezes, normativista” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017. v. I, p. 951).

<sup>209</sup> Ver: BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *The journal of legal studies*. v. 21, n. 1, pp. 115-157, jan. 1992.

<sup>210</sup> KADENS, Emily. Cheating pays. *Columbia Law Review*. v. 119, pp. 527-590, 2019. pp. 537-539.

automaticamente incidentes aos contratos a partir do momento em que desempenham uma função econômica convergente com a de algum modelo contratual positivado.

Tal circunstância é, na verdade, mais uma evidência de que o contrato está imerso em um amplo conjunto de constrangimentos institucionais, já que consiste em marca característica da tradição jurídica europeia continental<sup>211</sup>. Conforme demonstra Mariana Pargendler, a disciplina de contratos típicos é elemento distintivo dos ordenamentos integrantes do sistema jurídico romano-germânico e produz consequências importantes sobre a configuração dos contratos celebrados nessas jurisdições<sup>212</sup>. Segundo a autora, a tipificação tende a reduzir custos de transação e a gerar externalidades de aprendizado associadas à utilização de mecanismos contratuais cuja funcionalidade é conhecida e cujos aspectos operacionais são familiares aos operadores do direito<sup>213</sup>.

Dessa maneira, para além de se gerar incentivos à elaboração de contratos mais curtos, poupando as partes de estipularem regimes jurídicos completos a cada vez que decidirem inaugurar uma nova relação contratual, os sistemas jurídicos de inspiração continental tenderiam a produzir contratos “mais conservadores” ou, no mínimo, “menos inovadores”<sup>214</sup>,

---

<sup>211</sup> Evidentemente que, com isso, não se ignora que tradições jurídicas se encontram também em constante mudança, de tal maneira que os contratos (e notadamente os contratos empresariais) serão continuamente influenciados por essas mudanças, paulatinamente incorporando tendências do direito estrangeiro ou mesmo adaptando-as ao ordenamento em que se inserem. Assim, falar em tradição jurídica não significa adotar posição estanque ou conservadora a respeito do modo de funcionamento do direito estatal, conforme explica Pierre Legrand: “É óbvio que a cultura jurídica, enquanto uma forma de governança, não pode ser reduzida a uma configuração estática, linear, totalizante, permanente e idealizada. Falar da ‘cultura jurídica’ certamente não privilegia automaticamente a coerência, não implica em reificação, não insinua um essencialismo, não exagera distinções, não acarreta interdição de mudanças temporais, nem no apagamento de variações individuais ou contestações que podem tomar a forma de participação ou não-participação em um espectro de subculturas, não fetichiza a identidade colocando-a além da crítica, não trivializa a agência ou o raciocínio individual, nem transforma seus advogados em conservadores cegos. Em suma, argumentar em favor da cultura não é defender uma força tirânica a ‘ossificar’ uma ‘comunidade’ ao longo de linhas estereotipadas e desabilitando qualquer indivíduo de abrigar comportamentos idiossincráticos vis-à-vis o grupo” (LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021. pp. 112-113).

<sup>212</sup> PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 61, n. 1, p. 219–245, 2016.

<sup>213</sup> PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 61, n. 1, p. 219–245, 2016. p. 235.

<sup>214</sup> Isso não significa, por evidente, que sistemas jurídicos de tradição romano-germânica não podem ser inovadores, mas tão somente que contam com incentivos para a preservação e aplicação dos modelos disciplinados pela lei. Nesse sentido: “Saber qual é mais vantajoso, se o sistema anglo-saxônico ou o de direito continental, depende do seguinte tradeoff. Um grande número de tipos contratuais com normas dispositivas majoritárias reduz os custos de transação e de execução para a maioria das partes, mas aumenta os custos de mudança nos casos em que os esquemas legais de uso geral não oferecem a solução mais eficaz para um caso dado. O common law, inversamente, não ajuda em si mesmo a reduzir os custos de transação e de execução (ainda que o jargão contratual possa servir de substituto inferior para os tipos contratuais), mas torna relativamente mais fácil para as partes inovarem quando seu negócio não for enquadrado adequadamente pelas formas contratuais padrão. Não é fácil determinar neste momento para qual lado pende a balança, mas, assim como o jargão ajuda as partes, nos países de common law, a tirar proveito de certos benefícios dos tipos contratuais, a tradição romanista só pôde progredir implementando mecanismos que tornam a inovação menos custosa” (PARGENDLER, Mariana. *Desenho*

na medida em que, de um lado, as partes contam com a comodidade de celebrar contratos baseados inteiramente na lei positiva e, de outro, “a incerteza acerca da interpretação das formas desviantes desestimula as partes a especificarem circunstâncias que não são contempladas pela lei”<sup>215</sup>.

É por esse motivo que, por mais que o desenvolvimento de novas modalidades contratuais decorra do exercício da autonomia privada em mercados, é fundamental que as práticas dos agentes econômicos sejam analisadas, conformadas e aperfeiçoadas a partir das sinalizações expedidas pelo direito estatal quando deparado com esses negócios. Observa-se, por conseguinte, outro elemento importante que marca a dinâmica própria aos contratos empresariais: a constante atenção que devem ter os agentes econômicos aos impactos de seus arranjos no presente e as cautelas a serem tomadas em razão da “sombra do futuro” projetada pelos posicionamentos do direito positivo e da jurisprudência, de tal maneira que o processo de construção de modelos contratuais atípicos – como se mostrará ao longo do presente trabalho – consiste em verdadeira relação cooperativa entre o direito gerado a partir da autonomia privada e o direito estatal<sup>216</sup>.

Acontece que esta relação cooperativa não é exclusivamente dos contratos cujo regime não consta do direito positivo, mas ocorre também quando os agentes econômicos, ao celebrarem negócios que remetem a algum tipo previsto em lei, atraem a incidência do regime legal. O conflito (ao menos aparente) entre a noção segundo a qual a autonomia privada deve ser quase absoluta e a de que deve ser fortemente limitada pelo direito estatal diz respeito, como sugere Pedro Pais de Vasconcelos, especialmente ao grau de liberdade das partes, no exercício de sua autonomia privada, “para afastar a vigência de preceitos de direito injuntivo através da escolha do tipo contratual legal em cujos termos vão contratar, ou através do recurso a contratos atípicos”<sup>217</sup>. O desafio, portanto, está em definir o modo de convivência da ordem privada – e da liberdade contratual dela decorrente, que permite às partes que construam seus próprios regimes jurídico-contratuais – e de uma ordem jurídica positivada que exprime não somente os limites e vedações, mas o imperativo de segurança jurídica e de fluidez dos negócios que

---

contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 61, n. 1, p. 219–245, 2016. p. 237).

<sup>215</sup> PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 61, n. 1, p. 219–245, 2016. p. 235.

<sup>216</sup> Ver, nesse sentido: AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Nova York: Basic Books, 1984. pp. 124–132.

<sup>217</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 356.



decorre da autoridade do ordenamento estatal<sup>218</sup>.

Deve haver, por conseguinte, uma constante interação entre as práticas dos agentes econômicos e o direito estatal, uma vez que, por mais fortes que sejam as influências dos usos e costumes que informam o comportamento dos agentes de mercado, esses somente são desvelados e explicitamente integrados ao regime jurídico dos modelos contratuais gestados nos mercados a partir do momento em que são reconhecidos pela jurisprudência. Não é sem motivo que, ainda no século XIX, asseverava Jean Cruet que “o costume permanece invisível antes de revelado pelas decisões judiciais, mas nós temos mostrado por bem numerosos exemplos, a actividade fecunda dos usos em todos os domínios da vida jurídica, para que seja impossível negar a existencia do costume”<sup>219</sup>.

Em sentido semelhante, assinala Tullio Ascarelli que a norma jurídica está intimamente relacionada ao fato econômico, por mais que muitas vezes possa parecer estanque diante do intenso dinamismo da lógica dos mercados. Segundo o autor, não seria adequado supor que haveria um contraste entre norma jurídica e fato econômico, mas sim uma relação entre norma historicamente posta e as valorações e volições atuais, de tal maneira que a tarefa do intérprete do direito é precisamente a de mediar o ordenamento e a realidade mutável, em contínuo esforço de compreensão do complexo de normatividade que permeia a contratação<sup>220</sup>.

Conforme assevera Paula Forgioni, os usos e costumes constituem uma das principais ferramentas de que dispõe o Direito Empresarial para manter-se vivo e atual, na medida em que a prática mercantil não somente tem o condão de criar regras a serem seguidas pelos agentes econômicos em razão de sua reiteração em determinado mercado, mas também em razão da circunstância de que constituem o nascedouro de novos tipos contratuais. Segundo

---

<sup>218</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 356. Ainda segundo o autor: “O negócio jurídico é sempre expressão da relação entre liberdade (do privado) e autoridade (do ordenamento estadual). Em teoria, o problema da relação liberdade-autoridade pode ser resolvido dando prevalência à segunda, e o negócio aparece então como acto autorizado pelo ordenamento, ou à primeira, e é então o ordenamento que fica colocado numa posição instrumental. O sentido e a função do encontro entre o ordenamento estatal e o negócio não é tanto o de modelar o valor do negócio aos valores do ordenamento, mas o de aferir o grau de compatibilidade entre ambos” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 356).

<sup>219</sup> CRUET, Jean. A vida do direito e a inutilidade das leis. Lisboa: José Bastos & Cia., 1908. pp. 170-171.

<sup>220</sup> ASCARELLI, Tullio. Norma giuridica e realtà sociale. In: \_\_\_\_\_. *Problemi giuridici*. Milão: Giuffrè, 1959. v. I, pp. 69-75. Nesse sentido: “È così la stessa necessità di umana applicazione del diritto, in una realtà sempre mutevole perchè idèntica com la stessa storia umana, che impone la continua ricostruzione tipologica alla quale è indotto l’interprete e próprio per conciliare com la storicità e la concretezza dela realtà, la costanza di un dato di realtà così sempre rinnovato nel rinnovamento di quella schematizzazione dela realtà alla quale si riferisce la disciplina, perciò stesse (e solo perciò) applicabile” (ASCARELLI, Tullio. Norma giuridica e realtà sociale. In: \_\_\_\_\_. *Problemi giuridici*. Milão: Giuffrè, 1959. v. I, p. 75). Tradução livre: É assim a necessidade humana de aplicação do direito, em uma realidade sempre mutável, pois idêntica com a própria história humana, que impõe a continua reconstrução tipológica à qual é induzido o intérprete, de maneira a promover a conciliação da historicidade com a concretude da realidade, a constância de um dado da realidade sempre renovado na transformação das esquematizações da realidade à qual se refere a disciplina, razão pela qual deve ser aplicável.

a autora, “[a] tendência é que os negócios sejam ‘inventados’ por alguns agentes econômicos e seus advogados, muitas vezes a partir de um contrato típico, passando a ser copiados por outros”<sup>221</sup>.

Difundidas essas práticas, uma vez que alcançam o Judiciário, o direito estatal aprecia e avalia e adequação dos modelos contratuais surgidos na prática negocial ao direito positivo, de sorte que, ao passo que os comportamentos dos agentes econômicos dão origem a novas modalidades de contratação que se sedimentam em torno de verdadeiros tipos sociais, os tribunais “sinalizam para o mercado o que será ou não admitido, fechando o ciclo da criação dos contratos socialmente típicos”<sup>222</sup>. Em outras palavras, por mais que a seara dos contratos empresariais seja o campo por excelência para o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual, os agentes econômicos estruturam suas estratégias levando em consideração a imperatividade do direito estatal, seja em razão da necessidade de cumprirem requisitos mínimos para que seus modelos contratuais sejam legítimos, seja para preencher as lacunas de seus negócios com a normatividade oriunda da lei dispositiva ou mesmo de normas cogentes.

Evidentemente que os usos e costumes, que eventualmente poderão levar à criação de tipos sociais, conforme ensina Enrico Gabrielli, dizem respeito a manifestações coletivas da autonomia privada, o que não afasta a incidência da criatividade a nível individual que leva à invenção de novos negócios<sup>223</sup>. Como se mostrará mais adiante, tais modelos contratuais desenvolvidos pela prática e assentados em razão da força dos usos e costumes poderão vir a ser reconhecidos pela jurisprudência e adquirir normatividade semelhante àquela oriunda dos tipos legais, de tal maneira a desempenhar função semelhante à dos modelos positivados no que se refere à redução de custos de transação. No entanto, há característica marcante dos modelos típicos, a ser comentada no presente Capítulo, que não se pode atribuir aos chamados tipos sociais: a cogência de suas normas a partir do momento em que se preenche a sua função econômica legal.

---

<sup>221</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 52.

<sup>222</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 53.

<sup>223</sup> “Dalla tipicità giurisprudenziale, e da quella sociale, restano esclusi soltanto i comportamenti individuali, vale a dire i singoli contratti atipici soggetti alla disciplina coperta dall’art. 1322 c.c., visto che il numero dei tipi creati dalla pratica degli affari e convalidati dalla giurisprudenza si modifica e varia nel corso del tempo e delle esigenze della prassi, per cui, con il trascorre del tempo, ogni tipo, dopo la sua emersione social-giurisprudenziale, è destinato a diventare un tipo legale” (GABRIELLI, Enrico. *Autonomia privata: dal contratto alla crisi d’impresa*. Pádua: CEDAM, 2020. p. 51). Tradução livre: Da tipicidade jurisprudencial, e da social, ficam excluídos os comportamentos individuais, ou seja, os contratos atípicos sujeitos à disciplina do art. 1.322 do Código Civil, dado que o número de tipos criados pela prática empresarial e validados pela jurisprudência muda e varia ao longo do tempo e com as necessidades da prática. Portanto, com o passar do tempo, cada tipo, após seu surgimento social-jurisprudencial, é destinado a se tornar um tipo legal.

Não se pode esquecer que, em publicação clássica do início do século XX, Marcel Planiol chegou a sustentar a posição radical de que no direito francês já não se poderia conceber contratos atípicos, já que mesmo as chamadas “novas” modalidades contratuais integrariam gêneros negociais conhecidos<sup>224</sup>. Daí dizerem Luís Diez-Picazo e Antonio Gullon que o fenômeno da atipicidade surge quando os tipos preexistentes no ordenamento jurídico, por mais plásticos que sejam, ou mesmo a combinação desses tipos, não são suficientes para atender às novas necessidades do comércio<sup>225</sup>, circunstância que se torna ainda mais rara quando os tipos que atenderão às necessidades do comércio podem surgir das práticas dos agentes de mercado.

Eis a razão pela qual a compreensão dos contratos empresariais atípicos requer, antes de tudo, que se entenda de que maneira incidem os regimes dos contratos previstos pelo ordenamento, assim como daqueles consagrados pelos usos e costumes. Isto é, se a liberdade de contratar é tão ampla, chegando ao ponto de autorizar que os agentes criem regimes jurídicos para albergar suas operações econômicas, cabe verificar como tal liberdade interage com os modelos positivados. Isso porque, como se demonstrará neste Capítulo, os modelos positivados estruturam normas em torno de negócios jurídicos que desempenham uma determinada função econômica. Assim, a identificação do modelo contratual aplicável (seja ele típico, socialmente típico, ou atípico) dependerá da qualificação do contrato mediante o cotejo entre a operação econômica e as funções econômicas (ou *causas*) previstas pelo ordenamento.

Acontece que os tipos contratuais, como já se afirmou anteriormente, não se propõem a representar a realidade de maneira absolutamente fidedigna, mas sim cristalizar no ordenamento a figura idealizada de uma modalidade negocial de utilidade prática. Dessa maneira, a ideia de tipo ou contrato típico deve estar atrelada a estruturas explicativas intimamente relacionadas com a dinâmica social e econômica que autoriza os agentes econômicos a agirem de uma maneira ou de outra e, em última análise, de orientarem-se por sentidos compartilhados aptos a serem reconduzidos a contratos conhecidos por todo agente minimamente diligente.

Nesse sentido, considerando o contexto contemporâneo – marcado por altíssimos graus de inovação seja no campo tecnológico, seja no campo dos modelos de negócio – por mais que frequentemente tais modelos de negócio possam ser reconduzidos a figuras legal,

---

<sup>224</sup> PLANIOL, Marcel, *Classification synthétique des contrats*, *Révue Critique de Législation et de Jurisprudence*, v. 53, n. 33, p. 470–486, 1904. É interessante notar que o posicionamento de Planiol reflete um sentimento geral de desconforto da doutrina francesa do período com a atipicidade contratual, diante da percebida tendência dos tribunais de sempre proceder a um processo de qualificação contratual que, em última análise, levaria o negócio em questão para algum regime jurídico típico (FRÉCHETTE, Pascal. *La qualification des contrats: aspects pratiques*. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 404).

<sup>225</sup> DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 6. ed. Barcelona: Tecnos, 1992. p. 37.

social ou jurisprudencialmente típicas, não se pode ignorar a possibilidade de surgimento de modelos efetivamente disruptivos, que desafiem as formas jurídicas pré-concebidas por resultarem justamente dos atributos de inovação de seus criadores. Não obstante, compreender tais formas jurídicas pré-concebidas pelo ordenamento consiste em passo fundamental para o entendimento do regime que deverá garantir o pleno exercício da autonomia privada na formulação de formas jurídicas atípicas.

O presente trabalho procura deixar claro, desde a sua introdução, que a escolha pela terminologia “contratos atípicos” não consiste em mera questão de estilo. Trata-se de expressão que remete à construção jurídico-dogmática em torno da ideia de tipo, construída como a antípoda do conceito jurídico que pretende inserir-se em um sistema lógico de noções capazes de oferecer ao operador do direito o material necessário à dedução de soluções para o caso concreto. Sustentar que determinado modelo contratual é típico, nesse sentido, não significa simplesmente dizer que se trata de hipótese de negócio jurídico prevista em lei, com um *nomen* próprio, mas que o ordenamento oferece um conjunto de normas destinadas a constituir o núcleo essencial do regime aplicável quando preenchidos os requisitos daquele modelo contratual.

Este Capítulo, portanto, tem por uma de suas finalidades esclarecer a noção de tipo adotada neste trabalho, assim como discorrer sobre a relevância jurídica, de um lado, de se adotar um modelo contratual típico, e, de outro, de as partes contratantes optarem por lançar mão de modelo contratual não previsto pelo direito positivo<sup>226</sup>. Faz-se necessário, por conseguinte, para adequadamente compreender a atipicidade contratual nos negócios empresariais, entender a estrutura jurídica do tipo. Buscar-se-á, assim, apontar o papel do tipo como unidade de análise do Direito Privado e a relação entre o processo tipológico e o processo de qualificação contratual, para que, ao final, seja possível apontar o papel dos usos e costumes para a construção de tipos não previstos pelo direito positivo (os tipos sociais, a serem analisados com maior detalhamento no Capítulo IV).

Dessa maneira, este Capítulo tem por intuito discorrer a respeito da noção de tipicidade contratual, de maneira a delinear a esfera de normatividade decorrente da legislação positiva que circunscreve o exercício de autonomia privada. Trata-se, assim, de etapa importante da análise dos contratos empresariais atípicos, tendo em vista que não se lhes pode adequadamente compreender sem explorar o quadro normativo que legitima o próprio exercício da liberdade de contratar, notadamente diante da identificação da função econômica do negócio

---

<sup>226</sup> A noção geral de “modelo contratual não previsto pelo ordenamento” é adotada neste Capítulo de maneira genérica, para abarcar tanto os contratos socialmente típicos quanto os contratos atípicos puros, cujas características serão exploradas nos Capítulos IV e V, respectivamente.

jurídico contratual como índice da tipicidade, e, em última análise, da apreensão das “normas gerais” do ordenamento a que devem atender quaisquer contratos (sejam eles típicos ou atípicos), nos termos do art. 425 do Código Civil.

### **III.2. A ideia de processo tipológico e a tipificação como metodologia do Direito dos Contratos**

A cristalização de determinadas modalidades de contratos em textos legislativos decorre em larga medida da constatação da relevância social desses negócios. Em outras palavras, a decisão legislativa pela inclusão de uma modalidade contratual no repertório previsto pelo Código Civil ou pela legislação extravagante é comumente associada não à planificação de modelos negociais a serem explorados pelos agentes econômicos, mas à apreensão indutiva de negócios jurídicos executados na prática mercantil<sup>227</sup>.

Significa dizer que a estruturação de um repertório de modalidades contratuais pela legislação não parte necessariamente da pretensão do legislador de estruturar um sistema que chegará aos problemas concretos a partir da subsunção do fato à norma, mas sim do oferecimento, às partes contratantes, de pontos de partida para a estruturação de seus regimes contratuais. Até porque não se trata de sistemática voltada a limitar, e sim a facilitar o exercício da liberdade de contratar por intermédio da recondução de negócios jurídicos reais a regimes normativos que correspondam aos interesses dos agentes econômicos. Daí a razão pela qual o repertório de contratos tipificados em lei é limitado pelas balizas da legislação positiva. Como já se aludiu no Capítulo anterior, a finalidade do regime normativo dos contratos não é o de disponibilizar uma estrutura inerte ou imutável, mas um regime de referência quanto ao *modus operandi* das trocas econômicas<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Nesse sentido: “Essas espécies legais não são encontradas pela aplicação de critérios classificatórios ao género onde se inserem. Pelo contrário, elas são quase mero produto da indução – directa ou mediada pela História, com contributos maiores ou menores da Doutrina e da Jurisprudência. Sem querer dizer que o legislador não se possa antecipar à realidade social, promovendo-a, a verdade é que, ao menos pelo que respeita aos códigos, por força das suas características, as espécies legais de contratos tendem a corresponder a realidades sociais” (DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 27-28).

<sup>228</sup> Também sobre tal problemática se manifesta Rui Pinto Duarte, já aludindo à possibilidade de celebração de contratos atípicos: “É que, não só o regime aplicável aos contratos em geral não dá resposta à totalidade dos problemas colocados pelos contratos não reconduzíveis às espécies legais, como as regras sobre estas contêm soluções cuja aplicação a esses contratos se afigura tentadora. A razão de ser disso está, julgamos, em o conceito de contrato (tal como o de negócio jurídico) ser – sobretudo quando se lhe atribui, como as nossas leis e Doutrina, a latitude savignyana – de natureza predominantemente, quase exclusivamente, estrutural. Daqui resulta que as regras que o tomam por referência quase nada digam sobre os seus efeitos (a variedade destes impede-o), mas só sobr o seu modo de acontecer. Ao invés, as regras ditadas a propósito das espécies contratuais tratam sobretudo dos respectivos efeitos” (DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 19-20).

Até por esse motivo há um acordo semântico relevante a ser feito quanto à categoria que se propõe estudar. A escolha da expressão “contratos típicos ou atípicos” em lugar de outras locuções possíveis e tradicionalmente utilizadas pela literatura – como, notadamente, “contratos nominados ou inominados” – não é neutra ou isenta de escolhas teórico-metodológicas. Pelo contrário, ao aludir-se a “contrato *típico*” busca-se fazer referência ao contrato que encontra disciplina legal, isto é, uma vez identificados os requisitos daquele modelo contratual, o negócio em concreto será reconduzido a um determinado conjunto de normas legisladas, que servirão para preencher as lacunas do contrato e para estabelecer o seu conteúdo mínimo – inclusive por meio de normas cogentes. O intuito é o de ir além da expressão “contrato *nominado*”, que comumente se refere apenas à existência de menção, pela lei, a determinado modelo de contrato, para compreender-se que a ideia de “contrato *típico*” está associada à normatização de um conjunto de regras essenciais que disciplinam determinado modelo contratual.

De acordo com Maria Costanza, o *nomen* do contrato é uma simples etiqueta, com valor puramente indicativo, de sorte que seria neutro com relação ao conteúdo substancial e especialmente à disciplina aplicada ao modelo<sup>229</sup>. Isso porque, segundo a autora, atribuir a um determinado contrato o nome de compra e venda ou locação não significa que a avença em questão deva corresponder a um ou outro modelo, já que o fator definidor do regime aplicável serão os contornos da operação econômica subjacente ao negócio (elemento que, posteriormente, este trabalho explanará ao tratar da noção de *causa*)<sup>230</sup>. Evidentemente que não se ignora que o *nomen* tem relação direta com o processo de formação do contrato<sup>231</sup>, porém

---

<sup>229</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>230</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>231</sup> A redação original do Código Civil francês de 1804 fazia expressa referência, em seu art. 1.107, à *denominação* do contrato (“Les contrats, soit qu’ils aient une dénomination propre, soit qu’ils n’en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l’objet du présent titre [...]”), vindo a encontrar disposição análoga no art. 1.103 do Código Civil italiano de 1865 (“I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali [...]”). A menção à denominação desaparece no Código Civil italiano de 1942, inexistente no BGB e é suprimida do Código Civil francês por ocasião da *Ordonnance* n.º 2016-131, de fevereiro de 2016, que promoveu relevantes alterações na legislação francesa, inclusive para (ao menos aparentemente) suprimir a causa como requisito do negócio jurídico. Em sentido semelhante, Carlos Nelson Konder esclarece as razões pelas quais foi introduzida tal alteração, associada especialmente a um esforço de harmonização do direito francês ao direito europeu: “La Ordonnance n.º 2016-131, dal 10 febbraio 2016, ha cambiato il Codice Civile francese in ordine ad abolire il riferimento alla causa quale condizione di validità del contratto e incorporare le soluzioni pratiche da cui era fondamento. In questo senso, il nuovo articolo 1162 prevede che il fine del contratto non può derogare l’ordine pubblico, l’articolo 1169 afferma che sarà nullo il contratto oneroso quando la controparte sia illusoria oppure derisoria e l’articolo 1170 reputa non scritta tutta clausola che libera il debitore di obbligazione essenziale. L’intento espresso di semplificare le condizioni di validità del contratto e implicito di facilitare l’armonizzazione con il diritto europeo, manifestassi meno come una eliminazione della causa e più come una elisse della causa, giacché persiste come fondamento delle soluzioni del testo legale.”<sup>231</sup> La riforma, in questo punto, fu riputata comprensibile, dinanzi alla difficoltà di inglobare i due sensi della causa, ma più formale che sostanziale” (KONDER, Carlos Nelson. *Tramonto o revirement della causa del contratto: influenze europee sul diritto brasiliano*. In: CERQUEIRA, Gustavo; TEPEDINO, Gustavo. *Études en l’honneur du Professeur Iacyr de Aguiar Vieira*. Paris: Société de Législation Comparée, 2022. p. 197). A *Ordonnance* n.º 2016-131, de 10 de

nada diz sobre a sua operacionalização<sup>232</sup>. A *nominação*, por conseguinte, tem por finalidade promover a catalogação de negócios jurídicos singulares, e não a sua subsunção a regimes jurídicos previstos em lei<sup>233</sup>.

A vontade das partes obviamente desempenha um papel importante na definição do regime a ser implementado no programa contratual, na medida em que é por meio da autonomia da vontade que os agentes definirão os componentes do clausulado que poderão ou não o identificar com algum tipo existente (seja ele previsto em lei ou resultante de práticas negociais assentadas). Contudo, a *mera* vontade das partes não é suficiente para afastar a atração de um regime previsto em lei caso se encontrem previstos os seus elementos constitutivos.

Conforme assinala Pedro Pais de Vasconcelos, a “estipulação do tipo contratual” – isto é, as partes apontarem no título, no preâmbulo ou nas próprias cláusulas contratuais qual a modalidade contratual que desejam aplicar àquele negócio em concreto – desempenha papel relevante na recepção das normas associadas ao tipo eleito pelas partes<sup>234</sup>. Dessa maneira, a escolha textual por um determinado tipo não pode ser ignorada, mas também não se pode esquecer que a estipulação do tipo não se confunde com a qualificação contratual, notadamente porque o tipo constante do cabeçalho do instrumento pode não corresponder ao que se depreende do negócio – seja por erro, ignorância ou estratégia<sup>235</sup>.

---

fevereiro de 2016, alterou o Código Civil francês para abolir a referência à causa como condição de validade do contrato e incorporar as soluções práticas em que se baseava. Nesse sentido, o novo artigo 1.162.º prevê que a finalidade do contrato não pode derogar a ordem pública, o artigo 1.169.º estabelece que o contrato oneroso será nulo quando a contrapartida for ilusória ou irrisória e o artigo 1.170.º considera não escrita toda a cláusula que liberta o devedor de uma obrigação essencial. A intenção expressa de simplificar as condições de validade do contrato e a intenção implícita de facilitar a harmonização com o direito europeu manifesta-se menos como uma eliminação da causa e mais como uma elipse da causa, uma vez que persiste como fundamento das soluções do texto jurídico. A reforma, neste ponto, foi considerada compreensível, dada a dificuldade de incorporar os dois sentidos do caso, mas mais formal do que substancial.

<sup>232</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>233</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>234</sup> Segundo o autor: “A estipulação do tipo não tem natureza simplesmente declarativa, não tem como conteúdo a simples informação dada pelas partes acerca da qualificação do contrato que celebram e não é exterior ao contrato. Com a estipulação do tipo as partes acordam acerca do tipo contratual em cujos termos se vinculam. A estipulação do tipo faz parte do contrato e tem como conteúdo a recepção no ordenamento contratual do modelo regulativo do tipo. Esta recepção não é uma simples recepção de regras, mas sim a recepção do próprio tipo, como modelo regulativo e como unidade de sentido, como célula viva do tecido social. [...] A estipulação do tipo pode ser expressamente clausulada no contrato, pode constar do seu preâmbulo, ou pode ser simplesmente constituída pelo seu título. As partes costumam dar títulos aos contratos, principalmente quando os reduzem a escrito. São raros os casos de contratos escritos sem título ou de cujo título não conste a referência ao tipo [...]” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 134-135).

<sup>235</sup> Nesse sentido: “A qualificação pode todavia não coincidir com a estipulação do tipo. A estipulação A estipulação do tipo pode corresponder a uma ‘falsa qualificação’, sempre que a estipulação do tipo não corresponda verdadeiramente ao tipo, sempre que, não obstante a estipulação do tipo, o contrato, tal como celebrado e de acordo com a sua disciplina efectiva, não pertença ao tipo estipulado, ou porque pertence a outro tipo, ou porque é atípico. Tal pode suceder numa variedade de casos, de entre os quais avultam os de erro na qualificação, os de contratos de tipo modificado ou de tipo múltiplo, os de simulação relativa, os de fraude à lei, os de contratos indirectos e os de contratos fiduciários” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 138).

Dessa maneira, ainda segundo Maria Costanza, contratos inominados são aqueles que não encontram categorias capazes de catalogá-los diante dos esquemas legislativos vigentes – sem prejuízo de poderem ser subsumidos a algum modelo existente no direito positivo<sup>236</sup>. De outro lado, a categoria dos contratos atípicos tem a ver com o conteúdo da relação contratual, de tal maneira que se considera atípico o contrato cujas características não são reconduzíveis a algum regime jurídico-contratual disciplinado pela lei<sup>237</sup>. É perfeitamente possível, por conseguinte, cogitar-se de contrato que seja nominado, mas, ao mesmo tempo, não possa ser subsumido (e assim atrair as regras) a um regime jurídico previsto em lei<sup>238</sup>. Exemplo claro dessa hipótese é o contrato de distribuição mencionado entre os arts. 710 e 721 do Código Civil (no tópico *Da Agência e Distribuição*), que, apesar de nominado, não conta com disciplina legislativa completa (à exceção dos contratos de distribuição de automóveis, tipificados pela Lei nº. 6.729/1979, a Lei Ferrari)<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>237</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>238</sup> Maria Costanza sugere que, de maneira a evitar a situação anômala na qual um determinado contrato é nominado, porém atípico, seria mais adequado falar-se em contratos tipificados e não tipificados, para indicar, respectivamente, os modelos contratuais que, por motivos de interesse histórico, prático, social, dentre outros, são objeto de uma disciplina codificada, e aqueles que, por sua vez, não encontram previsão legislativa: “Preferibile sembra, quindi, parlare di contratti tipizzati e non tipizzati (o atipizzati) per indicare rispettivamente le fattispecie contrattuali che, per motivi di interesse storico, pratico, sociale, etc., sono oggetto di una disciplina codificata, e quelle che invece sono rimaste fuori dalla previsione legislativa. In questo modo si eviterebbe anche la distinzione che una parte della dottrina pone fra contratti nominati e tipica a seconda che la legge, anche diversa dalle norme codificate, contenga una certa figura contrattuale qualificandola solo nominalmente oppure ne indichi anche la disciplina” (COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. p. 8). Tradução livre: Parece preferível, assim, falar de contratos tipificados e não tipificados (ou atipificados) para indicar, respectivamente, as figuras contratuais que, por motivos de interesse histórico, prático, social, etc., são objeto de uma disciplina codificada, e aqueles que porventura sejam mantidos fora das previsões legislativas. Desse modo, se evitaria a distinção que uma parte da doutrina faz entre contratos nominados e típicos conforme a lei, na qual, mesmo diferentemente das normas codificadas, contemple determinada figura contratual qualificando-a apenas nominalmente e sem indicar sua disciplina.

<sup>239</sup> É o que fixou o Enunciado nº. 31 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco”. Trata-se de posição semelhante à assentada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Necessidade prévia de estabelecer as distinções entre o contrato de distribuição autêntico – também denominado “contrato de concessão comercial” – e o contrato de representação comercial. Enquanto a atividade do representante comercial fica limitada ao agenciamento de propostas ou pedidos em favor do representado, sendo a respectiva remuneração normalmente calculada em percentual sobre as vendas por ele realizadas (comissões), age o distribuidor em seu próprio nome adquirindo o bem para posterior revenda a terceiros, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de venda e aquele pago ao fornecedor (margem de comercialização). A despeito de ter o legislador utilizado a expressão ‘distribuição’ para nomear uma das modalidades dos contratos disciplinados pelos arts. 710 e seguintes do Código Civil de 2002, tais preceitos não se aplicam aos contratos de concessão comercial, conforme compreensão firmada na I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal (Enunciado nº 35). A Lei nº 6.729/1979 (Lei Ferrari), não obstante dispor sobre concessão comercial, tem seu âmbito de aplicação restrito às relações empresariais estabelecidas entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Precedentes. Tratando a hipótese de contrato atípico, deve a pretensão recursal ser analisada com base nas regras ordinárias aplicáveis aos contratos em geral, devendo prevalecer o princípio da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda), notadamente por se tratar de relação empresarial” (STJ, REsp 1.799.627/SP, Rel.



A tipicidade contratual, assim, se apresenta como fenômeno jurídico por meio do qual o repertório de negócios jurídicos contratuais previstos pelo Código Civil e pela legislação esparsa se encontra em constante atualização, na medida em que tem por intuito constantemente reinterpretar os contratos empiricamente verificados por intermédio da recondução desses negócios concretos a regimes previstos em lei. Dessa maneira, a relevância dos regimes típicos está atrelada à sua maleabilidade e à sua capacidade de apreender novas realidades, e, caso não sejam bem-sucedidos nessa tarefa, tendem não somente a serem substituídos por modelos atípicos, mas por modelos normativos (tipificados ou não) com relevância concreta<sup>240</sup>.

Em análise do desenvolvimento de novas modalidades contratuais no contexto alemão, assinala Michael Martinek que “a sistemática contratual, que não deve ser menos viva e mutável do que os negócios e a sociedade, deve ser constantemente reconsiderada, modificada e refinada na prática”<sup>241</sup>. Assevera o autor que os contratos privados, e notadamente os contratos empresariais, devem partir de um esforço permanente de desenvolvimento do desenho dos contratos típicos no sentido de adaptá-los às constantes mudanças das constelações de interesses típicos recorrentes, já que o objeto e o conteúdo da regulamentação dos contratos podem estar expostos a variações e modificações consideráveis diante da transformação econômica e social<sup>242</sup>.

---

Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Data de julgamento: 23/04/2019, Data de Publicação: DJe 09/05/2019). Ver também, nesse sentido: FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55.

<sup>240</sup> Nesse sentido: Die bald fünfzig jährige Geschichte der Bundesrepublik Deutschland ist geprägt vom Auf- und Ausbau einer Wirtschafts- und Sozialordnung auf der Grundlage einer freiheitlichen sozialen Marktwirtschaft. Damit sind eine zunehmende Verfeinerung der Arbeitsteilung und Aufgliederung der Produktions- und Kommunikationsprozesse einhergegangen, die gegenwärtig noch keineswegs abgeschlossen sind. Sozio-ökonomische Differenzierungsprozesse und Komplexitätssteigerungen sind – jedenfalls bei friedlich geordnetem Verlauf – begleitet von und bedingt durch Innovation, Spezialisierung und Sublimierung adäquater Rechtsinstitute und Rechtlicher Handlungsformen. Als zentrales Instrument zur Verfolgung und Durchsetzung wirtschaftlicher Ziele in Tauschakten stellt unsere Rechtsordnung den Rechtssubjekten den Vertrag zur Verfügung” (MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. p. 2). Tradução livre: Os quase cinquenta anos de história da República Federal da Alemanha são caracterizados pelo desenvolvimento e expansão de uma ordem econômica e social baseada numa economia de mercado livre. Isto tem sido acompanhado por um refinamento crescente da divisão do trabalho e pela quebra dos processos de produção e comunicação, que atualmente não estão completos. Os processos de diferenciação socioeconômica e o aumento da complexidade são – pelo menos quando ocorrem de forma pacífica – acompanhados e condicionados pela inovação, especialização e sublimação de instituições e formas jurídicas de ação. Como instrumento central para a concretização de objetivos econômicos em atos de troca, o nosso ordenamento jurídico disponibiliza o contrato aos sujeitos.

<sup>241</sup> Tradução livre do original: “Das Vertragswesen, das nicht weniger lebendig und wandelbar sein darf als Wirtschaft und Gesellschaft, muss in der Praxis laufend überdacht, geandert und verfeinert werden” (MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. p. 2).

<sup>242</sup> “Es versteht sich dass die private, vor allem aber die kommerzielle Vertragspraxis im Bereich immer wiederkehrender, typischer Interessenkonstellationen um eine ständige Weiterentwicklung der Ausgestaltung von typischen Vertragswerken in Anpassung an die sich ändernden Bedürfnisse und Ziele bemüht sein muss. [...] Regelungsgegenstand und -inhalt der schuldrechtlichen Vereinbarungen der sich ‘vertragenden’ Parteien können daher in ihrer Typizität im Wandel der Wirtschafts- und Sozialordnung erheblichen Variationen und Modifikationen ausgesetzt sein. In diesem Licht kann es niemanden verwundern, dass es heute im

Assim, tipos contratuais não consistem simplesmente em um rol de modelos previstos em lei que serão descartados na hipótese de as partes contratantes desejarem celebrar um negócio jurídico minimamente diferente daquele que foi tipificado. Pelo contrário, os contratos típicos, como se verá ao longo do presente Capítulo, são dotados de grande flexibilidade para abarcar variações relevantes no que se refere ao regime legal, desde que preenchida a função econômica a que se destina o modelo típico. Isso porque os tipos contratuais são elementos que trazem consigo uma peculiar forma de estruturação dos institutos jurídicos a partir da *tipicidade* ou do *pensamento tipológico*.

A ideia de *tipo*, nesse sentido, pode comumente ser associada à noção segundo a qual os modelos contratuais consistem em itens de um cardápio de hipóteses legais à disposição dos particulares. No entanto, esclarece José de Oliveira Ascensão que, por mais que a noção de tipo ou “tipo legal” possa estar associada à percepção mais ampla de que podem existir várias *hipóteses legais* de um dado fenômeno jurídico – e, por isso, não é sem motivo a aproximação com a expressão italiana *fattispecie*<sup>243</sup> ou com o termo alemão *Tatbestand* –, trata-se de vocábulo frequentemente tomado a partir da perspectiva mais ampla da “previsão legal”<sup>244</sup>.

---

Wirtschaftsleben, teils aber auch schon in der privaten Kosumentensphäre eine Reihe von bekannten und vertrauten Vertragstypen im Sinne empirisch-realer vertraglicher Gestalttypen gibt, die noch vor wenigen Jahrzehnten schlechthin unbekannt waren. Durch die Neuartigkeit dieser Vertragstypen ist zugleich bedingt, dass sie keine oder nur in Teilbereichen eine gesetzliche Regelung erfahren, jedenfalls aber keine kodifizierte Ausprägung als normative Vertragstypen erfahren haben” (MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. p. 2). Tradução livre: Pode-se dizer que a prática contratual privada, mas especialmente a comercial, no que se refere a interesses típicos e recorrentes, deve esforçar-se para desenvolver constantemente a concepção de contratos típicos em adaptação às novas necessidades e objetivos. [...] O objeto e o conteúdo dos contratos podem, portanto, estar sujeitos a variações e modificações consideráveis na sua tipicidade à medida que a ordem econômica e social muda. Nesta perspectiva, não deveria ser surpresa para ninguém que hoje existam vários tipos de contratos bem conhecidos e familiares, no sentido de formas contratuais empiricamente reais na vida econômica, mas também na esfera do consumo privado, que eram simplesmente desconhecidas apenas algumas décadas atrás. A novidade destes tipos de contrato significa que não estão legalmente regulamentados, ou o são apenas parcialmente, e em qualquer caso não foram codificados como tipos de contratos normativos.

<sup>243</sup> De acordo com Natalino Irti, a noção de *fattispecie* no direito italiano diz respeito à “descrição normativa do fato”: “La descrizione normativa del fatto si chiama fattispecie (facti species). Nel linguaggio dei giuristi, è piuttosto comune – anche se non plausibile – contrapporre alla fattispecie astratta, o fatto descritto dalla norma, la fattispecie concreta, o fatto reale corrispondente a quella descrizione. Non plausibile, dicevamo, perché fattispecie è descrizione o schema di un fatto, e il fatto reale non è né uno schema né una descrizione” (IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato*. Milão: CEDAM, 1990. p. 17). Tradução livre: A descrição normativa do fato se chama *fattispecie*. Na linguagem dos juristas, é mais comum contrapor à *fattispecie* abstrata, ou fato escrito na norma, a *fattispecie* concreta, ou fato real correspondente àquela descrição. Não é plausível, pois *fattispecie* é descrição ou esquema de um fato, e o fato real não é nem um esquema, nem uma descrição.

<sup>244</sup> “Pensamos que o primeiro cuidado de quem quiser analisar o âmbito e o significado desta viragem para a tipicidade deve ser o de a distinguir, com o possível rigor, de outra figura com que desprevenidamente se poderia confundi-la. Como a tipicidade assenta necessariamente numa referência ao tipo, poderia supor-se que há equivalência entre a figura que ora nos ocupa, e a previsão ou hipótese legal que se encontra no antecedente de toda a norma jurídica legal. A esta previsão aplicam-se as designações *Tatbestand* e *fattispecie*. Na ausência de designação consagrada na linguagem jurídica portuguesa, há quem tenha pensado fazer corresponder-lhe entre nós a expressão ‘tipo legal’; e mesmo autores estrangeiros, raros embora, falam em tipicidade quando querem aludir às previsões legais. A terminologia é evidentemente possível, mas apresenta escasso interesse, no ponto de vista

Contudo, o tipo a que se dedica este Capítulo não consiste simplesmente na alusão a determinada modalidade contratual, mas à sua inclusão em uma sistemática de *tipicidade* que diz respeito tanto à sua previsão na lei positiva quanto à estatuição de situações jurídicas daí decorrentes.

A ideia de tipo e a opção pela sistematização do Direito dos Contratos ao redor dessa noção não constitui simplesmente escolha arbitrária da doutrina ou do legislador, mas representa escolha teórica por um determinado modo de explicação do mundo. Trata-se, em síntese, de instrumento teórico voltado a conformar fenômeno plural como a liberdade de contratar a uma estrutura abstrata que pretenda assimilar e encapsular dados que, no mundo real, seriam encontrados de maneira caótica e desordenada<sup>245</sup>. A organização do direito – e notadamente do Direito dos Contratos – em torno de tipos consiste em uma espécie de superação – ou ao menos de um aperfeiçoamento – do pensamento a partir de conceitos que marcou a dogmática alemã do século XIX<sup>246</sup>, tendo em vista a dificuldade de a explicação dos fenômenos jurídicos a partir de conceitos acompanhar adequadamente a dinâmica da realidade econômica<sup>247</sup>.

---

científico. Mais vale procurar os sentidos técnicos ou próprios, em que ela revelará toda a sua utilidade. E a linguagem jurídica usual nos apoia nesta orientação. Na verdade, se de tipo se pode falar com tal generalidade, de tipicidade só se fala habitualmente em sentido mais restrito” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. pp. 20-21). Tal distinção fica especialmente evidente no caso dos direitos reais, caracterizados por sua tipicidade (a que alude, no direito brasileiro, o art. 1.225 do Código Civil), que consiste, para Benedict Foëx, em condição inafastável para o próprio reconhecimento da legitimidade desses direitos. Ver: FOËX, Bénédict. *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*. Lausanne: Payot, 1987. p. 27.

<sup>245</sup> Ver: LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. *Revista de direito civil contemporâneo*. v. 16, pp. 121-135, jul./set. 2018.

<sup>246</sup> Observe-se, nesse ponto, que o pensamento tipológico não consiste simplesmente em uma crítica à jurisprudência dos conceitos ou à Escola Histórica alemã, mas a metodologia de aplicação e estruturação do direito que se opõe a sistemas de puros conceitos fundamentais em geral, conforme descritos por Canaris: “São também impróprios para traduzir a unidade interior e a adequação de uma ordem jurídica, todos os sistemas de <<puros>> conceitos fundamentais tal como Stammler, Kelsen ou Nawiasky os desenvolveram. Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade valorativa é sempre de tipo material e só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada” (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 27).

<sup>247</sup> O pensamento tipológico é apontado por Christoph Kern como um contramovimento à jurisprudência dos conceitos e comumente é adotada, pela doutrina alemã, por intermédio de expressões variadas que apontam para *momentos* distintos da implementação dos tipos, seja na figura da *tipicidade* (*Typizität*), que corresponde à existência de modelos contratuais legalmente tipificados; da *tipificação* ou *fixação dos tipos* (*Typenfixierung*), que corresponde à fixação de modelos contratuais na legislação; ou da *incidência do tipo* (*Typenzwang*), que diz respeito à aplicação do regime legal por ocasião do preenchimento dos requisitos típicos: “Eine Arbeit, die sich die Begriffe >>Typizität<<, >>Typenfixierung<< und >>Typenzwang<< bedient, kommt nicht umhin, schon eingangs ihr Anliegen zu einer Strömung abzugrenzen, die hier – ungeachtet der Unterschiede zwischen den einzelnen Auffassungen – als Typuslehre bezeichnet werden soll. Methodologisch am besten wohl als späte Gegenbewegung zur Begriffsjurisprudenz einzuordnen, hat diese Lehre in Deutschland ausser in der allgemeinen Rechtstheorie besonders im Gesellschaftsrecht unter dem Stichwort der >>Typengesetzlichkeit<< einige Beachtung gefunden” (KERN, Christoph Alexander. *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*. Tübingen:

O pensamento tipológico, nesse sentido, procura reaproximar a análise do direito positivo da concretude das relações sociais, com vistas a superar o excessivo grau de abstração verificável na jurisprudência dos conceitos<sup>248</sup>. Evidentemente que a utilização de tipos não suprime a abstração; pelo contrário, a existência dos tipos pressupõe algum grau de generalidade e abstração para permitir a sua elasticidade, porém a tipicidade envolve uma relação *sui generis* entre a hipótese legal e as suas consequências jurídicas, já que tem por intuito possibilitar a modulação das relações sociais e econômicas de acordo com a vontade dos sujeitos, conforme assinala Karl Engisch<sup>249</sup>.

Naturalmente que não é somente da lei que poderão advir modelos contratuais com as características que são próprias aos contratos típicos, já que, para além daqueles negócios jurídicos tipificados no direito positivo, pode-se verificar construtos negociais oriundos dos usos e costumes, por intermédio da constante interação com o direito estatal: trata-se dos contratos socialmente típicos, a serem abordados com maior detalhamento no Capítulo seguinte.

Cabe desde já ressaltar que, segundo Detlef Leenen, a tipicidade oriunda do direito positivo está associada ao que o autor denomina *tipos normativos*, que evidentemente visam a

---

Mohr Siebeck, 2013. p. 27). Tradução livre: Um trabalho que utiliza os conceitos de “tipicidade”, “fixação do tipo” e “método tipológico” não pode evitar, de início, definir sua preocupação com uma corrente que – independentemente das diferenças entre as visões individuais – deveria ser referida como teoria dos tipos. Metodologicamente, melhor seria tratar dela como um contramovimento tardio à jurisprudência dos conceitos. Na Alemanha, esta doutrina tem recebido alguma atenção na teoria jurídica, particularmente no Direito Societário sob a ótica da “tipicidade”.

<sup>248</sup> Conforme assinala Anne Röthel, tal tendência foi inaugurada pelo pensamento de Karl Engisch: “Dass die Hinwendung des Rechts zum Konkreten nicht notwendig ideologiegeprägte, antidemokratische Richteremanzipation bedeuten muss, sondern Ausdruck zuylässiger Orientierung des Rechts an der Wirklichkeit sein kann, hat die nachfolgende Rechtsentwicklung gezeigt. Unter rechtsstaatlichen Vorzeichen verbinden sich in dem Gedanken des ‘Konkreten’ die berechtigten Anliegen nach realitätsbezogener Normgebung, effektiver Normverwirklichung und einzelfallgerechter Normanwendung, also Orientierung des Rechts an der Wirklichkeit und Durchsetzung des Rechts in der Wirklichkeit. Wesentlichen Anteil an dieser Rehabilitierung des ‘Konkreten’ hat die gedankenreiche Studie von K. Engisch ‘Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit’ aus dem Jahr 1953” (RÖTHEL, Anne. *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 9). Tradução livre: O desenvolvimento do direito não decorre necessariamente de uma emancipação ideológica e antidemocrática dos juízes, mas pode corresponder a uma atenção da lei para a realidade. Sob os auspícios do Estado de Direito, a ideia de “concreto” combina as preocupações legítimas com o estabelecimento de normas baseadas na realidade, a implementação eficaz das normas e a aplicação das normas apropriadas ao caso individual, ou seja, orientação da lei para a realidade e aplicação da lei na realidade. O estudo cuidadoso de K. Engisch “A ideia de concretização no direito e na jurisprudência do nosso tempo” de 1953 desempenhou um papel fundamental nesta reabilitação do “concreto”.

<sup>249</sup> Nesse sentido: “Por outro lado, desempenham um papel especial entre as hipóteses legais aquelas do Direito civil que em si incluem declarações de vontade, como designadamente todas as hipóteses legais que têm por objeto a celebração de contratos [...]. Tais hipóteses legais, como já referimos, possibilitam-nos a modelação das nossas relações da vida de acordo com a nossa vontade. Elas tornam possível a autonomia privada e permitem-nos dispor dos imperativos jurídicos duma maneira tal que nos levou a duvidar do seu carácter categórico” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 56). Ver, nesse sentido: ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg: Winter, 1953.

realidade, no entanto refletem um modelo contratual abstrato que representa aquilo que o legislador pensa que deve ser o respectivo negócio jurídico, de maneira a encapsular seus elementos constitutivos. De outro lado, não se pode ignorar a figura do *tipo empírico*, que consiste na compreensão a respeito de um modelo contratual a partir da captura de fenômenos da realidade que serão eventualmente reconduzidos a uma modalidade típica que lhes conferirá o adequado enquadramento jurídico<sup>250</sup>. Daí pontuar Natalino Irti que o tipo (ou hipótese legal, associada pela literatura italiana à figura da *fattispecie*) se constitui em um exercício de probabilidade quanto ao futuro, de maneira a atrair para seu campo de incidência os casos concretos que, embora imprevisíveis pelo legislador e possivelmente exorbitantes do modelo legal, a ele se assemelham funcional e valorativamente<sup>251</sup>.

É de se notar, a partir das categorias oferecidas por Detlef Leenen, que tipos empíricos não se referem exclusivamente aos chamados contratos socialmente típicos, mas podem servir também para referenciar a uma figura típica negócios jurídicos que contenham pequenas variações suficientemente peculiares para afastá-los do quadro geral fixado pela lei, mas não para qualificá-los como um contrato atípico. A tipicidade, nesse sentido, pode adquirir características de tal maneira peculiares em razão da complexidade de tipos concretamente verificados que se pode cogitar da subcategoria dos “pseudocontratos atípicos”, verdadeiros

---

<sup>250</sup> LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung*: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB. Berlin: Duncker & Humblot, 1971. p. 84.

<sup>251</sup> IRTI, Natalino. La crisi della *fattispecie*. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 1, n. 36, 2014. Em sentido semelhante, Hans Christoph Grigoleit salienta que tal característica deve integrar o juízo teleológico próprio da metodologia de aplicação da sistemática do direito: “Die teleologische Struktur der Rechtsfindung hat zwei wesentliche Fundamente: Das eine Fundament bildet das Rationalitätsgebot, das unserer Rechtsordnung axiomatisch zugrunde liegt und in dieser auch verfassungsrechtlich verankert ist. Das andere ist in der sprachtheoretisch vorgegebenen Kontextabhängigkeit normativer Aussagen zu sehen, die auf eine notwendige Zweckpermeabilität aller sprachförmigen Aussagen positiven Rechts hinausläuft. Diese teleologische Kontextualität hat eine dynamische Perspektive, welche aus dem abstrakt-generellen Geltungsanspruch positivrechtlicher Normen sowie aus dessen Zukunftsgerichtetheit folgt. Im Hinblick darauf hat die dem Rechtssetzungsakt zugrundeliegende, abstrakt-generelle Zweckwürdigung einen von vornherein begrenzten Bezugsrahmen” (GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Dogmatik – Methodik – Teleologik*. In: GRIGOLEIT, Hans Christoph.; PETERSEN, Jens. *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert*: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 2017. p. 275). Tradução livre: A estrutura teleológica da construção do direito tem dois fundamentos essenciais: o primeiro é a exigência de racionalidade, que fundamenta axiomáticamente o nosso sistema jurídico e também nele está constitucionalmente ancorado. O outro se encontra no contexto do discurso das declarações normativas, que oferece uma permeabilidade estratégica aos propósitos do direito positivo. Essa contextualidade teleológica tem uma perspectiva dinâmica, que decorre da validade abstrata e geral das normas jurídicas positivas e da sua orientação futura. Tendo isso em conta, a avaliação abstrata e geral da finalidade subjacente ao ato legislativo tem um quadro de referência limitado desde a origem.

subtipos contratuais<sup>252</sup> que não chegam a exorbitar do tipo de referência, conforme argumenta Francesco Messineo<sup>253</sup>.

Exemplo bastante frequente desse fenômeno na jurisprudência brasileira são os chamados “contratos atípicos de locação”, comumente associados aos contratos de *shopping center*, que, por mais que sejam constantemente reconhecidos como contratos atípicos<sup>254</sup>, são expressamente amparados pela Lei do Inquilinato, porém de maneira anômala, tendo em vista que, segundo o art. 54 do respectivo diploma, “Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação

---

<sup>252</sup> É importante não confundir, nesse ponto, a ideia de subtipo contratual com a noção de subcontratação ou de subcontrato, que pode ocorrer com basicamente qualquer figura contratual típica ou atípica que se insira em determinada forma de organização da produção. É o que explica Ramon Lopez Vilas em obra especializada sobre o assunto: “Dentro del mundo empresarial el fenómeno de la subcontratación es muy frecuente. Existe subcontratación siempre que una empresa que fabrica o ensambla un producto compuesto de diversos elementos contrata a su vez con otra empresa la fabricación de una parte concreta del programa de elaboración de aquel producto o obra compleja. Las negociaciones contractuales llevadas a cabo con otras empresas por aquella que recibió el pedido o encargo, da lugar a uno o varios subcontratos en los que se estipula la elaboración parcial del encargo principal, objeto del contrato base” (VILAS, Ramon Lopes. *El subcontrato*. Madri: Tecnos, 1973. p. 58). Tradução livre: Dentro do mundo empresarial, o fenômeno da subcontratação é muito frequente. Existe subcontratação sempre que uma empresa que fabrica o monta um produto composto de diversos elementos contrata com outra empresa a fabricação de uma parte concreta do programa de elaboração daquele produto ou obra complexa. As negociações contratuais levadas a cabo com outras empresas por aquela que recebeu o pedido ou encargo dão lugar a um ou vários subcontratos em que se estipula a elaboração parcial do encargo principal, objeto do contrato base.

<sup>253</sup> “In tutti i detti casi, e in altri analoghi eventuali, non si esorbita dal tipo contrattuale, mentre — a giusto titolo — si dice, e si può dire, che si mettono in essere sottotipi dei dati rispettivi contratti nominati; il restare nel sottotipo significa, appunto, che il fondo del contratto (e la relativa disciplina) sostanzialmente non muta. Per questo, si deve ritenere che le figure ora esaminate, se volessero considerarsi tali, da espungere dalla cerchia dei contratti nominati, sarebbero casi di pseudo-contratto innominato” (MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958. v. X, p. 97). Tradução livre: Em todos os casos, e em outros análogos eventuais, não se exorbita do tipo contratual, ao passo que — justamente — se diz, e se pode dizer, que se estruturam subtipos dos respectivos contratos nominados; empregar um subtipo significa que o fundo do contrato (e a relativa disciplina) substancialmente não muda. Por isso, se deve frisar que as figuras ora examinadas estariam próximas dos contratos nominados, sendo casos de pseudo-contrato inominado.

Em contraposição a tal afirmação, Orlando Gomes pontua que, apesar de se poder conceber a aludida categoria, esta não projetaria suficientes efeitos práticos, na medida em que “a circunstância de o contrato típico conservar a individualidade apesar da anomalia é irrelevante para a inaplicação de outra *disciplina* própria de contratos cujos *elementos convergem* para estruturá-lo. Nesse caso, o intérprete procede como se estivesse diante de um *contrato inominado misto*” (GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. v. 4, pp. 765-793, dez. 2010). Daí a razão pela qual Álvaro Villaça Azevedo de antemão classifica o contrato de *shopping center* como atípico misto (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. v. 716, pp. 112-138, jun. 1995). Para análise das diversas concepções doutrinárias a respeito da natureza do contrato de *shopping center*, ver: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Contrato de Shopping Center. *Revista da EMERJ*. v. 5, n. 18, pp. 187-227, 2002.

<sup>254</sup> O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, já pontuou que “Ainda que a relação entre lojista e empreendedor de shopping center seja atípica, a Lei do Inquilinato preceitua que devem prevalecer as condições livremente pactuadas no respectivo contrato e as disposições procedimentais nela previstas” (STJ, REsp 1.107.241, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 18.08.2009). No mesmo sentido: STJ, Ag. Int. no REsp 1.893.935, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 11.05.2021; TJSP, Apelação Cível 1007789-44.2017.8.26.0032, Rel. Des. Neto Barbosa Ferreira, 29ª Câmara de Direito Privado, julg. 09.09.2020.

respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”<sup>255</sup>. O que se pode verificar a partir dessa hipótese é que a noção de tipo é – e deve ser – bastante elástica, possivelmente abarcando tanto os chamados subtipos<sup>256</sup> como negócios que se distanciam do modelo referenciado em lei, mas que, porém, não refogem ao referido “núcleo essencial” do contrato (a ser mais adiante qualificado como função econômica ou causa do contrato)<sup>257</sup>.

Trata-se exatamente da proposta de Karl Larenz, para quem um tipo não é determinado pela soma de características representadas ou relacionadas pelo pensamento, através de um procedimento de justaposição acidental de elementos característicos de um dado modelo contratual, mas sim pela “montagem” de um todo semanticamente estruturado em torno de um núcleo essencial vinculado a uma função (econômica) específica<sup>258</sup>. De acordo com Karl

---

<sup>255</sup> Tal posição a respeito do contrato de *shopping center* é sustentada por Fábio Ulhoa Coelho: “De minha parte, considero que entre o empreendedor e o lojista existe um contrato de locação, embora revestido de cláusulas especiais com vistas ao atendimento das características próprias do shopping. Essas cláusulas dizem respeito, essencialmente, à remuneração devida pelo lojista ao empreendedor e costumam desdobrar o aluguel numa parcela fixa, reajustável segundo índice e periodicidade contratados, e noutra variável, proporcional ao faturamento do locatário” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Locação em shopping centers*. *Revista do Advogado*. v. 30, n. 109, pp. 56-61, maio 2010. p. 58).

<sup>256</sup> “Por sua vez, os sub-tipos abrangem parte da realidade designada pelo tipo, ordenando-a segundo um critério mais restrito. Estes relacionam-se com um tipo central, correspondente ao tipo que se perfila como normal ou representativo em relação a todos eles; quando não se possa apontar este tipo representativo em relação a um conjunto de sub-tipos de menor amplitude, deve considerar-se, sim, que se está perante um plano de verdadeiros tipos, que não são de sub-ordenar adentro de outro” (MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular*, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 492).

<sup>257</sup> José de Oliveira Ascensão, em obra sobre a tipicidade dos direitos reais, afirma que também nesta seara, a despeito de historicamente (sem prejuízo de transformações mais recentes) caracterizar-se pela adoção da regra do *numerus clausus*, não há critério único para a tipificação, que ocorre ao sabor das circunstâncias e das necessidades sociais e econômicas: “Em geral, são as considerações históricas as decisivas na apresentação concreta dos tipos admissíveis. Necessidades práticas imediatas fazem alterar, reduzir ou aumentar este elenco de figuras possíveis, sem que haja a preocupação de que estas obedeçam a um critério único. Dizendo isto, estamos a fazer uma verificação, e não uma crítica. Em certos casos seria preferível uma arrumação mais racional, mas em geral as necessidades de concretização que estão na base do recurso à tipicidade não se podem socorrer de moldes rigorosamente lógicos. Basta-nos pois observar que o facto marca um limite à indagação em termos de teoria geral. Ou se quisermos, que a «parte geral da parte especial» dos direitos reais (para invocarmos uma categoria que foi já utilizada no Direito Penal) não encontra neste domínio material adequado para análise” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 112). Cabe salientar, nesse ponto, que o Superior Tribunal de Justiça já pontuou que mesmo o dogma da tipicidade dos direitos reais pode ser flexibilizado, na medida em que asseverou que o Código Civil “não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais” (STJ, REsp 1.546.165/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Redator para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julg. 26.04.2016).

<sup>258</sup> “Ein Typus wird nicht durch eine Summe von Merkmalen bestimmt, die das nur vorstellende und beziehende Denken — in Hegels Ausdrucksweise: das nur verständige Denken — gleichsam zufällig aufrafft und äußerlich nebeneinanderstellt, sondern er ist ein „Gefüge“, ein sinnvoll strukturiertes Ganze, in dem jedes „Moment“ auf ein „Sinnzentrum“ (Freyer2)), einen „geistigen Kern“ (Otto3)) bezogen und dadurch in seiner Funktion, in seiner Bedeutung vom Ganzen her bestimmt ist” (LARENZ, Karl. *Typologisches Rechtsdenken: Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. v. 34, pp. 20-30, 1940/1941. p. 20). Tradução livre: Um tipo não é determinado pela soma de características representadas ou relacionadas pelo pensamento – na expressão de Hegel: pensamento compreensivo –, mediante a justaposição acidental dos elementos, mas é uma ‘montagem’ de um todo semanticamente estruturado, no qual cada “momento” está relacionado um ‘centro de

Larenz, a flexibilidade dos tipos permite uma marcante fluidez na sua construção, de maneira a autorizar a criação de tipos em série que, por mais que tenham pouco em comum a partir de uma visão externa, estão ligados a partir de elos intermediários capazes de dar-lhes concretude. Isso porque, segundo o autor, o que conecta os tipos não é uma característica abstrata e comum, mas uma relação abrangente de sentido obtida a partir do desenvolvimento da ideia geral a eles subjacente<sup>259</sup>.

Não é sem motivo que a ideia de tipo é comumente associada à função econômica do negócio jurídico, pois, como já se demonstrou anteriormente, tal noção tende a descrever determinados comportamentos sociais homogêneos aptos a serem reconduzidos a uma categoria geral e abarcante<sup>260</sup>. Daí dizer Enrico Gabrielli que o processo de tipificação legal nasce do desvelamento das exigências concretas que se manifestam nas relações econômicas e sociais que devem ser compreendidas a partir do contrato em concreto, de maneira que os modelos oferecidos pelo legislador sejam capazes de realizar as finalidades empíricas perseguidas pelos particulares<sup>261</sup>.

O *tipo*, dessa maneira, como explica Maria Inês de Oliveira Martins, tal como o conceito jurídico é uma forma de pensar o geral, no entanto não o faz por abstração e sim pela aglutinação dos “traços mais e menos incisivos que caracterizam a realidade que representa,

---

sentido’ (Freyer), um “núcleo essencial”, e portanto é determinado a partir de sua função, em seu significado a partir do todo.

<sup>259</sup> “Denn was die Typen verbindet, ist nicht ein ihnen allen abstrakt-gemeinsames „Merkmal“, sondern die übergreifende Sinnbeziehung, die Einheit der Idee, und wir begreifen diese Einheit, indem wir entweder den konkret-allgemeinen Grundbegriff, in seinen Momenten und Gestalten entfalten oder im einzelnen Typus den allgemeineren Sinn, die zugrundeliegende Idee erschließen” (LARENZ, Karl. *Typologisches Rechtsdenken: Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. v. 34, pp. 20-30, 1940/1941. pp. 20-21). Tradução livre: Pois o que conecta os tipos não é uma ‘característica’ abstrata, mas uma relação de sentido abrangente, a unidade da Ideia, e se entende tal unidade desenvolvendo o conceito fundamental concreto e abrangente em seus momentos e formas ou, no tipo específico, o sentido geral, a ideia subjacente.

<sup>260</sup> CIOFFI, Carmine. Tipo contrattuale. In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/tipo-contrattuale\\_\(Diritto-on-line\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/tipo-contrattuale_(Diritto-on-line)). Acesso em: 8 maio 2021.

<sup>261</sup> “Il tipo legale è uno schema astratto ed unitario di regole che racchiude in sé la rappresentazione di una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale o finanziaria o creditizia. La matrice del tipo legale suggerisce, inoltre, mediante manipolazioni e mutamenti dello schema, la creazione di mistioni e di collegamenti tra tipi, dando luogo così, con la creazione della categoria dei contratti misti e del fenomeno del collegamento negoziale o contrattuale, ad ulteriori problemi di inquadramento, di classificazione e di disciplina delle singole fattispecie. Il discorso sul tipo, per molti aspetti finisce per coincidere anche con quello sull’autonomia privata ed i suoi limiti” (GABRIELLI, Enrico. *Autonomia privata: dal contratto alla crisi d’impresa*. Pádua: CEDAM, 2020. p. 50). Tradução livre: O tipo legal é um esquema abstrato e unitário de regras que inclui em si a representação de uma operação econômica recorrente na prática comercial, financeira ou creditícia. A matriz do tipo legal sugere, ainda, mediante manipulações e mudanças do esquema, a criação de misturas e coligações entre tipos, dando lugar, assim, com a criação da categoria dos contratos mistos e do fenômeno da coligação negocial ou contratual, a ulteriores problemas de enquadramento, de classificação e de disciplina das hipóteses singulares. O discurso sobre o tipo em muitos aspectos acaba por coincidir com o relativo à autonomia privada e seus limites.



tendo uma vocação informativa que o conceito não tem”<sup>262</sup>. Assim, o tipo contém características mais flexíveis que, ao passo que permitem reconduzir o negócio em concreto à imagem global atribuída pelo ordenamento a determinada classe de negócios jurídicos, passam não por um escrutínio de enquadramento ou não ao sistema, e sim pela verificação do *grau de proximidade* do negócio concreto à figura típica capaz de atribuir-lhe determinados efeitos jurídicos ou atrair um dado regime jurídico. O tipo, assim, “[surge] como um sistema aberto, de fronteiras elásticas, com aptidão a compreender um cerne de casos correspondentes à sua realização normal e uma periferia de casos que, manifestando uma parte das características típicas e acrescentando-as de outras notas, têm em si ainda a imagem total de sentido que identifica o tipo”<sup>263</sup>.

Significa dizer que o contrato não é suficientemente descrito pela alusão ao sistema – e, por conseguinte, pela construção monológica da norma de Direito Privado, resultante da mera remissão ao texto legal evocado pelo texto do negócio jurídico –, mas sim decorre do *diálogo* entre os elementos concretos por ele abarcados e os modelos jurídicos descritos pela lei positiva. Daí pontuar Carlos Ferreira de Almeida que o contrato “é formado por um conjunto de signos, entidades bifaciais que relacionam, em semiose, um plano de expressão (do significante) e um plano do conteúdo (do significado)”<sup>264</sup>.

Em outras palavras, é verdade que os tipos são referenciais voltados a garantir o exercício da autonomia privada, no entanto a sua existência faz com que estes se agreguem ao conjunto de constrangimentos que condicionam o exercício da liberdade de contratar, de forma que o conteúdo normativo do negócio jurídico não somente aplica de maneira automática os efeitos evocados por um conjunto de termos e expressões escolhidos pelas partes, mas autoriza a *escolha* do tipo de contrato a partir da articulação da vontade das partes com o texto legal<sup>265</sup>.

A respeito do tema, Tullio Ascarelli, em seu clássico estudo a respeito do negócio indireto, faz expressa referência à tendência de novas formas jurídicas surgirem não a partir da criação de modelos absolutamente inovadores, mas na reformulação das funções desempenhadas por institutos já existentes, “não raro, ostentando, então, a história do seu

---

<sup>262</sup> MARTINS, Maria Inês de Oliveira, Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular, in: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 487-488.

<sup>263</sup> MARTINS, Maria Inês de Oliveira, Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 490-491.

<sup>264</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. II, p. 667.

<sup>265</sup> Ver: RUEL, Frédéric. *La choix du type de contrat*. Lille: ANRT, 1997.

passado, nas formas, que permanecem idênticas, apesar da renovação das funções”<sup>266</sup>. Apesar de o negócio indireto dizer respeito a figura *sui generis*, a reflexão de Ascarelli é útil para ilustrar a circunstância de que a tipicidade contratual é suficientemente elástica para afastar-se da definição dos *tipos* verificáveis em outras searas jurídicas – como o Direito Penal, fortemente marcado pela lógica da subsunção<sup>267</sup> –, mesmo porque não correspondem a definições estanques, mas a função econômica que pode ser eventualmente *descoberta* em concreto<sup>268</sup>.

Não é sem motivo que a dogmática alemã contemporânea associa o método tipológico à ideia de *Rechtsfindung*, pois o procedimento a ser realizado pelo intérprete do contrato não é o de mera subsunção de elementos fáticos a requisitos literalmente previstos pela legislação, mas de identificação de um núcleo essencial que, enquanto preservado, reconduzirá ao tipo legal independentemente da variação de traços acessórios<sup>269</sup>. Como já se antecipou, o

---

<sup>266</sup> ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: \_\_\_\_\_. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 102.

<sup>267</sup> É interessante notar que, para Misabel Derzi, a noção de tipicidade no Direito Tributário traz consigo algum grau de flexibilidade para que se promova a abertura do sistema jurídica à realidade, porém se identifica uma espécie de situação intermediária na qual se oferece ao intérprete um certo grau de maleabilidade, porém dentro de esquemas rígidos: “Sem dúvida, onde encontramos graduabilidade, flexibilidade da estrutura jurídica e abertura à realidade há, provavelmente, formas de pensar por ordens similares aos tipos. Mas só falamos em resíduos e não em tipos, porque não há possibilidade das transições graduais de uma espécie a outra no Direito Tributário. Nesse ramo jurídico, não se admitem as formas mistas e transitivas, formadas a partir do método comparativo. A graduabilidade e a flexibilidade são restritas ao interior de certas espécies tributárias — imposto sobre a importação, a exportação, a produção industrial, os transportes, a guerra e certas contribuições — com relação às quais o Poder Executivo pode alterar a base de cálculo e a alíquota. A lei só fixa os limites dentro dos quais será exercida a discricionariedade administrativa” (DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. v. 31, n. 30/31, pp. 213-260, 1988. p. 260).

<sup>268</sup> Nesse sentido: “Die <<Begriffe>> der einzelnen Vertragstypen im B. G. B. sind nicht als feste Tatbestände zu werten, an deren Vorliegen der Eintritt der unter dem betreffenden Titel angeordneten Rechtsfolgen geknüpft ist, sondern sie sind ihrem Wesen nach nichts anderes als die Definitionen der vorhergegangenen Gesetzbücher. Dass man die <<Begriffe>> der einzelnen Vertragstypen nur als Definitionen und nicht als feste Tatbestände ähnlich wie im Strafrecht betrachtete, ergibt sich aus dem folgenden Satz der Motive: <<Der Begriff des Darlehens ist im Übrigen im Rechtsleben so eingebürgert, dass eine Definition entbehrlich erscheint>>. Wenn man die Begriffe der Vertragstypen den Tatbeständen des Strafrechts gleichgestellt hätte, wäre ein derartiger Satz unmöglich. Bei den einzelnen Vertragstypen fehlt ein straffer Zusammenhang zwischen den im <<Begriffe>> aufgestellten Tatbeständen und den angeschlossenen Rechtsnormen. Dass die unter den einzelnen Vertragstypen angeordneten Rechtsnormen nicht mit den Tatbeständen übereinstimmen, ist bereits von Schreiber bewiesen worden. Die Regeln der einzelnen Tatbestände werden auch auf andere Vertragstypen für anwendbar erklärt, wenngleich für dieses Verfahren gewisse Vorbehalte gemacht werden” (CHARMATZ, Hans. *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*: Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge. Frankfurt sobre o Meno: Sauer & Auvermann, 1968. p. 258). Tradução livre: O conceito dos tipos singulares no BGB não deve ser visto como elemento fixo, cuja existência estaria ligada à ocorrência de consequências jurídicas previstas no respectivo título, mas na sua essência para além das definições dos códigos. O fato de que o conceito de tipo contratual poder ser visto apenas como definições e não como fatos fixos, à semelhança do direito penal, resulta do seguinte conjunto de motivos: o conceito de empréstimo está tão naturalizado no direito que uma definição parece desnecessária. Se os contornos do tipo contratual fossem equiparados aos tipos penais, tal afirmação seria impossível. No caso dos tipos contratuais, não há uma ligação clara entre as hipóteses fáticas expostas nos conceitos e as normas legais associadas. Schreiber já provou que as normas jurídicas estabelecidas nos diferentes tipos de contrato não correspondem aos fatos do caso. As regras das hipóteses em questão são também aplicáveis a outros tipos contratuais, embora isso ocorra com algumas reservas.

<sup>269</sup> Nesse sentido: “Dass die traditionelle Methodenlehre am Begriff orientiert ist und daher die Besonderheit der Typologik nicht ohne innere Widersprüche in sich aufnehmen kann, zeigt sich deutlich an einer ihrer zentralen

aludido núcleo essencial consiste na função econômica desempenhada pelo negócio jurídico contratual, de tal maneira que será perfeitamente plausível a manutenção da associação a um modelo típico mesmo diante da existência de variações expressivas – que, porém, não tenham o condão de descrever outra função econômica.

Daí salientar Vincenzo Roppo que ao conceito de tipo contratual está vinculado o de qualificação do contrato, assim entendido como a operação lógica por meio da qual, diante de uma hipótese concreta de contrato, se estabelece que esta corresponde mais a um do que a outro tipo legal, ou, ainda, que se trata de um contrato atípico por não corresponder a nenhum tipo legal<sup>270</sup>. A função econômica contida no negócio jurídico concreto, por conseguinte, é precisamente o esquema lógico-conceitual que compreende a pluralidade e complexidade que marcam a análise da tipicidade contratual, e permite a qualificação contratual em sua inteireza e globalidade para que se possa ampliar os horizontes conceituais oferecidos pela legislação sem que necessariamente se dispense o esquema oferecido pelo ordenamento<sup>271</sup>.

---

Unterscheidungen nämlich der von Auslegung und Rechtsfortbildung an Hand des ‘möglichen Wortsinns’ einer Vorschrift. [...] Die Grenze des ‘möglichen Wortsinns’ bildet für typologisches Denken kein sinnvolles Kriterium. Typologische Rechtsfindung kann sich innerhalb des möglichen Wortsinns des zur Kennzeichnung eines hervorgehobenen Zuges verwendeten sprachlichen Ausdrucks halten oder den Wortsinn verlassen, ohne dass damit irgendeine ‘Schwelle’ überschritten, ein Unterschied der methodischen Vorgänge begründet würde. Denn für den Typus hat jeder Zug letztlich überhaupt verzichtbar, solange nur auf Grund des Ausprägungsgrades der übrigen Züge das ‘Gesamtbild’ unter dem konstitutiven Wertaspekt gewahrt bleibt. Wenn aber jeder Zug sogar verzichtbar ist, kann der mögliche Wortsinn des zu seiner Kennzeichnung verwandten Ausdrucks keine Grenze der typgemässen Rechtsfindung bilden” (LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971. p. 173). Tradução livre: O fato de a metodologia tradicional estar orientada para o conceito, e, portanto, não poder acomodar a especificidade tipológica sem contradições internas é claramente demonstrado por uma das suas distinções centrais, nomeadamente a da interpretação jurídica baseada no “possível significado literal” de um regulamento. [...] O limite do “significado possível da palavra” não constitui um critério significativo para o pensamento tipológico. A determinação jurídica tipológica pode permanecer no possível sentido literal da expressão linguística utilizada para caracterizar um traço destacado ou sair do sentido literal sem ultrapassar qualquer ‘limiar’ ou estabelecer diferença nos processos metodológicos. Para o tipo, todo traço é, em última análise, dispensável, desde que o “quadro geral” seja preservado do seu aspecto de valor constitutivo. Mas se cada traço pode ser dispensado, o possível sentido literal da expressão utilizada para caracterizá-lo não pode constituir um limite à determinação jurídica típica.

<sup>270</sup> Tradução livre do original: “Al concetto di tipo contrattuale si lega il concetto di qualificazione del contratto: l’operazione logica mediante cui, di fronte a una concreta fattispecie di contratto, si stabilisce che essa corrisponde a uno piuttosto che a un altro tipo legale, oppure che è un contratto atipico perché non corrisponde a nessun tipo legale” (ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. 4. ed. Turim: Giappichelli, 2016. p. 414).

<sup>271</sup> Nesse sentido: “L’operazione economica, come già rilevato, è una tecnica di costruzione concettuale della fattispecie – di per sé sovraordinata alla qualificazione, nel senso della tipicità o atipicità, dello esquema negoziale scelto dalle parti – idonea a tenere conto degli elementi di complessità espressi dall’atto di autonomia, in termini di pluralità e diversità degli interessi ad esso sottostanti, di complessità ed elasticità della ragione sostanziale dell’affare e dell’attività che mediante esso s’intende realizzare, degli effetti ulteriori, anche verso terzi e il mercato, che esse è in grado di generare. Conseguentemente, l’operazione economica rappresenta uno schema logico-concettuale che, meglio di altri (quale quello del ‘contratto’), consente di cogliere, nella sua interezza e globalità, l’essenza dell’affare stesso, soprattutto quando necessiti di uno strumento logico-rappresentativo dotato di vasto respiro dogmatico-sistematico e di ampio orizzonte concettuale” (GABRIELLI, Enrico. *Mercato, contratto e operazione economica. Rassegna di diritto civile*. v. 4, pp. 1044-1060, 2004. p. 1047). Tradução livre: A operação econômica, como já se demonstrou, é uma técnica de construção conceitual da fattispecie – de per se orientada pela qualificação, no sentido da tipicidade ou atipicidade, do esquema negocial eleito pelas partes – idônea a ter

Tal marca característica da tipicidade consiste em um dos principais fatores distintivos dessa metodologia com relação à abordagem conceitual associada à Pandectística. Destacam-se, nesse sentido, as clássicas categorias dos *essentialia negotii* – características conceitualmente necessárias e suficientes de um determinado tipo –, *naturalia negotii* – traços factuais que constam da disciplina legal, porém não integram o conceito essencial, já que dizem respeito a “consequências que decorrem do próprio ato, sem que haja necessidade de expressa menção”<sup>272</sup> – e *accidentalialia negotii* – que não consistem em elementos formadores dos

---

em conta os elementos de complexidade expressos pelo ato de autonomia, em termos de pluralidade e diversidade dos interesses subjacentes, da complexidade e da elasticidade da razão substancial do negócio e da atividade que através dele se pretende desenvolver, dos efeitos ulteriores, também perante terceiros, e o mercado que é capaz de gerar. Consequentemente, a operação econômica representa um esquema lógico-conceitual que, mais do que outros (como o contrato), permite apreender, na sua totalidade e globalidade, a essência do próprio negócio, especialmente quando este exige uma ferramenta lógico-representativa com vasto alcance dogmático-sistemático e amplo horizonte conceitual.

<sup>272</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo? Saraiva, 2002. p. 26.

conceitos<sup>273</sup>, porém designam componentes que “facultativamente se adicionam ao ato para modificar-lhe uma ou algumas de suas consequências naturais”<sup>274</sup>.

Não obstante o fato de que tais categorias decorrem de “[a]ntigo sistema de classificação dos componentes dos atos jurídicos [que] parte da noção filosófica de elementos, ou seja, das partes que, em seu todo, formam ou constituem as coisas materiais”<sup>275</sup>, trata-se de sistemática ainda comumente utilizada para a interpretação e qualificação de contratos e, portanto, não totalmente despida de utilidade. Pelo contrário, o expediente de subsunção de um negócio concreto a um determinado modelo legal por intermédio da análise dos elementos essenciais do contrato em detrimento da mera vontade declarada constitui o cerne do disposto no art. 112 do Código Civil, segundo o qual “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Não por acaso, pode-

---

<sup>273</sup> Em análise da disciplina pandectística, assinala Leenen: “Den in unserem Zusammenhang bedeutsamsten Beleg dieses begrifflichen Denkens bietet die von der Pandektistik wiederaufgenommene und zu ihrer eigentlichen Blüte gebrachte Lehre von den ‘essentialia’, ‘naturalia’ und ‘accidentalia negotii’. Unter ‘essentialia’ werden die ‘wesentlichen Bestandteile’ verstanden, ohne die ‘ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde, ‘naturalia’ sind ‘Eigenschaften und Wirkungen eines Geschäftes, welche ihm in der Regel zukommen, die ihm aber nicht wesentlich sind’, ‘accidentalia’ sind ebenso ‘begrifflich nicht wesentlich’, aber auch nicht ‘aus dessen Natur’ folgend, sondern ‘im Einzelfalle besonders zugefügt’. Diese Dreiteilung ist als eine Gliederung nach begrifflichen, typischen und individuellen Bestandteilen der rechtsgeschäftlichen Regelung zu verstehen. ‘Essentialia’ sind die begrifflich notwendigen und hinreichenden Merkmale einer bestimmten Rechtsgeschäftsart. Die ‘naturalia’ enthalten zur Begriffsbildung nicht verwendete tatbestandliche Züge samt zugeordneten Rechtsfolgen des Typus, der durch die essentialia bestimmten Art zugrunde liegt. Die ‘accidentalia’ vermögen nur die Züge des Typus im Einzelfall zu variieren, nicht aber die begriffsbildenden Merkmale, an denen ‘die Autonomie der Parteien eine Schranke findet’. Ausdruck begrifflichen Denkens, wie eingangs behauptet, ist die Lehre von den essentialia, naturalia, accidentalia negotii trotz der letztgenannten typisierenden und individualisierenden Komponenten deshalb, weil über die Frage der ‘Natur’ eines konkreten Vertrages allein die essentialia entscheiden, dagegen die nach naturalia und accidentalia besondere Ausgestaltung de Geschäfts, also die Gesamtheit seiner Merkmale, nicht berücksichtigt wird. Das aber heißt: das Verfahren der rechtlichen Qualifikation eines Vertrages stellt sich als Subsumtion unter isolierte begriffliche Merkmale, nicht als Zuordnung zu einem Typus dar. ‘Essentialia negotii’ sind mit einer typologischen Struktur des Vertragsrechts unvereinbar” (LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971. pp. 122-123). Tradução livre: A evidência mais significativa do pensamento conceitual do nosso tema é fornecida pela doutrina dos essentialia, naturalia e accidentalia negotii que foi retomada e desenvolvida pela pandectística. Essentialia abarca os componentes essenciais sem os quais não existiria um negócio jurídico dessa modalidade, naturalia são características e efeitos de um negócio que lhe são geralmente inerentes, mas que não são essenciais, os accidentalia também são conceitualmente não essenciais, mas também não decorrem da sua natureza, mas são encontrados em casos individuais. Esta divisão tripartida deve ser entendida como uma estrutura de componentes conceituais, típicos e individuais da regulação dos negócios jurídicos. Essentialia são as características conceitualmente necessárias e suficientes de um determinado tipo de negócio jurídico. Os naturalia contêm características factuais não utilizadas para formar o conceito, juntamente com as consequências jurídicas associadas aos essentialia. Os accidentalia só são capazes de variar as características do tipo em casos individuais, mas não as características formadoras de conceitos que limitam a autonomia das partes. A doutrina dos essentialia, naturalia e accidentalia negotia é uma expressão do pensamento conceitual, apesar de esta última tipificar e individualizar componentes do contrato associados ao negócio em concreto, sem que se leve em consideração a totalidade das suas características, ao passo que a sua natureza é determinada apenas pelos essentialia. Mas isso significa que o processo de qualificação jurídica de um contrato apresenta-se como subsunção a características conceituais isoladas, e não como atribuição a um tipo. Essentialia negotii são incompatíveis com a estrutura tipológica do direito contratual.

<sup>274</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 27.

<sup>275</sup> RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 97.

se encontrar numerosas menções à doutrina dos *essentialia* em julgados que buscam identificar os efeitos concretos de um dado contrato em que pese o *nomen iuris* atribuído pelas partes não corresponda à operação econômica subjacente ao negócio<sup>276</sup>.

Em outras palavras, ainda que a estrutura dos *essentialia*, *naturalia* e *accidentalialia negotii* decorre da pretensão abarcante e sistematizadora da Pandectística, trata-se de elementos ainda bastante úteis para identificar o núcleo definidor de determinados tipos contratuais. Basta ver que, ao se proceder à enumeração de *coisa*, *preço* e *consenso* como elementos essenciais à compra e venda, ou *interesse*, *risco*, *garantia* e *prêmio* como condições inafastáveis para o aperfeiçoamento do contrato de seguro<sup>277</sup>, não se está fazendo outra coisa senão buscar-lhes o núcleo essencial. No entanto, a identificação dos *essentialia* não cuida exatamente de um juízo de tipicidade, e sim da perquirição pelos elementos de existência e validade do contrato, uma vez que “nenhum deles [pode] ser excluído, sob pena de se impedir a constituição do negócio”<sup>278</sup>.

A virada metodológica do conceitualismo para a tipicidade significa, nesse sentido, direcionar os esforços de perquirição a respeito do regime jurídico incidente sobre um dado negócio concreto aos demais elementos: os *naturalia negotii*<sup>279</sup>, que, segundo Roberto de

---

<sup>276</sup> Nesse sentido: TJSP, Apelação Cível 1015208-80.2019.8.26.0506, Rel. Des. Jane Franco Martins, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julg. 19.08.2021; TJSP, Apelação Cível 1001669-55.2018.8.26.0062, Rel. Des. Álvaro Torres Júnior, 20ª Câmara de Direito Privado, julg. 11.02.2021; TJSP, Apelação Cível 0000151-46.2011.8.26.0659, Rel. Des. Silvério da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, julg. 05.12.2017; TJSP, Apelação Cível 9094312-34.2008.8.26.0000, Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz, 5ª Câmara de Direito Privado, julg. 24.07.2013.

<sup>277</sup> Nesse sentido: TJDF, Apelação Cível 20090111733074, Rel. Des. João Egmont, 5ª Turma Cível, julg. 24.10.2012; TJDF, Apelação Cível 20080310279974, Rel. Des. João Egmont, 5ª Turma Cível, julg. 12.04.2012; TJDF, Apelação Cível 20080111170229, Rel. Des. João Egmont, 5ª Turma Cível, julg. 11.11.2011. Trata-se, nesse sentido, da definição oferecida por Fábio Konder Comparato: “Toda operação de seguro representa, em última análise, a garantia de um interesse contra a realização de um risco, mediante o pagamento antecipado de um prêmio. Os *essentialia negotii* são, portanto, quatro: o interesse, o risco, a garantia e o prêmio. Para a definição do seguro em questão, basta analisar o interesse e o risco, isto é, o objeto e a causa do negócio” (COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: \_\_\_\_\_. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 353).

<sup>278</sup> RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 321. Salvatore Pugliatti, em sentido semelhante, utiliza como sinônimo de “elementos essenciais” a expressão “elementos existenciais”: “Sono elementi essenziali o esistenziali quelle parti della situazione di fatto richieste dal diritto affinché tale situazione venga qualificata come negozio giuridico. Sono tali perciò la dichiarazione di volontà e la causa. A questi elementi necessari per ogni tipo di negozio, bisogna aggiungere quelli necessari per alcune categorie di negozi: tali l’oggetto per i negozi contrattuali e la forma per i negozi solenni” (PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1996. p. 65). Tradução livre: São elementos essenciais ou existenciais as partes da situação de fato abarcadas pelo direito para que tal situação seja qualificada como negócio jurídico. Trata-se da declaração de vontade e da causa. A estes elementos necessário a todo tipo de negócio, é preciso acrescentar aqueles que são necessários a algumas categorias de negócio: como o objeto para os negócios contratuais e a forma para os negócios solenes.

<sup>279</sup> Cabe salientar que, para Pugliatti, os *naturalia* sequer constituiriam uma categoria autônoma de elementos negociais, pois “dal primo profilo non riguardano la composizione strutturale del negozio, e quindi non entrano nella classificazione degli elementi di questo” (PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1996. p.

Ruggiero, “correspondem à natureza típica do negócio, os que são conformes com a sua índole, os que o próprio ordenamento refere e exige, ainda quando as partes não os tenham incluído”<sup>280</sup>; e os *accidentalia negotii*, “aqueles que são introduzidos pela vontade das partes (visto o negócio ser suscetível disso) e que tendem a modificar o tipo abstrato na espécie concreta a que se dá vida”<sup>281</sup>.

Significa dizer que a qualificação do contrato mediante a identificação de suas características concretas para que sejam reconduzidos aos efeitos jurídicos inscritos na lei caso correspondam a um modelo típico envolve não o levantamento de requisitos de validade, mas a interpretação e reconstrução de sua função econômica a partir de elementos empiricamente verificáveis (e, portanto, de maneira a abarcar tanto dados jurídicos quanto sociais, econômicos e culturais). Andrea Garofalo, nesse sentido, aponta tal postura como característica distintiva entre os juízos de tipicidade realizados no direito alemão e no direito italiano: no primeiro, por ser avesso a atribuir um papel mais relevante à vontade das partes, o juízo de tipicidade se dá de maneira fundamentalmente estrutural, qualificando-se um contrato como típico na medida em que não se afasta suficientemente da disciplina legal; o segundo, por sua vez, é caracterizado pela sensibilidade do intérprete italiano quanto ao sentido funcional atribuído pelas partes ao contrato no exercício da autonomia privada, sendo seu papel realizar o encontro entre as disposições legais e as instâncias sociais<sup>282</sup>.

Como se demonstrará mais adiante, a adequada compreensão do fenômeno da tipicidade no direito brasileiro, notadamente em se tratando de contratos empresariais, deve necessariamente levar em consideração o exercício da autonomia privada das partes, e não buscar emancipar os efeitos do contrato das manifestações de vontade, como se a vontade do ordenamento pudesse suplantar a vontade dos particulares<sup>283</sup>. Pode-se, com isso, retornar à

---

66). Tradução livre: a princípio não integram a composição estrutural do negócio, e portanto não entram na classificação de seus elementos.

<sup>280</sup> RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 321.

<sup>281</sup> RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 321.

<sup>282</sup> GAROFALO, Andrea. *Le regole costitutive del contratto: contributo allo studio dell'autonomia privata*. Nápoles: Jovene Editore, 2018. pp. 83-84.

<sup>283</sup> Nesse sentido: Esso vide contrapporsi, da un lato, coloro che propendevano per la purezza originaria della definizione di negozio giuridico, centrato sul potere creativo della volontà, cui si sarebbe dovuta far risalire anche la creazione dell'effetto giuridico (così perpetuandosi la tradizionale *Willenstheorie*, nella sua veste di *Rechtsfolgentheorie*); dall'altro, coloro che invece ritenevano di dover superare quest'approccio, accentuando l'importanza del sistema giuridico (spingendosi verso la ricerca di un nuovo fondamento per il negozio giuridico: è questa la *Grundfolgentheorie*). In particolare, l'idea di Lotmar era volta a emancipare l'efficacia giuridica dalla volontà dei privati, facendola derivare piuttosto dalla volontà dell'ordinamento; e, ciò, soprattutto sulla base dell'argomento per cui non sempre le parti conoscono gli effetti giuridici che appaiono volere: tanto che, concludeva l'autore, se si volesse parlare di intento di produrre effetti giuridici, lo si dovrebbe fare in virtù di un giudizio giuridico, e non più psicologico” (GAROFALO, Andrea. *Le regole costitutive del contratto: contributo allo studio dell'autonomia privata*. Nápoles: Jovene Editore, 2018. pp. 88-90). Tradução livre: Pode-se contrapor, de um lado, aqueles que defendiam a pureza original da definição de negócio jurídico, centrado no poder criativo

premissa inicial deste tópico segundo a qual a tipicidade não consiste em um cardápio de modelos contratuais aos quais as partes deverão aderir, mas um repertório de figuras normatizadas cujas disciplinas incidirão sobre os negócios jurídicos livremente pactuados que produzam os efeitos práticos correspondentes<sup>284</sup>.

Evidentemente que tal arranjo teórico deve ser adequadamente compatibilizado com a proteção da autonomia privada das partes contratantes, postulado que, como se viu no Capítulo anterior, se encontra no cerne dos contratos empresariais. Tal cuidado é especialmente necessário diante da tendência da jurisprudência de, tendo no horizonte o repertório de contratos tipificados pela legislação, trabalhar com a flexibilidade dos modelos típicos para ampliá-los de tal maneira a fazer prevalecer o regime positivado mesmo nas situações que dizem respeito a funções econômicas já distantes, utilizando-se da incidência supletiva das normas típicas para constantemente dar *vitória ao tipo* sempre que este venha a concorrer com disposições que o extrapolem<sup>285</sup>.

Tal tendência da análise contratual pela jurisprudência pode ser associada à função atribuída aos tipos contratuais em suas origens romanísticas, na medida em que a Pandectística difundiu o entendimento de que o sistema contratual romano seria caracterizado por uma “tipicidade forte”<sup>286</sup>, segundo a qual os sujeitos apenas podem empregar, na regulação de suas relações jurídicas, os tipos contratuais postos à sua disposição (em tendência que se manteve, apesar de ter se atenuado ao longo do tempo)<sup>287</sup>. Acontece que, com a expansão da atividade econômica e especialmente com o advento do *pacta sunt servanda*<sup>288</sup>, a rigidez do sistema

---

da vontade, que seria necessária para a produção de efeitos jurídicos (assim perpetuando a tradicional Willentheorie, na sua veste de Rechtsfolgentheorie); de outro, aqueles que defendem a necessidade de superação desta abordagem, acentuando a importância do sistema jurídico (impulsionando a procura de uma nova base para o negócio jurídico: a Grundfolgentheorie). Em particular, a ideia de Lotmar era voltada a emancipar a eficácia jurídica da vontade dos particulares, fazendo-a derivar da vontade do ordenamento; e sobretudo com base no argumento de que as partes conhecem os efeitos jurídicos que desejam: tanto que, conclui o autor, se se quisesse falar da intenção de produzir efeitos jurídicos, isto se deveria fazer em virtude de um juízo jurídico, e não psicológico.

<sup>284</sup> GAROFALO, Andrea. *Le regole costitutive del contratto: contributo allo studio dell'autonomia privata*. Nápoles: Jovene Editore, 2018. pp. 98-100.

<sup>285</sup> Nesse sentido: GABRIELLI, Enrico. Tipo contrattuale. In: TRECCANI, Giovanni. *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1999. p. 4; SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3.ed. Turim: UTET, 2004. v. 2, p. 447.

<sup>286</sup> TALAMANCA, Mario. La tipicità del sistema contrattuale romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 86, pp. 44-64, 1991. pp. 44-47.

<sup>287</sup> A construção da atipicidade contratual no Direito Romano foi abordada em artigo específico a respeito do tema: PRATA DE CARVALHO, Angelo. Nuda pactio obligationem non parit? Os contratos atípicos no Direito Romano e as dificuldades contemporâneas da herança romanística. In: COSTA-NETO, João; tartuce, Flávio; ZANITELLI, Leandro Martins. *Ensaio sobre direito civil, filosofia do direito privado e direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

<sup>288</sup> Ao comentar o desenvolvimento do *pacta sunt servanda* no Medievo, assim se manifesta James Gordley: “A number of medieval jurists concluded that, in principle or by nature, contracts were binding by consent. The distinction between nominate and innominate contracts was merely a matter of Roman or positive law. The late



contratual romano dá lugar a um contexto no qual a tipicidade não mais serviria para restringir o rol de acordos juridicamente executáveis, mas sim para, de um lado, preencher lacunas contratuais, e, de outro, servir como modelo para o controle do conteúdo dos negócios jurídicos<sup>289</sup>.

Assim, expostas as principais características da tipicidade como metodologia própria de análise do Direito dos Contratos, cabe verificar de que maneira o ordenamento interage com a autonomia privada na estipulação de contratos empresariais, com vistas a investigar os caminhos para a qualificação contratual no ordenamento brasileiro diante dos princípios que são próprios a esses negócios.

### **III.3. Tipicidade contratual e ordenamento jurídico: a relevante distinção entre normas de ordem pública, normas imperativas e normas dispositivas**

Já se mencionou que a tipicidade consiste em fenômeno jurídico destinado a encapsular em figuras positivadas pontos de partida voltados a facilitar o exercício da autonomia privada. Igualmente já se afirmou, nesse sentido, que a metodologia associada à construção e utilização de tipos contratuais tem por finalidade justamente oferecer mecanismos minimamente flexíveis e que, por conseguinte, possam ser livremente explorados e adaptados ao talante dos interesses dos agentes econômicos. Dessa maneira, podem as partes contratantes, a partir da estruturação de suas operações econômicas, reconduzi-las a um tipo referenciado em lei, de tal forma a atrair a incidência das normas daquele regime sobre o contrato em concreto.

Naturalmente que a facilidade mais evidente que decorre desse fenômeno é o fato de que basta que as partes contratantes evoquem os elementos constitutivos de um determinado

---

scholastics found this conclusion congenial because, like Thomas, they regarded promises as binding and thought that consent was essential to a promise. Nevertheless, the medieval jurists did not arrive at it by borrowing ideas from Aristotle or Thomas. Nor did they do so, as has sometimes been suggested, by borrowing the teaching of the Canon law that it is sinful to break a promise. They arrived at this conclusion gradually through reflection on their Roman texts. It was not alien to the texts themselves. Indeed, one cannot point to a moment when this opinion represented a genuinely new insight” (GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 41). Tradução livre: Diversos juristas medievais concluem que, em princípio ou por sua natureza, contratos eram vinculantes pelo consenso. A distinção entre contratos nominados e inominados era apenas um problema para o direito romano ou positivo. Os escolásticos posteriores foram agrados por esta conclusão, pois, como Tomás, consideravam as promessas como vinculantes e pensavam que o consenso era essencial a uma promessa. De toda sorte, juristas medievais não chegaram a tal conclusão empregando ideias de Aristóteles ou Tomás. Igualmente não o fizeram, como às vezes se sugere, tomando emprestada do Direito Canônico a lição segundo a qual é pecado quebrar um promessa. Chegaram a esta conclusão gradualmente pela reflexão sobre os textos romanos. Ela não era estranha aos textos. Na verdade, pode-se apontar para um momento específico em que esta opinião representava uma ideia genuinamente nova.

<sup>289</sup> OECHSLER, Jürgen. Vertragstypen. In: VON STAUNDIGER, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*. Berlin: Sellier – De Gruyter, 2008. pp. 539-540.

contrato típico para que seu regime incida sobre o negócio jurídico que pactuaram. Por exemplo, partindo-se da clássica premissa de que o contrato de compra e venda é constituído por três elementos básicos – coisa, preço e consenso<sup>290</sup> –, e de que tem por função econômica a transferência onerosa da propriedade, o negócio concreto que reunir essas características será um contrato de compra e venda, independentemente do nome que lhe atribuírem as partes<sup>291</sup>.

Acontece que, como se busca demonstrar com o presente trabalho, há inúmeras situações concretas que impelem os agentes econômicos a desejar a estruturação de modalidades contratuais que não estejam previstas pela lei e, eventualmente, até de afastar regimes típicos que se mostrem pouco convenientes para os interesses em jogo. Contudo, se o regime típico se impõe tão logo se verifique em concreto a função econômica referenciada em lei, é relevante refletir a respeito da maneira por meio da qual se expressa a liberdade de contratar negócios atípicos. Isso porque tal cenário produz aparente paradoxo, já que, de um lado, o art. 425 do Código Civil brasileiro autoriza a celebração de contratos atípicos, e, de outro, verifica-se que os regimes típicos se impõem sempre que se invoca a sua função econômica.

Diante disso, poder-se-ia questionar em que medida a tipicidade contratual serviria para limitar a autonomia privada, já que, em última análise, a celebração de contratos atípicos teria como condição inafastável a estruturação de operação econômica que não se subsuma aos

---

<sup>290</sup> “Nos tratados sói falar-se da coisa e do preço como requisitos essenciais da compra e venda. Na realidade são ambos ou elementos diferenciadores da compra e venda em relação a outros contratos [...] ou, no que tange à própria existência e disponibilidade [...], são pressupostos do negócio obrigatório: se a coisa inexistente ou está fora do comércio, ter-se-á um caso comum de impossibilidade inicial da prestação e, daí, de nulidade do negócio por inatingibilidade do seu escopo, o nascimento da obrigação, mas não por falta de um requisito essencial. [...] No que diz respeito ao consentimento e à capacidade, de que também dizem ser requisitos essenciais da compra e venda, ambos entram na tratção genérica dos requisitos de qualquer negócio” (GORLA, Gino. *Teoria e prática da compra e venda*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960. v. I, p. 69).

<sup>291</sup> Ao analisar os aspectos funcionais oriundos dos contratos, Filippo Maisto destaca o contexto social, econômico e político que abarca uma “banalíssima compra e venda” para demonstrar que a sua função econômica encarta uma relevante utilidade social: “È opportuno considerare anche una banalissima compravendita: nel sistema economico del (tendenzialmente) libero mercato, la ragione per cui taluno si vincola al contratto è che gli manca un bene di cui ha bisogno e, al contempo, qualcun altro ha a disposizione un bene di cui può fare a meno. In generale, si osserva che alla base del vincolo contrattuale si pone una scelta politica delle istituzioni sovrane circa l’ allocazione delle risorse disponibili. Una simile distribuzione delle risorse disponibili è il risultato di una scelta politica, la quale richiede un’ adeguata considerazione dell’ utile per la collettività. In tal senso, la giustificazione etica, basata sul senso dell’ onore degli individui, deve essere sostituita da un fondamento ideologico, costituito dalla promozione degli accadimenti socioeconomici utili per accrescere il benessere spirituale e materiale della collettività” (MAISTO, Filippo. *Diritto contrattuale avanzato*. Limena: Libreria Universitaria, 2022. p. 12). Tradução livre: É oportuno considerar uma banalíssima compra e venda: no sistema econômico do (tendencialmente) livre mercado, a razão pela qual alguém se vincula ao contrato é que lhe falta um bem de que precisa, e, ao mesmo tempo, outra pessoa tem o bem à sua disposição. Em geral, se observa que na base do vínculo contratual se coloca uma escolha política das instituições sobre a alocação dos recursos disponíveis. Uma distribuição similar dos recursos disponíveis é resultado de uma escolha política, que exige uma adequada consideração do que é útil para a coletividade. Nesse sentido, a justificativa ética, baseada no sentido da honra dos indivíduos, deve ser substituída por um fundamento ideológico, constituído pela promoção dos elementos socioeconômicos úteis para incrementar o bem-estar espiritual e material da coletividade.

tipos positivados. Pode-se, ainda, problematizar o modo de funcionamento do processo tipológico em se tratando dos contratos socialmente típicos, a serem mais bem explorados no Capítulo seguinte, na medida em que a força dos usos e costumes pode eventualmente se impor sobre os negócios que manifestarem funções econômicas difundidas e sedimentadas pelas práticas do mercado.

Cabe, por conseguinte, analisar a relação existente entre a liberdade de contratar e o ordenamento jurídico, especialmente para que se compreenda a natureza das normas incidentes sobre as funções econômicas desempenhadas pelos contratos. Não se busca, aqui, proceder a diletantes incursões sobre a classificação das normas jurídicas por uma mera pretensão de sistematização, mas sim investigar de que maneiras o direito opera para gerir institucionalmente as estruturas jurídico-econômicas produzidas pelos mercados. Isso porque os mercados têm a aptidão de difusa e dinamicamente produzir novas formas de contratação que paulatinamente são absorvidas e organizadas pelo ordenamento jurídico, seja por intermédio da tipificação de negócios recorrentes, seja pela sinalização dos limites a serem observados pela autonomia privada<sup>292</sup>.

Não se pode esquecer, nesse sentido, que mercados estão fundados em uma ordem jurídica comprometida com a continuidade do fluxo de relações econômicas, objetivo que depende fundamentalmente da observância de interesses de natureza coletiva. Aqui, não se está a falar tão somente na proteção de sujeitos vulneráveis e na defesa de direitos difusos, mas também na proteção dos agentes econômicos e dos próprios mercados contra o oportunismo excessivo, nas elevadas disparidades de poderes entre partes contratantes, nos abusos de situações jurídicas subjetivas e mesmo no abuso da confiança depositada no ambiente institucional dos mercados.

Daí asseverar Mauro Grondona que, ao se analisar a relação entre ordenamento e contrato, ou ainda, entre regra estatal e regra privada, não se pode partir de reducionismos como

---

<sup>292</sup> Nesse sentido: “In questo senso, la convinzione è che il mercato, nonostante sia un processo in continuo movimento di produzione e di accertamento di conoscenza, possa essere regolamentato efficacemente ed efficientemente, cioè in modo e misura tali che la quantità di conoscenza diffusa tra gli attori rappresenti un beneficio per tutti, senza avvantaggiare nessuno in particolare (cioè, in ragione del livello soggettivo di conoscenza); i depositari privilegiati della conoscenza saranno tenuti a divulgarla all'esterno, di modo che ciascuno possa decidere davvero liberamente se entrare o no in un certo affare” (GRONDONA, Mauro. *L'ordine giuridico dei privati*: premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in âmbito contrattuale. Turim: Ibl, 2008. p. 50). Tradução livre: Nesse sentido, a convicção é de que o mercado, não obstante seja um processo em contínuo movimento de produção e de verificação de conhecimento, pode ser regulamentado eficaz e eficientemente, de maneira que a quantidade de conhecimento difuso entre os atores represente um benefício para todos, sem beneficiar ninguém em particular (isto é, em razão do nível subjetivo de conhecimento); os depositários privilegiados do conhecimento serão instados a divulgá-lo, de modo que cada um poderá decidir livremente se entra ou não em um dado negócio.

o da noção segundo a qual o contrato seria veículo de liberdade e o ordenamento seria uma ferramenta de opressão<sup>293</sup>. O que se procura elucidar, na verdade, são os limites da criatividade dos agentes econômicos em sua autodeterminação privada a partir da premissa de que a existência de algumas limitações e restrições é condição essencial para a própria existência dos mercados<sup>294</sup>.

Trata-se, na verdade, de providência convergente com a necessidade de manutenção dos próprios vetores de funcionamento dos contratos empresariais, que dependem fundamentalmente da preservação da confiança institucional dos agentes econômicos. Em outras palavras, a existência de comandos de ordem pública que sejam capazes de penetrar nos regimes contratuais privados serve para que a própria ordenação privada das trocas econômicas seja possível, assim constituindo a base para a estruturação de mercados.

As normas de ordem pública, no entanto, não são as únicas modalidades normativas que devem ser adequadamente compreendidas para o correto enquadramento dos regimes típicos. Na verdade, já se demonstrou que os regimes típicos são normas de natureza eminentemente privada e que servem como fagulhas iniciais para o exercício da autonomia da vontade, de sorte que seria um verdadeiro contrassenso pressupor que corresponderiam tão somente a comandos de Direito Público que se impõem sobre a ordem privada autoritativamente.

No entanto, igualmente já se viu que os regimes típicos não podem ser afastados por mero ato de vontade que não cuide de estruturar operação econômica com contornos distintos daqueles delineados pela lei. Pelo contrário, a relação travada entre contrato e ordenamento autoriza a compreensão segundo a qual o direito positivo fornece às partes

---

<sup>293</sup> “La questione in discorso, cioè il rapporto tra ordinamento e contratto, o, se si preferisce, tra regola statale e regola privata [...], non può essere ridotta a quella per cui il contratto è veicolo di libertà mentre l’ordinamento è veicolo di oppressione. Si tratta [...] di un problema, ben diverso, di limiti alla libertà di autodeterminazione individuale, cioè alla creatività negoziale dei privati” (GRONDONA, Mauro. *L’ordine giuridico dei privati: premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*. Turim: Ibl, 2008. p. 80). Tradução livre: A questão em discussão, isto é, a relação entre ordenamento e contrato, ou, se se preferir, entre regra estatal e regra privada [...], não pode ser reduzida àquela pela qual o contrato é veículo de liberdade ao passo que o ordenamento é veículo de opressão. Trata-se [...] de um problema, bem diverso, de limites à liberdade de autodeterminação individual, isto é, à criatividade negocial dos particulares.

<sup>294</sup> “E va sottolineato come ogni azione individuale sia potenzialmente eversiva del sistema di regole in vigore; di qui, l’ovvia necessità che, qualunque sia la natura dell’ordinamento, statale o privata, esso filtri la nuova pretesa, alla luce delle regole vigenti, fatto salvo ogni mutamento avvertito come necessario, configurandosi, così, il mutamento, quale elemento non di rottura, ma di integrazione, salutare e benefica, dell’ordinamento medesimo” (GRONDONA, Mauro. *L’ordine giuridico dei privati: premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*. Turim: Ibl, 2008. p. 80). Tradução livre: Importa destacar que da ação individual é potencialmente subversiva do sistema de regras em vigor; daí a óbvia necessidade de que, qualquer que seja a natureza do sistema, seja estatal ou privado, ele filtre a nova reivindicação, à luz das regras em vigor, sem prejuízo de qualquer mudança tida por necessária, configurando assim a mudança como elemento não de ruptura, mas de integração, salutar e benéfica.

contratantes os institutos a que podem recorrer para perseguir escopos subjetivamente relevantes, de tal forma que o escopo individual da ação econômica tende a encontrar correspondência em regimes legais considerados adequados pela coletividade em razão de sua relevância prática<sup>295</sup>.

Dessa maneira, é imperioso reconhecer que a relação entre contrato e ordenamento se dá em diferentes intensidades, partindo desde as normas de ordem pública mais interventivas até o mais pleno cenário de exercício da autonomia privada. Para tanto, se faz de rigor um esforço de classificação das normas jurídicas que se projetam sobre a liberdade de contratar, de tal maneira a compreender a sua relação com o processo tipológico, e, por conseguinte, verificar o espaço que se reserva à celebração de contratos atípicos.

### ***III.3.1. As normas de ordem pública, imperativas ou cogentes***

Como já se salientou no Capítulo anterior, a incidência do postulado do *pacta sunt servanda*, aliada aos poderes atribuídos aos particulares por força da autonomia privada e da

---

<sup>295</sup> “L’ordinamento, infatti, non è solo un insieme di regole tecniche, le quali, in misura maggiore o minore, tracciano i limiti delle condotte individuali, offrendo anche ai soggetti quegli istituti giuridici cui ricorrere per raggiungere specifici scopi soggettivamente rilevanti; esso è altresì l’espressione, dinamica ma tuttavia ragionevolmente stabile, pena il suo venir meno, dei valori filosofico-politici in cui quella comunità, che quell’ordinamento ha progressivamente costituito, si rispecchia, e a cui si richiama. Detto questo, è allora chiaro come ogni azione economica individuale entri in rapporto con l’ordinamento, sia sul piano economico, sia sul piano giuridico. Sul piano economico, perché non è detto che ogni scopo economico individuale sia apprezzato dall’ordinamento; sul piano giuridico, perché non è detto che la regolamentazione giuridica che i privati hanno dato ai propri interessi sia approvata dall’ordinamento medesimo. L’attività di filtraggio svolta dall’ordinamento considera allora due elementi: da un lato, l’interesse economico delle parti, alla base della loro azione (giudizio di meritevolezza rispetto ai valori fondanti quell’ordinamento); dall’altro, le regole giuridiche specifiche che le parti hanno utilizzato in funzione del perseguimento dei loro interessi economici (giudizio di adeguatezza tecnica rispetto agli strumenti che l’ordinamento mette a disposizione dell’attività negoziale – e, quindi, economico-giuridica – di ciascuno). Si tratta, dunque, di vedere in che misura le parti siano legittimate, attraverso il contratto, a regolare l’assetto economico dei propri interessi, le quali regole siano valide rispetto all’ordinamento” (GRONDONA, Mauro. *L’ordine giuridico dei privati: premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*. Turim: Ibl, 2008. pp. 97-98). Tradução livre: O ordenamento, de fato, não é apenas um conjunto de regras técnicas, as quais, em maior ou menor medida, traçam os limites das condutas individuais, oferecendo aos sujeitos os institutos jurídicos aos quais recorrerão para perseguir escopos específicos subjetivamente relevantes; é esta também a expressão, dinâmica, mas todavia estável, sob pena de seu desaparecimento, dos valores filosófico-políticos em que aquela comunidade, que o ordenamento progressivamente constituiu, se reflete, e a que se refere. Isto dito, fica claro como toda ação econômica individual entra em contato com o ordenamento, seja no plano econômico, seja no plano jurídico. No plano econômico, porque não é dado que todo escopo econômico individual seja apreciado pelo ordenamento; no plano jurídico, porque não é dado que a regulamentação jurídica que os particulares conferiram aos próprios interesses seja aprovada pelo ordenamento. A atividade de filtragem desenvolvida pelo ordenamento considera dois elementos: de um lado, o interesse econômico das partes, na base de sua ação (juízo de merecimento de tutela a respeito dos valores fundantes do ordenamento); de outro, as regras jurídicas específicas que as partes utilizaram em função da persecução de seu interesse econômico (juízo de adequação técnica a respeito dos instrumentos que o ordenamento coloca à disposição da atividade negocial – e, portanto, econômico-jurídica – de cada qual). Trata-se, assim, de verificar em que medida as partes são legitimadas, por meio do contrato, a regular o aspecto econômico dos próprios interesses, cujas regras são válidas segundo o ordenamento.

liberdade de contratar, autoriza os agentes econômicos a moldarem suas relações contratuais conforme determinem os interesses que procuram proteger. Igualmente já se afirmou que, não obstante a amplitude que se deva atribuir à liberdade de contratar no campo dos contratos empresariais, é imprescindível viabilizar a continuidade dos mercados como ambientes institucionais confiáveis para a realização de trocas econômicas, o que envolve a vedação a determinados negócios e cláusulas que atentem contra preceitos estruturantes do ordenamento jurídico.

Daí salientar Portalis, um dos artífices do Código Civil francês, que “a manutenção da ordem pública em uma sociedade é a lei suprema. Proteger as convenções contra esta lei seria colocar as vontades particulares acima da vontade geral, de maneira a dissolver o Estado”<sup>296</sup>. Nesse sentido, a alusão à ideia de ordem pública não deve ser estranha a raciocínios desenvolvidos sob o signo da autonomia privada e da liberdade de contratar, na medida em que, em se partindo do pressuposto de que a atividade econômica se desenvolve não a partir de contratos singulares, mas no contexto de uma verdadeira teia de relações contratuais que se traduzem em mercados, é necessário garantir a infraestrutura jurídica que permite a estruturação dessa dinâmica. Apesar de se tratar de expressão polissêmica – apta a ser instrumental e ideologicamente trabalhada seja para autorizar maior grau de dirigismo, seja para garantir o nível mais baixo possível de intervencionismo<sup>297</sup> –, fato é que o exercício da liberdade de

---

<sup>296</sup> Tradução livre do original: “Le maintien de l’ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté Générale, ce serait dissoudre l’État” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie Portalis. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*. Paris: Joubert, 1844. p. 60). Tal concepção, como não poderia ser diferente, está intimamente relacionada ao texto do art. 6º do Código Civil francês, segundo o qual “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs” (Tradução livre: Não se pode derogar, por convenções particulares, as leis que digam respeito à ordem pública e aos bons costumes.

<sup>297</sup> Nesse sentido: “L’estée d’un contenu juridique, la notion d’OPE a pris des contours et acquis une portée nouvelle; cependant, cette promotion récente ne signifie pas pour autant qu’il s’agit d’une notion nouvelle: alors même que cet ordre ne fait pas l’objet, en tant que tel, d’une conceptualisation juridique, il est sous-jacent aux principes qui commandent les rapports économiques et aux instruments juridiques utilisés pour les encadrer. Une généalogie de l’OPE est dès lors indispensable: elle montre que différentes conceptions de l’aménagement de cet ordre se sont succédées dans les pays libéraux, s’appuyant elles-mêmes sur un ensemble de représentations; droit et idéologie ont en l’espèce partie liée, le dispositif juridique ne pouvant être envisagé indépendamment des croyances et des valeurs qui le sous-tendent” (CHEVALLIER, Jacques. *Les soubassements idéologiques de la notion d’ordre public économique*. In: LAGET-ANNAMAYER, Aurore. *L’ordre public économique*. Paris: LGDJ-Extensio, 2019. p. 49). Tradução livre: Avaliada em seu conteúdo jurídico, a noção de ordem pública econômica adquiriu nova forma e novo alcance. No entanto, esta recente promoção não significa que se trate de noção nova: embora esta ordem não seja objeto de uma conceituação jurídica, está subjacente aos princípios que regem as relações econômicas e aos instrumentos jurídicos utilizados para regulá-los. Uma genealogia da ordem pública econômica é, portanto, essencial: mostra que diferentes concepções do desenvolvimento desta ordem ocorreram nos países liberais, apoiando-se elas próprias num conjunto de representações; lei e ideologia estão ligadas neste caso, o sistema jurídico não pode ser considerado independentemente das crenças e valores que o fundamentam.

contratar está intimamente vinculado à observância de parâmetros normativos basilares, cuja violação inviabiliza o próprio exercício da autonomia privada.

Não se ignora, por evidente, a possibilidade de instrumentalização da ideia de ordem pública para solapar os interesses pretendidos pelas partes contratantes pela sua indevida ampliação – daí dizer Philippe Malaurie que “todos os juristas se servem dessa palavra mágica para tornar aceitáveis as regras e soluções mais diversas, que não encontram fundamento em qualquer outro lugar”<sup>298</sup>. O caráter abarcante da noção de ordem pública, a ponto de afetar não somente as avenças regidas pelo direito público, mas também as convenções privadas, muitas vezes pode parecer paradoxal especialmente no campo dos contratos empresariais, em que deveria imperar a primazia da autonomia privada e ser excepcional a intervenção estatal.

De fato, como se viu no Capítulo anterior, a autonomia privada constitui um dos principais vetores de funcionamento dos contratos empresariais e mesmo um dos seus fatores distintivos. Acontece que não somente há objetivos e interesses fundamentais que devem orientar a relação a ser necessariamente estabelecida entre as convenções privadas e o ordenamento jurídico, como também o dirigismo contratual estatal se utiliza das normas de ordem pública para defender as liberdades aparentemente limitadas pela legislação imperativa<sup>299</sup>.

Por esse motivo, a compreensão do escopo das normas de ordem pública é fundamental para adequadamente descrever o modo de incidência dos regimes contratuais típicos sobre contratos empresariais concretos, já que há um conjunto de normas que forçosamente limitam o exercício da autonomia privada e, por conseguinte, condicionam a celebração mesmo de contratos típicos – e, como se verá mais adiante, figuram entre as únicas limitações expressas à celebração de contratos atípicos. Trata-se, por conseguinte, de importante instituição na análise do direito estatal incidente sobre as convenções privadas a fim de garantir o funcionamento dos mercados e mesmo de possibilitar o exercício da liberdade de

---

<sup>298</sup> Tradução livre do original: “Tous les juristes se servent de ce mot magique pour rendre acceptables les règles et les solutions les plus diverses, qui ne peuvent trouver ailleurs leur fondement” (MALAURIE, Philippe. *L'ordre public et le contrat (Les contrats contraires à l'ordre public)*. Étude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S. Reims: Martot-Braine, 1953. p. 4). Prossegue o autor: “Privatistes et publicistes, législateurs et juges, praticiens et théoriciens, anciens et modernes, dès qu'ils sont embarrassés, font appel à ce prestigieux ordre public. Et certains poussent le paradoxe jusqu'à en reconnaître l'importance capitale, tout en y voyant une notion qui se fonde dans les mots qui l'expriment, une véritable enveloppe vide” (MALAURIE, Philippe. *L'ordre public et le contrat (Les contrats contraires à l'ordre public)*. Étude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S. Reims: Martot-Braine, 1953. p. 4). Tradução livre: Privatistas e publicistas, legisladores e juízes, práticos e teóricos, antigos e modernos, ao ficarem embaraçados, apelam para esta prestigiada ordem pública. E alguns apresentam o paradoxo de reconhecer a sua importância capital, ao mesmo tempo em que veem nela uma noção que se mistura com as palavras que o expressam, um verdadeiro envelope vazio.

<sup>299</sup> MESTRE, Jacques. *L'ordre public dans les relations économiques*. In: REVET, Thierry. *L'ordre public à la fin du XXe siècle*. Paris: Dalloz, 1996. p. 38.

contratar. Acontece que o caráter abarcante das normas de ordem pública, assim como a existência de referência legal expressa à sua imperatividade, não a deixam livre de imprecisões conceituais, especialmente em razão da existência de outras modalidades de normas que incidem de maneiras distintas por ocasião da celebração de determinado contrato – por exemplo, preenchendo as lacunas deixadas pelas partes caso nada disponham sobre um determinado tema.

A especial atenção conferida pela doutrina e pela jurisprudência às normas de ordem pública diz respeito à circunstância de que dizem respeito a assuntos de *interesse público* associados a preceitos fundamentais de organização social, ou, ainda, a determinadas suposições políticas, sociais ou econômicas do ordenamento jurídico, e não por meras considerações de conveniência<sup>300</sup>, razão pela qual não podem ser afastadas por convenções privadas<sup>301</sup>. Não é por outra razão que as normas de ordem pública são comumente associadas a disposições de Direito Público, que de maneira mais evidente estão relacionadas ao interesse público ou a direitos coletivos, como ocorre com disposições de índole constitucional, com limitações administrativas à autonomia privada, com a prática de crimes e outros atos ilícitos, com normas associadas ao Direito da Concorrência ou ao Direito Ambiental, dentre outras searas jurídicas que encapsulem interesses que se sobreponham aos interesses individuais<sup>302</sup>.

A esses ramos do direito que se dedicam a efetivamente tutelar bens jurídicos titularizados pela coletividade ou a implementar políticas públicas evidentemente se confere o caráter de ordem pública, na medida em que se lhes pode facilmente atribuir o mencionado interesse público que seria ínsito a essas regras. Acresce, ainda, que também integrariam o conjunto de normas de ordem pública as disposições tipicamente enquadradas como de Direito Privado mas que têm por intuito proteger interesses de vulneráveis, como ocorre classicamente

---

<sup>300</sup> SIMITIS, Konstantin. *Gutte Sitten und ordre public*. Marburgo: Elwert, 1960. p. 171.

<sup>301</sup> Nesse sentido: “Por outro lado, disposições de *ordem pública*, também chamadas de interesse público, são aquelas que dizem respeito a princípios fundamentais da organização social, e disposições de *ordem privada*, ou de interesse privado, aquelas que se referem principalmente aos interesses particulares dos indivíduos” (LEAL, Vítor Nunes. Classificação das normas jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*. v. 2, n. 2, pp. 931-948, 1945. p. 936).

<sup>302</sup> “A distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: Entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial. [...] Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas, as penais, as processuais, as de polícia e segurança e as de organização judiciária” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 176).



com o Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho e o Direito de Família<sup>303</sup>. Daí a razão pela qual, em lugar da expressão “normas de ordem pública”, Ana Frazão faz referência à locução mais ampla “regulação dura”, que diz respeito precisamente às regras obrigatórias “que não podem ser afastadas pelas partes e que se aplicam sempre que estiverem presentes os seus pressupostos materiais de justificação”<sup>304</sup>, de modo que todas as searas já mencionadas estariam abarcadas.

Dada a diversidade das normas que podem ser consideradas de ordem pública, Konstantin Simitis sugere que a finalidade que as reúne é a de garantir o funcionamento regular dos institutos jurídicos mediante a promoção de mecanismos de controle de sua conformidade com os fundamentos do ordenamento<sup>305</sup>. Parece adequada, nesse sentido, a crítica de Victor Nunes Leal segundo a qual a ideia de *norma de ordem pública* tem sentido muito mais teórico do que prático ao apontar determinadas disposições legais como associadas a preceitos basilares do ordenamento, de forma que a qualificação mais relevante na prática seria a de normas *imperativas* ou *cogentes*, isto é, que não podem ser afastadas por disposição das partes<sup>306</sup>.

De fato, não parece relevante em sentido prático promover classificações que estabeleçam distinção ontológica entre normas de ordem pública – que ressaltam o interesse coletivo associado a determinadas normas – e normas imperativas ou cogentes – que seriam obrigatórias com vistas a proteger interesses eminentemente particulares –, já que seus efeitos no direito brasileiro seriam rigorosamente os mesmos; isto é, a contaminação do negócio jurídico com nulidade, a teor do art. 166 do Código Civil<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> Recrudescer a dificuldade na fixação das espécies quando se trata de disposições de ordem pública incluídas nos domínios do Direito Privado: aquelas em que visivelmente predomina o objetivo de tutelar o interesse geral, e subordinado a ele se deixa o do indivíduo. Tais são as normas que têm por objeto fixar o estado das pessoas, a capacidade ou incapacidade, os direitos e deveres que do mesmo procedem; regular os bens na sua divisão e qualidade, ou a forma e a validade dos atos, e salvaguardar o interesse de terceiros. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 177).

<sup>304</sup> FRAZÃO, Ana. Contratos empresariais atípicos: Atuais desafios para a sua compreensão e tratamento jurídico. *Jota*. 5 abr. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-atipicos-05042017>. Acesso em: 30 abr. 2023. Ver também: FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 320.

<sup>305</sup> SIMITIS, Konstantin. *Gutte Sitten und ordre public*. Marburgo: Elwert, 1960. p. 171.

<sup>306</sup> “A qualificação de certas normas como de ordem pública tem, pois, um valor só teórico, para justificar, no plano político e filosófico, a conduta do legislador. No plano prático (quanto ao ponto que versamos), basta dividir as leis em imperativas e supletivas, com a eficácia diversa que cada uma dessas categorias atribui à vontade dos particulares (incluído aqui também o Estado, quando age como administrador e não como legislador)” (LEAL, Victor Nunes. Classificação das normas jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*. v. 2, n. 2, pp. 931-948, 1945. p. 934).

<sup>307</sup> Tal distinção é marcada, por exemplo, por Jean-François Romain em análise do direito belga. No entanto, conforme demonstra o autor, a diferenciação entre as duas categorias faria sentido prático em virtude da discrepância entre os efeitos decorrentes da constatação de uma ou de outra: “Ensuite cette définition implique que soit opérée une distinction de principe entre les lois d’ordre public, définies comme telles, et les lois dites impératives, c’est-à-dire celles qui ne touchent pas aux intérêts essentiels de l’Etat ou de la collectivité, ou qui ne fixent pas dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l’ordre économique ou moral de la société.

Daí salientar Carlos Maximiliano, na tentativa de simplificar o confuso conjunto de categorias associadas a tais normas, que as disposições cogentes e de ordem pública podem ser compreendidas como normas *proibitivas* que incidem sobre o comportamento dos agentes privados<sup>308</sup>. Basta ver que, segundo o disposto no art. 166 do Código Civil, a consequência para o negócio jurídico que fraudar lei imperativa é a sua nulidade. Com isso, verifica-se não somente a natureza proibitiva de que normalmente se revestem as normas imperativas ou de ordem pública, mas procura-se superar expressão excessivamente aberta<sup>309</sup>, a tornar difícil a própria definição daquilo que se considera ordem pública – motivo pelo qual se considera que a simples menção à ordem pública pouco diz em termos práticos.

Entretanto, não se pode ignorar que há uma relevante distinção entre a origem das normas de ordem pública e as fontes das normas imperativas. Isso porque as normas imperativas estão comumente associadas a disposições específicas, que expressamente vedam determinada conduta e nem por isso estão associadas à proteção de interesses coletivos; ao contrário, podem inclusive vir a proteger interesses patrimoniais. Exemplos disso são a possibilidade de redução

---

En d'autres termes, alors que les premières lois concernent au plus haut point l'intérêt général, les secondes n'ont pour objet, en principe, que de protéger des intérêts particuliers. Il s'en déduit logiquement l'application de règles différentes: la violation des règles d'ordre public étant notamment, comme on le sait, sanctionnée par la nullité absolue, tandis que la violation des règles impératives l'est par la nullité relative" (ROMAIN, Jean-François. *L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme*. In: ROMAIN, Jean-François et al. *L'ordre public: Concept et applications. Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique*. Bruxelas: Bruylant, 1995. v. III, 15-16). Tradução livre: Esta definição implica que se opera uma distinção de princípio entre as normas de ordem pública, definidas como tais, e as leis ditas imperativas, isto é, aquelas que não dizem respeito aos interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que não fixam no direito privado as bases jurídicas sobre as quais se colocam a ordem econômica ou moral da sociedade. Em outras palavras, ao passo que as primeiras concernem ao mais alto ponto do interesse geral, as segundas têm por objeto, em princípio, proteger interesses particulares. Deduz-se logicamente a aplicação de regras diversas: a violação às regras de ordem pública é notadamente sancionada pela nulidade absoluta, ao passo que a violação às regras imperativas o é pela nulidade relativa.

<sup>308</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 178.

<sup>309</sup> "Déterminer quelles sont les lois d'ordre public est chose difficile, parce qu'il s'agit d'une expression un peu vague que le Code n'a nulle part définie; mais cette détermination est importante et doit être tentée, car ces lois présentent des caracteres particuliers qui les distinguent profondément des autres. D'abord, comme nous venons de le voir, il n'est pas permis d'y déroger; et toutes les fois qu'une personne aura, dans un acte juridique, méconnu une disposition légale fondée sur des considérations se rattachant à l'ordre public, cet acte sera inefficace, c'est-à-dire ne produira aucun effet, quando bien même la loi n'aurait pas expressément attaché cette sanction à la règle par ele édictée. En effet, si le législateur reconnaissait quelque valeur à l'acte fait em violation de ses dispositions, il se mettrait en contradiction avec lui-même" (CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du Droit Civil: Notions générales*. 5.ed. Paris: A. Pedone, 1929. p. 60). Tradução livre: Determinar quais são as lei de ordem pública é difícil, pois se trata de expressão vaga que o Código não definiu; mas esta determinação é importante e deve ser tentada, pois estas leis apresentam características peculiares que as distinguem profundamente das outras. Como veremos, não é permitido derogá-las; e todas as vezes que uma pessoa deixa de observar, em um ato jurídico, uma disposição legal fundada nas considerações associadas à ordem pública, este ato será ineficaz, isto é, não produzirá efeitos, ainda que a lei não tenha expressamente vinculado esta sanção à regra em questão. Assim, se o legislador reconhecer algum valor no ato que viola essas disposições, seria contraditório com ele próprio.

equitativa da cláusula penal<sup>310</sup>, a vedação à negociação de herança de pessoa viva<sup>311</sup>, ou, ainda, a vedação à prática de taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal, conforme disposto no art. 1º da Lei de Usura (Decreto nº. 22.626/1933), norma imperativa que tem por efeito invalidar o contrato (ou a cláusula) independentemente de sua tipicidade. Ademais, normas imperativas podem estar associadas a um dado tipo contratual, como se verifica, por exemplo, nos contratos agrários regulados pelo Estatuto da Terra, cujas normas protetivas de vulneráveis são cogentes<sup>312</sup>.

As normas de ordem pública, por outro lado, não necessariamente são explicitadas por regras protetivas específicas, mas pelos próprios princípios reitores de determinadas áreas do direito marcadas por um especial interesse público, como as já mencionadas searas do Direito Ambiental, do Direito da Concorrência, do Direito do Consumidor, do Direito do Trabalho, dentre outras searas associadas à proteção de vulneráveis ou de direitos transindividuais<sup>313</sup>. Nesses casos, para além de vedações a condutas predeterminadas, os princípios gerais que regem tais áreas do direito – e especialmente seus objetivos de proteção de interesses difusos ou de vulneráveis – permitem a constante adaptação dos parâmetros de

---

<sup>310</sup> Nesse sentido: “Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada. Superou-se, assim, o princípio da imutabilidade absoluta da pena estabelecida livremente entre as partes, que, à luz do código revogado, somente era mitigado em caso de inexecução parcial da obrigação. O controle judicial da cláusula penal abusiva exsurgiu, portanto, como norma de ordem pública, objetivando a concretização do princípio da equidade – mediante a preservação da equivalência material do pacto – e a imposição do paradigma da eticidade aos negócios jurídicos” (STJ, REsp 1.447.247, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 19.04.2018).

<sup>311</sup> Art. 426 do Código Civil: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

<sup>312</sup> É o que se depreende da jurisprudência do STJ, segundo a qual “O contrato celebrado entre a companhia de alimentos e o pequeno produtor rural para a instalação de um aviário destinado à engorda de frangos para o abate, com recíprocas obrigações de fornecimento de serviços e produtos, é um contrato atípico, mas nem por isso excluído de revisão judicial à luz da legislação agrária e dos dispositivos constitucionais que protegem a atividade rural” (STJ, REsp 171.989, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 20.08.1998). No mesmo sentido: STJ, Ag. Int. no AREsp 1.972.895, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julg. 12.12.2022. Já se teve a oportunidade de tratar do assunto em publicação específica: PRATA DE CARVALHO, Angelo. Os contratos associativos no direito do agronegócio: perspectivas atuais sobre os contratos agrários à luz da teoria dos contratos relacionais. *Revista Brasileira de Direito do Agronegócio*. v. 2, pp. 85-112, jul./dez. 2019.

<sup>313</sup> Exemplos disso são as normas protetivas do Estatuto do Idoso. Nesse sentido: “O Estatuto do Idoso é norma de ordem pública e de aplicação imediata, devendo incidir inclusive sobre contratos firmados antes de sua vigência” (STJ, REsp 1.793.840, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 05.11.2019).

controle do ordenamento sobre novos negócios, de maneira a autorizar a constatação de práticas contrárias à ordem pública a partir da densificação desses princípios<sup>314</sup>.

Por essa razão, ganham relevância parâmetros gerais de controle do comportamento e das finalidades pretendidas pelos agentes econômicos, como é o caso do *abuso de direito*, da *fraude à lei* e do que se pretende denominar *abuso da liberdade de contratar*, conforme se demonstrará mais adiante<sup>315</sup>. Significa dizer que, diante da grande abertura das noções de legislação imperativa e de ordem pública, faz-se necessária uma análise detida das circunstâncias em que se encontram os agentes econômicos e das normas protetivas incidentes sobre o respectivo contexto, até para que não sejam tais normas aplicadas em descompasso com a conformação jurídica do caso concreto. Por exemplo, em se tratando de contratos empresariais, certamente que não se lhes autoriza contrariar normas consumeristas, porém naturalmente que não podem ser interpretados como se fossem contratos de consumo caso não atendam a seus pressupostos em razão da circunstância de servirem a finalidade diversa.

As normas imperativas, ao estarem associadas a determinados interesses indisponíveis considerados relevantes pelo legislador, afetam diretamente a autonomia privada também no que se refere ao regime de qualificação contratual – daí a relevância de se estudar as disposições imperativas para que se compreenda o fenômeno da tipicidade. Isso porque a recondução de um contrato concreto a um regime típico não serve tão somente para atrair a incidência de normas supletivas, mas também de normas obrigatórias que estão associadas àquele tipo – e, diante da já mencionada tendência judicial de aplicar determinados regimes típicos por analogia mesmo a contratos atípicos. Assim, a referência a um dado tipo tem o

---

<sup>314</sup> Daí sustentar José de Oliveira Ascensão que o juízo de análise da ordem pública é principiológico e valorativo: “A ordem pública deverá representar um círculo de exigências da própria ordem objectiva que representa limite aos negócios das partes – mesmo quando não há propriamente a ofensa de um concreto preceito da lei ou a contrariedade aos bons costumes. [...] O importante é observar que a ordem pública representa princípio, e não regra. Representa um complexo valorativo que deve ser em qualquer caso preservado dentro da comunidade. É já resultante de princípios fundamentais, desde logo os da dignidade da pessoa humana, mas também outros que representam bases da vida social. A distinção dos bons costumes é ténue, mas estes pressupõem uma moral, embora socialmente refractada. Isso já não caracteriza necessariamente a ordem pública” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral. Acções e Factos Jurídicos*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 320).

<sup>315</sup> Nesse sentido: “Die Gerichte haben den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung unter Hinweis auf allgemeine Rechtsgrundsätze begründet. Die Unzulässigkeit des Rechtsmissbrauchs, der Täuschung des Publikums oder der Begehung strafbarer Handlungen wurde mehrfach angeführt. Zur Ermittlung der Grundsätze ist vorwiegend auf die zwingenden Rechtsvorschriften zurückgegriffen worden. Jedoch wurden vielfach die unabdingbaren Rechtssätze unmittelbar angewandt, insbesondere, wenn es sich um öffentlichrechtliche Bestimmungen zur Regelung des Wirtschaftsgeschehens, etwa um Preisstoppbestimmung, handelte” (SIMITIS, Konstantin. *Gutte Sitten und ordre public*. Marburgo: Elwert, 1960. p. 171). Tradução livre: Os tribunais justificam a violação da ordem pública a partir de princípios jurídicos gerais. A inadmissibilidade de se abusar da lei, enganar a população ou cometer atos criminosos já foi citada diversas vezes. Para determinar os princípios, são empregadas principalmente as disposições legais obrigatórias. No entanto, em muitos casos, os princípios jurídicos indispensáveis são aplicados diretamente, especialmente quando se trata de disposições de direito público que regulam a atividade econômica, tais como regulamentos de congelamento de preços.

condão de atrair normas obrigatórias associadas àquele modelo contratual específico. Daí já ter entendido o STJ, em análise do contrato de mútuo, que “na hipótese de contratos típicos, além das regras gerais, incidem as disposições legais previstas especificamente para aquela modalidade de contrato, sendo nulas as cláusulas em sentido contrário quando se tratar de direito indisponível”<sup>316</sup>.

Não sem motivo, autores como Thomas Pez, partindo do contexto francês que originou a ideia de *ordre public*, fazem referência a uma *ordem pública econômica*, menos associada à proteção de interesses de partes vulneráveis e mais voltada à fixação dos limites à liberdade de contratar e à livre iniciativa, de tal forma que ordem pública e liberdade econômica são inseparáveis<sup>317</sup>. Segundo o autor, a ordem pública econômica adquire no Direito Privado um importante sentido prático ao designar o conjunto de normas jurídicas que prevalecem sobre a vontade das partes como condição para o funcionamento dos mercados – de tal maneira que se pode afirmar que garantir a ordem pública é garantir o bom funcionamento dos mercados<sup>318</sup>.

A ordem pública econômica, nesse sentido, não está de todo afastada da ideia tradicional de *lois de police*, na medida em que se encontra com tal concepção ao traduzir-se em mecanismo de regulação econômica das relações privadas, seja de maneira preventiva (com a finalidade de impedir a desordem), curativa (para restabelecer a ordem), ou repressiva (voltada a punir a violação a determinadas normas)<sup>319</sup>. Evidentemente que se deve atentar para

---

<sup>316</sup> STJ, REsp 1.987.016, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 06.09.2022. No mesmo sentido: STJ, REsp 2.000.978, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 21.03.2023.

<sup>317</sup> PEZ, Thomas. L'ordre public économique. *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. v. 4, n. 49, pp. 43-57, 2015.

<sup>318</sup> PEZ, Thomas. L'ordre public économique. *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. v. 4, n. 49, pp. 43-57, 2015. pp. 43-45. Em sentido semelhante, assevera Philippe Malaurie que “l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la société” (MALAURIE, Philippe. *L'ordre public et le contrat (Les contrats contraires à l'ordre public)*. Étude de droit civil comparé: France, Angleterre, URSS. Reims: Martot-Braine, 1953. p. 69.

<sup>319</sup> O exemplo utilizado por Thomas Pez para ilustrar a ordem pública econômica de maneira mais evidente é o controle de concentrações pelas autoridades da concorrência, porém o autor destaca que a ideia de ordem pública econômica é ainda mais ampla e deve ser levada em consideração também pela jurisprudência, como aponta em análise de julgados franceses. Nesse sentido: “Transposée à l'économie la notion de police recouvre l'ensemble des dimensions de la régulation: à la police administrative qui a un caractère *préventif* (empêcher les désordres) et *curatif* (rétablir l'ordre), et à la police judiciaire qui a un caractère *répressif* (poursuivre les délinquants) correspondent les deux attitudes *ex ante* et *ex post* de l'Autorité de la concurrence et des régulateurs sectoriels. Ces trois dimensions – préventive, curative et répressive – se retrouvent dans la régulation économique comme en atteste la formulation de certains arrêts. La régulation est une forme de police. La régulation économique est une police économique, ce qui explique que le maintien de l'ordre public économique soit sa fonction première” (PEZ, Thomas. L'ordre public économique. *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. v. 4, n. 49, pp. 43-57, 2015. p. 57). Tradução livre: Transposta à economia, a noção de polícia recupera o conjunto das dimensões da regulação: a polícia administrativa que tem um caráter preventivo (impedir a desordem) e curativo (restabelecer a ordem), e a polícia judiciária que tem um caráter repressivo (perseguir os delinquentes) que corresponde às atitudes *ex ante* e *ex post* da autoridade da concorrência e dos reguladores setoriais. Essas três dimensões – preventiva, curativa e repressiva – se recupera na regulação econômica como se atesta na formulação de certos arestos. A regulação é uma forma de polícia. A regulação econômica é uma polícia econômica, que tem a manutenção da ordem pública econômica sua função primordial.

o fato de que a ordem pública incidente sobre os contratos entre particulares não se confunde com o poder extroverso do Estado sobre contratos públicos, típico do regime jurídico-administrativo e oriundo da noção francesa de *puissance publique*<sup>320</sup>.

No entanto, a noção de *puissance publique* se manifesta nessa seara de maneira peculiar, na medida em que é a capacidade interventiva das normas de ordem pública sobre as avenças privadas que permite a redução de externalidades negativas associadas a determinados eventos que venham a extrapolar os limites da autonomia privada<sup>321</sup>. Dentre as externalidades negativas que as normas de ordem pública combatem no intuito de assegurar o bom funcionamento dos mercados, nesse sentido, pode-se mencionar a garantia do equilíbrio concorrencial dos mercados, a observância dos direitos humanos no exercício da atividade econômica, a proteção ao meio ambiente<sup>322</sup>, dentre outros valores fundamentais que não podem ser derogados por força de contrato<sup>323</sup>.

Apesar de ser plausível a identificação dos conceitos de *normas de ordem pública* e de *normas imperativas* ou *normas cogentes* para as finalidades pretendidas por este trabalho, é de se notar que há algumas dessas disposições que incidem com ainda maior força em razão do interesse público que evocam<sup>324</sup>. A incidência das normas de ordem pública, assim, em determinados casos, se dá com tal força que provoca discussões relevantes até mesmo sobre o

---

<sup>320</sup> Ver, a respeito do tema, em esforço de superação da noção tradicional de ato administrativo marcado pelo poder extroverso: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>321</sup> Nesse sentido: MAVOUNGOU, Larios. Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance. *Revue Internationale de Droit Économique*. v. 1, n. 33, pp. 49-62, 2009. p. 50.

<sup>322</sup> É de se notar que, diante da especial relevância constitucional que adquirem as normas de proteção ambiental, autores como Pierre Lequet sugerem a existência de um conjunto de normas de ordem pública específico, com diverso modo de incidência, no âmbito do Direito Ambiental. Ver, nesse sentido: LEQUET, Pierre. *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*. Paris: LGDJ, 2022.

<sup>323</sup> Tal questão é abordada detalhadamente por Larios Mavoungou: "Dans sa vocation de limitation des externalités négatives, l'ordre public économique est convoqué pour préserver certains impératifs d'intérêt général. En effet, il doit, en plus d'assurer le fonctionnement concurrentiel du marché, s'assurer que les pouvoirs privés économiques respectent, dans l'exercice de leurs libertés économiques, des valeurs fondamentales, des impératifs non marchands qui touchent à l'intérêt général (les droits humains et les libertés fondamentales, la santé ou encore l'environnement)" (MAVOUNGOU, Larios. Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance. *Revue Internationale de Droit Économique*. v. 1, n. 33, pp. 49-62, 2009. p. 51). Tradução livre: Na sua vocação de limitação de externalidades negativas, a ordem pública econômica é convocada para preservar certos imperativos de interesse geral. Na verdade, ela deve, além de garantir o funcionamento concorrencial do mercado, assegurar que os poderes privados econômicos respeitem, no exercício de suas liberdades econômicas, valores fundamentais, imperativos não mercadológicos que dizem respeito ao interesse geral (os direitos humanos e as liberdades fundamentais, a saúde ou mesmo o ambiente).

<sup>324</sup> Jacques Ghestin, nesse sentido, oferece interessante distinção entre a ordem pública de direção e a ordem pública de proteção, de maneira a mais adequadamente ordenar a incidência das normas regentes das relações contratuais e, em última análise, do exercício da autonomia privada. Segundo o autor, a ordem pública de proteção tem por objetivo proteger uma parte da outra, constituindo um conjunto mínimo de direitos e prerrogativas que devem ser garantidos em nome da justiça contratual. A ordem pública de direção, por outro lado, ressaltaria a utilidade social e coletiva do contrato, de tal maneira a inserir o contrato na conjuntura sistêmica que lhe concede relevância e força normativa. Ver: GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de philosophie du droit*. v. 26, pp. 35-58, 1981. pp. 48-56.

direito intertemporal<sup>325</sup>, a levantar questões a respeito da possibilidade de uma norma de ordem pública nova se aplicar a contratos em curso. Naturalmente que se trata de questão complexa que não será aprofundada por este trabalho, porém cabe ressaltar que, especialmente no campo econômico, dado o interesse coletivo que permeiam suas normas, a ordem pública impera de tal maneira que se pode inclusive flexibilizar normas aparentemente estanques<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> A discussão sobre a eficácia no tempo das normas de ordem pública que incidem sobre contratos privados é antiga na doutrina nacional, como se pode verificar na obra do Conselheiro Ribas: “Alguns juristas sustentam, que as leis de ordem pública e de polícia devem ser applicadas retroactivamente, porque não se deve manter o que perturba a ordem, ou offende os bons costumes, visto que não podem haver direitos adquiridos contra a maior felicidade dos Estados: e assim o decidiu o Supremo Tribunal judiciário de França (Cour de Cassation) por aresto de 19 de Novembro de 1836. A proceder, porém, esta razão todas as leis podem ser retroactivas, visto que todas são inspiradas immediata ou mediatamente pelo principio da publica utilidade; e ainda quando se queira excluir as que tem por origem proxima a utilidade particular, uma extensa serie restaria, a que se poderia attribuir a retroactividade, tão expressamente vedada pela Constituição” (RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880. v. I, pp. 242-243).

<sup>326</sup> Orlando Gomes e Antunes Varela, por exemplo, sustentam que a ordem pública é capaz até de *derrogar* tais normas de índole constitucional: Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio (o campo da legislação econômica interventiva), o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações; semelhante adaptação verifica-se por força da aplicação imediata das leis desse teor sustentada como prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista: derroga-se com essa prática a regra clássica de direito intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de lei posterior à sua conclusão” (GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 59). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já produziu diversos julgados nos quais compreendeu que há um determinado tipo de normas de ordem pública que incidem mesmo sobre contratos em curso: as que instituem novo padrão monetário, que, dadas as atribuições pelas quais passou a economia brasileira especialmente nos anos 1980 e 1990, foram objeto de vários pronunciamentos do Supremo que procuraram ajustar os contratos às novas conformações do sistema econômico mesmo se concluídos sob a égide de regimes anteriores<sup>326</sup>. Cabe notar que, nesses casos, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a incidência imediata das aludidas normas de ordem pública não contrariaria a garantia ao ato jurídico perfeito precisamente por se tratar não de leis que modificam situações contratuais, mas um estatuto legal de referência de cuja aplicação depende a eficácia das normas de planejamento econômico, que primam pelo interesse coletivo e pela higidez dos mercados. A decisão paradigmática do Supremo nesse sentido se deu no âmbito do RE 141.190, que tinha por objeto a alteração de contratos em curso em razão da edição do Plano Bresser, implementado por meio do Decreto-lei nº. 2.335/1987: “O plano Bresser representou alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. Os contratos fixados anteriormente ao plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal. O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos. A tablita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia. O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes” (STF, RE 141.190, Rel. Min. Ilmar Galvão, Redator para o Acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julg. 14.09.2005). No mesmo sentido, pode-se encontrar diversos acórdãos que aplicam o mesmo entendimento, porém associado à incidência imediata da Lei nº. 8.177/1991, que previa em seu art. 27 a figura do fator de deflação da tablita: STF, RE 167.987, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julg. 15.03.2006; STF, AI 193.637 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 21.02.2006; STF, RE 251.682 AgR, Primeira Turma, Min. Ricardo Lewandowski, julg. 24.10.2006; STF, RE 169.071 AgR, Primeira Turma, Min. Eros Grau, julg. 21.02.2006; STF, RE 170.625 AgR, Segunda Turma, Min. Ellen Gracie, julg. 07.03.2006; STF, RE 253.473 AgR, Segunda Turma, Min. Carlos Velloso, julg. 22.11.2005; STF, RE 289.912 AgR, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, julg. 18.12.2012; STF, RE 187.144 AgR, Primeira Turma, Min. Carlos Britto, julg. 16.05.2006. Tais observações foram feitas também pelo Min. Moreira Alves por ocasião do julgamento da ADI 493, relativa à incidência da Taxa Referencial (TR), contida também na Lei nº. 8.177/1991, sobre financiamentos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH): STF, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julg. 04.09.1992.

As normas de ordem pública ou imperativas, dessa maneira, devem ser analisadas de acordo com sua natureza, especialmente para que sejam constatados os efeitos concretos delas decorrentes, que podem extrapolar a consequência geral de invalidação dos negócios que as contrariem. De toda sorte, a percepção dessas normas cogentes deve constituir preocupação central para o enquadramento dos limites da liberdade de contratar, seja na celebração de contratos atípicos, que as têm como limitações mais evidentes, seja na conclusão de contratos típicos, uma vez que tais normas também servem para modular a forma de incidência dos regimes legais. Esclarecida a moldura jurídica no âmbito da qual se manifesta a liberdade de contratar, cabe discorrer a respeito das normas dispositivas para que se compreenda adequadamente o escopo dos preceitos voltados incidir supletivamente ao exercício da autonomia privada.

### ***III.3.2. As normas dispositivas ou supletivas***

Partindo-se da premissa de que a autonomia privada concede às partes contratantes o poder de moldar suas próprias relações jurídicas, no campo dos contratos – e notadamente na seara dos contratos empresariais – é razoável supor que as regras de ordem pública incidirão de maneira excepcional, sendo regra a proteção da vontade das partes encartada em seus negócios jurídicos. No entanto, não se pode ignorar que mesmo os contratos empresariais mantêm relação constante com a legislação estatal para além da conferência de seus requisitos de validade, uma vez que o ordenamento conta com um amplo conjunto de normas que incidem sobre as lacunas deixadas pelas partes no exercício da liberdade de contratar.

Dessa maneira, é relevante discutir a maneira pela qual tais normas supletivas à vontade das partes contratantes interagem com os contratos em concreto, já que, notadamente no que tange aos tipos contratuais, não se trata simplesmente de um conjunto de normas jurídicas que as partes decidem trazer para seu contrato, mas de disposições que se aplicam tão logo se verifique a ocorrência de uma função econômica tipificada. Cabe, por conseguinte, perquirir sobre as maneiras pelas quais os contratos empiricamente verificáveis se relacionam com o ordenamento jurídico no campo da legislação dispositiva ou supletiva. De acordo com Pierre Tercier, o papel do legislador no campo dos contratos é diferente do verificado em outras searas do Direito Privado – como, por exemplo, o Direito de Família e o Direito das Coisas, que requerem tratamento exaustivo de suas instituições –, na medida em que deve simplesmente



fixar os limites legais à autonomia privada e oferecer um sistema de referência em casos de lacuna<sup>327</sup>.

Segundo o autor, o primeiro caso diz respeito à chamada função corretiva da legislação sobre contratos, que estabelece os princípios mínimos a partir dos quais se desenvolve a liberdade de contratar<sup>328</sup>, função esta que estaria mais intimamente relacionada às já mencionadas normas imperativas. Nessa seara, busca-se antes de tudo garantir a observância do que Tercier denomina por “regras de forma” e “regras de fundo”, que têm por efeito aplicar a sanção suprema em Direito dos Contratos – a nulidade –, que ganham especial destaque no campo dos contratos atípicos, já que não se lhes pode associar a normas particulares precisamente em razão da circunstância de que os negócios em questão não se encontram previstos pela lei<sup>329</sup>.

De outro lado, a função supletiva desempenha papel central para os contratos típicos, uma vez que, convencendo-se que um certo negócio adotará determinado tipo legal, o recurso à disciplina legal do tipo servirá para preencher eventuais lacunas que tenham deixado as partes<sup>330</sup>. No caso dos contratos atípicos, a intenção das partes seria precisamente a de excluir eventuais regras supletivas, de tal maneira que tradicionalmente se entenderia que ao juiz caberia reconstituir a vontade hipotética das partes diante dos elementos que se lhe apresentam<sup>331</sup>. Acontece que seria extremamente oneroso o encargo do juiz de criar direito a partir de rudimentos oferecidos pelas partes, de tal maneira que o julgador frequentemente irá apoiar-se em uma ordem normativa conhecida, razão pela qual não raro recorre à aplicação analógica de algum modelo legal existente<sup>332</sup>.

---

<sup>327</sup> TERCIER, Pierre. Des législateurs innommés. In: FORSTMOSER, Peter; TERCIER, Pierre; ZÄCH, Roger. *Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*. Zúriq: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. pp. 46-49.

<sup>328</sup> TERCIER, Pierre. Des législateurs innommés. In: FORSTMOSER, Peter; TERCIER, Pierre; ZÄCH, Roger. *Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*. Zúriq: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. pp. 46-49.

<sup>329</sup> TERCIER, Pierre. Des législateurs innommés. In: FORSTMOSER, Peter; TERCIER, Pierre; ZÄCH, Roger. *Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*. Zúriq: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. pp. 46-49.

<sup>330</sup> TERCIER, Pierre. Des législateurs innommés. In: FORSTMOSER, Peter; TERCIER, Pierre; ZÄCH, Roger. *Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*. Zúriq: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. pp. 46-49.

<sup>331</sup> TERCIER, Pierre. Des législateurs innommés. In: FORSTMOSER, Peter; TERCIER, Pierre; ZÄCH, Roger. *Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*. Zúriq: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. pp. 46-49.

<sup>332</sup> Nesse sentido: “Le juge ne peut que difficilement créer du droit de toutes pièces. Il doit prendre appui sur un ordre normatif. Il est symptomatique de constater qu’il fera souvent tout pour pouvoir se raccrocher au droit légal, afin de lui donner une application analogique. L’opération n’est pas sans soulever à nouveau de délicates questions, puisque le problème est alors de définir la nature des intérêts en jeu et l’hypothétique volonté des parties. Il suffit d’évoquer les discussions que soulève la réglementation du contrat dit d’organisation de voyage, que l’on continue de ranger, selon les conceptions, dans la mouvance du contrat de mandat ou dans celle du contrat d’entreprise. Et

Por essa razão, a tipicidade contratual oferece instrumental capaz de preencher tais lacunas não por intermédio de normas cogentes, mas por meio de normas facultativas, que se aplicam na medida em que as partes contratantes deixaram de dispor sobre determinadas matérias. Isso porque, ao passo que não é dado às partes contratantes tornar inoperantes as normas cogentes impostas pelo legislador, “[é] lícito ao indivíduo renunciar às atribuições a ele conferidas em normas permissivas, e dispor ou convencionar de modo diverso<sup>333</sup>”. Entram em ação, nesse caso, as normas dispositivas, supletivas, permissivas ou facultativas, que prevalecem nas situações nas quais os sujeitos interessados abstêm-se de regular certas matérias e, assim, preferem agir nos termos das regras estabelecidas (que, como se verá mais adiante, podem decorrer da lei ou dos usos e costumes). Significa dizer que, ao silenciarem as partes sobre um dado tema, a interpretação automática não será a de que decidiram deixar de aderir às normas postas, mas sim que, a partir da máxima segundo a qual o direito não socorre aos que dormem, submetem-se à legislação supletiva<sup>334</sup>.

---

il est bien difficile de donner tort aux uns ou aux autres, puisque la solution est largement une question de valeur, que seul un législateur peut en définitive trancher” (TERCIER, Pierre. Des législateurs innommés. In: FORSTMOSER, Peter; TERCIER, Pierre; ZÄCH, Roger. *Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. pp. 50-51). Tradução livre: O juiz dificilmente conseguiria criar direito do zero. Ele deve apoiar-se em uma ordem normativa. É sintomático constatar que muitas vezes ele fará de tudo para poder agarrar-se ao direito legal, a fim de conferir aplicação analógica. A operação não deixa de levantar questões delicadas, pois o problema está em definir a natureza dos interesses em jogo e a vontade hipotética das partes. Basta mencionar as discussões suscitadas pela regulamentação do chamado contrato de organização de viagem, que continuamos a colocar, a depender da concepção, no contrato de mandato ou no contrato de empresa. E é muito difícil provar que um ou outro está errado, uma vez que a solução é em grande medida uma questão de valor, que só o legislador pode decidir em última instância.

<sup>333</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 179.

<sup>334</sup> Nesse sentido: “Considera-se permissiva, supletiva ou dispositiva a lei quando os seus preceitos não são impostos de modo absoluto, prevalecem no caso de silêncio das partes, isto é, se estas não determinaram, nem convencionaram procedimento diverso. Funda-se a sua aplicabilidade no pressuposto de que os interessados preferiram agir nos termos das regras estabelecidas. Pouco importa, entretanto, que assim hajam querido, ou não, efetivamente: por exemplo, se alguém se abstém de testar, segue-se a ordem legal das sucessões, embora se prove ter havido o intuito de instituir outros herdeiros e faltar o ato escrito em consequência da surpresa da morte. *Dormientibus non succurrit jus*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 178). É relevante notar que, para Victor Nunes Leal, as normas dispositivas se aplicam não somente na omissão, mas também na obscuridade das disposições contratuais: “As disposições *supletivas*, também chamadas *subsidiárias, permissivas, dispositivas, relativas, interpretativas*, são aquelas que deixam liberdade aos particulares de disporem de outro modo e se aplicam em caso de obscuridade ou omissão na manifestação da vontade dos interessados” (LEAL, Victor Nunes. *Classificação das normas jurídicas. Revista de Direito Administrativo*. v. 2, n. 2, pp. 931-948, 1945. p. 936). Henri Capitant, em sentido semelhante, sugere que ainda se pode distinguir entre as normas dispositivas as normas que tenham por objetivo sanar divergências entre as partes quanto ao direito incidente sobre o contrato: “Il se presente, en effet, dans la vie juridique, des questions que la volonté des intéressés ne peut pas trancher, parce qu’elles surgissent sous la forme de conflits d’intérêts entre deux personnes que n’ont pas contracté l’une avec l’autre. [...] Dans tous ces cas, il y a un conflit d’intérêts privés. Pour le résoudre, le législateur compare ces intérêts, les pèse et donne la prépondérance à ceux qui lui paraissent les plus dignes de protection. Ces prescriptions légales, inspirées par des considérations d’équité, forment une classe bien distincte des deux premières; elles ne sont ni supplétives ni impératives, puisqu’elles règlent des questions qui se posent entre personnes n’ayant pas contracté les unes avec les autres” (CAPITANT, Henri. *Introduction à l’étude du Droit Civil: Notions générales*. 5.ed. Paris: A. Pedone, 1929. p. 66). Tradução livre: Na vida jurídica, apresentam-se questões que a vontade dos interessados não consegue resolver, porque surgem sob a forma de conflitos de interesses entre duas pessoas que não contrataram uma com a outra. Em todos

Daí salientar Caio Mario da Silva Pereira que “[q]uando as partes celebram um contrato típico, por isto mesmo, e só por isto, adotam toda a dogmática legal daquele negócio jurídico. Implicitamente, invocam as normas jurídicas oferecidas pelo legislador para aquela espécie de avença, embora se reconheça que nem sempre se trate de regras imperativas”<sup>335</sup>. Naturalmente que o Direito Privado e, mais especificamente, o direito que rege os contratos empresariais, serve para favorecer a expansão do comércio, porém a liberdade de contratar não exonera o legislador de tratar da gestão de interesses pecuniários entre particulares; sua tarefa é a de expedir normas supletivas da vontade dos interessados com a finalidade de evitar indefinições quanto ao regime aplicável aos casos concretos, conforme sugere Henri Capitant<sup>336</sup>.

De acordo com Ricardo Lorenzetti<sup>337</sup>, o tipo contratual legal exerce importantes funções de ordenação dos mercados e das relações privadas, nomeadamente: (i) uma função facilitadora, uma vez que a fixação de modelos gerais de contratos pela legislação pode auxiliar o trabalho dos particulares, que não precisam inventar um novo contrato e discutir todas as suas

---

esses casos há um conflito de interesses privados. Para resolvê-lo, o legislador compara esses interesses, pesa-os e dá preponderância àqueles que lhe parecem mais dignos de proteção. Estas prescrições legais, inspiradas em considerações de equidade, formam uma classe bastante distinta das duas primeiras; não são supletivos nem imperativos, pois resolvem questões que surgem entre pessoas que não celebraram contrato entre elas.

<sup>335</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Interpretação de contrato atípico. Obrigação a termo incerto. Contrato bilateral. Impossibilidade de denúncia unilateral. Responsabilidade civil contratual. In: \_\_\_\_\_. *Obrigações e contratos. Pareceres de acordo com o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 181.

<sup>336</sup> “Le Droit privé a pour but principal de tracer les limites dans lesquelles pourra s’exercer la libre activité des individus. La réglementation des intérêts pécuniaires des personnes doit être laissée à leur propre volonté, et non établie d’office par le législateur. Le Droit est fait, non point pour gêner l’initiative des parties, lui imposer des lisières, l’enfermer dans des règles fixes, mais, au contraire, pour favoriser l’expansion du commerce des hommes. Les individus règlent, à leur gré, les effets des contrats qu’ils passent entre eux. Ils ont aussi le pouvoir de procéder à la repartition de leurs biens pour le temps qui suivra leur mort. Le Droit se contente pour la sécurité du commerce juridique, de préciser sous quelles conditions, dans quelle mesure la volonté des parties pourra atteindre le but que celles-ci se proposent. [...] Mais cette liberté ne dispense pas le législateur de réglementer les rapports pécuniaires des individus. Il doit ici jouer le rôle de guide et de conseiller. Car il arrive très souvent que les contractants ne profitent qu’en partie de la liberté qui leur est laissée ou n’en profitent pas du tout. Il est indispensable que la loi supplée à leur silence, afin qu’ils puissent trouver en la règle qu’ils n’ont pas pris la peine d’exprimer. La plupart des dispositions concernant le Droit patrimonial sont ainsi destinées à compléter ou à suppléer la volonté des parties” (CAPITANT, Henri. *Introduction à l’étude du Droit Civil: Notions générales*. 5.ed. Paris: A. Pedone, 1929. pp. 56-57). Tradução livre: O principal objetivo do direito privado é estabelecer os limites nos quais a livre atividade dos particulares pode ser exercida. A regulação dos interesses pecuniários dos particulares deve ser deixada à sua vontade e não estabelecida automaticamente pelo legislador. O direito é feito não para impedir a iniciativa das partes, para lhes impor limites, para confiná-la a regras fixas, mas, pelo contrário, para encorajar a expansão do comércio humano. Os particulares regulam, a seu critério, os efeitos dos contratos que celebram entre si. Eles também têm o poder de distribuir seus bens durante o período seguinte à sua morte. O direito contenta-se, para a segurança do comércio legal, em especificar em que condições, em que medida a vontade das partes poderá atingir o objetivo a que se propõem. [...] Mas esta liberdade não dispensa o legislador de regular as relações financeiras dos particulares. Ele deve aqui desempenhar o papel de guia e conselheiro. É bastante preocupante que os contratantes aproveitem apenas de parte da liberdade que lhes é conferida ou que não se aproveitem em nada, de forma que é indispensável que a lei supra seu silêncio, a fim de que possam encontrar na regra aquilo que não puderam expressar. A maior parte das disposições relativas ao direito patrimonial destinam-se, portanto, a complementar ou complementar a vontade das partes.

<sup>337</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. I, pp. 24-25.

repercussões, de maneira inclusive a reduzir custos de transação; (ii) uma função delimitativa, na medida em que os tipos contratuais se apresentam como fonte de normas supletivas que não somente colmatam lacunas deixadas pelas partes contratantes, como também permitem identificar a “desnaturação” do regime legal ou o abuso perpetrado por determinadas cláusulas; e (iii) uma função de programação, a partir da qual o tipo é capaz de aprioristicamente fixar as finalidades para as quais podem prestar-se os negócios jurídicos concretos (finalidade esta que é altamente criticável – segundo o próprio Lorenzetti<sup>338</sup> – especialmente diante da possibilidade de contratos típicos desempenharem funções atípicas<sup>339</sup>).

Naturalmente que a incidência de normas supletivas sobre contratos empiricamente verificados deve ocorrer de maneira contextual, sob pena de desvirtuar por completo as finalidades pretendidas pelas partes contratantes e, por conseguinte, o próprio exercício da liberdade de contratar. Dessa forma, o desempenho da finalidade supletiva das normas contratuais típicas está vinculado a uma análise funcional e teleológica dos contratos, de sorte que não se pode supor que os objetivos das partes sejam frustrados pela aplicação de normas dispositivas que, embora não tenham sido textualmente afastadas e sejam factualmente apropriadas ao caso concreto por se ter identificado seu adequado âmbito de aplicação, divirjam da natureza do negócio<sup>340</sup>.

A adequada aplicação das normas supletivas, por conseguinte, está associada a uma investigação quanto à função econômica do negócio jurídico (a ser comentada com maior profundidade no tópico seguinte), e também quanto a outras fontes interpretativas igualmente

---

<sup>338</sup> “La creatividad lícita de la autonomía privada ha provocado algunos quiebres en el esquema de clasificaciones existente, sea legal o social. La férrea identidad entre tipicidad y finalidad económico-social se fractura en virtud de que hay vínculos que pueden cumplir funciones diversas y otros que son usados como instrumentos de finalidades distintas de que las realmente tienen, produciéndose deformaciones del tipo” (LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. I, pp. 31-32). Tradução livre: A criatividade lícita da autonomia privada provocou algumas falhas no esquema de classificações existente, seja legal ou social. A férrea identidade entre tipicidade e finalidade econômico-social se fratura em virtude de que há vínculos que podem cumprir funções diversas e outros que são usados como instrumentos de finalidades distintas das que realmente têm, produzindo deformações do tipo.

<sup>339</sup> Diante desse cenário, Tullio Ascarelli alerta para a cautela a se ter em conta diante da necessidade de se satisfazer às exigências decorrentes da criatividade das partes contratantes: “A inercia jurídica, a que aludí, não é somente o fruto de um misoneísmo, às vezes peculiar aos ambientes jurídicos, mas se prende, também, ao intuito de conciliar as novas exigências da vida prática, com a certeza e segurança da disciplina jurídica, com a ‘continuidade’ do desenvolvimento histórico do direito (o que se prende à função conservadora que, sob um certo aspecto, é sempre própria do direito constituído e da jurisprudência). A satisfação das novas exigências, já se verifica, às vezes, lenta e gradualmente, de modo a não comprometer a continuidade do sistema e a certeza da norma jurídica aplicável” (ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: \_\_\_\_\_. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. pp. 102-103).

<sup>340</sup> Ver, nesse sentido: BYDLINSKI, Franz. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Viena: Österreich, 2013. pp. 162-163).

aplicáveis, como a verificação contextual dos usos e costumes mercantis associados à contratação e ao mercado em questão<sup>341</sup>.

Não parece razoável, nesse sentido, replicar a lógica Pandectística – que ainda ressoa na doutrina alemã – segundo a qual a norma dispositiva nada mais é do que a vontade presumida dos sujeitos implicados. Isso porque tal raciocínio, profundamente individualista e apreciador da autonomia da vontade como valor absoluto, equivocadamente pode vir a atribuir à norma dispositiva um simples valor interpretativo de uma vontade não declarada (porém existente), quando a norma dispositiva pode vir a radicalmente contrariar a vontade das partes expressa no negócio jurídico concreto<sup>342</sup>.

A existência de um amplo conjunto de normas dispositivas, na verdade, significa simplesmente que há um regime de disposições padrão (ou *default rules*, como são comumente denominadas no direito anglo-saxão)<sup>343</sup> que somente incidem em razão da ausência de manifestação de vontade em sentido contrário<sup>344</sup>. Dessa maneira, as normas dispositivas atreladas dizem respeito a um sistema de *opt out*, que permite que a autonomia privada afaste a

---

<sup>341</sup> Nesse sentido: “Pour les édicter, le législateur s’inspire de deux idées: Ou bien, il s’attache à reproduire la volonté présumée des parties, il réglemente leur apport juridique, comme elles l’auraient fait elles-mêmes, si elles avaient exprimé leur volonté. Ou bien, il tient compte avant tout des traditions, des mœurs, des habitudes, de l’intérêt général. Ainsi, la plupart des dispositions du droit privé sont simplement interprétatives ou supplétives, c’est-à-dire que les parties peuvent en écarter l’application pour les remplacer par d’autres” (CAPITANT, Henri. *Introduction à l’étude du Droit Civil: Notions générales*. 5.ed. Paris: A. Pedone, 1929. p. 57). Tradução livre: Para editá-las, o legislador se inspira em duas ideias: ou bem procura reproduzir a vontade presumida das partes, regulamentando seu comportamento jurídico, como fariam elas próprias se expressassem sua vontade. Ou bem tem em conta todas as tradições, costumes, hábitos e o interesse geral. Assim, a maior parte das disposições do direito privado são simplesmente interpretativas ou supletivas, isto é, as partes podem rejeitar a substituição de sua vontade.

<sup>342</sup> RUBIO, María Paz García. Ignorancia de la ley y las normas dispositivas. *Teorder*. n. 18, pp. 34-51, 2015. p. 44.

<sup>343</sup> Não se pode ignorar, porém, que a vontade presumida também consiste em parâmetro comumente encontrado na doutrina contratual anglo-saxã: “The “would have wanted” approach to gap filling is a natural outgrowth of the transaction cost explanation of contractual incompleteness. Lawmakers can minimize the costs of contracting by choosing the default that most parties would have wanted. If there are transaction costs of explicitly contracting on a contingency, the parties may prefer to leave the contract incomplete. Indeed, as transaction costs increase, so does the parties’ willingness to accept a default that is not exactly what they would have contracted for. Scholars who attribute contractual incompleteness to transaction costs are naturally drawn toward choosing defaults that the majority of contracting parties “would have wanted” because these majoritarian defaults seem to minimize the costs of contracting” (AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. *The Yale Law Journal*. v. 99, pp. 87-130, 1989-1990. p. 88). Tradução livre: A abordagem “teria desejado” de preenchimento de lacunas é uma natural extrapolação da explicação dos custos de transação à incompletude contractual. Legisladores podem minimizar os custos de contratação ao escolher normas padrão a partir do que a maioria das partes desejaria. Se há custos de transação na contratação que envolva contingências, as partes podem preferir deixar o contrato incompleto. De fato, na medida em que aumentam custos de transação, aumenta também a disponibilidade das partes em aceitar um padrão que não é exatamente o que teriam contratado. Acadêmicos que atribuem a incompletude contratual aos custos de transação são naturalmente levados a escolher padrões que a maioria das partes contratantes teria desejado porque esses padrões majoritários parecem reduzir os custos da contratação.

<sup>344</sup> RUBIO, María Paz García. Ignorancia de la ley y las normas dispositivas. *Teorder*. n. 18, pp. 34-51, 2015. pp. 44-45.

incidência de normas previstas em lei sem que dessa escolha decorram ulteriores consequências<sup>345</sup>.

Tais características são próprias do regime de tipicidade contratual, que funciona a partir de um conjunto de normas dispositivas cuja incidência é atraída por ocasião do aperfeiçoamento de negócio jurídico que contenha a função econômica inscrita em lei. Trata-se, portanto, de característica intrínseca a esta metodologia a circunstância de que a identificação dos elementos essenciais ou da função econômica invariavelmente atraem um regime típico, no âmbito do qual, por mais que se possa afastar boa parte das normas que lhes são próprias, somente pode ele ser afastado por completo se a função econômica do negócio em concreto dele se afastar consideravelmente. Conforme argumenta Maria Inês de Oliveira Martins, é este o *prius* metodológico da tipicidade contratual: uma vez indutivamente identificados os elementos essenciais do regime típico, desencadeia-se a aplicação do modelo contratual positivado<sup>346</sup>.

Evidentemente que normas dispositivas não são exclusividade dos contratos típicos, na medida em que podem ser encontradas nas disposições gerais que se aplicam a quaisquer contratos, inclusive os atípicos. Exemplo disso é a garantia contra a evicção, que pode ser modificada pelas partes, que, nos termos do art. 448 do Código Civil, podem, “por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”. Por mais clara que seja a relação entre normas dispositivas e o pensamento tipológico – já que, como já se asseverou, trata-se de um conjunto de normas que o exercício da autonomia privada pode afastar –, o incremento da variação dos contratos concretos pode vir a eventualmente demonstrar que, mesmo na ausência de cláusula expressa, a natureza do negócio jurídico impede que determinadas normas constantes da lei positiva se apliquem para subvertê-los<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> RUBIO, María Paz García. Ignorancia de la ley y las normas dispositivas. *Teorder*. n. 18, pp. 34-51, 2015. p. 40.

<sup>346</sup> “Os elementos essenciais do contrato perfilam-se, então, como condição necessária e suficiente da aplicação do regime jurídico correspondente ao tipo contratual em causa, em termos de *tertium non datur*. Reconhecido cada um daqueles elementos no concreto negócio jurídico sob escrutínio, tratar-se-á, então, sem mais, de proceder à aplicação do respectivo regime. O *prius* metodológico coloca-se no estalão das normas, que, por mediação do conceito delas extraído, buscam no caso em apreço as notas que despoletam a sua aplicação e, constatando a sua existência, vertem sobre aquele todo o regime jurídico correspondente ao contrato em causa. Se a delimitação conceptual do tipo serve de um processo indutivo, a sua mobilização identifica-se com o método subsuntivo, que, dedutivamente, extrairá da subsunção do concreto contrato visto como um facto, ao conceito, construído pela adição dos *essentialia*, a consequência da aplicação, em bloco, à espécie concreta de toda a regulamentação imperativa e supletiva, prevista para a figura contratual em causa” (MARTINS, Maria Inês de Oliveira, Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular, in: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 489).

<sup>347</sup> Exemplo disso, estudado por Gabriel Buschinelli, é a compra e venda de participações societárias, que, por mais que se trate de contrato típico, não pode ser considerado compatível com a incidência da garantia de vícios

A circunstância de que contratos típicos são formados majoritariamente por normas dispositivas permite antecipar a conclusão de que a tipicidade de um dado negócio jurídico não significa que seu esquema legal seja absolutamente modificável<sup>348</sup> – característica que decorre das funções tradicionalmente associadas ao método tipológico, que atribui aos tipos uma espécie de resistência a inovações que não sejam suficientemente relevantes, dificultando a identificação de um novo negócio sedimentado pelos usos e costumes ou mesmo um contrato atípico. Não é sem razão que, segundo Pontes de Miranda, “o uso do tráfico faz o ius dispositivum”, de modo a corrigir e adaptar tipos existentes na lei, ou, sob certas circunstâncias, produzir novos modelos contratuais típicos cujas características se sedimentam no mercado, os chamados *contratos socialmente típicos*,<sup>349</sup> cujas características serão analisadas no próximo Capítulo.

O direito contratual dispositivo, nesse sentido, consiste em técnica de preenchimento de lacunas e ordenação da celebração de contratos que se encontra em constante renovação, especialmente para que possa continuar cumprindo sua função de facilitação da conclusão de negócios jurídicos e redução de custos de transação. Sem prejuízo da prerrogativa das partes de afastar normas supletivas, as normas dispositivas, notadamente diante de sua associação à tipicidade contratual, são importante índice de confiança nos mercados, já que possibilitam a terceiros que conheçam, a partir da identificação de um tipo, os contornos fundamentais dos negócios entabulados no mercado<sup>350</sup>.

---

redibitórios quanto ao patrimônio societário. Ver: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. pp. 390-405.

<sup>348</sup> Nesse sentido: “El que un negocio sea típico no quiere decir – como se acaba de afirmar – que sea absolutamente inmodificable su esquema legal. Puede serlo (por ejemplo, compraventa) o no (por ejemplo, matrimonio). Mas, acontece que será, a veces, dudoso, si en un caso concreto nos encontramos frente a un negocio típico, que sigue siéndolo, a pesar de habersele introducido modificaciones, o si nos hallamos frente a un atípico, aunque para construirlo se hayan tomado o tenido a la vista cosas propias de uno típico” (ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 151). Tradução livre: Um negócio ser típico não quer dizer que seu esquema legal seja absolutamente modificável. Pode sê-lo (por exemplo, compra e venda) ou não (por exemplo, casamento). Mas acontece que será, às vezes, duvidoso se em um caso concreto nos encontramos diante de um negócio típico, que segue o sendo, apesar de nele terem sido feitas modificações, ou se nos encontramos diante de um contrato atípico, ainda que para construí-lo se tenham utilizado coisas próprias de um típico.

<sup>349</sup> “No tráfico, alguns negócios jurídicos se enchem de certos elementos de conteúdo, devido à frequência e diuturnidade deles, de modo que há enchimento complementar como se tivesse havido edição de regra jurídica. Aí, o uso do tráfico faz o ius dispositivum. Porém, às vezes, o enchimento ganha em rigidez, aponto de tipificar o negócio jurídico, e os interessados não podem concluir qualquer negócio jurídico de tal tipo sem se subordinarem ao uso do tráfico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXVIII, p. 153); “O tráfico jurídico não só tipifica ou corrige o tipo. Por vezes, suscita tipos novos (e. g., no direito brasileiro, a duplicata mercantil), ou negócios jurídicos atípicos. A vida muda. Embora os princípios permaneçam, mudam-se estruturas e conteúdos de negócios jurídicos. De ordinário, as regras jurídicas só são invocáveis quando faltam elementos explícitos de vontade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXVIII, p. 502).

<sup>350</sup> Nesse sentido: “Dispositives Vertragsrecht, wie es nicht nur alle kodifizierten Rechtsordnungen in Gestalt überall wiederkehrender schuldrechtlicher Vertragstypen kennen, sondern auch in der Rechtsordnungen des Common Law in Form von default rules begegnet, hat zweifellos eine gewisse Typizität zur Folge, die wiederum

Naturalmente que da celebração de um contrato típico tanto não se pode presumir que todo o seu regime decorre da vontade hipotética das partes como não se pode partir da premissa de que contratos típicos serão ontologicamente superiores ou mais confiáveis do que modelos não previstos em lei. Pelo contrário, a verificação da adequação de um determinado modelo contratual ou de um dado conjunto de normas dispositivas não se dá de maneira formal e apriorística, mas com a análise concreta dos interesses que as partes buscam proteger especificamente com o contrato concreto<sup>351</sup>.

Walter Schlupe, nesse sentido, faz clara distinção entre a qualificação de contratos em abstrato – quando, de fato, pode ser mais simples a tarefa de se atribuir determinada qualificação de maneira inequívoca, por serem constatados claramente os *essentialia* de determinado tipo constante do direito positivo – e a qualificação de contratos em concreto – nos quais não necessariamente os *essentialia* de um dado tipo legal aparecerão em sua forma pura e ideal<sup>352</sup>. Pelo contrário, na análise de contratos em concreto, ainda que se possa identificar de maneira minimamente razoável a qual tipo o negócio se amolda, é necessário ainda que se esclareça “em que medida os desvios do tipo ainda estão cobertos”<sup>353</sup>.

---

erhöhte Qualität erwarten lässt. Allerdings sind bei Schuldverträgen die weiteren Vorteile geringer, wenn man davon ausgeht, dass eine Übertragung der gesamten Stellung eines Vertragspartners oder auch nur einzelner Rechte meist nicht stattfindet: Dritte Erwerber, deren Informationskosten reduziert wären, gibt es dann ebenso wenig wie einen Sekundärmarkt, der direkt von den positiven Effekten einer Kanalisierung auf die dispositiven Typen profitieren könnte. Im übrigen ist aber regelmässig für aussenstehende Dritte nicht zuverlässig erkennbar, ob und gegebenenfalls inwiefern die ursprünglichen Parteien vom dispositiven Recht abgewichen sind, da jede Publizität und selbst ein Bezeichnungsschutz fehlt. Hiervon abgesehen, bietet das dispositive Recht zwar für viele, keineswegs aber für alle denkbaren Verträge Regeln; neben verschiedenen Mischformen sind kraft der Vertragsfreiheit im Rahmen der Verbotsnormen und der Regeln dez zwingenden Rechts auch unbegrenzt typenfremde Gestaltungen möglich, für die allenfalls die Praxis eine gewisse Einheitlichkeit entwickelt hat. Die typisierende Wirkung des dispositiven Recht is also insgesamt doch recht schwach” (KERN, Christoph Alexander. *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. pp. 537-538). Tradução livre: O direito contratual dispositivo, como é conhecido não apenas em todas as ordens jurídicas codificadas na forma de tipos contratuais obrigacionais recorrentes em todo lugar, mas também nos ordenamentos do Common Law na forma de regras padrão, sem dúvida, resulta em uma certa tipicidade, que, por sua vez, permite esperar uma qualidade elevada. No entanto, nos contratos, os benefícios adicionais são menores, quando se parte do pressuposto de que uma transferência da posição integral de uma das partes contratantes ou mesmo de direitos individuais geralmente não ocorre: terceiros adquirentes, cujos custos de informação seriam reduzidos, são tão inexistentes quanto um mercado secundário que poderia se beneficiar diretamente dos efeitos positivos de uma canalização para os tipos dispositivos. Além disso, em geral, não é confiavelmente reconhecível para terceiros externos se e em que medida as partes originais se desviaram do direito dispositivo, uma vez que não há publicidade alguma e até mesmo uma proteção de denominação está ausente. Além disso, o direito dispositivo oferece regras para muitos, mas não para todos os contratos imagináveis; além de várias formas híbridas, por força da liberdade contratual dentro das normas proibitivas e das regras do direito mandatório, também são possíveis configurações ilimitadas que não são típicas, para as quais, no máximo, a prática desenvolveu uma certa uniformidade. Portanto, o efeito de tipificação do direito dispositivo é globalmente bastante fraco.

<sup>351</sup> STOFFELS, Markus. *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 358.

<sup>352</sup> SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. pp. 770-771.

<sup>353</sup> “Immerhin können hier bereits Schwierigkeiten auftauchen, wenn die Essentialia unsorgfältig definiert sind, so dass fraglich wird, ob eine blosse Abart des fraglichen Typs vorliegt oder eine ungerregelte Gestaltung. Sieht man aber in den Legaldefinitionen Typenbegriffe, so ist allemal zu klären, wie weit Abweichungen vom Typus noch gedeckt sind” (SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. pp. 770-



Tal constatação serve para demonstrar que as normas dispositivas estão à serviço da autonomia privada das partes que celebram contratos em concreto, e não propriamente mecanismos de limitação da liberdade de contratar – por mais que sua circulação como normas-padrão tenha importante efeito sistêmico ao estabilizar expectativas dos mercados ao possibilitar uma maior clareza a respeito do regime contratual adotado pelas partes quando decidem por concluir contratos típicos. Não é sem motivo que as normas dispositivas são a regra no Direito dos Contratos e, com ainda maior razão, devem ser ainda mais frequentes no campo dos contratos empresariais, sendo possível afirmar inclusive que “as normas cogentes são ilhas no mar do direito dispositivo, que conforma [...] a maioria das normas civis”<sup>354</sup>.

Dessa maneira, verifica-se que as normas dispositivas integram o cerne da discussão sobre contratos empresariais, notadamente no que diz respeito aos contratos atípicos, na medida em que são capazes de oferecer um conjunto de normas-padrão que, salvo disposição em contrário, antecipam preocupações que podem vir a emergir da prática do mercado e fomentam a construção de confiança nas transações. Isso evidentemente não significa que a reflexão sobre contratos atípicos deve passar ao largo das normas dispositivas, já que há normas supletivas que não estão associadas a tipos contratuais e, por conseguinte, devem ser levadas em consideração na elaboração de negócios não previstos pela lei. No fim e ao cabo, as normas dispositivas integram o corpo de normas jurídicas que incidem mesmo nos contratos que buscam afastar-se dos modelos previstos em lei e, por conseguinte, aplicam-se supletivamente no silêncio das partes, razão pela qual a celebração de contratos atípicos – como se verá mais adiante – deve levar em consideração a aplicação dessas normas ao estruturar seus regimes próprios.

### ***III.3.3. Esboço de uma síntese dos modelos normativos incidentes sobre os contratos privados***

---

771). Tradução livre: Afinal, aqui podem surgir dificuldades quando os *essentialia* são definidos de maneira insatisfatória, de modo que é questionável se há uma mera variação do tipo em questão ou uma forma não regulamentada. Porém, caso seja possível visualizar os tipos definidos pela legislação, ainda é necessário esclarecer até que ponto os desvios do tipo estão cobertos.

<sup>354</sup> Tradução livre de trecho do original: “Como hemos visto, las normas civiles (en realidad, las normas de Derecho privado) son generalmente dispositivas porque operan en relación con otro poder normativo, la autonomía privada, que también tiene la facultad de crear normas. Se puede decir que las normas cogentes son islas en el mar de Derecho dispositivo, que conforma, como se ha dicho ya, la mayoría de normas civiles. [...] Por añadidura, en este sector del ordenamiento la norma dispositiva no solo es la regla modelo del Derecho privado, sino también la expresión de la cultura jurídica basada en la idea de libertad [...], de modo que la introducción de reglas imperativas en el ámbito del Derecho privado exigiría un motivo legítimo (garantía de la libre voluntad de las partes, protección de los menores, etc.)” (RUBIO, María Paz García. Ignorancia de la ley y las normas dispositivas. *Teorder*. n. 18, pp. 34-51, 2015. p. 43).

Por mais que o objetivo do presente trabalho não seja construir uma tipologia das modalidades de normas que incidem imperativa ou supletivamente sobre os contratos, entende-se que a compreensão das fontes normativas que integram o corpo de disposições jurídicas a que podem remeter os contratos empresariais atípicos é passo relevante para a construção dogmática da matéria. Isso porque a distinção a ser delineada entre contratos típicos e contratos atípicos – além de figuras intermediárias como os contratos socialmente típicos – depende fundamentalmente do entendimento sobre as instituições incidentes sobre a contratação, dentre as quais as normas constitutivas do quadro geral a que alude o próprio art. 425 do Código Civil.

Não é sem motivo que, ao longo dos tópicos anteriores, se procurou oferecer definições com sentido prático consistente com as finalidades pretendidas pelos agentes econômicos, que ultrapasse as linhas de uma classificação com intuito meramente sistemático e sirva para esclarecer as fontes e o conteúdo das normas que venham a integrar regimes contratuais concretos. Trata-se, porém, de esforço que ultrapassa em certa medida a divisão entre normas imperativas e normas supletivas, que se preocupa com os efeitos que projetam tais normas, uma vez que abarca também as fontes de sua incidência – providência que se faz necessária especialmente no intuito de distinguir o regime normativo aplicável aos contratos atípicos e suas diferenças com relação aos contratos típicos.

Foi possível demonstrar, nesse sentido, que a ordem pública, conceito de grande amplitude e comumente descrito de maneira genérica e como simples decorrência do dirigismo contratual ou do intervencionismo sobre os contratos, pode ser vista a partir de nuances distintas. Basta ver que a ordem pública pode assumir características abarcantes quando associada a searas do direito que busquem proteger interesses de vulneráveis, de tal maneira que autoriza movimentos argumentativos associados à articulação de princípios e cláusulas gerais voltados a ajustar contratos concretos às diretrizes estruturantes dos aludidos campos do direito com natureza protetiva.

Ao mesmo tempo, ainda que tenham os mesmos efeitos das normas de ordem pública – isto é, o de culminar na nulidade da disposição em questão –, as normas imperativas não estão associadas a princípios gerais de interesse público, mas a vedações legais específicas que podem tanto ser gerais quanto estar associadas a tipos contratuais específicos. No caso das normas imperativas, por conseguinte, evidentemente que as normas gerais podem vir a incidir sobre contratos atípicos, ao passo que as normas associadas a tipos específicos podem consistir precisamente nas disposições de que procuram escapar os agentes econômicos que entabulam modalidades contratuais não previstas pela legislação.

No campo das normas dispositivas, que devem ser a regra no âmbito dos contratos empresariais, raciocínio semelhante pode ser construído, porém evidentemente que não para vedar determinadas cláusulas, mas para constituir normas-padrão responsáveis por preencher lacunas e atribuir algum grau de certeza à contratação em mercados mediante a construção da confiança em modelos preenchidos pela lei. Ocorre que, em razão do exercício da liberdade de contratar, podem as partes contratantes afastar a incidência dessas normas supletivas, sejam elas oriundas do conjunto normativo aplicável aos contratos em geral, sejam elas derivadas de tipos contratuais específicos.

Diante desse esforço de definição e categorização das normas jurídicas de Direito Privado que incidem sobre os contratos empresariais em face de sua tipicidade ou atipicidade, pode-se apresentar tais achados de maneira sintética na tabela abaixo:

**Tabela 1 – Categorias de normas incidentes sobre a contratação**

<p><b>Normas de ordem pública</b></p>	<p>Normas de natureza obrigatória ou proibitiva, que incidem sobre os contratos privados como um todo em virtude de estarem associadas a searas do direito voltadas à proteção de interesses de vulneráveis ou interesses transindividuais (como o Direito Ambiental, o Direito da Concorrência, o Direito do Consumidor), cuja aplicação se dá por intermédio de juízo de adequação entre os contratos concretos e os valores que regem tais ramos do direito, tendo por consequência a nulidade do negócio jurídico.</p>
<p><b>Normas imperativas gerais</b></p>	<p>Normas de natureza obrigatória ou proibitiva que contam com previsão específica na legislação e se aplicam aos contratos em geral, tendo por efeito a nulidade do negócio jurídico, nos termos do inciso VI do art. 166 do Código Civil, sem estarem associadas a diretrizes vinculadas ao interesse coletivo, mas sim a interesses privados. Exemplos dessa modalidade são a vedação aos <i>pacta corvina</i> (art. 426 do Código Civil), e a vedação a juros onzenários contida na Lei de Usura (Decreto nº. 22.626/1933).</p>

<p><b>Normas imperativas associadas a tipos contratuais</b></p>	<p>Normas de natureza obrigatória ou proibitiva que contam com previsão específica na legislação e se aplicam aos contratos em geral, tendo por efeito a nulidade do negócio jurídico, nos termos do inciso VI do art. 166 do Código Civil, que se vinculam a tipos contratuais específicos. Exemplos dessa modalidade de norma imperativa são as vedações verificáveis nos contratos de arrendamento rural e parceria rural, tipificados pelo Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/1964).</p>
<p><b>Normas dispositivas gerais</b></p>	<p>Normas de natureza facultativa que incidem de maneira supletiva sobre os contratos em geral, sejam eles típicos e atípicos, que, porém, podem ser afastadas pela vontade das partes. Exemplo disso é a garantia contra a evicção, prevista pelo art. 448, que pode ser, por cláusula expressa, reforçada, diminuída ou excluída.</p>
<p><b>Normas dispositivas associadas a tipos contratuais</b></p>	<p>Normas de natureza facultativa que incidem de maneira supletiva sobre os contratos que reúnam os requisitos de um determinado modelo legal, podendo ser afastadas pela vontade das partes. Exemplo dessa modalidade de norma é a do art. 490 do Código Civil, inserida no regime da compra e venda, segundo a qual “Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição”.</p>

**Fonte: Do autor**

Naturalmente que, com tal tentativa de classificação, não se pretende esgotar a complexidade de cada uma dessas categorias e muito menos aprofundar exemplos concretos, mas tão somente ilustrar as diferenças entre essas modalidades normativas. Como se pôde demonstrar, tais normas estão intimamente associadas ao fenômeno da tipicidade e, por conseguinte, do regime normativo a que serão reconduzidas as normas dos contratos concretos em que se identifique uma função econômica típica – e, conseqüentemente, deixarão de ser aplicadas caso um dado negócio jurídico não contenha elementos de nenhuma função econômica tipificada, hipótese na qual se tratará de um contrato atípico, o que não impede que

suas lacunas sejam supridas pela legislação dispositiva geral e controladas pela ordem pública. Diante desse cenário, o tópico a seguir tratará da já tantas vezes mencionada função econômica ou causa dos contratos, cuja análise é relevante para os contratos típicos como elemento de qualificação, mas tem relevância crucial para a estruturação do regime jurídico dos contratos atípicos.

#### **III.4. O processo de qualificação contratual e o papel da função econômica ou causa dos contratos**

A incidência obrigatória das normas imperativas e mesmo a aplicação supletiva das normas dispositivas, como se viu nos tópicos anteriores, tanto pode advir das disposições aplicáveis aos contratos como um todo quanto das associadas a tipos contratuais específicos, motivo pelo qual se faz necessário um esforço de qualificação do contrato para a apreensão de sua regulamentação. A ideia de qualificação, cabe notar, é bastante distinta da noção de interpretação do negócio jurídico<sup>355</sup> – que levanta inúmeras discussões complexas que evidentemente não são objeto do presente trabalho –, na medida em que não está associada à apreensão do sentido do contrato, e sim à verificação da função do negócio e, conseqüentemente, dos efeitos jurídicos que se lhe deve atribuir diante do ordenamento jurídico<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> Segundo Rui Pinto Duarte: “Essa delimitação dos factos nunca é completamente separável da elaboração dos conceitos qualificativos: a apreensão e a selecção daqueles é sempre, nalguma medida, influenciada por estes. No entanto, por necessidades de ordem vária – desde as resultantes da indispensabilidade de faseamento no processo intelectual até às impostas pela prática judicial – a distinção entre os dois problemas é geralmente reconhecida. Também nós assim procederemos, já que nos iremos concentrar apenas nos critérios para a delimitação dos conceitos qualificativos e para o seu relacionamento com os factos, deixando de lado os problemas inerentes à fixação destes e os relativos à determinação do seu sentido, enquanto tais, isto é, a interpretação dos contratos” (DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 63-64).

<sup>356</sup> Nesse sentido: “Efectivamente, não deve esquecer-se que, no momento em que o negócio se realiza, o processo volitivo deve ter, e normalmente já o fez, percorrido o seu *iter*, e atingido a sua meta definitiva: ele já se esgotou e concretizou numa resolução firme, e os efeitos são determinados pela ordem jurídica, em conformidade com a função do negócio. O teor de um negócio qualquer, mostra bem que nele ocupa o primeiro plano o regulamento de interesses disposto para o futuro, ao passo que a vontade apenas está em segundo plano, como dirigida à função prática daquele: ela pertence, efectivamente, à génese, mas não ao conteúdo do acto de autonomia como facto negocial” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 114). Note-se, porém, que a própria interpretação pode ser alvo de críticas que defendem uma reformulação que a aproxima ainda mais da qualificação: “Da tutto ciò discende un risultato facilmente osservabile, impresso com’è nelle trame dell’odierno paesaggio giuridico: l’asse dell’ordinamento si sposta; la legge, le leggi appaiono sempre più appartate, mentre acquista centralità l’interpretazione in tutte le sue molteplici manifestazioni. Ma deve esser chiaro (e si trae – spero – agevolmente da tutto quanto abbiamo detto) che l’interpretazione non è mai legata alla sola volontà dell’interprete, anche se fosse costui il titolare di un potere supremo. Interpretare è sempre un fare i conti con qualcosa che esorbita la soggettività solitaria e si colloca in rapporto con una realtà esterna al soggetto interprete; è, infatti, sempre ricerca e reperimento – invenzione – magari sorretta da forti intuizioni e può spesso concretarsi anche in sviluppo e costruzione. È un ruolo che fino a ieri sembrava consegnato unicamente nel grembo di un legislatore arroccato nel suo Olimpo e avvolto da un robusto vestimento mitologico; ruolo che oggi spetta

Explica Carlos Nelson Konder, nesse sentido, que a qualificação aparentaria ser processo relativamente singelo, pois, a rigor, diria respeito simplesmente à constatação de um determinado fato e à subsunção do fato à norma para que se possa identificar os efeitos jurídicos associados àquele fenômeno<sup>357</sup>. Contudo, a simplicidade do processo de qualificação tende a ser eminentemente ilusória, já que é precisamente na qualificação que residem as principais controvérsias do sistema jurídico – para muito além do próprio Direito dos Contratos<sup>358</sup>.

Daí a razão pela qual a qualificação se afasta do mero esclarecimento da vontade manifestada a que aludia a Pandectística alemã com a expressão *Willenserklärung*, que leva a verdadeiras exagerações da contribuição a ser oferecida pela vontade individual para a concretização dos efeitos do negócio jurídico. A rigor, os efeitos do contrato são diretamente influenciados tanto pelas instituições sociais e econômicas que constroem aquela determinada operação quanto pela legislação (imperativa e dispositiva) incidente sobre a avença<sup>359</sup>.

É precisamente em virtude desse cenário que a qualificação ganha considerável dificuldade, tendo em vista que a vontade de referenciar determinado conjunto de normas não

---

anche ad altre fonti, fonti plurime ed esorbitanti dalla rigidità della passata inchiodante tipicità. Dottrina, giurisprudenza pratica, notai, avvocati sono tutti chiamati a essere protagonisti di questa invenzione” (GROSSI, Paolo. Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione). In: CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (Org.). *Dialoghi con Guido Alpa: Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*. Roma: Roma Tre Press, 2018. pp. 311-312). Tradução livre: De tudo isso resulta um resultado facilmente observável, impresso como está nas tramas da paisagem jurídica atual: o eixo do sistema se desloca; a lei, as leis parecem cada vez mais distantes, enquanto a interpretação ganha centralidade em todas as suas múltiplas manifestações. No entanto, deve ficar claro (e espero que isso seja facilmente deduzido de tudo o que dissemos) que a interpretação nunca está ligada apenas à vontade do intérprete, mesmo que ele seja detentor de um poder supremo. Interpretar sempre envolve lidar com algo que transcende a subjetividade solitária e se relaciona com uma realidade externa ao intérprete; é sempre pesquisa e descoberta – invenção – possivelmente apoiada por fortes intuições e frequentemente pode se concretizar em desenvolvimento e construção. É um papel que até ontem parecia reservado apenas ao ventre de um legislador isolado em seu Olimpo e envolto em um robusto traje mitológico; um papel que hoje também cabe a outras fontes, múltiplas e excedentes à rigidez da típica anteriormente restritiva. Doutrina, jurisprudência prática, notários, advogados, todos são chamados a desempenhar um papel de destaque nessa invenção.

<sup>357</sup> KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. pp. 10-12.

<sup>358</sup> Nesse sentido: “Não faltam exemplos sobre as dificuldades existentes por trás da aparente simplicidade do processo de qualificação, os quais variam desde casos pitorescos envolvendo debates sobre se personagens dos quadrinhos são seres humanos, se “burritos” são sanduíches e se salgadinhos “pringles” são batatas, até questões candentes sobre os novos desafios da tutela biojurídica da pessoa humana, como no tocante aos efeitos civis da mudança de sexo: o transexual é uma terceira categoria ou se “enquadra” para efeitos jurídicos no gênero para cuja morfologia dirigiu-se a cirurgia de transgenitalização?” (KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 11). Opinião semelhante é também sustentada por Rui Pinto Duarte em obra sobre o tema: DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 62.

<sup>359</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, pp. 114-118.

é suficiente, por si só, para garantir que se lhe aplique a um dado contrato, cujo regime incidirá como consequência da análise funcional dos efeitos projetados pela operação. Significa dizer que a qualificação é operação bastante complexa no campo dos contratos empresariais, que têm dentre seus principais vetores a autonomia privada e o *pacta sunt servanda*. Daí ser possível afirmar que a qualificação dos contratos tende a ganhar ainda maior complexidade por lidar diretamente com a criatividade dos agentes econômicos e as constantes transformações da dinâmica dos mercados, considerando que “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”<sup>360</sup>.

A qualificação, nesse sentido, tem por intuito delimitar o objeto do contrato e posicioná-lo à luz das definições legais aplicáveis a um negócio jurídico com suas respectivas características, isto é, *grosso modo*, determinar os elementos essenciais de um contrato concreto para referenciá-lo (ou não) a alguma figura prevista em lei<sup>361</sup>. Daí asseverar Vincenzo Roppo que a qualificação contratual é a “operação lógica por meio da qual, diante de uma hipótese concreta de contrato, se estabelece que esta corresponde mais a um do que a outro tipo legal, ou a um contrato atípico, pois não corresponde a nenhum tipo legal”<sup>362</sup>.

Ocorre que o processo de qualificação dos contratos não pode se dar de maneira mecânica por intermédio da mera coleta de *essentialia negotii*, pois não se trata de procedimento apto a ser satisfeito somente pela extração de elementos de um conceito legal<sup>363</sup>. Pelo contrário, a ideia de qualificação está associada intimamente ao processo tipológico, já que procura levantar elementos componentes dos contratos concretamente verificáveis para compor uma imagem de sentido que pode vir a se encaixar de maneira mais ou menos evidente em figuras típicas, que, como já se viu, são marcadas por sua capacidade de flexibilizar seu âmbito de aplicação para abarcar – ainda que por intermédio de subtipos, que contêm características próprias – figuras das mais variadas que compartilhem de seu núcleo essencial<sup>364</sup>. Tal circunstância representa, para os contratos empresariais, um particular desafio,

---

<sup>360</sup> KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 13.

<sup>361</sup> DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 64-66.

<sup>362</sup> ROPPO, Vincenzo. *Diritto Privato*. 5.ed. Turim: G. Giappichelli, 2016. p. 414.

<sup>363</sup> Nesse sentido: MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular*, in: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 487-488.

<sup>364</sup> “Para compor aquela imagem de sentido, dever-se-á atender não só às normas injuntivas que dão carácter à respectiva regulamentação, mas também às normas injuntivas que dão carácter à respectiva regulamentação, mas também às normas supletivas nela inscritas – uma vez que também estas traduzem o modo de ser típico, nas suas

na medida em que o processo de qualificação pode ser marcado por um certo grau de arbitrariedade e subjetividade, e, por conseguinte, deve ser justificado a partir dos elementos contextuais do mercado em que se celebram as avenças, sob pena de vulnerar-se a autonomia privada<sup>365</sup>.

Tendo em vista essas características, pode-se notar que a qualificação contratual é um esforço que está muito mais relacionado ao negócio jurídico como operação econômica já existente no mundo jurídico do que à manifestação de vontade que lhe deu origem, motivo pelo qual a vontade das partes não desempenha papel determinante na qualificação<sup>366</sup>. Pelo contrário, a qualificação é um processo levado a cabo principalmente por julgadores, que podem inclusive atribuir ao contrato os efeitos de um negócio jurídico com *nomen iuris* distinto daquele que as partes lhe imputaram<sup>367</sup>. Não se pretende com a qualificação, por conseguinte, reconstruir a vontade das partes – operação possivelmente perseguida por intermédio da interpretação contratual –, mas sim realizar um juízo valorativo quanto aos efeitos do contrato concreto diante dos esquemas legais existentes<sup>368</sup>.

Este juízo valorativo que integra o processo tipológico, assim como a qualificação contratual, consiste na investigação a respeito de indícios que remetam a modelos contratuais conhecidos, para que se verifique se contratos celebrados nos mercados reúnem elementos suficientes para que atraiam a incidência de alguma modalidade típica. Isso porque, conforme aduz Pedro Pais de Vasconcelos, “[o] recurso à tipificação dos contratos pressupõe a existência de elementos susceptíveis de individualizar os tipos”<sup>369</sup>.

Existem, portanto, diversos *índices do tipo* que contribuem para a individualização do regime aplicável a um dado negócio, que, por mais que possam não ser singularmente determinantes, oferecem um conjunto analítico a partir do qual se pode, com maior ou menor

---

realizações mais normais. Assim, os *naturalia* deixam aqui de ser pura decorrência da constatação dos *essentialia* e passam, também eles, a ser um dado na ponderação conducente à qualificação. E mesmo os *accidentalialia* podem contribuir para esse juízo – marcadamente, quando surgem associados a formas subtípicas, com reconhecimento legal ou social” (MARTINS, Maria Inês de Oliveira, Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 493).

<sup>365</sup> Nesse sentido, a respeito dos contratos de construção atípicos diante do regime típico da empreitada: “Embora a doutrina reconheça uma dose de arbitrariedade e subjetividade na qualificação, oriundos das características de abertura, elasticidade e graduabilidade do tipo, alargar o tipo legal da empreitada para nele albergar uma variedade de objetos e prestações tão ampla quanto os de construção não parece ser a melhor solução” (CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 63).

<sup>366</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 81.

<sup>367</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 81.

<sup>368</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 81.

<sup>369</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 117.



segurança, garantir a observância dos interesses das partes e do mercado<sup>370</sup>. Pode-se, nesse sentido, destacar o próprio *nomen iuris* – por mais que este possa decorrer de falsa qualificação<sup>371</sup> pelas partes –; a natureza das prestações e do objeto do contrato; a finalidade pretendida pelas partes; a configuração do ambiente em que se insere o negócio – em que será relevante avaliar se se trata de contrato empresarial ou de outra natureza –; as qualidades das partes; dentre outros elementos que sirvam para a compreensão do escopo do negócio<sup>372</sup>.

Em outras palavras, o conjunto de *índices* do tipo deve ser analisado de maneira abarcante para que se apreenda, entre forma jurídica e operação econômica, a função desempenhada pelos contratos, de tal maneira a preservar tantos os interesses das partes quanto a higidez dos mercados. Daí a razão pela qual se entende que a investigação quanto à função econômica dos contratos empresariais consiste não propriamente em mais um índice do tipo a ser analisado junto dos demais<sup>373</sup>, mas o cerne do processo de qualificação dos contratos empresariais. Isso porque não se lhes pode compreender adequadamente sem que se leve em consideração a sua posição diante do ordenamento jurídico, a autonomia privada das partes e sua inserção na teia de contratos que caracteriza os mercados; e a partir de tal análise conjuntural é que se possibilita notar a *função econômica* que desempenham e que atrairá a incidência de determinadas normas, ao passo que repelirá outras.

Como se demonstrará no Capítulo VI, a análise da função econômica é particularmente relevante para os contratos empresariais precisamente por ser mecanismo com potencial para agregar os diversos elementos institucionais que compõem seu regime jurídico,

---

<sup>370</sup> Nesse sentido: “Os índices do tipo são algo de muito mais amplo do que os ‘essenciais’. Os chamados elementos essenciais são características cuja presença, na totalidade, é necessária e suficiente para determinar a subsunção e cuja ausência, de uma apenas que seja, é suficiente para determinar a exclusão. [...] Os índices do tipo são plurais. Não existe um traço distintivo único capaz de, por si só e sem o concurso de outros, individualizar, distinguir e servir de critério de comparação de todos os tipos contratuais” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 118-119).

<sup>371</sup> A respeito do tema, cabe ressaltar que a vontade de maneira alguma deixa de ser relevante, porém deve ser compreendida em seu contexto: “A vontade das partes desempenha um papel crucial no contrato. Quer ao nível do contrato como acto, quanto à sua liberdade e esclarecimento, quer ao nível do contrato como regulação, quanto à determinação do conteúdo pela interpretação, a vontade negocial dá um contributo importantíssimo, senão mesmo o mais importante, para a determinação do que o contrato é. Nesta perspectiva ampla, a vontade contratual contém e determina quase tudo o que é importante para qualificação. Nesta perspectiva, porém, a vontade contratual desempenha um papel excessivamente amplo para constituir um índice do tipo a considerar ao lado de outros índices porque iria consumir e abranger em grande parte quase todos os demais índices. [...] A estipulação do tipo constitui um índice do tipo e não é absolutamente determinante da qualificação. Na normalidade dos casos a estipulação do tipo corresponde efetivamente ao tipo do contrato. Nestes casos verifica-se a harmonia entre a estipulação do tipo e os demais índices. Há casos todavia em que a estipulação do tipo não é harmônica com os outros índices do mesmo contrato. A desarmonia entre a estipulação do tipo e os outros índices suscita questões delicadas” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 133-136).

<sup>372</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 118-165.

<sup>373</sup> Discorda-se, portanto, da posição de Pedro Pais de Vasconcelos (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 118-165).

tanto para assegurar a aplicação do regime adequado em se tratando de contratos típicos – com as necessárias adequações exigidas pelos vetores dos contratos empresariais –, quanto para identificar a ocorrência de contratos socialmente típicos ou atípicos e garantir que a utilização desses modelos de contratação não seja frustrada por uma qualificação inadequada. Daí dizer Maria Celina Bodin de Moraes que “não se pode negar que todo e qualquer instituto há de ter uma função própria para que se possa justificar a sua presença no ordenamento jurídico, seja de modo típico, seja de modo atípico, isto é, permitido implicitamente pelo sistema”<sup>374</sup>.

Esta peculiar maneira de abordar contratos empresariais é destacada por Angelo Barba quanto à própria técnica de positivação dos negócios mercantis, que congrega elementos organizativos do tipo ao dispor sobre a disciplina jurídica “necessária para incluir o fato comercial que emerge da experiência concreta”. Dessa maneira, ainda segundo Angelo Barba, em lugar de se fornecer definição do contrato em questão, a categoria “lógica” do tipo é empregada com vistas a verdadeiramente construir a *fattispecie* legal e sua particular disciplina, mediante a combinação (i) de um esquema organizacional descrito apenas pela indicação das características paradigmáticas do tipo normativo; e (ii) de uma referência – na disciplina, mas não da definição – a elementos econômicos do negócio em lugar de referências a funções específicas do contrato<sup>375</sup>.

A chamada função econômica dos negócios jurídicos contratuais pode ser sintetizada, nesse sentido, no instituto clássico da *causa* do contrato, que, por mais polêmico que possa ser no contexto brasileiro ou no direito estrangeiro, representa a síntese da vinculação entre uma leitura funcional do contrato diante de seu contexto de celebração e a incidência das normas previstas pelo ordenamento<sup>376</sup>. Considerando a ausência de previsão expressa do instituto da causa no direito brasileiro<sup>377</sup>, é necessário refletir a respeito de seu adequado

---

<sup>374</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*. v. 86, n. 309, pp. 33-61, jan./mar, 1990. p. 35.

<sup>375</sup> BARBA, Angelo. Attualità della legge sulla subfornitura industriale nelle attività produttive (18 giugno 1998, n. 192). In: CUFFARO, Vincenzo. *Obscolescenza e caducità delle leggi civili*. Roma: RomaTre-Press, 2019. p. 31.

<sup>376</sup> Nesse sentido: “O instituto enraizado na dogmática tradicional do direito civil que mais explicitamente manifesta este perfil funcional que deve ser objeto de observação para viabilizar a funcionalização dos contratos – e que, não por coincidência, é também aquele mais referido para a qualificação dos mesmos – é a causa do contrato. A importância da causa como conceito que tradicionalmente descreve o objeto da funcionalização e da qualificação dos contratos justifica que qualquer reflexão nesta seara se inicie por uma análise mais cuidadosa de seu significado e alcance, de modo geral, e de sua existência e eventuais efeitos, hoje, no ordenamento brasileiro” (KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 21).

<sup>377</sup> A ausência de tal noção no direito brasileiro é destacada por Judith Martins-Costa: “Como visto, causa, no sistema francês, é noção que está ‘adiante’, é o objetivo (le but) perseguido por quem se obriga. É conceito não preenchido pela lei, mas posto na lei como elemento de validade das convenções (art. 1.108), dizendo respeito às obrigações e não ao contrato. Se inexistente causa, ou se a causa é ilícita, tem-se de nulidade do ato jurídico. No

posicionamento na dogmática de Direito dos Contratos, tendo em vista tratar-se de elemento central no processo de qualificação e, como se pretende demonstrar ao longo do presente trabalho, na análise dos contratos atípicos.

A causa dos contratos foi explicitamente repelida por Clóvis Beviláqua por ocasião da redação do Código Civil de 1916, tendo sido textualmente apontada como um equívoco do sistema francês que não mereceria ser incluído no ordenamento brasileiro<sup>378</sup>. Conforme explica Pontes de Miranda, a teoria da causa no direito francês (e nos que o imitaram, como afirma o autor) tem a característica peculiar de limitar a autonomia da vontade, na medida em que cria o requisito adicional na teoria contratual de se dizer *por que* alguém assume algum dever<sup>379</sup>. Diante dessa circunstância, Pontes de Miranda afirma criticamente que não foi o direito brasileiro “vítima do grave equívoco histórico que foi, para o direito francês, o art. 1.131” do *Code Civil*, de sorte que “[o]s livros franceses que expõem o art. 1.131 do Código Civil francês, sem o criticar, são perigosos para quem lhes busca elementos para a interpretação do direito brasileiro, ou de outro sistema jurídico que não tenha sido cópia do francês”<sup>380</sup>.

A repelência da doutrina nacional ao conceito francês de causa, porém, não significa a sua completa extirpação do pensamento jurídico brasileiro, mas tão somente a necessidade de ressignificação do instituto, especialmente para afastar reminiscências do subjetivismo que marca a dogmática francesa. Por mais que os próprios autores franceses muitas vezes divirjam sobre a natureza da causa, ganha especial destaque a posição de Henri Capitant, para quem a

---

sistema brasileiro a causa não consta entre os elementos de validade do ato jurídico, postos no art. 82 do CC, inobstante a lei se refira em inúmeras passagens ao termo ‘causa’ e, em outras, suponha a existência de causa” (MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*. v. 16, n. 45, pp. 213-244, mar. 1989. pp. 220-221).

<sup>378</sup> “A causa dos contractos, não declarada como razão ou «condição delles, deixou de ser considerada pelo Codigo Civil. A doutrina já fez justiça a esse requisito, que parece ter entrado no Codigo Civil francez por um equivoco” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1921. v. I, p. 337). A postura crítica de Clóvis Beviláqua é fortemente inspirada na oposição de Théophile Huc à ideia de causa como requisito do negócio jurídico expressa especialmente em seus comentários ao *Code Civil*, que entendia ser tal noção um equívoco de tradução da causa verificável no Direito Romano, cuja expressão mais adequada seria a de *chose*, que se referiria ao próprio objeto do contrato: “Mais nous connaissons déjà cette formule; elle est le résultat d’une pitoyable équivoque sur le sens et l’orthographe du mot cause! [...] Aujourd’hui c’est le mot chose qui doit remplacer le vieux mot emprunté au latin, et les règles sur la cause dans les obligations ne sont que la reproduction, en des termes différents et sans signification précise, des règles sur l’objet. [...] La vérité est que l’opération doit être envisagée dans son ensemble, parce que telle est la commune intention des parties qui doit faire loi” (HUC, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. Paris: F. Pichon, 1894. v. 7, pp. 110-111). Tradução livre: Mas já conhecemos essa fórmula; ela é o resultado de uma lamentável ambiguidade sobre o significado e a ortografia da palavra “causa”! [...] Hoje, é a palavra “coisa” que deve substituir a antiga palavra emprestada do latim, e as regras sobre a causa nas obrigações não passam de uma reprodução, em termos diferentes e sem significado preciso, das regras sobre o objeto. [...] A verdade é que a operação deve ser considerada como um todo, porque essa é a intenção comum das partes que deve prevalecer.

<sup>379</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III, p. 141.

<sup>380</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III, p. 141.

causa é o fim (*le but*) pretendido pelas partes contratantes, na medida em que todo sujeito que se propõe a contrair obrigações perante outro sempre levaria em consideração a finalidade daquele vínculo jurídico, de forma que tal finalidade seria elemento essencial da vontade criadora da obrigação<sup>381</sup>.

Já salientava Henri Capitant – em construção relevante também para a compreensão da causa sob ponto de vista objetivo, e não subjetivo – que a causa se distingue do motivo, ainda que se trate de *motivo determinante*, assim entendido como fator psicológico que levou as partes a buscar a contratação, que, porém, não integra a manifestação de vontade de cada um dos sujeitos envolvidos<sup>382</sup>. Daí dizer Pontes de Miranda que os motivos, isto é, as pré-intenções que dão origem ao negócio, embora relevantes para interpretação dos negócios, não são da essência da manifestação de vontade, e tampouco constituem (como ocorre com a causa) fundamento jurídico para o contrato<sup>383</sup>. Tal concepção, cabe notar, representa uma inovação dos autores do século XX diante da causa elaborada pelos artífices do *Code Civil* francês: ao passo que autores como Jean Domat defendiam que a causa – fim imediato e determinante do negócio – dizia respeito à vinculação de cada uma das partes à vontade de obter a execução da prestação que coubesse à outra parte, a corrente de Henri Capitant transcendia o mero objeto do contrato para abarcar o fim perseguido por quem se obriga<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Segundo o autor: “Le but fait partie intégrante de la manifestation de volonté créatrice de l’obligation. On peut même dire qu’il en est l’élément essentiel. En effet, le débiteur ne consentirait certainement pas à s’obliger, s’il savait que le résultat qu’il se propose ne sera pas obtenu. L’acte de volonté se compose de deux éléments d’abord, le consentement qui est le fait de promettre, de s’engager, et ensuite la considération du but à atteindre au moyen de cette promesse. L’obligation n’est qu’un moyen pour arriver à un but” (CAPITANT, Henri. *Introduction a l’étude du Droit Civil*: Notions générales. 5.ed. Paris: A. Pedone, 1929. p. 19). Tradução livre: O objetivo é parte integrante da manifestação da vontade criadora da obrigação. Pode-se até dizer que é o elemento essencial. Com efeito, o devedor certamente não concordaria em se obrigar se soubesse que o resultado que se propõe não será alcançado. O ato de vontade consiste em dois elementos: primeiro, o consentimento, que é o ato de prometer, de se comprometer, e depois a consideração do objetivo a ser alcançado por meio dessa promessa. A obrigação é apenas um meio para atingir um objetivo.

<sup>382</sup> CAPITANT, Henri. *Introduction a l’étude du Droit Civil*: Notions générales. 5.ed. Paris: A. Pedone, 1929. p. 24.

<sup>383</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III, p. 160. A distinção entre causa e motivo é bem marcada por Torquato de Castro: “Causa não é qualquer propósito psicológico do agente, mas aquele propósito ou escopo-imediato que tem a virtude de informar o ato, garantindo-lhe a individualidade conceitual, entre os outros atos (*finis operis*). Motivo (*finis operantis*) é, por contraste, definido como o móvel psicológico externo ao ato, ou o propósito, ocasional, mediato, que tem em vista o agente, ao assumir a obrigação. A causa, pois, em sentido próprio, somente se concebe em relação ao ato no qual se integra. O ‘motivo’, ao contrário, não desempenha no ato nenhum papel fundamental nem na sua formação, nem nos seus efeitos. êle é irrelevante, em regra, para o direito; salvo, quando as partes convencionam conceder-lhe a importância de razão determinante, ou condicionadora, do ato, ou quando a lei, em situações especiais, o erige à categoria de elemento capaz de influir sobre a eficácia da relação” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. pp. 14-15).

<sup>384</sup> A síntese da mencionada transição verificável na doutrina francesa é feita por Judith Martins-Costa: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 226-227. Conforme ilustra Jacques Ghestin, a distinção ora mencionada diz respeito à diferenciação entre a *causa eficiente* – isto é, a justificação do vínculo – e a *causa final* – ou seja, o interesse pretendido pelas partes: “L’accord des volontés est entendu comme la cause efficiente des effets du contrat, au sens de cause génératrice physique ou

O aperfeiçoamento da ideia de causa do direito francês, no entanto, adicionou ao excessivo subjetivismo da literatura – fortemente marcado pela representação psicológica das partes quanto ao fim do negócio jurídico, por maiores que sejam os esforços em diferenciá-lo dos motivos psicológicos pré-negociais – uma perspectiva objetiva. Daí esclarecer Jacques Ghestin a distinção entre a causa subjetiva, aproximada à ideia de motivos determinantes, que serve para o controle de licitude do contrato; e a causa objetiva, considerada elemento extrínseco do contrato, corporificada (na síntese de Judith Martins-Costa) no “resultado jurídico objetivo que os contratantes visam a obter quando o estipulam”<sup>385</sup>, e, por esse motivo, comumente associada aos tipos contratuais<sup>386</sup>.

O próprio Jacques Ghestin, porém, salienta que a distinção entre causa subjetiva e causa objetiva vem sendo gradativamente relativizada, mesmo porque a causa tem sido reconstruída pela dogmática e pela jurisprudência francesas como uma verdadeira ponte entre a subjetividade que marca a apreensão da finalidade concreta pretendida pelas partes e a objetividade da atividade do julgador que procura referenciar o contrato concreto às figuras jurídicas estabelecidas pela lei, pela jurisprudência ou pelo costume<sup>387</sup>. Dessa maneira, as concepções seriam compatíveis na medida em que ambas procuram encontrar soluções jurídicas

---

mécanique. La doctrine contemporaine définit la cause, dont l'article 1131 du Code civil ait l'une des conditions de validité du contrat, comme la cause finale, c'est-à-dire comme ce qui a psychologiquement déterminé l'engagement et, plus largement, la conclusion du contrat. On peut toutefois se demander si la cause efficiente ne devrait pas également être prise en considération. A priori, c'est l'accord des volontés qui constitue la cause efficiente du contrat, puisque sans lui aucun contrat ne peut prendre naissance. Cette cause efficiente peut être assimilée à un fait générateur, une cause génératrice au sens donné à ce mot par les sciences physiques. Une telle conception est conforme à la théorie de l'autonomie de la volonté selon laquelle la force obligatoire du contrat aurait pour seul fondement les volontés des parties dotées d'un pouvoir créateur propre. Elle s'en distingue toutefois. D'une part, la conception physique de la cause efficiente est parfaitement compatible avec la reconnaissance d'un pouvoir créateur délégué par le droit objectif. D'autre part, elle n'écarte pas la possibilité d'une intervention du droit objectif dans la procédure contractuelle, notamment par l'adjonction d'obligations que les parties n'avaient pas envisagées” (GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. pp. 68-69). Tradução livre: O acordo de vontades é entendido como a causa eficiente dos efeitos do contrato, no sentido de causa geradora física ou mecânica. A doutrina contemporânea define a causa, da qual o artigo 1131 do Código Civil é uma das condições de validade do contrato, como a causa final, ou seja, o que determinou psicologicamente o compromisso e, de forma mais ampla, a conclusão do contrato. No entanto, pode-se questionar se a causa eficiente também deveria ser considerada. A princípio, é o acordo de vontades que constitui a causa eficiente do contrato, pois sem ele nenhum contrato pode surgir. Essa causa eficiente pode ser assimilada a um fato gerador, uma causa geradora no sentido dado a essa palavra pelas ciências físicas. Essa concepção está de acordo com a teoria da autonomia da vontade, segundo a qual a força obrigatória do contrato teria como único fundamento as vontades das partes dotadas de poder criador próprio. No entanto, ela se diferencia. Por um lado, a concepção física da causa eficiente é perfeitamente compatível com o reconhecimento de um poder criador delegado pelo direito objetivo. Por outro lado, ela não exclui a possibilidade de intervenção do direito objetivo no processo contratual, especialmente pela adição de obrigações que as partes não haviam previsto.

<sup>385</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 234.

<sup>386</sup> GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. pp. 112-137.

<sup>387</sup> GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. pp. 113-115.

apropriadas aos interesses envolvidos no negócio, sejam eles protegidos pelo ordenamento jurídico, sejam eles decorrentes dos interesses e necessidades concretos das partes.

Não se pode esquecer, porém, que, por mais que a dogmática francesa tenha avançado no sentido de reconhecer a causa como elemento capaz de ressaltar a dimensão funcional dos contratos e, com isso, conceber os contornos dos negócios jurídicos contratuais a partir do contexto em que se inserem as manifestações de vontade das partes para reconduzi-las a alguma figura tipificada em lei, o direito francês ainda é fortemente influenciado pela ideia de causa como requisito de validade do negócio jurídico. Tal influência permanece, cabe notar, mesmo com a supressão desse elemento do *Code Civil*, considerando que a reforma do diploma francês ocorrida em fevereiro de 2016 alterou o texto original do art. 1.131 (“*L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*”) e dos dispositivos subsequentes para verdadeiramente deixar de prever a figura da causa – bastando ver que o art. 1.131 passou a fazer referência a vícios do consentimento (“*Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat*”).

Isso não significa, porém, que o direito francês deixa de ser causalista, que a causa foi extirpada do ordenamento francês ou muito menos que a concepção francesa de causa foi superada por visões mais objetivas tendentes a privilegiar a análise funcional dos negócios jurídicos. Pelo contrário, a doutrina contemporânea tem salientado que, diante do forte arraigamento da noção de causa como requisito subjetivo associado à finalidade dos contratos, essencial à própria justificação de vínculos obrigacionais recíprocos no direito francês, a supressão do instituto na lei positiva não é suficiente para que esta desapareça do pensamento dos juristas franceses e muito menos da cultura jurídica daquele país<sup>388</sup>. Daí dizer Guillaume Wicker que, expulsa pela porta, a causa retorna inevitavelmente pela janela<sup>389</sup>.

Não é sem motivo que, antes mesmo da reforma de 2016, Basil Markesinis já identificava que a causa do sistema francês se aproximava cada vez mais da figura da *consideration* do direito anglo-saxão (notadamente na medida em que se aproxima tal conceito à investigação quanto à existência de contraprestação), sendo a causa verdadeiro símbolo da crescente similaridade entre esses sistemas jurídicos como resultado da exigência de uma justificativa econômica concreta para o negócio jurídico contratual para que este seja

---

<sup>388</sup> Nesse sentido: BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 15.ed. Paris: LGDJ, 2016. pp. 160-171.

<sup>389</sup> WICKER, Guillaume. La suppression de la cause et les solutions alternatives. In: SCHULZE, Reiner et al. *La réforme du droit des obligations en France: 5e Journées Franco-Allemandes*. Paris: Société de législation comparé, 2015. pp. 116-120.

validamente considerado<sup>390</sup>. Trata-se, porém, de marca distintiva da tradição jurídica francesa a circunstância de ser causalista, adotando o instituto da causa da peculiar maneira acima descrita.

É justamente em razão desse cuidado com a concepção francesa da causa que, ao se aludir possivelmente à sistematização de uma teoria da causa no direito brasileiro, deve-se atentar para os fundamentos estruturais e culturais do ordenamento pátrio. É verdade que, como aponta Carlos Nelson Konder, o instituto da causa é marcado por tamanha celeuma que se pode afirmar que a escolha por uma concepção ou outra de causa pode ser uma questão mais de gosto do que de lógica, já que diversos autores ofereceram soluções críveis para lidar com a matéria – e, com isso, acabaram por contribuir com a incerteza a respeito de tal conceito, a tornar cada vez mais difícil a sua reconstrução<sup>391</sup>.

Nesse sentido, é evidente que, na dogmática contratual brasileira, se busca constantemente por referenciais estruturais que permitam a mais adequada apreensão do sentido dos negócios jurídicos segundo a função que os negócios em concreto exercem – concepção que, não por acaso, está bastante aproximada à noção mais objetiva de causa, por mais que ressoem na dogmática brasileira as posições anticausalistas próprias da história do Direito Privado nacional<sup>392</sup>. Por esse motivo, por mais marcante que seja a influência francesa na teoria da *causa*, o contexto brasileiro é fortemente influenciado pela dogmática italiana – igualmente causalista –, fruto de duras críticas à concepção subjetivista da causa<sup>393</sup>, notadamente em

---

<sup>390</sup> MARKESINIS, Basil. Cause and Consideration: A Study in Parallel. *The Cambridge Law Journal*. v. 37, n. 1, pp. 53-75, abr. 1978.

<sup>391</sup> KONDER, Carlos Nelson. Tramonto o revirement della causa del contratto: influenze europee sul diritto brasiliano. In: CERQUEIRA, Gustavo; TEPEDINO, Gustavo. *Études en l'honneur du Professeur Iacyr de Aguilar Vieira*. Paris: Société de Législation Comparée, 2022. pp. 199-201.

<sup>392</sup> Nesse sentido: “No sistema brasileiro, inobstante as imprecisões que ainda cercam a matéria, a noção de causa, referenciada aos contratos, vem-se tornando mais segura. Como se viu, é incontrovertido que a causa não é elemento autônomo de validade nos contratos, mas há autores que propugnam a conveniência de a expressão ‘objeto lícito’ constante do art. 82 servir também como instrumento para a função de controle sobre a autonomia privada que a noção de causa vem apresentando, na linha apontada pioneiramente na Itália por Emílio Betti. Entre nós, quando admitida a posição causalista, esta tem sentido ‘instrumental’ ou ‘funcional’, e há quem afirme, nesta perspectiva, que a doutrina brasileira, ao se posicionar sobre o objeto lícito, em matéria de ato jurídico, vem construindo uma espécie de teoria brasileira da causa. A construção dessa possível ‘teoria brasileira’ não se furta, contudo, à influência de sistemas declaradamente anticausalistas, como o alemão e o suíço das obrigações, para os quais os atos jurídicos se formam essencialmente mediante ‘declarações de vontade’ e não ‘manifestações de vontade’, referindo-se, portanto, ao declarado por forma a se afirmar que o que não está aí contido e expresso não integra a essência do ato” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 238).

<sup>393</sup> Pode-se verificar importante virada com o advento do Código Civil italiano de 1942, conforme aponta Carlos Nelson Konder: “Con il vigore del codice civile del 1942, l’interpretazione della causa come requisito di validità del negozio giuridico si è spostata verso una concezione più oggettiva. La causa comincia ad essere vincolata non più all’obbligazione, ma al contratto intero, e concepita come la funzione oggettiva, la ragione giustificatrice o la finalità pratica che il contratto persegue. La concezione soggettiva è, quindi, rigettata, reputata un residuo della tendenza, in gran parte superata, a ricondurre i concetti giuridici alla volontà, trascurando la sola e vera fonte formale: la norma. In opposizione alla prospettiva tradizionale, dove il contratto è soggetto di disciplina e

virtude de seu excessivo apelo à manifestação de vontade e a certo descaso com relação ao papel da norma positiva como fonte formal para a qualificação dos contratos<sup>394</sup>.

A concepção italiana da causa, que passa a dedicar-se muito mais ao *contrato* propriamente dito do que à *obrigação*, a vontade do agente não é mais o parâmetro valorativo da causa, que passa a ser compreendida como o fundamento jurídico da vontade. Significa dizer que – ainda segundo Carlos Nelson Konder –, se o contrato realiza uma determinada função e esta deve ser lícita para que o negócio seja juridicamente protegido, a autonomia privada não oferece um espaço de liberdade absoluta para a fixação de caprichos individuais, mas serve para a implementação de um regulamento de interesses a ser valorado como merecedor ou não de

---

l'ordinamento appare nella veste di dispensatore degli effetti e dei limiti giuridici qualche volta necessari, affinché le parti perseguano i propri scopi e soddisfino i propri bisogni, alla nova prospettiva, invece, il contratto è oggetto di disciplina e la fonte della produzione degli effetti giuridici riguarda all'ordinamento.<sup>393</sup> Con l'adozione di questa nuova formula il problema non è più contenuto nei limiti di quella prospettiva, ma s'inserisce in una visione il cui punto iniziale è l'ordinamento giuridico" (KONDER, Carlos Nelson. Tramonto o revirement della causa del contratto: influenze europee sul diritto brasiliano. In: CERQUEIRA, Gustavo; TEPEDINO, Gustavo. *Études en l'honneur du Professeur Iacyr de Aguilar Vieira*. Paris: Société de Législation Comparée, 2022. p. 198). Tradução livre: Com a entrada em vigor do Código Civil de 1942, a interpretação da causa como requisito de validade do negócio jurídico evoluiu para uma concepção mais objetiva. A causa passou a não estar mais vinculada à obrigação, mas sim ao contrato como um todo, sendo concebida como a função objetiva, a razão justificadora ou o propósito prático que o contrato busca. A concepção subjetiva foi, portanto, rejeitada, considerada um resquício da tendência, em grande parte superada, de reduzir os conceitos jurídicos à vontade, negligenciando a única e verdadeira fonte formal: a norma. Em oposição à perspectiva tradicional, onde o contrato é objeto de disciplina e a ordem jurídica aparece como fornecedora dos efeitos e limites legais às vezes necessários para que as partes alcancem seus objetivos e atendam às suas necessidades, na nova perspectiva, o contrato é objeto de disciplina e a fonte da produção dos efeitos jurídicos diz respeito à ordem jurídica. Com a adoção dessa nova abordagem, o problema não está mais contido nos limites daquela perspectiva, mas se insere em uma visão cujo ponto de partida é a ordem jurídica.

<sup>394</sup> Nesse sentido: PUGLIATTI, Salvatore. *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 79.



tutela<sup>395</sup>, de tal maneira que a causa passa a oferecer uma perspectiva de funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Privado<sup>396</sup>.

A causa, dessa maneira, é construída não como um dos elementos essenciais ao negócio jurídico, mas como “função econômico-social de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada. A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada”<sup>397</sup>. Naturalmente que a percepção da função econômica do negócio jurídico contratual à luz do ordenamento não pode estar afastada dos interesses concretos perseguidos pelas partes, porém tais interesses devem ser valorados segundo os ditames do ordenamento jurídico, assim como as regras do mercado e os interesses empresariais associados à dinâmica do comércio.

Analisar a função econômica do negócio jurídico, por conseguinte, significa investigar os efeitos práticos produzidos pela avença diante do complexo de instituições que constroem o comportamento dos contratantes, questão especialmente cara aos contratos empresariais. Iniciativa pioneira no contexto brasileiro, tributária da doutrina italiana<sup>398</sup>, é o

---

<sup>395</sup> O *Codice civile* italiano estabeleceu, em seu art. 1.322, que diz respeito à “autonomia contratual”, que “as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei e pelas normas corporativas” e que “as partes podem concluir contratos que não pertençam a tipos que tenham uma disciplina particular, desde que sejam voltados a realizar interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico”. Tradução livre do original: “Art. 1.322. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”. O legislador italiano, dessa maneira, avançou mais ao estabelecer um critério de controle específico à tutela dos contratos atípicos, de tal maneira que, para além da observância dos limites impostos pela lei, a liberdade contratual é subordinada ao requisito conhecido como *meritevolezza* ou, em tradução livre, merecimento de tutela pelo ordenamento, de sorte que o conteúdo e o alcance dos contratos atípicos é limitado por parâmetros como a razoabilidade, a boa-fé, o dever de solidariedade nas relações intersubjetivas (que decorre do art. 2º da Constituição italiana de 1946, segundo o qual: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”). Tradução livre: A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais em que se desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. Nesse sentido: FIORI, Roberto, *Bona Fides: formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* (parte prima), in: CARDILLI, Riccardo et al (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. Nápoles: Jovene Editori Napoli, 2006. p. 189).

<sup>396</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Tramonto o revirement della causa del contratto: influenze europee sul diritto brasiliano*. In: CERQUEIRA, Gustavo; TEPEDINO, Gustavo. *Études en l’honneur du Professeur Iacry de Aguiar Vieira*. Paris: Société de Législation Comparée, 2022. pp. 199-201.

<sup>397</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, pp. 350-351.

<sup>398</sup> Cabe salientar que, mesmo sendo possível identificar presenças mais marcantes de traços associados a um sistema jurídico ou outro, pode haver diversas sobreposições: “É óbvio que a cultura jurídica, enquanto uma forma de governança, não pode ser reduzida a uma configuração estática, linear, totalizante, permanente e idealizada. Falar da ‘cultura jurídica’ certamente não privilegia automaticamente a coerência, não implica em reificação, não insinua um essencialismo, não exagera distinções, não acarreta interdição de mudanças temporais, nem no apagamento de variações individuais ou contestações que podem tomar a forma de participação ou não-participação em um espectro de subculturas, não fetichiza a identidade colocando-a além da crítica, não trivializa a agência ou o raciocínio individual, nem transforma seus advogados em conservadores cegos. Em suma,

esforço doutrinário de Torquato de Castro, para quem, ao se analisar o encontro das manifestações de vontade que originará o contrato, pode-se identificar um ponto comum às vontades das partes que transcende a perspectiva fracionária das obrigações consideradas isoladamente e até mesmo das atribuições patrimoniais realizadas por cada parte, com a finalidade última de individualizar o ato e referenciar o seu regime jurídico: a *causa*<sup>399</sup>. Torquato de Castro, por conseguinte, atribui à causa do contrato a tarefa de encapsular a unidade conceitual decorrente da finalidade comum que é própria aos negócios jurídicos contratuais, em verdadeira tentativa de conciliação entre as tradicionais posições causalistas subjetivistas e objetivistas, objetivo que se justifica mesmo na ausência de previsão legislativa em razão de um imperativo de qualificação dos contratos.

Daí dizer o autor que tal concepção de causa tem considerável valor prático por privilegiar a análise da *função útil do negócio*, de maneira a permitir “a nomeação legal dos contratos, e faculta, por outro lado, distinguir, dentre a massa de contratos inominados, através da verificação da função econômica que visem preencher, aqueles que merecem do direito a proteção legal”<sup>400</sup>. Tal posição deixa evidente a razão de ser de tal concepção da teoria da causa, que procura enquadrar a operação econômica contida no contrato nas formas jurídicas existentes no ordenamento, de tal maneira que, se há *escolha* do tipo contratual, esta se dá não pela mera adesão a um regime mencionado pelas partes, mas pelos efeitos decorrentes das disposições contratuais<sup>401</sup>. Não sem motivo, é perfeitamente possível que as partes escolham

---

argumentar em favor da cultura não é defender uma força tirânica a ‘ossificar’ uma ‘comunidade’ ao longo de linhas estereotipadas e desabilitando qualquer indivíduo de abrigar comportamentos idiossincráticos vis-à-vis o grupo” (LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021. pp. 112-113).

<sup>399</sup> CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. pp. 39-40.

<sup>400</sup> CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 41.

<sup>401</sup> Cabe notar que, mesmo na dogmática francesa, há reflexões relevantes quanto à capacidade da vontade das partes de modular a qualificação do contrato. Segundo François Terré, em estudo clássico, a qualificação é apenas indiretamente influenciada pela vontade individual: “Mais quelle est en définitive l’influence de la volonté individuelle sur les qualifications? Il est nécessaire de rappeler à présent les conclusions susceptibles d’être formulées. Toute qualification implique l’existence d’un ou de plusieurs éléments unis les uns aux autres selon une certaine structure. Les éléments de toute qualification constituent les critères de celle-ci. Ils sont précisés, selon les hypothèses, tantôt par la loi ou par la coutume, tantôt par la jurisprudence, tantôt enfin par les volontés individuelles. Par ailleurs, les combinaisons de ces divers éléments se diversifient presque à l’infini. C’est en ayant présente à l’esprit cette distinction des éléments et de la structure que l’on peut répondre à la question posée. L’influence des volontés individuelles sur les qualifications se distingue tout d’abord de celle qui est la leur, lorsqu’elles font simplement preuve d’habileté. Lorsqu’elles aménagent certaines données, dans le dessein de les soumettre à une qualification plutôt qu’à une autre, elles n’agissent qu’indirectement sur les qualifications. Si le cadre est différent selon les cas, c’est parce que le contenu a changé” (TERRÉ, François. *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. pp. 559-560). Tradução livre: Mas qual é, em definitivo, a influência da vontade individual sobre as qualificações? É necessário ter presentes as conclusões suscetíveis de serem formuladas. Toda qualificação implica a existência de um ou mais elementos unidos uns aos outros segundo uma certa estrutura. Os elementos de toda qualificação constituem os seus critérios. Eles são precisados, segundo as hipóteses, tanto pela lei ou pelo costume, quanto pela jurisprudência, ou, enfim, pelas vontades individuais. Ademais, as combinações desses vários elementos se diversificam

celebrar contrato nomeado pela legislação, porém com finalidade atípica, situação na qual se poderá tanto perceber a celebração de um negócio indireto quanto de um negócio atípico ou, ainda, a tentativa de burlar a legislação imperativa associada ao tipo de referência.

Há que se notar, no entanto, que não parece adequado promover mera transposição da teoria da causa conforme compreendida pela dogmática italiana, na medida em que, da mesma forma que não há no ordenamento brasileiro previsão da causa como requisito do negócio jurídico, não há disposição expressa que faça referência a algum requisito como a *meritevolezza* ou merecimento de tutela. Mesmo diante desse cenário, Orlando Gomes salienta que “os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivo, não merecem proteção jurídica. Merecem-no apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil”<sup>402</sup>.

A posição de Orlando Gomes, nesse sentido, marca importante distinção da relevância da causa para contratos típicos e atípicos. Ao passo que os contratos típicos dizem respeito a um conjunto de técnicas predeterminadas voltadas a oferecer às partes contratantes regras-padrão que incidem sempre que identificada a função econômica que pretendem regular, os contratos atípicos são definidos precisamente pela falta dessa disciplina legal padrão. Para os contratos típicos, assim, deve-se atentar para a incidência de normas imperativas associadas aos tipos, notadamente diante do risco de simulação e outras formas de fraude à lei obrigatória<sup>403</sup>, de maneira a assegurar a aplicação do regime adequado à função econômica invocada pelas partes a partir dos efeitos jurídicos produzidos pelo negócio<sup>404</sup>. No caso dos

---

praticamente ao infinito. É tendo em mente essa distinção dos elementos e da estrutura que se pode responder à questão posta. A influência das vontades individuais sobre as qualificações se distingue, antes de mais nada, daquela que lhes cabe, quando simplesmente demonstram habilidade. Quando organizam determinados dados, no com a intenção de submetê-los a uma classificação e não a outra, agem apenas indiretamente sobre as qualificações. Se o quadro é diferente segundo o caso, é porque o conteúdo mudou.

<sup>402</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

<sup>403</sup> Exemplo disso pode ser encontrado na sutil distinção entre planos de saúde coletivos (aos quais não se aplica o CDC) e planos individuais, que podem ser camuflados de planos coletivos para fraudar a lei imperativa, gerando o fenômeno do “falso coletivo”. Nesse sentido: “PLANO DE SAÚDE. FALSO COLETIVO. Reajustes por sinistralidade e variação dos custos médico-hospitalares (VCMH). Plano coletivo empresarial não sujeito em tese aos índices previstos pela ANS. Plano da autora, contudo, que se qualifica como “falso coletivo”, pois cobre apenas núcleo familiar de quatro vidas. Contratação de plano nitidamente individual – pelo seu escopo e função econômica – como plano coletivo tem a finalidade de tangenciar e fugir do controle de normas cogentes. Aplicação do Código de Defesa Consumidor. Reajustes limitados aos índices da ANS. Pretensão restitutória corretamente acolhida. Ação procedente. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP, Apelação Cível 1034021-81.2020.8.26.0002, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara de Direito Privado, julg. 12.09.2022).

<sup>404</sup> Nesse sentido: “O contrato de franquia é típico, tendo o texto de lei fixado requisitos específicos para sua celebração. Estes requisitos estão vinculados ao cumprimento de sua função econômica própria, de organizar a produção ou a circulação de mercadorias e serviços, cuja ausência só pode resultar em sua invalidez absoluta, ou seja, em sua nulidade, prejudicada a formação do sistema operacional previsto para nascer com o ajuste de vontades” (TJSP 1026656-70.2020.8.26.0100, Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julg. 29.03.2023).

contratos atípicos, a identificação da função econômica não serve simplesmente para constatar que se trata de um negócio não previsto pela legislação, mas também para enquadrar aquele negócio no conjunto de parâmetros de controle que devem sobre ele incidir<sup>405</sup>. Daí ser possível afirmar que, nos contratos atípicos, a investigação acerca da função econômica ou causa do contrato está especialmente associada à identificação dos contornos da operação subjacente ao negócio e à sua adequação à veste jurídica a ela atribuída pelas partes.

A causa, assim, ao evocar a dinâmica dos mercados em que se inserem os contratos atípicos, serve exatamente para precisar a utilidade desses negócios e dos interesses das partes em um universo marcado pelos vetores que são próprios à contratação empresarial, que evidentemente abarcam o escopo lucrativo, mas também levam em consideração a teia de relações travadas entre empresa e sociedade<sup>406</sup>. Tal compreensão a respeito da causa é especialmente relevante para os contratos empresariais, na medida em que, conforme aduz Orlando Gomes, “[a] vida econômica desdobra-se através de imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua causa”<sup>407</sup>.

Significa dizer que os contratos empresariais estão necessariamente vinculados à sua finalidade prática, a partir da qual são verificados os seus efeitos jurídicos<sup>408</sup>. Daí salientar

---

<sup>405</sup> É o que assevera Maria Celina Bodin de Moraes: “O negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral. A tipicidade de certos contratos já pressupõe cumprida, em abstrato, tal exigência. Porém, abandonada a tipicidade do direito romano clássico – o qual, como se sabe, predispunha rígidos esquemas negociais e tipos fixos de causa –, mostrava-se claramente inaceitável que o ordenamento devesse reconhecer como válido e eficaz o simples acordo de vontades, qualquer que fosse o seu conteúdo, desde que o objeto seja lícito, o consentimento adequado e a eventual forma respeitada. O próprio art. 425 do Código Civil de 2002, ao expressar a licitude dos contratos atípicos, assim o faz ressaltando a necessidade de se observarem as normas gerais fixadas no Código, dentre as quais se pode lembrar a regra prevista no art. 187, referente ao abuso do direito, aí incluído, pois, o abuso da liberdade contratual” (MORAES, Maria Celina Bodin. *A causa do contrato. Civilistica.com*. v. 2, n. 1, pp. 1-24, 2013. p. 6).

<sup>406</sup> A função econômica, assim, está intimamente relacionada às marcas distintivas dos contratos empresariais: “O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua ‘vontade comum’ e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 39).

<sup>407</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 22.

<sup>408</sup> A necessidade de compreensão dos objetivos econômicos do contrato para a aplicação de seu adequado regime jurídico já era apontada por Erich Danz: “Wenn die Parteien mit den Willenserklärungen, welche den Tatbestand des Rechtsgeschäfts bilden, bezwecken, winen wirtschaftlichen Erfolg hervorzurufen, und der Richter die Aufgabe hat, diese Willenserklärungen – wenn sie das Recht nicht missbilligt – dadurch zu schüssen und die Ausführung des damit erstrebten wirtschaftlichen Erfolges dadurch zu sichern, dass er eine genau der Willenserklärung entsprechende Rechtsfolge als aus ihr entstanden seststellt, so muss er natürlich zunächst den wirtschaftlichen Zweck genau erkannt haben, sonst stellt er eine falsche Rechtsfolge seit, er stellt dann seit, dass eine rechtliche

a doutrina italiana que a teoria da causa tem por intuito evitar que sejam gastos tempo e recursos financeiros ou institucionais direcionados a negócios desarrastados, irracionais ou, ainda, movidos por motivações absurdas fundadas em valorações socioeconômicas afastadas da realidade dos mercados<sup>409</sup>.

Dessa maneira, os contratos, e especialmente os contratos atípicos, exigem um mínimo grau de clareza a respeito da função econômica que desempenham para fundamentar as finalidades que os sustentam. Daí dizer Paula Forgioni que “[o] ato que leva à contratação

---

Verpflichtung entstanden ist, wie sie in Wirklichkeit nicht entstanden ist” (DANZ, Eric. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*. Jena: Gustav Fischer, 1906. p. 74). Tradução livre: Quando as partes, com as declarações de vontade que constituem o fato jurídico, visam produzir um resultado econômico e o juiz tem a tarefa de confirmar essas declarações de vontade – desde que o direito não as desaprove – e garantir a execução do sucesso econômico almejado ao estabelecer uma consequência legal exatamente correspondente à declaração de vontade, ele deve, naturalmente, primeiro ter reconhecido precisamente o propósito econômico, caso contrário, estabelecerá uma consequência legal errada, estabelecendo então que uma obrigação legal surgiu, quando na realidade não surgiu.

<sup>409</sup> Nesse sentido: “Viene data tuttavia, della mancanza di causa, una ricostruzione che merita tenere in considerazione, poiché essa sembra dare conto di come sia possibile conciliare una teoria funzionalistica della causa, con l’ipotesi che la causa possa mancare. Ed è una ricostruzione che può, salve le diverse sfumature, riassumersi in questi termini. Posto che la tutela in giudizio ha un costo, non la si può apprestare per contratti che sono irragionevoli, od irrazionali, per meglio dire contratti caratterizzati dalla «ragione assurdamente prevaricante» del contratto, nei quali si delinea, cioè, un’assurdità, sulla base di una valutazione socio-economica tipica, dell’assetto di interessi pure posto in essere dalle parti in condizioni di almeno apparente parità formale/sostanziale nella contrattazione». Sarebbe, ad esempio, assurdo un contratto con cui taluno acquistasse un amuleto da un chiromante per ricavare dall’oggetto una protezione astrale. Ovviamente torneremo in seguito sull’esempio, ma per ora occorre fare una precisazione su questa teoria. [...] A ben vedere, però, questa tecnica di costruzione della causa, è più francofila di quanto non sembri, proprio in quanto volta a negare la coercibilità di una obbligazione priva di causa. Per dire che il criterio di irragionevolezza (o di assurdità dell’affare) opera rispetto a tutte le pattuizioni, ed è dunque un criterio che consente di dichiarare l’intero contratto privo di una ragione giustificativa, che lo renda rilevante, occorrerebbe rifiutare la domanda non solo del profittatore ma anche del contraente leso; ossia dire all’acquirente che agisce per la consegna dell’amuleto, o per il risarcimento del danno dovuto alla omessa consegna, che nemmeno la sua domanda può essere accolta, perché il contratto è nullo per difetto di causa. Insomma, il contratto non produce obblighi per entrambe delle parti. Ovviamente questa conclusione non può essere argomentata assumendo una “ragione assurdamente prevaricante”, la quale varrebbe a danno del prevaricante, ma non può valere a danno del prevaricato, il quale insista nel pretendere l’adempimento” (CRICENTI, Giuseppe. *Contratto – causa – funzione individuale concreta – carenza – nullità. Diritto e giurisprudenza*. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile. v. 122, n. 3, pp. 437-445, 2007. pp. 442-443). Tradução livre: No entanto, surge a questão da falta de causa, uma reconstrução que merece ser considerada, pois parece explicar como é possível conciliar uma teoria funcional da causa com a possibilidade de falta de causa. E é uma reconstrução que pode ser resumida, com diferentes nuances, da seguinte maneira: uma vez que a proteção judicial tem um custo, ela não pode ser aplicada a contratos que são irracionais, ou melhor, contratos caracterizados pela ‘razão absurdamente preponderante’ do contrato, nos quais se delinea, ou seja, um absurdo, com base em uma avaliação socioeconômica típica, do arranjo de interesses estabelecido pelas partes em condições de pelo menos aparente igualdade formal/substancial na negociação. Seria, por exemplo, absurdo um contrato pelo qual alguém adquirisse um amuleto de um quiromante para obter proteção astral do objeto. Claro, voltaremos a este exemplo mais tarde, mas, por enquanto, é necessário fazer uma ressalva sobre essa teoria. [...] No entanto, ao examinar mais de perto, essa técnica de construção da causa é mais favorável do que parece, precisamente porque visa negar a coercibilidade de uma obrigação sem causa. Para afirmar que o critério de irracionalidade (ou absurdidade do negócio) se aplica a todas as disposições contratuais e, portanto, é um critério que permite declarar todo o contrato desprovido de uma razão justificativa que o torne relevante, seria necessário recusar o pedido não apenas do explorador, mas também do contratante prejudicado; ou seja, dizer ao comprador que está buscando a entrega do amuleto ou a reparação do dano devido à entrega não realizada que nem mesmo o seu pedido pode ser atendido, porque o contrato é nulo por falta de causa. Em outras palavras, o contrato não gera obrigações para ambas as partes. Claro, essa conclusão não pode ser argumentada com base em uma ‘razão absurdamente preponderante’, que valeria em detrimento do prevaricador, mas não pode valer em detrimento do prejudicado, que insiste em exigir o cumprimento.

exige justificação objetiva, cujo reconhecimento reclama a adoção de perspectiva dinâmica [e não estática] da autonomia privada”<sup>410</sup>. De acordo com a autora, “[o] conteúdo do negócio não é uma vontade qualquer, incolor expressão do vazio individual, mas preceito da autonomia privada, vinculado aos interesses que movem as partes nas relações que estabelecem entre si e com terceiros. Trata-se de ato ligado à circulação mercantil e por ela objetivada”<sup>411</sup>.

A função econômica desempenhada pelos contratos empresariais, por conseguinte, é o principal elemento a ser levado em consideração tanto para a identificação e qualificação do contrato quanto para a elaboração dos parâmetros de controle que se lhe aplicarão, na medida em que seu escopo é objetivado pelo mercado – e, por conseguinte, eventuais abusos. Não se pode esquecer que, nos termos do art. 187 do Código Civil, “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, disposição que igualmente se aplica à liberdade de contratar.

Por mais que a extensão da ideia de causa ainda mereça maior aprofundamento, especialmente por parte da jurisprudência brasileira e notadamente na construção dogmática de mecanismos de controle da atipicidade contratual (como se pretende demonstrar nos próximos Capítulos do presente trabalho), não se pode ignorar que se trata de noção já acolhida em alguma medida pelo direito brasileiro, ainda que de maneira esporádica e pouco consistente. O que vale ressaltar, nesse ponto, é que não se trata de instituto absolutamente estranho e desconhecido dos tribunais pátrios, mas sim conteúdo que ainda carece de construção dogmática sólida.

Nesse sentido, por mais que seja matéria ainda relativamente pouco explorada e certamente pouco aprofundada, o Superior Tribunal de Justiça conta com um conjunto de julgados que utilizaram a causa dos contratos como meio de identificação da função econômica dos negócios jurídicos concretos para que se lhes associasse ou não a modelos previstos em lei<sup>412</sup>. Pode-se mencionar, nesse sentido, julgados que preconizam ser necessário contextualizar

---

<sup>410</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 120.

<sup>411</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 120.

<sup>412</sup> É relevante, desde logo, antecipar que a pesquisa de julgados relacionados à causa vão ao encontro da percepção de outros trabalhos a respeito da inexistência de critérios seguros para avaliar a atipicidade contratual, conforme apontou Giovanna Comiran em sua dissertação de mestrado: “As dificuldades encontradas na resposta a essa questão demonstram que nos sistemas de direito legislado o jurista ainda encontra muita insegurança para lidar com a constatação da incompletude de seu sistema normativo. O exame de julgados brasileiros tem demonstrado que, ainda quando se encontram soluções adequadas, é muito difícil vislumbrar um método uniforme, uma trilha pela qual caminhe o raciocínio jurisprudencial rumo à decisão que se apresentará – seja ela satisfatória ou não. O resultado tem sido um crescente sentimento de insegurança jurídica, pela proliferação de um revisionismo contratual às vezes carente de critérios. Tal constatação reforça o entendimento de que o aparato teórico oferecido pela doutrina talvez não seja efetiva [sic] e suficientemente capaz de orientar os julgamentos por outro caminho

os contratos de seguro celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação segundo a sua função econômico-social, especialmente para definir a extensão da cobertura desses negócios<sup>413</sup>; e que, à luz da legislação tributária e da prática negocial, buscam identificar a causa do contrato de *leasing* e, assim, os seus requisitos essenciais, para constatar que o arrendamento mercantil fica descaracterizado com o pagamento do valor residual garantido (VRG), verificando-se, assim, compra e venda a prazo<sup>414</sup>

Curiosamente, um dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que mais profundamente abordou a noção de causa como função econômica do contrato decorreu de um julgado da Sexta Turma – cuja competência é criminal – que dizia respeito ao cometimento da conduta delitiva tipificada pelo art. 16 da Lei nº. 7.492/1986 (lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), isto é, o crime de operação de instituição financeira sem autorização (“Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração [...] falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio”)<sup>415</sup>.

---

senão o da corrente busca por justificativas nas bases principiológicas do ordenamento” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. pp. 12-13).

<sup>413</sup> STJ, REsp 1.804.965, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, julg. 27.05.2020, publ. 01.06.2020; STJ, REsp 1.837.372, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 08.10.2019, publ. 11.10.2019.

<sup>414</sup> Trata-se de posicionamento bastante recorrente, como se pode verificar pela grande quantidade de julgados identificados no STJ, questão que será mais aprofundada no Capítulo subsequente, sobre os contratos socialmente típicos: STJ, REsp 185.287, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julg. 14.11.2000; STJ, REsp 196.209, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julg. 09.11.1999; STJ, REsp 218.369, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julg. 06.06.2000; STJ, REsp 207.634, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julg. 18.05.2000; STJ, REsp 189.412, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julg. 06.04.2000; STJ, REsp 192.387, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julg. 02.05.2000; STJ, REsp 191.514, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julg. 14.03.2000; STJ, REsp 180.509, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julg. 17.02.2000; STJ, REsp 172.432, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julg. 16.11.1999; STJ REsp 218.041, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 02.09.1999; STJ, REsp 181.095, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 18.03.1999; STJ, REsp 188.145, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 06.05.1999; STJ, REsp 178.272, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 18.03.1999; STJ, REsp 228.782, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 07.12.1999.

<sup>415</sup> Cabe transcrever a íntegra da ementa do aludido julgado: “PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. “COMPRA PREMIADA”. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO. CARACTERIZAÇÃO, NA HIPÓTESE EXAMINADA, DE VERDADEIRO SISTEMA DE CONSÓRCIO DISSIMULADO, DADA A PRESENÇA DE SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS E DE SUA CAUSA. AINDA QUE NÃO SE TRATASSE DE CONSÓRCIO, HÁ CAPTAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS DE TERCEIROS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A fim de se verificar a caracterização de uma atividade como sendo própria de administradora de consórcio, para fins de enquadramento no artigo 16, p. único, I, da Lei n. 7.492/86, é necessário qualificar concretamente o negócio jurídico examinado. Para tanto, deve-se verificar a pactuação dos seus elementos essenciais (essencialia) e a sua causa.

2. No caso concreto, está-se diante de mecanismo que apresenta os elementos essenciais do sistema de consórcio: (a) contrato de adesão; (b) formado pela reunião de pessoas naturais ou jurídicas em grupos; (c) com prazo de duração previamente definido; (d) com número de cotas previamente determinados; (e) sob a organização de um administrador; (f) com a finalidade de propiciar a seus integrantes a aquisição de bens ou serviços; (g) por meio de autofinanciamento; e (h) ocorrendo a contemplação por meio de sorteio ou de lance.

3. A circunstância (acessória) de, em uma das formas de contratação pactuada, a contemplação implicar a isenção do sorteado de pagamentos posteriores, não afasta a sua natureza de verdadeiro consórcio – apenas indicia a sua

A conduta investigada dizia respeito à celebração do contrato de *compra premiada*, que foi objeto de análise voltada a identificar os elementos essenciais contidos na avença e a sua função econômica (causa), concluindo-se que se trataria, na verdade, de contrato de consórcio (conforme previsto pela Lei nº. 11.795/2008<sup>416</sup>), de maneira que ficaria configurada a conduta típica. Na ocasião, afirmou-se que a natureza jurídica do negócio “é dada pelos seus elementos essenciais, confirmados por outros indícios, em especial a causa, sendo irrelevante a nomenclatura adotada ou a pactuação de eventuais elementos acessórios, que não alterem a essência do negócio”.

A análise deste último julgado é especialmente relevante para que se compreenda a extensão a ser possivelmente aplicada à ideia de causa, que serve como mecanismo qualificador do negócio jurídico contratual precisamente para atrair a incidência do regime jurídico adequado – o que inclui, evidentemente, normas de caráter imperativo, como é o caso da legislação criminal<sup>417</sup>. No caso específico dos contratos empresariais, a *causa* ou função econômica é um promissor caminho para a canalização dos esforços de qualificação contratual e, identificado o regime aplicável ou a ausência de modelo correspondente na legislação, a formulação e regimes de controle adequados e alinhados tanto com o ordenamento quanto os interesses dos contratantes.

---

inviabilidade econômica e seu possível caráter de “pirâmide financeira”. Mas não é fundamento para afastar a natureza de consórcio, se presentes os elementos essenciais (essenciais), necessários e suficientes para a qualificação do negócio como consórcio.

4. A causa do negócio jurídico – a contratação de administradora para gerir grupos de pessoas com a finalidade de, mediante esforços econômicos comuns, adquirirem bens e serviços, sem a utilização de empréstimos ou financiamentos bancários – confirma estar-se diante de sistema de consórcio.

5. De todo modo, ainda que não se tratasse de verdadeiro consórcio, é inegável a existência de captação e administração de recursos de terceiros, elementos suficientes para o preenchimento do conceito de instituição financeira por equiparação previsto no artigo 16, p. único, I, da Lei n. 7.492/86. [...]” (STJ, RHC 55.173, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, jul. 15.10.2015).

<sup>416</sup> Art. 2º da Lei nº. 11.795/2008: “Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento”.

<sup>417</sup> Caso exemplar também do STJ pode ser encontrado em julgado a respeito da equivocada qualificação de um contrato de mandato como contrato de depósito, que acabou resultando em prisão civil: “Ora, na espécie em debate, a paciente não recebera os veículos para guarda-los. [A paciente] conferira-lhe procurações, primeiro para liberá-los de retenção na Receita Federal e, depois, para aliená-los ou transferi-los a terceiros. A qualificação precisa da avença celebrada entre as partes é a que houve no caso mandato simplesmente. A detenção dos automóveis em poder da paciente não passou de desempenho seu no cumprimento desse mandato. Achava-se ela encarregada de dar às coisas uma determinada aplicação e não apenas de guardá-las. Eis por que não se caracterizou, na hipótese, o contrato de depósito, motivo pelo qual inadmissível era a propositura pela interessada da ação de depósito. Claro está que optou ela por tal via em razão de obter uma solução rápida para a controvérsia que a florara. Mas é inegável que, por tratar-se substancialmente de contrato de mandato, mais adequado seria a ação prestação de contas, seguida da execução por quantia certa, em sendo o caso. Escolhendo o remédio mais célere, fê-lo, porém, erroneamente, sendo, pelas razões todas acima expostas, descabida a prisão civil da paciente à falta da regular e específica pactuação de depósito” (STJ, HC 11.551, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, jul. 21.03.2000).



Daí a razão pela qual a função econômica deve ser informada por uma compreensão abarcante dos significantes das relações contratuais. Assim, a mera análise da lei e dos tipos legais não é suficiente para compreender os modelos previstos pela legislação e tampouco os contratos atípicos, pois, notadamente na seara empresarial, são eles informados de maneira enfática pelos usos e costumes que governam os mercados a partir da prática dos agentes econômicos. Como se pretende mostrar no Capítulo seguinte, a partir do costume as empresas têm a capacidade de lidar com fonte viva do direito – e, evidentemente, de lidar com seus limites e com as ferramentas institucionais de legitimação da contratação.

## CAPÍTULO IV

### IV. O PAPEL DOS USOS E COSTUMES E A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS SOCIALMENTE TÍPICOS

#### IV.1. Considerações preliminares: contratos socialmente típicos em um mar de costumes

O Capítulo anterior teve por intuito elucidar o bloco de normatividade que incide sobre os contratos em geral, apresentando-se com maior intensidade nos contratos típicos por intermédio do complexo de normas imperativas e dispositivas associadas a modelos contratuais específicos. Acontece que as lacunas deixadas pelas partes não são preenchidas tão somente pela lei positiva, mas também por normas gestadas e implementadas a partir da dinâmica dos mercados.

Tal característica dos contratos empresariais está intimamente relacionada à metodologia que orienta a interpretação e aplicação do Direito Empresarial, que, longe de socorrer-se de um sistema com pretensão de completude e de universalidade, advém da prática negocial concreta e da criatividade negocial dos agentes econômicos. Daí dizer Oscar Barreto Filho que o Direito Empresarial está apegado a uma orientação empirista em virtude da qual são observados os fatos econômicos para que deles se extraiam os princípios gerais do direito, uma vez que “[a] experiência vai ajustando esta práxis a formas novas de negócios, que se cristalizam em processos técnico-econômicos. Estas formas e processos são objeto de observação e, depois de sofrerem a elaboração necessária à sua integração no sistema jurídico, recolhidos e normas que vão reger sua atuação, no plano do direito”<sup>418</sup>.

As normas incidentes sobre os contratos empresariais, nesse sentido, devem ser prioritariamente dispositivas – e não imperativas –, na medida em que é a autonomia privada um dos principais vetores desses negócios, de forma que não cabe partir, de antemão, de impedimentos normativos que coloquem obstáculos à sua “força naturalmente expansiva, como produto histórico, imposto pela realidade econômica”<sup>419</sup>. Considerando o protagonismo da realidade econômica para a compreensão dos contratos empresariais – aqui entendidos como as representações jurídicas de operações econômicas –, é fundamental que se reconheça que se trata de dinâmica que, apesar de conformada pelas estruturas jurídicas, também possui relevante

---

<sup>418</sup> BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. v. 68, n. 2, pp. 415-434, 1973. p. 418.

<sup>419</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. I, p. 16.

poder conformador do direito, que deve oferecer a infraestrutura necessária para a proteção do ambiente de negócios.

Os tipos contratuais, como já se afirmou anteriormente, não se propõem a representar a realidade de maneira absolutamente fidedigna, mas sim a descrever ou relatar momento específico de um dado mercado. Dessa maneira, a ideia de tipo ou contrato típico deve estar atrelada a estruturas explicativas intimamente relacionadas com a dinâmica social e econômica que autoriza os agentes econômicos a agirem de uma maneira ou de outra, e, em última análise, de orientarem-se por sentidos compartilhados, aptos a serem reconduzidos a contratos conhecidos por todo agente minimamente diligente.

Mesmo nos contratos típicos, assim, há determinadas condutas esperadas dos agentes – inclusive no que se refere às formas de utilização dos modelos contratuais oferecidos pela legislação – naquilo que diz respeito aos usos possivelmente aplicáveis a figuras conhecidas que, porém, são constantemente repensadas a partir da flexibilidade que é própria do processo tipológico. Nesse sentido, Tullio Ascarelli já afirmava que a adequada compreensão do ordenamento envolve a identificação das “premissas implícitas” – sejam elas econômicas, sociais, doutrinárias, dentre outras – “nos diversos direitos, premissas às vezes não formuladas, e, no entanto, de importância para evidenciar o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito”<sup>420</sup>.

Natalino Irti, nesse sentido, assevera que, ao passo que os negócios civis retiram sua força especialmente da vontade das partes, os contratos empresariais tendem a uma maior objetividade em razão de se estruturarem por intermédio de um processo de *anônima repetição* na dinâmica dos mercados<sup>421</sup>. Daí dizer Paula Forgioni que “[t]odo contrato empresarial traz consigo a práxis do mercado, que adere aos termos do instrumento, colmatando suas eventuais lacunas”<sup>422</sup>. Significa dizer que a interpretação e integração dos contratos empresariais não decorre simplesmente da leitura da legislação ou da jurisprudência, mas também da percepção das práticas de mercado que informam aquela modalidade específicas de contratação.

É importante notar que, ao se fazer referência à normatividade oriunda da atuação dos agentes de mercado, não se está a falar nas construções normativas verificáveis em redes de cooperação estruturadas em conjuntos específicos de agentes econômicos, que desenvolvem mecanismos e linguagens próprios da contratação, fortemente fundados em vínculos

---

<sup>420</sup> ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 13.

<sup>421</sup> IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004. p. 86.

<sup>422</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 249.

reputacionais capazes de mitigar riscos de oportunismo e de reduzir custos de transação, como têm identificado as pesquisas de autoras como Lisa Bernstein e Emily Kadens<sup>423</sup>. É verdade que, ao se fazer referência a este fenômeno, não raro se pode fazer referência ao papel dos *costumes* comerciais, atributos que, embora informais, são essenciais à dinâmica das transações comerciais<sup>424</sup>.

Contudo, não se está aqui a falar sobre a dinâmica possivelmente verificável em contextos restritos nos quais os agentes econômicos envolvidos em um determinado ramo do comércio desenvolvem sanções próprias para ordenar e tutelar o seu setor. O que se busca afirmar é que a dinâmica dos mercados, palco de trocas comerciais inspiradas pela autonomia privada e marcadas pela inventividade dos agentes econômicos, é, por si só, apta a produzir uma particular dimensão de sentido para os contratos empresariais, de maneira a não somente complementar a disciplina normativa decorrente da legislação, mas a constituir fonte autônoma de normatividade, capaz inclusive de preencher as lacunas deixadas pelas partes contratantes.

Em outras palavras, partindo-se da premissa de que os contratos empresariais se inserem em uma verdadeira teia de relações econômicas, a sua prática reiterada é também fonte do direito<sup>425</sup>, de forma que os *usos e costumes* empresariais adquirem força normativa capaz tanto de preencher lacunas dos negócios entabulados pelas partes contratantes quanto de criar novos modelos contratuais que, por mais que não sejam positivados, constituem verdadeiros *tipos sociais* capazes de incidir nas situações nas quais se verifica a função econômica que a prática empresarial os atribuiu.

Tanto é assim que, conforme aduz Judith Martins-Costa, o Direito Empresarial não busca segurança jurídica por intermédio da atribuição de especial rigidez aos tipos contratuais,

---

<sup>423</sup> Ver: BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *The journal of legal studies*. v. 21, n. 1, pp. 115-157, jan. 1992; KADENS, Emily. Cheating pays. *Columbia Law Review*. v. 119, pp. 527-590, 2019. pp. 537-570.

<sup>424</sup> Nesse sentido: MACAULAY, Stewart. Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian MacNeil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*. v. 94, n. 3, pp. 775-804, 2000.

<sup>425</sup> A ideia de costume como fonte do direito, tema comum aos manuais de Introdução ao Estudo de Direito, é assim sintetizada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “O costume é uma forma típica de fonte do direito nos quadros da chamada dominação tradicional no sentido de Weber. Baseia-se, nesses termos, na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de que algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi. A autoridade do costume repousa, pois, nessa força conferida ao tempo e ao uso contínuo como reveladores de normas, as normas consuetudinárias. Aqui, também, temos que distinguir entre costume como regra estrutural e norma costumeira como elemento do sistema do ordenamento. A doutrina discute o costume, procurando estabelecer-lhe a origem dessa força compulsória. Fala, em geral, em dois requisitos: o uso continuado e a convicção da obrigatoriedade (opinio necessitatis sive obligationis). Com isso, quer distinguir o simples uso do costume. Há socialmente condutas que se repetem (por exemplo, acender a luz quando está escuro, tomar três refeições ao dia, vestir-se conforme a moda etc.) que, não trazendo a nota da convicção social da obrigatoriedade, não são costumes. A noção, contudo, é imprecisa. A convicção do caráter normativo do costume não pode ser explicada pela convicção de seu caráter obrigatório. Isso seria uma tautologia, como se dissessemos que uma prescrição é um enunciado que prescreve” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 252).

mas adota outro tipo de “âncora” para operacionalização de seus negócios: os usos e costumes, capazes de atribuir aos contratos empresariais ampla possibilidade de objetivação ao fazerem referência à regularidade das condutas no mercado<sup>426</sup>. Daí salientar a autora que “ao traduzir que ali é o «regular», os usos e as práticas auxiliam a perceber o que, naquele setor, é o legitimamente esperado. Por essa razão, tornam objetiva (ou objetivável), a expectativa do destinatário da manifestação negocial”<sup>427</sup>.

É verdade que se está a falar em uma nova conformação dos usos e costumes, figura já tão explorada ao longo da história do Direito Empresarial como integrante do rol de fontes do direito que tem como marca característica a sua vinculação à tradição e às práticas reiteradas ao longo de grande período temporal. Nesse sentido, não se tem por objeto de discussão aqueles raríssimos costumes registrados nas Juntas Comerciais ou com aquele que “de ser tão antigo, exceda o tempo de cem anos” – como preceituou a Lei da Boa Razão de 1769<sup>428</sup> –, mas sim um conjunto de práticas de mercado que, gestadas entre os agentes econômicos e sedimentadas em suas práticas, chegam às sedes decisórias do direito estatal para que sejam conformadas ao direito positivo. Dessa maneira, os usos e costumes a serem aqui referidos estão relacionados a uma forma *sui generis* de produção de normatividade pelos agentes econômicos, produzida no bojo da dinâmica dos mercados e constantemente conformada pelas reações do direito estatal.

Os usos e costumes que serão objeto deste Capítulo, dessa maneira, consistem em um pano de fundo compartilhado de sentido a respeito da contratação nos mercados, a que os agentes econômicos aquiescem automaticamente ao aderirem às práticas sedimentadas em determinado ambiente de negócios. Não se trata, porém, da adesão servil e espontânea ao costume, decorrente de inércia mental criticada por Bronislaw Malinowski<sup>429</sup> ao avaliar as posições antropológicas sobre os sistemas de normas das sociedades primitivas, mas sim a recepção de compreensões mútuas a respeito dos passos necessários para que a contratação empresarial singular esteja inserida na sistemática dos mercados envolvidos<sup>430</sup>.

---

<sup>426</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 307.

<sup>427</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 308.

<sup>428</sup> No direito anglo-saxão pode-se verificar figura próxima e comumente aproximada à ideia de usos e costumes como fonte do direito: a *trite law*, compreendida exatamente como a aplicação de costumes que, de tão óbvios e bem assentados pela sua recorrência ao longo do tempo, possuem força de lei. Não obstante, a comparação dos usos e costumes com tal figura deve objeto de alguma cautela, já que *trite law* também se aproxima em larga medida da figura dos princípios gerais do direito. Ver, nesse sentido: HAIGH, Richard. “It is trite and ancient law”: The High Court and the use of the obvious. *Federal Law Review*. v. 28, pp. 87-102, 2000.

<sup>429</sup> Ver: MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília: UnB, 2003. pp. 15-31.

<sup>430</sup> A respeito da relação entre tradição, costume e vontade, cabe transcrever a reflexão de Gabriel Tarde, que tem por base a interação entre o direito costumeiro do Ancien Régime e o direito positivo pós-Code Civil, que salienta o papel da *imitação* no processo de construção de sistemas de coesão social, dentre os quais o jurídico: “En tout

A incorporação do costume como fonte de normatividade, nesse sentido, não é matéria exclusivamente associada ao Direito Empresarial, na medida em que se vincula às próprias origens de outras searas jurídicas igualmente preocupadas com a dinâmica coativa da tradição, que se encontra na origem rudimentar das primeiras construções jurídicas da Antiguidade<sup>431</sup>. O costume, dessa maneira, consiste em fonte do direito marcada pela consagração de práticas que, pela reiteração de seu uso em situações práticas, passa a se impor sobre os integrantes do contexto em que se estruturam<sup>432</sup> – daí a razão pela qual René-Jean Dupuy elabora distinção entre “costume sábio” (*coutume sage*) e “costume selvagem” (*coutume*

---

pays une révolution s’opère à la longue dans les esprits. A l’habitude de croire sur parole les prêtres et les aïeux, succède l’habitude de répéter ce que disent les novateurs contemporains; c’est ce qu’on appelle le remplacement de la crédulité par le libre examen. A vrai dire, c’est simplement, après l’acceptation aveugle des affirmations traditionnelles qui s’imposaient par autorité, l’accueil fait aux idées étrangères qui s’imposent par persuasion. Par persuasion, c’est-à-dire par leur accord apparent avec des idées préexistantes déjà dans les esprits soumis au dogme, c’est-à-dire avec des idées déduites du dogme. La différence, on le voit, n’est pas dans le caractère libre ou non de l’acceptation. Si les affirmations traditionnelles ont été acceptées, je ne dis pas moins librement, mais plus promptement et avec plus de force, par l’esprit de l’enfant, et s’y sont imposées par autorité, non par persuasion, cela signifie que l’esprit de l’enfant était une table rase quand les dogmes y sont entrés, et que, pour y être accueillis, ils n’ont eu ni à confirmer ni à y contredire nulle idée déjà établie. Il leur a suffi pour cela d’éveiller une curiosité nouvelle et aussitôt de la satisfaire tant bien que mal. Voilà toute la différence. Ici en résulte que l’imposition autoritaire a du forcément précéder l’imposition persuasive, et que celle-ci vient de celle-là. En tout pays, pareillement, une autre révolution parallèle à la précédente s’accomplit dans les volontés. L’obéissance passive aux ordres, aux coutumes, aux influences des ancêtres, y est non pas remplacée, mais neutralisée en partie par la soumission aux impulsions, aux conseils, aux suggestions des contemporains. En agissant suivant ces derniers mobiles, le citoyen des temps nouveaux se flatte de faire un libre choix entre les propositions qui lui sont faites; mais, en réalité, celle qu’il agrée, celle qu’il suit, est celle qui répond le mieux à ses besoins, à ses désirs préexistants et résultant de ses mœurs, de ses coutumes et de tout son passé d’obéissance” (TARDE, Gabriel. *Les lois de l’imitation: Étude sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1890. pp. 268-269). Tradução livre: Em todo país uma revolução se opera nos espíritos. O hábito de acreditar na palavra dos padres e dos antepassados é acompanhado pelo hábito de repetir o que dizem os inovadores contemporâneos; trata-se de substituir a credulidade pela livre investigação. Na verdade, trata-se de simplesmente, após a aceitação cega das afirmações tradicionais que se impõem pela autoridade, acolher as ideias estranhas impostas pela persuasão. Por persuasão entende-se a sua aparente concordância com as ideias preexistentes nos espíritos submetidos ao dogma, isto é, com ideias deduzidas do dogma. A diferença, como vemos, não está no caráter livre ou não da aceitação. Se as afirmações tradicionais foram aceitas, não menos livremente, mas mais prontamente e com mais força, pelo espírito da criança, e se foram impostas pela autoridade, e não pela persuasão, isto significa que o espírito da criança era uma tábula rasa quando os dogmas foram introduzidos, e que, para que sejam acolhidos, não necessitem de confirmar ou contradizer qualquer ideia já estabelecida. Basta despertar uma nova curiosidade e satisfazê-la imediatamente da melhor maneira possível. Esta é a diferença. Segue-se daí que a imposição autoritária deve necessariamente preceder a imposição persuasiva, e que esta última deriva da primeira. Em todo país, da mesma maneira, outra revolução paralela à anterior ocorre nas vontades. A obediência passiva à ordens, aos costumes, e à influência dos ancestrais, não é substituída, mas parcialmente neutralizada pela submissão aos impulsos, conselhos e sugestões dos contemporâneos. Agindo segundo estes últimos motivos, o cidadão dos novos tempos orgulha-se de poder escolher livremente entre as propostas que lhe são feitas; mas, na realidade, o que ele aprova, o que ele segue, é aquilo que mais bem atende às suas necessidades, aos seus desejos preexistentes e resultantes da sua moral, dos seus costumes e de todo seu passado de obediência.

<sup>431</sup> Ver, nesse sentido: MAINE, Henry Sumner. *Ancient law: Its connection with the early history of Society and its relation to modern ideas*. Boston: Beacon Press, 1963. pp. 5-18.

<sup>432</sup> Não é sem motivo que, segundo Sol Picciotto, a integração dos costumes dos direitos locais consistiu em estratégia reiterada dos países europeus em seu processo de expansão colonial, tipicamente acompanhado da exportação de diretrizes centrais de seus ordenamentos jurídicos no que se refere ao direito privado. Ver: PICCIOTTO, Sol. *Regulating global corporate capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. pp. 30-34.

*sauvage*), sendo os primeiros aqueles lentamente sedimentados, decorrentes de fatos imemoriais estabelecidos a partir de uma tradição consolidada, ao passo que os segundos retirariam sua autoridade da imposição de vontades de ocasião de sujeitos mais fortes<sup>433</sup>.

Naturalmente que as dinâmicas acima descritas podem não ser completamente compatíveis com as relações de mercado, que exigem constante renovação diante do ímpeto dos agentes econômicos para perseguir o lucro por intermédio de estruturas jurídicas e econômicas que incrementam sua lucratividade na medida em que se diferenciam dos modelos conhecidos. Não obstante, a própria existência dos mercados exige o desenvolvimento de um vocabulário comum aos negócios, cujo uso prolongado colabora na consolidação das relações econômicas e de um ramo do direito de aptidão eminentemente pragmática, cujos institutos não são a decorrência lógica de um sistema com pretensão de completude, mas o resultado jurídico da prática mercantil.

A consagração da prática negocial pelo ordenamento é passo essencial para a garantia da segurança das operações econômicas, de maneira que é necessário que o desenvolvimento da dinâmica dos negócios seja adequadamente recepcionado por uma infraestrutura jurídica por meio da qual se possa proceder à adequada alocação dos riscos que eventualmente justificarão o lucro, finalidade precípua da empresa<sup>434</sup>. Tal infraestrutura jurídica, porém, é constantemente retroalimentada pela atividade dos agentes econômicos nos mercados, que, ao passo que são os principais beneficiários de um conjunto de regras consistentes para disciplinar suas atividades, são também os responsáveis por oferecer informações e variadas perspectivas para a leitura da realidade que instruirão novas soluções jurídicas<sup>435</sup>. Da mesma maneira, a normatividade decorrente da prática mercantil deve ser vista a partir de um contexto crítico que esteja atento às dinâmicas de poder subjacentes às formas jurídicas, que condicionam a construção desse vocabulário compartilhado e dão a tônica de seu desenvolvimento institucional<sup>436</sup>.

Não é sem motivo que o Visconde de Cairu, em seus *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, em alusão ao desenvolvimento da legislação comercial britânica, asseverava que *o legislador do comércio é o próprio comércio*, na medida em que “[a] sua lei deve estar

---

<sup>433</sup> DUPUY, Jean-René. Coutume sage et coutume sauvage. In: *La communauté internationale: Mélanges offerts à Charles Rousseau*. Paris: A. Pedone, 1974. p. 76.

<sup>434</sup> Nesse sentido: HADFIELD, Gillian K. *Rules for a flat world: Why humans invented law and how to reinvent it for a complex global economy*. Oxford: Oxford University Press, 2017. pp. 246-280.

<sup>435</sup> HADFIELD, Gillian K. *Rules for a flat world: Why humans invented law and how to reinvent it for a complex global economy*. Oxford: Oxford University Press, 2017. pp. 246-280.

<sup>436</sup> PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Controle empresarial externo: A intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador*. Rio de Janeiro: Processo, 2020. pp. 67-108.

gravada nos costumes, e na consciência dos próprios negociantes”<sup>437</sup>. O *costume* a que se dedica o presente trabalho, por conseguinte, diz respeito a uma particular modalidade de direito costumeiro vinculada à operação em mercados com escopo lucrativo: os *usos e costumes comerciais*, categoria tradicional do Direito Empresarial que está intimamente vinculada à ideia de atipicidade contratual, uma vez que se trata do mecanismo por excelência para a criação de novas figuras contratuais que, embora não previstas pela legislação, são amplamente conhecidas, reiteradas e compartilhadas pelos agentes econômicos, inclusive a ponto de produzir efeitos semelhantes aos dos contratos típicos.

Os costumes comerciais, nesse sentido, têm sido intensamente resgatados pela dogmática de Direito Empresarial como referências institucionais da normatividade e da dinâmica que diz respeito a essa seara jurídica, indo muito além das menções a costumes arquivados no âmbito das Juntas Comerciais ou mesmo da *lex mercatoria* medieval<sup>438</sup>, assim entendida como o conjunto de normas costumeiras generalizadas que os mercadores medievais desenvolveram para facilitar e oxigenar as relações comerciais o comércio – que, não por acaso, tem sido revisitada em razão da sua identificação muito mais ao compartilhamento de estruturas contratuais entre comerciantes de diversas partes da Europa do que à observância universalizada de *costumes* entendidos como normas jurídicas cogentes tacitamente compartilhadas<sup>439</sup>.

Os costumes comerciais, assim, integram o cerne das preocupações do presente trabalho, já que dizem respeito à identificação de instituições que permeiam os contratos empresariais atípicos e oferecem os mecanismos de conformação e controle da atipicidade contratual, sempre tendo em vista a relevância da prática negocial e da dinâmica dos mercados na estruturação do arcabouço jurídico aplicável à matéria. A centralidade da temática para o

---

<sup>437</sup> “Segundo os próprios Inglezes o legislador do commercio he o próprio commercio. A sua lei deve estar gravada nos costumes, e na consciência dos próprios negociantes. Quando a moral preside á seus actos, mantem-se a honra dos compromissos, o respeito dos contractos, a inviolabilidade da palavra dada; se não existe aquelle laço, a melhor legislação é inútil. Assim entre os ingleses, segundo Morley Dowdeswell, os mais antigos monumentos do direito comercial são as collecções escriptas pelos comerciantes, que, pelo conhecimento pratico das regras em uso entre eles, tornarão-se em matéria comercial melhores Juises que os magistrados de Westminster Hall” (LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. 6.ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874. v. I, p. 514).

<sup>438</sup> Em resposta a Emily Kadens, que critica a ideia de generalização de um direito costumeiro medieval entre comerciantes europeus a partir de dados empíricos, Ralf Michaels argumenta que, ao falar-se em nova *lex mercatoria* não se está a buscar precisão histórica, mas sim um *mito fundador* de um ambiente de negócios orientado exclusivamente por normas privadas e, por conseguinte, sem a intervenção do Estado. Ver: MICHAELS, Ralf. Response: Legal Medievalism in *Lex Mercatoria* Scholarship. *Texas Law Review*. v. 90, pp. 259-268, 2012.

<sup>439</sup> KADENS, Emily. The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*. v. 90, pp. 1153-1206, 2012. pp. 1153-1160. Conforme explica a autora, os costumes eram eminentemente locais e dificilmente alcançavam o grau de universalidade que geralmente se atribui à *lex mercatoria*, porém os contratos difundidos entre os comerciantes – dentre outros instrumentos como as letras de câmbio – desempenhavam a importante função de oferecer um vocabulário comum aos mercadores, ainda que se tratassem tão somente de disposições gerais e lacônicas a serem densificadas em situações concretas (KADENS, Emily. The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*. v. 90, pp. 1153-1206, 2012. p. 1160).



objetivo geral do presente trabalho fica ainda mais evidente a partir da percepção do surgimento de *contratos socialmente típicos*, modelos contratuais que, apesar de não estarem previstos na legislação, passam a exercer função supletiva semelhante aos negócios previstos pelo direito positivo – porém não idêntica, como se mostrará ao longo do presente Capítulo.

Diante desses elementos, este Capítulo procurará trilhar mais um passo no sentido da reconstrução da sistemática institucional que compõe o conjunto de elementos capazes de conformar a celebração de contratos empresariais atípicos. Para tanto, inicialmente este Capítulo se dedicará a descrever o fenômeno dos usos e costumes comerciais, com vistas a compreender as maneiras pelas quais se lhes pode compreender na atualidade como fonte autônoma do direito gestada no âmbito dos mercados e conformada e validada pelo direito estatal. Na sequência, buscar-se-á resgatar a categoria dos contratos socialmente típicos, traçando as semelhanças e diferenças desses modelos sedimentados pela prática negocial com relação aos contratos típicos. Por fim, a partir da percepção dos mecanismos conformadores dos contratos socialmente típicos e do papel institucional dos usos e costumes, pretende-se associar tais fenômenos ao quadro normativo aplicável aos contratos empresariais atípicos, objeto específico dos próximos Capítulos deste trabalho.

#### **IV.2. Usos e costumes e os contratos empresariais**

Os usos e costumes empresariais consistem em instituto tradicional de Direito Empresarial, com presença cativa nos manuais que sintetizam a matéria, porém quase como uma reminiscência de tempos imemoriais da formação do direito a partir das práticas compartilhadas pelos mercadores, o que se teria relegado à obsolescência com o advento da codificação e com o império da lei positiva. Dessa maneira, as menções aos costumes passam a ser meramente residuais, como práticas *praeter legem* ou *secundum legem* que se apresentam como fontes do direito e devem ser, nos termos do art. 8º, VI, da Lei nº. 8.934/1994, assentados perante as Juntas Comerciais, de maneira a explicitar talvez a sua feição menos útil e relevante na prática.

Nesse sentido, ao se aludir, no presente trabalho, aos usos e costumes comerciais, não se está a falar do comércio do café na praça de Santos<sup>440</sup> e tampouco no modo de funcionamento do cheque visado a partir de seu assentamento no registro comercial<sup>441</sup>. Ainda

---

<sup>440</sup> Ver, nesse sentido: CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 50, n. 158, pp. 27-58, abr./jun. 2011.

<sup>441</sup> A história do cheque visado no direito brasileiro é narrada por José Alexandre Tavares Guerreiro, dando especial ênfase à singularidade do *visto* bancário apostado ao cheque diante de outras modalidades de certificação dos títulos

que se trate de formalidade que persiste no direito brasileiro, o assento de usos e costumes consiste em uma manifestação cada vez menos relevante desse fenômeno, que dificilmente se satisfaz com as formalidades do registro nas Juntas Comerciais de práticas que, de tão reiteradas, são depreendidas da dinâmica dos mercados e “estabelecem regras supletivas para a serenidade das transações mercantis, desde que não contrárias aos preceitos da lei”<sup>442</sup>.

É verdade que, considerando o espaço de menor atenção a que foram relegados os usos e costumes no Direito Privado e mesmo no Direito Empresarial – apesar de ser este o campo de seu maior florescimento, especialmente como fonte do direito –, muitas vezes o papel dessa fonte normativa como origem de normas supletivas decorrentes das práticas sedimentadas pelos agentes econômicos se mistura com outras acepções de costume, como os usos assentados pelas Juntas Comerciais que adquirem força vinculante em virtude de disposição legal. Exemplo disso é que, ao passo que Pontes de Miranda afirma que “[o] uso do tráfico entra no suporte fáctico, como vontade do figurante ou dos figurantes, que, concluindo o negócio jurídico, quiseram como a generalidade sói querer”<sup>443</sup>, assinala que “são assentados pelas Juntas

---

de crédito: “Durante o período em que vigorou entre nós, como lei interna, o texto de Genebra, e que se estende até o advento da vigente Lei 7.357, de 2.9.85, convivemos com o instituto da marcação do cheque, o qual, se não revogado, caiu no entanto em desuso, mas ainda assim com a restrição do efeito de aceite, que decorria da vedação da Lei Uniforme, que o não permite em matéria de cheques. Paralelamente, porém, os usos e costumes deram origem ao visto bancário, com o fim único de assegurar ao portador legitimado a existência de fundos disponíveis em poder do sacado, fundos pertencentes não ao sacado, mas ao emitente ou sacador do cheque. Silenciava a Lei de 1912 quanto ao visto, que, no entanto, foi objeto de solicitação da Associação dos Bancos de São Paulo à Junta Comercial do Estado para que se registrasse o visto como costume comercial da praça. Com parecer favorável de Antão de Moraes, registrou-se o visto, na Junta Comercial, mas com efeitos de marcação. [...] Uma penada do legislador, um aresto do Supremo, e eis a lei pendendo ora para um lado, ora para outro, às vezes adotando a orientação do marking inglês, ou da certification norte-americana, e outras vezes optando pela incompatibilidade entre o aceite e o cheque. Nessa mesma relatividade fende-se a pureza das teorias fechadas, a ponto de ser o cheque tratado por boa parte da doutrina francesa fora da temática geral dos *effects de commerce*, desafiando-se sua capitulação teórica entre os títulos de crédito. Em tal contexto, o visto bancário tenderia àquele famigerado eufemismo com que os juristas disfarçam o seu espanto ante o que não pode comodamente explicar nos seus esquematismos lógico-conceituais: trata-se de instituto sui generis. Mas aqui é o sui generis que importa – a intervenção no título sem coobrigação, permanecendo o Banco sacado estranho às relações de direito cambiário, que do cheque derivam e se originam” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Cheque visado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 50, n. 158, pp. 27-58, abr./jun. 2011. pp. 18-22).

<sup>442</sup> STF, RE 12.878, Min. Afrânio Costa, Segunda Turma, julg. 29.12.1959, publ. 14.12.1960. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pré-1988 (isto é, antes de o STJ assumir a função de uniformização da legislação infraconstitucional) contém diversos julgados exemplares do reconhecimento, pelo direito estatal, dos usos e costume como fonte normativa supletiva para os contratos empresariais. Nesse sentido: STF, RE 79.545, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma, julg. 22.11.1974, publ. 08.01.1975; STF, RE 57.717, Rel. Min. Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, julg. 14.10.1966, publ. 14.09.1966; STF, RE 20.125 EI, Rel. Min. Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, julg. 16.02.1967, publ. 26.04.1967; STF, RE 14.465, Rel. Min. Afrânio Costa, Segunda Turma, julg. 02.06.1953, publ. 06.01.1954; STF, RE 19.757, Rel. Min. Afrânio Costa, Segunda Turma, julg. 13.01.1953, publ. 03.12.1953; STF, RE 6.719, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julg. 24.01.1947.

<sup>443</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXVIII, p. 174.

Comerciais ou de costumes, mas isso não impede que o juiz, na interpretação dos negócios jurídicos, atenda a eles”<sup>444</sup>.

É preciso, por esse motivo, sempre ter presente que a noção de usos e costumes aqui adotada tem escopo mais amplo, servindo para oferecer a dimensão de sentido necessária à qualificação dos contratos empresariais. Daí salientar Phillip Hellwege, em esforço de síntese das polissêmicas alusões que se pode fazer aos usos e costumes empresariais, que haveria três acepções fundamentais para a expressão: (i) o Direito Empresarial consuetudinário (*Handelsgewohnheitsrecht*), fonte formal do direito que decorre da prática de longa data e da convicção dos envolvidos de que a prática em questão é legalmente exigida; (ii) a prática do comércio (*faktische Handelsübung*), que produz efeitos caso o contrato a invoque ou caso a lei determine a sua aplicação; e (iii) o costume empresarial (*Handelsbrauch*), que não é legalmente vinculante e não necessariamente decorre da escolha explícita das partes, mas é seguido pois corresponde à prática corrente, e, por conseguinte, porque se espera que os agentes econômicos o sigam e têm a expectativa de vê-lo seguido<sup>445</sup> – sendo este último o sentido mais aproximado ao que se aborda com maior destaque no presente trabalho.

O recurso aos usos e costumes comerciais, dessa maneira, não raro se encontra vinculado à sua origem histórica no Medievo, quando o assentamento de práticas comerciais para que obtivessem força normativa tinha por objetivo proteger os interesses dos comerciantes ao fazer frente à força imperativa do Direito Romano reconstruído<sup>446</sup>. Tanto é assim que são notórias as compilações de usos comerciais que, para além de fixarem as regras a serem seguidas pelos comerciantes de determinadas cidades destacadas pela mercancia<sup>447</sup>, ganhavam ampla aplicação em virtude de sua incidência sobre o comércio marítimo, contexto no qual se originaram conhecidos conjuntos de normas mercantis que constituíam o que se pode chamar

---

<sup>444</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXVIII, p. 176.

<sup>445</sup> HELLWEGE, Phillip. *Handelsbrauch und Verkehrssitte*. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 214, n. 6, pp. 853-887, dez. 2014. pp. 854-858.

<sup>446</sup> Nesse sentido: “Schon im 15. Jahrhundert wagt sich der styles mercatorum an die festesten und heiligsten Bollwerke des römischen Rechts, selbst an den fast zum Dogma erhobenen Rechtssatz: *ex nudo pacto inter cives Romanos actuo non nascitur*. Das mittelalterliche Streben nach korporativer Geschlossenheit der einzelnen Stände kam dieser Tendenz natürlich sehr zu statten, und sehr bald wusste der Stand der mercadores, nachdem er erst an Messen und Märkten seine Kraft versucht hatte, darüber hinaus das Sonderrecht des Handels zu schützen und zu erweitern” (RIESSER, J. *Grundgedanken in den Codifizierten Handelsrechten aller Länder*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1892. p. 9). Tradução livre: Já no século XV, os styles mercatorum ousaram desafiar os baluartes mais firmes e sagrados do Direito Romano, até mesmo o princípio jurídico que quase se tornou um dogma: *ex nudo pacto inter cives Romanos actuo non nascitur*. O esforço medieval pela coesão corporativa das diferentes classes beneficiou naturalmente esta tendência, e logo a classe dos mercadores, após inicialmente testar sua força em feiras e mercados, soube proteger e ampliar os direitos especiais dos comerciantes.

<sup>447</sup> Ver: LATTES, Alessandro. *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*. Milão: Ulrico Hoepli, 1891.

de rudimentos do hoje denominado Direito Empresarial, como a *Tabula de Amalfi*, dos séculos X ao XII; as *Rôles d'Oléron*, do século XII; e o *Llibre del Consolat de Mar*, do século XIV<sup>448</sup>.

Diante da força alcançada por esses conjuntos de normas, inclusive a ponto de normatizar o comércio transnacional e a originar o que hoje se denomina por *lex mercatoria*, consagraram-se fórmulas legais medievais cujo estatuto de autoridade ainda repercute sobre a literatura mais moderna de Direito Empresarial, como a que afirma que *stylus mercatorum et consuetudo debet praevalere jure communi*<sup>449</sup>. Daí dizer Paula Forgioni que “[o] *stylus mercatorum*, os usos e costumes, são identificados como fonte do direito comercial, ou seja, capazes de emanar normas de respeito obrigatório para os mercadores”<sup>450</sup>.

Não é sem motivo que o Decreto n.º 737/1850 já inseria, em seu art. 2.º, os usos comerciais entre as fontes do Direito Empresarial, e o art. 4.º da LINDB estabelece que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. No entanto, como já se afirmou, a ideia de usos e costumes a que se refere o presente trabalho consiste na apreensão do direito autônomo decorrente do mercado, de tal maneira que práticas assentadas por Juntas Comerciais, glossários fixados por associações de classe, e outros movimentos de padronização do comércio constituem tão somente manifestações singulares de um fenômeno mais amplo, que se preocupa com a eficácia do direito que surge de maneira espontânea<sup>451</sup>.

---

<sup>448</sup> Nesse sentido: “Con lo sviluppo del commercio marittimo, elementi altamente significativi si indirizzarono verso l’unità del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti, come si può costatare osservando certe compilazioni che consolidarono il *modus vivendi* delle nazioni e delle comunità di tipo commerciante. Tra queste risalterebbero la *Tabula de Amalfi* (secolo X, XI o XII), *Roles d’Oléron*, (secolo XII) e, soprattutto, il *Consolato del Mare* (secolo XIV). Sebbene legate specificamente al Diritto Marittimo, codeste compilazioni si collegano strettamente allo *stylus mercatorum*, che non era altro, in fondo, che il diritto commerciale dell’epoca (e quindi delle obbligazioni e dei contratti), con carattere indiscutibilmente unitario” (FRANÇA, Rubens Limongi. *L’integrazione il mercato comune e l’unificazione del diritto dell’America Latina*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 68, n. 1, pp. 279-309, 1973. p. 285). Tradução livre: Com o desenvolvimento do comércio marítimo, elementos altamente significativos se endereçaram à unidade do Direito das Obrigações e dos Contratos, como se pode constatar observando certas compilações que consolidaram o *modus vivendi* das nações e das comunidades comerciais. Entre estas sobressaem a *Tabula de Amalfi* (século X, XI ou XII), *Roles d’Oléron*, (século XII) e, sobretudo, o *Consolato del Mare* (século XIV). Ainda que associados especificamente ao Direito Marítimo, tais compilações se vinculam estritamente ao *stylus mercatorum*, que não era outro, no fundo, senão o direito comercial da época (e, portanto, das obrigações e dos contratos), com caráter indiscutivelmente unitário.

<sup>449</sup> A respeito da expressão e de suas correlatas no Direito Medieval, ver: KOMNATNAYA, Yulia et al. *Genesis of International Commercial Custom (Lex Mercatoria): the Role of Rôles d’Oléron*. *Advances in Economics, Business and Management Research*. v. 157, pp. 119-122, 2020.

<sup>450</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 141.

<sup>451</sup> Nesse sentido: “Ou seja: haverá hipóteses em que os contratos tipo e as cláusulas de estilo não encontrarão o grau de sucesso esperado por aqueles que os desenvolveram. Nesses casos, não se tornarão usos comerciais. De outro lado, a noção tradicional de usos não é essa de criação de práticas destinadas a padronizar operações econômicas. Pelo contrário, a noção de usos vem da ideia de direito espontâneo, nascidos de práticas individuais entre partes e disseminados no seio da sociedade, a ponto de se tornarem reconhecidos, seja como modelos de operações econômicas, seja como modelos de cláusulas, seja tão somente como compreensão de determinadas

É de se notar, nesse ponto, que Cesare Vivante já marcava a distinção entre *usos normativos*, apontados pela legislação como fonte do Direito Empresarial e vinculados a um arcabouço procedimental específico voltado a atribuir-lhes força vinculante (sem que, com isso, deixem de ser normas jurídicas constituídas a partir da observação da conduta dos empresários) e *usos interpretativos*<sup>452</sup>. Tal distinção é bastante polêmica na literatura italiana, sobretudo diante da existência de dispositivos legais específicos para tratar de cada uma das hipóteses que lhes atribuem consequências jurídicas distintas – e, de fato, a diferença entre os dois conceitos tende a ser pouco clara<sup>453</sup>. Os usos normativos, por exemplo, ainda que não estejam necessariamente associados ao registro formal das práticas para que se tornem vinculante, estão vinculados à demonstração de determinados requisitos, como a observância por período considerável de tempo (*vetustas*) e a necessidade de ser o costume observado como norma jurídica vinculante, com a convicção de que não pode ser violado (*opinio iuris*)<sup>454</sup>. De outro lado, os usos interpretativos seriam caracterizados por não imporem comportamentos às partes para a formação dos contratos, e sim por condicionarem a interpretação do contrato ao entendimento geralmente compartilhado pelos agentes econômicos<sup>455</sup>.

De toda sorte, não constitui objetivo do presente trabalho endereçar as celeumas doutrinárias existentes a respeito dos usos e costumes e de suas modalidades<sup>456</sup>. Cabe, no

---

expressões” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 81).

<sup>452</sup> VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, pp. 51-53. É importante notar que a obra de Cesare Vivante não fica indene de ambivalências quanto a essa distinção, porém o autor deixa marcada a diferença no seguinte excerto de sua obra: “Un’erronea dottrina — cui gli scrittori francesi sono tuttora fedeli— considera la consuetudine nei riguardi processuali come un fatto o una serie di fatti, e perciò la costringono a subire le regole che il codice di procedura stabilisce per la prova dei fatti. L’errore dipende dall’aver disconosciuto la vera natura giuridica della consuetudine e dall’aver confuso con essa gli usi interpretativi, che entrano nel contratto come veri elementi di fatto” (VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, pp. 61-62). Tradução livre: Uma errônea doutrina – a que são fiéis os escritores franceses – considera o costume nas questões processuais como um fato ou uma série de fatos, e por isso obriga-o a submeter-se às regras sobre prova dos fatos estabelecidas pelo código de processo. O erro decorre de se desconsiderar a verdadeira natureza jurídica dos costumes e de serem eles confundidos com os usos interpretativos, que entram no contrato como verdadeiros elementos de fato.

<sup>453</sup> Nesse sentido: LA ROSA, Antonio Pavone. Usi normativi e usi negoziali. In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX. Milão, Giuffrè, 1961.

<sup>454</sup> LA ROSA, Antonio Pavone. Usi normativi e usi negoziali. In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX. Milão, Giuffrè, 1961; VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, p. 54.

<sup>455</sup> Nesse sentido, salienta Giorgio Oppo que “l’uso, come la legge, presuppone e non supplisce una dichiarazione; non impone alle parti un comportamento, ma chiarisce un loro comportamento. Gli fa difetto, come avviene della norma interpretativa in genere, un contenuto precettivo immediato: il comando non è nella norma interpretativa, ma nella norma interpretata, non è nell’uso (interpretativo), ma nel contratto” (OPPO, Giorgio. *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*. Bolonha: Zanichelli. 1943. p. 78). Tradução livre: O uso, como a lei, pressupõe e não substitui uma declaração: não impõe às partes um comportamento, mas esclarece um comportamento delas. Falta-lhe, como acontece com a norma interpretativa em geral, um conteúdo preceptivo imediato: o comando não está na norma interpretativa, mas na norma interpretada, não é no uso (interpretativo), mas no contrato.

<sup>456</sup> É de se notar que, também no contexto brasileiro, há pouca precisão a respeito do conceito de usos e costumes que adota o ordenamento pátrio, conforme demonstra Guilherme Nitschke: “Lançando um olhar ao atual Código

entanto, ressaltar que mesmo a dissonante doutrina parece concordar que há funções distintas a serem exercidas pelos usos e costumes, assim entendidos como elementos fático-econômicos que exercem influência mais ou menos forte sobre relações jurídico-contratuais<sup>457</sup>. Entende-se, nesse sentido, que a prática reiterada dos agentes econômicos tem tanto a capacidade de influenciar no momento formativo do contrato empresarial – e mesmo na escolha de uma determinada modalidade contratual em detrimento de outra –; quanto servem de parâmetro essencial para a qualificação e interpretação desses contratos ao oferecer uma dimensão de significado; e, ainda, como fonte de normas supletivas, exercendo verdadeira função integradora<sup>458</sup>.

Por mais que se possa partir da acertada premissa de que os usos e costumes são fontes do Direito Empresarial, a dinâmica dos mercados lhes confere força normativa suficiente para transcender seu papel de fonte residual ou subsidiária<sup>459</sup>. Isso porque a práxis dos agentes

---

Civil, dele se vê o emprego das expressões ‘usos’ (arts. 111, 429, 529, 569, inc. I, 695 e seu Parágrafo Único e 753 § 4º), ‘usos do lugar’ ou ‘locais’ (arts. 113, 445 § 2º, 628, Parágrafo Único, 658, Parágrafo Único, 699, 700, 701, 724, 753 § 1º e 872), ‘costumes’ (arts. 432 e 597) e ‘costumes do lugar’ (arts. 569, inc. II, 596, 599, 615, 965, inc. I, e 1.297 § 1º). Não houve precisão terminológica do legislador, pois com umas e outras expressões está o Código conotando espécies de usos e costumes que por vezes se identificam e noutras se diferenciam, para além de não ter estabelecido um emprego uniforme da expressão, o que causa certos nós interpretativos (além dos que derivam da própria doutrina, que é variada quanto aos nomes)” (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 484).

<sup>457</sup> Cesare Massimo Bianca atenta para a necessidade de se ter presente, no campo do costume, a distinção entre usos normativos e usos negociais. Segundo o autor, ao passo que os primeiros são fonte primária de normas jurídicas objetivas que constituem o ordenamento jurídico em geral (ainda que por vezes com abrangência territorial limitada), os segundos são práticas negociais que se presumem desejadas pelas partes muito embora não tenha havido declaração expressa quanto ao seu conteúdo (BIANCA, Cesare Massimo. *Istituzioni di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2014. p. 23). Em interpretação da legislação italiana, entende Bianca que “a lei presume que as partes adequarão o conteúdo do contrato às cláusulas normalmente pactuadas na prática corrente e não mencionarão tais cláusulas pois entendem supérfluo reivindicá-las”. Tradução livre do original: “La legge, cioè, presume che le parti intendano adeguare il contenuto del contratto alle clausole normalmente convenute nella pratica corrente e che non facciano menzione di tale clausole perché ritengano supérfluo richiamare” (BIANCA, Cesare Massimo. *Istituzioni di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2014. p. 23). É relevante, nesse ponto, ressaltar que o contexto em que se manifesta o autor é o de análise do art. 1.340 do *Codice Civile* italiano, segundo o qual “Le clausole d’uso s’intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti” (Tradução livre: As cláusulas de uso se entendem inseridas no contrato, a menos que não decorram da vontade das partes).

<sup>458</sup> Nesse sentido: “Entendemos, no entanto, que a função do modelo hermenêutico e do modelo normativo, formados a partir dos usos, vai além. A ideia de antecipação normativa está ainda no momento inicial, de decisão quanto à ‘jogada’ a ser adotada. Além de servirem à interpretação e à regulação de condutas (e aqui, não apenas por remissão legal, mas especialmente em virtude da atuação do princípio da confiança), os usos têm um papel fundamental na formação de modelos, de estruturas normativas. Os usos desempenham, ademais, uma função formativa do vínculo. Podem, assim, ser determinantes para informar se as partes se vincularam ou não. No processo hermenêutico, ademais, teremos as duas clássicas atuações dos usos: uma de informação de significados (interpretativa); outra de preenchimento de lacunas volitivas, mediante a sua integração (função normativa ou integrativa)” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 144).

<sup>459</sup> É notável, no entanto, a posição de François Géný, que já reconhecia que o costume constitui fonte formal – e não apenas subsidiária – das regras jurídica. Ver: GÉNY, François. *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*. Paris: LGDJ, 1919. v. 1, p. 345. Da mesma maneira, salienta Miguel Reale: “Reconhece-se que é sobretudo no domínio do Direito Econômico que os usos e costumes nos abastecem de incessantes modelos jurídicos, às vezes como decorrência de modelos legais, completando-os ou especificando-os; outras vezes para preencher lacunas do ordenamento legal. A vida econômica, com efeito, no seu incessante desenvolvimento,

econômicos, para além de um conjunto de contratos individualmente considerados, não somente promove a interação da contratação empresarial para estruturar os mercados, mas permite identificar certas modalidades de negócio que *funcionam*, e, por conseguinte, merecem ser repetidas diante de sua capacidade de atender aos interesses dos empresários. Assim, soluções efetivas para problemas cotidianos “espraiam-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas”<sup>460</sup>.

Nesse sentido, afirma Judith Martins-Costa, em reflexão a respeito da relação entre os usos e costumes e a necessidade de objetivação das práticas dos agentes econômicos com vistas a identificar padrões de comportamento normal nos mercados, que “[c]onstitui fator de segurança considerar [...] o que ali é considerado o habitual, correto, regular – ou seja, aquilo que seria o esperável entre os contraentes, de forma a não causar surpresas desleais, possibilitando, todavia, que as condutas sejam alteradas com um dinamismo inimaginável na alteração da lei escrita”<sup>461</sup>.

Tal percepção remonta à observação de Cesare Vivante de que, especialmente no que se refere ao Direito Empresarial, o direito positivo não contém todas as disposições do direito vigente, na medida em que alguns institutos são construídos de maneira livre e espontânea, seja em razão da circunstância de que a prática ainda não estabeleceu claramente o seu perfil jurídico, seja porque se desenvolvem a partir da generalização de práticas levadas a cabo na prática do comércio<sup>462</sup>. Dessa maneira, os usos e costumes generalizados passam a ser repetidos e reproduzidos pelos agentes econômicos, na medida em que representam o modo de proceder padrão para que se participe de determinado contexto de contratação. Essa generalização, conforme aduz Paula Forgioni, constitui “repertório de experiências bem sucedidas que, ao permitir maior grau de previsibilidade do comportamento, transforma o mercado em repositório de memórias de jogadas”<sup>463</sup>. Em sentido semelhante, Alf Ross, em análise do modo de funcionamento do costume na dogmática francesa, assevera que a

---

sobretudo em razão da livre iniciativa, dá lugar às mais variadas formas de composição de interesses, segundo múltiplas configurações jurídicas correspondentes a distintas atividades ocorrentes habitualmente no mercado, com o aparecimento dos chamados ‘usos mercantis’, cuja juridicidade ninguém põe em dúvida, quer os parceiros das atividades negociais, quer os órgãos públicos” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68).

<sup>460</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 142.

<sup>461</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 308-309.

<sup>462</sup> VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, pp. 51-53.

<sup>463</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 142.

intervenção da jurisprudência é considerada indispensável para que costumes sociais adquiram força normativa, uma vez que a sua aprovação judicial produz uma reelaboração analítica ulterior de seu conteúdo, transformando o costume em norma a partir de sua validação pelo Estado<sup>464</sup>.

Trata-se, portanto, de um repertório de informações a respeito do mercado que se reputa conhecido pelos agentes econômicos, até porque é dos usos e costumes que advêm as expectativas quanto ao seu comportamento e mesmo quanto às cláusulas que serão pactuadas<sup>465</sup>. É por esse motivo que se pode afirmar que os usos e costumes consistem em um pano de fundo compartilhado de sentido que permite às partes confiar no normal significado do contrato mesmo que não o tenham previsto explicitamente, de tal forma que a compreensão subjetiva das partes deve necessariamente ser lida a partir do significado objetivo que se depreende do costume e que se encontra atrelado à contratação<sup>466</sup>.

Dessa maneira, os usos e costumes não servem tão somente como fonte de *normatização genérica* do Direito Empresarial, apta a integrar o catálogo de fontes desse ramo do direito e a ensejar debates sobre a natureza *secundum legem* ou *praeter legem*; mas também para a *normatização específica* das relações econômicas, na medida em que oferecem um pré-contexto para a interpretação dos contratos, desempenham importante função integradora e supletiva de lacunas (à semelhança da legislação dispositiva, comentada no Capítulo anterior) e mesmo permitem a formação de novos modelos contratuais a partir da prática mercantil<sup>467</sup>.

Significa dizer que, da mesma forma que se qualifica um contrato para eventualmente reconduzi-lo a figura legal que corresponda à sua função econômica, pode-se também reconduzir negócios jurídicos concretos a cláusulas, práticas e mesmo modelos de contratação estruturados a partir dos usos e costumes. É claro que, para isso, é preciso que haja um mínimo grau de consistência no emprego dessas práticas, que, por mais que não precisem remontar a tempos imemoriais – até porque tal leitura seria contraditória com a dinâmica que é própria do tráfico mercantil –, de forma que os usos e costumes, conforme aponta Cesare

---

<sup>464</sup> ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho* (Uma contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp. 88-122.

<sup>465</sup> Não sem motivo, a literatura alemã estabelece relação próxima entre as expectativas associadas aos usos e costumes e as legítimas expectativas protegidas pela cláusula geral da boa-fé objetiva. Ver, por todos: OESTMANN, Peter. Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. v. 85, n. 4, pp. 409-437, 2002.

<sup>466</sup> BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. Milão, Giuffrè, 2000. v. III, p. 339.

<sup>467</sup> Ver: IÓRA, Natália Inez. *Os usos negociais e os contratos empresariais: O conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. pp. 110-121.



Vivante, devem ser observados de maneira uniforme por um certo período, uma vez que não se pode atribuir força obrigatória a uma dada conduta ocorrida uma ou duas vezes<sup>468</sup>.

Sem essa recorrência, evidentemente que não se poderia partir da premissa de que tais práticas adquiririam força normativa, inclusive diante da noção tradicional de relatividade dos contratos. Não faria qualquer sentido, assim, esperar que um agente econômico estivesse sujeito às estruturas contratuais criadas por outro tão somente por seu caráter inovador ou mesmo pela sua notoriedade. A formulação de novos negócios que se destaquem pela sua eficiência, lucratividade e inventividade possivelmente é o primeiro passo para que sejam tais operações reconhecidas pelo mercado e, assim, repetidas de tal maneira que passem a integrar o conjunto de entendimentos implícitos aqui denominado por usos e costumes.

Com isso, há determinadas situações em que uma nova modalidade de negócio ou de cláusula contratual ganhe tamanha relevância que se eleve à categoria de prática negocial recorrente, e, por conseguinte, de usos e costumes, ainda que se tenha notícia de sua origem ou mesmo de quem a criou. Exemplo disso são as *poison pills*, instrumento de Direito Societário comumente empregado para evitar estratégias agressivas na aquisição do controle, que são reconduzidas ao seu criador, o advogado novaiorquino Martin Lipton<sup>469</sup>. Da mesma maneira, a construção desses entendimentos implícitos sobre a prática contratual não precisa sequer estar atreladas às *praças locais* a que alude a doutrina clássica e tampouco ao contexto nacional, já que podem se originar de modelos negociais oriundos de contextos estrangeiros – e ainda assim se lhes pode integrar aos usos e costumes aplicáveis normativamente aos contratos celebrados sob a égide do direito brasileiro, em homenagem à liberdade de contratar e à autonomia privada<sup>470</sup>.

---

<sup>468</sup> VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, p. 53.

<sup>469</sup> Ver: VELASCO, Julian. Just do it: An antidote to the poison pill. *Emory Law Journal*. v. 5, n. 2, pp. 849-908, 2003. A respeito do tema e de suas repercussões no direito brasileiro, inclusive a título de crítica quanto à falta de aderência dessa prática estrangeira no ordenamento pátrio, ver: ZANINI, Carlos Klein. A poison pill brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência. In: ADAMEK, Marcelo Vieira. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>470</sup> Segundo Cesare Vivante, em acepção clássica, os usos comerciais podem se distinguir, com base em sua autoridade, em gerais e especiais, sendo que os primeiros valem para qualquer ramo do comércio e os segundos para setores específicos. Além disso, pode-se classificar os costumes em gerais e locais, sendo os primeiros de aplicação ampla e os segundos restritos a uma localidade específica: “Gli usi si distinguono, rispetto all’am piezza del territorio ove esercitano la loro autorità, in usi generali e locali. I primi hanno vigore in tutto il territorio del Regno ed anche oltre i suoi confini; anzi acquistano facilmente un carattere universale quando la materia che regolano è dovunque una forma. Gli usi locali hanno una sfera d’azione più limitata, alla regione, alla piazza, alla fiera, alla borsa, alla dogana. Gli usi si distinguono ancora, per la materia su cui esercitano la loro autorità, in usi generali e speciali. I primi valgono per ogni ramo di commercio, i secondi variano secondo il ramo di commercio, secondo la classe dei commercianti, per cui vi sono, ad es., gli usi delle imprese teatrali, dei merciai, i girovaghi, dei negozianti all’in grosso e al minuto. Quindi un uso può essere contemporaneamente generale rispetto al territorio e speciale rispetto alla materia, generale per la materia e locale o speciale rispetto al territorio” (VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, p. 56). Tradução livre: Os costumes se distinguem, em relação à extensão do território em que exercem sua autoridade,

É em razão desse particular *modus operandi* que se associa os usos e costumes a entendimentos implícitos, já que dizem respeito a um conjunto de conhecimentos, práticas e normas associadas à contratação que aderem aos contratos concretos, com relação aos quais as partes contratantes estão cientes (ou deveriam estar), ainda que não estejam expressos no instrumento contratual<sup>471</sup>. A noção segundo a qual usos e costumes estão ligados a um conjunto de compreensões implícitas a respeito da contratação está intimamente interligada ao conceito de instituições mencionado no primeiro Capítulo deste trabalho, na medida em que, apesar de não consistirem em lei em sentido formal, representam a tradução em norma jurídica das práticas dos agentes econômicos que, no fim e ao cabo, orientam e conformam o comportamento da comunidade de partes contratantes.

John Wightman, em artigo que analisa a figura dos *implied terms* no direito anglo-saxão, explica que a noção de comunidade de partes contratantes (*the contracting community model*) se refere às relações contratuais que ocorrem em um dado mercado, no qual são estabelecidas práticas para a realização do comércio que toda empresa que deseje dele participar normalmente seguirá<sup>472</sup>. Segundo o autor, há três elementos básicos que definem este ambiente institucional: (i) a existência de conhecimento especializado a respeito dos bens e serviços envolvidos naquele mercado, o que abarca o conhecimento técnico sobre a estrutura do mercado

---

em costumes gerais e locais. Os primeiros têm validade em todo o território do Reino e até mesmo além de suas fronteiras; na verdade, eles facilmente adquirem um caráter universal quando a matéria que regulamentam é uniforme em todos os lugares. Os costumes locais têm um campo de atuação mais limitado, se aplicando a uma região, uma praça, uma feira, uma bolsa, uma alfândega. Os costumes também se distinguem, pela matéria sobre a qual exercem sua autoridade, em costumes gerais e especiais. Os primeiros se aplicam a todos os ramos de comércio e variam de acordo com o ramo respectivo, a classe de comerciantes, como ocorre com os costumes das empresas teatrais, dos mercadores ambulantes, dos comerciantes no atacado e no varejo. Portanto, um costume pode ser, ao mesmo tempo, geral em relação ao território e especial em relação à matéria, geral em relação à matéria e local ou especial em relação ao território.

<sup>471</sup> “By ‘implicit’, I will mean the knowledge, practices and or norms pertaining to contracting in general (or an individual transaction) of which the parties to a particular contract are actually aware, (or can, in the circumstances, reasonably be expected to be aware), but which are not typically rendered express in their contracting activity. However, by saying the parties are ‘aware’ I do not mean to convey that they must be consciously deliberating (albeit silently) at the moment of contracting: ‘aware’ includes assumptions about knowledge practice and norms which the parties bring to the contractual relationship. In one sense, implicit dimensions includes all the assumptions about the operation of transactions which are needed to endow the transaction with meaning” (WIGHTMAN, John. *Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 147). Tradução livre: Por “implícito” me refiro ao conhecimento, às práticas ou às normas pertinentes à contratação em geral (ou a uma transação individual) de que as partes de um contrato em particular estão cientes, (ou se pode, segundo as circunstâncias, esperar razoavelmente que estejam), mas não estão tipicamente expressas na atividade contratual. No entanto, ao falar que as partes estão “cientes” não quero dizer que devem as partes conscientemente deliberar a seu respeito (ainda que tacitamente) no momento da contratação: “cientes” inclui presunções quanto ao conhecimento da prática e das normas que as partes trazem à relação contratual. Nesse sentido, dimensões implícitas inclui todas as presunções sobre a operação das transações necessárias a levar a cabo a transação em questão.

<sup>472</sup> WIGHTMAN, John. *Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 149.

e as demandas associadas à entrega dos bens ou à prestação dos serviços; (ii) o conhecimento especializado a respeito da forma pela qual a contratação é entabulada, envolvendo não somente as modalidades de contratação, mas também as possíveis garantias a serem exigidas, as alternativas de financiamento, e especialmente os riscos envolvidos; e (iii) o conhecimento a respeito dos mecanismos de resolução de problemas na execução, integrando tanto eventuais penalidades quanto as ferramentas de renegociação e mesmo de composição de disputas aplicáveis ao mercado em questão<sup>473</sup>.

É verdade que, ao se aludir à concepção de *termos implícitos* acima mencionada se deve tomar as devidas cautelas, já que se trata de expressão típica do contexto da *Law of Contract* anglo-saxã que, evidentemente, não se aplica a ferro e fogo ao Direito dos Contratos brasileiro<sup>474</sup>. No entanto, esta discussão dogmática está intimamente relacionada ao papel dos

---

<sup>473</sup> WIGHTMAN, John. Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. pp. 149-151. O papel da escolha pelo método de resolução de disputas como mecanismo central à estruturação de contratos empresariais é assim comentado por Hugh Collins: “What evidence might be used to support this hypothesis? How may we undermine Weber’s persuasive story of how bourgeois interests promoted Codification and formal logical legal reasoning? The strongest evidence is surely to be found in the selection of a forum for dispute settlement. If we find that businessmen are pleased to submit their disputes to the ordinary courts which deploy formal logical rationality, then we might surmise that the narrow sense of calculability favoured by Weber is indeed the dominant preference of business with respect to the form of legal regulation. If, on the other hand, we discover that merchants use every device possible in order to avoid those courts, not only because of their expense and delays, but also because they defeat business expectations by using formal logical legal reasoning, then we have a convincing riposte. Further evidence to support the hypothesis may be discovered in the competition between legal jurisdictions. If formal logical legal rationality is the preference of merchants, then we should expect that those legal systems that approximate the closest to its ideals would be the choice of law in international business transactions. If, however, businessmen seek legal regulation of a broader range of expectations, then we might expect them to prefer legal systems which can avoid this type of closure in favour of a flexible brand of substantive legal reasoning” (COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 182). Tradução livre: Que evidência pode ser usada para apoiar essa hipótese? Como podemos superar a narrativa persuasiva de Weber sobre como os interesses burgueses promoveram a codificação e o raciocínio legal formal e lógico? A evidência mais forte certamente está na escolha de um foro para a resolução de disputas. Se percebermos que os empresários estão dispostos a submeter suas disputas aos tribunais ordinários que utilizam a racionalidade formal e lógica, podemos presumir que a estreita noção de calculabilidade oferecida por Weber é, de fato, a preferência dominante dos negócios em relação à forma de regulamentação legal. Por outro lado, se descobrirmos que os comerciantes fazem todo o possível para evitar esses tribunais, não apenas devido aos custos e atrasos, mas também porque eles contrariam as expectativas comerciais ao usar o raciocínio legal formal e lógico, então teremos uma resposta mais convincente. Outras evidências para apoiar tal hipótese podem ser encontradas na competição entre jurisdições legais. Se a racionalidade legal formal e lógica for da preferência dos comerciantes, então deveríamos esperar que os sistemas legais que mais se aproximam de seus ideais sejam a escolha da lei em transações comerciais internacionais. No entanto, se os empresários buscam a regulamentação legal de uma gama mais ampla de expectativas, então podemos esperar que eles prefiram sistemas legais que possam evitar esse tipo de fechamento em favor de um tipo flexível de raciocínio jurídico substantivo.

<sup>474</sup> É relevante notar que, segundo Hanoch Dagan e Michael Heller, a ausência da categoria dos contratos atípicos no direito dos Estados Unidos consistiria em uma redução de complexidade possivelmente indesejável à teoria contratual: “This conceptual shrinkage represents an ahistorical and misleading view of contract. From Roman times nearly to the present, contract law was built on an appreciation of the role of existing and emerging contract types. Ancient Roman law itself was marked by a divide between ‘nominated’ contracts (contract types) and ‘innominate’ contracts (freestanding bargains), a distinction that persists in European civil law systems. For example, German law today offers a taxonomy of ‘typical’ contract types, each with its own tailored doctrines; it

usos e costumes na contratação no contexto brasileiro, já que se refere precisamente à necessidade de o direito estatal estar atento ao ambiente em que se dá a contratação e às práticas nele vigentes para que se ofereça a melhor leitura possível dos interesses das partes e das operações econômicas a que se plasnam. Falar em termos implícitos significa, nesse sentido, tratar da importância de elementos extranegociais que incidem de maneira suplementar (*supplementary rules*), que se fazem ainda mais relevantes na *common law* diante da ausência de contratos típicos que, previstos em lei, oferecem normas supletivas à vontade das partes<sup>475</sup>.

Exemplo da relevância da compreensão do *common law* para a estruturação dogmática dos usos e costumes pode ser encontrado no paradigmático caso *Diana Prosperity (Reardon Smith Line Ltd v Hansen-Tangen)*, julgado pela Câmara dos Lordes em 1976<sup>476</sup>, em que Lord Wilberforce afirmou que “contratos não são feitos no vácuo: há sempre um cenário no qual eles devem ser inseridos” (“*No contracts are made in a vacuum: there is always a setting in which they have to be placed*”), de maneira que, em um contrato empresarial, os tribunais devem conhecer o propósito comercial do contrato e, por conseguinte, as razões de existir da contratação, o pano de fundo, o contexto e o mercado em que as partes operam. Não

---

has methods for shunting analysis of ‘hybrid’ or ‘mixed’ contracts through the existing types; and it deploys recognition mechanisms for ‘atypical’, ‘customary’, and ‘new’ types. By contrast, contract theory in America has lost sight of this deep structure” (DAGAN, Hanoch; HELLER, Michael. *The choice theory of contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 8). Tradução livre: Esse encolhimento conceitual representa uma visão anacrônica e enganosa do contrato. Desde os tempos romanos até quase o presente, o direito contratual foi construído com base na apreciação do papel dos tipos de contrato existentes e emergentes. O próprio direito romano antigo era marcado por uma divisão entre contratos “nominados” (tipos de contrato) e contratos “inominados” (contratos independentes), uma distinção que persiste nos sistemas jurídicos civis europeus. Por exemplo, o direito alemão hoje oferece uma taxonomia de “tipos” de contrato típicos, cada um com suas próprias doutrinas específicas; ele tem métodos para analisar contratos “híbridos” ou “mistos” por meio dos tipos existentes; e emprega mecanismos de reconhecimento para formas “atípicas”, “costumeiras” e “novas”. Em contraste, a teoria do contrato nos Estados Unidos perdeu de vista essa estrutura profunda.

<sup>475</sup> O papel de tal figura dogmática na compreensão jurisprudencial do *common law* a respeito dos contratos comerciais foi gentilmente comentada pelo Professor Hugh Collins em mensagem pessoal: “I have not thought a great deal about innominate commercial contracts. As you have guessed, in the common law the role of nominate contracts tends to be much less important. Their most significant role is in relation to implied terms – terms implied into contracts by law for particular types of contracts. They are the common law’s supplementary rules. Our general view in the common law is, however, that freedom of contract entails that the parties are free to make any kind of contract they like and the courts will do their best to enforce their intentions. I think this position is linked to the idea that the intensification of the division of labour in an advanced capitalist society requires freedom to create new kinds of contracts all the time” (COLLINS, Hugh. Advice on research regarding Innominate Contracts [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <angelogpc@gmail.com> em 15 ago. 2022). Tradução livre: Não pensei muito a respeito de contratos empresariais atípicos. Como você adivinhou, no common law o papel de contratos típicos tende a ser muito menos importante. Seu papel mais relevante está relacionado aos termos implícitos – termos implícitos nos contratos pelo direito para tipos contratuais em particular. Trata-se das normas suplementares do common law. Nossa visão geral no common law é que, no entanto, a liberdade de contratar garante que as partes sejam livre para realizar qualquer modalidade de contrato que desejem e os tribunais farão seu melhor para assegurar suas intenções. Acredito que esta posição esteja vinculada à ideia de que a intensificação da divisão do trabalho em uma sociedade capitalista avançada exige a liberdade de criar novos tipos de contrato a todo tempo.

<sup>476</sup> *Reardon Smith Line Ltd v Hansen-Tangen* 1976 1 WLR 989, 995.

por acaso, trata-se de compreensão bastante próxima à contida no art. 130 do revogado Código Comercial brasileiro de 1850, segundo o qual “As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”.

Esta compreensão a respeito dos contratos comerciais tem a virtude de enfrentar a tensão verificada por Hugh Collins com relação à necessidade de proteção às expectativas dos empresários probos (*honest men*) que operam em mercados, na medida em que suas operações não podem ser reduzidas à sistemática do discurso jurídico-positivo<sup>477</sup>. Assim, seria um truísmo pressupor que a coerência dogmática exigisse a rígida separação entre o direito e os constrangimentos advindos da moral, da política e da economia<sup>478</sup>. Com isso, para que os contratos empresariais atinjam a sua finalidade de acomodar as expectativas decorrentes das transações e de seu contexto, o sistema jurídico deve ter por centrais os diversos elementos componentes dessas expectativas ao adotar o costume como mecanismo operacional de qualificação e interpretação dos negócios<sup>479</sup>.

Considerando a relevância dos usos e costumes para a apreensão do sentido dos contratos empresariais, cabe passar a discorrer sobre os efeitos decorrentes de sua posição privilegiada na sistemática do Direito Empresarial, especialmente para pavimentar o caminho de uma compreensão mais acertada sobre os contratos empresariais atípicos. Isso porque, ao oferecer dimensão de sentido a respeito da contratação empresarial que se traduz tanto em fonte de compreensão sobre as cláusulas utilizadas pelos agentes econômicos quanto em mecanismo que condiciona a própria escolha de modelos contratuais, os usos e costumes se aproximam da função supletiva exercida pelos tipos (conforme se viu no Capítulo anterior), e, conseqüentemente, preenchem o aparente vazio normativo em que está contida a atipicidade contratual no campo empresarial.

### **IV.3. A construção da normatividade sobre os contratos empresariais a partir da interação entre os usos e costumes e a jurisprudência**

O tópico anterior tratou de explorar a posição de destaque ocupada pelos usos e costumes no Direito Empresarial e, notadamente, na operacionalização de contratos

---

<sup>477</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 196.

<sup>478</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 196.

<sup>479</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 196.

empresariais. Foi possível demonstrar que o conceito de usos e costumes aqui adotado diz respeito à capacidade de práticas reiteradas dos agentes econômicos constituírem verdadeiras fontes normativas que produzem um sentido compartilhado entre os agentes econômicos a respeito da contratação nos mercados. Assim, é a partir dos usos e costumes que se pode compreender não somente o *modus operandi* de contratos comumente celebrados pelos agentes econômicos, mas até mesmo quais modalidades de contratação funcionam e quais não funcionam, tendo em vista as expectativas dos integrantes dos mercados.

No entanto, antes de se proceder à análise do modo de incidência dessas normas de conduta sobre os contratos empresariais em concreto, cabe discorrer a respeito do procedimento jurídico-institucional necessário à validação dos usos e costumes para que se traduzam em normas obrigatórias aos agentes econômicos. Isso porque, apesar de os usos e costumes surgirem na práxis negocial, passam a integrar a aludida dimensão de sentido sobretudo a partir do momento em que se passa a conhecer seus limites e hipóteses de incidência segundo a sua leitura pela jurisprudência à luz do ordenamento jurídico, de modo a fixar as balizas necessárias ao oferecimento da segurança e da previsibilidade que tanto almejam os agentes econômicos.

Conforme assevera Paula Forgioni, “[o]s usos e costumes refletem complexa interação entre o texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência”<sup>480</sup>, de tal forma que é a partir dessas sinergias que os agentes econômicos tomam ciência do regime jurídico aplicável a seus contratos de maneira mais abrangente. Assim, o processo de reconhecimento, validação e conformação dos usos e costumes pelo direito estatal leva à estruturação de um conjunto de normas que permitem um planejamento mais informado das estratégias empresariais. Isso porque “[o]s usos e costumes geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada [...] com maior margem de segurança”<sup>481</sup>.

Dessa forma, o arcabouço normativo aplicável aos contratos empresariais é integrado não apenas pela lei, mas também pelos usos e costumes como fonte de direitos e obrigações. Significa dizer que, na hipótese de contratos empresariais serem implementados unicamente por intermédio de um sistema de atribuições jurídico-formais, estar-se-ia frustrando as expectativas decorrentes do imbricamento das normas jurídicas empresariais com as práticas

---

<sup>480</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 143.

<sup>481</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 143.

mercantis vigentes, de sorte que o Direito Empresarial deve ser marcado por uma especial sensibilidade com as normas construídas a partir dos usos e costumes para garantir sua coerência, sua previsibilidade e especialmente sua efetividade<sup>482</sup>.

Não é sem razão que, segundo Andreas Von Tuhr, em comentário sobre os usos e costumes no campo do Direito Civil, salienta que “todos los ensayos para restringir o eliminar el derecho consuetudinario han demostrado ser inadecuados, porque la costumbre tiene un origen y un poder efectivo en nada inferiores a los de la ley, estando por lo tanto en condiciones de destruir los obstáculos que se le opongan”<sup>483</sup>. Os usos e costumes conforme compreendidos

---

<sup>482</sup> Nesse sentido: “In this encounter we notice the businessman using trade custom as the normative framework, whereas the lawyer trained in the reasoning of the law treats the contract as the exclusive source of rights and obligations. To enforce the written contract according to a system of formal entitlements will defeat the expectations of business when the contract does not incorporate the norms of the business relation in which it is embedded. In order to achieve a concordance between the legal outcome and business expectation, legal reasoning has to avoid the kind of hermetic closure of legal discourse that Weber idealized in his paradigm of formal logical rationality. Legal reasoning must instead permit the facts of the convention or the pattern of prior dealings to be regarded as relevant to the determination of the dispute. This might be achieved, for instance, by insisting that custom can supplement and qualify the interpretation of contractual entitlements. Similarly, by using open-textured standards such as ‘good faith’ or ‘reasonableness’, the legal enquiry can be directed towards an exploration and specification of the conventions and expectations within the business relation. As a part of this strategy for permitting the informal standards of the relation to become determinative in legal reasoning, the law of contract has to resist the universalizing tendency of formal logical rationality to apply the same rules to every type of transaction, because a single rule may fail to make the kinds of differentiation between types of transactions and business relations which the parties expect. These arguments suggest that the type of law of contract favoured by business would not comprise a rigid, systematic body of rules. The most appropriate form of legal regulation would temper its formalism with a sensitivity to the particular facts of the case, especially the history of prior dealings, and an understanding of the informal conventions (and formal trading standards where available) governing the business relation” (COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 181). Tradução livre: Neste contexto, observamos o empresário usando o costume comercial como quadro normativo, enquanto o advogado treinado no raciocínio jurídico trata o contrato como a única fonte de direitos e obrigações. Fazer valer o contrato escrito de acordo com um sistema de direitos formais vai de encontro às expectativas do mundo dos negócios quando o contrato não incorpora as normas da relação comercial na qual está inserido. Para alcançar uma concordância entre o resultado legal e a expectativa empresarial, o raciocínio jurídico deve evitar o tipo de fechamento hermético do discurso legal que Weber idealizou em seu paradigma de racionalidade formal e lógica. O raciocínio jurídico deve, em vez disso, permitir que os fatos da convenção ou o padrão de acordos prévios sejam considerados relevantes para a determinação da disputa. Isso pode ser alcançado, por exemplo, insistindo que o costume pode complementar e qualificar a interpretação dos contratos. Da mesma forma, ao usar conceitos abertos como “boa-fé” ou “razoabilidade”, a investigação jurídica pode ser direcionada para uma exploração e especificação das convenções e expectativas dentro da relação comercial. Como parte dessa estratégia para permitir que os padrões informais da relação se tornem determinantes no raciocínio jurídico, o direito contratual deve resistir à tendência universalizadora da racionalidade formal e lógica de aplicar as mesmas regras a todos os tipos de transações, porque uma única regra pode não fazer as diferenciações esperadas entre tipos de transações e relações comerciais. Esses argumentos sugerem que o direito contratual preferido pelos negócios não compreenderia um corpo rígido e sistemático de regras. A forma mais adequada de regulamentação jurídica equilibraria seu formalismo com uma sensibilidade aos fatos específicos do caso, especialmente a história de acordos prévios, e um entendimento das convenções informais (e padrões comerciais formais, quando disponíveis) que regem a relação comercial.

<sup>483</sup> VON TUHR, A. *Derecho civil: Teoria general del derecho civil alemán*. Buenos Aires, Marcial Pons, 1946. p. 18. Tradução livre: Todas as tentativas para restringir ou eliminar o direito consuetudinário se demonstraram inadequadas, porque o costume tem um origem e um poder efetivo em nada inferiores aos da lei, estando portanto em condições de destruir os obstáculos que se lhe oponham. Prossegue o autor: “Del hecho que la costumbre no haya sido mencionada, se desprende que la legislación nacional ha querido ordenar cabal y exclusivamente el derecho civil por medio del código y que, por tanto, los ciudadanos y los tribunales deben regirse por sus normas. No puede formarse un derecho consuetudinario hasta tanto sea observada esta disposición y sea impuesta por el

pelo presente trabalho, por conseguinte, se posicionam no centro da busca pelo conjunto de normas voltadas a ordenar os contratos empresariais, rendendo tributo não a uma legislação positiva marcada por lacunas que seriam porventura preenchidas pela prática dos agentes, partindo da prática. Daí ressaltar Natália Ióra que “o primado da lei é muito mais teórico do que prático e, ao agir em conformação com um uso negocial, os sujeitos não o fazem unicamente por um comando jurídico ou legal advindo da lei; eles o fazem, também, por existirem consequências extra e/ou metajurídicas que precisam e que são consideradas no mundo dos negócios”<sup>484</sup>.

A aplicação supletiva dos usos e costumes no Direito Empresarial consiste, nesse sentido, de uma das marcas definidoras – ou, na terminologia utilizada no Capítulo II, *vetores* – dos contratos empresariais, uma vez que, com muito mais ênfase do que se verificaria nos contratos comumente associados ao Direito Civil, busca-se nas práticas do mercado dimensão de sentido ao modo de operar dos agentes econômicos<sup>485</sup>. Não é sem motivo que, em obra

---

control de la Corte Suprema, porque, frente a una práctica *praeter o contra legem*, la *opinio necessitatis* siempre quedaría destruída por los fallos de los jueces. Con la intensidad de la producción jurídica actual, la necesidad de un principio jurídico nuevo puede ser satisfecha mediante una ley nueva en cuanto aparezca. No obstante, no puede desecharse la posibilidad de que la producción jurídica del derecho privado se interrumpa o demore largo plazo para llenar lagunas importantes de la ley (p. ej., en el derecho internacional privado), y tampoco que, con el andar del tiempo, parezcan anticuadas ciertas disposiciones del código. Em tales casos, si se consagra un uso jurisprudencial no se podrá menos de reconocer en él un derecho consuetudinario que completa y hasta deroga la ley; su nacimiento tendrá que juzgarse según los criterios usuales en la ciencia del derecho común” (VON TUHR, A. *Derecho civil: Teoría general del derecho civil alemán*. Buenos Aires, Marcial Pons, 1946. p. 18). Tradução livre: Do fato de que o costume não foi mencionado se depreende que a legislação nacional quis ordenar cabal e exclusivamente o direito civil por meio do código e que, portanto, os cidadão e os tribunais devem reger-se por suas normas. Não pode se formar um direito consuetudinário até que seja observada tal disposição e seja ela imposta pelo controle da Corte Suprema, porque, frente a uma prática *praete* ou *contra legem*, a *opinio necessitatis* sempre seria destruída pelas falhas dos juízes. Com a intensidade da produção jurídica atual, a necessidade de um princípio jurídico novo pode ser satisfeita mediante o aparecimento de uma lei nova. Não obstante, não se pode descartar a possibilidade de que a produção jurídica do direito privado se interrompa ou demore longo prazo para preencher lacunas importantes da lei (por exemplo, no direito internacional privado), e tampouco que, com o passar do tempo, pareçam antiquadas certas disposições do código. Em tais casos, se se consagra um uso jurisprudencial, não se poderá deixar de reconhecer nele um direito consuetudinário que complete ou até que derogue a lei; seu nascimento terá que ser julgado segundo os critérios usuais na ciência do direito comum.

<sup>484</sup> IÓRA, Natália Inez. *Os usos negociais e os contratos empresariais: O conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 164.

<sup>485</sup> Naturalmente que não se ignoram as reflexões da dogmática de Direito Civil a respeito dos usos e costumes, que frequentemente são bastante profundas e minuciosas na descrição do fenômeno e na fundamentação de sua normatividade, porém comumente em sentido semelhante ao tradicional direito consuetudinário, e não com vinculação a práticas de mercado. Nesse sentido: “La voluntad de una colectividad puede también exteriorizarse tácitamente en la vida jurídica asimismo (rebus ipsis et factis). (Por ejemplo, en algunas comarcas los bienes de los campesinos los hereda siempre, sin mediar disposición legal alguna, el hijo mayor). En esto, de momento, sólo se quiere la formación jurídica concreta (la relación jurídica: el hijo mayor quiere ser dueño de los bienes, y todos aquellos a quienes afecta quieren, igualmente, que sea dueño, o le reconocen como dueño de los bienes); pero en el continuo querer de formaciones jurídicas, que correspondan a una regla jurídica, se quiere a la vez, a partir de un determinado momento, la regla misma, y esta voluntad se pronuncia también en virtud de ejecutar la consecuencia que corresponde a la regla. Si este acontecimiento se reitera de un modo permanente y general, se presenta entonces como expresión de la voluntad colectiva y produce derecho, el llamado derecho consuetudinário” (ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1934. pp. 123-124). Tradução livre: A vontade de uma coletividade pode também exteriorizar-se



clássica, Pardessus já assinalava que, ao passo que os usos têm pouca força no Direito Civil, a têm em grande quantidade no Direito Empresarial, já que, nascidos do hábito dos agentes econômicos, são as melhores fontes interpretativas das convenções e se aplicam de maneira suplementar no silêncio das partes, notadamente a partir do momento em que são reconhecidos pelos tribunais<sup>486</sup>.

Acontece que a função de normatização supletiva dos usos e costumes, por mais que emerja da prática dos agentes econômicos e projete seus efeitos sobre a práxis mercantil em razão da repetição, somente se poderá conhecer os seus limites práticos a partir do momento em que são postos em diálogo com o ordenamento, seja a partir do controle sobre eventuais disposições que extrapolem as linhas estabelecidas pela ordem pública, seja pela verificação ao atendimento da função econômica de alguma modalidade contratual prevista em lei (a atrair, portanto, as suas próprias normas supletivas e imperativas)<sup>487</sup>. É verdade que a análise quanto à incidência de normas supletivas decorrentes de um tipo legal deve também – como se verá com maior detalhamento nas seções seguintes – verificar em que medida os usos e costumes não se propõem a construir uma nova modalidade contratual que venha até a justificar o

---

tacitamente na vida jurídica (*rebus ipsis et factis*)(por exemplo, em algumas comarcas os bens dos camponeses sempre são herdados pelo filho mais velho, sem nenhuma disposição legal). Com isto, a princípio, somente se quer a formação jurídica concreta (a relação jurídica: o filho mais velho quer ser dono dos bens, e todos aqueles a quem afeta querem, igualmente, que seja dono, ou o reconhecem como dono dos bens); mas o contínuo querer das formações jurídicas, que correspondam a uma regra jurídica, se quer, na verdade, a partir de um dado momento, a própria regra, e esta vontade se pronuncia também em virtude de executar a consequência que corresponde à regra. Se este acontecimento se reitera de um modo permanente e geral, se apresenta então como expressão da vontade coletiva e produz direito, o chamado direito consuetudinário.

<sup>486</sup> Nesse sentido: “Il est souvent avantageux, pour fixer le sens d’une clause obscure, de recourir au droit commun, puisque, dans le doute, les parties sont présumées avoir voulu faire leurs conventions suivant les règles établies par la loi. Par suite de ce principe, les usages, qui n’ont presque aucune force dans le droit civil, en ont beaucoup dans le droit commercial. Nés de l’habitude, et adoptés par le consentement universel, ils sont les meilleurs interprètes des conventions: mais ils ne peuvent être invoqués que pour y suppléer; jamais pour les anéantir. L’autorité de l’usage est telle, qu’il ne sert pas seulement à interpréter ce qui est ambigu; il devient encore le supplément du contrat pour les choses non exprimées. Dans le silence des lois commerciales, il l’emporte même sur les lois civiles, qui sembleraient, dans ce cas, devoir reprendre toute leur autorité; mais il faut alors que les tribunaux, en annonçant qu’ils se décident par l’usage, déclarent qu’il existe, qu’il est constant et reconnu; autrement on pourrait croire qu’ils ont arbitrairement violé le droit civil destiné, en général, à servir de supplément aux lois commerciales” (PARDESSUS, J. M. *Cours de Droit Commercial*. Paris: Nève, 1841. v. 1, p. 377). Tradução livre: É frequentemente vantajoso, para fixar o sentido de uma cláusula obscura, recorrer ao direito comum, pois, na dúvida, presume-se que as partes quiseram realizar suas convenções segundo as regras estabelecidas pelo direito. De acordo com esse princípio, os usos, que não têm quase nenhuma força no direito civil, o têm em grande quantidade no direito comercial. Nascidos do hábito, e adotados pelo consentimento universal, são os melhores intérpretes das convenções: mas não podem ser convocados senão para suplementá-las: jamais para anulá-las. A autoridade dos usos é tal que não servem apenas a interpretar o que for ambíguo; tornam-se o suplemento do contrato para o que não foi declarado. No silêncio das leis comerciais, prevalecem até sobre as leis civis, que pareceriam, neste caso, recuperar toda a sua autoridade, mas é então necessário que os tribunais, ao anunciarem que decidem pelo costume, declarem que ele existe, que é constante e reconhecido; caso contrário, poder-se-ia acreditar que violam arbitrariamente o direito civil, destinado, em geral, a servir de complemento ao direito comercial.

<sup>487</sup> Nesse sentido: COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 181.

afastamento da incidência do regramento legal. O esforço a ser empreendido pela jurisprudência, nesse sentido, envolve especial cuidado com a dinâmica das relações de mercado para que se preservem os interesses dos agentes econômicos e os próprios vetores dos contratos empresariais.

Segundo Paula Forgioni, a jurisprudência atua como fator de seleção natural dos usos e costumes, uma vez que, após serem as práticas comerciais depuradas pela prática para que prevaleçam as condutas mais eficientes, são validados e conformados pelo direito estatal – também pela consagração pela legislação, mas notadamente pela jurisprudência –, de maneira que “[u]m costume não aceito pelos tribunais [...] acaba desautorizado ou não se consolida”<sup>488</sup>. Tanto é assim que autores como Gunther Teubner, em análise do costume transnacional que se traduz em *lex mercatoria*, asseveram que costumes comerciais por si sós não são capazes de criar direito, uma vez que somente podem ser transformados em direito por intermédio de um ato formal de um Estado soberano<sup>489</sup>.

É interessante, a respeito do tema, ressaltar a posição contundente de Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux, para quem não se poderia aceitar o entendimento segundo o qual o costume seria criado ou mesmo confirmado pela jurisprudência – posição que reputam ser resultado de forte influência do *common law* sobre a interpretação do direito de tradição continental a respeito dos usos e costumes –, já que a jurisprudência, na verdade, *consagra* práticas capazes de completar e mesmo de modificar a lei, na medida em que se trata de meio de normatização mais bem adaptado à vida social e econômica<sup>490</sup>. A crítica dos autores franceses não consiste tão somente em um problema do ovo e da galinha ou mesmo de uma questão meramente semântica, mas trata de trazer ao centro do Direito Empresarial o costume como fonte autônoma que, em vez de ter sua autoridade concedida pelo direito estatal, é tão somente conformado ao ordenamento naquilo em que eventualmente exceda as balizas normativas da ordem pública<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 142.

<sup>489</sup> TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: \_\_\_\_\_. *Global Law without a State*. Hanover: Dartmouth, 1997. p. 12. Em sentido semelhante: ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 154.

<sup>490</sup> GHESTIN, Jacques; GOUBEAU, Gilles. *Traité de droit civil*. 4.ed. Paris: LGDJ, 1994. pp. 542-546. É de se notar que a posição dos autores parece ter alguma inspiração na crítica ainda mais radical de Jean Escarra, para quem o costume não poderia ser considerado norma jurídica pois, em última análise, investigar os usos e costumes aplicáveis à contratação significaria recorrer a uma intenção subjetiva das partes que os tribunais jamais poderiam conhecer (ESCARRA, Jean. De la valeur juridique de l’usage en droit commercial. *Annales de Droit Commercial*. pp. 97-123, 1910). Ver também: GARNIER, Florent. De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIXe siècle et au début XXe siècle. *Quaderni Fiorentini*. v. 41, pp. 399-327, 2012.

<sup>491</sup> Nesse sentido: “Uma jurisprudência constante pode, certamente, adquirir vinculatividade se se converte em base de um Direito consuetudinário. Mas, para isso, de modo algum é já suficiente um período considerável de

Os mesmos autores franceses acima citados defendem, nessa linha, que não se poderia simplesmente afirmar que a jurisprudência seria o mecanismo de atribuição de autoridade ao costume, já que uma decisão judicial tem a capacidade de, a partir de uma decisão única, possivelmente incompatível com a natureza reiterada e compartilhada pelos agentes econômicos que marca o costume, constituir por si só norma jurídica obrigatória<sup>492</sup>. No entanto, o costume dificilmente se apresenta como norma autossuficiente diante da necessidade de adequação das práticas negociais ao ordenamento em que se inserem, inclusive no intuito de aperfeiçoar tais práticas e permitir a sua perpetuação nos mercados enquanto são consideradas economicamente interessantes pelos agentes econômicos.

Daí salientar Lambert que a jurisprudência é o “agente necessário à transmutação do sentimento jurídico em normas de direito” (“*l’agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes de droit*”), de tal forma que a decisão judicial tem a capacidade de metamorfosear “simples usos” (*simples usages*) em verdadeiros costumes jurídicos sancionados por uma ordem autoritativa<sup>493</sup>. Dessa maneira, assinala Thaller, em análise do ordenamento francês, que, ao passo que um costume expresso por uma única decisão judicial não estaria sequer ainda suficientemente formado – já que adquire sua autoridade normativa pela sua reprodução –, já que “*uma tese consagrada por duas ou três decisões da Corte de Cassação, escalonadas por um certo período de tempo, dispõe de uma força difícil de abalar*”<sup>494</sup>.

Significa dizer que a mencionada *consagração* dos usos e costumes pela jurisprudência não tem por objetivo suprimir o costume e substituí-lo por uma norma jurisprudencial – como se o costume propriamente dito já não fosse norma juridicamente vinculante aplicável aos empresários de maneira geral em virtude de sua repetição nos mercados

---

tempo em que se manifesta constante; o factor tempo não deve sequer considerar-se decisivo. O fundamento da validade do Direito consuetudinário é a convicção jurídica geral que se manifesta num uso constante. Para isso não basta que uma determinada orientação jurisprudencial seja aceite sem contradição ou quase sem contradição; antes é necessária a formação de uma convicção jurídica nos círculos participantes, isto é, não somente entre os juristas. Por <<convicção jurídica>> não se há de entender só a expectativa de que os tribunais procederão segundo esta máxima, mas, para além disso, a convicção de que isto deve ser, de Direito, assim, de que se trata de uma exigência que indubitavelmente é a do Direito. [...] Uma vez que surgiu um Direito consuetudinário, tão-pouco importa já se a jurisprudência da qual surgiu era originariamente compatível com o Direito estabelecido; é suficiente que o Direito, agora surgido, não contradiga a Constituição ou outros princípios jurídicos de escalão superior” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pp. 616-617). Ver, nesse sentido: KONDER, Carlos Nelson. Lacunas e mecanismos de integração sob a perspectiva civil-constitucional: análise a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça. *Prima@Facie*. v. 21, n. 47, pp. 176-198, maio/ago. 2022.

<sup>492</sup> GHESTIN, Jacques; GOUBEAU, Gilles. *Traité de droit civil*. 4.ed. Paris: LGDJ, 1994. pp. 542-562.

<sup>493</sup> LAMBERT, Édouard. *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Paris: Giard et Brière, 1903. v. 1, p. 802.

<sup>494</sup> THALLER, Edmond. *Traité élémentaire de droit commercial: a l’exclusion du droit maritime*. 4.ed. Paris: A. Rousseau, 1910. p. 42.

–, mas sim refinar e lapidar a norma desenvolvida pelos agentes econômicos para produzir uma *norma jurídica de extração costumeira*<sup>495</sup>. Salienta Xavier Près, com isso, que, adotando-se tal perspectiva de produção da norma jurídica a partir da interação entre costume e jurisprudência, “o mistério que envelopa a gênese de seu caráter obrigatório se dissipa”, o que não significa que a norma não preexistisse à intervenção judicial, mas simplesmente que a sua força normativa depende fundamentalmente de tal consagração judicial<sup>496</sup>.

Não se pode esquecer que o especial estatuto conferido aos usos e costumes tem por intuito preservar os vetores de funcionamento dos contratos empresariais, de maneira que a preservação da força das práticas mercantis diz respeito à conservação do grau mais acentuado dado à liberdade de contratar nesse âmbito. É preciso também atentar, nesse ponto, a uma aparente contradição associada a essa característica: isto é, se os agentes econômicos buscam algum grau de calculabilidade para a sua tomada de decisão, os usos e costumes não podem consistir em fator de insegurança e imprevisibilidade (em contraposição à segurança que se extrairia da utilização de modelos positivados pelo ordenamento).

Tal paradoxo em muito se aproxima do chamado “problema inglês” denunciado por Max Weber. Ao passo que este autor defende que o sistema capitalista surge e se estabelece em virtude de um sistema jurídico dotado de normas gerais e abstratas aplicadas por um Judiciário neutro, o berço do capitalismo moderno se encontra precisamente na Inglaterra, cujo direito é fortemente arraigado em práticas costumeiras não positivadas. Dessa maneira, a Inglaterra teria sido o palco do capitalismo *apesar* de seu direito<sup>497</sup>. Explica David Trubek, no entanto, em análise crítica da percepção de Weber sobre o direito inglês, que tal leitura do sistema jurídico britânico decorre de alguns equívocos, notadamente em razão da centralidade atribuída pelo sociólogo alemão à calculabilidade em detrimento de uma compreensão mais aprofundada da

---

<sup>495</sup> PERRIN, Jean-François. *Pour une théorie de la connaissance juridique*. Genebra: Droz, 1979. p. 113.

<sup>496</sup> “Dès lors que l’on partage cette acception de la coutume, le mystère qui enveloppe la genèse de son caractère obligatoire se dissipe: en l’absence de toute assise légale, la règle ne peut accéder à la juridicité qu’en passant par le sceau jurisprudentiel, seul capable dans ce cas d’opérer la transformation du fait en droit. Cela ne signifie pas que la règle ne préexiste pas à l’intervention du juge, cela signifie qu’elle a besoin de la consécration jurisprudentielle pour être considérée comme une règle juridique. Ce n’est donc pas la jurisprudence qui peut être assimilée à la coutume, c’est cette dernière qui est absorbée par la première car du point de vue de son fondement juridique celle-ci se réduit à celle-là” (PRÈS, Xavier. *Les sources complémentaires du droit d’auteur français: Le juge, l’Administration, les usages et le droit d’auteur*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2004). Tradução livre: Uma vez que compartilhamos dessa concepção de costume, o mistério que envolve a gênese de seu caráter obrigatório se dissipa: na ausência de qualquer base legal, a regra só pode adquirir juridicidade passando pelo crivo jurisprudencial, o único capaz, nesse caso, de transformar o fato em direito. Isso não significa que a regra não existisse antes da intervenção do juiz, significa que ela precisa da consagração jurisprudencial para ser considerada uma regra jurídica. Portanto, não é a jurisprudência que pode ser assimilada ao costume, é este último que é absorvido pelo primeiro, porque do ponto de vista de sua fundamentação jurídica, a primeira se reduz à segunda.

<sup>497</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Segurança jurídica e mercados. *Conjuntura econômica*. v. 61, n. 7, pp. 34-35, jul. 2007. p. 35.

interação entre lógica jurídica e lógica econômica<sup>498</sup>. Afinal, dificilmente se poderia esperar que um sistema controlado pelos capitalistas poderia ser totalmente imprevisível para os próprios capitalistas<sup>499</sup>.

Portanto, parece adequada a análise de José Rodrigo Rodriguez, para quem a alusão do “problema inglês” desvelaria um problema mais geral, associado à dificuldade de se conceber a ideia de que as normas e sanções estatais podem exercer papel secundário em determinadas situações, de sorte que “é necessário pensar, mercado a mercado, em formas de regulação que utilizem normas estatais, mas sejam capazes de construir instituições para além do Estado e de seu Direito que, de qualquer forma, é fática e politicamente impedido de ignorar essas formas de regulação”<sup>500</sup>. Assim, faz-se necessária a ampliação da agenda de pesquisa a respeito das bases de normatividade envolvendo os contratos a partir de uma concepção particular de segurança jurídica que combine variadas formas “de normas estatais e sociais, capazes de garantir a previsibilidade e proteger interesses públicos e de terceiros nas diversas transações”<sup>501</sup>.

Daí salientar Hugh Collins – não por acaso, um inglês –, que, ao passo que Weber acerta ao ressaltar a importância da calculabilidade para os negócios, equivoca-se sobre a natureza da previsibilidade buscada pelos contratos empresariais<sup>502</sup>. Isso porque os contratos empresariais buscam no direito a base de apoio para suas expectativas quanto às transações, porém tais expectativas decorrem de um feixe de diretrizes de naturezas distintas, de tal forma que a calculabilidade decorre da interação simultânea de três fontes normativas básicas que convergem para a construção do discurso contratual: a lei, os usos e costumes e a jurisprudência<sup>503</sup>.

Conforme indica Suzanne Lequette, muito embora o contrato tenha passado por diversas crises desde o início do século XX, a crise atual não é propriamente do contrato, e sim da Teoria Geral dos Contratos diante do grande crescimento das possibilidades de contratação e da grande diversidade de operações econômicas encartadas em negócios jurídicos

---

<sup>498</sup> TRUBEK, David. Max Weber on Law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*. v. 753, n. 3, pp. 721-753, 1972. pp. 739-748.

<sup>499</sup> TRUBEK, David. Max Weber on Law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*. v. 753, n. 3, pp. 721-753, 1972. pp. 739-748.

<sup>500</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Segurança jurídica e mercados. *Conjuntura econômica*. v. 61, n. 7, pp. 34-35, jul. 2007. p. 35.

<sup>501</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Segurança jurídica e mercados. *Conjuntura econômica*. v. 61, n. 7, pp. 34-35, jul. 2007. p. 35.

<sup>502</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 180.

<sup>503</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 180.

contratuais<sup>504</sup>. Daí a razão pela qual Douglas Pinheiro<sup>505</sup>, em análise da célebre constatação da *morte do contrato* pontificada por Grant Gilmore<sup>506</sup>, assevera que tal percepção diz respeito muito mais a um estado de luto diante do ocaso de características clássicas do conceito de

---

<sup>504</sup> Nesse sentido: “Le contrat serait en crise. L’air est connu. Entonné pour la première fois au lendemain de la Première guerre mondiale, il a depuis été repris avec éclat. Que l’on songe à la << crise du contrat >> analysée par le doyen Batiffol à la fin des années soixante ou à la << nouvelle crise du contrat >> proclamée à l’orée du nouveau millénaire. De l’une à l’autre, la mutation est profonde. Alors que la première crise avait été perçue comme une << crise de vieillesse>>, la << nouvelle crise >> devrait, à supposer son existence confirmée, plutôt être comprise comme une << crise de croissance >> et frapperait moins le contrat que la théorie générale” (LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération: contribution à la théorie générale du contrat*. Paris: Economica, 2012. p. 1). Tradução livre: O contrato estaria em crise. A ideia é conhecida. Entoada pela primeira vez após a Primeira Guerra Mundial, desde então tem sido retomada com destaque. Pode-se pensar na “crise do contrato” analisada pelo professor Batiffol no final dos anos sessenta ou na “nova crise do contrato” proclamada no início do novo milênio. De uma para a outra, a transformação é profunda. Enquanto a primeira crise foi percebida como uma “crise de envelhecimento”, a “nova crise”, se confirmada, deveria ser mais bem compreendida como uma “crise de crescimento” e afetaria menos o contrato do que a teoria geral.

<sup>505</sup> PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. Melancholy as a permanent transition in law and democracy. In: MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Claudia. *Innovation and transition in Law: Experiences and theoretical settings*. Madri: Dyckinson, 2020. p. 90.

<sup>506</sup> Segundo o autor, no contexto do *common law*, o Direito Contratual teria passado por um paulatino processo de absorção pela Responsabilidade Civil (*tort law*), de forma que a própria teoria dos contratos viria sendo depauperada pelo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da reparação civil: “Speaking descriptively, we might say that what is happening is that ‘contract’ is being reabsorbed into the mainstream of ‘tort’. Until the general theory of contract was hurriedly run up late in the nineteenth century, tort had always been our residual category of civil liability. As the contract rules dissolve, it is becoming so again. It should be pointed out that the theory of tort into which contract is being reabsorbed is itself a Much more expansive theory of liability than the theory of tort from which contract was artificially separated a hundred years ago” (GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 95). Tradução livre: Falando descritivamente, podemos dizer que o que está acontecendo é que o “contrato” está sendo reabsorvido no âmbito geral da “responsabilidade civil”. Até a teoria geral do contrato ter sido rapidamente desenvolvida no final do século XIX, a *tort law* sempre foi a nossa categoria residual de responsabilidade civil. À medida que as regras contratuais se dissolvem, isso vem ocorrendo novamente. Deve-se observar que a teoria da responsabilidade civil na qual o contrato está sendo reabsorvido é, por si só, uma teoria de responsabilidade muito mais abrangente do que a teoria da responsabilidade civil da qual o contrato foi artificialmente separado há cem anos atrás.

De acordo com Guido Alpa, a crítica de Gilmore seria também válida para o direito de tradição romano-germânica, na medida em que traria em seu âmago uma ofensiva contra o dogma da vontade e o que chamou de “teoria pura do contrato”, que procura isolar a dogmática contratual dos influxos econômicos e sociais: “Si viene perciò componendo un quadro della law of contract (di cui Gilmore, non senza proporre una interpretazione molto originale di questa evoluzione, ha saputo illustrare gli aspetti piu rilevanti) che avvicina di molto l’esperienza nord-americana a quella dei sistemi codificati, pur essendo le diverse esperienze in apparenza assai distanti tra loro. La ‘teoria pura dei contrato’ non può non esser accostata, infatti, alia teoria dei negozio giuridico, fondata sul dogma della volontà, e diretta alia individuazione di criteri oggettivi di valutazione dei componamento delle parti contraenti. Se chiara e allora la lezione di Gilmore (una lezione che persegue con intenti iconodastici la distruzione <li ogni concezione ‘astratta e imutabile’ degli istituti giuridici) appare anche piu evidente (non sempre però in modo diretto) la lezione che l’autore ha voluto impanire ai suoi allievi di Columbus sui rapporto tra “diritto e società”, tra “diritto ed economia”, tra ‘struttura e sovrastruttura’” (ALPA, Guido. La “morte” del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del “common law”. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Causa e consideration*. Pádua: CEDAM, 1984. p. 273). Tradução livre: Portanto, está sendo criado um retrato do direito contratual (do qual Gilmore, não sem apresentar uma interpretação muito original dessa evolução, soube ilustrar os aspectos mais relevantes) que se aproxima muito da experiência norte-americana em relação aos sistemas codificados, embora as diferentes experiências pareçam ser bastante distantes entre si. A “teoria pura dos contratos” não pode deixar de ser associada, na verdade, à teoria do negócio jurídico, baseada no dogma da vontade e direcionada à identificação de critérios objetivos para a avaliação do comportamento das partes contratantes. Se a lição de Gilmore estiver clara (uma lição que persegue com intenções iconoclastas a destruição de qualquer concepção “abstrata e imutável” das instituições jurídicas), a lição que o autor quis transmitir aos seus alunos em Columbus sobre as relações entre “direito e sociedade”, “direito e economia” e “estrutura e superestrutura” também se torna mais evidente (nem sempre de forma direta).

contrato em prol da ascensão de percepções mais abrangentes – a conduzir a um estado de fidelidade melancólica a um objeto que pode estar perdido –, do que propriamente à ineficácia dos contratos como meio de organização dos mercados.

Segundo Douglas Pinheiro, a *melancolia* associada a um determinado instituto jurídico tende a firmar fortes raízes na performance dos magistrados, de maneira que muitas vezes se poderia vislumbrar certa resistência a determinadas concepções a respeito da autonomia privada que por vezes possam desafiar o tradicional apego à legislação positiva<sup>507</sup>. No entanto, em se tratando de contratos empresariais, destaca Paula Forgioni que “percebe-se grande preocupação dos julgadores em manter os pactos, dotando o mercado de segurança e previsibilidade”<sup>508</sup>, inclusive no que tange ao reconhecimento do papel dos usos e costumes na análise desses negócios jurídicos.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, conta com uma série de julgados que ressaltam tal função dos usos e costumes nas relações empresariais. A jurisprudência daquele Tribunal Superior reconhece que os contratos empresariais têm características próprias, notadamente a circunstância de privilegiarem a liberdade de contratar, porém sempre tendo em vista a necessidade de garantir a essas avenças segurança e previsibilidade, o que requer que se dê ao contrato interpretação que seja consentânea com o comportamento esperado das partes segundo os usos e costumes, que atuam como fonte objetiva de estabilização das aludidas expectativas<sup>509</sup>.

A jurisprudência do STJ demonstra, de maneira bastante frequente, um apego do Tribunal aos usos e costumes como mecanismo de normalização de determinadas cláusulas contratuais, especialmente nas situações nas quais se defende, na ausência de clareza a respeito de elementos como taxas de juros ou outros consectários de obrigações creditícias, a utilização de *taxas médias de mercado*<sup>510</sup>. É verdade que, nesse contexto, trata-se de questão probatória

---

<sup>507</sup> PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. Melancholy as a permanent transition in law and democracy. In: MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Claudia. *Innovation and transition in Law: Experiences and theoretical settings*. Madri: Dyckinson, 2020. p. 90.

<sup>508</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 112.

<sup>509</sup> “Nas avenças mercantis típicas, em que não há dependência econômica de nenhuma das sociedades empresárias, ‘as partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da ‘proteção externa’), não sendo ‘desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso poderia levar ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas, a um nível insuportável’” (STJ, REsp 1.377.908, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 21.05.2013). No mesmo sentido: STJ, REsp 774.304, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 05.10.2010, publ. 14.10.2010.

<sup>510</sup> “Na falta de juntada do contrato firmado entre as partes, a fixação dos juros deve ser feita segundo a taxa média de mercado nas operações da espécie, não ficando adstrita ao limite de 12% ao ano” (STJ, Ag. Rg. no REsp

que refoge à competência do STJ em virtude da incidência dos enunciados de números 5 e 7 da Súmula de jurisprudência dominante daquele Tribunal, porém o STJ constantemente aprecia e valida as fontes de obtenção de informações utilizadas pelos Tribunais de instância ordinária. A jurisprudência do STJ, por conseguinte, é repleta de exemplos concretos nos quais se aprecia a higidez de uma dada cláusula diante das práticas comumente adotadas pelos agentes econômicos, de maneira a ajustar os efeitos jurídicos decorrentes seja da adequação de sua utilização<sup>511</sup> – como esforço de controle de situações possivelmente consideradas abusivas –, seja de sua função de preenchimento de lacunas, como se mostrará mais adiante.

A jurisprudência do STJ igualmente tem se demonstrado sensível aos usos e costumes empresariais ao admitir mesmo o afastamento de normas cogentes decorrentes de legislação protetiva dos interesses de vulneráveis ao constatar a celebração de contratos atípicos que, embora possuam objeto semelhante, são celebrados com finalidade empresarial e são reiteradamente verificáveis na prática. É o que se pode perceber a partir de julgados daquele Tribunal Superior quanto ao chamado *contrato de integração agroindustrial* – posteriormente tipificado pela Lei nº. 13.288/2016 –, que não se confunde com as modalidades típicas da parceria rural e do arrendamento rural previstas pelo Estatuto da Terra para proteger o pequeno produtor rural<sup>512</sup>. Nesse sentido, compreendeu acórdão de relatoria do Min. Raul Araújo que “O Estatuto da Terra [...] não se aplica ao contrato de parceria agroindustrial suinícola, celebrado entre sociedade empresária industrial, voltada para a produção e comercialização de produtos agrícolas industrializados, de um lado, e, de outro lado, os proprietários de imóvel rural”<sup>513</sup>.

Semelhante figura contratual (parceria agroindustrial avícola) já fora analisada por acórdão ainda mais antigo, da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que entendeu tratar-se de contrato “destinado a regular o relacionamento das partes em uma atividade que não

---

1.312.183, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 15.05.2012, publ. 18.05.2012); “Nos casos em que o contrato bancário não prevê taxa de juros, a taxa média de mercado a ser aplicada para corrigir o débito, em período anterior à divulgação operada pelo BACEN, será calculada mediante a observância dos usos e costumes praticados em operações semelhantes” (STJ, Ag. Int. nos E.D. no AREsp 1.381.099, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 11.06.2019, publ. 14.06.2019)

<sup>511</sup> “As instâncias ordinárias, embora tenham apurado que durante significativo lapso temporal, a autora fornecia ao comércio regional produtos produzidos pelo Frigorífico gerido pela recorrida, não havia exclusividade de revenda, tampouco pactuação, ainda que tácita, conferindo direito ao desconto de 13% sobre o preço dos produtos. Portanto, a redução do valor da mercadoria consistiu em prática que não discrepa dos usos e costumes verificados nas relações mercantis, em que é usual a concessão de desconto àqueles que adquirem produtos em grande quantidade, não tendo, por si só, o condão de despertar legítima expectativa de direito” (STJ, REsp 915.130, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 19.04.2012, publ. 15.05.2012).

<sup>512</sup> Raciocínio semelhante foi relatado por Paula Forgioni em referência à consagração do contrato *built to suit* pela jurisprudência do TJSP: FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. pp. 144-146.

<sup>513</sup> STJ, REsp 865.132, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 12.09.2016, publ. 29.09.2016.



estava prevista na legislação agrária e que, por isso mesmo, desenvolveu-se fora de seu âmbito e de acordo com as exigências do mercado”<sup>514</sup>. Na ocasião, o Ministro-Relator salientou que, por mais que não se tratasse de um contrato típico de parceria pecuária, isso não significaria “que a relação negocial entre as partes não possa ser posta sob o crivo judicial, para o reconhecimento da invalidade de cláusulas abusivas que signifiquem a perda de direito por parte de um dos contratantes”<sup>515</sup>.

Nota-se, no raciocínio do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que não se está a realizar um mero juízo de subsunção do fato à norma jurídico-positiva, na medida em que o julgado em questão se engaja em um processo de reconhecimento das *exigências do mercado* como fonte produtora de normas jurídica e mesmo de novos modelos contratuais. Ao mesmo tempo em que a jurisprudência tem a capacidade de reconhecer e atribuir força a essa nova categoria oriunda da prática negocial, porém, reafirma-se a capacidade do direito estatal de identificar abusividades e, por conseguinte, fixar os limites de incidência das figuras jurídicas decorrentes dos usos e costumes. Daí dizer Paula Forgioni que “[u]m costume não aceito pelos tribunais – i.e., por eles considerado violador de norma jurídica – acaba desautorizado ou não se consolida”<sup>516</sup>.

A interação entre lei, usos e costumes e jurisprudência, dessa forma, constitui procedimento de verdadeira retroalimentação entre essas fontes institucionais de normatividade no sentido da construção de normas que, ao mesmo tempo, estejam afinadas e sejam originadas das práticas do mercado, atendam aos vetores essenciais aos contratos empresariais; e estejam de acordo com as balizas normativas de caráter imperativo. Assim, originado um dado negócio na prática negocial e sendo ele repetido e copiado pelos agentes econômicos, eventualmente virá tal modelo contratual a ser apreciado pelos tribunais, que poderão estimular ou desestimular a entabulação de determinados negócios segundo o ordenamento vigente<sup>517</sup>.

Com este processo de construção coletiva da normatividade aplicável aos contratos empresariais, produz-se um relevante corpo de normas cuja incidência em muito se assemelha à dinâmica de operacionalização das regras associadas aos tipos contratuais, como se viu no Capítulo anterior, inclusive a ponto de se produzir modalidades contratuais novas. Dessa forma, antes que se passe à análise da categoria dos contratos socialmente típicos, cabe discorrer sobre

---

<sup>514</sup> STJ, REsp 171.989, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 20.08.1998, publ. 13.10.1998.

<sup>515</sup> STJ, REsp 171.989, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 20.08.1998, publ. 13.10.1998.

<sup>516</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 142.

<sup>517</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 143.

as normas supletivas originárias dos usos e costumes, notadamente para abordar as suas semelhanças e diferenças com relação às normas supletivas associadas à Teoria Geral dos Contratos e a tipos legalmente positivados.

#### **IV.4. O papel dos usos e costumes na criação de normas supletivas aos contratos empresariais**

Já se adiantou que, por oferecerem uma relevante dimensão de sentido aos contratos empresariais, uma das funções dos usos e costumes comerciais é oferecer um conjunto de normas supletivas que se agregam ao processo de integração desses negócios, na medida em que tais avenças se inserem na dinâmica dos mercados e, por conseguinte, são compostas pelas compreensões compartilhadas pelos empresários a respeito das operações econômicas que estabelecem. Assim, da mesma maneira que o Capítulo anterior tratou da interação dos contratos empresariais com o ordenamento jurídico positivo a partir do momento em que se verifica a existência de normas a serem referenciadas pela função econômica desempenhada pela contratação, a adequada compreensão do conjunto de instituições incidentes sobre tais negócios envolve a investigação de sua relação com o poder supletivo dos usos e costumes.

Importa recordar, antes mesmo de se fazer referência à função supletiva das normas oriundas dos usos e costumes, que mesmo a incidência dos tipos legais depende de uma análise minuciosa acerca da individualização dos elementos do tipo para que se lhes reconduza a um modelo contratual positivado pelo ordenamento. Daí dizer Giorgio de Nova que, nas situações em que existam dúvidas sobre o modelo aplicável, tanto se pode chegar à conclusão de que um dado tipo incide em razão da reiterada derrogação de outro tipo legal em favor do primeiro; quanto se pode identificar as situações nas quais a aplicação de um modelo contratual diz respeito não à identificação da função econômica que corresponde a um tipo, mas à aplicação irrefletida de um conceito invocado pelas partes contratantes<sup>518</sup>. Dessa maneira, mesmo para os tipos legais a aplicação reiterada de determinado regime normativo pela jurisprudência é um importante indício para que se conclua pela aplicação de um regime típico ou outro – e, por conseguinte, as suas respectivas normas supletivas.

Ocorre que, diante da capacidade dos usos e costumes de constituir normas jurídicas no Direito Empresarial, especialmente a partir de sua conformação pela jurisprudência, tal

---

<sup>518</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. pp. 140-141.

função supletiva também pode ser verificada nessa fonte normativa<sup>519</sup>. Daí dizer Paula Forgioni que os usos negociais “assumem função de integração contratual, preenchendo as lacunas na declaração das vontades”<sup>520</sup>, de sorte que “[t]odo contrato empresarial traz consigo a práxis do mercado, que adere aos termos do instrumento, colmatando suas eventuais lacunas”<sup>521</sup>.

Trata-se, na verdade, de compreensão que há muito já se encontra plasmada no regramento do Direito Empresarial, bastando ver que, nos termos do art. 133 do revogado Código Comercial de 1850 (também mencionado por Forgioni), “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”.

Em outras palavras, na medida em que os usos e costumes constituem normas jurídicas de Direito Empresarial tanto quanto a própria legislação, também os usos negociais incidem para completar as lacunas deixadas pelas partes contratantes tão logo se celebre negócio jurídico contratual que desempenhe função econômica consentânea com estas normas não escritas. Assim, “[a]quilo que é comum integra-se ao regramento particular, como se toda praxe se acoplasse ao negócio”<sup>522</sup>. Não sem motivo, ao descrever a sua quinta regra de interpretação dos contratos, Pothier salienta que “[o] uso é de uma grande autoridade para a interpretação das convenções, subentendendo-se em um contrato as cláusulas decorrentes dos usos, ainda que não sejam expressas: *In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*”<sup>523</sup>.

---

<sup>519</sup> Cabe notar, nesse sentido, que alguns autores, como é o caso de Jacques Dupichot, defendem que o costume pode inclusive ter incidência imperativa em determinadas situações, apontando-se como exemplo determinados usos associados a denominações de origem no setor agroalimentar. Segundo o autor: “A vrai dire, c’est ici le concept même d’usage qui est en jeu. Pur la jurisprudence ainsi que pour la doctrine dominante, l’usage conventionnel tire sa force de l’autonomie de la volonté. A notre sens, il serait plus exact de considérer l’usage conventionnel comme une pratique sociale, constituant donc un indice objectif d’une volonté raisonnable et normale (... et non d’une volonté concrète mais fictive). Au surplus, certains usages (dits usages de droit ou coutumes) constituent de véritables règles de droit objectif, règles supplétives, en principe, mais parfois impératives” (DUPICHOT, Jacques. Pour un retour aux textes: défense et illustration du Petit Guide-Ancien des articles 1156 à 1164 du Code Civil. In: *Études offertes à Jacques Flour*. Paris: LGDJ, 2013. pp. 194-195). Tradução livre: Na verdade, é aqui que está em jogo o próprio conceito de uso. Para a jurisprudência, assim como para a doutrina dominante, o uso convencional deriva sua força da autonomia da vontade. Em nossa opinião, seria mais preciso considerar o uso convencional como uma prática social, constituindo assim um indicador objetivo de uma vontade razoável e normal (... e não de uma vontade concreta, mas fictícia). Além disso, alguns usos (chamados usos de direito ou costumes) constituem verdadeiras regras de direito objetivo, regras supletivas, em princípio, mas às vezes imperativas.

<sup>520</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 249.

<sup>521</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 249.

<sup>522</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 249.

<sup>523</sup> Tradução livre do original: “L’usage est d’une si grande autorité pour l’interprétation des conventions, qu’on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d’usage, quoiqu’elles ne soient pas exprimées: *In contractibus*

Como também esclarece Paula Forgioni, trata-se de entendimento a respeito dos usos e costumes que se encontra intimamente relacionado ao objetivo de facilitação dos negócios, na medida em que, na interpretação e integração dos contratos empresariais, deve-se levar em consideração aquilo que as partes incorporaram como base para estimar a atuação umas das outras e, portanto, ajustar as suas expectativas<sup>524</sup>. Por essa razão, falar-se em função supletiva dos usos e costumes não consiste em atribuir ao juiz o poder de criar as normas que preencherão as lacunas eventualmente deixadas pelas partes contratantes, como se se tratasse de juízo de equidade, mas sim o dever de aplicar o regime cabível à função econômica desempenhada pelo negócio no caso concreto segundo os usos e costumes negociais<sup>525</sup>.

É em virtude da função supletiva dos usos e costumes que Stewart Macaulay, em análise do direito anglo-saxão, denuncia a existência de uma discrepância entre o contrato real (*real deal*) e o contrato de papel (*paper deal*), na medida em que, ao passo que o instrumento contratual possa parecer refletir o inteiro teor da relação contratual, ela somente pode ser adequadamente compreendida a partir das já mencionadas dimensões implícitas do contrato, isto é, do conjunto normativo incidente em virtude da inserção do contrato nos mercados<sup>526</sup>.

É verdade que tal preocupação é bastante típica do *common law*, em que as partes

---

*tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*” (POTHIER, Robert-Joseph. *Oeuvres de Pothier: Traité des Obligations*. Paris: Siffrein, 1821. v. 1, pp. 144-145).

<sup>524</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 249.

<sup>525</sup> Nesse sentido, a respeito do preenchimento de lacunas a partir da equidade e de suas diferenças com relação à incidência supletiva da lei e dos usos e costumes: “Dès lors que le juge insere dans un contrat une obligation que les parties n’avaient pas prévue, il ne recherche pas dans ce cas le sens du contrat; il crée une véritable règle de droit à partir de la qualification du contrat, qu’il applique ensuite au contrat litigieux. Alors que la référence à la loi et aux usages n’est pas considérée comme une interprétation véritablement créative, la référence à l’équité place en revanche le juge dans un rôle constructif. Le juge intervient pour compléter le contrat en y ajoutant des clauses auxquelles les parties n’avaient pas pensé ou qu’elles n’avaient pas voulu intégrer à l’acte instrumentaire” (LAGADEC, Alain. *De l’interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Toulon, Toulon, 2017. pp. 176-177). Tradução livre: Assim que o juiz insere em um contrato uma obrigação que as partes não haviam previsto, ele não está buscando o significado do contrato; ele está criando uma verdadeira regra de direito com base na qualificação do contrato, que ele depois aplica ao contrato em disputa. Enquanto a referência à lei e aos usos não é considerada uma interpretação verdadeiramente criativa, a referência à equidade coloca o juiz em um papel construtivo. O juiz intervém para complementar o contrato adicionando cláusulas às quais as partes não haviam pensado ou que não desejaram incluir no instrumento contratual. A questão do conhecimento quanto aos usos e costumes no desenvolvimento histórico do Direito Comercial francês levou inclusive ao surgimento de inovações institucionais relevantes, como a figura medieval do *juiz-cônsul*, na medida em que a variedade de práticas comerciais tornava difícil até mesmo a legislação sobre a matéria, conforme aponta Victor Simon: SIMON, Victor. L’inscription des usages commerciaux dans l’ordonnancement juridique moderne. *Révue historique de droit français et étranger*. v. 94, n. 2, pp. 275-298, abr./jun. 2016. p. 288. Pretensão semelhante pode ser verificada com a criação, no Brasil, dos Tribunais de Comércio, conforme demonstra José Reinaldo de Lima Lopes: LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: A criação dos Tribunais de Comércio do Império. *Cadernos DireitoGV*. v. 4, n. 6, nov. 2007.

<sup>526</sup> MACAULAY, Stewart. The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. pp. 51-56.

contratantes tendem a redigir contratos mais longos exatamente em virtude da ausência de uma legislação supletiva que complete suas lacunas – e em larga medida também em razão do intuito de se emprestar maior previsibilidade ao cumprimento dos contratos pela garantia de que se cumpra aquilo que as partes efetivamente pactuaram. Poder-se-ia dizer, nesse sentido, que a preocupação com as normas do *real deal* nos ordenamentos de inspiração romano-germânica estaria muito mais relacionada à incidência dos usos e costumes e de cláusulas gerais como a boa-fé objetiva. Nesse sentido, pode-se fazer referência aos arts. 112 (“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”) e 113 (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) do Código Civil brasileiro.

No mesmo sentido, as alterações normativas decorrentes da chamada Lei de Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/2019) ainda cuidaram de adicionar dois parágrafos ao mencionado art. 113 do Código Civil que abordam a matéria. O § 1º pontua que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (i) “for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio”; (ii) “corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”; (iii) “corresponder à boa-fé”; (iv) “for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável”; e (v) “corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração”. O § 2º do art. 113, por sua vez, estabelece que “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”<sup>527</sup>.

---

<sup>527</sup> Tal disposição, cabe notar, trata de providência que a autonomia privada evidentemente já autorizava, de maneira que simplesmente serve para fazer referência a prática típica da contratação do *common law* associada à fixação prévia de normas de interpretação do contrato, porém dificilmente colabora para o esclarecimento das hipóteses previstas pelo § 1º, notadamente para esclarecer se se trata de normas de interpretação cogentes ou dispositivas – parecendo mais clara a intenção do legislador de autorizar às partes que afastem a sua incidência mediante a introdução, no contrato, de normas específicas de interpretação. Nesse sentido: “Dessa forma, o dispositivo preconiza que a liberdade contratual abarca a estipulação de regras para o processo hermenêutico do próprio negócio, preconizando, prima facie, a validade de cláusulas nessa perspectiva, o que não parecia ser objeto de controvérsia até então.6 Em sentido amplo, a disposição abrangeria não só as recorrentes cláusulas que, ao final do contrato, estipulam efetivas diretrizes hermenêuticas como também o hábito, oriundo do Common Law, de estabelecer um “glossário” inicial em que se define o significado a ser atribuído para certas expressões e termos utilizados no negócio. O ponto controverso nessa seara – para o qual o enunciado normativo não contribui – é a identificação de quais regras legais de interpretação são efetivamente dispositivas (podendo, portanto, ser objeto das disposições diversas preconizadas no artigo) e quais são, na realidade, cogentes, invalidando disposições em sentido contrário. A dificuldade se acentua pela ampliação do papel, nas últimas décadas, das normas heterônomas no âmbito dos contratos, isto é, a criação de deveres e a limitação de direitos no âmbito do contrato, mas não decorrentes do exercício da autonomia negocial, que interferem de forma relera na hermenêutica do negócio e que podem ter caráter de ordem pública” (KONDER, Carlos Nelson. Comentários ao art. 113 do Código Civil. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Direito dos seguros: Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 27).

As aparentes inovações trazidas pela Lei de Liberdade Econômica, no entanto, pouco ou nada inovam com relação ao direito anterior<sup>528</sup>, apesar de pretendem atribuir à qualificação, à integração e à interpretação dos contratos alguns pressupostos de racionalidade econômica (como a apreensão das informações disponíveis no momento da celebração do contrato)<sup>529</sup>. Isso porque, da mesma maneira que ocorria no direito anterior, os usos e costumes se apresentam como fonte normativa central na estruturação do regime jurídico aplicável a um dado contrato – seja ele típico ou atípico. Assim, como também aponta Stewart Macaulay, o Direito Contratual não é baseado em um repertório pré-estabelecido de normas que oferecem previsibilidade às partes contratantes por terem sido fixadas de antemão pelo legislador, mas em um conjunto de comportamentos-padrão condicionados pelas expectativas das partes que contratam em um dado mercado<sup>530</sup>.

Nesse sentido, auxiliam também a incidência dos usos e costumes as cláusulas gerais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, que têm por intuito substituir a lógica excessivamente oportunista pela colaboração que deve ser própria a avenças nas quais

---

<sup>528</sup> Nesse sentido: “De qualquer modo, o legislador estabeleceu, no § 1º, I, a figura da *supressio*, por meio da qual se reconhece, com fundamento na boa-fé, que deve prevalecer o entendimento decorrente do comportamento tácito de concordância com a alteração do que previamente foi estabelecido no contrato. Estabeleceu-se como regra de interpretação, no art. 113, § 1º V, o critério de “razoável negociação das partes”, sendo que seria mais adequado falar em “razoável intenção das partes”. Não há como qualificar uma negociação como razoável ante a liberdade de contratar, mas, por outro lado, é possível reconstruir a comum intenção das partes, a partir do que o próprio dispositivo estabeleceu, em termos de racionalidade econômica, informações disponíveis no momento da celebração e demais disposições do negócio. Ademais, a regra do novo art. 113, § 2º, a qual permite às partes “pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei” é tão dispensável quanto aquela do art. 425 do Código Civil, por meio do qual se reconhece a possibilidade de celebração de contratos atípicos” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Tal Lei da Liberdade Econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 114, pp. 101-123, jan./dez. 2019. pp. 116-117).

<sup>529</sup> Cabe transcrever, nesse ponto, a crítica de Carlos Nelson Konder ao dispositivo: “O segundo critério, referente à ‘racionalidade econômica das partes’, decorrente da influência dos diálogos entre direito e economia, pode trazer maiores dificuldades. A inclusão da referência como critério geral de interpretação dos negócios jurídicos sofre, de plano, com a crítica geral à unilateralidade das vertentes mais tradicionais da chamada análise econômica do direito, que toma a proteção da pessoa humana exclusivamente sob o paradigma abstrato do agente movido por escolhas racionais e não levando em conta valores não econômicos que motivam as escolhas normativas. [...] Diante disso, a referência à ‘racionalidade econômica’ vem sendo interpretada como ‘causa’, ‘finalidade econômica’ ou ‘fim objetivo’ do contrato. Trata-se do reconhecimento de que todo ato negocial é meio para a persecução de um fim, para a obtenção de um proveito prático, devendo ser compreendido e considerado, portanto, à luz desse objetivo. À racionalidade econômica, assim, deve ser atribuída uma interpretação finalística, a qual, no âmbito de relações empresariais paritárias, deve incluir – mas não se limitar – a precificação das posições jurídicas negocialmente estabelecidas” (KONDER, Carlos Nelson. Comentários ao art. 113 do Código Civil. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Direito dos seguros: Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. pp. 25-26). Já se teve também oportunidade de analisar a Lei de Liberdade Econômica em perspectiva crítica em artigo específico sobre o tema: PRATA DE CARVALHO, Angelo. A catedral e suas sombras: o papel da ideologia na construção do argumento de autoridade a partir da economia no discurso jurídico. In: FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Lei de liberdade econômica: perspectiva crítica*. Rio de Janeiro, Forense, 2022.

<sup>530</sup> MACAULAY, Stewart. The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. pp. 51-52.

as partes comungam de um fim comum, até para que sejam cumpridos os objetivos econômicos do contrato<sup>531</sup>. Não sem razão, assinala Paula Forgioni que “[m]ostra-se fundamental para a integração do negócio a demarcação da sua função econômica – unvida à ‘natureza’ e ao ‘espírito’ da associação”<sup>532</sup>. A percepção da função econômica do negócio, por conseguinte, é central para ajustá-lo tanto à incidência supletiva do direito positivo como dos usos e costumes, uma vez que “[t]udo é sempre feito a partir da observação daquilo que normalmente ocorre na prática comercial, a ponto de gerar legítima expectativa, i.e., fundada confiança de que a outra parte comportar-se-ia de acordo com a praxe”<sup>533</sup>.

É necessário, aqui, diferenciar a função supletiva dos usos e costumes de outros institutos jurídicos correlatos, como é o caso da proteção jurídica das legítimas expectativas em decorrência da incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva, notadamente nos subprincípios *surrectio*, *supressio*, *tu quoque* e *venire contra factum proprium*. É verdade que a boa-fé objetiva é também um parâmetro de controle dos negócios jurídicos empresariais – inclusive no que se refere à incidência dos usos e costumes<sup>534</sup> –, porém trata-se de cláusula geral cujos efeitos dizem respeito não à normatividade das práticas de mercado, mas aos deveres aplicáveis às partes em virtude da relação de confiança contida no contrato, de maneira a gerar tanto vedações quanto obrigações positivas voltadas a proteger os interesses envolvidos<sup>535</sup>.

---

<sup>531</sup> Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia*. v. 5, n. 17, pp. 41-74, jan./mar., 2007.

<sup>532</sup> FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 12, n. 45, pp. 229-245, abr./jun. 2015. p. 241.

<sup>533</sup> FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 12, n. 45, pp. 229-245, abr./jun. 2015. p. 241.

<sup>534</sup> É o que esclarece Menezes Cordeiro: “A boa fé, que aqui se manifesta na sua feição objectiva, opera como factor sindicante uma vez que a lei, quando remeta para os usos, deixando, a estes, o regular da situação considerada, abdica, sobre eles, de juízos de mérito; constitui, pois, como que uma reserva de ordem pública, face a cada uso a aplicar e que, como se compreende, não poderia ser objecto de valoração expressa. Outros vectores estão, no entanto, ainda em jogo. A referência à boa fé postula uma relação entre duas pessoas e comporta, desde logo, as cores da proteção da confiança e da materialidade da regulação jurídica. Por isso, o uso aplicável, para além de não contradizer aspectos fundamentais do sistema, não deve ser invocado numa conjuntura inesperada para a outra parte ou oferecer, para esta, um teor tal que, com ele, ela não pudesse de todo contar; deve, ainda, corresponder a um aspecto da situação em jogo que não desequilibre, por desarmonia, o conjunto a que ele pertença” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1281).

<sup>535</sup> Nesse sentido, a respeito do papel da boa-fé objetiva na integração contratual: “Além dos deveres de prestar, ou envolvendo-os, há os deveres laterais de conduta, normalmente vistos como decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. Tais deveres não são deveres de prestar, mas exprimem a necessidade de considerar os interesses da contraparte e de adotar conduta honesta e leal. Exemplos de tais deveres são os de informação e conselho, cooperação, segredo e não concorrência, lealdade, custódia e vigilância. Adotada classificação funcional (uma vez que do ponto de vista do conteúdo as classificações se interpenetram), pode-se subdividir os deveres laterais de conduta em deveres cuja finalidade é positiva, isto é, que possibilitam ao credor atingir o interesse visado com a prestação, e deveres cuja finalidade é negativa, ou seja, deveres que preservam as partes de sofrerem danos pessoais ou patrimoniais que poderiam surgir do contato entre elas durante a relação obrigacional. Esses últimos são os chamados deveres de proteção” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 223).

Exemplo disso pode ser encontrado em caso julgado pelo TJRJ, em que, diante da solicitação, por parte das Lojas Americanas, de orçamentos prévios para o conserto de fechaduras de cofres fornecidos pela empresa Tecno Cofres Ltda., entendeu aquele Tribunal que “[o]s usos e costumes, em sede de direito comercial, integram as praticas comerciais e passam a constituir regras obrigatórias”, de sorte que havia “[r]elação comercial vetusta entre autora e ré, a demonstrar que a prestação dos serviços por esta àquela, sempre prescindiu de orçamentos e autorizações previas, sendo pagos à medida em que prestados”<sup>536</sup>. Trata-se, sem dúvida, de exemplo de integração de lacunas do negócio jurídico, mas não com base propriamente na incidência dos usos e costumes (apesar de terem sido textualmente mencionados pelo acórdão), e sim em deveres oriundos da boa-fé objetiva<sup>537</sup>.

É relevante, nesse ponto, recordar do alerta de Judith Martins-Costa, para quem “para não se recair no vício da superinvocação da boa-fé [...] o procedimento é: quando houver regra legal que colmate a lacuna, completando a regulamentação contratual, não se justifica o apelo à boa-fé”<sup>538</sup>. O intuito da autora com tal afirmação, cabe notar, não se limita à necessária limitação de eventuais abusos na utilização da boa-fé objetiva quando há lei que se aplique ao caso concreto, mas às situações de heteronomia que venham a projetar seus efeitos sobre as lacunas contratuais, de sorte que, na espécie, trata-se de observação perfeitamente aplicável também à função supletiva dos usos e costumes.

Situação distinta ocorreu em conhecido julgado do Supremo Tribunal Federal em que se compreendeu, na esteira do voto-condutor do Ministro-Relator Aliomar Baleeiro, que “as operações de venda de cacau a termo, os usos e costumes preenchem o vazio das disposições legais, que reconhecem a licitude desses negócios inevitavelmente expostos à especulação da Bolsa de Mercadorias”<sup>539</sup>. O caso dizia respeito à aquisição de duas mil arrobas de cacau, sendo

---

<sup>536</sup> TJRJ, Apelação 0001761-77.1994.8.19.0000, Rel. Des. Pedro Américo R. Gonçalves, Primeira Câmara Cível, julg. 06.07.1995.

<sup>537</sup> Em sentido contrário, cabe destacar a posição de Guilherme Nitschke, comentando o mesmo acórdão, que o insere no contexto de preenchimento de lacunas contratuais a partir dos usos e costumes: “Em verdade, o que o caso revela é o reconhecimento da ausência de prática pretérita *in concreto* com força jurídica suficiente para dar ensejo à alegação de inadimplemento por parte de Lojas Americanas. Queremos dizer: sua tese não encontrava fundamento porque inexistente a prática pretérita de fazer-se orçamento prévio e, só depois, com autorização, proceder-se à prestação do conserto. Daí que, de um lado, a pretensão de cobrança da Tecno Cofres pudesse ser exercida autonomamente. De outro lado, porém, apesar de reconhecer a prática de se pagar à medida que os serviços eram prestados, sem necessidade de orçamento prévio, o Tribunal de Justiça declarou ser irregular a retenção das fechaduras e dos cofres, e os mandou devolver. É parcela decisória, assim, que implicitamente reconhece a ausência de autônoma força jurídica às práticas, porque insuficientes para fazer nascer o direito de retenção em benefício da prestadora, tanto que ordenada a devolução das fechaduras e dos cofres ainda que sem prejuízo da cobrança pelos serviços prestados” (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 497).

<sup>538</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 569.

<sup>539</sup> STF, RE 79.545, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma, julg. 22.11.1974, publ. 08.01.1975.



que somente oitocentas teriam sido entregues pelo vendedor.

Na ocasião, afirmou o Ministro-Relator que, no comércio de cacau, era comum que as operações fossem realizadas a termo, para entrega futura, fixando-se os elementos básicos do contrato (quantidade, data de entrega e preço) em um único documento bastante simples – “*É o uso imemorial na Bahia*” – sem necessariamente prever a data do pagamento. Então, comprovou-se que, segundo os usos e costumes incidentes sobre o mercado em questão, o pagamento se daria após a entrega, de maneira que não havia que se falar em descumprimento apto a legitimar exceção do contrato não cumprido. Por conseguinte, “[o] contrato foi completado pelos usos comerciais no que dizia respeito à determinação do prazo de entrega, não expressamente convencionado pelas partes”<sup>540</sup>.

Neste segundo caso, por conseguinte, tratou-se justamente de investigar nos usos e costumes do mercado em questão qual seria a providência a ser tomada, na medida em que não as normas positivas, mas normas decorrentes da prática mercantil é que preencheriam a lacuna deixada pelas partes. Naturalmente que, nessa hipótese, seria possível indagar em que medida poderiam as partes prever disposição contratual manifestamente contrária ao que preveriam os usos e costumes incidentes sobre aquela modalidade de contratação.

Isso porque, apesar da força normativa dos usos e costumes, ao se tratar de seu papel como norma supletiva, a consequência natural seria admitir que às partes, por força da autonomia privada, fosse dado o poder de estruturar a relação contratual conforme desejassem; isto é, podem as partes simplesmente não deixar uma lacuna que venha a ser preenchida pela lei ou pelos usos e costumes. Assim, parece evidente que os usos e costumes se manifestam como fonte normativa de natureza supletiva, e não imperativa e muito menos de ordem pública.

O posicionamento dos usos e costumes no quadro normativo incidente sobre os contratos empresariais deve, por conseguinte, se dar a partir da compreensão dos vetores que

---

<sup>540</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 316. Cabe anotar, aqui, a discordância de Guilherme Nitschke, para quem o aludido julgado não diz respeito à função supletiva de colmatação de lacunas dos usos e costumes, mas de sua força como norma jurídica prévia à própria celebração do contrato – no entanto, cabe salientar que, para os efeitos do presente trabalho, entende-se que a distinção feita pelo autor diz respeito, na verdade, ao mesmo fenômeno aqui analisado: “O que se extrai dessa decisão? Antes de tudo, extrai-se que não se trata de caso em que presente lacuna contratual. A questão em pauta era saber se o vendedor adimpliu ou inadimpliu o contrato de compra e venda, melhor dizendo: se ele manejou legitimamente a *exceptio non adimpleti contractus*, por exigir o pagamento do preço antes da entrega das arrobas de cacau, ou não. Veja-se que a dúvida cingia-se em saber qual disciplina submetia as partes e se esta foi atendida ou desrespeitada, tanto que, ao final, reconheceu-se seu descumprimento por parte do vendedor e cominou-se a entrega da diferença [...]. Queremos dizer: o reconhecimento foi pela existência prévia de uma disciplina contratual, bem detectada pelas decisões como provinda dos usos e costumes das praças da Bahia. Eis aqui, portanto, os costumes atuando em sua função jurígena, isto é, como fonte do conteúdo contratual [...]” (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 509).

regem tais negócios, como já se demonstrou no Capítulo II. Assim, faria pouco sentido supor que se impõem de maneira cogente nos contratos empresariais – de maneira a conduzir à nulidade das disposições em sentido contrário –, como sói ocorrer com outra manifestação conhecida dos usos e costumes: o Direito Internacional Público, no âmbito do qual certas normas costumeiras são revestidas da natureza de *jus cogens* e são inclusive oponíveis *erga omnes*, como é o caso da proibição à tortura<sup>541</sup>.

Tal como a legislação supletiva, conforme aponta Konstantin Simitis, os usos e costumes oferecem um padrão a que convergirão os contratos em geral, porém tais normas não servem para impedir a construção de soluções específicas voltadas a salvaguardar os interesses das partes, notadamente em se tratando de partes profissionais movidas pelo intuito de lucro<sup>542</sup>. Alerta o autor, no entanto, que existe uma razão para que existam normas supletivas: a concretização de modelos jurídico-contratuais ou jurídico-organizacionais compreendidos como recomendáveis pelo legislador ou pelos mercados, de sorte que a recorrência de desvios à norma padrão deve ser vista com atenção<sup>543</sup>. Dessa maneira, o constante afastamento das normas supletivas legais servirá para a construção de normas a partir dos usos e costumes, ao passo que o constante afastamento da norma que decorre dos usos e costumes possivelmente simboliza o esmaecimento de uma dada prática para dar lugar a outra.

A incidência supletiva dos usos e costumes, nesse sentido, se dá com tal força sobre a dinâmica dos mercados que é capaz de estruturar novos modelos contratuais, que, por mais que não tenham sido previstos pela legislação, apresentam-se como se tipos contratuais fossem. Trata-se dos tipos sociais ou contratos socialmente típicos, cuja relevância é tremenda diante da tendência de repetição de formas contratuais bem-sucedidas a partir do momento em que se constata o seu êxito comercial. O tópico seguinte, assim, cuidará de descrever os contratos socialmente típicos e de situá-los na sistemática ora apresentada, com vistas a verificar de que maneira funcionam as suas normas supletivas sobre os contratos empresariais e em que medida se aproximam dos contratos empresariais atípicos.

---

<sup>541</sup> Ver: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Jus cogens – the determination and the gradual expansion of its material content. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 9, n. 9, pp. 29-44, 2009.

<sup>542</sup> SIMITIS, Konstantin. *Gutte Sitten und ordre public*. Marburgo: Elwert, 1960. pp. 177-178.

<sup>543</sup> SIMITIS, Konstantin. *Gutte Sitten und ordre public*. Marburgo: Elwert, 1960. pp. 177-178.

#### IV.5. A noção de contratos socialmente típicos como resultado das instituições de mercado

Assinala Oliver Wendell Holmes, na primeira página de sua célebre obra *The Common Law*, que *the life of the law has not been logic: it has been experience*<sup>544</sup>. Já se salientou, nesse sentido, que o esforço dos juristas do século XIX, notadamente da Pandectística alemã, em estruturar um sistema lógico de conceitos jurídicos do qual se poderia obter soluções para casos concretos dedutivamente se mostra insuficiente diante da complexidade das relações econômicas. Não sem motivo, igualmente já se afirmou que o Direito Empresarial é marcado precisamente pelo raciocínio indutivo, de sorte que suas soluções são construídas a partir da prática e acabam por constituir, especialmente através dos usos e costumes, estruturas normativas que se impõem sobre as práticas dos agentes econômicos.

O método tipológico, nesse sentido, foi a ferramenta encontrada pelos sistemas jurídicos modernos de inspiração europeia continental para alinhar a necessidade de se conferir flexibilidade ao sistema contratual, governado pela autonomia privada e pela liberdade de contratar, com a previsibilidade exigida pelos agentes econômicos, aliada também ao imperativo de redução de custos de transação que se socorre da função supletiva dos tipos. Isso porque os tipos contratuais, conforme indica Giorgio de Nova, de fato estão associados a uma disciplina legal que incide de maneira a preencher lacunas deixadas pelas partes contratantes, porém não se limita a essa disciplina legal, na medida em que “o recurso ao tipo consiste em instaurar uma relação dialética entre um esquema unitário de referência e um específico problema hermenêutico ou de aplicação” (“*un rapporto dialettico tra uno schema unitario di riferimento ed uno specifico problema ermeneutico od applicativo*”)<sup>545</sup>.

Significa dizer que não somente o tipo influencia situações concretas, mas os contratos empiricamente verificáveis podem vir a contar com inovações que influenciam a própria conformação do tipo, cujos aspectos elásticos tendem a autorizar alterações relevantes sem que necessariamente se trate de um negócio atípico, desde que preservada a função econômica que desencadeia a referência ao modelo normativo legal<sup>546</sup>. É importante salientar

---

<sup>544</sup> Em tradução livre: A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência (HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1923. p. 1).

<sup>545</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 168.

<sup>546</sup> Nesse sentido: “El que un negocio sea típico no quiere decir [...] que sea absolutamente inmodificable su esquema legal. Puede serlo (por ejemplo, compraventa) o no (por ejemplo, matrimonio). Mas, acontece que será, a veces, dudoso, si en un caso concreto nos encontramos frente a un negocio típico, que sigue siéndolo, a pesar de habersele introducido modificaciones, o si nos hallamos frente a un atípico, aunque para construirlo se hayan tomado o tenido a la vista cosas propias de uno típico” (ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1996. pp. 150-151). Tradução livre: Afirmar-se que um negócio seja típico não quer dizer que seu esquema legal seja absolutamente imodificável. Acontece que será, às vezes, duvidoso, se em um caso concreto nos encontramos frente a um negócio típico, que o segue sendo, apesar de se lhe terem introduzido modificações, ou se nos

que o caráter dinâmico dos tipos contratuais pode estar sujeito a uma série de críticas quanto à sua capacidade de ameaçar o mencionado objetivo de previsibilidade, dada a possível divergência entre reconstruções jurisprudenciais e doutrinárias dos modelos contratuais existentes no ordenamento, conforme alerta Giorgio De Nova<sup>547</sup>. No entanto tal ameaça aparente à certeza do direito tende a ser amenizada justamente em razão da observação do comportamento dos agentes de mercado, com a estabilização, a partir da repetição de contratos concretos, das compreensões compartilhadas a respeito de um dado modelo contratual, podendo-se fazer referência mais uma vez à força dos usos e costumes. Daí dizer Miguel Reale que “às vezes, esses modelos consuetudinários adquirem tamanha eficácia e importância que acabam prevalecendo sobre os modelos legais, os quais entram em eclipse, suscitando o delicado problema da derrogação das leis pelo desuso”<sup>548</sup>.

Os usos e costumes, no entanto, não somente servem para preencher as lacunas deixadas pelas partes contratantes ou para modular a incidência de tipos legais, mas também para fornecer o conteúdo jurídico necessário à estruturação de novas normas e, em última análise, novos modelos contratuais que se ajustam a determinadas funções econômicas que, muito embora não encontrem guarida nos tipos previstos pelo ordenamento, têm correspondência em práticas assentadas pela prática mercantil<sup>549</sup>. De fato, conforme assinala

---

colocamos frente a um atípico, ainda que para construí-lo se tenham levado em consideração elementos próprios de um típico.

<sup>547</sup> “Né sono da condividere alcune preoccupazione espresse sulle conseguenze dell’applicazione del metodo tipologico. Si è detto infatti che il ricorso al tipo costituirebbe una minaccia alla certezza del diritto per la difficoltà di individuare in modo univoco quale sia il tipo sottostante ad una normativa, data la possibile divergenza fra le ricostruzioni dottrinali o giurisprudenziali. La difficoltà indubbiamente sussiste, ed il pericolo è presente. L’inconveniente risulta tuttavia superato spontaneamente, quando una fra le ricostruzioni in contrasto si afferma come dominante. Ed in ogni caso, il pericolo per la certezza conseguente all’adozione del metodo tipologico va confrontato con il grado di incertezza che comporta un ragionamento impostato sulla sussunzione concettuale” (DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 168). Tradução livre: Também não compartilho das preocupações mencionadas sobre as consequências da aplicação do método tipológico. Foi dito, de fato, que o uso do tipo representaria uma ameaça à segurança jurídica devido à dificuldade de identificar de forma inequívoca qual é o tipo subjacente a uma norma, dada a possível discrepância entre as reconstruções doutrinárias ou jurisprudenciais. A dificuldade certamente existe, e o perigo está presente. No entanto, o inconveniente é geralmente superado de forma natural quando uma das reconstruções em conflito se estabelece como dominante. Em qualquer caso, o perigo para a certeza resultante da adoção do método tipológico deve ser comparado com o grau de incerteza que advém de um raciocínio baseado na subordinação conceitual.

<sup>548</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

<sup>549</sup> Nesse sentido: “No tráfico, alguns negócios jurídicos se enchem de certos elementos de conteúdo, devido à frequência e diuturnidade deles, de modo que há enchimento complementar como se tivesse havido edição de regra jurídica. Aí, o uso do tráfico faz o *ius dispositivum*. Porém, às vezes, o enchimento ganha em rigidez, aponto de tipificar o negócio jurídico, e os interessados não podem concluir qualquer negócio jurídico de tal tipo sem se subordinarem ao uso do tráfico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXVIII, p. 153).

Pontes de Miranda, “[o] tráfico jurídico não só tipiciza ou corrige o tipo. Por vezes, suscita tipos novos [...] ou negócios jurídicos atípicos<sup>550</sup>.

Nesse sentido, em estudo específico sobre a tipicidade contratual, Maria del Carmen Alonso y Calera assinala que se poderia falar em duas modalidades de tipicidade: os contratos típicos regulados pela lei e aqueles normatizados por outras fontes do direito, mas que ganham força com a sua aderência à realidade social – os contratos socialmente típicos<sup>551</sup>. De fato, já se afirmou que é marca da tipicidade contratual a circunstância de a definição do tipo ocorrer logicamente antes da celebração do negócio, uma vez que não se confunde com a cristalização de interesses “meramente individuais, contingentes, variáveis, contraditórios, socialmente imponderáveis”<sup>552</sup>, identificando-se, na verdade, com “necessidades constantes, normativas, normais, classificáveis por tipos; interesses redutíveis a tipos gerais, e, neste sentido, típicos”<sup>553</sup>.

Significa dizer que tipos contratuais não são fixados pela lei de maneira peremptória, mas são disciplinados a partir do reconhecimento coletivo de sua utilidade social, e, portanto, do merecimento de tutela pelo direito estatal daquela determinada operação econômica. Porém, conforme aduz Enzo Roppo, “com o evoluir das condições económico-sociais, novas operações, novos géneros de negócios, diversos dos correspondentes aos tipos codificados, podem emergir, por difusão e importância, no tráfico”<sup>554</sup>. Os tipos sociais, nesse sentido, consistem exatamente nas operações económicas que emergem da prática e se afirmam entre os agentes de mercado em virtude de sua repetição, impondo-se por intermédio dos usos e costumes não obstante não tenham sua disciplina fixada pelo legislador. É verdade que a

---

<sup>550</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXVIII, p. 502.

<sup>551</sup> ALONSO Y CALERA, Maria del Carmen Gete. *Estructura y Función del Tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979. pp. 12-16. Segundo a autora, seria possível inclusive falar em tipicidade de primeiro grau e tipicidade de segundo grau, na medida em que a realidade social adquire tamanha força que se torna capaz de estruturar uma nova ordem de tipicidade: “En efecto, si la tipicidad opera sobre una determinada realidad social que se toma como base, y a la que de tipo social se eleva a la categoría de tipo jurídico; cabe decir que la conducta o relación social de la que parte la tipicidad contractual es, en primer término, el Contrato considerado in genere: o sea el acuerdo de voluntades tendente a producir obligaciones. [...] Posteriormente, de la conducta base o tipo jurídico ya creado, se procederá a una nueva reordenación o reorganización: del contrato in genere se diversificará a distintos contratos a los que se llamará, precisamente, tipos contractuales. En este orden de cosas puede hablarse, entonces, de una tipicidad de primer orden o grado -el contrato- frente a otra de segundo orden o grado -los contratos” (ALONSO Y CALERA, Maria del Carmen Gete. *Estructura y Función del Tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979. pp. 18-19). Tradução livre: Com efeito, se a tipicidade opera sobre uma realidade social específica que serve de base e é elevada à categoria de tipo jurídico, podemos afirmar que a conduta ou relação social da qual parte a tipicidade contratual é, em primeiro lugar, o contrato considerado in genere: ou seja, o acordo de vontades destinado a criar obrigações. Posteriormente, a partir da conduta base ou tipo jurídico já criado, ocorrerá uma nova reordenação ou reorganização: o contrato in genere será diversificado em diferentes contratos que serão chamados precisamente de tipos contratuais. Nesse contexto, podemos falar, então, de uma tipicidade de primeiro grau – o contrato – em contraste com outra de segundo grau – os contratos.

<sup>552</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 373.

<sup>553</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 373.

<sup>554</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 134.

difusão desses tipos sociais pode redundar em sua positivação a partir do posterior reconhecimento pelo legislador<sup>555</sup>: é o caso, por exemplo, dos já mencionados contratos de integração agroindustrial, que vinham sendo reconhecidos paulatinamente pela jurisprudência<sup>556</sup> e vieram a ser positivados pela Lei nº. 13.288/2016; assim como o contrato de franquia (atualmente regulamentado pela Lei nº. 13.966/2019, porém anteriormente pela Lei nº. 8.955/1994)<sup>557</sup>; o contrato de *built to suit* (positivado pelo art. 54-A da Lei do Inquilinato, incluído pela Lei nº. 12.744/2012)<sup>558</sup>; dentre outros.

Os contratos socialmente típicos, por conseguinte, decorrem de uma “praxe social largamente difundida e experimentada”<sup>559</sup>, em decorrência precisamente do processo de tentativa e erro que marca a estruturação dos usos negociais, que são cotidianamente selecionados pelos agentes econômicos para que se verifique quais contratos funcionam – e, portanto, merecem ser consagrados e reconhecidos pela prática mercantil como socialmente típicos – e quais não funcionam de maneira sustentável. Não sem motivo, salienta Paula Forgioni que os contratos sofrem verdadeiro processo de seleção natural, na medida em que “as

---

<sup>555</sup> Nesse sentido: “Geralmente acontece que o legislador – precedido pela realidade e pelas exigências da economia – acaba por tomar conhecimento *ex post* da existência desses tipos sociais, considera-os dignos de reconhecimento e tutela e procede, mais cedo ou mais tarde, à sua regulamentação específica: quando isto acontece, os tipos sociais elevam-se a tipos legais e a série destes últimos enriquece-se” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 134).

<sup>556</sup> STJ, REsp 865.132, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 12.09.2016, publ. 29.09.2016; STJ, REsp 171.989, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julg. 20.08.1998, publ. 13.10.1998.

<sup>557</sup> Cabe fazer referência, nesse ponto, às complexas explicações associadas à descrição do modo de funcionamento do contrato de franquia antes de sua positivação, como se depreende de trabalho de Newton Silveira: “Em síntese, seja a marca de propriedade de titular estrangeiro ou nacional, o franchising, na prática, vem sendo concretizado através de um par de contratos: um contrato de licença de marca, em geral a título gratuito, com o titular do registro, e um contrato oneroso de prestação de serviços de assistência mercadológica firmado com empresa nacional. O primeiro é levado a averbação no INPI tão-somente para o fim de legitimar o licenciado face a terceiros e evitar a caducidade por falta de exploração da marca. O segundo, de prestação de serviços, vincula a vigência do primeiro à sua, estabelece pouquíssimas obrigações para o proprietário da marca e as condições de pagamento de royalties, mascarados de pagamento por prestação de serviços, não sofrem qualquer limitação ou controle da autoridade pública. É esse o franchising que se vem praticando no Brasil” (SILVEIRA, Newton. *O contrato de “Franchising”*. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. pp. 157-158).

<sup>558</sup> O TJSP já vinha reconhecendo o *built to suit* como contrato atípico. A título exemplificativo: “Contrato atípico (built-to-suit) que encerra amplo feixe de direitos e deveres, relativos a contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação imobiliária, além de outras características próprias – Cláusula de renúncia à revisão do valor da remuneração mensal paga pela autora válida e eficaz, na medida em que firmada paritariamente com a ré enquanto na livre administração de seus interesses patrimoniais disponíveis, não se confundindo o com a renúncia ao direito constitucional de ação (CF, art. 5º, inc. XXXV) – Carência da ação confirmada” (TJSP, Apelação Cível 9156991-70.2008.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, 25ª Câmara de Direito Privado, julg. 04.05.2011). A respeito do tema: “Para classificarmos os contratos *built to suit* como contratos típicos e atípicos, faz-se necessário pensarmos em dois momentos distintos: antes e depois da promulgação da Lei 12.744/2012. Antes da promulgação da Lei 12.774/2012, o contrato *built to suit* poderia ser entendido, com maior facilidade, como um contrato atípico. Principalmente pelo fato de que não havia no texto legal nenhuma menção a esse tipo de contrato. Assim, embora fosse um contrato socialmente típico desde a década de 1990, porque não regrado pela lei, era considerado atípico” (GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos Built to Suit: Aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 61).

<sup>559</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 134.

práticas mais adequadas ao tráfico se impõem sobre aquelas menos aptas à resolução de problemas. Ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de conduta mais adaptados ao funcionamento do mercado e ao ordenamento jurídico estatal, depurados pela jurisprudência”<sup>560</sup>.

De acordo com a autora, a principal função sistêmica dos usos e costumes na atualidade não é a de criação de normas isoladas que incidirão supletivamente, mas de contratos que, na medida em que sejam copiados por agentes econômicos e por seus advogados, estruturam novos tipos contratuais, produzindo como resultado a formatação da ordem jurídica do mercado<sup>561</sup>. Pode-se remeter, por conseguinte, ao papel dos usos e costumes de estruturação de um pano de fundo compartilhado de sentido a respeito dos contratos que são celebrados nos mercados, de tal maneira que, segundo Emilio Betti, “[a] configuração por tipos não se realiza, necessariamente, por meio de qualificações técnico-legislativas: ela pode efectuar-se também mediante remessa para as concepções dominantes na consciência social da época, nos vários campos da economia, da técnica e da moral”<sup>562</sup>.

Tal percepção está intimamente relacionada ao já descrito papel do direito dispositivo, que, ao mesmo tempo em que serve à facilitação do tráfico jurídico-negocial em razão de sua capacidade de diminuir custos de transação pelo preenchimento de eventuais lacunas deixadas pelas partes, tem também uma importante função ordenadora, na medida em que estabelece os parâmetros de normalidade esperados para determinadas operações econômicas e, por conseguinte, valida *standards* comportamentais vinculados a esses parâmetros<sup>563</sup>. Evidentemente que, também para os contratos socialmente típicos, o papel da jurisprudência é central, na medida em que é responsável pelo refinamento dos modelos contratuais desenvolvidos no tecido das relações econômicas para estabilizar os tipos sociais<sup>564</sup>.

---

<sup>560</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 53.

<sup>561</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 52.

<sup>562</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 373.

<sup>563</sup> LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971. pp. 124-131.

<sup>564</sup> Nesse sentido: “Il processo di emersione del tipo legale (e quindi la identificazione dei cc.dd. contratti nominati) prende solitamente le mosse dalla prassi del diritto degli affari e dei commerci e, dopo una successiva elaborazione e affinamento, anche ad opera della giurisprudenza (c.d. tipicità giurisprudenziale), il tipo, ormai radicato nel tessuto economico (c.d. tipicità sociale), viene individuato sul piano normativo”. (GABRIELLI, Enrico. Tipo contrattuale. In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1999. p. 1). Tradução livre: O processo de surgimento do tipo legal (e, portanto, a identificação dos chamados contratos típicos) geralmente começa com a prática do direito comercial e do comércio, e, após um subsequente desenvolvimento e aprimoramento, também pela jurisprudência (chamada de tipicidade jurisprudencial), o tipo, agora enraizado na estrutura econômica (chamada tipicidade social), é identificado no plano normativo.

Evidentemente que a autonomia privada autoriza a celebração de contratos não previstos pela lei e que possivelmente não se tornarão negócios socialmente típicos, até porque a liberdade de contratar tem por corolário o fomento à criatividade dos agentes econômicos na estruturação de contratos que atendam aos seus interesses específicos. Pedro Pais de Vasconcelos, nesse sentido, alerta para os perigos de juízos binários (tipicidade/atipicidade) para o método tipológico, especialmente em se tratando de contratos socialmente típicos<sup>565</sup>. Isso porque, segundo o autor “[é] difícil, no método tipológico, colocar uma fronteira clara entre o que ainda é típico e o que já é típico, quer dizer, determinar as fronteiras do tipo. Os limites de elasticidade do tipo são variáveis”<sup>566</sup>.

Assim, mesmo sob as feições mais fluidas da tipicidade social, não se pode olvidar que o tipo social se qualifica pela sua reiteração nos mercados, de sorte que tal categoria não serve para eliminar as criações oriundas da autonomia privada que verdadeiramente se apresentam como atípicas, e sim para prestigiar a força jurígena dos usos e costumes inclusive para formular modelos contratuais que permitem a conformação de negócios concretos que atendam a uma função econômica socialmente típica.

A respeito desse processo, indica Nereus Joubert que os operadores do direito desempenham importante papel na construção de novas modalidades contratuais diante de sua aptidão para, em primeira mão, separar novos desenvolvimentos do Direito Contratual daquilo que é juridicamente irrelevante, de tal forma a fazer circular as novas formas contratuais e a consolidá-las como negócios socialmente típicos<sup>567</sup>. O passo seguinte para a consolidação de um contrato como socialmente típico seria atribuição da doutrina, cuja tarefa é a de tornar as novas formas contratuais metodologicamente compreensíveis diante do sistema de conceitos e

---

<sup>565</sup> Segundo o autor: “O juízo de correspondência de um contrato a um tipo é gradual e pode ser de maior ou menor correspondência. Da maior ou menor correspondência conclui-se pela maior ou menor tipicidade. O entendimento e a operação do juízo de maior ou menor tipicidade e, bem assim, o seu contributo para a concretização do regime do contrato e para a disciplina das questões duvidosas são um dos principais, senão mesmo o principal contributo do método tipológico para o exercício jurídico. O método tipológico enfrenta todavia dificuldades quando se lhe pede um juízo binário acerca da tipicidade ou atipicidade de um certo contrato” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 185).

<sup>566</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 185.

<sup>567</sup> JOUBERT, Nereus, Regsontwikkeling by nuwe verkeerstepiese kontrakte, *Journal of South African Law*, v. 1992, n. 2, p. 213–221, 1992. p. 217. O autor sugere, ainda, que em determinadas situações as ciências econômicas também desempenham papel semelhante, tendo em vista que “[f]requentemente os aspectos desses fenômenos comerciais são evidenciados pela primeira vez pela análise econômica. Com isso, trata-se de ferramenta adicional para a observação empírica dos novos contratos socialmente típicos e para a dominação de muitos mal-entendidos oriundos das questões jurídicas que dizem respeito a tais contratos”. Tradução livre do original “Dikwels word aspekte van hierdie handelsverskynsels eers in die lig van ekonomiese en bedryfsekonemiese navorsing duidelik. Met hierdie bykomende instrument om die empiriese van die nuwe verkeerstepiese kontrakte baas te raak, kan vele misverstande oor die regsrae rondom hierdie nuwe kontrakte vroeg reeds uitgeskakel word” (JOUBERT, Nereus, Regsontwikkeling by nuwe verkeerstepiese kontrakte, *Journal of South African Law*, v. 1992, n. 2, p. 213–221, 1992. p. 219).



regras que disciplinam o ordenamento jurídico<sup>568</sup>. Os tribunais, por fim, teriam o papel de controle de conteúdo das novas formas contratuais – incluindo os negócios socialmente típicos – à luz tanto dos usos comerciais quando da ordem pública e das demais normas cogentes<sup>569</sup>.

Sugere Emilio Betti, nesse sentido, que a tipicidade social seria o “caminho preferível” para endereçar as necessidades de tutela jurídica da autonomia privada, que protege interesses constantemente frustrados pela inadequação e insuficiência dos tipos legais para conformar a liberdade de contratar<sup>570</sup>. De acordo com o autor, para o lugar da “rígida tipicidade legislativa, baseada num número limitado de denominações, entra uma outra tipicidade, que desempenha também sempre a função de limitar e orientar a autonomia privada, mas que, em comparação com aquela, é muito mais elástica na configuração dos tipos [...]”<sup>571</sup>. Assim, seria um equívoco identificar os contratos socialmente típicos com negócios atípicos, em verdadeira “tirania dos nomes”, quando a tipicidade social faz referência a um relevante conjunto de normas jurídicas que desempenha marcante função ordenadora, inclusive para efeitos de, à semelhança dos modelos típicos legais, determinar o regime aplicável a uma dada operação econômica<sup>572</sup>.

Salienta Emilio Betti, por conseguinte, que não seria razoável negar o elemento de tipicidade aos contratos socialmente típicos, na medida em que tal categoria refletiria precisamente o espírito do método tipológico: a tipicidade social permite transcender o intuito individual dos agentes econômicos ao inseri-lo no contexto dos mercados, de sorte que as construções jurídicas que se amoldem a uma função econômica socialmente típica condicionam o tratamento a ser dado àquele negócio jurídico em virtude do sentido que lhes outorgam os componentes do mercado<sup>573</sup>. No entanto, não se pode esquecer que os contratos típicos não são

---

<sup>568</sup> JOUBERT, Nereus, Regsontwikkeling by nuwe verkeerstipiese kontrakte, *Journal of South African Law*, v. 1992, n. 2, p. 213–221, 1992. p. 218.

<sup>569</sup> JOUBERT, Nereus, Regsontwikkeling by nuwe verkeerstipiese kontrakte, *Journal of South African Law*, v. 1992, n. 2, p. 213–221, 1992. p. 214.

<sup>570</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 374.

<sup>571</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 374.

<sup>572</sup> Segundo o autor: “É um erro identificar não nomeado com atípico em sentido absoluto, como se não pudesse haver tipicização sem se usarem particulares denominações e, perante a tirania dos nomes, o direito devesse apagar-se. É um erro [...] pensar que, abandonada a velha tipicidade das denominações tradicionais, o direito tenha acabado por considerar eficaz o simples consenso, incolor e vazio, qualquer que seja o seu conteúdo, desde que não seja absolutamente lícito. Negar a necessidade de qualquer tipicidade em vista a um interesse objectivo digno de proteção, significa entregar-se ao mero arbítrio individual, ao capricho, ao motivo transitório, que, como tal, embora seja, em concreto, plausível, é sempre irrelevante para qualquer direito. Quem argumenta dessa maneira ignora, sob a influência de velhos preconceitos individualistas, a socialidade da função ordenadora própria do direito e esquece que o atípico em sentido absoluto, ou seja, o individuum inefável, fica, necessariamente, fora dela” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 375).

<sup>573</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, pp. 374-377. Relevante também para a compreensão da força vinculante dos usos e costumes, com origem na doutrina alemã, é a conhecida teoria das condutas socialmente típicas (*Lehre vom sozialtypischen Verhalten*), desenvolvida especialmente a partir da contribuição de Günther Haupt a respeito das relações contratuais fáticas (*faktische Vertragsverhältnisse*) e de

caracterizados unicamente por oferecerem normas dispositivas, mas também um conjunto relevante de normas de caráter cogente – ainda que não de ordem pública – voltadas a proteger tanto interesses das partes quanto de terceiros, elementos estes que, por constarem da lei positiva, têm ampla publicidade para a sociedade em geral.

Dessa maneira, há mais uma diferença relevante entre os contratos legalmente típicos e os socialmente típicos: a ausência, nestes últimos, de normas cogentes, até porque não pareceria condizente com os próprios vetores dos contratos empresariais que a prática mercantil limitasse a autonomia privada a ponto de impedir determinados clausulados quando estes se distanciassem de um modelo consagrado pela prática, apesar de serem compatíveis e adequados à operação econômica concretamente almejada pelas partes contratantes. Naturalmente que o tipo social, com ainda maior razão do que a que se aplica aos tipos legais, deve estar alinhado aos parâmetros gerais de controle dos contratos ditados pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, conforme indica também Emilio Betti, a licitude pode ser condição *necessária* para a permanência de um negócio socialmente típico – e, pode-se adicionar, também a sua conformação pela jurisprudência –, porém não se trata de pressuposto *suficiente*, já que a função econômica referenciada pelo tipo social deve ser também relevante a nível coletivo e de mercado, circunstâncias igualmente necessárias para justificar a tutela jurídica desses contratos<sup>574</sup>.

Daí dizer Ricardo Lorenzetti, em referência à chamada *crise do tipo legal*, que a própria função dos modelos contratuais legais tem sido colocada em dúvida, já que sua aparente unidade interna é constantemente desafiada por novas formas contratuais atípicas ou socialmente típicas, abarcando funções práticas extremamente relevantes economicamente<sup>575</sup>. Dessa maneira, em lugar de se buscar um regime jurídico legal apriorístico que procura homogeneizar a contratação em torno dos modelos positivados, procura-se a fixação de um *tipo*

---

seu aperfeiçoamento por Karl Larenz a respeito das obrigações oriundas de comportamentos socialmente típicos (*Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten*). Segundo Larenz, a atribuição de força vinculante a comportamentos socialmente típicos tem o condão de expandir o próprio conceito de negócio jurídico, já que permite identificar relações contratuais mesmo quando não houver manifestações de vontade explícitas. No entanto, entende-se que o fenômeno descrito não abarca completamente a figura dos contratos socialmente típicos, que são efetivamente negócios jurídicos bilaterais com manifestações de vontade que elegem determinados efeitos jurídicos ao contrato em questão, porém socorrem-se das normas jurídicas fixadas pelos usos e costumes para estabelecer seu regime. Ver: HAUPT, Günther. *Über faktische Vertragsverhältnisse*. Leipzig: Weicher, 1941; LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista DireitoGV*. v. 2, n. 1, pp. 55-64, jan./jun. 2006. Consultou-se também o texto em sua versão original: LARENZ, Karl. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. *Neue Juristische Wochenschrift*. n. 51-52, pp. 1897-1900, 1956. Posição crítica a essas teorias pode ser encontrada em texto de Gustavo Tepedino: TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença*. v. 16, n. 1, pp. 173-189, jan./jun. 2018.

<sup>574</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, pp. 375-376.

<sup>575</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. I, pp. 18-21.

*mínimo*, menos exaustivo e detalhista, porém mais efetivo para endereçar as demandas do tráfico jurídico<sup>576</sup>.

Significa dizer que, apesar de assemelhar-se ao tipo legal por remeter ao já mencionado método tipológico, inclusive para efeitos de preencher as lacunas deixadas pelas partes contratantes, o tipo social consiste em uma particular técnica de tipificação dos negócios jurídicos que com o tipo legal não se confunde. Considerando que o juízo de constatação da tipicidade ou atipicidade é passo fundamental para determinar o regime jurídico aplicável ao contrato, não se pode ignorar a distinção entre constatar-se a incidência de um modelo legalmente típico ou socialmente típico. Isso porque, conforme aduz Pedro Pais de Vasconcelos, o juízo de tipicidade acarreta consequências jurídicas importantes que transcendem o próprio quadro do tipo: “desencadeia a vigência de preceitos injuntivos da lei cujas previsões preencha. Assim, as exigências de forma e de registo, por exemplo, são em muitos casos desencadeadas pelo juízo de tipicidade, pela qualificação”<sup>577</sup>.

O recurso a um modelo contratual socialmente típico, por sua vez, não pode ter o condão de atrair tais normas externas ao tipo, considerando que as normas que lhe são próprias decorrem da fluidez das relações de mercado e da autonomia privada que, no mais das vezes, tenderá a atrair tão somente o modelo regulativo consagrado pelas práticas usuais<sup>578</sup>. Daí também salientar Pedro Pais de Vasconcelos que, ao passo que a operação de contratos legalmente típicos tende a assumir caráter binário – isto é, cabe ao intérprete verificar se se trata de contrato típico ou atípicos –, o mero juízo de correspondência não é suficiente para os contratos socialmente típicos, já que suas fronteiras tendem a ser mais fluidas<sup>579</sup>.

Até por não atraírem o mencionado juízo binário, que tem por consequência a atração de um regime jurídico específico e de um conjunto de normas cogentes para os contratos legalmente típicos, os contratos socialmente típicos desempenham uma função distinta: a de oferecer um ponto de referência tanto aos agentes econômicos quanto à própria jurisprudência,

---

<sup>576</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. I, pp. 18-21.

<sup>577</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 186.

<sup>578</sup> Cabe transcrever, aqui, o entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos: “A importância da qualificação para a concretização da disciplina do contrato e o modo como essa concretização se faz é acentuadamente diferente consoante se trate de tipos contratuais legais ou de tipos contratuais extralegais. O juízo de correspondência do contrato a um tipo legal determina a entrada em vigor do modelo regulativo constante da lei. Trata-se aqui de vigência e de aplicação da lei, quer no que concerne ao modelo regulativo típico propriamente dito, quer no que está além do tipo e que se traduz, por exemplo, em exigências de publicidade e de forma, ou em incidência de impostos. O juízo de correspondência do contrato a um tipo extralegal, a um tipo social de contrato, a um tipo que existe na prática da contratação mas que não tem na lei um modelo regulativo, possibilita apenas o recurso ao modelo regulativo socialmente e extralegalmente típico, ‘pelos modelos contratuais que se tornaram usuais’, a título de integração do contrato” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 186).

<sup>579</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 186-188.

na medida em que tipos sociais têm a capacidade de oferecer um conjunto de significantes para negócios reiterados nos mercados a que não se pode recorrer para os contratos atípicos. Assim, salienta o STJ que “[n]o direito civil brasileiro, predomina a autonomia privada, de modo que se confere, em regra, total liberdade negocial aos sujeitos da relação obrigacional. Todavia, na hipótese de contratos típicos, além das regras gerais, incidem as disposições legais previstas especificamente para aquela modalidade de contrato, sendo nulas as cláusulas em sentido contrário quando se tratar de direito indisponível”<sup>580</sup>.

Não parece adequado, no entanto, afirmar peremptoriamente que somente com os tipos legais se procede à verificação da incidência de normas supletivas, na medida em que, como já se viu, os usos e costumes se estabelecem com tal força para a construção de modelos contratuais socialmente típicos que suas características se impõem aos agentes de mercado, de maneira a colmatar as lacunas por eles deixadas. Tal percepção pode ser depreendida inclusive da jurisprudência brasileira, que, por mais que não tenha profundos desenvolvimentos teóricos sobre a tipicidade social, constantemente operacionaliza os seus efeitos, mesmo porque é a partir da jurisprudência que tais modelos são conformados e devolvidos aos agentes de mercado com a moldura fixada pelos tribunais.

Entende-se, dessa maneira, que a consagração de um determinado modelo negocial como contrato socialmente típico não é suficiente para que se equiparem de maneira absoluta aos contratos legalmente típicos. Isso porque, por mais que aos contratos socialmente típicos seja possível aplicar normas supletivas decorrentes da repetição do modelo associado a uma dada operação econômica, e por mais que se lhes apliquem as disposições cogentes e supletivas aplicáveis aos contratos em geral, não seria razoável supor que haveria normas cogentes associadas a tipos sociais específicos.

Vale frisar que, ao passo que a incidência supletiva das normas formadas no âmbito dos mercados e sedimentadas pelos usos e costumes não consiste em limitação à autonomia privada, mas sim em sua consagração pela sua transfiguração em norma jurídica, a incidência obrigatória de normas associadas a modelos socialmente típico poderia consistir em indevida intervenção justamente pela ausência de regulação pelo direito positivo. A estipulação de normas cogentes, por conseguinte, é corolário dos contratos legalmente típicos, cuja estruturação decorre de escolhas legislativas voltadas a oferecer uma disciplina abrangente, marcada também pela positivação de objetivos de política pública associados à proteção de determinados interesses considerados relevantes.

---

<sup>580</sup> STJ, REsp 1.987.016, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 06.09.2022.

Os contratos socialmente típicos, por outro lado, consistem na consolidação, pela prática, de contratos cuja sedimentação pela prática permite que os agentes econômicos percebam que funcionam para o desenvolvimento das operações econômicas a eles subjacentes. No entanto, não se pode perder de vista que os contratos socialmente típicos emergem da liberdade de contratar, de sorte que entender que, em um contrato singular, não se poderia inserir determinada cláusula por ser contrária a um modelo consagrado pelos usos e costumes, consistiria em verdadeira contradição. Não sem motivo, salienta Francesco Gazoni que, ao mesmo tempo em que os usos e costumes promovem um processo de tipificação de práticas sociais, podem também promover a sua *destipificação*<sup>581</sup>. Naturalmente que a jurisprudência pode estabelecer limites para os contratos socialmente típicos, porém também a atividade conformadora dos tribunais está vinculada à lei.

Daí a razão pela qual, por mais que contenham algumas marcas de tipicidade, os contratos socialmente típicos ainda se inserem no contexto dos contratos atípicos, com a característica distintiva de socorrerem-se de normas *dispositivas* oriundas dos usos e costumes<sup>582</sup>. Da mesma maneira que os contratos empresariais atípicos – a serem explorados

---

<sup>581</sup> “Non devono essere spese molte parole per dimostrare che, in questa prospettiva, mentre i tipi sociali e giurisprudenziali sono in continua formazione cosicché tra tipizzazione o classificazione e detipizzazione declassificazione non sussisterà mai soluzione di continuità, con riguardo ai tipi legali cristallizzati nella norma è possibile avvertire questo iato. Potrebbe obiettarsi che, a questo punto, sarà compito del legislatore detipizzare lo schema, ma l’obiezione dimostrerebbe solo l’insostenibilità della tesi di fondo, perché se è la coscienza sociale a dettare ciò che è utile e ciò che non lo è, per coerenza dovrebbe ammettersi l’abrogazione per desuetudine del tipo legale socialmente inutile, indipendentemente da ogni intervento del legislatore. Che o sappia nessuno ha dimostrato questa coerenza; ma allora se l’utilità sociale può reagire solo a livello di schema atipico, mentre i privati possono comunque vincolarsi sulla base di schemi tipici anche se non utili socialmente o addirittura dannosi, non si comprende più come il sistema sia organizzato e soprattutto si dà vita ad un criterio di riferimento (l’utilità sociale) assolutamente contraddittorio e dunque... inutile!” (GAZZONI, Francesco. *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*. Vicalvi: Key, 2017. p. 856). Tradução livre: Não é necessário gastar muitas palavras para demonstrar que, sob essa perspectiva, enquanto os tipos sociais e jurisprudenciais estão em constante evolução, de modo que entre a tipificação ou classificação e a desclassificação não há uma solução contínua, em relação aos tipos legais cristalizados na norma, é possível perceber essa lacuna. Pode-se argumentar que, nesse ponto, é tarefa do legislador desclassificar o esquema, mas a objeção só demonstraria a insustentabilidade da tese subjacente, porque se é a consciência social que dita o que é útil e o que não é, por coerência, dever-se-ia admitir a ab-rogação por desuso do tipo legal socialmente inútil, independentemente de qualquer intervenção do legislador. Até onde se sabe, ninguém demonstrou essa coerência; mas então, se a utilidade social só pode reagir ao nível do esquema atípico, enquanto os indivíduos ainda podem se vincular com base em esquemas típicos mesmo que não sejam socialmente úteis ou até mesmo prejudiciais, não se entende mais como o sistema está organizado e, acima de tudo, cria-se um critério de referência (a utilidade social) absolutamente contraditório e, portanto... inútil!

<sup>582</sup> Conforme salienta Giovanna Comiran, “as leis dispositivas são uma codificação de usos consolidados, assim como hoje alguns instrumentos mantidos por organizações privadas são verdadeiras compilações de usos (p. ex., os Incoterms mantidos pela Câmara e Comercio Internacional). A diferença é que a codificação legislativa confere às disposições caráter de regras nascidas com força obrigatória. O modelo legal não imperativo está fundado na presunção de que o comportamento normal dos interessados corresponde ao normado, presunção que cede à prova em contrário. O regramento dado pelos usos, diferentemente, é aplicável supletivamente, mediante demonstração, pelas partes, de sua eficácia no caso concreto” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 162).

com maior detalhamento nos Capítulos seguintes –, os negócios empresariais socialmente típicos devem ser compreendidos à luz dos vetores da contratação mercantil e estão sujeitos aos parâmetros gerais de controle previstos pela legislação – nomeadamente a lei, a ordem pública e os bons costumes.

Tal percepção não decorre simplesmente de uma pretensão formalista de classificação, mas de um imperativo de proteção da própria autonomia privada e, no fim e ao cabo, da função ordenadora dos usos e costumes, que, longe de pretenderem perpetuar determinados modelos contratuais em torno de regras estanques, servem justamente para assegurar o afinamento dos tipos sociais com as necessidades da vida prática. Daí a razão pela qual, como se mostrará nos próximos Capítulos, é necessário construir parâmetros dogmáticos de controle da atipicidade, a atingir também os contratos socialmente típicos com vistas a identificar eventuais abusos no exercício da liberdade de contratar sem que, com isso, se vulnere a autonomia privada dos agentes econômicos.

Acontece que, diante da incerteza em torno da qual orbitam os contratos socialmente típicos, é de rigor verificar de que maneira a jurisprudência tende a tratar desses modelos negociais, considerando o papel conformador dos usos e costume e mesmo dos tipos sociais. Considerando o papel central que a jurisprudência desempenha na própria estruturação teórica dos contratos atípicos, na medida em que lhes conforma e tende a emitir sinalizações aos agentes de mercado para que repliquem aqueles modelos dentro das balizas fixadas pelos tribunais, é necessário verificar de que maneira julgados brasileiros identificam, qualificam e operacionalizam contratos socialmente típicos, até para que se possa enquadrar adequadamente a função que desempenham. Como se demonstrará no tópico seguinte, dificilmente se pode identificar uma tendência uniforme na jurisprudência brasileira para tratar da matéria, porém é possível verificar as maneiras pelas quais os contratos socialmente típicos se estabelecem no contexto brasileiro.

#### **IV.6. Os contratos socialmente típicos e as funções que desempenham para a jurisprudência brasileira**

Como se procurou demonstrar no tópico anterior, os contratos socialmente típicos emergem dos usos e costumes comerciais, no entanto são conformados e validados pela jurisprudência, que, a partir da análise dos modelos contratuais celebrados na prática, é capaz de formular um padrão analítico mais geral por meio do qual se pode identificar, em contratos legalmente atípicos, uma função econômica reconhecível pelos agentes econômicos. A atuação

dos tribunais, nesse sentido, é fundamental para ajustar tais modelos socialmente típicos aos parâmetros de controle previstos pelo ordenamento jurídico, mas principalmente para trazer ao conhecimento do direito estatal os contornos de seu regime jurídico, para que a jurisprudência devolva aos agentes econômicos modelos contratuais adequados ao quadro normativo que se lhes aplica.

Nesse sentido, é necessário compreender com maior profundidade o processo de enquadramento de contratos socialmente típicos pelos tribunais, especialmente para mais bem delinear os mecanismos de diálogo entre prática comercial e jurisprudência. Isso porque, conforme indica Paula Forgioni, considerando que os negócios surgem “da atuação livre dos comerciantes condicionada pelas características do ambiente em que desempenham seus negócios, pelos textos normativos e pelas decisões dos tribunais”, o ciclo de criação dos contratos atípicos é consolidado com as sinalizações dos tribunais para o mercado sobre os comportamentos que podem ou não ser adotados<sup>583</sup>.

Cabe indagar, porém, quais os caminhos trilhados pela jurisprudência para a construção dessas pontes com a prática mercantil, sobretudo diante da circunstância de que, por mais que os tribunais em geral estejam usualmente em contato com contratos empresariais, a especialização de varas ou câmaras empresariais é fenômeno ainda incipiente no Brasil e restrito a circunscrições específicas. Dessa maneira, não necessariamente os tribunais terão suficiente conhecimento dos usos e costumes propriamente ditos para que conheçam os tipos que dela emergem. Não obstante, os modelos contratuais socialmente típicos podem chegar ao conhecimento dos tribunais por fontes variadas, ao menos para que tenham pontos de partida mínimos que permitam compreender os contornos de determinado tipo social. O que é importante notar é que não raro esta interação da jurisprudência com a prática mercantil é mediada por outras fontes, circunstância que deve ser levada em consideração até para que se possa adotar postura realista quanto às funções que se lhes atribui.

Isso porque, conforme indica Enrico Gabrielli, o papel da jurisprudência está, em larga medida, em encontrar a causa do contrato – isto é, a sua função econômica – para que se lhe possa reconduzir a um tipo legal ou social existente, caso tal tipo exista<sup>584</sup>. O que vale investigar na análise jurisprudencial, porém, é em que medida os tribunais efetivamente consideram a função supletiva dos contratos socialmente típicos; ou se, no fim e ao cabo, simplesmente buscam nesses negócios os significantes necessários para a nomeação de uma

---

<sup>583</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 53.

<sup>584</sup> GABRIELLI, Enrico. Causa, tipo y teoria del contrato. *Jus Civile*. v. 10, pp. 651-693, 2013. p. 658.

operação econômica a ser definida. Não é sem motivo que a literatura italiana tende a diferenciar o tipo social – gestado na prática – do tipo jurisprudencial – formado a partir das sinalizações da jurisprudência ao mercado a partir do momento em que os tribunais passam a analisar os tipos sociais. Segundo Francesco Gazzoni, “o tipo jurisprudencial se forma pela estratificação com base em juízes sobre determinados padrões e repetidos no tempo; o tipo jurisprudencial é, substancialmente, o banco de provas da existência de um tipo social”<sup>585</sup>.

Assim, ao passo que a lei é capaz de dar publicidade à sociedade em geral quanto aos contratos legalmente típicos, ao mesmo tempo em que lhes oferece disciplina supletiva abrangente e normas cogentes, é a jurisprudência que passa a dar amplo conhecimento quanto aos contratos socialmente típicos, inclusive para o efeito de alertar terceiros eventualmente afetados pela sua existência. Isso porque, dada a atipicidade legal dos contratos socialmente típicos, a atividade conformadora da jurisprudência atende não somente a interesses dos agentes econômicos, mas de todos os sujeitos potencialmente afetados por suas atividades<sup>586</sup>.

Por conseguinte, o presente Capítulo procurará sistematizar os caminhos para a construção de tipos jurisprudenciais a partir da constatação da existência de tipos sociais na prática mercantil, de maneira a identificar a posição da jurisprudência dos tribunais brasileiros – com especial atenção ao STJ – a respeito do tema. Cabe antecipar, porém, que a categoria dos contratos socialmente típicos dificilmente é trabalhada nestes termos, razão pela qual a pesquisa que se empreendeu passou tanto pela análise dos resultados associados a “contratos atípicos” – isolando-se os casos nos quais, na verdade, se estava a falar em contratos socialmente típicos – e a tipos sociais amplamente reconhecidos, como é o caso do *factoring*, do *leasing* e dos contratos agroindustriais.

A partir da análise dos julgados abaixo comentados, é relevante notar que a interação dos tribunais com os contratos socialmente típicos e mesmo com os usos e costumes tende a ser muito mais mediada por outras fontes do que espontânea, a levantar questionamentos importantes a respeito da função desempenhada por esses negócios para a jurisprudência. Vale também salientar que tal análise não tem por intuito reduzir a relevância dos contratos socialmente típicos, mas situá-los na problemática relativa aos contratos atípicos em geral – isto é, negócios que decorrem da autonomia privada e merecem proteção pelo ordenamento por não

---

<sup>585</sup> Tradução livre do original: “il tipo giurisprudenziale si forma per stratificazione sulla base di giudizi concernenti determinati schemi e ripetuti nel tempo; il tipo giurisprudenziale è, in sostanza, il banco di prova dell’esistenza di un tipo sociale” (GAZZONI, Francesco. *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*. Vicalvi: Key, 2017. p. 951).

<sup>586</sup> Ver: FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.



serem contrários à lei, aos bons costumes e à ordem pública, mas que carecem de um arcabouço dogmático mais detalhado, especialmente quanto aos parâmetros de controle que sobre eles incidem.

#### ***IV.6.1. O papel da doutrina na mediação entre tribunais e prática mercantil para a identificação de contratos socialmente típicos***

A doutrina desempenha função fundamental na recondução de contratos socialmente típicos ao crivo do Poder Judiciário. Isso porque, por mais que seja da natureza dos casos concretos levar determinados contratos à apreciação do Judiciário – de maneira que, evidentemente, os tribunais passam a conhecer e reconhecer modalidades contratuais e mesmo a sua reiteração em virtude da frequência com que se deparam com determinados negócios –, dificilmente contratos individualmente considerados serão capazes de oferecer descrição suficiente dos contornos da operação econômica que, nos mercados, se converte em tipo social.

Em outras palavras, a demonstração da autoridade de um dado tipo social nos mercados decorre – como sói ocorrer com a comprovação da autoridade de qualquer fundamento jurídico – de intrincada construção narrativa e persuasiva a respeito da força conformadora do respectivo modelo contratual. Isso porque, ao passo que um tipo legal se abriga na *autoridade vinculante* da disciplina oferecida pelo ordenamento, o tipo social é construído a partir de uma *autoridade persuasiva*, estruturada por um conjunto de fontes que, embora não imediatamente obrigatórias, tornam-se vinculantes ao integrarem razões de decidir judiciais que, então, tornar-se-ão obrigatórias, conforme esclarece Frederick Schauer<sup>587</sup>.

Em um contexto de qualificação de contratos socialmente típicos, por mais que seja verdade que estes emergem da prática mercantil, o Judiciário constantemente recorre à doutrina jurídica como elemento fundamental para a justificação de suas decisões. Nesse sentido, salienta Aulis Aarnio que o intérprete do direito necessita de diferentes tipos de meios de informação<sup>588</sup>, de sorte que o Judiciário constantemente recorre a fontes doutrinárias para legitimar a autoridade de suas decisões<sup>589</sup>. Isso porque a doutrina decorre do que se denomina “razão jurídica” dominante, representando orientação interpretativa para o direito que, embora

---

<sup>587</sup> SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. *Virginia Law Review*. v. 94, pp. 1931-1961, 2008. pp. 1940-1942.

<sup>588</sup> AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: Um tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1991. p. 122.

<sup>589</sup> AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: Um tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1991. pp. 122-123.

não traga consigo obrigação formal de observância, define e densifica conceitos jurídicos<sup>590</sup>. Daí ressaltar Aleksander Peczenik que, quando há algum grau de incerteza sobre a aplicabilidade do direito ao caso concreto, obras doutrinárias tendem a ser alternativas confiáveis para estabilizar as expectativas associadas à incidência das normas jurídicas<sup>591</sup>.

Segundo Russel Smyth, o principal motivo pelo qual juízes citam autoridades secundárias (como é o caso da doutrina) em suas decisões é a conveniência, em razão da especificidade da doutrina; ou, em outras palavras, a sua capacidade de enquadrar teoricamente determinados fenômenos concretos, assim oferecendo parâmetro relevante para a definição dos casos que se apresentam ao Judiciário<sup>592</sup>. Dessa maneira, a doutrina se apresenta como um instrumento à mão do julgador para endereçar situações concretas para as quais a lei não oferece respostas claras, de maneira possivelmente muito mais próxima do que a prática mercantil propriamente dita. Ainda que a prática mercantil possa vir a inspirar a doutrina, esta última tende a desempenhar papel central no enquadramento de contratos socialmente típicos, oferecendo, no mínimo, categorias que servirão de pontos de partida para o Judiciário – como, por exemplo, a definição do tipo e suas principais características.

Nesse sentido, pode-se mencionar o tratamento dado pelo STJ ao contrato de conta corrente bancária, definido como “um contrato atípico, por meio do qual o banco se obriga a receber valores monetários entregues pelo correntista ou por terceiros e proceder a pagamentos por ordem do mesmo correntista, utilizando-se desses recursos”<sup>593</sup>. Tal definição, no entanto, não consiste em criação daquele Tribunal Superior, mas sim em síntese das definições oferecidas por Fábio Ulhoa Coelho e Nelson Abrão. Cabe notar, porém, que, na ocasião, a específica definição que se buscava era quanto ao contrato de conta corrente conjunta, que, tanto segundo a doutrina específica<sup>594</sup> quanto segundo a jurisprudência anterior do STJ<sup>595</sup>, teria

---

<sup>590</sup> Nesse sentido: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 246-247.

<sup>591</sup> PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Lund: Springer, 2008. p. 296.

<sup>592</sup> Nesse sentido: SMYTH, Russell. The authority of secondary authority: a quantitative study of secondary source citations in the federal court. *Griffith Law Review*. v. 9, n. 1, pp. 25-47, 2000.

<sup>593</sup> STJ, REsp 1.510.310, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 03.10.2017.

<sup>594</sup> MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. Conta conjunta bancária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 14, n. 53, pp. 127-157, jul./set. 2011; ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 259.

<sup>595</sup> “CHEQUE. CONTA-BANCARIA CONJUNTA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ARTIGO 51 DA LEI 7.357/85. A SOLIDARIEDADE DECORRENTE DA ABERTURA DE CONTA-BANCARIA CONJUNTA É SOLIDARIEDADE ATIVA, POIS CADA UM DOS TITULARES ESTÁ AUTORIZADO A MOVIMENTAR LIVREMENTE A CONTA; SÃO, POIS, CREDORES SOLIDARIOS PERANTE O BANCO. TODAVIA, AINDA QUE MARIDO E MULHER, OS CO-TITULARES NÃO SÃO DEVEDORES SOLIDARIOS PERANTE O PORTADOR DE CHEQUE EMITIDO POR QUALQUER UM DELES SEM SUFICIENTE PROVISÃO DE FUNDOS. RECURSO ESPECIAL DE QUE NÃO SE CONHECE” (STJ, REsp 13.680, Rel. Min. Athos Carneiro, Quarta Turma, julg. 15.09.1992).

o condão de estabelecer solidariedade ativa dos titulares da conta conjunta perante a instituição financeira.

Assim, foi a partir da doutrina e da própria jurisprudência do STJ que se verificou que, na prática contratual, há um contrato que, embora atípico, é amplamente conhecido; e, segundo tais fontes, o contrato de conta corrente conjunta seria caracterizado pela solidariedade ativa entre os titulares da conta corrente. O STJ, porém, na ocasião supramencionada, exerceu sua função de instituição conformadora dos usos e costumes ao ter pontuado o voto da Ministra-Relatora Nancy Andrighi que “[p]or força do disposto no art. 265 do CC/2002 em vigor (‘a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes’) e considerando que o contrato de conta corrente é atípico (sem disposição em lei), a solidariedade na conta corrente conjunta deve ser expressamente convencionada entre todas as partes”<sup>596</sup>.

Observe-se, por conseguinte, que, de fato, o STJ avaliou as características do tipo social que se lhe apresentou e pontuou que entender que haveria solidariedade ativa contrariaria texto expresso de lei, de sorte que somente se poderia chegar a essa conclusão mediante disposição contratual específica. Evidentemente que o tribunal agiu para conformar o contrato ao ordenamento e sua postura emite sinalização importante ao mercado, no entanto é de rigor salientar que a estrutura do contrato de conta corrente conjunta não adveio do negócio propriamente dito (e, por conseguinte, dos usos e costumes), mas das definições fornecidas pela doutrina.

Exemplo semelhante desse fenômeno pode ser encontrado na jurisprudência do TJDFT em se tratando do contrato de distribuição-intermediação ou contrato de fornecimento, que se distinguiria do contrato de distribuição-aproximação a que aludiriam os arts. 710 a 721 do Código Civil. Tal divisão, porém, decorre especialmente de citação doutrinária também de Fábio Ulhoa Coelho, que os descreve em seu *Manual de Direito Comercial*<sup>597</sup>. Ao identificar a

---

<sup>596</sup> STJ, REsp 1.510.310, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 03.10.2017.

<sup>597</sup> “A distribuição-aproximação e a agência são contratos típicos, regidos no Código Civil e sujeitos às mesmas regras. É-lhes inerente a definição, no instrumento, de uma base territorial para identificação do mercado em que as partes manterão a colaboração (“zona de atuação”). São cláusulas implícitas nestes contratos a de exclusividade de distribuição ou simplesmente exclusividade (pela qual o distribuidor ou agente não podem trabalhar para outros proponentes na zona de atuação) e a de exclusividade de zona ou territorialidade (em que o proponente deve abster-se de realizar negócios na zona de atuação, a não ser com os aproximados pelo distribuidor ou agente). A lei assegura ao distribuidor ou agente o direito à remuneração pelos negócios realizados em desrespeito à cláusula de territorialidade (CC, art. 714). [...] Por outro lado, a distribuição-intermediação é contrato atípico, não disciplinado na lei. É o celebrado entre distribuidoras de combustível e os postos de abastecimento de suas bandeiras, entre fábrica de cerveja e os atacadistas zonais etc. Caracteriza-se, independentemente da denominação dada pelo instrumento contratual, pela obrigação que um empresário (distribuidor) assume, perante o outro (distribuído), de criar, consolidar ou ampliar o mercado dos produtos deste último, *comprando-os para revender*. Quando presente esta última característica no contrato de colaboração, não se aplicam as normas do Código Civil sobre agência ou distribuição-aproximação acima indicadas, porque nem sempre são estas inteiramente compatíveis com sua

figura da distribuição-intermediação, o TJDFT tratou de afastar a incidência tanto das normas do Código Civil quanto das normas associadas ao contrato de representação comercial, que poderiam ser-lhe aplicadas por analogia<sup>598</sup>.

É relevante notar, ainda quanto ao contrato denominado por *distribuição-intermediação* pelo TJDFT, que se trata de contrato socialmente típico amplamente conhecido pela jurisprudência, para além dos julgados acima mencionados, ainda que não sob esta denominação. Basta ver que o STF, em julgado de 1974, de Relatoria do Min. Thompson Flores, dalientou que “[o] contrato de concessão de venda com exclusividade é presentemente utilizado para a venda das mais diversas mercadorias, que necessitam de comercialização eficiente, figurando, entre elas a distribuição de gasolina”<sup>599</sup>. No entanto, também naquela oportunidade o chamado *contrato de concessão de venda com exclusividade* foi descrito a partir da obra de Rubens Requião, assim como de julgado do Tribunal de Justiça do extinto Estado da Guanabara<sup>600</sup>. Cabe também salientar, especificamente quanto ao contrato de fornecimento de combustíveis líquidos, que hoje se poderia inclusive falar que este se trata de contrato típico, ainda que não legalmente, mas sim por fonte regulatória, na medida em que a ANP, em sua Resolução nº. 58/2014, oferece minudente disciplina para esse contrato, com a definição de operação econômica e uma série de normas cogentes voltadas a garantir a observância de objetivos setoriais.

De toda sorte, verifica-se também que a identificação de um contrato socialmente típico pela jurisprudência, com a finalidade explícita de apartar seu regime legalmente atípico das normas associadas a tipos legais correlatos. Chama a atenção, porém, que o acesso à própria definição capaz de atestar o aludido *discrímen* decorre de descrições doutrinárias, que fornecem importantes pontos de referência que servem para conduzir à jurisprudência a uma compreensão mais qualificada da prática, fenômeno que também é descrito pela literatura em outras jurisdições – como é o caso da Itália, cuja Corte de Cassação altera sua jurisprudência em 1998

---

estrutura e função econômica” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 489-490).

<sup>598</sup> “O apelante figurava nessa relação jurídica como mais um elo na cadeia de fornecimento, conferindo ao contrato, não escrito entre as partes, destaca-se, uma natureza de distribuição-intermediação, circunstância esta, mais uma vez, igualmente considerada no julgado ora combatido. Além da não incidência na espécie das disposições dos artigos 710 e seguintes, por tratar-se a hipótese, como visto, de contrato atípico de distribuição-intermediação, também não é o caso de se socorrer à disciplina da Lei nº 4.886/65 (representação comercial)” (TJDFT, Apelação 0015219-98.2016.8.07.0009, Rel. Des. Gislene Pinheiro, 7ª Turma Cível, julg. 13.12.2017). No mesmo sentido: TJDFT, Apelação 0023399-35.2013.8.07.0001, Rel. Des. Héctor Valverde, 6ª Turma Cível, julg. 12.11.2014.

<sup>599</sup> STF, RE 78051, Rel. Min. Thompson Flores, Segunda Turma, julg. 27.08.1974.

<sup>600</sup> A respeito do tema, ver: FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 82-86.

para passar a admitir a figura do penhor rotativo, expressamente acolhendo tese publicada por Enrico Gabrielli<sup>601</sup>.

Tais constatações naturalmente não têm por intuito sustentar pretensão de afastamento do papel da prática mercantil na construção de tipos sociais e em sua conformação pela jurisprudência, mas sim demonstrar o papel da doutrina como recurso informativo e persuasivo para que os tribunais se convençam da existência de regimes contratuais merecedores de tutela que se afastam dos tipos legais por contarem com características próprias e por dizerem respeito a operações econômicas *sui generis*. Nesse sentido, o que se busca demonstrar é que a jurisprudência pode contar, para os contratos socialmente típicos, com a doutrina como um mecanismo de mediação entre tribunais e prática mercantil, de maneira a facilitar a constatação da existência de contratos reiterados capazes de construir um todo unitário de sentido em torno de uma dada operação econômica. Como se procurará demonstrar a seguir, porém, a doutrina não é o único mecanismo que desempenha essa função, já que a própria lei pode oferecer definições relevantes para a conformação do tipo social, por mais que não sirva propriamente para discipliná-lo a ponto de torná-lo legalmente típico.

#### ***IV.6.2. A lei como fonte de definições a respeito dos contratos socialmente típicos, ainda que legalmente atípicos***

De maneira semelhante à doutrina, que serve como verdadeiro mecanismo de intermediação entre o Judiciário e a prática mercantil, pode-se também fazer referência ao papel da lei, que, muito embora possa não contar com disciplina apta a tornar determinado modelo contratual legalmente típico, pode vir a oferecer pontos de partida importantes para que os tribunais identifiquem um dado tipo social. Isso porque, muito embora muitas vezes a simples menção a um modelo contratual pelo ordenamento, ainda que com finalidades distintas da de construir uma disciplina jurídica apta a tipificá-lo, a consagração desse modelo pela lei costuma minimamente oferecer uma definição que permite ao Judiciário identificar a operação econômica subjacente àquela denominação contratual.

Exemplo disso é o *factoring*, figura contratual cujas características vêm se assentando ao longo da história<sup>602</sup>, que, porém, prossegue sem regulamentação legal no direito

---

<sup>601</sup> Ver: GABRIELLI, Enrico. *Il pegno anomalo*. Pádua: CEDAM, 1990. A respeito do processo de acolhimento da tese de Gabrielli pela Corte de Cassação, ver: AZZARO, Andrea Maria. Il pegno rotativo arriva in Cassazione: ovvero “come la dottrina diventa giurisprudenza”. *Banca, borsa e titoli di credito*. pp. 485-496, 1998.

<sup>602</sup> É o que demonstra Miguel Pestana de Vasconcelos: “O factoring nasceu no âmbito do comércio colonial entre a metrópole e as colônias britânicas (mas também francesas) no espaço do Atlântico Norte. Com a independência

brasileiro. É verdade que, para fins tributários, a Lei n.º. 9.249/1995 fixou uma definição para o contrato de *factoring*, na medida em que o qualificava, na alínea “d” do § 1º de seu art. 15, como “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)”. No entanto, o próprio STJ, em voto do Min. Marco Aurélio Bellizze, já salientou que “o contrato de *factoring*, embora não tenha tratamento legal específico, tratando-se, pois, de contrato atípico, tem sua definição, para fins tributários, na Lei n. 8.981/1995 [revogada pela Lei n.º. 9.249/1995]”<sup>603</sup>.

Como já se demonstrou, o fato de um contrato ser mencionado pela legislação não significa que se trata de um contrato legalmente típico, mas simplesmente que seu *nome* consta da lei, o que não necessariamente implica que terá sua disciplina prevista pelo ordenamento – daí ser possível resgatar a clássica distinção entre contratos apenas *nominados* e contratos *típicos*. É este o caso do *factoring*, em que, por mais que a lei preveja uma espécie de descrição de sua função econômica, o faz tão somente com vistas a descrever os contornos do fato impositivo necessário à subsunção de um determinado ato à hipótese de incidência do Imposto de Renda<sup>604</sup>.

De toda sorte, não se pode esquecer que, sendo o *factoring* um contrato que não conta com disciplina normativa legal, não somente a definição tributária não tem o condão de desencadear a aplicação de um determinado conjunto de normas supletivas, como sequer é esta a sua função. Dessa maneira, considerando que a definição do contrato de *factoring* advém dos usos e costumes, um contrato de *factoring* poderá continuar tendo esta qualificação ainda que

---

dos EUA em finais do séc. XVII, passa pois a ser um contrato principalmente vocacionado para o comércio internacional. A sua viragem para o comércio interno, e a aquisição da sua, hoje marcante, característica financeira só se realizará nos Estados Unidos em finais do séc. XIX” (VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. O contrato de cessão financeira (*factoring*) no comércio internacional. In: (FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 403).

<sup>603</sup> STJ, REsp 1.711.412, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 04.05.2021.

<sup>604</sup> É notável, nesse sentido, a circunstância de que o regime de subsunção de eventos fáticos à lei para a incidência de um dado tributo está também relacionada ao método tipológico, sendo relevante transcrever a noção oferecida por Geraldo Ataliba para a ideia de fato impositivo: “Fato impositivo é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que – por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i. legal – dá nascimento à obrigação tributária. Cada fato impositivo determina o nascimento de uma obrigação tributária. [...] A lei (h.i.) descreve hipoteticamente certos fatos, estabelecendo a consistência de sua materialidade. Ocorridos concretamente estes fatos *hic et nunc*, com a consistência prevista na lei e revestindo a forma prefigurada idealmente na imagem legislativa abstrata, reconhece-se que desses fatos nascem obrigações tributárias concretas. A esses fatos, a cada qual, designamos ‘fato impositivo’ (ou fato tributário)” (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 61-62).

não preencha os requisitos da lei tributária, e vice-versa – um contrato que não seria considerado *factoring* pela prática poderá sê-lo pela legislação tributária.

No entanto, não se pode ignorar a força de uma definição legal, ainda que para fins tributários, para que a jurisprudência possa fixar os contornos do contrato. Em sentido semelhante, no contexto português, até 1986 a lei somente oferecia uma definição de *factoring* para o efeito de submeter as empresas faturizadoras ao regime regulatório das instituições parabancárias, sem que se oferecesse uma disciplina para tal modelo contratual. Porém, conforme indica Rui Pinto Duarte em estudo pioneiro sobre o tema, a definição do contrato pela legislação já é capaz de oferecer importantes pontos de partida para a análise jurisprudencial<sup>605</sup>.

Tal reflexão é útil também para compreender a conformação jurisprudencial do *factoring* no direito brasileiro, na medida em que, no âmbito do Recurso Especial nº. 1.711.412, o Superior Tribunal de Justiça, a partir do voto-condutor do Ministro-Relator Marco Aurélio Bellizze, parte-se precisamente da conceituação legal supramencionada para obter as características principais do contrato de *factoring*<sup>606</sup>. No entanto, o acórdão do STJ vai muito além da mera definição legal, para assentar os contornos característicos do contrato de fomento mercantil a partir das feições que lhe deu a prática. Para tanto, o Tribunal, na própria ementa do aludido acórdão, busca precisamente diferenciar o modelo contratual em análise da cessão de crédito, figura que lhe é correlata: “O contrato de *factoring* não se subsume a uma simples cessão de crédito, contendo, em si, ainda, os serviços prestados pela faturizadora de gestão de créditos e de assunção dos riscos advindos da compra dos créditos da empresa faturizada”<sup>607</sup>.

Foi exatamente a partir desta peculiar modelagem de alocação de riscos que o STJ estabeleceu as características do contrato de *factoring*, considerando que, no caso concreto, uma das partes sustentava que seriam nulas quaisquer garantias exigidas ao faturizado pelo faturizador, já que o risco do inadimplemento dos devedores de títulos de crédito cedidos em virtude do contrato de *factoring* é imanente à situação jurídica em que se encontra o faturizados. Segundo o STJ, porém, “[o] risco advindo dessa operação de compra de direitos creditórios, consistente justamente na eventual inadimplência do devedor/sacado, constitui elemento essencial do contrato de *factoring*”<sup>608</sup>, sob pena de desnaturar a operação econômica.

---

<sup>605</sup> Ver: DUARTE, Rui Pinto. Notas sobre o contrato de *factoring*. In: *Novas perspectivas do direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1988. pp. 141-143.

<sup>606</sup> “Extrai-se, de tal conceituação, que o contrato de faturização de fomento mercantil abrange, a um só tempo, os serviços, por parte da faturizadora, de ‘assessoria creditícia e mercadológica’; de administração dos créditos, dos riscos e da carteira de contas a pagar e a receber; e de comprar direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços realizados pela faturizada” (STJ, REsp 1.711.412, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 04.05.2021).

<sup>607</sup> STJ, REsp 1.711.412, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 04.05.2021.

<sup>608</sup> STJ, REsp 1.711.412, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 04.05.2021.

Ocorre que, com isso, o STJ afastou expressamente a incidência do art. 296 do Código Civil (segundo o qual “Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”), e chegou a assinalar que “[a] natureza do contrato de factoring [...] não dá margem para que os contratantes, ainda que sob o signo da autonomia de vontades que regem os contratos em geral, estipulem a responsabilidade da cedente (faturizada) pela solvência do devedor/sacado”<sup>609</sup>. Significa dizer que, em análise da percepção doutrinária sobre o contrato de *factoring* e de sua construção pela prática negocial, o STJ compreendeu não somente que se trata de contrato distinto de figura contratual legal, mas também que o contrato socialmente típico teria a capacidade de condicionar as próprias escolhas das partes contratantes quanto ao regime aplicável ao contrato concreto<sup>610</sup>.

Trata-se de posicionamento bastante arrojado, na medida em que transcende a mera função supletiva para aproximar a incidência de aspecto do regime socialmente típico às normas cogentes associadas ao modelo em questão. Nesse caso, por mais que se possa afirmar, de maneira geral, que os contratos socialmente típicos têm por principal função o oferecimento de normas supletivas, a jurisprudência do STJ admitiu que determinados tipos sociais adquiram tamanha tração na prática que suas características essenciais se imponham de maneira imperativa para que se preserve a natureza do contrato. Em que pese o vanguardismo de tal entendimento, não se pode ignorar que alguma preocupação o acompanha, considerando a necessidade de preservação da autonomia privada e da liberdade de contratar – até por que, no fim e ao cabo, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal<sup>611</sup>.

Poder-se-ia indagar, nesse sentido, se seria possível elevar os usos e costumes a fonte normativa capaz de incidir como se lei fosse, assim fixando normas imperativas. Entende-

---

<sup>609</sup> STJ, REsp 1.711.412, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 04.05.2021.

<sup>610</sup> Em sentido semelhante: “Em regra, a empresa de factoring não tem direito de regresso contra a faturizada – com base no inadimplemento dos títulos transferidos -, haja vista que esse risco é da essência do contrato de factoring. Essa impossibilidade de regresso decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela empresa de factoring. Essa característica, todavia, não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum – pro soluto. É por isso que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de factoring e na cessão de crédito ordinária, a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas a sua existência sim. Nesse passo, o direito de regresso da factoring contra a faturizada deve ser reconhecido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito” (STJ, REsp 1.289.995, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 20.02.2014).

<sup>611</sup> Cabe notar, nesse sentido, que tal entendimento foi revisitado para lidar com outra questão: os limites de atuação dos Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (FIDCs), em acórdão de relatoria também do Min. Bellizze: “Os Fundos de Investimento em Direito Creditório operam de modo distinto das atividades desempenhas pelos escritórios de factoring, podendo adquirir direitos creditórios por meio de endosso ou cessão civil ordinária de crédito” (STJ, Ag. Int. no AREsp 978.642, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 29.05.2023). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.909.459, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 18.05.2021.



se, quanto a essa questão, que, ainda que se trate de contrato amplamente conhecido pelos agentes de mercado, o entendimento do STJ ultrapassou os limites da preservação da autonomia privada em sua complexa relação com os usos e costumes ao salientar (ainda que em tese) que, mesmo com disposição voltada a atribuir a regra de distribuição de riscos típica de cessão de crédito, o contrato de *factoring* não poderia admitir tal cláusula. Naturalmente que, na ausência de qualquer disposição nesse sentido, em se tratando de contrato socialmente típico, aplicar-se-ia a regra associada ao *factoring* por se visualizar a sua função econômica no caso concreto, já que tal consequência decorre da dinâmica das relações de mercado assentada e repetida pelos agentes econômicos. Contudo, entender que os agentes são *proibidos* de alterar a norma de alocação de riscos parece posição que vai de encontro à implementação de um contrato legalmente atípico e aos próprios vetores dos contratos empresariais.

Trata-se, na verdade, de posicionamento que abordou a questão e o enquadramento do contrato de maneira mais detalhada, porém o acórdão em questão está longe de ser posicionamento isolado no STJ. Pelo contrário, há posição tão assentada no STJ a respeito das características do *factoring* que se pode mencionar diversos exemplos de julgados que explicitamente declaram a nulidade de cláusulas contratuais que atribuem à faturizadora a responsabilidade pela solvência dos créditos cedidos à faturizadora, ainda que não existam disposições legais nesse sentido<sup>612</sup>.

Até por esse motivo, não parece ser esta a postura mais adequada para lidar com contratos socialmente típicos, de sorte que tal constatação demonstra a necessidade de uma construção dogmática sólida a respeito dos negócios atípicos, especialmente levando-se em consideração a necessidade de alinhar a análise desses negócios aos vetores da contratação empresarial. De toda sorte, o exemplo do tratamento do *factoring* pela jurisprudência, ainda que em certa medida descolado das premissas defendidas por este trabalho, é um indício importante

---

<sup>612</sup> STJ, Ag. Int. nos ED no REsp 1.997.728, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 10.10.2022; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.812.691, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 23.08.2022; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.589.843, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 26.10.2010; STJ, Ag. Int. no REsp 1.864.506, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 10.08.2020; STJ, Ag. Int. no AREsp .613.092, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julg. 25.05.2020; STJ, Ag. Int. no REsp 1.809.346, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 23.03.2020; STJ, Ag. Int. no AREsp 1.491.234, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 20.08.2019; STJ, REsp 1.289.995, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 20.02.2014; STJ, REsp 949.360, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julg. 17.12.2013; STJ, Ag. Rg. No REsp 1.305.454, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, 14.08.2012; TJRS, Apelação Cível 70061885521, Rel. Des. Ergio Roque Menine, Décima Sexta Câmara Cível, julg. 05.11.2015; TJRS, Apelação Cível 70069337525, Rel. Des. Gelson Rolim Stocker, Décima Sétima Câmara Cível, julg. 28.07.2016; TJRS, Apelação Cível 5003040-49.2019.8.21.0010, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva, julg. 27.04.2021.

da relevância reconhecida pelos tribunais aos usos e costumes e notadamente aos contratos socialmente típicos.

O enquadramento de um contrato socialmente típico a partir de sua definição na legislação tributária, porém, não é exclusividade do *factoring*, verificando-se também em outras conhecidas figuras contratuais gestadas na prática mercantil. Pode-se mencionar, nesse sentido, as cláusulas *take or pay*, que têm definição expressa no § 4º do art. 1º da Lei nº. 10.312/2011, que dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural e de carvão mineral. Segundo o aludido dispositivo, “Entende-se por cláusula *take or pay* a disposição contratual segundo a qual a pessoa jurídica vendedora compromete-se a fornecer, e o comprador compromete-se a adquirir, uma quantidade determinada de gás natural canalizado, sendo este obrigado a pagar pela quantidade de gás que se compromete a adquirir, mesmo que não a utilize”.

O *take or pay* consiste, porém, em pacto amplamente utilizado não somente nos setores de gás natural e carvão mineral, mas no setor energético em geral e, ainda, no agronegócio, tendo por intuito incrementar a segurança e a previsibilidade para as partes em contratos de longo prazo<sup>613</sup>. Como se pode verificar da análise da jurisprudência de tribunais estaduais, a lei tributária de fato é um ponto de partida relevante para o enquadramento do *take or pay*, porém a reiteração de tal figura contratual permite que o Judiciário estabeleça leituras mais avançadas dessa operação, especialmente para oferecer um maior detalhamento de sua função econômica.

O TJSP, nesse sentido, já salientou que “[a] estipulação do consumo mínimo envolve, antes de tudo, uma transferência de certos riscos da fabricante para a compradora. A fabricante assegura o fornecimento, empregando recursos e meios na produção de gases, desde que a compradora se disponha a adquirir quantidades mínimas de consumo”<sup>614</sup>. Significa dizer que a definição jurídico-econômica do *take or pay* vai além de uma mera função de garantia ou

---

<sup>613</sup> Nesse sentido: “A importação da cláusula de *take or pay* do direito anglo-saxão para o direito brasileiro visou ampliar a segurança e previsibilidade do negócio de fornecimento de gás (gas sale agreement) haja vista que seu objetivo é garantir a ocorrência, de um lado, do fornecimento mínimo de determinado produto e, de outro, fluxo de caixa mínimo que justifique a realização do empreendimento. Assim, normalmente se prevê que na hipótese de o comprador, em um determinado período, não receber as quantidades mínimas concordadas do produto, ele deverá de qualquer modo pagar ao fornecedor o preço estabelecido pela quantidade idealmente prevista” (ANDRADE, Fábio Siebeneichler; GREGOL, Sofia. Reflexões sobre o enquadramento da cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. v. 9, n. 2, pp. 709-739, 2023. pp. 711-712). Ver também: VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de *take or pay* no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*. v. 106, pp. 101-150, out./dez. 2020.

<sup>614</sup> TJSP, Apelação Cível 0003749-68.2011.8.26.0445, Rel. Des. Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, julg. 30.01.2017.

até punitiva<sup>615</sup>, na medida em que se insere no esforço de alocação de riscos promovido pelas partes contratantes.

Em sentido semelhante, asseverou o TJRS que “a referida cláusula busca assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados pela empresa contratada para o fornecimento de gás natural à empresa contratante ora apelante”, de sorte que “[n]ão há ilegalidade na referida cláusula take or pay livremente avençada entre as partes, incidindo ao caso em tela o princípio da *pacta sunt servanda*”<sup>616</sup>. Tais considerações foram tecidas no bojo de um conjunto de acórdãos que versavam sobre alegações de nulidade do *take or pay*, por prever a cobrança de valores referentes ao fornecimento de gás ou energia elétrica ainda que não houvesse consumo. No entanto, em virtude da frequência com que tal disposição é entabulada entre agentes econômicos e considerando a sua função de mitigação de riscos da atividade, o TJRS a considerou perfeitamente válida, pois “é considerada mecanismo contratual de repasse de compromissos assumidos ao longo da cadeia de valor de gás natural, assegurando-se, por meio dela, o fluxo de caixa mínimo aos agentes fornecedores/transportadores de gás, garantindo um retorno mínimo de investimentos, mitigando os riscos da atividade”<sup>617</sup>.

De maneira semelhante, cabe salientar que a mediação entre prática e jurisprudência pela nomeação de contratos socialmente típicos pela lei não é característica exclusiva da legislação tributária. Isso porque, como já se aludiu, as próprias normas de Direito Privado podem tão somente oferecer os *nomes* de determinados contratos sem que necessariamente estructurem *tipos* – daí a clássica distinção entre contratos *nominados* e contratos *típicos*<sup>618</sup>.

---

<sup>615</sup> Cabe mencionar julgado do TJRS que considerou o *take or pay* espécie de cláusula penal: “Vê-se, assim, que a ré agiu em conformidade com o que contratou, deixando, no entanto, de exigir e comprometer-se ao cumprimento da cláusula take or pay, uma vez que entendia não ser a autora capaz de cumprir com essa exigência, por ela mesma inserida no pacto. Sabia, pelo que se percebe, a requerida, que, ao impor o transporte de tamanha quantidade de grãos de soja, sob pena de pesada penalidade, estaria prevendo sanção apenas para si, pois é uníssono, nos autos e, inclusive incontroverso, pois a autora não contrapõe tal assertiva, que a capacidade financeira da ré, ao menos no contrato social, era pequena se comparada ao tamanho do negócio” (TJRS, Apelação Cível 70048384408, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, Décima Segunda Câmara Cível, julg. 15.08.2013).

<sup>616</sup> TJRS, Apelação Cível 70083315812, Rel. Des. Giovanni Conti, Décima Sétima Câmara Cível, julg. 10.12.2019. No mesmo sentido: TJRS, Apelação Cível 70082747403, Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, Décima Nona Câmara Cível, julg. 27.11.2019; TJRS, Apelação Cível 70082747403, Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, Décima Nona Câmara Cível, julg. 27.11.2019.

<sup>617</sup> TJRS, Apelação Cível 70047852520, Rel. Des. Liége Puricelli Pires, Décima Sétima Câmara Cível, julg. 16.08.2012. Em sentido semelhante: TJSP, Apelação Cível 1058903-07.2020.8.26.0100, Rel. Des. Carlos Dias Motta, 26ª Câmara de Direito Privado, julg. 28.07.2022; TJSP, Apelação Cível 1058903-07.2020.8.26.0100, Rel. Des. Felipe Ferreira, 26ª Câmara de Direito Privado, julg. 28.07.2022.

<sup>618</sup> Nesse sentido, cabe salientar que a própria noção de tipicidade pode ser alterada com o advento de tipos jurisprudenciais, que oferecem um conjunto de significantes novo às disciplinas contratuais típicas: “Ampliando el concepto común que señala que el contrato atípico es “el que no tiene regulación legal”, preferimos definirlo como “aquele que no tiene una regulación expresa, completa y unitaria en la ley”. Justificamos la calificación de “expresa”- en lugar de la de “propia”, “particular” o “específica”, que suelen ser las mas usadas-, para resaltar que un contrato es típico no sólo cuando tiene una regulación propia, directa, sino también cuando la tiene por remisión (tal por ejemplo, en nuestro Código Civil, la cesión impropia o gratuita -ver art.1437-). Nos parece más conveniente

O contrato de distribuição é especialmente interessante nesse sentido, pois se encontra expressamente previsto pelo Código Civil a partir de seu art. 710, juntamente do contrato de agência. No entanto, como já entendeu o STJ, a modalidade contratual na qual o distribuidor age em nome próprio adquirindo o bem para posterior revenda a terceiros, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço da venda e o valor pago ao fornecedor, é uma modalidade contratual “classificada pela maior parte da doutrina como contrato atípico, a despeito de ter o legislador utilizado a expressão ‘distribuição’ para nomear uma das modalidades dos contratos disciplinados pelos arts. 710 e seguintes do Código Civil de 2002”<sup>619</sup>.

Foi também nesse sentido o entendimento firmado no âmbito da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, cujo Enunciado nº. 31 dispõe que “O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona”. Trata-se, por conseguinte, de

---

el uso del término “expresa”, porque cualquiera de los otros términos mencionados originan cierta confusión, al dar una equivocada idea de que la regulación debe ser “exclusiva” de un contrato para considerarlo típico, lo que no es así. Respecto a que la regulación debe ser “completa” queremos significar con ello que no basta que uno o algunos de los elementos de un contrato encajen en uno o en más de un contrato típico para considerarlo tal, sino que para ser típico la regulación debe ser completa, de ese contrato, no tomando elementos de varios. En cuanto al término “unitaria”, lo usamos para indicar que tampoco un contrato será típico aunque la totalidad de sus elementos entren en dos o más contratos típicos, pues para adquirir tipicidad deberán entrar todos en una sola figura contractual. Con estos conceptos nos apartamos del criterio que al lado de los contratos típicos y los atípicos pone un tercer supuesto, los contratos “parcialmente atípicos”, que son “aquellos que la ley los ha previsto con una individualidad propia y de los cuales, sin embargo, la ley no ha previsto una regulación total en sus cláusulas esenciales”, como también eliminamos la existencia de ciertos contratos que se han calificado como “típicos atípicos” o “usualmente típicos” y que serían los que no obstante ser atípicos, por darse frecuentemente, van siendo estructurados dentro de moldes “de la vida y de la jurisprudencia” hasta que la ley los recoge” (GASTALDI, José María. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 173). Tradução livre: Ampliando o conceito comum que afirma que o contrato atípico é “aquele que não possui regulamentação legal”, preferimos defini-lo como “aquele que não possui regulamentação expressa, completa e unitária na lei”. Justificamos o uso do termo “expresa” em vez de “própria”, “particular” ou “específica”, que são os mais comuns, para destacar que um contrato é típico não apenas quando tem uma regulamentação própria e direta, mas também quando a tem por referência (como, por exemplo, em nosso Código Civil, a cessão imprópria ou gratuita – ver art. 1437). Parece-nos mais apropriado o uso do termo “expresa”, pois qualquer um dos outros termos mencionados pode causar certa confusão, ao dar uma ideia equivocada de que a regulamentação deve ser “exclusiva” de um contrato para considerá-lo típico, o que não é o caso. Quanto à regulamentação ser “completa”, queremos dizer com isso que não basta que um ou alguns elementos de um contrato se encaixem em um ou mais contratos típicos para considerá-lo como tal; para ser típico, a regulamentação deve ser completa para esse contrato, não pegando elementos de vários contratos. Em relação ao termo “unitária”, usamos para indicar que um contrato não será típico mesmo que todos os seus elementos se encaixem em dois ou mais contratos típicos; para adquirir a tipicidade, todos os elementos devem se encaixar em uma única figura contratual. Com esses conceitos, nos afastamos do critério que coloca ao lado dos contratos típicos e atípicos um terceiro cenário, os contratos “parcialmente atípicos”, que são “aqueles que a lei prevê com individualidade própria, mas dos quais, no entanto, a lei não prevê uma regulamentação completa em suas cláusulas essenciais”. Também eliminamos a existência de certos contratos que foram classificados como “típicos atípicos” ou “tipicamente típicos”, que seriam aqueles que, apesar de serem atípicos, são frequentes e são moldados “pela vida e pela jurisprudência” até que a lei os reconheça.

<sup>619</sup> STJ, REsp 1.799.627, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 23.04.2019.

figura distinta do contrato de distribuição propriamente dito, em que, segundo o mesmo enunciado, “o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco”.

É verdade que o contrato de distribuição encontra extensa disciplina para uma situação específica: a distribuição ou concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores, regulada pela Lei nº. 6.729/1979, conhecida como Lei Ferrari. No entanto, o STJ conta com pacífico e antigo entendimento jurisprudencial segundo o qual a Lei Ferrari construiu “regulamentação especialíssima”, em “diploma que estatui conjunto normativo particularmente distinto do direito comum, criando significativas restrições a autonomia da vontade, que não se hão de estender a situações nele não previstas”<sup>620</sup>.

O reconhecimento pelos tribunais da atipicidade do contrato de distribuição, dessa maneira, serve, em última análise, para proteger a autonomia privada dos agentes econômicos ao impedir que a esta operação econômica específica sejam aplicadas normas que são próprias de modelos com outras características. No caso específico da Lei Ferrari, por exemplo, para os contratos de distribuição de automóveis existem diversas disposições cogentes que dizem respeito a demandas setoriais próprias a esse setor, cuja expansão a outros negócios de feições semelhantes poderia gerar relevantes distorções, por mais que possa haver demanda pela elaboração de textos normativos que cuidem de importantes gargalos de outros setores de distribuição<sup>621</sup>.

O que se pode notar a partir desses exemplos, por conseguinte, é a circunstância de que contratos socialmente típicos chegam ao crivo da jurisprudência em larga medida pela mediação da própria lei, que, por mais que não tenha o intuito de oferecer disciplina normativa para esses negócios, minimamente oferece definições preliminares que permitem diferenciar a

---

<sup>620</sup> STJ, Ag. Rg. no Ag. 43.329, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julg. 15.03.1994. No mesmo sentido: STJ, REsp 681.100, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julg. 20.06.2006; STJ, REsp 789.708, Rel. Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, julg. 25.09.2006; STJ, REsp 654.408, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julg. 09.02.2010; STJ, REsp 680.329, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 22.04.2014; STJ, REsp 1.494.332, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julg. 04.08.2016; STJ, Ag. Int. no REsp 1.266.785, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 01.06.2017; STJ, REsp 1.320.870, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 27.06.2017; STJ, REsp 1.714.339, Rel. Min. Lázaro Guimarães, Quarta Turma, julg. 19.06.2018; STJ, REsp 1.799.627, Terceira Turma, julg. 23.04.2019; STJ, Ag. Int. no Ag. Int. no REsp 1.494.845, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. 22.03.2022.

<sup>621</sup> Nesse sentido: “Em se tratando de um diploma específico, talhado para determinado setor da economia, a Lei 6.729, de 1979, não admite interpretação extensiva, sob pena de, artificialmente, causar marcadas distorções, fazendo incidir sobre mercados com outras peculiaridades, regras concebidas exclusivamente para a distribuição de veículos automotores. É indiscutível, contudo, que há outros setores da economia nacional que clamam por regulamentação; muitas vezes, os distribuidores veem-se privados da devida tutela de seus interesses porque falta legislação específica que discipline a relação com os fornecedores. Trata-se de conclusão inegável que exsurge da observação cotidiana dos contratos atípicos de distribuição” (FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 93-94)

operação econômica em questão de outros modelos contratuais. Diante desse tipo de fenômeno, cabe remeter às considerações de Luigi Ferri a respeito da estrutura do juízo de reconhecimento do tipo no caso concreto, que não se dá a partir de análise segmentada, mas de um percurso de verificação sucessiva de elementos capazes de construir a imagem global de sentido do caso concreto e a possibilidade de reconduzi-lo a um dado tipo legal ou social<sup>622</sup>.

Não se pode esquecer, nessa linha, que o processo de tipificação legal decorre da observação da realidade, de tal maneira que a consolidação de contratos socialmente típicos, para além de se transmudar em tipos jurisprudenciais, também serve de subsídio para motivar a formulação de modalidades contratuais legais voltadas a atender a interesses tanto individuais quanto coletivos associados àquele negócio<sup>623</sup>. A denominação de um determinado tipo social pela lei, ainda que não para o efeito de sua tipificação, por conseguinte, constitui possivelmente um estágio intermediário desse fenômeno. Cabe notar, porém, que não necessariamente a denominação de uma dada modalidade contratual pela lei significa que este negócio virá fatalmente a receber uma disciplina mais abarcante.

Exemplo disso é a situação do *leasing* ou arrendamento mercantil, que encontra na Lei nº. 6.099/1974 descrição – para efeitos tributários – que vem inclusive a descrever seus elementos essenciais. No entanto, o *leasing* não é completamente abarcado pela definição dada pelo parágrafo único do art. 1º do aludido diploma, segundo o qual “Considera-se arrendamento

---

<sup>622</sup> FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 495.

<sup>623</sup> É o que assinala Enrico Gabrielli: “Il tipo legale è uno schema astratto ed unitario di regole che racchiude in sé la rappresentazione di una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale o finanziaria o creditizia. La matrice del tipo legale suggerisce, inoltre, mediante manipolazioni e mutamenti dello schema, la creazione di mistioni e di collegamenti tra tipi, dando luogo così, con la creazione della categoria dei contratti misti e del fenomeno del collegamento negoziale o contrattuale, ad ulteriori problemi di inquadramento, di classificazione e di disciplina delle singole fattispecie. Il discorso sul tipo, per molti aspetti finisce per coincidere anche con quello sull'autonomia privata ed i suoi limiti. [...] La tipicità giurisprudenziale, peraltro, rappresenta l'inevitabile conseguenza di un costante atteggiamento delle Corti, le cui tendenze sono state, a suo tempo, analizzate da Rodolfo Sacco<sup>124</sup> – che è quello “alla tipizzazione” – il che accade quando i giudici si trovano a dover operare l'interpretazione di un contratto apparentemente non ascrivibile ad un tipo e seguono la tendenza a ridurre ogni contratto ad un tipo già esistente, ovvero, qualora tale procedimento logico di sussunzione non appaia possibile, a ricorrere alla figura e alla categoria dei contratti misti o dei contratti complessi per incorporare un contratto nel tipo che più gli somiglia” (GABRIELLI, Enrico. *Autonomia privata: dal contratto alla crisi d'impresa*. Pádua: CEDAM, 2020. pp. 51-52). Tradução livre: O tipo legal é um esquema abstrato e unitário de regras que incorpora a representação de uma operação econômica recorrente na prática comercial, financeira ou de crédito. A matriz do tipo legal também sugere, por meio de manipulações e modificações do esquema, a criação de combinações e conexões entre tipos, dando origem, assim, à criação da categoria de contratos mistos e ao fenômeno da conexão negocial ou contratual, levando a problemas adicionais de enquadramento, classificação e regulamentação de cada caso individual. A discussão sobre o tipo, em muitos aspectos, acaba por coincidir com a discussão sobre a autonomia privada e seus limites. [...] A tipicidade jurisprudencial, além disso, representa a consequência inevitável de uma atitude constante dos tribunais, cujas tendências foram, em seu tempo, analisadas por Rodolfo Sacco – que é a tendência à tipificação – o que ocorre quando os juízes se encontram na posição de interpretar um contrato aparentemente não atribuível a um tipo e tendem a reduzir cada contrato a um tipo já existente, ou, quando esse processo lógico de subordinação não parece possível, recorrem à figura e à categoria de contratos mistos ou contratos complexos para incorporar um contrato ao tipo que mais se assemelha.

mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”.

Da mesma maneira, ao passo que Lei Complementar nº. 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), estabelece que o tributo em questão incide sobre “Arrendamento mercantil (leasing) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (leasing)”, não se pode perder de vista que tais diplomas servem simplesmente para regular a hipótese de incidência do imposto, sem a pretensão de limitar a liberdade de contratar outros negócios correlatos que, ao passo que não deixarão de ter as características do *leasing*, podem vir a não ser tributados.

Foi este o raciocínio promovido pelo STF em paradigmático acórdão de relatoria do Min. Eros Grau, em que se estabeleceu na própria ementa do julgado que “[o] arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o leasing operacional, [ii] o leasing financeiro e [iii] o chamado lease-back. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço”<sup>624</sup>. Na ocasião, o Ministro-Relator cuidou de diferenciar o *leasing* financeiro, hipótese considerada mais comum – e que, de fato, era o objeto do acórdão em questão – das outras modalidades, com ampla referência à doutrina sobre o referido negócio, com o objetivo especial de enquadrar a operação econômica subjacente ao contrato em questão<sup>625</sup>.

Procurou-se demonstrar, no referido acórdão, que, no *leasing* financeiro, prepondera o caráter de financiamento – já que diz respeito à aquisição de bens pela arrendadora, que os entrega ao arrendatário para que deles possa usar e fruir, tendo como contrapartida prestações periódicas e, ao final, dando-se ao arrendatário a prerrogativa de devolver o bem à arrendadora, renovar a locação ou adquiri-lo. Já no *leasing* operacional prepondera o elemento de locação – já que não se trata necessariamente de financiamento, mas sim de locação de bens com vida útil relativamente curta e cujos aluguéis dificilmente serão suficientes para cobrir o valor do bem, deixando para a arrendadora os custos de sua

---

<sup>624</sup> STF, RE 592.905, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julg. 02.12.2019.

<sup>625</sup> De acordo com o voto do Min. Eros Grau: “O leasing financeiro é a modalidade clássica ou pura de leasing e, na prática, certamente a mais utilizada. Dessa espécie é a operação referida no recurso de que ora cuidamos. Nessa modalidade, a arrendadora adquire bens de um fabricante ou fornecedor e entrega seu uso e gozo ao arrendatário, mediante pagamento de uma contraprestação periódica, ao final da locação abrindo-se a este a possibilidade de devolver o bem à arrendadora, renovar a locação ou u adquiri-lo pelo preço residual combinado no contrato. No leasing financeiro prepondera o caráter de financiamento e nele a arrendadora, que desempenha a função de locadora, surge como intermediária entre o fornecedor e o arrendatário” (STF, RE 592.905, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julg. 02.12.2019).

obsolescência diante da possibilidade de este vir a ser simplesmente devolvido<sup>626</sup>. Por fim, também no *sale and lease-back* – em que “a própria arrendatária vende um bem que lhe pertence à arrendadora e, em seguida, toma-o de volta, em arrendamento mercantil”<sup>627</sup> de forma que o exercício da opção de compra implicará dupla transmissão da propriedade do bem em questão<sup>628</sup> – prepondera a também o elemento de financiamento, ainda que sobre uma operação mais complexa<sup>629</sup>.

Observa-se, nesse sentido, que a jurisprudência possui assentados posicionamentos a respeito do enquadramento das modalidades do *leasing* e mesmo de seus elementos essenciais, como é o caso do pagamento do chamado Valor Residual Garantido (VRG) e dos direitos das partes quanto a essa parcela<sup>630</sup>. No entanto, o arrendamento mercantil não é necessariamente tratado a partir de sua atipicidade legal ou mesmo de sua tipicidade social, mas com base em problemática que é característica dos chamados contratos mistos, a serem abordados no próximo Capítulo. Vale salientar, nesse ponto, que o STJ taxativamente afirma que o “[o] arrendamento mercantil é contrato complexo, com características de locação, promessa unilateral de venda e financiamento”, considerando que “[o] pagamento dos aluguéis pelo arrendatário durante a vigência do contrato de arrendamento, por si só, não confere ao devedor adimplente a propriedade do bem arrendado, uma vez que cumpre tão somente a função de remunerar o uso do bem pelo período em que se encontra na posse do devedor”<sup>631</sup>.

---

<sup>626</sup> Nesse sentido, a respeito do *leasing* operacional: “É espécie na qual intervém, na qualidade de arrendador, o próprio industrial, ou seja, o produtor do bem. Geralmente tem por objeto bens estandarizados (eletrodomésticos, artigos eletrônicos etc.) cuja vida útil não é longa. Por essa razão, os contratos são celebrados por prazos curtos e, em consequência, não apenas as prestações denotam-se insuficientes para cobrir o valor do bem – para o que as arrendadoras contam com o valor residual –, como é a arrendadora que suporta os riscos da obsolescência do bem. É contrato que não reclama a obrigatoriedade da opção de compra, sendo realizado via de regra por sociedades especializadas. Pode ser distratado, a qualquer tempo” (FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa. O contrato de “leasing”. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 101).

<sup>627</sup> STF, RE 592.905, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julg. 02.12.2019.

<sup>628</sup> Vale mencionar, quanto a esse ponto, acórdão do STF em que se assentou a dupla incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e salientou-se que esta seria uma das razões pelas quais tal modalidade seria pouco popular no contexto brasileiro: STF, RE 107.979, Rel. Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, julg. 04.12.1987.

<sup>629</sup> O *sale and lease back*, cabe notar, é também previsto pelo art. 9º da Lei nº. 6.099/1974, segundo o qual “As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2º desta Lei, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, que estabelecerá as condições para a realização das operações previstas neste artigo”.

<sup>630</sup> Exemplo disso é a tese fixada pelo STJ no âmbito do rito dos recursos repetitivos, como Tema Repetitivo 500, segundo o qual “Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais”.

<sup>631</sup> STJ, REsp 1.699.184, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 25.10.2022.



Dessa maneira, as questões que surgem quanto à qualificação do contrato de *leasing* não passam sequer pela constatação de que se trata de contrato socialmente típico, mas sim de contrato atípico misto, isto é, formado por elementos de um conjunto de modelos típicos. Assim, a questão que se coloca é verificar qual regime legal prepondera em uma operação que não teria uma função econômica autônoma, mas sim decorreria de um somatório de funções econômicas cuja forma de interação deve ser definida pelo intérprete. O exemplo do *leasing*, assim, demonstra como os contratos socialmente típicos não raro levantam questões que, no fim e ao cabo, são próprias da atipicidade em geral, notadamente no que diz respeito à já mencionada tendência de *se dar vitória ao tipo legal* quando se pode minimamente identificar os contornos de um modelo contratual disciplinado pelo ordenamento.

O *factoring*, o *take or pay*, a distribuição e o *leasing*, nesse sentido, são exemplares de contratos socialmente típicos que contam com mínimas disposições legais que oferecem aos julgadores pontos de referência relevantes, mas que, no fim e ao cabo, são complementadas por considerações oriundas da doutrina, da jurisprudência e mesmo dos usos e costumes, apesar da mediação que se faz presente entre os tribunais e estes últimos por outras fontes. No entanto, é de se notar que, mesmo contando com um grau maior de tipicidade por serem negócios amplamente conhecidos, os contratos socialmente típicos apresentam questões que são próprias dos contratos atípicos, notadamente quanto à ausência de parâmetros de controle claros e de normas cogentes, considerando o laconismo do art. 425 do Código Civil. Trata-se, portanto, de matéria a ser endereçada nos próximos Capítulos deste trabalho. No entanto, ainda cabe tecer algumas considerações a respeito de um último elemento de mediação entre usos e costumes e jurisprudência no tratamento dos contratos socialmente típicos, que invariavelmente perpassa as modalidades contratuais tratadas ao longo do presente Capítulo: o direito estrangeiro.

#### ***IV.6.3. O contrato estrangeiro como referencial para a estruturação de contratos socialmente típicos***

Característica notável das modalidades contratuais socialmente típicas mencionadas ao longo do presente Capítulo é o fato de a grande maioria de seus nomes ser grafada em língua inglesa. Por mais que normalmente existam expressões em português equivalentes, é muito menos frequente a referência às figuras do arrendamento mercantil e do fomento mercantil do que às do *leasing* e do *factoring*. Isso porque se trata de figuras contratuais oriundas da prática contratual estrangeira, e, mais especificamente, da prática anglo-saxã, resultado do caráter marcadamente transnacional da contratação empresarial.

Daí salientar Mirzia Bianca que a aproximação entre os sistemas de *civil law* e de *common law* produziu significativa osmose entre as duas experiências jurídicas no campo negocial, muito embora seus corolários sejam de natureza distintas, especialmente no que se refere à cultura jurídica e à própria tradição de redação contratual<sup>632</sup>. Dessa maneira, faz-se necessário um certo esforço voltado a adaptar as características dos contratos conforme se verificam em seus países de origem às premissas do ordenamento pátrio.

Tal esforço ganha ainda maior relevância com a mencionada tendência de internacionalização das relações contratuais empresariais, que produz um alinhamento paulatino nos modelos de contratação em razão de sua repetição entre os agentes econômicos transnacionais, o que tem motivado inclusive a edição de consolidações voltadas a estabelecer as linhas gerais de implementação desses negócios. Não se trata, porém, de uma pretensão de limitação da autonomia privada, mas sim de consagração dos tantas vezes mencionados modelos que *funcionam* e que, por isso, mereceriam ainda mais amplo conhecimento de suas estruturas pelos agentes econômicos. Segundo Dário Moura Vicente, com o advento de projetos de diplomas supranacionais de normatização de regramentos contratuais – como as regras UNIDROIT e os Princípios de Direito Europeu dos Contratos –, a autonomia privada teria alcançado sua máxima extensão, na medida em que se passou a admitir inclusive que, a partir dos poderes titularizados pelos particulares na elaboração de seus próprios regramentos, poderiam renunciar ao direito estatal<sup>633</sup>.

Tais discussões vêm na esteira do que Francesco Galgano denomina como a “nova *lex mercatoria*” – em alusão ao corpo de normas costumeiras que orientava a conduta dos

---

<sup>632</sup> Nesse sentido: “L’avvicinamento tra l’area giuridica di civil law e di common law ha determinato un’osmosi significativa tra le due esperienze giuridiche, i cui corollari sono stati di varia e di diversa natura. Tra i corollari di carattere culturale si è assistito all’elaborazione di categorie giuridiche, quale quella del contratto alieno, in cui è evidente lo sforzo dell’interprete di tradurre in categorie contrattuali il fatto della migrazione di modelli stranieri nel nostro ordinamento con la peculiarità dell’applicazione del diritto interno. Tra i corollari più significativi di carattere applicativo emerge la circolazione dei modelli o formanti contrattuali” (BIANCA, Mirzia. La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy. *Rivista di diritto civile*. v. 61, n. 4, pp. 841-862, jul./ago. 2015. p. 841). Tradução livre: A aproximação entre as áreas jurídicas do civil law e do common law tem resultado em uma significativa osmose entre as duas experiências jurídicas, cujos corolários têm sido de natureza variada e diversa. Entre os corolários de natureza cultural, temos a elaboração de categorias jurídicas, como a do “contrato estrangeiro”, na qual é evidente o esforço do intérprete em traduzir em categorias contratuais o fenômeno da migração de modelos estrangeiros para nosso sistema legal, com a peculiaridade da aplicação do direito interno. Entre os corolários mais significativos de natureza aplicativa, destaca-se a circulação de modelos ou formas contratuais.

<sup>633</sup> Segundo o autor: “À luz destas disposições, dir-se-ia que a autonomia privada conquistou, nos instrumentos jurídicos em apreço, a sua máxima extensão possível: acolhe-se neles não só a liberdade de celebração e estipulação do conteúdo de contratos internacionais, mas também a liberdade de conformação do próprio regime normativo aplicável a estes contratos, o qual pode ser, de acordo com as suas disposições, escolhido pelos interessados sem sujeição necessária a qualquer Direito estadual” (VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 8, jul./set. 2016).

comerciantes medievais, precedendo a própria formação de legislações estatais – o conjunto de normas supra ou metanacionais desenvolvidas pelos agentes empresariais sem a intervenção da regulação estatal, com o intuito de superar as divisões criadas pelas diferenças entre legislações nacionais e de reconhecer a generalização de determinadas práticas de ordem jurídico-negocial<sup>634</sup>. No entanto, em se tratando de contratos empresariais de âmbito doméstico, evidentemente que não se pode renunciar ao direito estatal, até mesmo em virtude do disposto no art. 9º da LINDB, segundo o qual “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”<sup>635</sup>.

Assim, a sedimentação de novas modalidades contratuais como contratos socialmente típicos ganha ainda maior força diante da integração dos mercados globais, porém não se pode ignorar os cuidados a serem observados na importação de modelos estrangeiros que passarão a circular e consolidar-se-ão como negócios socialmente típicos. Giorgio de Nova<sup>636</sup>, nesse sentido, comenta sobre uma modalidade específica de contrato atípico (que invariavelmente adquire o caráter de socialmente típico) – o “contrato estrangeiro” (*contratto alieno*)<sup>637</sup>, que tem por características: (i) o fato de se tratar de negócio jurídico regido pelas normas de direito interno, cujas disposições gerais se aplicam a contratos atípicos; e (ii) a circunstância de socorrerem-se de modelos contratuais sedimentados na prática anglo-americana. A categoria do contrato estrangeiro, nesse sentido, repercute não somente no regime jurídico aplicável ao negócio jurídico em questão, mas no “estilo de redação” das cláusulas contratuais, considerando a tendência de contratos do *common law* serem mais analíticos e de

---

<sup>634</sup> Ver: GALGANO, Francesco. The new lex mercatoria. *Annual survey of International & Comparative Law*. v. 2, n. 1, pp. 99-110, 1995.

<sup>635</sup> A respeito do tema: “Existem sistemas jurídicos que estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual, como é o caso do Brasil (art. 9 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). Outros limitam a escolha a uma lei que tenha relação com as partes ou com o negócio, por exemplo, a lei do lugar da execução (*lex loci executionis*), ou a lei da nacionalidade ou domicílio das partes, a lei da constituição da obrigação (*locus regit actum*). Outros são totalmente liberais e reconhecem às partes a faculdade de escolha da lei aplicável, que poderá ser o direito de um país considerado neutro, ou aquele que melhor se adapte às circunstâncias do contrato, mas evidentemente, esta liberdade sofre certas limitações” (BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 12, pp. 198-211, 1996. p. 199).

<sup>636</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il contratto alieno*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 3.

<sup>637</sup> A utilização da expressão *alieno* é assim explicada por De Nova: “Circolano, in Italia, con sempre maggiore frequenza, contratti alieni (il termine alieni há come calco “alius”, e quindi “altro, straniero”, ma anche “alien”, e quindi “extraterrestre”): contratti, cioè, come si è detto, figli dela prassi contrattuale angloamericana, che ignorano il diritto italiano, salvo inserire alla clausola “Governing Law” la formala << The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy>> (se, come spesso avviene, la lingua del contratto è quella inglese)” (DE NOVA, Giorgio. *Il contratto alieno*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 44). Tradução livre: Na Itália, estão circulando com cada vez mais frequência contratos estrangeiros (o termo “alieni” deriva de “alius”, que significa “outro, estrangeiro”, mas também “alien”, que significa “extraterrestre”): contratos, ou seja, como mencionado, originados da prática contratual anglo-americana, que ignoram o direito italiano, exceto por inserir a cláusula “Governing Law” da seguinte forma: “A lei que rege este acordo é a Lei da República da Itália” (se, como frequentemente acontece, o idioma do contrato for o inglês).

os contratos do *civil law* serem mais sintéticos – em virtude de, dentre outros fatores, poderem socorrer-se dos tipos para completar o regime aplicável<sup>638</sup>.

A circunstância de que tais contratos estrangeiros eventualmente “ignorem” o direito pátrio, segundo Giorgio De Nova, é uma escolha deliberada, e não mero resultado das circunstâncias, na medida em que esses negócios jurídicos – por vezes escritos em língua estrangeira, por mais que adotem como direito aplicável a legislação pátria – têm por um de seus objetivos, especialmente quando celebrados por grupos multinacionais, promover a unidade do direito e a consequente unidade dos mercados<sup>639</sup>. Acontece que, apesar da perplexidade externada pelo autor, o tipo social que se forma a partir de modelos estrangeiros não se estabelece como modelo contratual absolutamente estranho aos mercados e mesmo ao direito pátrio, na medida em que se molda às características do ambiente em que se insere e reconstrói-se constantemente a partir dos influxos do direito estatal, uma vez que a apreciação desses negócios pelo Poder Judiciário tem o condão de expedir sinalizações a serem internalizadas pelo mercado e codificadas em um tipo social adaptado às respectivas circunstâncias.

Trata-se, nesse ponto, de fenômeno aparentemente paradoxal, na medida em que parte da premissa de que a importação de modelos jurídicos estrangeiros e a unificação do

---

<sup>638</sup> “Al tempo stesso questa circostanza fa sì che venga progressivamente meno, nella prassi contrattuale, una differenza nello stile di redazione dei contratti che in passato divideva i paesi di *common law* dai paesi romanistici: mentre nei paesi di *common law* l’assenza per molti secoli di un diritto legiferato induceva le parti a stendere un contratto il più possibile analitico per prevedere ogni possibile patologia (e per altro verso i giudici a rispettare, almeno formalmente, ciò che le parti avevano pattuito, astenendosi dallo ‘scrivere’ il contratto per le parti), nei sistemi romanisti la presenza di una analitica disciplina dei contratti nei codici induceva le parti a limitarsi a concordare i profili economici e gli aspetti particolari, nella convinzione che per il resto la disciplina sarebbe stata dettata in caso di necessità dalla legge (e per altro verso i giuristi a considerare la legge come fonte di disciplina concorrente rispetto alle clausole contrattuali)” (DE NOVA, Giorgio. *Il contratto alieno*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 3). Tradução livre: Ao mesmo tempo, essa circunstância faz com que diminua progressivamente, na prática contratual, a diferença no estilo de redação dos contratos que no passado separava os países de *common law* dos países romanistas: enquanto nos países de *common law* a ausência de um direito legislado por muitos séculos levava as partes a elaborar um contrato o mais analítico possível para prever qualquer possível contingência (e, por outro lado, os juízes a respeitar, pelo menos formalmente, o que as partes haviam acordado, abstenendo-se de “escrever” o contrato para as partes), nos sistemas romanistas, a presença de uma disciplina analítica dos contratos nos códigos levava as partes a se limitarem a concordar com os aspectos econômicos e detalhes específicos, na crença de que, para o restante, a disciplina seria ditada pela lei em caso de necessidade (e, por outro lado, os juristas a considerar a lei como fonte de disciplina concorrente em relação às cláusulas contratuais).

<sup>639</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il contratto alieno*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 45. No mesmo sentido, assevera Francesco Galgano que “le case madri dele multinazionali trasmettono alle società figlie operante nei sei continenti le condizioni generali predisposte per i contratti da concludere, accompagnate da una tassativa raccomandazione, che i testi contrattuali ricevano una pura e semplice trasposizione linguistica, senza alcun adattamento, neppure concettuale, ai diritti nazionali dei singoli Stati; ciò che potrebbe compromettere la loro uniformità Internazionale” (GALGANO, Francesco. *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*. In: \_\_\_\_\_. *Contratto e impresa*. Padova: CEDAM, 2000. p. 197). Tradução livre: As empresas-mães das multinacionais enviam às subsidiárias que operam nos seis continentes as condições gerais elaboradas para os contratos a serem celebrados, acompanhadas de uma recomendação estrita de que os textos contratuais sejam traduzidos pura e simplesmente, sem qualquer adaptação, nem mesmo conceitual, para as leis nacionais dos Estados individuais; isso poderia comprometer sua uniformidade internacional. abacaxi

direito consistiriam em consequências naturais do processo de globalização, quando, na verdade, o que se verifica como resultado da formação de uma “sociedade global” é a fragmentação do direito diante das peculiaridades dos problemas sociais e econômicos que decorrem da multiplicidade de culturas em interação<sup>640</sup>. Pelo contrário, por mais que a literatura de Direito Comparado em grande medida advogue pela busca pelas semelhanças e equivalências funcionais capazes de promover a harmonização de sistemas jurídicos<sup>641</sup>, perspectivas como a de Pierre Legrand têm apontado que o recurso a figuras jurídicas estrangeiras tem o objetivo não de unificação, mas de *multiplicação* ou de organização da diversidade de discursos sobre determinado fenômeno jurídico<sup>642</sup>.

Giorgio de Nova comenta, a partir do contexto italiano, que a partir dos anos 1960 os contratos atípicos se proliferaram em grande medida na Itália, fenômeno a que atribui três razões: em primeiro lugar, a maior circulação de modelos contratuais estadunidense, com a consequente imitação na Itália; em segundo lugar, uma reação da autonomia privada à rigidez do sistema jurídico interno no que diz respeito a institutos tradicionais; e, em terceiro lugar, a tendência das empresas de concentrarem-se em seu *core business* e delegar a entes externos as atividades acessórias (por intermédio não somente do *outsourcing*, mas também do *catering* e do *factoring*)<sup>643</sup>.

---

<sup>640</sup> TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *The Modern Law Review*. v. 61, n. 1, pp. 11-32, jan. 1998. p. 13. Observe-se, na mesma linha, que, conforme observa Pierre Legrand, diferentemente do que se pretendeu fazer na década de 1990 com a elaboração de um projeto de Código Civil europeu, sequer os sistemas jurídicos europeus estariam em movimento de convergência, por mais integrados economicamente que fossem os países europeus. Ver: LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 45, n. 1, pp. 52-81, jan. 1996.

<sup>641</sup> Nesse sentido: “The final function of comparative law to be dealt with here is its significant role in the preparation of projects for the international unification of law. The political aim behind such unification is to reduce or eliminate, so far as desirable and possible, the discrepancies between the national legal systems by inducing them to adopt common principles of law” (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 24). Tradução livre: A última função do direito comparado a ser abordada aqui é seu papel significativo na preparação de projetos para a unificação internacional do direito. O objetivo político por trás dessa unificação é reduzir ou eliminar, na medida do desejável e possível, as discrepâncias entre os sistemas legais nacionais, induzindo-os a adotar princípios comuns de direito.

<sup>642</sup> “Comparison must not have a unifying but a multiplying effect: it must aim to organize the diversity of discourses around different (cultural) forms and counter the tendency of the mind toward uniformization. Comparison must grasp legal cultures diacritically. Accordingly, the comparatist must emphatically rebut any attempt at the axiomatization of similarity, especially when the institutionalization of sameness becomes so extravagant as to suggest that a finding of difference should lead her to start her research afresh!” (LEGRAND, Pierre. The impossibility of Legal Transplants. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*. v. 4, pp. 111-124, 1997. p. 123). Tradução livre: A comparação não deve ter um efeito unificador, mas sim multiplicador: ela deve visar a organizar a diversidade de discursos em torno de diferentes formas (culturais) e contrariar a tendência da mente em direção à uniformização. A comparação deve captar as culturas jurídicas de forma diacrítica. Portanto, o comparatista deve rejeitar enfaticamente qualquer tentativa de axiomatização da semelhança, especialmente quando a institucionalização da igualdade se torna tão extravagante a ponto de sugerir que a descoberta de diferença deveria levá-lo a recomeçar sua pesquisa do zero!

<sup>643</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 41.

O uso de figuras contratuais estrangeiras, nesse sentido, notadamente por evocar a aplicação do direito pátrio, normalmente recai sobre a seara da atipicidade, uma vez que, permitida a celebração de contratos atípicos, naturalmente que regimes contratuais não previstos em lei (seja qual for o seu país de origem) serão negócios jurídicos contratuais válidos. Acontece que, ao “importar-se” determinadas figuras jurídicas, ainda que com a pretensão de considerá-las contratos atípicos, não se pode ignorar que há determinadas situações limítrofes nos quais, apesar de haver correspondência no direito estrangeiro (com as diferenças que são próprias de institutos de sistemas jurídicos distintos), o direito pátrio pode contar com figuras próprias às quais os mencionados negócios podem ser reconduzidos<sup>644</sup>.

Explica Giorgio De Nova, nesse ponto, que mesmo assim se pode falar em contratos estrangeiros, na medida em que são pensados, construídos e escritos não em função do direito pátrio, e sim sob os auspícios do direito estrangeiro – notadamente o dos Estados Unidos –, ignorando-se sumariamente o direito pátrio mesmo quando este conta com normas potencialmente aplicáveis<sup>645</sup>. Significa dizer que, no mínimo, estar-se-ia diante de um problema quanto à estrutura do contrato, pensado pelas partes não a partir da função econômica pretendida àquela operação pelo direito brasileiro (adaptando-se, por óbvio, a perspectiva do autor ao contexto nacional), mas da função econômica a ela vinculada no lugar de origem daquele tipo contratual. Tal preocupação se mostra particularmente relevante quando a importação desses modelos se dá com vistas a derrogar normas do direito doméstico voltadas a proteger interesses de terceiros, em verdadeiro esforço de evasão à legislação cogente.

Não se pode esquecer, no entanto, que a incorporação de determinados tipos contratuais estrangeiros ao contexto nacional decorre do exercício da autonomia privada que, de toda sorte, não pode ser exercida para contrariar normas de ordem pública ou afastar regimes contratuais típicos caso sejam preenchidos os elementos essenciais do tipo (ou *essentialia negotii*). Contudo, ainda que inexistam normas nacionais que se aplicariam àquela operação econômica específica, igualmente não se pode olvidar que contratos estrangeiros incorporados à prática comercial brasileira – como é o caso do *leasing*, do *factoring*, dentre outros – tendem a sedimentar-se como contratos socialmente típicos, como se procurou demonstrar ao longo do presente Capítulo, de tal maneira que independentemente do regime jurídico norte-americano ou inglês pode-se interpretar negócios específicos à luz do tipo socialmente formado no contexto brasileiro, situação em que os parâmetros aplicáveis não serão os estrangeiros, e sim os nacionais.

---

<sup>644</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 49.

<sup>645</sup> DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974. p. 49.

O que interessa notar, porém, é que a consolidação de contratos socialmente típicos depende fundamentalmente da prática estrangeira, no entanto esta fonte de mediação entre usos e costumes e direito estatal não pode ser tomada como autoridade inafastável na apreensão dos contornos fundamentais desses negócios. Isso porque a tipicidade social está relacionada à reiteração de modelos contratuais nos mercados a partir da circulação dos usos e costumes, de sorte que não faria sentido falar-se em uma colonização pelo direito estrangeiro que simplesmente não se alinhasse às práticas correntes no mercado nacional. Evidentemente que pode ocorrer algum grau de convergência e alinhamento, de forma que, nesse caso, se estará a falar justamente na construção do tipo social a partir dos usos e costumes; o que não se pode admitir é que tais elementos sejam incompatíveis entre si.

#### **IV.7. Conclusões preliminares: em busca de um lugar para a atipicidade na Teoria Geral dos Contratos Empresariais**

O que se pode observar a partir dos contratos socialmente típicos, por conseguinte, é que se trata de um conjunto de modelos contratuais que não foram previstos pela lei, mas que se alimentam de inúmeras fontes de normatividade para, no fim e ao cabo, serem consagrados e conformados pela jurisprudência. A jurisprudência, porém, não dialoga diretamente com os usos e costumes até em virtude da circunstância de que somente tem acesso a casos concretos específicos, e não à integralidade da dinâmica das relações de mercado. Assim, o contato da jurisprudência com os usos e costumes se dá precisamente através da mediação das aludidas fontes normativas, o que evidentemente não retira o seu papel de conformação dos tipos sociais.

No entanto, mesmo nos tipos sociais, que contam com um conjunto mais amplo de referências para a definição de seus sentidos, a ausência de parâmetros normativos na Teoria Geral dos Contratos Empresariais é elemento marcante, que possivelmente impede a construção de modelos analíticos que ultrapassem a mera análise casuística. Evidentemente que, nos contratos socialmente típicos, o casuísmo transcende o caso concreto e passa a abarcar o conjunto de negócios que desempenhem a mesma função econômica socialmente típica. A construção de tipos sociais, nesse sentido, tem relevante função analítica, já que consolida operações econômicas reiteradas nos mercados e, com isso, permite o enquadramento de determinados contratos concretos em modelos que são conhecidos pelos agentes econômicos e reconhecidos pelo seu êxito no atendimento às suas finalidades.

Dessa maneira, os tipos sociais são verdadeiros repositórios de negócios que *funcionam*, cuja celebração é almejada pelos agentes econômicos exatamente por se reconhecer

a sua aptidão de contribuir para o atingimento de suas finalidades sociais e econômicas. Daí a possibilidade de se aproximar o tipo social do tipo legal, já que ambas as modalidades de contratos típicos têm o condão de reduzir custos de transação ao autorizar a recondução dos contratos concretos aos seus contornos tão logo se identifique função econômica com eles condizente.

Tal aproximação, porém, deve ser feita com alguma cautela. Isso porque, mesmo que se possa atribuir algum grau de tipicidade aos contratos socialmente típicos, não se pode perder de vista – como se pôde demonstrar no Capítulo anterior – que a tipificação de modelos contratuais pelo ordenamento desempenha ao menos duas relevantes funções: de um lado, a estruturação de um conjunto de normas dispositivas, que, por mais que possam ser afastadas por disposição das partes, incidem supletivamente para colmatar as lacunas deixadas no contrato; e, de outro, a positivação de normas cogentes associadas a cada um dos tipos, voltadas tanto a assegurar a higidez da operação econômica tipificada quanto, principalmente, a garantir os interesses das partes contratantes e dos terceiros eventualmente afetados pela contratação.

Ainda que se possa atribuir a primeira função aos tipos sociais, evidentemente que não se pode proceder da mesma maneira quanto à segunda – por mais que, neste Capítulo, se tenha mencionado relevante exemplo jurisprudencial que tenha procedido de maneira oposta à que aqui se sustenta. Até por esse motivo, ao mesmo tempo em que não seria razoável negar algum grau de tipicidade aos negócios socialmente típicos, igualmente não faria sentido tratá-los como se contratos legalmente típicos fossem. Tal percepção decorre inclusive da análise de julgados a que se procedeu no presente Capítulo, que demonstra a existência de tratamentos diversos dados pela jurisprudência a cada tipo social, e mesmo a diversidade de caminhos trilhados pelos tribunais para enquadrar os contratos socialmente típicos.

A ausência de mecanismos claros para qualificar e para atribuir efeitos aos contratos socialmente típicos é elemento relevante, na medida em que a análise desses negócios deve ter em conta tanto a proteção dos interesses individuais das partes, quanto de terceiros e dos próprios mercados, de maneira que deve estar comprometida, de um lado, com a autonomia privada, e, de outro, com a proteção dos variados interesses em jogo. Tal preocupação não é exclusividade dos contratos socialmente típicos; na verdade, é traço marcante do regime dos contratos atípicos no direito brasileiro, cujo laconismo é notável especialmente no campo dos contratos empresariais, cujos vetores motivam tratamento dogmático especializado. Daí a necessidade de se refletir com maior detalhamento sobre a atipicidade contratual e os referenciais normativos que podem socorrer o intérprete comprometido com a inserção desses contratos na dinâmica dos mercados.





## CAPÍTULO V

### V. A ATIPICIDADE NA CONTRATAÇÃO EMPRESARIAL

#### V.1. Considerações preliminares: a atipicidade como fenômeno jurídico objeto da Teoria Geral dos Contratos Empresariais

O caminho até aqui trilhado no presente trabalho teve por intuito pavimentar a discussão a respeito da atipicidade nos contratos empresariais, uma vez que dificilmente se poderia compreender os desafios associados aos contratos atípicos sem abordar o modo de funcionamento do método tipológico. Como se procurou demonstrar no Capítulo II, os contratos empresariais têm peculiares mecanismos de funcionamentos – aqui denominados por *vetores* de sua operacionalização – que ensejam reflexão mais aprofundada sobre seus contornos dogmáticos, sobretudo diante do imperativo de preservação da autonomia privada e de reconhecimento do papel da contratação mercantil para a estruturação de mercados.

Uma das ferramentas de que lança mão o ordenamento para acolher a demanda dos agentes econômicos por um maior dinamismo das relações negociais é o método tipológico, que consiste na utilização de modelos normativos com características mais elásticas, com a capacidade de reduzir custos de transação ao permitir a recondução de uma variada gama de contratos concretos às normas associadas a um tipo legal caso se verifique a ocorrência de função econômica referenciada em lei. Os tipos legais, nesse sentido, têm tanto a característica de fornecerem um conjunto de normas dispositivas capazes de preencher lacunas deixadas pelas partes contratantes, quanto a marca de estruturarem os tipos em torno de determinadas normas de observância obrigatória, no intuito de preservar não somente a unidade do tipo, mas também interesses das partes e mesmo de terceiros. Trata-se, por conseguinte, de modelagem normativa extremamente interessante para a estruturação dos mercados como conjuntos de relações contratuais, na medida em que a formulação de tipos decorre precisamente no reconhecimento da relevância social de determinadas operações econômicas.

Por esse motivo, o Capítulo III procurou apontar para a relevância da tipicidade por intermédio do estudo de seu *modus operandi*, para que então se pudesse passar a refletir sobre o que resta aos agentes econômicos quando decidem, em homenagem à autonomia privada e à liberdade de contratar, celebrar contratos que não encontram guarida em modelos contratuais previstos em lei. O Capítulo IV, no mesmo sentido, buscou demonstrar que a normatividade que incide sobre os contratos empresariais é formada por fontes distintas da própria lei, na

medida em que sua força normativa emerge da prática mercantil e dos usos e costumes, inclusive a ponto de estruturar negócios socialmente típicos.

A tipicidade social, no entanto, por mais que opere de maneira semelhante à tipicidade legal no que se refere à produção de normas supletivas, não tem o condão de formular normas imperativas. Ademais, a tipicidade social se estrutura normativamente a partir de um processo de conformação dos usos e costumes pela jurisprudência, que, porém, é mediada por uma série de outras fontes – como a lei e a doutrina –, sem que necessariamente exista um corpo de diretrizes gerais para a celebração de negócios que não estejam capitulados em lei – para além da própria lei, dos usos e costumes e da ordem pública.

A dinâmica dos mercados, no entanto, não se satisfaz simplesmente com um repertório de figuras contratuais previstas em lei, na medida em que a criatividade e a capacidade dos agentes econômicos de estruturar novos negócios constantemente desafia modelos pré-concebidos, por mais elásticos que possam ser os seus contornos<sup>646</sup>. Da mesma maneira, igualmente não se pode admitir que a liberdade de contratar seja exercida de maneira totalmente descolada de parâmetros de controle, na medida em que, ao passo que a autonomia privada é a base para a consolidação dos mercados, não se pode esquecer que mercados são ambientes institucionais sustentados antes de tudo pelo respeito e consideração aos diversos interesses potencialmente afetados.

Assim, ao se falar em contratos empresariais atípicos, faz-se necessário o desenvolvimento de abordagem que, de um lado, esteja atenta à necessidade de proteção do gênio criativo dos agentes econômicos, e, de outro, coíba eventuais abusos da autonomia privada, no intuito de proteger o próprio ambiente de mercado. Acontece que o ordenamento brasileiro não oferece, ao menos explicitamente, um quadro normativo aplicável ao tratamento dos contratos atípicos, limitando-se o Código Civil a pontuar, em seu art. 425, que “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Dessa maneira, considerando o trajeto até aqui trilhado no presente trabalho, notadamente diante das considerações aqui traçadas a respeito dos vetores dos contratos empresariais, é de rigor verificar qual deve ser o arcabouço jurídico de proteção e controle aos contratos empresariais atípicos no direito brasileiro.

Trata-se, nesse sentido, de tema ainda carecedor de tutela específica à luz dos

---

<sup>646</sup> Nesse sentido: “Os tipos, abertos que são, são elásticos. Quer isto dizer que não têm fronteiras definidas e firmes, os seus contornos são fluidos. Não é possível determinar com segurança onde começa e onde acaba o tipo, definir os seus limites. No seu interior, as características do tipo são intermutáveis, são substituíveis uma por outras” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 44).

pressupostos dos contratos empresariais, na medida em que a literatura a respeito da atipicidade não raro distancia-se da prática mercantil para albergar-se em metodologias que ignoram as dinâmicas que são próprias a esses negócios. Assim, um dos principais objetivos deste trabalho é verificar, a partir da literatura a respeito do tema e especialmente da jurisprudência, quais são e em que medida os critérios tradicionais ainda são utilizados e de que maneira já se pode verificar o processo de conformação e legitimação das práticas de mercado a partir das sinalizações encaminhadas pelo direito estatal.

Cabe lembrar, nesse ponto, que, muito embora sejam escassas as normas associadas especificamente aos contratos atípicos, a capacidade de determinação do regulamento contratual se apresenta como um dos pilares da ideologia jurídica liberal, de tal forma que a autonomia privada pode ser definida como verdadeira liberdade negativa, assim concedendo aos particulares espaço de autodeterminação<sup>647</sup> capaz de produzir as normas mais apropriadas às demandas individuais, em contraposição ao regramento estatal geral e abstrato<sup>648</sup>. Tanto é assim que as discussões tradicionais sobre a autonomia privada dizem respeito inclusive à investigação sobre quais elementos fundamentam o caráter obrigatório dos contratos, ou seja, se a vinculatividade dos negócios jurídicos contratuais remeteria à própria ideia de promessa<sup>649</sup>, que seria anterior à ideia de contrato e estaria associada à necessidade de proteção da confiança entre indivíduos; ou se, na verdade, corresponderia à necessidade social de segurança e obrigatoriedade das relações jurídicas que pretendem compor estruturas de mercado<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> A autodeterminação, cabe notar, consiste em conceito mais amplo de que decorreria a autonomia privada, conforme explica José de Oliveira Ascensão: “O direito subjetivo está assim ligado necessariamente à autodeterminação. Poderia falar-se de autonomia, mas só em sentido amplo e possivelmente impróprio. É da mesma ordem que a que encontramos no domínio do negócio jurídico, mas não se confunde necessariamente com ela; antes, a autonomia privada é uma das manifestações da autodeterminação. Exerce-se a autodeterminação, por exemplo, quando se decide não exercer um direito que nos cabe. Na autonomia, o centro de gravidade está na produção de efeitos jurídicos ao alvedrio do sujeito. Aqui, na demarcação de um espaço de liberdade, que pode ser dirigida à mera fruição, ou ao simples uso dos bens — a liberdade de quem detém uma coisa sua” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: Teoria geral. Relações e situações jurídicas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 64).

<sup>648</sup> Nesse sentido: “Esse princípio tem, como pressuposto, a liberdade individual, que, filosoficamente, é a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de não fazer, e sociologicamente, ausência de condicionamentos materiais e sociais. Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei, e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos. A autonomia privada significa, assim, o espaço que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 131-132).

<sup>649</sup> A respeito da relação entre as noções de promessa e contrato, ver: ZIMMERMANN, Reinhard. *Vertrag und Versprechen: Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich*. In: LORENZ, Stephan. *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. Berlin: Beck, 2005.

<sup>650</sup> Tal concepção já era defendida por Darcy Bessone de Oliveira Andrade, segundo o qual: “Ao jurista deve bastar a consideração de que, sobre corresponder a uma necessidade social – a de segurança nas relações jurídicas, – a obrigatoriedade haure a sua força na autonomia da vontade do promitente, por constituir a promessa uma permitida

Daí a razão pela qual as discussões sobre a atipicidade contratual ganham tamanha relevância no contexto contemporâneo, e daí também a razão em virtude da qual é tão premente a necessidade de formulação de soluções de interpretação e qualificação negociais que adequadamente atribuam consequências jurídicas aos contratos atípicos, notadamente em um contexto jurídico e histórico no qual a autonomia da vontade assume o centro das relações negociais, superando-se uma série de amarras formalistas que marcavam o Direito Romano e mesmo a Pandectística.

Evidentemente que a vontade ainda representa elemento fundamental do negócio jurídico, porém a excessiva centralidade atribuída à autonomia da vontade dificilmente se sustenta no âmbito de uma teoria dos contratos que não conceba seus entendimentos dogmáticos como fins em si mesmos (por mais abstratos que sejam), mas sim que admita que a disciplina jurídica das relações contratuais ofereça soluções instrumentais ao funcionamento dos mercados<sup>651</sup>. Daí ressaltar Orlando Gomes que autonomia da vontade e autonomia privada não são expressões sinônimas, na medida em que a primeira, acolhida por autores como Savigny<sup>652</sup> e Windscheid<sup>653</sup>, atribui à vontade – real ou psicológica – a raiz ou causa dos efeitos jurídicos; e não, como ocorre com a segunda, ao direito objetivo, que é a verdadeira fonte da força vinculante atribuída à vontade<sup>654</sup>.

É de rigor, por conseguinte, que, dentro de um conjunto de regras básicas que orientam as relações privadas em geral, o ordenamento jurídico forneça ferramentas que minimamente ofereçam mecanismos de proteção para as inovações pensadas pelos particulares, e não que simplesmente as encapsulem em modelos predeterminados. Dessa maneira, segundo Pascal Fréchette, no contexto da qualificação contratual não se pode partir da equivocada premissa segundo a qual a vontade das partes não poderia extrapolar os esquemas contratuais conhecidos e consolidados, e, conseqüentemente, não seria razoável supor que normas oriundas de contratos semelhantes seriam automaticamente aplicáveis por analogia<sup>655</sup>. Isso porque nada

---

e perpétua renúncia da própria liberdade” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 99).

<sup>651</sup> Segundo Enzo Roppo, “Tudo isto se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 24).

<sup>652</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlim: Veit und Comp, 1840. v. 3, pp. 98-104.

<sup>653</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Stuttgart: Ebner & Seubert, 1879. v. 1, pp. 176-178.

<sup>654</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão (condições gerais dos contratos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 30.

<sup>655</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 408.

impede que as partes realmente queiram isentar-se das regras de contratos típicos “semelhantes” que efetivamente não atendam às suas expectativas quanto a determinado negócio<sup>656</sup>.

Acontece que, como já se adiantou, por mais ampla que seja a liberdade contratual garantida aos particulares na atualidade, ainda assim é necessário recorrer a uma série de elementos que servem à identificação, em um contrato concreto, da incidência ou não de determinado tipo legal. Trata-se dos chamados “índices” do tipo, isto é, circunstâncias ou requisitos presentes em um caso concreto que permite a recondução de um contrato (aparentemente) atípico a algum regime tipificado em lei.

É caso, por exemplo, da perquirição acerca da *causa*, elemento também verificável nas discussões sobre contratos inominados no Direito Romano – que naquele contexto “é da obrigação e da atribuição ou deslocação patrimonial e constitui o fundamento da sua juridicidade”<sup>657</sup> –, que perdura também em outros contextos, como no *mos italicum* – no âmbito do qual “a causa ‘veste’ os pactos e os contratos e mantém-se como fundamento de juridicidade das obrigações e atribuições e deslocações patrimoniais deles emergentes”<sup>658</sup> –, no *mos gallicum* – cujos juristas “prendem-se mais à ortodoxia justinianeia, mas não deixam de avançar uma ideia genérica de ‘aprovação pelo direito’ que se mantém na linha até aí sempre seguida de causa como fundamento de juridicidade”<sup>659</sup> – e no jusracionalismo – no âmbito do qual a causa “não é já da obrigação ou da atribuição patrimonial, mas do contrato; não é já fundamento de juridicidade, mas critério de classificação; não tem já nada a ver com as ‘causae’ romanas, é a causa-função econômica”<sup>660</sup>.

A *causa*, como se pôde notar no Capítulo III, é objeto de interminável discussão no Direito Civil brasileiro, que deliberadamente não a incluiu – como fizeram outros ordenamentos de tradição europeia continental, como é o caso do direito francês – como requisito do negócio jurídico. No entanto, à parte dessas controvérsias, a causa como função econômica tem grande relevância para o chamado processo de qualificação contratual, isto é, para que se possa verificar a qual tipo contratual determinado negócio jurídico corresponde ou se, no fim e ao cabo, trata-se de um contrato atípico. Nesse sentido, na linha do que defende Orlando Gomes<sup>661</sup>, a apreensão da causa como função econômica do contrato requer a construção de disciplina jurídico-dogmática que promova a estereotipação do regime a que se subordina determinada

---

<sup>656</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 409.

<sup>657</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 126.

<sup>658</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 126.

<sup>659</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 126.

<sup>660</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 127.

<sup>661</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 22.

operação econômica com vistas a garantir-lhes segurança – seja quanto à obtenção dos pertinentes efeitos jurídicos, seja quanto à observância da vontade das partes na formulação do negócio jurídico.

É claro, porém, que a *causa* não é o único índice do tipo, de sorte que, conforme ensina Pedro Pais de Vasconcelos, faz-se necessário analisar conjuntamente uma série de outros índices para que se conclua pela existência ou não de um contrato atípico, inclusive diante da dificuldade muitas vezes existente para a apreensão precisa da função econômica do contrato. Pode-se mencionar, nesse sentido, a análise da finalidade pretendida pelas partes (que pode descolar-se da própria função econômica, como se verifica na figura do negócio indireto), do tipo estipulado pelas partes (sempre com atenção à possibilidade de as partes estipularem textualmente um tipo distinto daquele que decorre da função econômica do contrato), do objeto contratual, da natureza das prestações, do sentido pretendido pelas partes, de qualidades das próprias partes, ou mesmo da forma do contrato<sup>662</sup>.

Não se pode esquecer, por evidente, que também os contratos típicos são expressões da autonomia privada<sup>663</sup>, de sorte que a flexibilização de alguns dos limites aparentes dos tipos contratuais é perfeitamente viável, e a conformação do tipo permite justamente que se atraia o regime jurídico legalmente previsto para preencher as lacunas deixadas pelas partes contratantes. A tipificação dos contratos, nesse sentido, corresponde a um “processo de abstratização”<sup>664</sup> da experiência contratual concreta, na medida em que tem por intuito cristalizar, em uma hipótese fática legal, o regime jurídico a ser aplicado sempre que preenchidos os requisitos de ocorrência do tipo disciplinado pelo ordenamento jurídico, assim respeitando a vontade das partes contratantes ao garantir a flexibilidade necessária à garantia de disciplina privada das relações jurídicas particulares, e, ao mesmo tempo, oferecendo conteúdo normativo capaz de poupar as partes de prever um regime jurídico completo e

---

<sup>662</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 117-161.

<sup>663</sup> Nesse sentido: “Qui ci preme di rilevare, per completare il quadro, come vi siano autorevoli scrittori che, all’opposto di quelli teste ricordati, restringono stranamente il concetto di autonomia privata, identificandone il problema con quello dei contratti innominati (quase che solo questo particolare tipo di negozio giuridico, certamente in pratica molto raro, fosse espressione di privata autonomia) e misconoscendo così la perfetta coincidenza del problema dell’autonomia privata con quello del negozio giuridico. Anche il contratto nominato, e non solo quello innominato, há, a mio avviso, il suo fondamento nell’autonomia privata ed è espressione di questa” (FERRI, Luigi. *L’Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. pp. 5-6). Tradução livre: O que importa ressaltar, com vistas a completar o quadro, como têm sustentado autorizados autores que, ao contrário daqueles aqui recordados, restringem estranhamente o conceito de autonomia privada, identificando este problema com o dos contratos inominados (como se apenas este particular tipo de negócio jurídico, certamente na prática muito raro, fosse expressão da autonomia privada), e ignorando a perfeita coincidência do problema da autonomia privada com o do negócio jurídico. Também o contrato nominado – e não somente o inominado – tem, na minha opinião, por fundamento a autonomia privada e é expressão desta.

<sup>664</sup> MAGANZANI, Laretta. Della tipicità contrattuale a partire dall’esperizna giuridica romana. *Jus*. v. 2-3, pp. 391-445, 2020.

minudente sempre que se proponham a contratar<sup>665</sup>.

Tal consideração é importante porque, de fato, pensar em um modelo completamente inédito, que não remeta a nenhum modelo preconcebido, é fato incomum, de tal maneira que eventualmente os contratos atípicos conterão elementos de algum (ou alguns) modelos contratuais típicos<sup>666</sup>. A dificuldade de apreensão da noção de contratos atípicos chega ao ponto de se sustentar ou que negócios atípicos são espécimes raros – já que o gênio criativo dos agentes econômicos dificilmente seria capaz de produzir negócios completamente inéditos – ou mesmo que se trata de categoria morta-viva – já que, uma vez que se consegue qualificar um contrato atípico e identificar seu conteúdo jurídico e seu *modus operandi*, ele automaticamente deixaria de ser atípico<sup>667</sup>. De fato, tanto a teoria contratual quanto a jurisprudência tendem a recorrer a tipos contratuais conhecidos para qualificar as transações, de maneira a satisfazer – ainda que à custa da autonomia privada – os imperativos de preservação da ordem e da segurança jurídica<sup>668</sup>.

Nesse sentido, com grande frequência recorrem os intérpretes a um conjunto de metodologias destinadas a interpretar não propriamente os contratos atípicos (tendo em vista que partem da premissa de que contratos atípicos puros são raríssimos), mas contratos mistos, ainda que os seus elementos típicos sejam mínimos. Assim, há um conjunto de orientações gerais da literatura – a serem abordados de maneira específica neste Capítulo – que procuram equacionar os vazios normativos dos contratos atípicos, normalmente procurando aproximá-los de modelos cuja disciplina legal seja amplamente conhecida. Explica Pedro Pais de

---

<sup>665</sup> Cabe, nesse sentido, transcrever a lição de José de Oliveira Ascensão: “Na maior parte dos casos, as previsões legais implicam a referência a uma dada figura ou tipo da realidade social, de que constituem como que a cristalização. Se percorremos os vários tipos de contratos, verificamos que eles representam quase sempre formações da vida real, que a certa altura a lei acolhe, precisa e regula. Isto é assim quando a lei se limita a nomear uma dada figura, sem a definir. Mas o mesmo podemos afirmar quando ela recorre a definições: a definição, seja ou não feliz, pretenderá justapor-se a um modelo que é proposto ao legislador. Por detrás do conceito, necessariamente rígido, de compra e venda, há um tipo fluido de compra e venda dentro da vida social; por detrás da repressão da vadiagem está a imagem do vadio; por detrás da valoração do acto negligente existe a visão da diligência normal” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 24).

<sup>666</sup> “Al punto tale che “la pienezza” di tale libertà, intesa come manifestazione integrale e totale del principio di autodeterminazione dei privati, risulta, in definitiva, un’ipotesi di scuola: più un modello teorico astratto ed idealizzato di regola di diritto, che un fenomeno di cui si abbia contezza e consapevolezza nella concreta esperienza giuridica offerta dal diritto vivente” (GABRIELLI, Enrico. *Autonomia privata: dal contratto alla crisi d’impresa*. Pádua: CEDAM, 2020. pp. 45-46). Tradução livre: Ao ponto que a plenitude de tal liberdade, entendida como manifestação integral e total do princípio de autodeterminação dos particulares, resulta, definitivamente, uma hipótese didática: mais um modelo teórico abstrato e idealizado de regras jurídicas, do que um fenômeno de que se tem conhecimento na experiência jurídica oferecida pelo direito vivente.

<sup>667</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 98.

<sup>668</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 101.



Vasconcelos, no entanto, que nem há uma solução unitária para o problema da atipicidade contratual e nem as aludidas “teorias” são mutuamente excludentes, já que são todas elas processos de resolução de questões problemáticas que servem de maneira mais adequada em determinadas situações e menos em outras<sup>669</sup>.

Álvaro Villaça Azevedo, nesse sentido, critica tanto as metodologias clássicas de interpretação e integração dos contratos atípicos – que inserem entre suas normas a aplicação analógica de contratos típicos que se assemelhem ao negócio atípico em questão – quanto o arcabouço do direito brasileiro, que, em linhas gerais, trata o negócio atípico da mesma forma que trata o típico<sup>670</sup>. Sem descuidar da necessidade de observância da legislação imperativa, observa o autor que “nem sempre é possível aplicar-se nos contratos atípicos as regras particulares dos típicos”, sob pena de quebrar-se o que o autor denomina por “unidade dos contratos atípicos”<sup>671</sup>.

Em outras palavras, ao passo que cada contrato típico possui um regime próprio, os contratos atípicos poderiam ser conformados por um conjunto de normas unitário voltado justamente a incorporar os princípios gerais que informam a autonomia privada e a liberdade contratual. A ausência de explicitação na legislação dessas normas definidoras do regime jurídico dos contratos atípicos, por conseguinte, seria um dos motivos da grande dificuldade de a literatura abordar esses negócios<sup>672</sup>. Daí dizer Álvaro Villaça Azevedo que “[o] acanhamento da nossa legislação, no campo dos contratos típicos e atípicos, choca ante a intensidade de liberdade privada que se nos coloca pela frente no âmbito contratual”<sup>673</sup>.

Dessa maneira, por mais que a doutrina jurídica contemporânea procure criar uma série de metodologias intrincadas para a interpretação de contratos atípicos, tais procedimentos muitas vezes deixam de reconhecer a dinâmica própria dos contratos empresariais e o papel da tipicidade social (que, em última análise, tenderá a ser o apoio da jurisprudência para endereçar questões associadas a contratos atípicos), de tal maneira que deixam inclusive de explicitar os passos a serem trilhados para que se chegue à conclusão por reconhecer ou não o arranjo pactuado pelas partes, o que motivará a expedição de uma determinada sinalização a esses

---

<sup>669</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 245.

<sup>670</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 164-165.

<sup>671</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 167.

<sup>672</sup> Nesse sentido: “O que se torna necessário é a regulamentação, em nossa legislação, dos contratos atípicos com a fixação, expressa, dos princípios gerais que os informam, dos princípios da liberdade contratual, com as limitações específicas, que se fazem indispensáveis, e a discriminação das hipóteses em que se autorize a aplicação aos contratos atípicos das regras particulares dos contratos típicos” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 166). Tal cenário, segundo o autor, não se alterou com o advento do Código Civil de 2002 (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 194).

<sup>673</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 183.

agentes. Da mesma maneira, carece a literatura de explicações consistentes para o modo de funcionamento desse processo de conformação quando ausente o tipo social, isto é, o que deve ocorrer por ocasião da apreciação de novos negócios.

Com essas preocupações no horizonte, este Capítulo tem por objetivo descrever o arcabouço jurídico-dogmático aplicável aos contratos empresariais atípicos. Para tanto, após a descrição dos contornos gerais da atipicidade contratual no direito brasileiro, este Capítulo procurará abordar de maneira mais detalhada as metodologias existentes para o tratamento normativo da atipicidade, sobretudo diante da força atrativa dos modelos típicos e da autoridade dos usos e costumes, fenômenos já abordados nos Capítulos anteriores.

## **V.2. O desafio da reconstrução do regime jurídico-legal dos contratos atípicos: em busca de mecanismos de operacionalização de negócios *sui generis***

Como já se antecipou, o Código Civil brasileiro conta com uma única disposição relacionada à atipicidade contratual: o art. 425, que simplesmente estabelece que podem as partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas naquele diploma. Ocorre que, sobretudo em se tratando a atipicidade de fenômeno jurídico com grande relevância prática – e especialmente econômica –, o laconismo do Código Civil dificilmente pode ser considerado suficiente para endereçar problemas relevantes que possam emergir da práxis negocial. Basta ver que não há, para além da mera declaração do poder das partes de celebrar contratos não tipificados em lei (que, de toda sorte, poderia ser depreendida da autonomia privada, como já se viu no Capítulo II), qualquer disposição a respeito dos mecanismos de qualificação e integração, dos parâmetros de controle e limites para a entabulação de negócios atípicos, e tampouco as “normas gerais” previstas pelo Código Civil que devem ser observadas por tais avenças.

É verdade que o Código Civil conta com algumas limitações evidentes à autonomia privada em sua parte geral, que podem ser encontradas especialmente (i) o art. 187, que estabelece a cláusula geral de vedação ao abuso de direito, segundo o qual “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; (ii) o art. 421, segundo o qual “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”; (iii) o art. 422, de acordo com o qual “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Não obstante, mesmo estas disposições são marcadas por elevado grau de abstração,

de maneira que os limites da autonomia privada, e, mais especificamente, os contornos do poder das partes contratantes de entabular negócios jurídicos contratuais que não estejam tipificados em lei, não são claros a partir da simples leitura da lei. Trata-se, na verdade, de estado de coisas aplicável aos contratos em geral, que dependem fundamentalmente da consistente construção dogmática de uma teoria geral que dê conta da realidade social em que se inserem para estabelecer as linhas essenciais de conformidade dos contratos em concreto com o ordenamento jurídico. Nesse sentido, considerando as premissas básicas do método tipológico, minimamente se poderia afirmar que aos contratos atípicos aplicar-se-iam as preocupações gerais incidentes sobre os contratos como um todo, com a diferença de que não contarão com um arcabouço de normas supletivas especificamente associadas à operação econômica a eles subjacente e tampouco normas cogentes associadas a um tipo disciplinado em lei.

No entanto, afirmar a natureza dos contratos atípicos meramente *a contrario sensu* significaria negar a complexidade dessas operações econômicas e relegá-las à simples incidência subsidiária de um regime construído em torno da ideia de tipicidade. Em outras palavras, não parece razoável deixar de reconhecer relevância jurídico-dogmática às operações econômicas que não podem ser reconduzidas a modelos legais simplesmente por não terem sido capituladas pelo legislador ou mesmo consagradas pela prática ou pela jurisprudência. Isso porque não basta que a lei autorize a celebração de contratos atípicos: faz-se necessário relevante esforço teórico voltado a proteger o exercício da liberdade de contratar baseado unicamente na autonomia privada, sem que possam as partes contratantes e principalmente o julgador referenciar modelos existentes em lei para determinar o regime jurídico aplicável ao caso concreto.

Tal esforço se justifica precisamente para proteger os interesses das partes contratantes, que não podem ser surpreendidas com a aplicação de modelos legais que possam eventualmente ser próximos do contrato atípico por elas celebrado. Diante da já mencionada tendência tipicizante dos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, também a jurisprudência terá a tendência de lançar mão de modelos legais ou socialmente típicos para atrair negócios concretos que lhes sejam minimamente correlatos. De fato, a amplitude da criatividade dos agentes empresariais pode servir para criar modelos inovadores, cuja aproximação a modelos pré-existentes pode frustrar os interesses das partes; no entanto, não se pode olvidar que, se efetivamente o julgador for capaz de observar o atendimento a uma função econômica típica, invariavelmente deverão incidir as normas (as dispositivas, caso não sejam afastadas pelas partes, e as cogentes) associadas ao tipo em questão.

A dificuldade de criação de contratos puramente atípicos pode ser inclusive

apontada como consequência natural da consolidação de ordenamentos jurídicos desenvolvidos ou complexos que, ao longo dos anos, sedimentaram em seus textos a experiência de celebração de contratos que, se não forem simplesmente replicados, serão aproveitados ao máximo, de maneira a abarcar inclusive novas prestações que atendam inclusive a finalidades não previstas pelo legislador<sup>674</sup>. Não se pode esquecer que, em publicação clássica do início do século XX, Marcel Planiol chegou a sustentar a posição radical de que no direito francês já não mais se poderia conceber contratos atípicos, já que mesmo as chamadas “novas” modalidades contratuais já integrariam gêneros negociais conhecidos<sup>675</sup>.

Não obstante, entende-se que tal postura de ceticismo – ou até de repelência – à atipicidade contratual, por mais que sejam compreensíveis as limitações e as dificuldades de se criar um contrato completamente novo, pode muitas vezes entrar em conflito com a faceta da autonomia da vontade que autoriza, nos termos do art. 425, a celebração de contratos atípicos. Na verdade, o problema de qualificação contratual que emerge quando o intérprete se depara com um contrato atípico parece estar muito mais relacionado a uma dificuldade de identificação dos elementos essenciais (ou *essentialia negotii*) de determinado tipo contratual do que com a grande versatilidade dos tipos previstos pela legislação<sup>676</sup>.

Evidentemente que não se pode ignorar a forte presença de contratos socialmente típicos na prática mercantil, de sorte que o vaticínio de Marcel Planiol pode estar correto em certa medida. Adotando-se um conceito amplo de tipicidade social, a partir do momento em que uma dada operação econômica se torna conhecida, já não mais se poderia considerar sua conformação jurídica um contrato atípico, já que existe um consenso razoável a respeito do sentido da contratação e de sua função econômica. Não se pode esquecer, nesse ponto, que para que se considere um dado negócio socialmente típico é preciso que este tenha sua função

---

<sup>674</sup> Nesse sentido: “La labor de creación de nuevas figuras contractuales no puede, en verdad, ir muy lejos en los ordenamientos jurídicos desarrollados. De hecho, lo que sucede es que se aprovechan al máximo los tipos o esquemas legales existentes, introduciendo en ellos nuevas prestaciones o nuevos pactos que los desnaturalizan o desfiguran para servir a fines distintos total o parcialmente de los previstos por el legislador, o combinan dos o más tipos de los conocidos con ese mismo objetivo” (DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 6. ed. Barcelona: Tecnos, 1992. p. 37). Tradução livre: A criação de novas figuras contratuais não pode, na verdade, ir muito longe nos sistemas jurídicos desenvolvidos. Na realidade, o que acontece é que se aproveitam ao máximo os tipos ou esquemas legais existentes, introduzindo neles novas prestações ou novos pactos que os desnaturalizam ou desfiguran para servir a fins total ou parcialmente diferentes dos previstos pelo legislador, ou combinam dois ou mais tipos conhecidos com esse mesmo objetivo.

<sup>675</sup> PLANIOL, Marcel. Classification synthétique des contrats. *Révue Critique de Législation et de Jurisprudence*. v. 53, n. 33, p. 470–486, 1904. É interessante notar que o posicionamento de Planiol reflete um sentimento geral de desconforto da doutrina francesa do período com a atipicidade contratual, diante da percebida tendência dos tribunais de sempre proceder a um processo de qualificação contratual que, em última análise, levaria o negócio em questão para algum regime jurídico típico (FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 404)

<sup>676</sup> SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. pp. 770-771.

econômica reconhecida, tenha difusão e relevo na prática e seja recepcionado pela ordem jurídica, não bastando simplesmente que tenham ocorrido uma única vez para que se possa atribuir tal estatuto aos contratos<sup>677</sup>. Dessa maneira, o repertório de contratos atípicos levantado por Francesco Messineo, por exemplo – que o autor constrói com vistas a demonstrar que os contratos atípicos são muito mais numerosos na prática do que os contratos típicos<sup>678</sup> – não constituiria propriamente uma lista de negócios atípicos, mas de contratos socialmente típicos.

É diante desse tipo de celeuma que se faz necessário especificar os contornos jurídico-dogmáticos dos contratos atípicos. Como se pôde verificar no Capítulo anterior, simplesmente chamar determinados negócios de socialmente típicos deixa diversas questões em aberto, notadamente com relação aos mecanismos de qualificação e conformação desses contratos. No entanto, não se pode descuidar da necessidade de estruturar ferramentas dogmáticas minimamente claras para garantir a proteção dos interesses das partes, assegurar a proteção dos interesses de terceiros eventualmente afetados, e, ainda, garantir o funcionamento adequado dos mercados, tendo em vista que, conforme ressalta Álvaro Villaça Azevedo, “[a] tendência será, sempre, a de crescer o número de contratos nominados e inominados, com figuras intermediárias, não podendo este problema ser abandonado, sob pena de se tornar, cada vez mais, de difícil solução, com reais prejuízos à nossa sociedade”<sup>679</sup>.

A construção de soluções próprias aos problemas associados aos contratos típicos e aqueles vinculados aos contratos atípicos, como se procurou demonstrar ao longo dos Capítulos anteriores, depende de uma razoável estabilização da noção de tipo e do próprio processo de tipificação, que consiste na fixação de uma disciplina legal para um dado modelo contratual, por intermédio do estabelecimento de normas dispositivas e cogentes. Com isso, pode-se tanto manter a unidade da operação econômica tipificada quanto assegurar a proteção aos interesses envolvidos no contexto da contratação. Significa dizer que verificar a existência de um *tipo* contratual é diferente de atribuir um *nome* a um dado modelo negocial, já que o método tipológico não se satisfaz com o mero batismo de operações econômicas, e sim com a delimitação de suas vestes jurídicas, conforme aduz Enzo Roppo<sup>680</sup>.

Nesse sentido, é de rigor afastar qualquer confusão terminológica entre as categorias *contratos típicos/contratos atípicos* e *contratos nominados/contratos inominados*, comumente empregados como categorias sinônimas. Tal distinção, como explica Maria

---

<sup>677</sup> Ver: FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. pp. 50-51.

<sup>678</sup> MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958. v. X, pp. 100-102.

<sup>679</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975. p. 114.

<sup>680</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. pp. 7-8.

Costanza, remonta à rigidez do sistema contratual romano, em que contratos deveriam ter necessariamente um *nomen* para que correspondessem a uma *actio* e, por conseguinte, tivessem força executiva<sup>681</sup>. Por outro lado, a partir do momento em que se passa a admitir, por força da autonomia da vontade, convenções contratuais que não têm uma denominação legal, “Il *nomen* è per un contratto una semplice etichetta”<sup>682</sup>. Isso porque o *nome* não é capaz de vincular a substância do contrato ou sua disciplina, finalidade que se atribuiu à causa ou função econômica do negócio, como já se demonstrou anteriormente<sup>683</sup>.

Nesse sentido, indica Walter Schlupe que os contratos atípicos são aqueles que a lei se abstém de ordenar e disciplinar, sem prejuízo de designá-los direta ou indiretamente por seu *nomen*, mas sem oferecer regulamentação própria<sup>684</sup>. De fato, considerando a estrutura da autonomia privada nos ordenamentos jurídicos de tradição europeia continental, que asseguram a liberdade de contratar de maneira ampla, a liberdade para celebrar contratos atípicos e de formular a sua disciplina interna se apresenta como decorrência direta dessas diretrizes. Assim, a autonomia para a construção de modelos contratuais com disciplinas *sui generis* e sob medida para a operação econômica pretendida pelas partes vem acompanhada da liberdade das formas, da liberdade para a escolha de parceiros contratuais, da liberdade de conteúdo, dentre outras<sup>685</sup>.

---

<sup>681</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>682</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>683</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. pp. 1-8.

<sup>684</sup> Nesse sentido: “Innominatverträge sind Verträge, die weder im besonderen Teil des Obligationenrechts noch in einem Spezialgesetz geordnet sind. Sie sind insoweit auch unbennant, als das Gesetz sie nicht benennt. Viele Innominatverträge tragen freilich Namen, die ihnen die beteiligten Verkehrskreise gegeben haben (Factoring, Leasing, Franchising usw.). Nicht auf die Benennung kommt es daher an, sondern darauf, daß das Gesetz zu ordnen unterläßt und daher in der Regel auch keinen Anlaß zur Benennung hat. immerhin gibt es auch Verträge, die das Gesetz unmittelbar oder mittelbar benennt, ohne sie zu ordnen: Willensvollstreckungsauftrag (Art. 517 ff. ZGB), Grunddienstbarkeitsvertrag (Art. 732 ZGB), Vorvertrag (Art. 22 OR), Rückkaufsvertrag, Kaufrechtsvertrag und Vorkaufsvertrag (Art. 959 ZGB), Fusionsvertrag (Art. 749 ff. OR), Patentlizenzvertrag (Art. 34 PatG) usw. Entscheidend ist, daß auch in diesen Fällen die gesetzliche Regelung fehlt, so daß man es auch hier mit (allerdings benannten) Innominatverträgen zu tun hat” (SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. p. 770). Tradução livre: Os contratos inominados são contratos que não são regulamentados na parte especial do Código das Obrigações nem em uma lei especial. Eles são inominados no sentido de que a lei não os nomeia. Muitos contratos inominados, no entanto, têm nomes dados a eles pelos círculos comerciais envolvidos (factoring, leasing, franchising, etc.). Não é a nomeação que importa, mas sim o fato de que a lei deixa de regulá-los e, portanto, geralmente não dá motivo para nomeá-los. No entanto, também existem contratos que a lei nomeia diretamente ou indiretamente, sem regulamentá-los: mandato (Artigo 517 e seguintes do Código Civil Suíço), contrato de servidão predial (Artigo 732 do Código Civil Suíço), pré-contrato (Artigo 22 do Código das Obrigações), contrato de recompra, contrato de direito de compra e contrato de opção de compra (Artigo 959 do Código Civil Suíço), contrato de fusão (Artigo 749 e seguintes do Código das Obrigações), contrato de licença de patente (Artigo 34 da Lei de Patentes) etc. O importante é que, mesmo nesses casos, a regulamentação legal está ausente, de modo que estamos lidando com contratos inominados (embora nomeados) aqui também.

<sup>685</sup> Cabe ressaltar a característica do direito suíço evidenciada por Walter Schlupe, que explica que a liberdade de contratar sequer se apresenta como garantia expressa naquele ordenamento, o que não impede que se estabeleça na prática: “Eine ausdrückliche Verankerung des Prinzips der Vertragsfreiheit fehlt im schweizerischen Recht. Entgegen einer verbreiteten Auffassung ist die Vertragsfreiheit auch nicht im Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit enthalten. Das Grundrecht fordert nur, daß es ein Privatrecht geben muß, überläßt es aber dem Zivilgesetzgeber, dieses Privatrecht und damit auch die Vertragsfreiheit auszuloten. Das OR gewährt

Tais liberdades, no entanto, devem ser lidas segundo a inserção dos contratos empresariais em uma economia de mercado. Isso porque, considerando as características dos contratos típicos, estruturados a partir do desenvolvimento histórico das relações econômicas que vieram a eventualmente redundar na consolidação de tipos legais, ou, ainda, na reiteração de modelos negociais pelos agentes econômicos de tal maneira a estruturar tipos sociais, se poderia questionar a própria utilidade da atipicidade. Não se pode olvidar, porém, que o sistema econômico capitalista é orientado não somente para a satisfação das necessidades médias dos agentes econômicos – às quais servem os tipos –, mas para a sustentação de um sistema econômico baseado em necessidades e interesses em constante mudança, de tal maneira que novos interesses merecedores de tutela jurídica ensejam também a construção de novas fórmulas contratuais<sup>686</sup>.

Daí a razão pela qual pode ser complexa a apreensão da atipicidade contratual: trata-se precisamente do mecanismo jurídico a que recorrem as partes para estabelecer sua própria disciplina contratual, quando nenhuma outra disciplina disponível e conhecida atende adequadamente aos seus interesses concretos. A respeito do tema, salienta Pedro Pais de Vasconcelos que “[o] conteúdo dos contratos atípicos é constituído formalmente pela estipulação das partes e substancialmente pela auto-regulação contratada”<sup>687</sup>. Não obstante, assinala o autor que, para além da disciplina estipulada no contrato, mesmo nos contratos atípicos incidem as normas dispositivas e cogentes decorrentes das disposições gerais do ordenamento e, ainda, caso exista algum grau de referência a modelos típicos, possivelmente

---

Vertragsfreiheit nicht allgemein und schlechthin; es benützt sich mit der Proklamation der Form- und der Inhaltsfreiheit (Art. 11 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 OR). Damit sind freilich die Voraussetzungen zum Abschluß auch unregelter Verträge geschaffen: Wie die geschichtliche Entwicklung zeigt, konstituieren gerade Formzwang und materielle inhaltliche Beschränkungen (causae) Typenzwang und numerus clausus. Mit der Form- und der Inhaltsfreiheit ist daher grundsätzlich auch die Typenfreiheit anerkannt und gegen den numerus clausus Stellung bezogen. Doch wird auch um sweischerischen Recht die geschriebene Anerkennung der Form- und Inhaltsfreiheit ungeschrieben zur umfassenden Vertragsfreiheit ergänzt, so daß alle Ausprägungen des Prinzips anerkannt werden: Abschluß-, Partnerwahl-, Form-, Aufhebungs- und Inhaltsfreiheit” (SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. pp. 778-779). Tradução livre: O princípio da liberdade contratual não está expressamente consagrado no direito suíço. Contrariamente a uma visão comum, a liberdade contratual também não está contida no direito fundamental da liberdade de comércio e indústria. O direito fundamental exige apenas que haja um direito privado, mas deixa para o legislador civil determinar esse direito privado e, portanto, a liberdade contratual. O Código das Obrigações não concede liberdade contratual de maneira geral e absoluta; ele se contenta com a proclamação da liberdade de forma e de conteúdo (Artigo 11, parágrafo 1, Artigo 19, parágrafo 1 do Código das Obrigações). Com isso, as condições para a celebração de contratos não regulamentados também são estabelecidas: como a evolução histórica mostra, as restrições de forma e de conteúdo (causae) constituem restrições de tipos e um numerus clausus. Portanto, com a liberdade de forma e de conteúdo, a liberdade de tipos também é reconhecida e é tomada uma posição contra o numerus clausus. No entanto, no direito suíço, o reconhecimento escrito da liberdade de forma e de conteúdo é complementado de forma não escrita pela liberdade contratual abrangente, de modo que todas as manifestações do princípio são reconhecidas: liberdade de celebração, liberdade de escolha de parceiro, liberdade de forma, liberdade de rescisão e liberdade de conteúdo.

<sup>686</sup> SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. p. 798.

<sup>687</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 319.

poderão incidir as normas associadas a este tipo<sup>688</sup>.

Assim, nos contratos atípicos *puros*, “as partes têm a necessidade de clausular quase toda a disciplina contratual, salvo apenas aquilo que a lei regular injuntiva ou dispositivamente para todos os contratos, ou para classes de contratos, independentemente de serem típicos ou atípicos”<sup>689</sup>. Os contratos atípicos puros, nesse sentido, não são reconduzidos a um modelo geral com características comuns que justifiquem uma disciplina mais abrangente, já que têm por característica exatamente o traço de originalidade que impede a referência a normas apriorísticas para que se possa apreender o seu regime<sup>690</sup>. Dessa maneira, não seria correto sustentar que os contratos atípicos devem ser analisados a partir de um procedimento de qualificação *sui generis*, já que diriam respeito precisamente a operações econômicas insuscetíveis de serem descritas segundo o direito vigente<sup>691</sup>.

Não sem motivo, Paul Roubier externa certa perplexidade diante dos esforços empreendidos pelos juristas para, quando deparados com um fato ou ato original, encaixá-los nas categorias existentes, de maneira a “violentar inutilmente a realidade” (“*violenter inutilement la réalité*”) em lugar de abandoná-las em nome da constatação de necessidades reais da vida econômica<sup>692</sup>. A já mencionada tendência de “dar vitória ao tipo” em lugar de reconhecer a atipicidade de operações econômicas concretas, por mais que esteja associada a um imperativo de atendimento de exigências de ordem e segurança jurídica nas relações

---

<sup>688</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 320-321. A respeito do tema, cabe transcrever a problemática desenvolvida pelo autor: “O conteúdo do contrato não se restringe ao clausulado e abrange toda a matéria da auto-regulação criada pelas partes, quer diretamente expressa no clausulado, quer indiretamente recebida no contrato por referência. Parece seguro que o direito legal dispositivo do tipo pertence ao conteúdo contratual, mas não é verdade que todo o direito legal injuntivo aplicável a o contrato seja integrante do seu conteúdo. Há direito legal injuntivo aplicável ao contrato que é difícil, se não mesmo impossível, imputar ao conteúdo contratual. O regime fiscal do contrato, por exemplo, está muito claramente fora do seu conteúdo, embora possa pertencer ao conteúdo do contrato uma cláusula em que as partes distribuam entre si os custos fiscais do contrato. Não é fácil traçar uma fronteira nítida, dentro do direito legal injuntivo aplicável ao contrato, que separe o que pertence e o que não pertence ao conteúdo contratual. O critério de distinção deve resultar do conceito de autonomia privada, entendido e operado como conceito funcional, e centrado sobre o poder jurígeno do contrato e sobre a função de auto-regulação que lhe é inerente. Neste sentido, só pode ser tido como pertencente ao conteúdo do contrato aquilo que possa ser posto em vigor pelas partes e cuja força jurídica, cuja juridicidade, possa ser imputada à autonomia privada. O conceito funcional de autonomia privada é apto a fornecer o critério de distinção entre o que está dentro ou fora do conteúdo contratual. Tendo no espírito a função jurígena do contrato, como acto de autonomia privada, é possível ajuizar se uma concreta regulação contida na lei pode ser tida como tributária da autonomia privada, quer dizer, se a sua juridicidade e vigência pode considerar-se originária do contrato e não da lei” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 322).

<sup>689</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 321.

<sup>690</sup> ARANDA, Nathanaël. Le sui generis: un paradoxe pour la représentation du droit? In: NICOD, Marc. *Les affaires de la qualification juridique*. Paris: LGDJ, 2015. pp. 143-160.

<sup>691</sup> ARANDA, Nathanaël. Le sui generis: un paradoxe pour la représentation du droit? In: NICOD, Marc. *Les affaires de la qualification juridique*. Paris: LGDJ, 2015. pp. 143-160.

<sup>692</sup> ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit: Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2.ed. Paris: Sirey, 1951. p. 17.



negociais, ignora o elemento regulador peculiar às figuras *sui generis*, que afrontam a rigidez das divisões fundamentais ao propor estruturas diversas daquelas aprioristicamente previstas<sup>693</sup>.

A atipicidade contratual, nesse sentido, consiste no pano de fundo dogmático aplicável aos contratos surgidos da inovação e da criatividade dos agentes econômicos, que, por intermédio de novos negócios, assumem novos riscos (que, em última análise, justificam o lucro do empresário), criam novas estruturas e necessidades nos mercados, e motivam a formulação de soluções jurídicas igualmente inovadoras para equacionar responsabilidades associadas a essas operações econômicas não previstas pela legislação ou pelos usos e costumes mercantis. Daí salientar Dominique Grillet-Ponton que diversos fatores são capazes de motivar a criação de novos esquemas contratuais, notadamente o desenvolvimento do setor de prestação de serviços, o surgimento de novos bens de natureza abstrata ou intelectual, o desenvolvimento tecnológico, dentre outros fenômenos que desafiam os modelos predeterminados pelo ordenamento<sup>694</sup>.

Tal estado de coisas, por conseguinte, não somente consiste em decorrência direta da autonomia privada, como também ressalta o potencial de inovação dos contratos empresariais no ordenamento jurídico, de maneira que a possibilidade de celebração de contratos atípicos constitui uma espécie de referendo permanente, pela ordem normativa, das necessidades oriundas da prática mercantil, que receberão proteção jurídica adequada desde que não atentem contra preceitos gerais do direito<sup>695</sup>. Naturalmente que, conforme aponta Nicolas Gras, a elaboração do contrato começará inevitavelmente por uma investigação a respeito do que é possível e do que é proibido, uma vez que os contratos atípicos somente serão admitidos caso estejam inseridos no quadro jurídico vigente, qualquer que seja a sua natureza<sup>696</sup>.

---

<sup>693</sup> ARANDA, Nathanaël. Le *sui generis*: un paradoxe pour la représentation du droit? In: NICOD, Marc. *Les affaires de la qualification juridique*. Paris: LGDJ, 2015. pp. 143-160.

<sup>694</sup> GRILLET-PONTON, Dominique. *Essai sur le contrat innommé*. 1982 (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Université Jean Moulin-Lyon III, Lyon, 1982. pp. 21-22.

<sup>695</sup> Nesse sentido: GRILLET-PONTON, Dominique. *Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle*. *Recueil Dalloz*. n. 21, pp. 331-336, jun. 2000. p. 331.

<sup>696</sup> Segundo o autor: “L’élaboration du contrat commence inévitablement par une recherche du possible et de l’interdit. Les parties se doivent de rechercher un cadre législatif défini dans lequel elles pourront concevoir leurs prestations, entendue dans le sens des obligations auxquelles elles s’engagent. Tous les contrats s’inscrivent dans un cadre juridique particulier ou du moins se doivent de respecter les dispositions légales commandées par l’ordre public. Les contrats innomés, complexes ou *sui generis* n’échappent pas à cet impératif alors même qu’aucun régime juridique propre ne les encadre. Quelle que soit la nature du contrat en cause, il reste soumis au droit général des obligations et aux différentes règles exigées par le législateur” (GRAS, Nicolas. *Essai sur les clauses contractuelles*. 2014 (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Université d’Auvergne, Clermont-Ferrand, 2014. p. 25). Tradução livre: A elaboração de um contrato começa inevitavelmente com a investigação do possível e do proibido. As partes devem procurar um enquadramento legal definido no qual possam conceber suas prestações, entendidas no sentido das obrigações às quais se comprometem. Todos os contratos estão sujeitos a um quadro jurídico específico ou, pelo menos, devem respeitar as disposições legais prescritas pela ordem pública. Mesmo os contratos atípicos, complexos ou *sui generis* não escapam a esse imperativo, mesmo que não sejam

Os contratos atípicos, por conseguinte, têm a característica de modificar a ordem jurídica ao introduzir uma operação econômica que não é aprioristicamente acolhida pelos modelos existentes, tendo o condão de transcender mesmo os limites elásticos dos tipos legais ou sociais – ou, no mínimo, de modificar ou pretender derrogar algumas de suas características essenciais<sup>697</sup>. Daí ser possível dividir os contratos atípicos em contratos atípicos puros – isto é, aquelas operações econômicas que não referenciam diretamente nenhum tipo conhecido – e contratos mistos – que, por mais que sejam atípicos, já que não se identificam com modelos legais de maneira precisa, mantêm algum grau de tipicidade por aludirem a características de modelos contratuais preexistentes<sup>698</sup>. Dessa maneira, ao passo que o processo de qualificação é

---

regulados por um regime jurídico próprio. Independentemente da natureza do contrato em questão, ele permanece sujeito ao direito geral das obrigações e às diversas regras exigidas pelo legislador.

<sup>697</sup> “Läßt sich ein in der Rechtswirklichkeit von den privatautonomem Vertragsparteien in Ausnutzung ihrer Vertragsinhaltsfreiheit abgeschlossener Schuldvertrag nicht in die gesetzliche Typenordnung des BGB, des HGB oder der Spezialgesetze einordnen, so kann man ihn als atypischen Vertrag im weiteren Sinne bezeichnen. Freilich führt nicht schon jede Modifikation einzelner Rechte und Pflichten zu einem atypischen Vertrag. Die gesetzlich geregelten Schuldvertragstypen lassen vielmehr durchweg gewisse Modifikationen oder Variationen der Rechte und Pflichten zu, die sich innerhalb des Typus bewegen. Das Bestehen einer Modifikations- oder Variationsbreite ohne feste Grenzen kennzeichnet gerade den rechtlichen Typus gegenüber dem Rechtsbegriff. Ein Rechtsbegriff ist bei Vorliegen einer bestimmten Anzahl von Voraussetzungen (Begriffsmerkmalen) erfüllt, bei Fehlen auch nur eines Merkmals ist er nicht erfüllt, gleichviel ob die Voraussetzungen zum engeren Begriffskern oder zum weiteren Begriffshof gehören. Das Vorliegen eines Typus bestimmt sich dagegen in einem auf Sinn- und Funktionszusammenhänge abstellenden Wertungsakt des Rechtsanwenders. Stellt sich eine vertragliche Vereinbarung danach als bloße Modifikation oder Variation eines gesetzlichen Vertragstyps dar, dann wird häufig – mißverständlich, aber gebräuchlich – von einem ‘atypischen’ Kauf-, Werk- oder Mietvertrag usw. gesprochen. Gemeint ist aber ein aufgrund der Modifikation oder Variation lediglich ‘untypischer’, vom zulässigen Änderbarkeitsspektrum des gesetzlichen Vertragstyps jedoch urchaus (noch) gedeckter Vertrag. Hierzu gehören etwa die sogenannten Verträge mit andersartiger Nebenleistung, bei denen die von den essentiali negotii abhängige Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp unberührt bleibt” (MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. pp. 19-20). Tradução livre: Se um contrato celebrado na realidade jurídica pelas partes contratantes, aproveitando a sua liberdade de estipular o conteúdo do contrato, não pode ser classificado na ordem legal dos tipos do Código Civil Alemão (BGB), do Código Comercial Alemão (HGB) ou de leis especiais, ele pode ser chamado de contrato atípico no sentido mais amplo. No entanto, nem toda modificação dos direitos e obrigações constitui um contrato atípico. Pelo contrário, os tipos de contratos regulamentados por lei permitem certas modificações ou variações dos direitos e obrigações que se enquadram dentro do tipo. A existência de uma faixa de modificações ou variações sem limites rígidos é o que caracteriza o tipo jurídico em oposição ao conceito jurídico. Um conceito jurídico é considerado satisfeito quando todas as características do conceito estão presentes, e não está satisfeito se qualquer uma das características estiver ausente, independentemente de as condições se enquadrarem no núcleo conceitual mais restrito ou mais amplo. A existência de um tipo, por outro lado, é determinada por um ato de valoração do intérprete do direito, baseado em relações de significado e função. Se um contrato for percebido como uma simples modificação ou variação de um tipo contratual legal, é frequentemente – embora de forma imprecisa, mas comum – referido como um contrato “atípico” de compra, trabalho, locação, etc. No entanto, o termo se refere a um contrato “não típico” devido à modificação ou variação, mas ainda dentro do espectro permitido de alterações do tipo contratual legal. Isso inclui, por exemplo, os chamados contratos com prestações acessórias diferentes, nos quais a atribuição a um tipo específico de contrato dependente dos elementos essenciais do negócio não é afetada.

<sup>698</sup> Nesse sentido: “Man pflegt die Innominatverträge in zwei Gruppen einzuteilen: Gemischte Verträge (mixti iuris, mixti generis) und Verträge eigener Art (sui iuris, sui generis): – Die gemischten Verträge zeichnen sich dadurch aus, daß die vereinbarten Vertragsleistungen Essentialia verschiedener Vertragstypen kombinieren. – Demgegenüber sind Verträge eigener Art dadurch charakterisiert, daß sie gänzlich neue Schöpfungen darstellen” (SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. p. 771). Tradução livre: Costuma-se classificar os contratos atípicos em duas categorias: Contratos mistos (mixti iuris, mixti generis) e Contratos de natureza própria (sui iuris, sui generis): Os contratos mistos são caracterizados pelo fato de que as

fundamental para a apreensão do regime dos contratos típicos (sejam eles legal ou socialmente típicos), a ausência de um regime normativo associado aos contratos atípicos produz um processo de *desqualificação* da atipicidade em prol da aplicação analógica de regimes típicos<sup>699</sup>. É verdade que a distinção entre os contratos atípicos puros e os contratos mistos pode não ser clara, especialmente diante da circunstância de que o contrato misto dificilmente consiste em uma simples justaposição de contratos típicos, e sim em uma mistura de elementos de tipicidade e atipicidade – de maneira que se pode constatar se um contrato conta com um grau maior ou menor de tipicidade<sup>700</sup>.

A análise de contratos atípicos, nesse sentido, exige um intenso contato do intérprete com o contexto em que concretamente tais negócios são celebrados, de tal maneira que ganham força os diversos elementos que compõem o complexo de normatividade em que se inserem essas avenças. Por esse motivo, salienta Pedro Pais de Vasconcelos que a disciplina concreta do contrato atípico é constituída não somente pela vontade das partes e pelo regime normativo estipulado para aquela operação econômica, mas também por contributos de diversos setores da ordem jurídica, como é o caso das normas cogentes constantes de lei, da legislação dispositiva aplicável aos contratos em geral, de parâmetros de justiça, e de cláusulas gerais

---

prestações acordadas combinam elementos essenciais de diferentes tipos contratuais. Por outro lado, os contratos de natureza própria são caracterizados pelo fato de serem criações completamente novas.

<sup>699</sup> “A circunstância de não se acharem disponíveis no sistema normas directamente aplicáveis aos contratos inominados – justamente por se tratar de contratos inominados, e na medida em que o sejam – suscita problemas diversos. A este défice de mecanismos legais aplicáveis (fundamentalmente, mecanismos legais de controle do conteúdo dos contratos), e ao conseqüente recurso à aplicação de regras dispostas para contratos ‘análogos’ andam, em primeiro lugar, associados problemas que têm a ver com uma possível necessidade de desqualificar, no procedimento aplicativo, tais regras predispostas para os contratos análogos. Desqualificação, esta, já no confronto com a intervenção da vontade hipotética das partes – quer dizer, há que saber se as regras supletivas mantêm a sua posição applicativa, nos termos do art. 239.º do Código Civil, de prevalência em face da indagação da vontade hipotética das partes –, já no confronto com as normas gerais dos contratos e das obrigações – quer dizer, importa saber se, por se tratar de uma aplicação de normas directamente destinadas a outros tipos contratuais, tais normas mantêm a prevalência, na sua aplicação aos contratos inominados em exame, sobre as regras gerais dos contratos e das obrigações –, já traduzida na própria circunstância de as regras imperativas poderem não ser susceptíveis de aplicação aos contratos análogos” (COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. pp. 29-30).

<sup>700</sup> “Die Abgrenzung ist keineswegs so klar, wie sie auf Anhieb erscheinen mag. So ist sehr wohl denkbar, daß ein konkreter Vertrag als mixti und zugleich als sui iuris zu qualifizieren ist. Das trifft dann zu, wenn die Tatbestandselemente geregelter und ungeregelter Verträge vermischt werden. Gemischte Verträge und Verträge eigener Art lassen sich demnach nur dann konträr gegenüberstellen, wenn einerseits nur gesetzlich geregelte Tatbestandselemente in gesetzlich nicht geregelter Form gemischt werden, andererseits einheitliche Verträge vorliegen, die gesetzlich nicht geregelt sind und sich nicht als Mischung von Tatbeständen qualifizieren lassen; und zwar werden von geregelten oder ungeregelten Elementen unter sich, noch von geregelten und ungeregelten Gliedern” (SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. pp. 771-772). Tradução livre: A distinção não é tão clara quanto pode parecer à primeira vista. É perfeitamente possível que um contrato específico seja classificado como misto e ao mesmo tempo como sui iuris. Isso ocorre quando os elementos dos tipos contratuais regulamentados e não regulamentados são misturados. Portanto, contratos mistos e contratos de natureza própria só podem ser contrastados quando, por um lado, apenas elementos regulamentados por lei são misturados de forma não regulamentada e, por outro lado, contratos únicos não regulamentados por lei e que não podem ser classificados como uma mistura de elementos regulamentados e não regulamentados.

como a boa-fé objetiva<sup>701</sup>. A estes elementos pode-se acrescentar, como se abordará com maior profundidade no próximo Capítulo, os vetores da contratação empresarial, a cláusula geral de vedação ao abuso de direito e, em última análise a própria necessidade de o ordenamento coibir eventuais abusos na liberdade de contratar.

De toda sorte, é fundamental notar que as características diversas que podem marcar os contratos atípicos devem ensejar soluções distintas, na medida em que se pode identificar elementos de tipicidade mesmo em negócios que não estejam disciplinados em lei. De fato, por mais que a criatividade dos agentes econômicos não tenha limites, as formas atípicas mais comuns são justamente aquelas nas quais elementos de contratos variados interagem para produzir um novo modelo contratual, situação na qual a tendência de “dar vitória ao tipo” ganha ainda mais relevância, já que provoca a reflexão a respeito da forma pela qual a tipicidade interage com a autonomia privada para a construção de contratos atípicos.

Nesse sentido, salientam Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova que a proclamação legal da admissibilidade dos contratos atípicos não consiste necessariamente na criação de um marco fundamental da história do Direito dos Contratos por afastar a contratação moderna do rígido sistema romano, na medida em que os sistemas jurídicos contemporâneos ainda produzem ecos relevantes sobre a atuação dos julgadores, cuja conduta é amplamente orientada por tipos informados pela lei ou pela doutrina<sup>702</sup>. Não obstante, os novos negócios ganham relevância cada vez maior na economia contemporânea, marcada pela disrupção das operações econômicas promovidas pelas tecnologias e mesmo pelo incremento da complexificação dos mercados, de sorte que haveria potencial paradoxo no apego à tipicidade enquanto há espaço para o franco desenvolvimento da autonomia privada<sup>703</sup>.

---

<sup>701</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 323-325. Nesse sentido: “Se o contrato é o domínio por excelência da autonomia privada, tal não significa contudo que o seu contributo seja o único para a concretização da disciplina contratual. A Lei, que a injuntiva, que a dispositiva, desempenha um papel importantíssimo na concretização da disciplina do contrato. Os preceitos injuntivos da lei têm valor jurídico superior ao dos preceitos negociais. Os preceitos legais dispositivos, ao contrário, têm força jurídica inferior à dos preceitos contratuais e são por eles afastados quando colidam; mas têm um papel muitíssimo relevante para a determinação da disciplina do contrato sempre que as partes não tenham estipulado nas matérias a que se aplicam. Os preceitos legais são ainda especialmente relevantes, no caso dos contratos legalmente típicos, quando formam o modelo regulativo típico e fornecem, assim, às partes uma disciplina de referência tendencialmente completa ou, pelo menos, suficiente para o contrato. Mesmo no campo dos contratos atípicos mistos, de tipo modificado ou de tipo múltiplo, os preceitos legais que formam os modelos típicos na lei contribuem fecundamente para a concretização da disciplina do contrato e para a resolução das questões por ele suscitadas” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 324).

<sup>702</sup> SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3.ed. Turim: UTET, 2004. v. II, p. 444.

<sup>703</sup> Como se pôde afirmar em artigo específico sobre o tema, “o encapsulamento da autonomia da vontade em modelos típicos, assim como em metodologias cujo teor seja invariavelmente o de reconduzir negócios atípicos a modelos previamente disciplinados por lei ou por costume, produz situação verdadeiramente contraditória na qual, em lugar de se dar guarida a novos modelos contratuais a partir da estruturação de um conjunto de normas interpretativas gerais associadas a uma concepção minimamente bem definida de contrato, devem os operadores do direito e da economia constantemente consultar um catálogo de tipos contratuais cujos regimes fatalmente

Conforme indicam os autores supramencionados, em análise da jurisprudência italiana, mesmo ao depararem-se com situações aparentemente inéditas os tribunais tendem a estabelecer parâmetros analíticos fixos, baseados em uma tipicidade inexistente no caso concreto, mas tida como ideal regulativo do sistema jurídico-contratual. É interessante, nesse sentido, a alegoria narrada por Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova, segundo a qual a imagem que a leitura da legislação sugere é a de uma vasta área contínua, representada pelos possíveis contratos atípicos pontilhada de pequenas ilhas que correspondem aos contratos típicos. Porém, diante da irrelevância para fins de qualificação das cláusulas atípicas (que acabam por ser absorvidas pelos tipos), as mencionadas ilhas transbordam seus limites originários para invadir porções cada vez maiores da área de atipicidade<sup>704</sup>.

Dessa maneira, a atipicidade é constantemente obscurecida pelo esforço de qualificar contratos dogmatically e inseri-los nas categorias tradicionais, de forma que mesmo o papel conformador da jurisprudência apenas raramente recairia sobre contratos atípicos – a criar inclusive a ilusão de que a atipicidade seria rara ou mesmo que viria deixando de existir<sup>705</sup>. Interessante, nesse sentido, o paralelo traçado por Guido Astuti com relação ao

---

atrairão caso tangenciem minimamente alguma de suas características. [...] Observe-se, por conseguinte, que não se está a falar propriamente em uma *crise do contrato* – tendo em vista que os agentes econômicos constantemente elaboram e celebram novas modalidades contratuais ou aperfeiçoam modelos negociais já existentes –, mas em uma crise da teoria geral dos contratos diante do grande crescimento das possibilidades de contratação e da grande diversidade de operações econômicas encartadas em negócios jurídicos contratuais” (PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Nuda pactio obligationem non parit? Os contratos atípicos no Direito Romano e as dificuldades contemporâneas da herança romanística*. In: COSTA-NETO, João; tartuce, Flávio; ZANITELLI, Leandro Martins. *Ensaio sobre direito civil, filosofia do direito privado e direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. pp. 46-47).

<sup>704</sup> Tradução livre do original: “L’immagine che la lettura del codice ci suggerisce è quella di una vasta area continua, rappresentata dai possibili contratti atipici, punteggiata di isolotti, costituiti dalle aree dei contratti tipici. Attraverso l’irrelevanza (ai fini della qualificazione) delle clausole atipiche, noi vediamo i vari isolotti debordare dai limiti originari ed allargarsi invadendo porzioni sempre maggiori dell’area dei contratti atipici” (SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3.ed. Turim: UTET, 2004. v. II, p. 448). Tradução livre: A imagem que a leitura do código nos sugere é a de uma vasta área contínua, representada pelos possíveis contratos atípicos, pontilhada por ilhotas constituídas pelas áreas dos contratos típicos. Através da irrelevância (para fins de qualificação) das cláusulas atípicas, vemos as várias ilhotas transbordarem dos limites originais e se expandirem, invadindo porções cada vez maiores da área dos contratos atípicos.

<sup>705</sup> Nesse sentido: “Ora [...], naturalmente que para os contratos inominados, não havendo regras supletivas disponíveis, não se acha disponível no sistema, de igual forma, um qualquer ‘quadro director’ que possa servir de critério de controle do conteúdo de tais contratos. Simplesmente, não se deve esquecer que, por um lado, o campo de aplicação das regras contratuais supletivas deve ser alargado até onde a verificação do nexa de analogia o permita, pelo que é perfeitamente possível a aplicação de regras (supletivas), próprias de um tipo contratual, a um tipo (inominado) diverso, quer para fins de aplicação meramente subsidiária [...], quer para fins de controle de conteúdo contratual [...] por força da sua função de ‘quadro director’; por um lado, há evidentemente um extenso corpo de regras supletivas gerais, cujo campo de aplicação se estende pois a todo o direito das obrigações ou dos contratos, pelo que em relação a estas nenhum problema se suscita; finalmente, e de acordo com o que atrás se disse, a ausência de um quadro director que sirva de padrão de controle do conteúdo das cláusulas contratuais gerais não impede a aplicação do critério geral da boa fé [...] frente ao qual o ‘quadro’ representado pelas regras dispositivas configura tão-somente um meio ou auxiliar de aplicação” (COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. pp. 39-40).

direito medieval, quando os glosadores procuravam ressaltar a rigidez dos tipos romanos, enquanto as praças comerciais faziam circular modelos contratuais atípicos cuja validade não era posta em discussão nem em sede prática, nem em sede teórica<sup>706</sup>.

Dessa maneira, os contratos empresariais tendem a ser o espaço por excelência para o desenvolvimento de novos negócios, no entanto o ordenamento carece de instituições que recepcionem a inovação negocial corporificada na atipicidade segundo estruturas dogmáticas próprias, e não pela reconstrução de uma tipicidade que não necessariamente decorre do contrato entabulado entre as partes. Como se buscará demonstrar a seguir, a dogmática contratual tem estruturado metodologias intrincadas para lidar exatamente com a mencionada interação entre tipicidade e atipicidade nos chamados contratos mistos, de modo a gerar alguma controvérsia quanto à adequação de cada um desses métodos com o imperativo de proteção à liberdade de contratar. Mais adiante, se buscará abordar as escassas ferramentas dogmáticas para lidar com os contratos atípicos puros, a serem aqui denominados por *novos negócios*, com vistas a evidenciar as deficiências teóricas a respeito do tratamento da matéria no direito brasileiro.

### **V.3. A busca por elementos de tipicidade como mecanismo de reconstrução do regime normativo dos contratos atípicos: o caso dos contratos mistos**

A literatura sobre contratos atípicos dedica-se em larga medida a desenvolver metodologias de apreciação da atipicidade, de maneira a arquitetar critérios instrumentais de operacionalização de negócios jurídicos cujo regime não decorra de maneira autoevidente da lei, ainda que reúnam alguns elementos de modelos contratuais conhecidos. Trata-se, por conseguinte, de métodos voltados especialmente a manejar contratos mistos, que acabam por receber considerável relevância prática especialmente em razão da circunstância de serem raros os contratos atípicos puros, ou seja, aqueles nos quais não há indícios da incidência de qualquer modelo contratual conhecido (seja ele legal ou socialmente típico). Nesse sentido, um ponto de partida relevante para a reconstrução da disciplina dos contratos atípicos é a distinção entre os contratos atípicos puros e aqueles que detêm elementos próprios de tipos legais ou sociais<sup>707</sup>.

A designação *contratos atípicos mistos* é digna de destaque e deve ser apreciada com atenção não somente para o intuito de valorizar-se a categoria dos contratos atípicos ao

---

<sup>706</sup> ASTUTI, Guido. *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*. Milão: Giuffrè, 1952. p. 18.

<sup>707</sup> MARTINS, Antônio Payan. O contrato de patrocínio – Subsídios para o estudo de um novo tipo contratual. *Direito e Justiça*. v. 12, n. 2, pp. 187-243. 1998. p. 230.

abarcam o conjunto de negócios que ocupa espaço de maior relevância prática em se tratando de contratos inominados, mas principalmente em razão da circunstância de que, apesar de muitas vezes serem caracterizados por unirem características de vários modelos típicos (assim constituindo um modelo não disciplinado pela lei e, portanto, um contrato atípico), não se descarta a existência de *contratos típicos mistos* – também chamados pela literatura alemã de contratos de duplo tipo ou duplamente típicos (*doppeltypischen Verträge*) –, isto é, negócios típicos que se caracterizam por unir elementos de outros modelos conhecidos, mas que são descritos pela lei como uma operação econômico-jurídica autônoma<sup>708</sup>. É o caso, segundo Otto Gassner, da figura alemã do *Werkdienstwohnung*, espécie de locação vinculada a um contrato de trabalho no qual se aluga um imóvel para a residência do empregado<sup>709</sup>.

A dedicação da literatura aos contratos mistos, nesse sentido, é motivada por um imperativo de ordem prática, bem destacado por Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova: quase sempre o contrato legalmente atípico produz efeitos próprios de contratos típicos, de maneira que a qualificação de um contrato como complexo ou misto constitui o caminho lógico para incorporar um negócio aos tipos que mais dele se aproximam<sup>710</sup>. Assim, considerando a centralidade dos modelos típicos na análise contratual, produz-se uma exigência concreta de aplicação de regimes típicos, razão pela qual a literatura tem desenvolvido uma série de cânones voltados a possibilitar a qualificação – através de tipos – mesmo dos contratos que não são diretamente reconduzíveis a esquemas típicos<sup>711</sup>.

Evidentemente que, como se pretenderá demonstrar com a descrição dos cânones voltados à operacionalização de contratos mistos, a aplicação desses métodos deve se dar com cautela, seja em razão do fato de que o ordenamento brasileiro não se posicionou explicitamente pela adoção de um ou de outro<sup>712</sup>, seja diante do risco de a adoção de uma ou outra solução

---

<sup>708</sup> GABNER, Otto. Rechtsanwendung beim doppeltypischen Vertrag am Beispiel der Werkdienstwohnung. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 186, n. 4, pp. 325-355, 1986.

<sup>709</sup> GABNER, Otto. Rechtsanwendung beim doppeltypischen Vertrag am Beispiel der Werkdienstwohnung. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 186, n. 4, pp. 325-355, 1986.

<sup>710</sup> SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3.ed. Turim: UTET, 2004. v. II, p. 448).

<sup>711</sup> DEL PRATO, Enrico. Contratti misti: variazioni sul tema. *Rivista di diritto civile*. v. 58, n. 1, pp. 87-120, jan./fev. 2012. p. 87.

<sup>712</sup> Vale assinalar que há ordenamentos que explicitamente se posicionam pela implementação de um determinado método. É o caso do *Burgerlijk Wetboek* holandês, que no art. 215 de seu Livro 6 estabelece que, havendo mais de um regime contratual incidente sobre determinado negócio jurídico, ambos os regimes aplicar-se-ão simultaneamente, na medida em que não forem incompatíveis (“Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet” – Tradução livre: Quando um contrato tiver as características de dois ou mais tipos legalmente regulados, as disposições legais específicas de cada um desses tipos devem se aplicar simultaneamente, exceto na situação em que estas disposições não sejam facilmente compatíveis ou se suas implicações necessárias, diante da natureza do contrato, não autorizem aplicação simultânea). Situação semelhante ocorre com o Código

interpretativa para contratos mistos servir para desnaturar as opções decorrentes do exercício da autonomia privada dos agentes econômicos ao impor regime distinto daquele almejado pelas partes. A figura do contrato misto, assim, surge para superar a aparente dicotomia entre a identificação de contratos *sui generis* a partir da agregação de elementos de outros tipos – solução que potencialmente aumentaria a complexidade da análise, considerando a ausência de um regime claro e seguro para tratar dos contratos puramente atípicos – e da mera consunção de elementos de outros contratos típicos por um tipo predominante<sup>713</sup>.

Da mesma maneira, não se pode confundir os contratos atípicos mistos com os contratos conexos ou coligados, na medida em que não se está a falar, no caso dos primeiros, na pluralidade de relações jurídicas conectadas por um vínculo funcional, mas de um único negócio que reúne características de tipos contratuais distintos<sup>714</sup>. É verdade que os contratos coligados também podem desempenhar função relevante no processo de qualificação contratual, e podem até mesmo servir para derrogar determinadas disposições legais – como ocorre, por exemplo, na sublocação vinculada ao contrato de franquia, cujo preço pode ser maior do que o da locação, hipótese que veio a ser positivada no art. 3º, parágrafo único, da Lei

---

Civil da República Popular da China, que, em seu art. 467, taxativamente determina a aplicação por analogia do contrato mais similar ao celebrado, *mutatis mutandis* (“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定” – Tradução livre: Para contratos não previstos explicitamente por este Código ou outras leis, as Disposições Gerais deste Livro deverão ser aplicadas, e as disposições constantes deste Livro e em outras leis para um tipo contratual que mais se assemelhe ao negócio em questão devem ser aplicadas, mudando o que deve ser mudado).

<sup>713</sup> Tal dicotomia é descrita por Charmatz ao descrever a dogmática alemã imediatamente posterior à edição do BGB: “Regelsberger kennt also nur die Alternative: eigenartiges Vertragsgebilde (Vertrag *sui generis*) oder Konsumtion zugunsten einer Leistung und damit zugunsten eines Vertragstyps. Die Frage wird aber nicht beantwortet, sondern nur die beiden Möglichkeiten der Beantwortung zur Diskussion gestellt” (CHARMATZ, Hans. *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*: Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge. Frankfurt sobre o Meno: Sauer & Auvermann, 1968. p. 294). Tradução livre: Regelsberger, portanto, apenas conhece as seguintes alternativas: uma estrutura contratual peculiar (contrato *sui generis*) ou a consunção em favor de uma operação e, portanto, de um tipo contratual. Contudo, a pergunta não é respondida, já que somente essas duas respostas possíveis são colocadas em discussão.

<sup>714</sup> Nesse sentido: “Hier handelt es sich nicht um eine Mehrheit miteinander verbundener Verträge, sondern um einen einheitlichen Vertrag, dessen Tatbestandstüde aber teilweise oder sämtlich bei verschiedenen typischen Vertragsarten geregelt sind. Freilich ist ein solches Tatbestandstüde dort nie ganz allgemein, sondern, nur für diesen Vertragstypus geregelt (z. B. beziehen sich die im Tit. VI BGB gegebenen Vorschriften über Dienstleistungen nur auf die aus einem Dienstvertrag geschuldeten Dienstleistungen). Wenn die Unwendung derartiger Vorschriften auf entsprechende Tatbestandstüde eines gemischten Vertrages ist gleichwohl unter Umständen zulässig. Ob diese Unwendung eine direkte analoge ist, dann erst bei den einzelnen Arten dargelegt werden” (ENNECERUS, Ludwig. *Recht der Schuldverhältnisse*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1958. p. 395). Tradução livre: Aqui não se trata de um conjunto de contratos interligados, mas sim de um contrato único, cujos elementos constitutivos são parcial ou totalmente regulados por diferentes tipos de contratos típicos. No entanto, esses elementos constitutivos nunca são regulados de forma completamente geral, mas apenas para esse tipo específico de contrato (por exemplo, as disposições no Título VI do Código Civil Alemão sobre serviços se aplicam apenas aos serviços devidos em um contrato de prestação de serviços). A aplicação dessas disposições a elementos constitutivos correspondentes de um contrato misto pode ser permitida em certas circunstâncias. Se essa aplicação constitui uma analogia direta será detalhada nos casos individuais.



nº. 13.966/2019 –, porém se trata de fenômeno distinto que não será objeto deste trabalho<sup>715</sup>.

É verdade que, também para os contratos mistos, há consideráveis imprecisões e ambiguidades conceituais, notadamente quando são associados à categoria mais genérica dos contratos *complexos*, isto é, aqueles negócios que reúnem características de contratos variados em uma única operação econômica – classificação que comumente abarca também os contratos coligados. No caso específico dos contratos mistos, salienta Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho que o cenário de imprecisão é ainda mais alarmante, uma vez que a alusão à *complexidade* desses contratos pode tender a suplantar a singularidade dessas formações contratuais para que se lhes apliquem combinações de regimes típicos em detrimento da consideração da operação econômica pretendida pelas partes<sup>716</sup>.

Diante desse cenário, o destaque dado aos contratos mistos não raro serve para obscurecer a indelével marca de atipicidade que os caracteriza, promovendo o já mencionado fenômeno de *desqualificação* de contratos atípicos em prol da aplicação analógica dos regimes típicos eventualmente invocados por algum dos elementos do negócio concreto. Pontes de Miranda, nesse sentido, já salientava que “[o]s juristas que têm tratado dos negócios jurídicos complexos ou mistos [...] têm encambulhado, sob o nome dessa classe de negócios jurídicos, negócios jurídicos que não são mistos; são espécies à parte, que a lei não previu”<sup>717</sup>. Dessa maneira, para a descoberta do regime aplicável a esses contratos pode-se remeter a disposições gerais – sejam elas de natureza dispositivas ou cogente –, mas não às normas especiais de dois ou mais dos modelos contratuais típicos cujos indícios se pode encontrar no contrato sob análise.

De fato, em se tratando de negócios jurídico em que se pode identificar algum grau de tipicidade, não se pode ignorar que a busca por parâmetros de operacionalização desses contratos é, em larga medida, facilitada pelo recurso à disciplina desses modelos típicos. Não é de todo absurdo, por conseguinte, cogitar-se da interpretação analógica de contratos atípicos

---

<sup>715</sup> A respeito do tema: “Cumpre neste momento esclarecer que a coligação contratual é importante fator de derrogação dos regimes típicos. À exceção dos tipos contratuais acessórios (v.g., contrato de fiança), o tipo normal ou empírico, extraído da própria regulação que lhe corresponde, é o tipo ‘puro’, desvinculado de outros contratos. Diante da coligação, é preciso indagar se o contrato coligado, apesar de passível de recondução ao conceito de tipo previsto em lei, não obstante a possibilidade de qualificar o contrato in concreto como pertencente ao tipo em questão, justifica-se a inaplicabilidade de parte da regulação a ele correspondente. Tal derrogação justifica-se pelo afastamento do contrato coligado em relação ao tipo normal. Em última análise, o seu fundamento é o princípio da liberdade contratual e a própria vontade das partes, evidenciada por meio da interpretação” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182).

<sup>716</sup> COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. pp. 11-15.

<sup>717</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III, p. 248.

mistos tendo por referência elementos típicos neles contidos, apesar da necessidade de se ter presente que tal recurso pode muitas vezes servir para desqualificar a vontade manifestada pelas partes em prol de uma vontade presumida, deduzida do ordenamento, que pode eventualmente se distanciar dos interesses dos agentes contratantes. É nesse cenário que surgem as metodologias de análise dos contratos atípicos, há muito consagrados pela literatura para diversos impasses vinculados à busca pelo direito aplicável a esses negócios.

O primeiro desses métodos é a chamada *teoria da absorção*, que teve por formulador e um de seus principais defensores o jurista alemão Philipp Lotmar, em obra voltada a investigar os elementos constitutivos do contrato de trabalho (*Arbeitsvertrag*)<sup>718</sup>. Dentre as principais preocupações de Lotmar, nesse sentido, estava a de diferenciar o contrato de trabalho de outros negócios jurídicos, como a prestação de serviços regida pelo Direito Civil e alguns tipos de compra e venda.

Isso porque, em um período de consolidação das bases dogmáticas do Direito do Trabalho, no âmbito do qual havia ainda considerável indistinção do entre este ramo do direito e outros segmentos do Direito Privado, era ainda fundamental estruturar um método confiável para a identificação dos pressupostos da relação de emprego para que viessem a incidir as respectivas normas protetivas. Segundo Lotmar, identificar a existência de um acordo para a prestação de serviços laborativos remunerados muitas vezes não seria suficiente para a configuração da relação de emprego, notadamente quando a prestação de serviços estivesse atrelada a elementos típicos de outros modelos contratuais<sup>719</sup>.

Dessa forma, seria possível cogitar-se (i) da simples cumulação do contrato de trabalho com o outro contrato a ele atrelado, de tal maneira que seriam apreciados como dois negócios jurídicos distintos; (ii) da absorção dos elementos de um negócio pelo outro cujos elementos sejam predominantes, de sorte que se constataria a existência de um único contrato; (iii) da combinação dos dois negócios jurídicos, sem que se suprimisse um ou outro em razão da predominância dos elementos típicos de um deles, somando-se os regimes jurídicos (hipótese que, de acordo com Lotmar, seria tão somente uma variante da absorção, já que também consiste em tratar dois negócios como um só)<sup>720</sup>.

Diante dessas opções, e considerando a natureza protetiva das normas de Direito do

---

<sup>718</sup> LOTMAR, Phillip. *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1902. pp. 176-177.

<sup>719</sup> LOTMAR, Phillip. *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1902. pp. 176-177.

<sup>720</sup> LOTMAR, Phillip. *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1902. p. 177.

Trabalho, sustenta o autor que, em geral, a absorção de um tipo contratual por outro é a mais adequada quando o intérprete se depara com contratos de trabalho que também reúnem características de compra e venda ou de locação, sem prejuízo de casos concretos indicarem que outro critério seria mais adequado para adequadamente tratar das necessidades das partes envolvidas<sup>721</sup>.

Conforme esclarece Enrico del Prato<sup>722</sup>, a teoria da absorção alcançou notável influência no Direito Internacional Privado, e, mais especificamente, no Direito Europeu, no âmbito do qual ganham relevância as cláusulas de escolha do direito aplicável ao contrato: na falta de indicação do direito aplicável, a Comunidade Europeia determina que o regime será determinado pela “prestação característica” do contrato<sup>723</sup>. Salienta Anna Maria Russo, nesse sentido, que a adoção expressa da teoria da absorção como único parâmetro de seleção da norma contratual aplicável – justificável em razão da circunstância de tutelar-se interesses metaindividuais – representa posicionamento explícito pela limitação da liberdade negocial<sup>724</sup>, observação que é condizente com a própria origem da mencionada teoria (a esfera tutelar do Direito do Trabalho).

Considerando essas limitações, especialmente diante das características que são próprias às relações laborativas, elaborou-se uma segunda metodologia clássica para o tratamento de contratos mistos, conhecida como *teoria da combinação*, que se destaca por enfatizar não o tipo que prevalece, mas sim as prestações singulares identificáveis nos contratos em concreto como elementos estruturantes da função econômica desempenhada pelo negócio. Destaca-se, nessa linha, o trabalho de Heinrich Hoeniger<sup>725</sup>, que aponta como desafio central

---

<sup>721</sup> LOTMAR, Phillip. *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1902. pp. 189-190.

<sup>722</sup> DEL PRATO, Enrico. Contratti misti: variazioni sul tema. *Rivista di diritto civile*. v. 58, n. 1, pp. 87-120, jan./fev. 2012. pp. 88-89.

<sup>723</sup> De acordo com o item 2 do art. 4º do Regulamento (CE) nº. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), “Caso os contratos não sejam abrangidos pelo no. 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do no. 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual”.

<sup>724</sup> “La disciplina è volta alla tutela di interesse metaindividuali, e per tale ragione non detta prescrizioni legate all’intento soggettivo perseguito o eventualmente proclamato dalla singola stazione appaltante. Gli interessi a base della normazione sono indisponibili, e il legislatore comunitario, privando di spazio la libertà negoziale, individua come unico parametro di selezione della normativa quello dello assorbimento” (RUSSO, Anna Maria. *I contratti misti*. Tese de doutorado. Universidade Ca’Foscari. Veneza, 2017. p. 106). Tradução livre: A disciplina tem como objetivo proteger interesses coletivos e, por essa razão, não estabelece prescrições relacionadas com a intenção subjetiva perseguida ou eventualmente declarada pela entidade adjudicante individual. Os interesses subjacentes à norma são indisponíveis, e o legislador comunitário, ao restringir a liberdade contratual, identifica o único critério de seleção da regulamentação como sendo a absorção.

<sup>725</sup> Apesar de Hoeniger ser comumente apontado como o precursor da teoria da combinação, sua formulação inicial é também atribuída a Gustav von Rümelin. Ver: RÜMELIN, Gustav von. *Dienstvertrag und Werkvertrag*. Tübingen: Mohr, 1905.

para a disciplina dos contratos mistos a elaboração de um *Tatbestandsalphabet*, isto é, um repertório que trace as fronteiras claras dos tipos contratuais para que fosse possível mais precisamente identificá-los em negócios com tipos múltiplos e, assim, atribuir-lhes as disciplinas legais sobre eles incidentes<sup>726</sup>.

A partir dessa premissa teórica, a teoria da combinação procura superar a dificuldade da teoria absorção verificada quando não é simples a identificação de um tipo preponderante. Isso porque se parte da concepção de que os elementos característicos dos tipos legais não são necessariamente restritos ao tipo, mas são *transtípicos*, isto é, “podem ser aplicados para além das fronteiras do tipo sempre que num outro contrato, seja ele misto ou de outro tipo, se verifique a mesma situação de facto que no tipo de origem desencadeia sua vigência”<sup>727</sup>. Daí a conclusão dos adeptos dessa teoria de que o regime jurídico dos contratos mistos se dá pela combinação dos regimes concernentes a cada uma das prestações típicas que os compõem, de forma que as diversas parcelas de modelos típicos poderiam ter suas disciplinas mescladas e aplicadas em conjunto, em verdadeiro concurso de normas<sup>728</sup>.

Cabe salientar, nesse ponto, que a teoria da combinação – ainda que passível de críticas associadas ao seu isolamento em torno das figuras típicas –, promoveu importante esforço de agrupamento dos contratos típicos em grupos de modalidades de contratos em virtude de suas funções econômicas, esforço que pode desempenhar importante papel para a reconstrução sistemática dos contratos atípicos em virtude da ausência de disciplina legal autoevidente, como se demonstrará mais adiante<sup>729</sup>. No caso específico da teoria da combinação conforme originalmente formulada por Hoeniger, porém, pouco se desenvolveu a respeito das consequências jurídicas da combinação, das eventuais contradições entre os tipos e mesmo das limitações que essa mistura de regimes normativos pode impor sobre a vontade das partes,

---

<sup>726</sup> HOENIGER, Heinrich. *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*. Mannheim: Benheimer, 1910. pp. 382-385.

<sup>727</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 236.

<sup>728</sup> Ver, a respeito do tema: VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 236-242.

<sup>729</sup> Nesse sentido: “Con la varietà di contenuto, che si è potuta constatare nei con tratti innominati, sulla base del materiale [...] esposto, non è incompatibile il raggruppamento di essi in categorie, in cia scuna delle quali, sia possibile la giustappo sizione dei singoli contratti innominati, che presentino una certa omogeneità. Altro è il punto (che sarà esaminato più avanti) se, a ciascuna di tali categorie, debba, o possa, corrispondere un diverso criterio metodolo gico di ricostruzione della rispettiva disciplina giuridica” (MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958. v. X, p. 102). Tradução livre: Com a variedade de conteúdo que pode ser observada nos contratos atípicos, com base no material apresentado, não é incompatível agrupá-los em categorias, em cada uma das quais seja possível a justaposição dos contratos atípicos individuais que apresentem alguma homogeneidade. A questão seguinte (que será examinada posteriormente) é se, para cada uma dessas categorias, deve ou pode corresponder um critério metodológico diferente para a reconstrução da respetiva disciplina jurídica.

conforme indica Hans Charmatz<sup>730</sup>.

Acontece, porém, que também a teoria da combinação tem limitação evidente ao considerar que contratos atípicos mistos não são categorias contratuais dotadas de função econômica própria, mas apenas o resultado do somatório de regimes típicos. Dessa maneira, a teoria da combinação tem o condão de virtualmente eliminar a própria figura do contrato misto em virtude da aplicação direta dos modelos contratuais previstos em lei. Daí salientar Pontes de Miranda que “a teoria da combinação tentou manter a tipicidade dos negócios jurídicos, como se não pudesse romper-se”<sup>731</sup>. Considerando essas limitações, as doutrinas da absorção e da combinação, que partem da ideia de aplicação direta de regimes típicos aos contratos mistos, foram progressivamente substituídas por abordagens que, ao considerar a natureza *sui generis* dos contratos atípicos mistos, tendem a recorrer a adaptações de modelos típicos semelhantes, adotando como método a interpretação analógica<sup>732</sup>.

De acordo com Joachim Gernhuber, uma tendência à adoção de posturas mais pragmáticas se deu em razão da ausência de respostas das mencionadas teorias diante de suas principais limitações: no caso da teoria da absorção, de um lado, nem sempre seria possível indicar o tipo predominante, e, de outro, o elemento supostamente absorvido permaneceria; no caso da teoria da combinação, não há parâmetros claros para oferecer respostas consistentes no conflito entre normas contraditórias que devem ser combinadas; e mesmo a analogia, segundo o autor, constituiria elemento secundário, já que somente se cogitaria de aplicação analógica após se decidir pelo regime a ser aplicado, de maneira que fatalmente se assemelharia à aplicação de tipos legais de maneira direta<sup>733</sup>.

Daí o surgimento de uma terceira metodologia de qualificação dos contratos mistos,

---

<sup>730</sup> Charmatz sugere que a ausência de posicionamento de Hoeniger sobre as consequências jurídicas concretas de sua teoria se deve ao fato de que o segundo volume de sua obra sobre o tema jamais fora publicado: “Nur auf die Verträge, die diesem Begriffe entsprechen, beschränkt Hoeniger seine Untersuchung und bezeichnet als eigentliches Problem die Lösung der Frage: «Welche Rechtsfolgen zieht der gemischte Vertragstatbestand nach sich?» Die Beantwortung dieser Frage war aber, wie bereits erwähnt, dem zweiten Bande seines Werkes, der nie erschienen ist, vorbehalten. Hoeniger bleibt bei der Bildung neuer Begriffe stecken” (CHARMATZ, Hans. *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*: Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge. Frankfurt sobre o Meno: Sauer & Auvermann, 1968. p. 306). Tradução livre: Hoeniger restringe sua pesquisa apenas aos contratos que correspondem a esse conceito e considera como o problema principal a solução para a pergunta: “Quais são as consequências jurídicas do contrato misto?” No entanto, como já mencionado, a resposta a essa pergunta foi reservada para o segundo volume de sua obra, que nunca foi publicado. Hoeniger não avançou na criação de novos conceitos nesse contexto.

<sup>731</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III, p. 252.

<sup>732</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 241-244. Pode-se mencionar, como exemplar do movimento de transição da teoria da combinação para a analogia a obra de Otto Schreiber: SCHREIBER, Otto. *Gemischte Verträge im Rechsschuldrecht*. *Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. v. 60, pp. 106-228, 1912.

<sup>733</sup> GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989. pp. 162-163.

a *teoria da aplicação analógica*. Na síntese de Enneccerus, segundo tal teoria, os contratos mistos efetivamente não são de todo regulados pela lei, de sorte que se lhes pode aplicar, por analogia, disposições associadas a determinados contratos especiais cujos elementos típicos tenham relação funcional próxima à verificável no contrato atípico em questão<sup>734</sup>. Ainda segundo Joachim Gernhuber, as teorias da absorção e da combinação ainda permanecem no imaginário judicial como um resíduo duradouro de controvérsias antigas, na medida em que podem eventualmente servir para resolver determinados casos concretos<sup>735</sup>. No entanto, indica o autor que se teria minimamente superado a crença de que é possível desenvolver uma teoria unitária para lidar com contratos atípicos, por se perceber que a adequada apreensão dos contratos empiricamente analisados dependeria de uma análise pormenorizada de suas características especiais *vis a vis* as funções econômicas que marcam outros negócios já conhecidos<sup>736</sup>.

É importante ressaltar, conforme indica Andrea Garofalo, que a ideia de que existe algum grau de tipicidade na atipicidade não é de todo infundada, já que, mesmo no campo dos contratos atípicos, não se estaria a falar na criação imediata de um vínculo jurídico voltado a abstrair totalmente o substrato econômico-social, mas sim na introdução de uma operação econômica no todo complexo da contratação no ordenamento<sup>737</sup>. Assim, este grau mínimo de tipicidade estaria associado à necessidade de os contratos atípicos guardarem alguma pertinência com relação à esfera jurídica geral para que, a partir daí, incida a influência da vontade individual das partes. Nesse sentido, diante da celeuma entre aplicação direta e aplicação analógica, Ricardo Lorenzetti adota posição pragmática no sentido de orientar a análise de contratos atípicos mistos a partir do que denomina por *tipo contratual mínimo*, que

---

<sup>734</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Recht der Schuldverhältnisse: Ein Lehrbuch*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958. v. I, p. 395.

<sup>735</sup> GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989. pp. 162-163.

<sup>736</sup> GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989. pp. 162-163. No mesmo sentido: “Keiner dieser Theorien ist der Vorrang zuzubilligen. Das Problem läßt sich überhaupt nicht durch Aufstellung abstrakter Regeln lösen; mehr als Richtlinien zur Behandlung der typischen Mischungen kann die Theorie nicht geben. Entscheidend ist die Interessenlage des einzelnen Falles, die bald eine Lösung mehr im Sinne der Absorptionstheorie, bald der Kombinationstheorie, bald der analogen Rechtsanwendung verlangt, selbstverständlich unter Abwägung des Gesetzes der in Betracht kommenden Vorschriften” (ENNECCERUS, Ludwig. *Recht der Schuldverhältnisse: Ein Lehrbuch*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958. v. I, pp. 395-396). Tradução livre: Nenhuma dessas teorias deve receber prioridade. O problema não pode ser resolvido simplesmente estabelecendo regras abstratas; a teoria pode, no máximo, fornecer diretrizes para lidar com miscigenações típicas. O que é crucial é a situação de interesses de cada caso, que pode exigir uma solução mais alinhada com a teoria de absorção, a teoria de combinação ou a aplicação analógica da lei, tudo isso levando em consideração o propósito das disposições relevantes em questão.

<sup>737</sup> GAROFALO, Andrea. *Le regole costitutive del contratto: contributo allo studio dell'autonomia privata*. Nápoles: Jovene Editore, 2018. p. 100.

conduz o intérprete a orientar menos por tipos detalhistas do que por problemas típicos gerais que podem surgir em contratos atípicos aplicáveis analogicamente em negócios atípicos<sup>738</sup>.

Tais posições contemporâneas mostram a predominante relevância, até os tempos atuais, da já mencionada terceira teoria clássica de qualificação e interpretação dos contratos atípicos mistos: a *teoria da aplicação analógica*, cuja construção original, em explícita crítica à teoria da combinação de Hoeniger, é atribuída a Otto Schreiber. Segundo Schreiber, há que se reconhecer, nos contratos mistos, o seu caráter atípico, de sorte que somente se pode cogitar da aplicação direta das normas aplicáveis aos contratos em geral, de sorte que disposições associadas a tipos contratuais legais cuja função econômica se aproxime de elementos do contrato em análise somente poderiam ser aplicadas por analogia, preservando-se a autonomia da vontade das partes na formulação do negócio<sup>739</sup>.

A equiparação dos contratos mistos a todos os contratos atípicos, porém, constitui um dos principais pontos de crítica da doutrina da aplicação analógica, uma vez que suprimiria toda e qualquer distinção entre os contratos que contam com elementos de modelos típicos – e, portanto, teriam com pontos de partida mais evidentes para orientar o enquadramento de sua função econômica e a atribuição de efeitos jurídicos, inclusive para o efeito de atrair (e não derogar) os regimes típicos – daqueles que constituem verdadeiramente novos negócios, os chamados contratos atípicos puros<sup>740</sup>.

Precisamente em razão desta aproximação, a analogia desempenha relevante papel

---

<sup>738</sup> LORENZETTI, Ricardo. Contratos modernos ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo – problemas contractuales típicos – finalidad supracontractual y conexidad. *Revista AEU*. v. 82, n. 1-12, pp. 33-48, jan./dez. 1996. p. 43.

<sup>739</sup> Segundo o autor: “Jeder Vertrag, der nicht genau so, wie er vorliegt, im Gesetz geregelt ist, unterliegt unmittelbar allein den Sätzen des allgemeinen Teiles des Schuldrechts. Die Sätze des speziellen Schuldrechts sind auf ihn nur analog anwendbar. Es ist also für jeden einzelnen Satz nachzuprüfen, ob er nach Interessenlage und Gesetzeszweck auch in dem zu beurteilenden Falle Geltung hat” (SCHREIBER, Otto. *Gemischte Verträge im Rechtsschuldrecht. Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. v. 60, pp. 106-228, 1912. p. 216). Tradução livre: Qualquer contrato que não esteja exatamente regulado na lei da mesma forma que ele se apresenta está sujeito apenas às disposições da parte geral do direito das obrigações. As disposições da parte especial do direito das obrigações só são aplicáveis a ele por analogia. Portanto, é necessário verificar individualmente se cada disposição é aplicável com base nos interesses e no propósito da lei no caso em questão.

<sup>740</sup> Nesse sentido: “Además, y esta es la crítica principal que debe hacerse a la teoría de la aplicación analógica, con ese criterio se equiparan totalmente los contratos mixtos a los atípicos. Si para designar el contrato creado por las partes sin corresponder a uno de los tipos legales tenemos ya el nombre de innominado o atípico, no hay por qué substituir ese nombre con el de mixto, pues de esta manera se siembra la confusión. Hay que sostener decididamente que negocio mixto y negocio atípico forman dos categorías distintas; toda equiparación entre ambas carece de base científica” (PARDO, Gregorio-José Ortega. *Donaciones indirectas*. Madrid: Anuario de Derecho Civil, 1949. p. 963). Tradução livre: Além disso, e esta é a crítica principal que deve ser feita à teoria da aplicação analógica, com esse critério, os contratos mistos são equiparados totalmente aos atípicos. Se já temos o termo “inominado” ou “atípico” para designar o contrato criado pelas partes sem corresponder a um dos tipos legais, não há motivo para substituir esse termo por “misto”, pois isso só gera confusão. Deve-se afirmar com determinação que negócio misto e negócio atípico são duas categorias distintas; qualquer equiparação entre ambas carece de base científica.

na determinação do regime aplicável aos contratos atípicos (ainda que sejam eles contratos atípicos puros). Exemplo disso é o que se verifica na jurisprudência brasileira a respeito do chamado contrato de proteção veicular, espécie de cobertura contra acidentes, roubos ou furtos de veículos concedida por associações mediante adesão de seus membros, que, apesar de assemelhada ao contrato de seguro, não pode assim ser qualificado por não atender aos seus requisitos (razão pela qual até mesmo sua validade vem sendo questionada<sup>741</sup>). Diante disso, entendeu o TJDFT que “a relação jurídica deve ser tratada como contrato atípico, prevalecendo suas cláusulas específicas e, apenas subsidiariamente, por analogia, aplicáveis as regras próprias dos contratos de seguro e os princípios e regras do CDC”<sup>742</sup>.

Acontece que a analogia não pode ser empregada como método exclusivo para a determinação do regime aplicável aos contratos atípicos, já que, de um lado, os elementos estipulados pelas partes devem desempenhar fundamental importância na apreensão de seu regime, e, de outro, pode simplesmente não haver caso semelhante no ordenamento que permita aplicação de regime analógico que não desnature o quanto avençado pelos agentes contratantes<sup>743</sup>. Daí a pertinência da crítica de Michael Martinek à doutrina da aplicação analógica no sentido de que o esforço de “determinar as consequências jurídicas” pela analogia sem “determinar a natureza jurídica” é uma solução que apenas de maneira aparente afastaria a classificação tipológica dos contratos atípicos<sup>744</sup>.

---

<sup>741</sup> O TRF da 1ª Região, por exemplo, já confirmou decisão que autorizou a suspensão, pela SUSEP, de entidade que oferecia tais serviços: “Na hipótese dos autos, a prestação de tais serviços pela PROTEGE – ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO VEICULAR, consistente na oferta de proteção ou redução dos prejuízos decorrentes de acidentes, roubos ou furtos de veículos da propriedade dos associados, mediante o pagamento de contribuição mensal de adesão, equiparam-se àqueles prestados pelas empresas seguradoras de automóveis, sujeitando-se, assim, ao comando dos referidos dispositivos legais, hipótese não ocorrida, na espécie, a autorizar a sua suspensão” (TRF1, Apelação Cível 0048574-18.2012.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Rel. Conv. Juiz Fed. Ilan Presser, Quinta Turma, julg. 23.10.2019).

<sup>742</sup> TJDFT, Apelação Cível 0705092-44.2017.8.07.0003, Rel. Des. Luís Gustavo B. de Oliveira, 4ª Turma Cível, julg. 31.10.2018. No mesmo sentido: “Na hipótese vertente, embora não se vislumbre um contrato de seguro, a presença de alguns dos seus elementos essenciais garantia, interesse, risco e prestação (que seria o “prêmio” no contrato de seguro) indica a aplicação do seu regime legal para solucionar a controvérsia, o que remete para a solução da controvérsia ao comando do art. 771 do Código Civil” (TJSP, Apelação Cível 1064398-06.2018.8.26.0002, Rel. Des. Walter Exner, 36ª Câmara de Direito Privado, julg. 26.11.2019).

<sup>743</sup> MARTINS, Antônio Payan. O contrato de patrocínio – Subsídios para o estudo de um novo tipo contratual. *Direito e Justiça*. v. 12, n. 2, pp. 187-243. 1998. pp. 231-232.

<sup>744</sup> “Dem Befund der organischen Zusammengehörigkeit der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite der gesetzlichen Vertragstypen wie auch der gemischten Innominatverträge versucht die Theorie der analogen Rechtsanwendung Rechnung zu tragen. [...] Vielmehr soll das methodische Verfahren der Analogie zur Auffindung der jeweils einschlägigen Rechtsfolgen bemüht werden. Mit einem solchen Versuch der ‘Rechtsfolgenbestimmung ohne Rechtsnaturbestimmung’ für atypische Verträge aller Art wird auf einem methodischen Lösungsweg abgewichen, der nur scheinbar die vertragstypologische Einordnung vermeidet und dessen intersubjektive Nachvollziehbarkeit im Einzelfall besonderen Zweifeln ausgesetzt sein kann. Die zentrale Analogiebasis für die Anwendung einer Rechtsregel auf einen nicht ‘unmittelbar’ geregelten Sachverhalt ist bekanntlich dessen Ähnlichkeit mit eben dem unmittelbar geregelten Sachverhalt. Über diese Ähnlichkeit kann man sich aber schwerlich ein konsensfähiges Bild verschaffen, ohne den unregelmäßigen Vertrag an der normativen Typenordnung zu messen und ihn zu qualifizieren” (MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H.



Por fim, pode-se mencionar uma quarta teoria para o endereçamento dos problemas de definição da natureza jurídica dos contratos atípicos, voltada a atender especificamente aos contratos atípicos puros, na medida em que se aplica precisamente quando, diferentemente do que ocorre com os contratos mistos, não se pode chegar a um tipo de referência nem mesmo pela analogia: a chamada *teoria da criação*, bastante difundida na literatura suíça, que sugere a necessidade de “recorrer à criação de uma solução concreta, através da interpretação integradora, com base nos princípios, cláusulas gerais e ‘standards’, tais como a boa fé, ou a equidade, ou a diligência do ‘bom pai de família’<sup>745</sup>. A origem suíça de tal teoria não é fruto do acaso, já que decorre diretamente da interpretação dos parágrafos 2<sup>746</sup> e 3<sup>747</sup> do Art. 1 do ZGB (*Zivilgesetzbuch*) de 1907, segundo o qual, se nenhuma solução puder ser encontrada em lei, o juiz recorrerá ao costume, e, se também não houver, deve agir como agiria o legislador (*als Gesetzgeber aufstellen würde*), seguindo a doutrina e a tradição<sup>748</sup>.

Segundo Michael Martinek, muito embora a teoria da criação enfatize corretamente a importância do desenvolvimento judicial da lei positiva para o desenvolvimento de um

---

Beck, 1991. p. 24). Tradução livre: A teoria da aplicação analógica tenta levar em consideração a constatação da interdependência orgânica entre os elementos de fato e as consequências jurídicas dos tipos legais contratuais estabelecidos por lei, assim como dos contratos atípicos mistos. [...] Em vez disso, o procedimento metodológico da analogia é usado para determinar as consequências jurídicas relevantes em cada caso. Com essa tentativa de “determinação das consequências jurídicas sem determinação da natureza jurídica” para todos os tipos de contratos atípicos, segue-se um caminho metodológico que aparentemente evita a classificação dos tipos de contrato, mas cuja aceitabilidade intersubjetiva em casos individuais pode estar sujeita a dúvidas consideráveis. A base central da analogia para aplicar uma regra legal a uma situação não “imediatamente” regulamentada é, como se sabe, a semelhança dessa situação com aquela diretamente regulamentada. No entanto, é difícil formar uma imagem consensual dessa semelhança sem comparar o contrato não regulamentado com a ordem tipológica normativa e qualificá-lo.

<sup>745</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 243.

<sup>746</sup> “Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde”. Tradução livre: Se a lei não fornecer uma disposição, o tribunal deve decidir com base no costume e, na ausência deste, de acordo com a regra que ele estabeleceria como legislador.

<sup>747</sup> “Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung”. Tradução livre: Segue-se a doutrina consolidada e a tradição.

<sup>748</sup> “Die Kreationstheorie geht zutreffend davon aus, daß der Richter das zur Beurteilung von Innominatkontrakten erforderliche Recht selbst kreieren muß, fall es an Gewohnheitsrecht mangelt. Die Kreationstheorie ist nicht anzufechten, soweit sich Innominatverträge zu außergesetzlichen Vertragstypen verdichten und sich ein entsprechendes Gewohnheitsrecht nicht entwickelt hat. Die Theorie versagt indessen in jenem weiten Bereich, in dem Typenverfremdungen singular bleiben. Dort ist nach dem Vertrauensprinzip zu ergänzen, wobei das Verfahren zur Setzung solcher Individualnormen der Lückenfüllung nach Art. 4 ZGB gleicht. Richterliche Kreation nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB bleibt auf die Setzung zwingender Schutznormen beschränkt” (SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979. pp. 802-803). Tradução livre: A teoria da criação é correta ao assumir que o juiz deve criar o direito necessário para julgar os contratos atípicos quando não houver direito consuetudinário. A teoria da criação não é contestável quando os contratos atípicos se solidificam em tipos contratuais extralegais e não se desenvolve um direito consuetudinário correspondente. No entanto, a teoria falha naquele amplo campo em que as variações tipológicas permanecem singulares. Nesses casos, a complementação deve ser feita com base no princípio da confiança, e o procedimento para estabelecer essas normas individuais de complementação é semelhante ao processo de preenchimento de lacunas de acordo com o Artigo 4 do Código Civil. A criação judicial de acordo com o Artigo 1, Parágrafos 2 e 3 do Código Civil está limitada ao estabelecimento de normas de proteção obrigatórias.

programa apropriado de consequências jurídicas para contratos atípicos, falha em explicar de acordo com qual “doutrina e tradição” (*Lehre und Überlieferung*) o juiz deve decidir<sup>749</sup>. Assim, segundo o autor, a chamada teoria da criação concede atribuições relevantes ao juiz, mas abandona-o ao relegá-lo à aplicação de uma “teoria da ausência de teoria” (*Theorie der Theorielosigkeit*)<sup>750</sup>.

Diante da exposição de todas essas teorias, pode-se verificar o seu insucesso em elaborar uma resposta única e abrangente para o problema da atipicidade, mesmo em se tratando de contratos mistos, nos quais se pode minimamente recorrer aos regimes típicos neles referenciados para obter alguma disciplina concreta. Nesse sentido, autores como Pedro Pais de Vasconcelos procuram ressaltar as vantagens de cada uma dessas teorias para situações específicas<sup>751</sup>: segundo o autor, a absorção seria útil para resolver problemas associados aos chamados “contratos de tipo modificado” – em que são criados subtipos mediante a alteração de prestações de um contrato típico, como, por exemplo, nas diversas modalidades de locação atípica, destacando-se o já mencionado contrato de locação em *shopping center* –; a combinação teria aplicabilidade nos contratos mistos com tipos múltiplos<sup>752</sup>; a analogia seria o processo próprio “se o contrato for verdadeiramente atípico”; e a criação aplicar-se-ia quando a analogia não fosse possível<sup>753</sup>.

Esse tipo de visão fragmentária a respeito das teorias para a reconstrução dos regimes normativos dos contratos atípicos, porém, tem se mostrado também pouco frutífera, na medida em que fatalmente desemboca em uma “teoria jurisprudencial” que procura racionalizar contratos empiricamente verificados em um ambiente de completa ausência de fundamentos

---

<sup>749</sup> MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. pp. 24-25.

<sup>750</sup> MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. pp. 24-25.

<sup>751</sup> “A absorção, a combinação, a analogia e a criação não são verdadeiramente ‘teorias’ que se excluam reciprocamente, em relação às quais haja que proceder a uma escolha que exclua as teorias ‘falsas’ e eleja uma ‘certa’ e verdadeira, capaz de dar solução justa e adequada a todos os problemas suscitados pelos contratos mistos. Trata-se antes de vários processos de resolução de questões problemáticas, todos eles, em princípio, igualmente hábeis e cada um com um campo de eleição próprio” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 245).

<sup>752</sup> A respeito dessas categorias: “Por vezes, os figurantes têm de empregar o conteúdo de dois ou mais tipos, com que alcancem o que querem, sem que tal diversidade ofenda a unidade negocial concreta. São os negócios jurídicos mistos ou negócios jurídicos típicos fracionados. A despeito da fusão, da mistura, ressalta a tipicidade. A hospedagem, casa e comida, ou casa, comida e transporte, dão exemplo frisante. A despeito da duplicidade ou multiplicidade de negócios jurídicos, tem-se o negócio jurídico como se fora um só. O tráfico jurídico fê-los típicos. Por isso mesmo, as regras jurídicas sobre os contratos bilaterais incidem como se o negócio jurídico fosse de um só tipo (e. g., evicção, redibição, resolução ou resilição). Em todo caso, o instrumento pode ressaltar a separabilidade, no interesse do hóspede. Sempre se há de partir da suposição de haver um negócio jurídico que prepondera” (PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III, p. 503).

<sup>753</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 244-246.

teóricos consensuais. Daí dizer Michael Martinek, como já se expôs anteriormente, que há um grave *déficit teórico* no tratamento jurisprudencial de contratos atípicos, por mais que os tribunais procurem estribar-se nas figuras mais previsíveis dos contratos mistos e seus respectivos métodos<sup>754</sup>. É verdade, nesse caso, que os tribunais tendem a adotar uma postura eminentemente pragmática e casuísta, sem parâmetros que orientem a aplicação de uma postura ou de outra<sup>755</sup>.

Os contratos atípicos, não obstante, se manifestam de maneira autônoma – seja com relação aos contratos mistos, aos contratos legalmente típicos ou aos contratos socialmente típicos – e, portanto, merecem tratamento por uma disciplina autônoma que os reconheça a partir de suas particulares funções econômicas, razão pela qual, conforme aduz Francesco Gazzoni, sequer se haveria que recorrer à analogia, mas, no máximo, a parâmetros de equidade<sup>756</sup>. Considerando os vetores que são próprios aos contratos empresariais e a sua necessária inserção nos mercados, não parece adequada a solução oferecida por Gazzoni, no entanto o seu diagnóstico, agregado ao *déficit teórico* constatado por Martinek, é relevante para provocar a reflexão sobre os parâmetros normativos que são próprios aos contratos atípicos, e não importados dos contratos mistos ou mesmo dos contratos típicos.

Diante desse cenário, expostas as construções teóricas originalmente pensadas para os contratos mistos e posteriormente agregadas à reflexão sobre os contratos atípicos, já se pode minimamente distingui-las dos mecanismos de tratamento oferecidos para a qualificação dos contratos socialmente típicos (discutidos no Capítulo anterior), que são constantemente informados pelos usos e costumes e conformados pela jurisprudência. Os contratos mistos, por sua vez, ao passo que também são conformados pela jurisprudência, têm por referencial não os usos e costumes como fonte de normas supletivas, mas os próprios tipos legais ou sociais cujos elementos venham a agregar.

Não se ignora que, até aqui, tanto os contratos socialmente típicos quanto os contratos mistos muitas vezes foram apresentados de maneira próxima aos contratos atípicos. No entanto, os contratos atípicos puros, aqui denominados de *novos negócios*, têm características próprias que motivam o seu tratamento *sui generis*, a ser desenvolvido principalmente no Capítulo subsequente. Cabe, por conseguinte, proceder à descrição dos contornos característicos desses novos negócios.

---

<sup>754</sup> MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. p. 25.

<sup>755</sup> MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991. p. 25.

<sup>756</sup> GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Nápoles: EdizioniScientifiche Italiane, 2019. p. 825.

#### V.4. Um direito para os novos negócios? O lugar dos contratos atípicos puros na teoria geral dos contratos empresariais

Como já se antecipou no início deste Capítulo, a ausência de arcabouço teórico consistente para a análise de contratos atípicos constantemente dá lugar a metodologias que procuram aproximar na máxima medida possível a atipicidade da tipicidade. A dificuldade de apreensão da noção de contratos atípicos, nesse sentido, chega ao ponto de se sustentar ou que negócios atípicos são espécimes raros – já que o gênio criativo dos agentes econômicos dificilmente seria capaz de produzir negócios completamente inéditos – ou mesmo que se trata de categoria morta-viva – já que, uma vez que se consegue qualificar um contrato atípico e identificar seu conteúdo jurídico e seu *modus operandi*, ele automaticamente deixaria de ser atípico<sup>757</sup>. De fato, tanto a teoria contratual quanto a jurisprudência tendem a recorrer a tipos contratuais conhecidos para qualificar as transações, de maneira a satisfazer – ainda que à custa da autonomia privada – os imperativos de preservação da ordem e da segurança jurídica<sup>758</sup>.

Já foram descritos, nesse sentido, dois fenômenos associados à atipicidade contratual que contam com mecanismos mais ou menos bem desenvolvidos para a estruturação de seu regime normativo. De um lado, os contratos socialmente típicos podem ser reconduzidos aos usos e costumes, especialmente para atrair a incidência de normas supletivas fixadas pela prática reiterada de determinadas figuras negociais; de outro, os contratos mistos evocam um conjunto de metodologias voltadas a suprir a demanda por direito de contratos que, muito embora não previstos pela legislação, ou são parcialmente típicos por contar com prestações que remetam a modelos legais, ou podem ser a estes modelos legais aproximados por analogia.

Diante desse cenário, a tipicidade exerceria influência tal que não parece sequer verossímil que as partes contratantes possam celebrar um contrato verdadeiramente atípico, seja porque a tipicidade seria extremamente abarcante, dada a elasticidade dos tipos legais e a difusão dos tipos sociais, seja porque não seria nem mesmo conveniente para as partes que estas tivessem de elaborar um regime *sui generis*, com cláusulas que minudentemente regulassem a operação econômica pretendida, de maneira a possivelmente aumentar os custos de transação que seriam reduzidos pelo recurso aos tipos. Assim, os chamados contratos atípicos puros

---

<sup>757</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 98.

<sup>758</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 101.

seriam mera abstração, existente simplesmente para dar coerência a um sistema que prestigia a liberdade de contratar, mas praticamente irrelevante, já que a práxis negocial seria constituída, no limite, por contratos socialmente típicos e contratos mistos.

No entanto, já se afirmou também que a liberdade de contratar somente deve conhecer como limites a ordem pública e a criatividade dos agentes econômicos. Dessa maneira, não somente a liberdade de contratar oferece um relevante grau de abertura ao sistema contratual em sentido jurídico – a permitir, ao menos em tese, a construção de novas formas contratuais pelos agentes –, mas também encontra, no campo econômico, ambiente fértil para o desenvolvimento de novas operações que possivelmente ensejarão esforço particular dos operadores do direito para o desenvolvimento de um arcabouço normativo capaz de operacionalizar essas avenças.

Daí a razão pela qual, por mais que se possa reconhecer o mérito da posição segundo a qual os contratos atípicos puros seriam espécimes raros, comumente abarcados pelos próprios tipos legais em virtude das metodologias de qualificação de contratos mistos ou mesmo pelos usos e costumes nas figuras socialmente típicas, a criatividade e a inventividade que são próprias aos ambientes de mercado podem constituir importante lócus de construção de bases dogmáticas para os modelos atípicos. Isso porque, como se pôde demonstrar no Capítulo II, há características próprias que verdadeiramente justificam a estruturação de um conjunto consistente de referenciais normativos para os contratos empresariais, que deem conta inclusive do advento de novos negócios que possivelmente venham a desafiar os parâmetros já existentes – inclusive de maneira a justificar os lucros eventualmente advindos da exploração desses novos modelos de contratação.

Nesse sentido, ao comentar o fenômeno da *lex mercatoria* e a transnacionalização dos negócios jurídicos, Maria Rosaria Ferrarese assevera que as várias formulações contratuais atípicas, “que não cessam de multiplicar as possibilidades do tráfico econômico, podem ser consideradas inovações da técnica contratual, que, como todas as inovações técnicas, são especialmente inscritas nas expectativas comuns dos operadores econômicos e difundem-se com grande velocidade, a despeito da sua sofisticação”<sup>759</sup>. Explica a autora que não se trata de

---

<sup>759</sup> Tradução livre do original: “Le varie formulazione contrattuali atipiche, che non cessano di moltiplicare le possibilità dello scambio economico, possono considerarsi innovazioni della tecnica contrattuale, che, come tutte le innovazioni tecniche, sono ormai iscritte nella comune aspettativa degli operatori economici e si diffondono con grande velocità, a dispetto delle formule spesso sofisticate che le sottendono” (FERRARESE, Maria Rosaria. *Poteri nuovi: Privati, penetrante, opachi*. Bolonha: Il Mulino, 2022. pp. 126-127). Em sentido semelhante, aponta Javier Arce Gargollo para alguns fatores que considera determinantes no que chama de movimento de expansão da contratação empresarial atípica: “a) La extensión de la contratación a nuevos objetos: disciplina de la competencia, bienes inmateriales, conocimientos técnicos, nuevos servicios. b) La actividad de programación de las empresas, que origina numerosos contratos de duración para la distribución de sus productos y servicios; así

característica nova no campo mercantil, já que o surgimento do Direito Empresarial na Idade Média está vinculado exatamente à criação de novas técnicas jurídicas para o comércio. No entanto, segundo Ferrarese, ao passo que as técnicas desenvolvidas na Idade Média foram estruturadas sobretudo pela sedimentação das práticas comerciais, hoje se assiste ao desenvolvimento constante de novas técnicas contratuais, surgindo de maneira extremamente rápida e eficiente em virtude dos competentes times de especialistas dedicados a projetá-las e promovê-las<sup>760</sup>.

Não se está aqui a falar, por evidente, em albergar uma eventual pretensão dos agentes econômicos de renunciar à incidência das normas do ordenamento jurídico (ou, no dizer de Lisa Bernstein, *opting out of the legal system*), até porque é no ordenamento que reside tanto o fundamento quanto as limitações para o exercício da liberdade de contratar avenças atípicas<sup>761</sup>. Trata-se simplesmente de entender que o dinamismo dos mercados é o ambiente por excelência para o desenvolvimento de novos negócios que, justamente por serem novos, não previstos pela legislação e não praticados rotineiramente pelos agentes econômicos, apresentam

---

como el aprovechamiento de materias primas en forma estable, que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía diferente a la actual. c) La sustitución en el mercado de los comerciantes individuales por los empresarios sociales o sociedades mercantiles. d) El desplazamiento del centro de creación del Derecho mercantil hacia los países anglosajones donde existe una tipología distinta de figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura, que junto con sus inversiones y operaciones económicas ha invadido el mundo. e) La mayor importancia del sector servicios en economías más desarrolladas, lo que genera nuevas necesidades y nuevos contratos. Por ejemplo, servicios financieros, operaciones por computación, asesoría especializada, modernos medios de comunicación, como el Internet para la contratación por medios electrónicos y las nuevas tecnologías” (GARGOLLO, Javier Arce. *Contratos mercantiles atípicos*. Cidade do México: Porrúa, 2010. pp. 137-138). Tradução livre: a) A expansão da contratação para novos objetos: a disciplina da concorrência, bens intangíveis, conhecimentos técnicos e novos serviços. b) A atividade de planejamento das empresas, que resulta em muitos contratos de longo prazo para a distribuição de seus produtos e serviços; bem como a utilização estável de matérias-primas, visando evitar as dificuldades da aplicação dos esquemas legais relativos a contratos isolados e prestações em uma economia diferente da atual. c) A substituição no mercado de comerciantes individuais por sociedades empresárias. d) O deslocamento do centro de criação do Direito Comercial para países de língua inglesa, onde existem tipos diferentes de contratos, com sua nomenclatura peculiar, que, juntamente com seus investimentos e operações econômicas, invadiu o mundo. e) A crescente importância do setor de serviços em economias mais desenvolvidas, o que gera novas necessidades e novos contratos. Por exemplo, serviços financeiros, operações de computação, consultoria especializada, meios modernos de comunicação, como a Internet para contratação por meios eletrônicos e novas tecnologias.

<sup>760</sup> Nesse sentido: “Ovviamente non si tratta, neanche in questo caso, di un aspetto nuovo: basti pensare a quante nuove tecniche giuridiche per il commercio furono inventate in epoca medievale. Ma, se quelle tecniche furono trainate soprattutto dalle pratiche commerciali, oggi si assiste allo sviluppo di sempre nuove tecniche contrattuali che vengono promosse e diventano più rapide ed efficienti specialmente dove appositi team di specialisti sono intenti a progettarle e promuoverle” (FERRARESE, Maria Rosaria. *Poteri nuovi*: Privati, penetrante, opachi. Bolonha: Il Mulino, 2022. pp. 126-127). Tradução livre: É claro que esse não é um aspecto novo, mesmo neste caso: basta pensar em quantas novas técnicas jurídicas para o comércio foram inventadas na Idade Média. No entanto, enquanto essas técnicas eram principalmente impulsionadas pelas práticas comerciais, hoje estamos testemunhando o desenvolvimento contínuo de novas técnicas contratuais que são promovidas e se tornam mais rápidas e eficientes, especialmente quando equipes especializadas estão trabalhando para projetá-las e promovê-las.

<sup>761</sup> BERNSTEIN, Lisa. *Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry*. *The journal of legal studies*. v. 21, n. 1, pp. 115-157, jan. 1992.

grande potencial lucrativo, de tal maneira que a sua singularidade é precisamente o que justifica o sucesso comercial de seus artífices.

Isso porque, se a apreensão de novas formas jurídicas pelos mercados diz respeito ao progressivo desenvolvimento de um pano de fundo compartilhado de linguagem, como se procurou demonstrar nos Capítulos III e IV, a transformação dos mecanismos de obtenção de conhecimento sobre as formas jurídicas pelos mercados é elemento condicionante essencial para a compreensão do papel jurídico e econômico dos novos negócios. Nesse sentido, François Lyotard assevera que a mudança tecnológica produz uma relevante alteração nos mecanismos de obtenção e transmissão de conhecimento no sistema econômico. Segundo o autor, altera-se o próprio ritmo de circulação das ideias e dos instrumentos econômicos na medida em que se desenvolve uma dinâmica própria de tradução desse conhecimento sobre as transações econômicas em operações concretas, substituindo processos gradativos de aperfeiçoamento e estabilização do conhecimento gerado pelos agentes por procedimentos muito mais velozes de circulação de novas formas de exploração econômica<sup>762</sup>.

Tais transformações se inserem no fenômeno que Lyotard posteriormente chamou de *capitalismo tecno-científico*, marcado pela dominação dos mercados pelos processos técnicos próprios da sociedade pós-industrial – e, posteriormente, da economia digital, fenômeno ainda não presente ao tempo da publicação dos textos de Lyotard –, pela veloz generalização desses avanços e, paradoxalmente, pela sua igualmente veloz destruição por outras inovações<sup>763</sup>. Daí dizerem Kean Birch e Fabian Muniesa, em esforço de atualização das

---

<sup>762</sup> Nesse sentido: “The nature of knowledge cannot survive unchanged within this context of general transformation. It can fit into the new channels, and become operational, only if learning is translated into quantities of information. We can predict that anything in the constituted body of knowledge that is not translatable in this way will be abandoned and that the direction of new research will be dictated by the possibility of its eventual results being translatable into computer language. The ‘producers’ and users of knowledge must now, and will have to, possess the means of translating into these languages whatever they want to invent or learn. Research on translating machines is already well advanced. Along with the hegemony of computers comes a certain logic, and therefore a certain set of prescriptions determining which statements are accepted as ‘knowledge’ statements” (LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: A report on knowledge*. Manchester: Manchester University Press, 1984. p. 4). Tradução livre: A natureza do conhecimento não pode sobreviver sem mudanças nesse contexto de transformação geral. Ele pode se encaixar nos novos canais e se tornar operacional apenas se a aprendizagem for traduzida em quantidades de informações. Podemos prever que qualquer coisa no corpo constituído do conhecimento que não seja traduzível dessa forma será abandonada e que a direção das novas pesquisas será ditada pela possibilidade de seus resultados eventualmente serem traduzidos para a linguagem de computador. Os “produtores” e usuários do conhecimento devem agora e terão que possuir os meios de traduzir para essas linguagens tudo o que desejam inventar ou aprender. A pesquisa em máquinas de tradução já está bastante avançada. Junto com a hegemonia dos computadores vem uma lógica específica e, portanto, um conjunto específico de prescrições determinando quais declarações são aceitas como declarações de “conhecimento”.

<sup>763</sup> LYOTARD, Jean-François. *The inhuman: reflections on time*. Oxford: Polity Press, 1991. p. 64. No mesmo sentido: “Contemporary capitalism is characterized by the increasing interdependence between science/innovation and markets/business. On the one, technoscience is increasingly constituted by specific forms of financing (e.g., corporate research and development spending) and financial logics (e.g., return on investment calculations), while, on the other hand, capitalism is increasingly constituted by specific forms of technoscience (e.g., disruptive and

percepções de Lyotard, que o capitalismo tecno-científico tem a característica de reunir as inovações tecnológicas que marcam este tempo com a racionalidade mercadológica e os imperativos financeiros igualmente característicos da contemporaneidade, de tal forma que também as inovações técnicas – aí incluídas as inovações técnico-jurídicas – se inserem na lógica comodificante dos mercados<sup>764</sup>.

O processo de generalização da inovação, nesse sentido, municia a sociedade contemporânea com capacidade de obtenção de informação e de memorização desses dados da realidade nunca antes vistos, de maneira que, em se tratando de novos negócios, com ainda maior razão se poderia defender a raridade ou até a inexistência de contratos atípicos puros<sup>765</sup>. Na síntese de Cunha Gonçalves, “é mui raro falar-se em contratos inominados; a fantasia

---

predatory innovation) and technoscientific logics (e.g., network effects)” (BIRCH, Kean. *Technoscience Rent: Toward a Theory of Rentiership for Technoscientific Capitalism. Science, Technology & Human Values*. V. 45, n. 1, pp. 1-33, 2020. p. 6). Tradução livre: O capitalismo contemporâneo é caracterizado pelo aumento da interdependência entre ciência/inovação e mercados/negócios. Por um lado, a tecnociência está cada vez mais constituída por formas específicas de financiamento (por exemplo, gastos com pesquisa e desenvolvimento corporativo) e lógicas financeiras (por exemplo, cálculos de retorno sobre investimento), enquanto, por outro lado, o capitalismo está cada vez mais constituído por formas específicas de tecnociência (por exemplo, inovação disruptiva e predatória) e lógicas tecnocientíficas (por exemplo, efeitos de rede).

<sup>764</sup> BIRCH, Kean; MUNIESA, Fabian. Introduction: Assetization and Technoscientific Capitalism. In: \_\_\_\_\_. *Assetization*. Cambridge: MIT Press, 2020. pp. 1-3.

<sup>765</sup> Segundo Lyotard: “If the new culture can produce such divergent effects, of generalization *and* destruction, this is because it seems to belong to the human domain neither by its aims nor its origins. As is clearly shown by the development of the techno-scientific system, technology and the culture associated with it are under a necessity to pursue their rise, and this necessity must be referred to the process of complexification (of neg-entropy) which takes place in the area of the cosmos inhabited by humanity. The human race is, so to speak, ‘pulled forward’ by this process without possessing the slightest capacity for mastering it. It has to adapt to the new conditions. It is even probable that this has always been the case throughout human history. And if we can become aware of that fact today, this is because of the exponential growth affecting sciences and technology. The electronic and information network spread over the earth gives rise to a global capacity for memorizing which must be estimated at the cosmic scale, without common measure with that of traditional cultures. The paradox implied by this memory resides in the fact that in the last analysis it is nobody’s memory. But ‘nobody’ here means that the body supporting that memory is no longer an earth-bound body. Computers never stop being able to synthesize more and more ‘times’, so that Leibniz could have said of this process that it is on the way to producing a monad much more ‘complete’ than humanity itself has ever able to be” (LYOTARD, Jean-François. *The inhuman: reflections on time*. Oxford: Polity Press, 1991. p. 64). Tradução livre: Se a nova cultura pode produzir efeitos tão divergentes, de generalização e destruição, isso ocorre porque parece não pertencer ao domínio humano nem por seus objetivos nem por suas origens. Como é claramente demonstrado pelo desenvolvimento do sistema tecnocientífico, a tecnologia e a cultura associada a ela estão sob a necessidade de buscar seu avanço, e essa necessidade deve ser atribuída ao processo de complexificação (de neg-entropia) que ocorre na área do cosmos habitada pela humanidade. A raça humana é, por assim dizer, “puxada para a frente” por esse processo sem a menor capacidade de dominá-lo. Ela precisa se adaptar às novas condições. É até provável que isso sempre tenha ocorrido ao longo da história humana. E se podemos nos conscientizar desse fato hoje, é por causa do crescimento exponencial que afeta as ciências e a tecnologia. A rede eletrônica e de informações espalhada pela Terra dá origem a uma capacidade global de memorização que deve ser estimada na escala cósmica, sem medida comum com a das culturas tradicionais. O paradoxo implícito nessa memória reside no fato de que, em última análise, ela não pertence a ninguém. Mas “ninguém” “qui significa que o corpo que sustenta essa memória já não está mais ligado à Terra. Os computadores nunca deixam de ser capazes de sintetizar cada vez mais “tempos”, de modo que Leibniz poderia ter dito que esse processo está a caminho de produzir uma mônada muito mais “complete” do que a própria humanidade jamais conseguiu ser.



humana parece estar quási esgotada”<sup>766</sup>. No entanto, a lógica de funcionamento do capitalismo contemporâneo prestigia exatamente a formulação de novos modelos de negócios que, muito embora se difundam rapidamente, dificilmente concedem ao direito estatal e mesmo aos usos e costumem o tempo de aprendizado necessário para que se possa compreender as suas formas.

Trata-se, aqui, de *modus operandi* que tende a distanciar-se das tradicionais metodologias de construção de tipos sociais exatamente por não ter por característica central a *reiteração*, mas sim a *inovação*, isto é, a característica desses novos negócios de distinguirem-se daquilo que existe para que se apresentem como algo totalmente novo – estratégia que, evidentemente, deve ser vista com algum cuidado, até mesmo em razão da flexibilidade dos tipos. François Lyotard, nesse sentido, explica que o capitalismo contemporâneo produz uma forma peculiar de construção do conhecimento que não está necessariamente ligada à *memória*, que autoriza a construção progressiva do conhecimento a respeito de um dado fenômeno, mas precisamente à criação de novas formas de compreensão da realidade (o que inclui, nesse caso, a realidade econômica)<sup>767</sup>. Daí dizer o autor que, ao passo que se pode reconhecer a validade de uma dada interação social por partir de premissas assentadas, são também igualmente relevantes aquelas interações que estabelecem um novo conjunto de regras<sup>768</sup> – ou, remetendo-se ao vocabulário explorado no Capítulo II, de instituições.

Evidentemente que os contratos empresariais atípicos não constituem objeto de estudo de François Lyotard, mas inserem-se no contexto descrito pelo autor como decorrência deste estágio do capitalismo. Não se está aqui a falar que perdem relevância os modelos contratuais atípicos oriundos da sedimentação dos usos e costumes; pelo contrário, o Capítulo IV tratou exatamente de demonstrar a grande relevância desses negócios nos mercados contemporâneos até mesmo como elementos de sustentação dos próprios mercados. Mesmo

---

<sup>766</sup> CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1931. v. IV, p. 159.

<sup>767</sup> LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: A report on knowledge*. Manchester: Manchester University Press, 1984. pp. 43-44.

<sup>768</sup> O autor salienta, nesse ponto, que tal contraposição pode transparecer uma série de paradoxos: “Obviously, a major shift in the notion of reason accompanies this new arrangement. The principle of a universal metalanguage is replaced by the principle of a plurality of formal and axiomatic systems capable of arguing the truth of denotative statements; these systems are described by a metalanguage that is universal but not consistent. What used to pass as paradox, and even a paralogism, in the knowledge of classical and modern science can, in certain of these systems, acquire a new force of conviction and win the acceptance of the Community of experts” (LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: A report on knowledge*. Manchester: Manchester University Press, 1984. pp. 43-44). Tradução livre: Obviamente, uma grande mudança na noção de razão acompanha esse novo arranjo. O princípio de uma metalinguagem universal é substituído pelo princípio de uma pluralidade de sistemas formais e axiomáticos capazes de argumentar a verdade de declarações denotativas; esses sistemas são descritos por uma metalinguagem que é universal, mas não consistente. O que costumava ser considerado paradoxo e até mesmo um paralogismo no conhecimento da ciência clássica e moderna pode, em certos desses sistemas, adquirir uma nova força de convicção e ganhar a aceitação da comunidade de especialistas.

assim, foram diagnosticadas deficiências teóricas importantes que igualmente podem escapar ao crivo da dogmática contratual, ainda fortemente influenciada pela força da tipicidade, razão pela qual sua metodologia de tratamento dos contratos atípicos tem papel central mesmo nos contratos socialmente típicos.

Dessa maneira, a ideia segundo a qual os contratos atípicos puros estariam fadados ao desaparecimento diante da predominância dos contratos socialmente típicos ou do caráter elástico dos tipos legais constituiria, no mínimo, uma contradição diante das premissas teórico-empíricas estabelecidas pelos autores acima mencionados, como François Lyotard e, mais recentemente, Maria Rosaria Ferrarese. A valorização dos novos negócios, assim, constitui passo relevante na inclusão dos contratos atípicos na chamada Teoria Geral dos Contratos Empresariais, tendo em vista que um *vetor* da contratação empresarial que merece maior atenção é justamente a aptidão dos mercados contemporâneos de produzir contratos não previstos pela lei em um ambiente de rápida inovação e difusão dessas formas jurídicas.

Naturalmente, tal constatação enfrenta alguns percalços até mesmo para a apreciação empírica desses negócios, já que a realidade da contratação contemporânea – especialmente no campo empresarial – passa também por processos distintos de estruturação. Basta ver que, ao passo que a sedimentação dos usos e costumes em torno de tipos sociais depende fundamentalmente da jurisprudência, que tem o papel de conformação e validação dos modelos gestados no meio empresarial, a tendência de submissão das disputas empresariais à arbitragem altera este cenário. Isso porque, diante do sigilo que normalmente caracteriza as disputas arbitrais, as soluções adotadas nesse contexto dificilmente serão de amplo conhecimento, por mais que tendam a envolver uma compreensão mais aprofundada da lógica econômica subjacente aos contratos empresariais<sup>769</sup>.

A investigação sobre a lógica econômica própria aos contratos atípicos, nesse sentido, reforça a essencialidade do instrumento contratual, cujo texto deve conter detalhamento especialmente consistente quanto aos direitos e obrigações das partes e quanto à própria operação subjacente à contratação, de tal maneira a garantir a observância dos interesses pretendidos pelas partes. Como já se assinalou, é exatamente esta a postura esperada das partes

---

<sup>769</sup> Nesse sentido: “O pressuposto lógico para decidir conforme o contratado é conhecer o que as partes ajustaram no momento da celebração. Nessa busca de reconstrução do passado, árbitros experientes procuram entender a lógica econômica do negócio, porque presumem que as empresas vinculam-se com um propósito. Se, como advertiu Chiovenda, ninguém contrata pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, toda a contratação possui um escopo, ainda mais quando a contratação se dá entre agentes econômicos necessariamente racionais. Esse objetivo, que se confunde com a ‘intenção comum das partes’, é um forte vetor de interpretação” (FORGIONI, Paula. Contratos empresariais e arbitragem: sugestões práticas para a redação de instrumentos contratuais. *Revista de arbitragem e mediação*. v. 16, n. 61, pp. 37-56, abr./jun. 2019. p. 51).

contratantes em sistemas jurídicos que não contam com tipos legais, como costuma ocorrer nos ordenamentos de inspiração anglo-saxã. No entanto, ainda que seja recomendável que as partes procedam a um maior detalhamento de seus instrumentos contratuais, não se pode esperar nem que as partes se comportem como se estivessem inseridas em tradição jurídica que não conta com tipos legais, nem mesmo esperar que os julgadores o façam. Isso porque tanto os primeiros quanto os últimos estão imersos em contextos nos quais a tipicidade tem papel central na própria formação dos juristas.

Nesse sentido, parece ser lógica a premissa de que a análise de contratos atípicos deve partir da apreciação do regime inscrito no instrumento contratual, porém o mesmo não pode ser dito da pretensão de que tais avenças estabeleçam um regime absolutamente completo, que derogue completamente todas as normas de caráter supletivo e se evada de todas as normas cogentes previstas pelo ordenamento<sup>770</sup>. Segundo Rui Pinto Duarte, os contratos atípicos, pelo simples fato de serem contratos, encontram-se submetidos às normas aplicáveis aos contratos em geral, conclusão que “assenta não só na necessidade de prover às faltas de regulação, que obviamente surgem, mas também na de dar às estipulações das partes um tratamento paralelo ao que lhes é dado nos quadros dos contratos típicos”<sup>771</sup>.

Acontece que, diante desse aparente paradoxo que constantemente paira sobre os contratos atípicos – isto é, o de ser fundamental privilegiar a vontade das partes de explorar regime contratual *sui generis*, ao mesmo tempo em que se faz necessário recorrer a diversas fontes de suplementação desse regime –, a dogmática contratual tem buscado, para além das metodologias associadas aos contratos mistos e à própria aplicação analógica, parâmetros que minimamente auxiliem o intérprete a lidar com a atipicidade. Apesar de a busca por parâmetros de análise dos contratos atípicos puros constituir tarefa complexa, trata-se de procedimento necessário como imperativo de proteção à autonomia privada, uma vez que não seria razoável simplesmente aplicar algum regime típico por aproximar-se do contrato concreto.

Naturalmente que, como já se viu anteriormente neste trabalho, uma vez apreciada a causa do negócio jurídico como função econômica referenciada pelo ordenamento, o negócio em análise será qualificado segundo o tipo legal ou social pertinente. No entanto, caso não se apliquem quaisquer funções econômicas típicas, não há que se falar na incidência forçosa de

---

<sup>770</sup> Quanto a este tema, Ripert assume postura crítica com relação à postura adotada pelo Judiciário diante dos instrumentos pactuados pelas partes: “Porque razão não ha de êle [o juiz] também considerar o contracto que o obriga como um farrapo de papel? Em todo o caso tem o direito de recommençar as discussões, que o contracto havia terminado, ao fixar as obrigações das partes. O contracto já não é ordem estável, mas eterno vir a ser. O credor já não possui um direito adquirido, mas a simples esperança de que o juiz tenha as suas pretensões como legítimas” (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 314).

<sup>771</sup> DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 131-132.

regime desalinhado com os interesses das partes, construído juridicamente de maneira a derogar os tipos vigentes exatamente por não corresponder a operação econômica às causas contratuais objetivamente previstas em lei.

Assim, testadas as causas típicas possivelmente associadas ao negócio em análise e não se encontrando modelo legal ou social que a ele corresponda, há que se refletir a respeito da lógica econômica contida no negócio atípico constatado no caso concreto e, por conseguinte, dos parâmetros a serem empregados para estruturar seu regime jurídico. Daí salientar Georges Ripert que “[o] recurso ao contracto é muitas vezes, no espírito das partes, um meio de resistir à instabilidade da legislação. Quando esta muda constantemente, o contracto torna-se o meio fixo e permanente”<sup>772</sup>. Por conseguinte, como já se aludiu, falar-se em função econômica dos contratos atípicos puros consiste em defender a operação econômica subjacente ao negócio mesmo diante das vestes jurídicas que lhe atribuírem as partes, já que é a operação econômica que servirá para delimitar seu regime jurídico, e não um regime jurídico abstrato que determinará sua conformação econômica.

Não sem motivo, em julgado já antes referenciado por este trabalho, associado à atipicidade dos contratos de distribuição (à exceção daqueles regulados pela Lei nº. 6.729/1979, a Lei Ferrari), asseverou o STJ que “[t]ratando a hipótese de contrato atípico, deve a pretensão recursal ser analisada com base nas regras ordinárias aplicáveis aos contratos em geral, devendo prevalecer o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), notadamente por se tratar de relação empresarial”<sup>773</sup>. Da mesma maneira, em julgados associados a contratos atípicos de distribuição de bebidas, entendeu o STJ que “é impossível aplicar, por analogia, as disposições contidas na Lei nº 6.729/1979 à hipótese de contrato de distribuição de bebidas, haja vista o grau de particularidade da referida norma [...]”<sup>774</sup>. Verifica-se, por conseguinte, uma preocupação especial com a preservação da lógica econômica subjacente aos contratos empresariais atípicos, reconhecendo-se especialmente a necessidade de se evitar a aplicação pouco criteriosa de regimes contratuais típicos quando a intenção das partes é exatamente a de derogá-los com a celebração de negócio com causa atípica.

Percepção semelhante, cabe notar, foi externada pelo STJ ao analisar os contratos celebrados no âmbito da plataforma de hospedagem *AirBnB*, quando se verificou que “[e]mbora

---

<sup>772</sup> RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 282.

<sup>773</sup> STJ, REsp 1.799.627, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 23.04.2019.

<sup>774</sup> STJ, REsp 1.320.870, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 27.06.2017. No mesmo sentido: STJ, REsp 1.494.332, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Relator para o Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 04.08.2016; STJ, REsp 654.408, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julg. 09.02.2010.

aparentemente lícita, essa peculiar recente forma de hospedagem não encontra, ainda, clara definição doutrinária, nem tem legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, não se confunde com aquelas espécies tradicionais de locação [...]”<sup>775</sup>. Notou o Tribunal, nesse sentido, que se trataria de um “um contrato atípico de hospedagem, que se equipara à nova modalidade surgida nos dias atuais, marcados pelos influxos da avançada tecnologia e pelas facilidades de comunicação e acesso proporcionadas pela rede mundial da internet”<sup>776</sup>. Nesse caso, o Tribunal se absteve de declarar a incidência de qualquer dos regimes previstos pelos tipos mais aproximados dos negócios celebrados na plataforma, limitando-se a afirmar que se trata de avença atípica.

Por mais que, na ocasião, a preocupação central do STJ estivesse relacionada à extensão do direito de propriedade – para efeitos de verificar se o condomínio poderia se opor ao interesse do condômino de explorar seu imóvel por meio da aludida plataforma –, é notável a conclusão do Tribunal de que, ausente legislação ou definição doutrinária, tratar-se-ia de contrato atípico. Isso mesmo em se tratando de modalidade negocial amplamente difundida e conhecida, de sorte que sequer haveria sedimentação de conhecimento suficiente para que se considerassem tais avenças socialmente típicas.

O que importa salientar é que, constatando-se a existência de contrato atípico, não cabe recorrer a normas supletivas incidentes sobre modelos normativos previstos pela legislação, incidindo tão somente as normas aplicáveis aos contratos em geral, em homenagem à autonomia privada e, conseqüentemente, à liberdade para celebrar contratos não previstos pela legislação. Não faria sentido, especialmente no contexto da contratação empresarial, que a dinâmica dos mercados fosse constantemente afetada pela aplicação de normas impertinentes aos negócios celebrados tão somente por serem semelhantes a modelos conhecidos, ainda que desempenhem função econômica *sui generis*. Posição exemplar, nesse sentido, foi a tomada pelo STJ ao analisar contrato de distribuição atípico que se apontava como inválido porque fora celebrado verbalmente, ainda que não houvesse vedação legal<sup>777</sup>. Segundo o Tribunal, sendo possível identificar os elementos componentes da relação comercial entre as partes e sendo o contrato atípico, não haveria qualquer óbice à sua celebração de maneira verbal<sup>778</sup>.

---

<sup>775</sup> STJ, REsp 1.819.075, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Redator para o Acórdão Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 20.04.2021. No mesmo sentido: STJ, Ag. Int. no AREsp 2.175.092, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julg. 19.06.2023.

<sup>776</sup> STJ, REsp 1.819.075, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Redator para o Acórdão Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 20.04.2021.

<sup>777</sup> STJ, REsp 1.255.315, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 13.09.2011.

<sup>778</sup> “CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.

Acontece, porém, que o fato de contratos atípicos comumente pretenderem derogar a legislação positiva em virtude do fato de desempenharem função econômica não prevista em lei não pode significar salvaguarda desses negócios à legislação imperativa e à ordem pública. Nesse sentido, o STJ igualmente já entendeu, em contrato atípico assemelhado à representação comercial em que se verificava renúncia antecipada a direitos de uma das partes<sup>779</sup>, “o fato de se tratar de contrato atípico [...] não impede a autora de pleitear judicialmente a declaração de nulidade de cláusulas contratuais que repute abusivas”<sup>780</sup>.

Verifica-se, a partir desse conjunto de exemplos retirados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma compreensão razoavelmente bem assentada no sentido de que, inclusive a teor do art. 425 do Código Civil, há que se reconhecer, uma vez constatada a atipicidade do contrato – especialmente em se tratando de contratos empresariais –, a tendência de respeitar-se a autonomia das partes e proteger a sua intenção de afastarem-se dos modelos legais. De outro lado, nota-se também uma preocupação relevante com a possibilidade de tais avenças servirem de pretexto para a prática de condutas abusivas, eventualmente contrárias às normas imperativas incidentes sobre os contratos em geral.

Acontece que dificilmente há tanta clareza e completude nos instrumentos contratuais para que se possa depender única e exclusivamente daquilo que as partes fizeram constar em suas avenças. Da mesma maneira, nem sempre se pode verificar distanciamento absolutamente claro entre a causa considerada atípica pelas partes e os tipos previstos pela lei ou consolidados pelos usos e costumes, de maneira que não se pode ignorar as tentativas de ocultação de negócios típicos em simulacros de atipicidade para evitar a incidência de regimes típicos reconduzíveis ao caso concreto<sup>781</sup>. Nesse sentido, não se pode também ignorar que contratos atípicos podem ser instrumentalizados para fraudar a lei imperativa, notadamente quando tais normas estão associadas a modelos típicos cujas disposições têm por intuito de

---

DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS. 1. De acordo com os arts. 124 do CCom e 129 do CC/16 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/02), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito. 2. Até o advento do CC/02, o contrato de distribuição era atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, de sorte que sua formalização seguia a regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene, podendo a sua existência ser provada por qualquer meio previsto em lei. 3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. Todavia, sendo possível, a partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição [...]” (STJ, REsp 1.255.315, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 13.09.2011).

<sup>779</sup> Denunciava-se, na ocasião, violação ao art. 424 do Código Civil, segundo o qual “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

<sup>780</sup> STJ, Ag. Int. no AREsp 1.483.739, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 23.08.2021.

<sup>781</sup> Ver, a respeito do tema: ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. IFN Working Paper n. 1044, 2014.

proteger interesses de terceiros.

Diante dessas indagações que emergem da apreciação dos contratos atípicos, a dogmática contratual tem estruturado diversas estratégias para assegurar que os negócios jurídicos *sui generis* possam ser celebrados de maneira minimamente previsível, com a garantia de preservação da vontade das partes e sem que fiquem a descoberto os demais interesses protegidos pelo ordenamento. É necessário, porém, ressaltar as peculiaridades associadas à contratação mercantil de tal forma que se façam presentes no instrumental analítico voltado à compreensão dos contratos empresariais atípicos, razão pela qual os parâmetros previstos pela literatura merecem análise cautelosa diante dos imperativos de uma Teoria Geral dos Contratos Empresariais preocupada com seus vetores de funcionamento.

#### **V.5. Contornos e apreciação crítica dos parâmetros dogmáticos de análise dos contratos atípicos puros**

Ao longo do presente Capítulo, foram expostas algumas das metodologias desenvolvidas pela literatura alemã para estruturar o regime jurídico aplicável aos contratos atípicos, destacando-se a centralidade atribuída aos chamados contratos mistos. Dessa maneira, foram formuladas técnicas voltadas a permitir a integração das lacunas dos contratos não previstos pela lei; a aplicação direta das normas pertinentes aos tipos legais cujos elementos podem ser encontrados no caso concreto; ou a aplicação analógica, com as devidas adaptações à operação econômica em análise. Já se sinalizou, porém, tanto que os contratos mistos não são capazes de abarcar todo o universo de atipicidade, quanto que as metodologias desenvolvidas pela doutrina para analisá-los apresentam aspectos bastante preocupantes diante do imperativo de proteção da autonomia privada, especialmente em se tratando de contratos empresariais.

Também já se assinalou que a atipicidade contratual produz verdadeiros dilemas, notadamente diante da ausência de critérios para a análise dos contratos atípicos puros. Isso porque a conclusão segundo a qual para contratos atípicos se deve simplesmente considerar a lógica econômica dos negócios e as cláusulas estipuladas pelas partes dificilmente pode ser considerada suficiente para efeitos de estruturar seu regime jurídico, motivo pelo qual a literatura tem construído, a partir dos parâmetros oferecidos pela Teoria Geral dos Contratos, um conjunto de estratégias e fontes a serem levados em consideração pelo intérprete<sup>782</sup>.

---

<sup>782</sup> Nesse sentido: “Se, como acabamos de ver, o enquadramento de um contrato num dos tipos legais não representa o achamento automático de soluções para todos os problemas que ele coloque, a qualificação como atípico acarreta dificuldades maiores. [...] Essas dificuldades tornam-se patentes sempre que se ponha um problema

Diversos autores, nesse sentido, têm discorrido inclusive sobre a necessidade de uma hierarquia das fontes de obtenção da disciplina dos contratos atípicos. Exemplo relevante desse tipo de esforço é o de Maria Helena Brito, a partir da análise do direito português. De acordo com a autora, a hierarquia das fontes de regulamentação dos contratos deve observar dinâmica distinta para os contratos legalmente típicos, os contratos socialmente típicos e os contratos atípicos puros, considerando os diferentes níveis de detalhamento normativo aplicáveis a cada uma dessas categorias, assim como a necessidade de se respeitar a autonomia das partes quando optam pela celebração de contratos atípicos. A sistemática elaborada pela autora pode ser representada sinteticamente por intermédio das tabelas abaixo:

**Tabela 2: Hierarquia das fontes de regulamentação dos contratos legalmente típicos**

<b>CONTRATOS LEGALMENTE TÍPICOS</b>	
<b>Grau hierárquico (em ordem decrescente de hierarquia)</b>	<b>Fonte de regulamentação contratual</b>
1	Cláusulas estipuladas pelas partes, considerados os limites legais
2	Normas de carácter supletivo fixadas na lei para o tipo contratual em causa, para os contratos em geral ou para todos os negócios jurídicos
3	Normas derivadas da boa-fé contratual
4	Vontade presumível dos contraentes

Fonte: Maria Helena Brito<sup>783</sup> (Adaptado)

**Tabela 3: Hierarquia das fontes de regulamentação dos contratos legalmente típicos**

<b>CONTRATOS SOCIALMENTE TÍPICOS</b>	
<b>Grau hierárquico (em ordem decrescente de</b>	<b>Fonte de regulamentação contratual</b>

sobre o qual o contrato não disponha e para o qual não seja possível encontrar resposta nas normas sobre contratos e obrigações em geral. Mas não existem só aí. Na verdade, se não pode dar lugar a dúvidas que os contratos atípicos, por serem contratos, se encontram submetidos àquelas normas, pouco mais difícil é concluir que eles não podem ser julgados apenas à luz das mesmas” (DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 131-132).

<sup>783</sup> BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990. pp. 218-220.



<b>hierarquia)</b>	
1	Cláusulas estipuladas pelas partes, considerados os limites legais
2	Disciplina própria do tipo social
3	Normas e princípios estabelecidos na lei para categorias contratuais mais amplas que o tipo
4	Normas e princípios gerais estabelecidos na lei para os contratos, os negócios jurídicos e as obrigações
5	Normas derivadas da boa-fé contratual
6	Vontade presumível dos contraentes

Fonte: Maria Helena Brito<sup>784</sup> (Adaptado)

Tabela 4: Hierarquia das fontes de regulamentação dos contratos legalmente típicos

<b>CONTRATOS ATÍPICOS (PUROS)</b>	
<b>Grau hierárquico (em ordem decrescente de hierarquia)</b>	<b>Fonte de regulamentação contratual</b>
1	Cláusulas estipuladas pelas partes, considerados os limites legais
2	Normas e princípios fixados na lei para categorias contratuais nas quais o contrato se inclua
3	Normas e princípios gerais estabelecidos na lei para os contratos, os negócios jurídicos e as obrigações
4	Aplicação analógica das normas associadas aos tipos contratuais com que o contrato apresente mais afinidades

Fonte: Maria Helena Brito<sup>785</sup> (Adaptado)

<sup>784</sup> BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990. pp. 218-220.

<sup>785</sup> BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990. pp. 218-220.

Pode-se observar, a partir da referência às fontes elencadas pela autora em seu detalhado esforço de hierarquização, a prevalência da autonomia privada – sempre nos limites da lei –, seguida do recurso ao regime típico que se aplique diretamente ao negócio jurídico contratual (caso se trate de contrato legal ou socialmente típico), da incidência das normas gerais aplicáveis a todos os contratos e obrigações, das regras oriundas da boa-fé contratual e, por fim, caso a indefinição quanto ao regime contratual permaneça, recorre-se à aplicação analógica.

Como já se aludiu ao se tratar dos contratos mistos, a analogia é metodologia marcada por uma série de dificuldades, especialmente a partir do momento em que se acolhe a ideia de que se deve investigar a função econômica do negócio jurídico para respeitar a lógica contratual do negócio atípico entabulado pelas partes. De toda sorte, chama a atenção que, na hierarquia estabelecida por Maria Helena Brito, a analogia se aplica apenas de maneira subsidiária, isto é, quando o recurso às fontes normativas vigentes não for suficiente para estruturar o regime jurídico contratual.

É notável também a circunstância de que, para além da busca pelas normas estipuladas pelas partes e pelas normas mais amplas da Teoria Geral dos Contratos e do próprio Direito das Obrigações – elementos que já foram apontados ao longo do presente trabalho como fontes normativas tanto de normas supletivas quanto de normas imperativas para os contratos atípicos – a autora agrega normas oriundas da boa-fé contratual. Como se comentará a seguir, a incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva como fonte de deveres contratuais de fato pode servir para preencher lacunas eventualmente deixadas pelas partes, apesar de tratar-se também de metodologia que pode ser alvo de críticas – o que também ocorre com o recurso à vontade presumível das partes, estratégia bastante presente na literatura alemã, que não fica indene de algumas dificuldades.

Tanto são consistentes as premissas da autora acima mencionada que possivelmente se poderia até mesmo criticar a alcunha de *hierarquia*, considerando que um primeiro passo da apreensão do regime jurídico dos contratos atípicos será a verificação das cláusulas estipuladas pelas partes e das normas gerais do ordenamento que não tenham sido afastadas por força da autonomia privada, de sorte que a aplicação dessas fontes seria simultânea. Isso porque a análise dos contratos atípicos jamais pode deixar de abarcar uma análise da legalidade das cláusulas estipuladas e a eventual incidência de normas aplicáveis aos contratos em geral. Não sem motivo, salienta Pedro Pais de Vasconcelos a apreensão da regulamentação dos contratos atípicos é, antes de tudo, um juízo de licitude, que “[t]em por finalidade situar o contrato dentro

ou fora da área do permitido, do ‘licet’, quer dizer, no espaço próprio da autonomia privada”<sup>786</sup>.

Ainda que se conteste a noção segundo a qual haveria uma hierarquia entre as fontes de regulamentação dos contratos atípicos, não se pode ignorar a sua relevância prática. Basta ver que o STJ, em acórdão já antigo, recorre à hierarquia traçada por Enneccerus para pontuar que os contratos atípicos devem ser analisados “primeiro, segundo a analogia; segundo, de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional e contratual; terceiro, pela livre apreciação do juiz”<sup>787</sup>. A hierarquia, naquele caso concreto, adquiriu verdadeira força normativa, na medida em que o Ministro-Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira assinalou que uma das partes envolvidas teria se equivocado quanto à interpretação de contrato de concessão comercial pela aplicação das fontes em ordem considerada incorreta.

É importante observar que, ao se analisar a legalidade e mesmo ao se proceder à análise da fraude à lei não se está necessariamente produzindo *juízo de merecimento de tutela* (*meritevolezza*) como o proposto pela literatura e pela jurisprudência italianas<sup>788</sup>, para as quais a autonomia privada deve também ser objeto de um juízo de *legitimidade*. Tratar-se-ia, por conseguinte, não de um juízo negativo – próprio de poderes como a autonomia privada –, mas de um juízo positivo que procura cominar de invalidade ou de ineficácia os contratos tidos por *inúteis*, isto é, privados de utilidade social e, por conseguinte, possivelmente danosos socialmente<sup>789</sup>. Ocorre, porém, que a *meritevolezza* não somente não foi acolhida pelo direito

---

<sup>786</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 335.

<sup>787</sup> STJ, REsp 5.680, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julg. 13.11.1990.

<sup>788</sup> Destaca-se, nesse ponto, a reflexão de Betti: “No geral, antes de proteger o negócio com a sua sanção, a ordem jurídica avalia a função prática que lhe caracteriza o tipo, e trata-o de acordo com essa avaliação. São três as hipóteses possíveis: a) ou ela não lhe considera a função merecedora ou carecida de tutela: caso em que ignora o negócio, abandonando-o a si próprio, como indiferente, deixando-o desprovido de sanção jurídica; b) ou, pelo contrário, julga-lhe a função socialmente relevante e digna de tutela; e nesse caso reconhece o negócio e toma-o sob a sua proteção; c) ou, finalmente, acha-o reprovável: e então combate o negócio, tornando, sim, juridicamente relevante o comportamento do particular, mas no sentido de provocar efeitos contrários ao escopo prático normalmente perseguido” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 106).

<sup>789</sup> Nesse sentido: “Qui va innanzi tutto rimarcato un dato, che spesso è oggetto di equivoco in dot-trina e, ancor più di frequente, in giurisprudenza: la meritevolezza è giudizio che va reso alla luce dei principi fondamentali, ma in positivo. Il contratto o la clausola che violino ingiustificatamente un principio costituzionale (ingiustificatamente nel senso di non trovare giustificazione in uno o più altri principi) non sono immeritevoli ma, più semplicemente, illeciti: in ragione della loro diretta applicabilità, i principi costituzionali sono norme inderogabili e comunque espressive dell’ordine pubblico, quindi la loro violazione comporta nullità per illiceità. Immeritevole è invece il contratto o la clausola che crea un assetto di interessi che, pur non essendo illecito, non risulta attuativo – in positivo – di alcun principio” (CIPRIANI, Nicola. *Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto*. *Rivista di diritto privato*. v. 4, pp. 487-503, 2021. p. 492). Tradução livre: Aqui, antes de tudo, é importante destacar um aspecto que frequentemente é objeto de equívoco na doutrina e, ainda mais frequentemente, na jurisprudência: o merecimento de tutela é um julgamento que deve ser feito à luz dos princípios fundamentais, mas de forma positiva. O contrato ou a cláusula que injustificadamente violam um princípio constitucional (injustificadamente no sentido de não encontrar justificção em um ou mais outros princípios) não são considerados sem mérito, mas, simplesmente, ilícitos: devido à sua aplicabilidade direta, os princípios constitucionais são normas inderrogáveis e expressam a ordem pública; portanto, sua violação resulta em nulidade devido à ilicitude. Por outro lado, sem

brasileiro, como remete a um sistema causalista – isto é, no qual a *causa* é compreendida como elemento do negócio jurídico – que não condiz com a tradição nacional<sup>790</sup>. De toda sorte, autores como Carlos Nelson Konder sugerem que o *merecimento de tutela* ingressaria no ordenamento brasileiro por outras vias, como a função social do contrato<sup>791</sup> e a cláusula geral da boa-fé objetiva<sup>792</sup>.

Cabe lembrar, ainda, que, no que se refere aos contratos atípicos e mesmo aos contratos socialmente típicos, não se está sequer a falar na análise da incidência de algum tipo legal, pois se entende que tal etapa (descrita sobretudo no Capítulo III do presente trabalho) no momento anterior de qualificação contratual, envolverá, por exemplo, a análise dos elementos do negócio (os já referidos *essentialia, naturalia* e *accidentalia negotii*), o enquadramento da função econômica para fins de identificação de regimes típicos, dentre outras estratégias. Daí asseverar Inocêncio Galvão Teles, a título de exemplo, que “nunca poderá apelidar-se de atípico um acordo através do qual se proporciona a outrem o gozo temporário e remunerado de uma coisa [...], visto que um tal acordo possui os elementos específicos da locação e pertence assim a uma espécie legalmente consagrada”<sup>793</sup>.

Porém, de outro lado, não se pode também ignorar que, especialmente no contexto

---

mérito é o contrato ou a cláusula que estabelece um arranjo de interesses que, embora não seja ilícito, não se revela efetivamente – de forma positiva – em consonância com nenhum princípio.

<sup>790</sup> A aproximação entre a causa como elemento essencial ao negócio jurídico e o juízo de *meritevolezza* é demonstrada, em análise comparada do direito italiano com o sistema causalista francês, por Giuseppe Cricenti: CRICENTI, Giuseppe. In tema di contratto inutile. *Diritto e giurisprudenza: Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*. v. 122, n. 3, pp. 437-445, mar. 2007.

<sup>791</sup> “Assim, a cláusula geral prevista no art. 421, ao determinar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da sua função social estabelece a exigência de um controle funcional de qualquer contrato no tocante à sua compatibilidade com interesses socialmente reputados merecedores de tutela – a “funcionalização” da liberdade contratual. A “função social do contrato” nela referida é exatamente o parâmetro contra o qual se confrontará o contrato concreto, é o critério ao qual o exercício da atividade negocial dos particulares deve adequar-se. A “função social do contrato” é, portanto, o elemento valorador, avaliador, “agente”, por assim dizer, do processo de controle em termos de merecimento de tutela. Trata-se, sem dúvida, de conceito flexível, na medida em que não há uma única função social, específica e identificada, à qual todos os contratos devem adequar-se, mas isto não significa que sua determinação seja arbitrária: seu conteúdo deve, necessariamente, ser preenchido exclusivamente através da legalidade constitucional, das normas jurídicas positivadas, com base em uma leitura adequada à sistematicidade e hierarquia do ordenamento. O termo “social”, contido no significante, indica a amplitude da repercussão do parâmetro de valoração necessária, porém não suficiente: função reputada socialmente relevante e, por isso, juridicamente protegida” (KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 91).

<sup>792</sup> “De fato, esta transformação da interpretação contratual, que não visa exclusivamente nem diretamente à descoberta da vontade, mas sim à função perseguida em concreto e o seu merecimento de tutela em acordo com o ordenamento, se revela, destacadamente, pela tutela da confiança criada, pela proteção das legítimas expectativas construídas entre as partes, exigência ética que se manifesta principalmente através do princípio da boa-fé” (KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 116).

<sup>793</sup> GALVÃO TELLES, Inocêncio. Utilização de espaços nos “Shopping Centers” – Parecer. *Coletânea de Jurisprudência*, ano XV, t. II, 1990. p. 30.

dos contratos empresariais, marcados pelos vetores que lhes são próprios, dentre os quais os usos e costumes, que, como já se viu, são essenciais fontes de interpretação, integração e mesmo de normas jurídicas para os negócios mercantis. Dessa maneira, existem diversas outras fontes não abarcadas pela hierarquia de Maria Helena Brito que, dados os contextos em que se inserem, podem inclusive vir a ser tão ou mais relevantes que os critérios legais. Daí dizer Pedro Pais de Vasconcelos que sequer seria possível estabelecer uma hierarquia de fontes da disciplina contratual “que seja suficientemente elástica e suficientemente completa para assegurar um tratamento adequado de todos os contratos atípicos ou, sequer, da sua generalidade, dada a sua grande variedade e diversidade”<sup>794</sup>. O autor, na verdade, aponta para um conjunto de critérios que julga imprescindíveis na estruturação dos regimes jurídicos dos contratos atípicos e que não se identificam com a estipulação, a lei e a analogia – nomeadamente a moral, a justiça, a natureza, a equidade, a boa-fé e os *standards* de comportamento das partes<sup>795</sup>.

Nesse sentido, assevera Pedro Pais de Vasconcelos que, dentro de um contexto de análise dos contratos atípicos no caso concreto, segundo as lógicas econômicas que são próprias a cada negócio em particular, as *fontes* de estruturação de sua regulamentação “relacionam-se num sistema móvel em que, dependendo da feição e das características de cada contrato, a intensidade de cada um é variável, em que, em concreto, podem nem todos ser chamados a contribuir para a disciplina contratual [...]”<sup>796</sup>. Significa dizer que o objetivo de enumerar fontes não é o de apontar as que sejam mais ou menos relevantes, e sim o de municiar o intérprete de contratos atípicos com ferramentas capazes de auxiliar a compreensão da função econômica desempenhada pelos contratos em questão e das normas que se lhes aplicarão em virtude dessa função econômica.

Considerando o destaque dado pela literatura a essas fontes, faz-se necessário dedicar especial atenção à sua articulação para a composição da regulamentação dos contratos atípicos, para que, no próximo Capítulo, se possa proceder à estruturação de sistemática que promova a integração dessas metodologias aos vetores da contratação empresarial. Naturalmente que, até mesmo a teor das observações acima delineadas, não se pretende produzir lista exaustiva de critérios, mas simplesmente proceder a análise crítica dos mecanismos indicados pela literatura como fontes para a apreensão do regime dos contratos atípicos. Com isso, pretende-se explorar as potencialidades das metodologias tradicionalmente propostas pela literatura e as possíveis convergências com os imperativos de promoção e

---

<sup>794</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 333.

<sup>795</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 331.

<sup>796</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 333.

proteção dos elementos que distinguem a contratação empresarial dos demais negócios jurídicos contratuais.

### ***V.5.1. O controle de legalidade dos contratos atípicos e a fraude à lei***

Premissa fundamental do presente trabalho, já exposta desde o Capítulo II, é a de que não é dado a qualquer parte estipular contrato, típico ou atípico, que atente contra norma legal cogente. Trata-se, na verdade, precisamente da hipótese de controle do exercício da autonomia privada constante do inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo *senão em virtude de lei*. Não sem motivo, o art. 166 do Código Civil reputa como nulos os negócios jurídicos com objeto ilícito (inciso II) ou que tiverem por finalidade *fraudar lei imperativa* (inciso VI). As normas imperativas e a ordem pública, nesse sentido, são as limitações por excelência para o exercício da autonomia privada, tendo em vista que não pode o ordenamento admitir a celebração de negócios jurídicos que, no intuito de derrogar a legislação vigente em nome da atipicidade, pretendam afastar a incidência da legislação obrigatória.

Por mais que se trate de parâmetro de controle até mesmo óbvio em razão de sua relevância para a própria legitimação da autonomia privada, o controle de legalidade consiste em elemento conformador digno de nota em virtude da necessidade de oferecimento de incentivos adequados de prevenção ao oportunismo dos agentes econômicos, corolário direto da ideia de *pacta sunt servanda*<sup>797</sup>. Daí a razão pela qual falar-se na possibilidade de negócios jurídicos serem celebrados de maneira a subverter ou fraudar a lei significa também fazer referência às dinâmicas oportunistas que permeiam os mercados<sup>798</sup>.

O controle de legalidade dos contratos, segundo Francesco Messineo, não consiste simplesmente na verificação do descumprimento de normas pontuais, mas na constatação de um *desvio da função normal* do negócio jurídico contratual, isto é de um anormal exercício do direito à livre determinação do conteúdo contratual, de sorte que a fonte da ilicitude é

---

<sup>797</sup> Não é sem razão que Giovanni Battista Ferri, ao aludir à violação à legislação imperativa, assinala que a hipótese de nulidade decorrente dessa situação se encontra implícita na própria natureza cogente da norma. Ver: FERRI, Giovanni Battista. *Appunti sull'invalidità del contratto* (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942. *Rivista Diritto Commerciale*. v. 1, pp. 367-394, 1996. p. 393.

<sup>798</sup> Nesse sentido: “Inúmeros são os meios ou processos de que lançam mão os infratores das normas jurídicas, a fim de se subtraírem ao seu império, a sanções que lhe são impostas no caso de transgressões. Estes meios ou processos vão da violação direta, pura e simples, sem rodeios ou subterfúgios, às formas mais sutis, disfarçadas, ocultas e mascaradas, adrede preparadas, de maneira a dificultar a aplicação da lei, e consequentemente, subtrair se o infrator à sanção legal” (LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 33).

precisamente o direcionamento anômalo da autonomia da vontade<sup>799</sup>. Por esse motivo, segundo o autor, o controle de legalidade pode assumir características mais amplas, já que se pode considerar ilícito tanto o contrato *ilegal* – isto é, aquele que viola norma imperativa – como o contrato *proibido* – ou seja, o que viola a ordem pública<sup>800</sup> – e também o contrato *imoral* – que viola os bons costumes<sup>801</sup>.

No caso específico dos contratos atípicos, ganha relevância a análise funcional do negócio jurídico especialmente diante do fato de que se pode passar a investigar não somente a ilicitude das suas *cláusulas*, mas da sua *causa* ou função econômica (situação que, evidentemente, não poderia ter lugar em contratos típicos, cuja função econômica é definida pela lei)<sup>802</sup>. Naturalmente que, no direito brasileiro, em que não se adota a causa como requisito

---

<sup>799</sup> MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milão: Giuffrè, 1972. v. II, pp. 230-231.

<sup>800</sup> Quanto a este tema, a literatura e a jurisprudência italiana formularam a figura da *nullidade de proteção*, assim descrita por Giorgia Vulpiani: “La nullità di protezione si configura come un rimedio volto a garantire l’obiettivo perseguito dall’ordinamento, attraverso la disciplina dell’esercizio dell’autonomia privata, in tutte le situazioni in cui la debolezza di una delle parti, dovuta alla particolare natura dell’interesse di cui è portatrice o alla posizione di subordinazione o asimmetria informativa in cui si trova, potrebbe portare a subire l’abuso del potere contrattuale dell’altra parte; abuso che si sostanzia in un programma contrattuale squilibrato. Una siffatta impostazione sembra comportare l’abbandono della tradizionale teorica che individua la ratio giustificatrice della nullità in un vizio strutturale dell’atto o nella tutela di un interesse pubblico: la nullità si presenterebbe, dunque, come un duttile strumento nelle mani del legislatore posto di volta in volta a tutela di interessi generali o particolari assurti al rango di interessi generali, nell’ottica del .d. ordine pubblico di protezione?. Si passa, così, da una nullità intesa in senso strutturale ad una nullità in senso funzionale” (VULPIANI, Giorgia. La nullità del contratto nel diritto civile italiano tra frammentazione, recupero e nuove tecnologie. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. n. 16, pp. 412-451, fev. 2022. p. 420). Tradução livre: A nulidade de proteção configura-se como um remédio destinado a garantir o objetivo buscado pelo ordenamento jurídico, por meio da regulação do exercício da autonomia privada, em todas as situações em que a fragilidade de uma das partes, devido à natureza específica do interesse que ela representa ou à posição de subordinação ou assimetria informacional em que se encontra, poderia levar ao abuso do poder contratual da outra parte; abuso que se materializa em um programa contratual desequilibrado. Essa abordagem parece implicar o abandono da teoria tradicional que identifica a razão justificadora da nulidade em um vício estrutural do ato ou na proteção de um interesse público: a nulidade, portanto, se apresentaria como uma ferramenta flexível nas mãos do legislador, estabelecida de tempos em tempos para proteger interesses gerais ou particulares elevados à categoria de interesses gerais, na perspectiva da ordem pública de proteção. Assim, passa-se de uma nulidade entendida em um sentido estrutural para uma nulidade em um sentido funcional.

<sup>801</sup> MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milão: Giuffrè, 1972. v. II, p. 232.

<sup>802</sup> Nesse sentido: “Non altrettanto può dirsi oggi, sotto l’impero del codice, che concepisce la causa come elemento oggettivo, ma ha conservata immutata, nell’art. 1343, la formula del vecchio art. 1122, continuando a parlare di illiceità *della causa* del contratto (1°) è stato, infatti, osservato che, essendo la causa – nel contratto nominato (típico) – opera esclusiva dell’ordinamento giuridico e non potendo, per definizione, la causa medesima essere illecita, la contrarietà ad essa, alia quale allude l’art. 1343, non può avverarsi nel contratto nominato: sarebbe, infatti, una contraddizione *in adiecto*. Se ne dedolto che il terreno, proprio dell’illiceità della causa e quello del contratto *innominato*; il quale, essendo un prodono dell’autonomia privata (tomo J, 689) recepisce da questa anche la causa e, dunque, anche la causa e opera delle parti, come è confermato dai caput. art. 1322 (*a contrario*); donde, uno stretto nesso fra il principio di cui al predetto art. 1322 e l’art. 1343 in esame” (MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milão: Giuffrè, 1972. v. II, p. 233). Tradução livre: Hoje, sob o domínio do código, que concebe a causa como elemento objetivo, mas mantém inalterada, no artigo 1343, a fórmula do antigo artigo 1122, continuando a falar sobre a ilicitude da causa do contrato, foi observado que, uma vez que a causa – no contrato nominado (típico) – é exclusivamente obra do ordenamento jurídico e, por definição, a própria causa não pode ser ilícita, a contrariedade a ela à qual se refere o artigo 1343 não pode ocorrer no contrato nominado: seria, de fato, uma contradição *in adiecto*. Daí se deduz que o terreno próprio da ilicitude da causa é diferente daquele dos contratos *inominados*; estes, sendo produto da autonomia privada (cf. Tomo I, 689), recebem dela também a causa

do negócio jurídico, não há hipótese legal de invalidação do contrato em virtude da *ausência* de causa, no entanto a análise da função econômica é elemento interpretativo relevante até mesmo para a identificação da ilicitude do objeto pretendido pelas partes<sup>803</sup>. A relevância da apreciação da função econômica do contrato será abordada sob nova perspectiva no próximo Capítulo, pois se entende que, nos contratos empresariais atípicos, a compreensão da operação econômica e de seu *modus operandi* é essencial até mesmo para a análise da ilicitude da avença ou, ainda, do merecimento de tutela de determinado arranjo pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, ao se aludir ao controle de legalidade dos contratos atípicos se está a falar não somente na violação à legislação imperativa – que, por sua natureza, é *inderrogável*, de maneira que evidentemente não poderiam os agentes econômicos arvorarem-se a derogarem tais normas em nome da liberdade de contratar –, mas também à estruturação de arranjos complexos que tenham por intuito fraudar a lei. Conforme explica Giuseppe Cricenti, a distinção entre uma situação de ilicitude e outra não é meramente semântica, na medida em que a fraude à lei pressupõe um *procedimento* de ocultação da ilicitude por intermédio da construção de arranjos crípticos, fragmentários (em larga medida pela celebração de contratos coligados) e que lançam mão da atipicidade como manobra diversionista à aplicação de normas cogentes<sup>804</sup>.

Assim, não se está a falar da pura e simples violação à legislação positiva, mas de um comportamento que viola a legislação de maneira oblíqua, sem confrontá-la abertamente<sup>805</sup>. Daí salientar Frédéric Ruel, em análise da doutrina francesa, que a fraude à lei supõe que o meio fraudulento empregado seja, aparentemente, conforme à letra da norma jurídica, de forma que regras imperativas não são propriamente violadas, mas sim *eludidas* (*éludées*) ou evadidas<sup>806</sup>.

---

e, portanto, a causa é obra das partes, como é confirmado pelo caput do artigo 1322 (a contrario); portanto, há uma ligação estreita entre o princípio estabelecido no mencionado artigo 1322 e o artigo 1343 em questão.

<sup>803</sup> Nesse sentido: “L’assenza dell’elemento causale è da escludere se si hamente alla causa come funzione economico-sociale: ché le parti avevano qui pattuito un prezzo, e nient’affatto simbolico. Si può poi far riferimento alla diversa idea di causa come funzione economico-individuale del negozio: e la valutazione appena compiuta s’incentrerebbe sul (sussunzione al) tipo contrattuale, anziché sulla causa” (MAIOLO, Francesca. Il controllo sulla causa tra assenza e illiceità. *La nuova giurisprudenza civile commentata*. v. 25, n. 1, pp. 1-11, jan. 2009. p. 2). Tradução livre: A ausência do elemento causal deve ser excluída se considerarmos a causa como uma função econômico-social, pois as partes acordaram um preço real e não simbólico neste caso. Também podemos fazer referência à ideia diferente de causa como função econômico-individual do negócio, e a avaliação realizada se concentraria na (subordinação ao) tipo contratual, em vez da causa.

<sup>804</sup> Ver: CRICENTI, Giuseppe. Frazionamento contrattuale e frode ala legge. *La nuova giurisprudenza civile commentata*. v. 23, n. 9, pp. 385-390, set. 2007.

<sup>805</sup> RUEL, Frédéric. *La choix du type de contrat*. Lille: ANRT, 1997. p. 232.

<sup>806</sup> Segundo o autor: “En effet, la fraude se différencie de la violation de la loi qui peut se définir comme l’acte qui tombe immédiatement sous le coup de la sanction prévue, l’acte qui contrevient à l’interdiction ou à l’obligation posée par la loi. On fait ce que la règle de droit défend ou on ne fait pas ce qu’elle ordonne. La fraude suppose au contraire, que le moyen employé pour frauder soit, a priori à l’abri de toute critique, soit conforme à la lettre de la



Por esse motivo, a fraude à lei se afasta da mera violação legal e se aproxima de figuras como a cláusula geral de vedação ao abuso de direito – a ser mais detalhadamente comentada na sequência.

Ademais, igualmente se poderá falar em fraude à lei com relação à legislação dispositiva, especialmente em se tratando de contratos atípicos. Basta ver que, como se pôde demonstrar no Capítulo III, o tipo legal – e mesmo o tipo social a que se aludiu no Capítulo IV – incide e reconduz o negócio concreto a um conjunto de normas que são próprias à sua função econômica, com o objetivo de estabilizar expectativas nos mercados quanto aos efeitos jurídicos atribuídos aos modelos típicos<sup>807</sup>. Assim, não faria sentido supor que, em nome da autonomia privada e da liberdade para celebração de negócios atípicos, viessem as partes a celebrar um contrato atípico com disposição voltada a afastar genericamente todos os tipos existentes ou, no mínimo, os tipos que possivelmente poderiam se aplicar ao caso concreto – juntamente de seu complexo de normas imperativas e dispositivas<sup>808</sup>. Daí dizer Judith Martins-Costa que “tarefa tanto do ordenamento quanto dos juristas oferecer critérios prévios – tanto para pautar a conduta dos homens quanto para explicitar e determinar os significados das normas que estabelecem essas condutas”<sup>809</sup>

---

norme juridique. En d’autres termes, l’acte accompli ne doit pas être ‘contra legem’ c’est à dire tomber immédiatement sous le coup des sanctions prévues par la loi” (RUEL, Frédéric. *La choix du type de contrat*. Lille: ANRT, 1997. p. 232). Tradução livre: Na verdade, a fraude se diferencia da violação à lei, que pode ser definida como o ato que cai imediatamente sob o alcance da sanção prevista, o ato que contraria a proibição ou obrigação estabelecida pela lei. Faz-se o que a regra de direito proíbe ou não se faz o que ela ordena. A fraude, por outro lado, pressupõe que o meio utilizado para fraudar seja, a priori, isento de críticas ou esteja em conformidade com a letra da norma jurídica. Em outras palavras, o ato praticado não deve ser “contra legem”, ou seja, não deve cair imediatamente sob o alcance das sanções previstas pela lei.

<sup>807</sup> Segundo Castanheira Neves: “Pois a lei, ao prescrever pelos seus tipos normativos os pressupostos que condicionam os efeitos jurídicos admitidos, o que justamente se propõe [...] é vincular a admissão ou a imposição desses efeitos à verificação em concreto dos pressupostos que abstractamente enuncia” (NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 406).

<sup>808</sup> Tal reflexão pode ser encontrada na obra de Pedro Pais de Vasconcelos: “Se é lícito às partes escolher um tipo contratual em detrimento de outro para evitar o regime legal injuntivo desencadeado pelo tipo afastado, não será também lícito afastar todos os tipos contratuais legais e construir um contrato atípico que tenha a virtude de não pôr em vigor os regimes legais injuntivos tidos como indesejáveis? A questão está na liberdade, ou no grau de liberdade, que as partes têm, ou não têm, no âmbito da autonomia privada, para afastar a vigência de preceitos de direito injuntivo através da escolha do tipo contratual legal em cujos termos vão contratar, ou através do recurso a contratos atípicos. A questão está no relacionamento e na convivência entre a autonomia contratual e a heteronomia legal, entre a Ordem Privada e a Ordem Pública. A questão está no âmbito de acção e no modo de eficácia do princípio da fraude à lei. O negócio jurídico é sempre expressão da relação entre liberdade (do privado) e autoridade (do ordenamento estadual). Em teoria, o problema da relação liberdade – autoridade pode ser resolvido dando prevalência à segunda, e o negócio aparece então como acto autorizado pelo ordenamento, ou à primeira, e é então o ordenamento que fica colocado numa posição instrumental. O sentido e a função do encontro entre o ordenamento estatal e o negócio não é tanto o de modelar o valor do negócio aos valores do ordenamento, mas o de aferir o grau de compatibilidade entre ambos” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 355-356).

<sup>809</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra). *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 5, pp. 71-81, jul./set. 2015. p. 77.

A análise da fraude à lei, porém, de ser acompanhada de uma série de cautelas diante da necessidade proteção da autonomia, poder atribuído aos agentes privados precisamente em virtude (i) da impossibilidade de o ordenamento jurídico disciplinar autoritativamente todas as relações entre particulares; (ii) da ausência de interesse público em tal nível de intervenção sobre os pactos privados; (iii) da necessidade, esta sim de interesse público, de fomentar a obtenção de acordos pacíficos entre os particulares; e (iv) da constatação de que os particulares são, normalmente, os mais aptos a avaliar seus próprios interesses e a regulá-los<sup>810</sup>. A fraude à lei, por conseguinte, é uma importante chave de leitura de arranjos complexos e mesmo de novos negócios, na medida em que tem por objetivo avaliar em que medida os interesses que os agentes econômicos buscam proteger pela contratação poderiam não ser merecedores da tutela jurídica do estado<sup>811</sup>.

Dessa maneira, a fraude à lei teria o condão de expandir o juízo de subsunção associado às normas cogentes para abarcar também a ordem pública, servindo como verdadeira cláusula geral de conformação dos negócios jurídicos contratual aos objetivos considerados relevantes pelo ordenamento em cada contexto. Dessa maneira, a título de exemplo, ao passo que a autonomia privada perfeitamente autorizaria a celebração de pacto de não-concorrência, sua celebração está condicionada ao atendimento de limitações espaciais ou temporais, sob pena de violação não de normas imperativas explícitas, mas à livre concorrência protegida pelo art. 170 da Constituição Federal<sup>812</sup>.

Observa-se, quanto a esse ponto, que a fraude a lei tem por intuito tutelar os diversos interesses que permeiam o contrato, o que inclui tanto a coletividade – sobretudo nas normas de ordem pública – quanto as próprias partes contratantes – de maneira a evitar o oportunismo

---

<sup>810</sup> CATAUDELLA, Antonino. L'uso abusivo di principi. *Rivista di diritto civile*. v. 60, n. 4, pp. 747-763, 2014. Em sentido semelhante, de acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, “[q]uem actua intencionalmente de modo a alcançar um objectivo prático que sabe ser aquele que a lei quer evitar, ou de modo a evitar um resultado prático que sabe ser aquele que a lei quer alcançar, não pode deixar de ver a sua actuação e a sua intenção serem sujeitas a um juízo de mérito de fundamento axiológico” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 351)

<sup>811</sup> Segundo Roberto Maurelli, a fraude à lei traz consigo importante paradoxo: “In questa prospettiva la frode alla legge emerge dunque solo come limite all'autonomia privata, e la fissazione di parametri certi a cui ancorare il giudizio sulla sua esistenza consente all'interprete di disporre di una chiave di lettura coerente del fenomeno, potendosi altrimenti arrivare al paradosso di tacciare di fraudolenza negozi invece perfettamente leciti, comprimendo ingiustamente l'area altrimenti inviolabile della libertà contrattuale” (MAURELLI, Roberto. *Frode alla legge e diritto del lavoro*. Turim: Giappichelli, 2020. p. 3). Tradução livre: Nessa perspectiva, a fraude à lei surge apenas como um limite à autonomia privada, e o estabelecimento de parâmetros claros aos quais ancorar o julgamento de sua existência permite ao intérprete dispor de uma chave de leitura coerente do fenômeno, evitando assim o paradoxo de rotular como fraudulentos contratos perfeitamente legítimos, restringindo injustamente a área previamente inviolável da liberdade contratual.

<sup>812</sup> Nesse sentido: “São válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente” (STJ, REsp 1.203.109, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 05.05.2015).

excessivo decorrente de discrepâncias de poder – e mesmo terceiros eventualmente afetados pela conduta ilícita dos agentes envolvidos no negócio<sup>813</sup>. Dessa maneira, a fraude à lei caminha *pari passu* com o controle de legalidade, já que permite que se considerem inválidos os negócios jurídicos que tenham sido celebrados no intuito de burlar a incidência da lei imperativa, em evidente desvio de finalidade. Não é sem razão que, como já se antecipou, a fraude a lei em muito se aproxima do abuso de direito, na medida em que, nos termos do art. 187 do Código Civil, “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”<sup>814</sup>.

A fraude à lei, nesse sentido, está associada a um problema de qualificação contratual possivelmente verificável tanto nos contratos atípicos quanto nos típicos, já que tem por objetivo conduzir o intérprete a uma compreensão equivocada a respeito da função econômica do negócio. Não se trata, porém, de figura análoga à simulação, uma vez que, ao passo que a simulação existe um ato aparente que se contrapõe a um ato realmente celebrado

---

<sup>813</sup> Vito Velluzzi procura, em publicação sobre o assunto, produzir enquadramento doutrinário específico da contratação em fraude a terceiros: “Sulla scorta di quanto si è detto sin qui è possibile delineare una definizione lessicale, basata cioè su una prima e sintetica analisi dell’apprassi e della dottrina, di contratto in frode al terzo, dalla quale prendere le mosse per il prosieguo dell’indagine e valutare i rapporti tra frode al terzo e frode alla legge. In ragione dei dati ricostruiti si può affermare che si ha contratto in frode al terzo qualora le parti pongano in essere un accordo col quale eludono e/o violano la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il terzo, situazione attribuitagli da una norma imperativa o fondata su un precedente atto di autonomia privata” (VELLUZZI, Vito. Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge. *Rassegna di Diritto Civile*. v. 1, pp. 183-223, 2004. p. 201). Tradução livre: Com base no que foi discutido até agora, é possível traçar uma definição lexical, com base em uma análise inicial e concisa da prática e da doutrina, de contrato em fraude a terceiros, a partir da qual se pode continuar a investigação e avaliar as relações entre fraude a terceiros e fraude à lei. Com base nos dados apresentados, pode-se afirmar que existe um contrato em fraude a terceiros quando as partes celebram um acordo pelo qual contornam e/ou violam a situação jurídica subjetiva detida pelo terceiro, uma situação atribuída a ele por uma norma imperativa ou com base em um ato anterior de autonomia privada.

<sup>814</sup> “Les particuliers agissent sur le contenu que présuppose le cadre, et non plus sur celui-ci en lui-même, lorsque, pour éviter les conséquences qu’une qualification entraînerait, ils transforment les données de fait et, par contre-coup, la qualification. L’action est alors indirecte. Le détournement est parfaitement concevable et licite. Il est de leurs conventions. C’est seulement ensuite que celui-ci sera placé dans un cadre. Toutefois, le but poursuivi par les parties est pris en considération. Si elles ont prévu certaines données concrètes parce que ces dernières répondent à leurs desseins, leur attitude est correcte. Mais il arrive que la transformation qu’elles ont fait subir aux données de fait ait eu exclusivement pour but de soustraire l’acte passé à l’application d’un régime juridique impératif. Le détournement devient détournement. Il y a fraude à la loi. Le but poursuivi réagit sur le régime de l’acte. Mais, dans ce cas, la qualification n’est plus discutée ou, du moins, le problème que sa détermination implique n’est plus en cause” (TERRÉ, François. *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. p. 5). Tradução livre: Os particulares atuam sobre o conteúdo presumido pelo modelo, e não mais sobre o próprio modelo, quando, para evitar as consequências que uma qualificação acarretaria, eles transformam os dados de fato e, como resultado, a qualificação. A ação é então indireta. O desvio é perfeitamente concebível e lícito. Isso faz parte de seus acordos. Somente depois disso é que ele será colocado em um modelo. No entanto, o objetivo perseguido pelas partes é levado em consideração. Se elas previram certos dados concretos porque eles atendiam aos seus propósitos, sua atitude é correta. Mas pode acontecer que a transformação que elas tenham feito nos dados de fato tenha sido exclusivamente para evitar a aplicação de um regime jurídico imperativo ao ato. O desvio se torna uma fraude à lei. O objetivo perseguido afeta o regime do ato. No entanto, neste caso, a qualificação não está mais em discussão ou, pelo menos, o problema que a determinação implica já não está em questão.

pelas partes (de tal maneira que, nos termos do art. 167 do Código Civil brasileiro, “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”), em um conflito de qualificação que potencialmente oculte fraude à lei haverá apenas um ato real, que, porém, provoca dúvidas sobre a sua qualificação, sua natureza jurídica e, conseqüentemente, sobre as normas imperativas aplicáveis<sup>815</sup>.

O que importa salientar é que a constatação tanto da fraude à lei quanto da própria contrariedade à lei imperativa depende de uma série de considerações e valorações que transcendem o mero juízo subsuntivo diante de normas cogentes, sendo de rigor uma análise funcional do negócio jurídico contratual em seu contexto institucional, o que abarca diversos elementos extralegais – dentre os quais alguns dos elementos já mencionados ao longo do presente trabalho, como é o caso da ordem pública e dos usos e costumes aplicáveis sobre o mercado em questão<sup>816</sup>. Até por esse motivo dificilmente seria possível estabelecer uma hierarquia estanque de fontes normativas, na medida em que devem tais fontes ser adequadamente harmonizadas e contextualizadas com as diversas instituições que incidem sobre a contratação. Daí a relevância, também para a apreensão da regulamentação dos contratos atípicos, de cláusulas gerais como a boa-fé objetiva, a ser comentada a seguir.

### ***V.5.2. A boa-fé objetiva como mecanismo de regulamentação dos contratos atípicos***

A necessidade de agregação de fontes extralegais de normatividade à regulamentação de contratos atípicos para que mais bem se apreenda a sua função econômica, mencionada no tópico anterior, dificilmente é satisfeita com análises meramente subsuntivas do fato à norma. Daí a razão pela qual, como ocorre com o próprio método tipológico, a análise de contratos atípicos deve contar com mecanismos flexíveis, capazes de agregar ao seu regime jurídico normas consistentes com o contexto econômico e social em que se inserem. Segundo Menezes Cordeiro, em obra paradigmática sobre o tema, por mais que se busque aproximar estruturas como a boa-fé de fontes extrajurídicas, trata-se de mecanismo integrante do

---

<sup>815</sup> Ver: ABEILLE, Jean. *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Aix-Marseille, Aix-Marseille, 1938. p. 97.

<sup>816</sup> Nesse sentido: “O juízo sobre a natureza injuntiva ou dispositiva do preceito legal que dispõe acerca do conteúdo do contrato é muitas vezes delicado e confunde-se com a própria decisão quanto à hierarquização ‘in casu’ entre a lei e o contrato. Nem sempre a natureza injuntiva ou dispositiva da lei que rege sobre o conteúdo do contrato resulta da própria lei e, mesmo quando tal sucede, nem sempre a lei, ao proceder à sua auto-superiorização em relação ao contrato, dispensa o concurso de considerações extra-legais. Sempre que a lei não determina expressamente a sua natureza injuntiva, a sua inderrogabilidade pelo contrato, é na Ordem Pública que o intérprete vai buscar o critério de decisão” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 337).

raciocínio jurídico-dogmático na medida em que permite apreender com maior acurácia a juridicidade das situações concretas – e, conseqüentemente, dos contratos<sup>817</sup>.

De acordo com Judith Martins-Costa, os dispositivos que lançam mão da técnica das cláusulas gerais – como a boa-fé, os bons costumes, a função social, o enriquecimento sem causa, entre outros – se utilizam de expressões vagas, e, assim, são marcados por uma dupla indeterminação: quanto à sua hipótese de incidência e quanto às suas conseqüências<sup>818</sup>. Com isso, o legislador delega ao intérprete a tarefa de solucionar situações concretas que não poderiam ter sido resolvidas pela lei positiva, na medida em que a análise de casos empíricos é que permite estruturar as legítimas expectativas associadas aos comportamentos dos agentes e, por conseguinte, ao caráter vinculativo que tais expectativas assumem<sup>819</sup>. Daí salientar a literatura alemã clássica que as cláusulas seriam verdadeiras válvulas de abertura do ordenamento jurídico para a dinâmica e as transformações sociais<sup>820</sup>, motivo pelo qual estão no centro da reflexão sobre os contratos empresariais, já que permitem a constante atualização das concepções sobre a contratação diante da mutabilidade que é própria da dinâmica dos mercados.

A boa-fé objetiva desempenha variadas e importantes funções na ordem jurídica, o que inclui, por exemplo, um papel central no juízo de qualificação dos contratos – típicos ou atípicos – em virtude da sua função hermenêutica, orientando a análise do comportamento das partes – e não somente do texto do instrumento contratual – para perceber os contornos do

---

<sup>817</sup> “As tentativas de captar e explicar, teoreticamente, a fenomenologia subjacente à boa fé não se esgotam nas remissões feitas para ordens extra-jurídicas. O modo fundamental de entender o Direito e o processo, assim possibilitado, de meditação abstracta, capaz de atingir resultados a partir de postulados dados como prévios pode, ainda, seguir vias linguístico-comunicativas jurídicas puras. Tal orientação cifra-se em verter a boa fé numa série de canais juscientíficos que, como os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, os tipos e os padrões jurídicos, facultariam, depois, a obtenção de soluções. Embora não seja nova, esta instrumentação conserva, perante a terminologia jusprivatística românica que, hoje ainda, domina o panorama literário, um sabor particular, fonte de aplicações múltiplas e recursos excessivos. Resulta daí um empolamento linguístico rico em soluções aparentes, numa situação incapaz, à partida, de reintegrar um nível dogmático, essencial para a obtenção de soluções efectivas” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1176).

<sup>818</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: Teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013. v. II, p. 999. Nesse sentido: “As cláusulas gerais caracterizam-se pela grande generalidade e pela necessidade de serem concretizadas por referência a valores. Também os chamados conceitos indeterminados carecem de preenchimento ou de valoração. As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados distinguem-se pela estrutura: as primeiras têm estrutura proposicional e os segundos têm estrutura conceptual. Na sua concretização as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados pedem muito do intérprete: exigem-lhe que se debruce sobre a situação concreta do caso, que intua a constelação valorativa de referência, que pondere a conseqüência da concretização e que formule o juízo em termos tais que seja susceptível de ser sindicado” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 397).

<sup>819</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: Teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013. v. II, p. 999.

<sup>820</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1977. pp. 29-30.

programa contratual<sup>821</sup>. A chamada função hermenêutica da boa-fé objetiva, nesse sentido, conduz a análise à percepção do contexto, o que engloba a apreciação dos usos e costumes (e, não sem motivo, estabelece o art. 113 do Código Civil que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) e dos *standards* de comportamento aplicáveis aos sujeitos inseridos naquele sistema concreto de interesses e expectativas<sup>822</sup>.

Nesse sentido, a indicação de *standards* de comportamento por essas cláusulas abertas serve para “balizar o juízo de conformidade ou de adequação a que se sujeitam quaisquer direitos, poderes ou faculdades, mormente quando a atuação, formalmente coerente com as normas imediatamente aplicáveis, ‘se apresenta ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade’”<sup>823</sup>. Significa dizer que a cláusula geral da boa-fé objetiva colabora, já em sua função hermenêutica, na abertura da análise contratual a elementos da realidade social que, incorporados ao discurso jurídico como mecanismos interpretativos, passam a constituir mais do que um critério de bondade ou de conduta ética, mas de diretrizes capazes de guiar os agentes econômicos na compreensão do padrão de conduta a ser adotado para atuar nos mercados<sup>824</sup>.

É por essa razão que mesmo a função hermenêutica da boa-fé objetiva desempenha papel fundamental na análise de contratos empresariais atípicos, já que permite reconduzir a interpretação contratual aos vetores dos negócios empresariais e, por conseguinte, à peculiar concepção operacional de *pacta sunt servanda* que os caracteriza. Assim, pouco sentido faz, nesse contexto, atribuir à boa-fé objetiva papel mitigador da vinculatividade das obrigações

---

<sup>821</sup> Segundo Judith Martins-Costa: “Na função hermenêutica, a boa-fé permite apreender os interesses das partes em vista dos esquemas socialmente normais e regulares, contrastando-os com a eventual singularidade do ato de autonomia privada. Viabiliza valorar a conduta das partes no curso do processo obrigacional, contrastando a conduta efetivamente havida com o standard da conduta segundo a boa-fé, é dizer: uma conduta leal, proba, cooperativa com o alter em vista dos fins visados pelo negócio e das expectativas legitimamente geradas por sua pactuação. E autoriza o intérprete a concluir – em razão do comportamento seguido – qual o sentido a conferir à manifestação de vontade, pois todo contrato importa num dever de manutenção de uma linha de coerência, «quer a pessoa esteja na posição de credor quer na de devedor»” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 510-511).

<sup>822</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 489-490.

<sup>823</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de buy or sell na perspectiva do Direito das Obrigações. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 550.

<sup>824</sup> Nesse sentido: “O pensamento por ‘standards’ não se resume à recolha e tratamento do que são, num certo ambiente social e num dado momento, os padrões de comportamento aceitável, em termos puramente sociológicos e axiologicamente neutros. Parte, sem dúvida, da realidade social, para a qual o direito faz remissão, mas como ponto de partida para a descoberta e a concretização de uma juridicidade imanente. Na consideração como ‘aceitável’ de um padrão de comportamento, vai implícito um critério de bondade, de aceitabilidade, um valor. Os ‘standards’ têm uma função de guia, de orientação (Steuerungsfunktion), na concretização das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 399).

contratuais quando o que se almeja para assegurar a previsibilidade das operações econômicas em mercados é precisamente que o que foi pactuado seja cumprido. A boa-fé objetiva, dessa maneira, não pode simplesmente servir de sucedâneo de juízos de equidade, mas de mecanismo voltado a assegurar a proteção à autonomia privada das partes<sup>825</sup>.

No entanto, o que demonstra a especial relevância da boa-fé objetiva como fonte de descoberta da regulamentação dos contratos empresariais atípicos não é propriamente a sua capacidade de desvendar o comportamento das partes para adequadamente *interpretar-se* o regulamento contratual, mas especialmente para determinar os parâmetros de conduta esperados nos espaços vazios deixados pelas partes, que se proliferam especialmente quando a intenção dos agentes econômicos é justamente a de derogar alguma parcela do ordenamento<sup>826</sup>. Daí salientar Francisco Paulo De Crescenzo Marino que, para que se determinem todos os efeitos jurídicos produzidos pelo contrato, “há necessidade de integrar a ele os efeitos advindos de fontes ‘extranegociais’, mais especificamente das normas supletivas (cogentes ou dispositivas), do princípio da boa-fé e dos usos em função normativa”<sup>827</sup>.

Assim, por mais que o texto do instrumento contratual seja fundamental na apreensão do regime dos contratos atípicos, não somente ele tende a ser lacunoso – e, por conseguinte, demanda pela incidência de fontes extranegociais –, como é insuficiente até mesmo para garantir a proteção da autonomia privada, até porque por intermédio da boa-fé objetiva é que se poderá avaliar a mensagem que procuram as partes transmitir entre elas próprias e ao próprio mercado<sup>828</sup>.

Aqui, por evidente, não se está a falar na captação da intenção subjetiva ou anímica

---

<sup>825</sup> Nesse sentido: “Se o contrato padece de excessivo rigor, será preciso examinar se foi assegurado, em sua fase formativa, o consentimento de forma livre e esclarecida; ou se está resguardado, nos contratos sinalagmáticos, o equilíbrio (segundo os dados do sistema); ou se há nulidade derivada de cláusula potestativa, ou de dolo, erro, coação ou lesão. O que não é lícito ao intérprete é utilizar a boa-fé como aríete para esfacelar o texto legal ou o contratual a pretexto de interpretar o contrato, pois a autonomia privada há de ser preservada. Repise-se: seus limites são os que decorrem do Ordenamento jurídico, e não da vontade do intérprete” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 557).

<sup>826</sup> Explica Judith Martins-Costa, porém, que é tênue a linha que separa a atividade interpretativa do que chama de *integração* dos contratos. Segundo a autora: “Só em termos analíticos se pode traçar com nitidez o campo de uma e de outra atividade intelectual, consistindo a interpretação e a interpretação ‘dois momentos afins, ainda que não sobreponíveis, do processo de recepção da regra privada no ordenamento. Sendo as normas jurídicas sempre dependentes de interpretação, ‘não é possível separar nitidamente a elaboração de novas normas [isto é, produzidas pela integração] da interpretação de disposições preexistentes’. A determinação do conteúdo da regulação contratual será, justamente, o resultado da interpretação. Há, pois, um nexos necessário entre o primeiro e o segundo desses momentos hermenêuticos: a integração, quando e se necessária, operando por vias heterônomas, embora referenciada ao ato de autonomia privada, há de suceder a interpretação que constitui, como já visto, a indagação e a revelação acerca do conteúdo do negócio” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 562-563).

<sup>827</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

<sup>828</sup> Ver, nesse sentido: FEMIA, Pasquale. Desire for text: Bridling the divisional strategy of contract. *Law and contemporary problems*. v. 76, n. 2, pp. 151-168, 2013.

dos agentes econômicos – até porque ela é pouco relevante diante da função econômica concreta do negócio jurídico e de seus efeitos sobre os mercados –, mas de sua apreciação “com base num padrão de conduta médio, que legitimamente é de esperar do *vir bonus*, ou do *bonus pater familiae*, em circunstâncias similares”, conforme aduz Luiz Gastão Paes de Barros Leães ao comentar a boa-fé a que aludia o art. 131 do revogado Código Comercial de 1850<sup>829</sup>. A boa-fé no Direito Empresarial, no entanto, vai além da mera apreensão do comportamento médio, mas é verdadeiramente *objetivada* pela dinâmica dos mercados. Daí salientar Paula Forgioni que “[a] boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. [...] Ao contrário, indica a retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados”<sup>830</sup>.

A boa-fé, segundo a autora, “é tomada pelo agente como um dos fatores que pautará o seu comportamento dentro de uma racionalidade condicionada pelas ‘regras do jogo’”, uma vez que “no mercado aprende-se com a experiência dos outros, ao contrário do que muitas vezes acontece em nossas vidas privadas”<sup>831</sup>. Dessa maneira, a chamada *integração* das lacunas dos contratos atípicos por intermédio da cláusula geral da boa-fé objetiva não consiste na investigação da intenção das partes, e sim na busca, a partir da dinâmica dos mercados, das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto. Não sem motivo, a jurisprudência do STJ é farta de exemplos nos quais se consagrou não somente a função interpretativa da boa-fé, mas também a sua capacidade de preenchimento de lacunas e mesmo de criação de deveres – os chamados deveres laterais ou anexos, aptos inclusive a ensejar a violação do contrato caso sejam desrespeitados<sup>832</sup>.

---

<sup>829</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Rompimento da boa-fé e conflito de interesses. In: \_\_\_\_\_. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. I, p. 1482.

<sup>830</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 129.

<sup>831</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 130.

<sup>832</sup> A literatura denomina este fenômeno de *violação positiva do contrato*, partindo da premissa de que os deveres anexos não são extracontratuais, mas integram o quadro obrigacional do programa contratual: “Nesse sentido é que a grande parte da doutrina dos ordenamentos já mencionados, premida por certo por questões práticas, mas informada por uma análise abrangente do fenômeno obrigacional, tem sustentado a contratualidade dos deveres laterais, aí se incluindo os de proteção, fundamentalmente devido à atuação do princípio da boa-fé como regra de colmatação da normatividade obrigacional. Nesses termos, a questão deixa de ser a identidade de tais deveres, mas sim os limites da contratualidade de deveres que não diretamente se vinculam à realização da prestação primária ou secundária. Em outras palavras, a questão se desloca para o estabelecimento dos contornos dos limites contratuais (ou, de forma mais ampla, obrigacionais), a fim de evitar um exagerado alargamento dos deveres abrangidos pelo vínculo. [...] Dessa forma, as críticas relativas ao fundamento obrigacional dos deveres laterais, apesar de relevantes, não podem ser aceitas. A obrigação – e com mais vigor a obrigação contratual – possui na sua complexidade interna um conjunto de deveres que não se resumem aos deveres de prestação. O que passa a ser importante, assim, é a visualização da distinção desses deveres, o que pode ser percebido pelas características gerais dos deveres laterais” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 88-89). Assim, conseqüentemente: “O descumprimento de deveres laterais,



Assim, entende o STJ que “[a] boa-fé objetiva induz deveres acessórios de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos, a serem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença, mantendo-se o equilíbrio da relação”<sup>833</sup>. No mesmo sentido, em outro julgado, salientou o aludido Tribunal Superior que “as partes devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade, de modo a permitir a concretização das legítimas expectativas que justificaram a celebração do pacto”<sup>834</sup>. Nesta última ocasião, o STJ fez considerações específicas a respeito da conduta dos agentes econômicos na contratação empresarial, ao assinalar que “[a]inda que caiba aos contratantes verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (due diligence), notadamente nos contratos empresariais, esse exame é pautado pelas informações prestadas pela contraparte contratual, que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões (standards) da boa-fé objetiva, em atitude cooperativa”<sup>835</sup>.

Nesse sentido, explica Pedro Pais de Vasconcelos que a boa-fé desempenha papel particularmente importante na concretização do conteúdo e na estruturação do regime dos contratos atípicos, notadamente nos contratos atípicos puros<sup>836</sup>. Segundo o autor, a concretização dos deveres acessórios de acordo com a boa-fé tem por resultado “a redução do papel reativo da letra do contrato na determinação dos comportamentos devidos e exigíveis e a instauração de um diálogo entre o texto e o sentido e escopo próprios do contrato, as circunstâncias, as matérias discutidas na sua negociação e os usos honestos do tráfego”<sup>837</sup>.

Falar-se em integração dos contratos empresariais atípicos, nesse sentido, não consiste em fazer referência a uma vontade subjetiva hipotética das partes – como pretende a dogmática alemã –, com vistas a reconstruir e revelar aquilo que foi querido, mas não foi revelado pelas partes. Trata-se, por conseguinte, não de um método de descoberta daquilo que

---

decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, pode ensejar a resolução do contrato, se for capaz de comprometer o interesse do credor na utilidade da prestação” (STJ, REsp 1.944.616, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 08.03.2022).

<sup>833</sup> STJ, REsp 1.838.752, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 19.10.2021. No mesmo sentido: STJ, REsp 1.993.499, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 02.08.2022.

<sup>834</sup> STJ, REsp 1.862.508, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Redatora para o Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 24.11.2020.

<sup>835</sup> STJ, REsp 1.862.508, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Redatora para o Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 24.11.2020.

<sup>836</sup> “A boa fé é particularmente importante no domínio da concretização do conteúdo e regime dos contratos atípicos. Dentro dos contratos atípicos, a boa fé, como critério de concretização, é mais relevante e mais importante nos contratos atípicos puros do que nos mistos. Nestes, a boa fé partilha com outros critérios a concretização; naqueles, a boa fé constitui o principal critério de concretização” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 420).

<sup>837</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 409.

os agentes queriam, mas um “meio para se dar ao conteúdo [contratual] toda a extensão que êle deve ter, dentro do que pode ter”<sup>838</sup>. A relevância da integração por intermédio de fontes como a boa-fé objetiva, e o seu papel no cenário de ausência de parâmetros para o preenchimento de lacunas diante da atipicidade contratual, assume tamanha relevância que pode ser denominada “equidade integrativa” a individuação da disciplina do contrato, que deverá necessariamente voltar-se para os usos e costumes do mercado e para as práticas comumente adotadas pelas partes<sup>839</sup>.

No entanto, vale ressaltar que a boa-fé objetiva não se equipara a um juízo genérico de equidade, isto é, de busca por uma justiça no caso concreto que venha a eventualmente mitigar o imperativo de proteção ao *pacta sunt servanda* e à autonomia privada<sup>840</sup>. A referência à *equidade integrativa* está, na verdade, relacionada precisamente à necessidade de análise abrangente das circunstâncias do caso concreto para que se garanta o seu alinhamento com as condições e práticas de mercado – e não a um critério arbitrário de justiça<sup>841</sup>.

Cabe notar, nesse ponto, que a boa-fé objetiva, à luz das fontes extralegais já mencionadas – como os próprios usos e costumes –, desempenha não somente função integrativa (ou seja, de colmatação de lacunas a partir do contexto da contratação), mas também função corretiva, que autoriza a declaração de ineficácia ou de invalidade a situações consideradas abusivas na seara em que se realiza a contratação<sup>842</sup>. Essas duas funções correspondem a modalidades distintas de deveres oriundos da boa-fé objetiva que colaboram

---

<sup>838</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXVIII, p. 165.

<sup>839</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 566.

<sup>840</sup> “Outras vezes, invoca-se a boa-fé como sinônimo de equidade, o que é impróprio, já que a boa-fé ocupa um locus particular dentro do direito positivo. Pior: a intensa força retórica da expressão tem habituado magistrados a simplesmente mencionar a boa-fé na fundamentação de suas decisões, sem qualquer espécie de consideração adicional. O resultado é o alargamento do conceito a tal ponto que a sua função passa a se confundir com a do inteiro ordenamento jurídico. Em outras palavras, invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 80).

<sup>841</sup> Anderson Schreiber, nesse sentido, manifesta-se a respeito do que denomina por superutilização da boa-fé objetiva: “Com esta expressão, superutilização da boa-fé objetiva, propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções. Com efeito, devido à sua inspiração original – associada a considerações morais, éticas e até jusnaturalistas – e à sua estrutura – cláusula geral, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo julgador –, a boa-fé objetiva foi se investindo, em todo o mundo, da tarefa de oxigenar os códigos civis, realizando, em sua aplicação concreta, aspirações anti-individualistas e antiliberais. Embora sua incidência tenha sido questionada no âmbito das relações públicas, e até nas relações extracontratuais, a boa-fé objetiva sofreu, no âmbito das relações contratuais, uma utilização exagerada, convertendo--se, muitas vezes, em noção depositária de todos os anseios” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 79).

<sup>842</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 564.

na estruturação da regulamentação dos contratos atípicos, nomeadamente os já mencionados deveres instrumentais ou anexos; e os chamados deveres de proteção aos interesses que podem eventualmente ser afetados em virtude do contrato<sup>843</sup>.

A boa-fé, nesse sentido, é compreendida como importante fonte de normas aptas a preencherem o regime normativo dos contratos atípicos especialmente em razão da sua aptidão de produção de deveres às partes, cuja incidência se verificará a partir da análise contextual da contratação. É verdade que dificilmente a boa-fé objetiva é capaz de oferecer um conjunto apriorístico consistente de normas a serem observadas pelas partes contratantes, já que a análise do cumprimento ou do descumprimento dos deveres anexos se dá necessariamente a partir da observação do comportamento das partes.

Não obstante, a utilidade da boa-fé objetiva para os contratos empresariais atípicos deve receber especial atenção em virtude da já mencionada circunstância de que incorpora como normas jurídicas os *standards* de conduta aplicáveis aos agentes de mercado, a ressaltar a força dos usos e costumes. Mesmo tal recurso, porém, pode não ser suficiente para que se apreenda em sua totalidade o regime jurídico de contratos atípicos puros, ainda que celebrados por agentes empresariais<sup>844</sup>. Por esse motivo, adotar a boa-fé como panaceia para o tratamento de todos os problemas associados à indefinição quanto ao regime dos contratos atípicos, razão pela qual deve ser adequadamente integrada às demais fontes de aferição da regulamentação desses negócios.

### ***V.5.3. A cláusula geral de vedação ao abuso de direito***

O delineamento dos contornos do quadro geral de exercício da liberdade de contratar para a celebração de contratos empresariais atípicos exige uma visão abrangente a respeito da legalidade, limite essencial à autonomia privada. Não sem motivo, já se fez referência por diversas vezes ao imperativo de observância às normas de ordem pública e à legislação cogente como corolários inafastáveis da própria proteção da autonomia privada. Nesse sentido, ao passo que uma das principais chaves de leitura da liberdade para celebrar

---

<sup>843</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 573.

<sup>844</sup> “O recurso à formulação dos deveres acessórios constitui um passo importante na concretização da boa fé. Não é contudo suficiente. A simples formulação dos deveres acessórios em cada caso emergentes da concreta situação contratual, de acordo com a boa fé, não fornece a totalidade do critério para a concretização. Descoberta a emergência de um dever acessório, seja ele de proteção, de informação ou de lealdade, numa determinada circunstância ou vicissitude do contrato, não fica dispensada a sindicância da exigibilidade e da inexigibilidade concretas” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 410).

contratos atípicos reside precisamente na verificação da não contrariedade à lei, a análise da atipicidade passa também pela verificação do conjunto de elementos que compõem a ideia de licitude, em que se insere a cláusula geral de vedação ao abuso de direito.

Não sem motivo, o abuso de direito se posiciona no texto do Código Civil brasileiro logo após a definição de ato ilícito contida no art. 186 (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”), de tal maneira que, nos termos do art. 187, “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Contudo, mesmo por tratar-se de cláusula geral, a vedação ao abuso de direito é marcada por uma série de controvérsias ao longo de sua história cujo detalhamento evidentemente não é objeto deste trabalho, porém a compreensão dos elementos operacionais do abuso de direito é fundamental como mecanismo de constatação dos limites da atipicidade.

Marcel Planiol, nesse sentido, aponta para o vocabulário do *uso abusivo dos direitos* como um conjunto de fórmulas inexatas, na medida em que, a partir do momento em que se passa a abordar o *abuso*, não mais se está falando no modo de exercício de um direito, mas em contexto no qual, com a ação que ultrapassa os limites do próprio direito, estar-se-ia verdadeiramente violando-os<sup>845</sup>. Daí entender Castanheira Neves que o abuso não está relacionado a um juízo de mera subsunção – isto é, “deixou de entender-se como algo que acrescia a um direito pensado e constituído em si mesmo e com inteira independência dessa ideia de abuso”<sup>846</sup> –, e sim a uma análise valorativa quanto ao exercício dos direitos, ou seja, “algo que reage sobre o próprio fundamento e sentido dos direitos exercidos, obrigando assim a rever a concepção mesma desses direitos”<sup>847</sup>.

Salienta o autor, com isso, que o exercício abusivo dos direitos não configura um mero acidente decorrente do uso dos direitos, mas uma possibilidade normativa a eles inerente, na medida em que se encontra fundada no próprio fundamento dos direitos<sup>848</sup>. Dessa maneira, a possibilidade de um direito ser objeto de abuso está intrinsecamente interligada ao conceito

---

<sup>845</sup> PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit*. 2.ed. Paris: F. Pichon, 1902. v. II, p. 265.

<sup>846</sup> NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 522.

<sup>847</sup> NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 522.

<sup>848</sup> NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 523.

de direito subjetivo, uma vez que se vincula à sua natureza teleológica e aos fundamentos axiológico-normativos que orientam seu exercício<sup>849</sup>. Daí dizer Josserand, em obra clássica sobre a matéria, que a concepção moderna do abuso de direito deve se afastar da noção segundo a qual se trataria de uma contradição em termos, na medida em que consiste em mecanismo que promove a conciliação entre as construções jurídicas e os preceitos que orientam o ordenamento, de tal forma que a referida cláusula geral representaria não somente o triunfo da técnica jurídica, mas uma *inelutável necessidade*<sup>850</sup>.

É verdade que a teoria do abuso de direito surge de maneira embrionária como a vedação aos atos emulativos, voltada à repressão das formas de exercício de direitos – notadamente o direito de propriedade – de maneira moralmente inaceitável, com verdadeiro *animus nocendi*, isto é, com a intenção de instrumentalizar direitos subjetivos para o prejuízo de outrem<sup>851</sup>. Segundo Camilo Restivo, a teoria do abuso de direito constituiria uma ponte entre direito e moral, que viria a ser racionalizada pelo advento do *Code Civil* francês como mecanismo garantidor também das esferas individuais. No entanto, segundo o autor, foi a doutrina francesa do início do século XX que deu base à teoria contemporânea do abuso de direito, vindo a superar a noção de *aemulatio* para submeter ao Poder Judiciário os excessos dos poderes privados<sup>852</sup>.

Daí esclarecer Judith Martins-Costa que a introdução da teoria do abuso de direito no ordenamento brasileiro veio justamente superar a noção de ato emulativo<sup>853</sup> – já verificável

---

<sup>849</sup> De acordo com o autor: “Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de um direito. E então, no pressuposto exacto de que o fundamento normativo que dá validade jurídica aos direitos transcende sempre as estruturas formais por que eles se pretendem logicamente definir, e de que o respeito por essas estruturas formais não garante só por si o efectivo e real cumprimento daquele fundamento – antes é susceptível de cobrir uma sua concreta violação –, fácil é já compreender o abuso do direito como o fenómeno jurídico que justamente traduz a contradição entre o cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material-normativamente constitui esse mesmo direito – podendo assim dizer-se que a fórmula aparentemente contraditória abuso do direito é bem a exacta expressão deste fenómeno” (NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. pp. 523-525).

<sup>850</sup> JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l'Abus des Droits*. 2.ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. pp. 315-316.

<sup>851</sup> RESTIVO, Carmelo. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 67.

<sup>852</sup> RESTIVO, Carmelo. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*. Milão: Giuffrè, 2007. pp. 68-69.

<sup>853</sup> É de se notar que, em acórdão de 1943, de relatoria do Min. Philadelpho Azevedo, ainda se encontra, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alusão ao abuso de direito como ato emulativo, especificamente em discussão a respeito da recusa imotivada ao desquite por quem não se mostra disposto à reconciliação. Segundo excerto do voto do Ministro-Relator: “Mas, não hesitaria em avançar mais para, arrombando quadros processuais, surpreender o caso típico de abuso de direito, que, porventura, aí se insinuasse, dada a inexistência de filhos ou a ausência de outro motivo moral para a repulsa ao desquite, estando o aspecto económico afastado, como acredito,

por ocasião do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e de construções jurisprudenciais –, especialmente diante do excessivo individualismo atribuído ao Código Civil de 1916<sup>854</sup>. Como também adverte a autora<sup>855</sup>, abuso de direito ganha tração nos tribunais brasileiros segundo as lições da literatura francesa especialmente em matéria locatícia, como ocorria com alguma frequência em casos de exercício abusivo da faculdade do locatário de purgar a sua mora reiteradamente, de maneira a evitar a resolução do contrato de locação mesmo diante de repetidas impontualidades<sup>856</sup>.

No entanto, esclarece Judith Martins-Costa que foi somente na virada para o século XXI que a jurisprudência brasileira passou a caminhar no sentido da objetivação do abuso, especialmente em razão do advento do Código de Defesa do Consumidor e de sua noção de abusividade contratual fundada no significativo desequilíbrio das prestações em detrimento do consumidor<sup>857</sup>. Salienta a autora, porém, que os elementos de concreção do abuso de direito viriam a ser consagrados somente no Código Civil de 2002, que fundamenta a ilicitude do abuso na boa-fé, nos bons costumes e no fim econômico ou social do direito, assim prestigiando os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade do exercício de direitos<sup>858</sup>.

Segundo Bruno Miragem, em obra específica sobre o tema, a norma do art. 187 do Código Civil de 2002 não diz respeito simplesmente a uma nova fórmula para a ilicitude civil e tampouco à consagração da teoria clássica do abuso de direito em contornos contemporâneos, mas “passa a representar verdadeiro paradigma normativo da regularidade do exercício dos

---

em boa fé – assim o Recorrente por certo não persiste na recusa ao desquite, por prever a natural premorte do sogro, até porque este poderia excluí-lo de qualquer participação direta ou indireta na possível herança. Dest’arte, estaria ele agindo por mero capricho ou emulação, porque nada fez para demonstrar o desejo ou, sequer, a possibilidade de uma reconciliação [...]” (STF, RE 7.247, Rel. Min. Philadelpho Azevedo, Primeira Turma, julg. 05.08.1943).

<sup>854</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 62-64.

<sup>855</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 62-64.

<sup>856</sup> Pode-se, nesse sentido, ressaltar diversos julgados do Supremo Tribunal Federal que remontam ao início da primeira metade do século XX: STF, RE 18.618, Rel. Min. Luiz Gallotti, Primeira Turma, julg. 26.04.1951; STF, RE 20.817, Rel. Min. Mário Guimarães, Primeira Turma, julg. 07.08.1952; STF, RE 24.499, Rel. Min. Afrânio Costa, Segunda Turma, julg. 10.12.1953; STF, RE 20.388, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, julg. 12.01.1954; STF, RE 29.749, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Segunda Turma, julg. 08.05.1956.

<sup>857</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 67-70.

<sup>858</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 67-70.

direitos, em vista de sua funcionalidade<sup>859</sup>. Assim, a teoria do abuso de direito está vinculada à ideia de legalidade para esclarecer os limites estabelecidos pelo ordenamento, porém não com relação a vedações expressas, mas “para efeito de respeito a interesses e direito que tenham a mesma proteção [dos direitos exercidos], como a proteção do interesse social, seja contra o interesse egoístico e individual do titular do direito [...], mas principalmente em proteção à confiança social, considerada como bem jurídico a ser assegurado pelo Direito, em benefício da comunidade”<sup>860</sup>.

Daí a razão pela qual, a partir da cláusula geral de vedação ao abuso de direito, pode-se constatar o exercício irrazoável de direitos nos mais diversos âmbitos, em manifestações que ultrapassam os contornos do direito de propriedade ou mesmo do exercício de prerrogativas contratuais, como ocorre com o abuso de direito de voto<sup>861</sup>, abuso de poder de controle<sup>862</sup>, dentre outras manifestações em que se deve analisar “o equilíbrio que deve existir entre a liberdade do titular do direito subjetivo e os direitos dos demais membros da sociedade”<sup>863</sup>. Nesse sentido, explica Ana Frazão que, em que pese a diversidade de teorias existentes sobre o abuso de direito, todas essas abordagens têm em comum a premissa de que “os direitos subjetivos e as liberdades não podem ficar confinados a uma definição do tipo formal-legalista; precisam, pelo contrário, ser contextualizados diante das finalidades sociais, da moral, da boa-fé, dos bons costumes, da aceitação ou reprovabilidade social da conduta, dentre outros critérios”<sup>864</sup>.

Dessa maneira, a cláusula geral de vedação ao abuso de direito possibilita a percepção de situações de antijuridicidade no exercício de direitos ou prerrogativas contratuais

---

<sup>859</sup> MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. [edição eletrônica] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>860</sup> MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. [edição eletrônica] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>861</sup> A respeito do tema, assim já se pronunciou a Quarta Turma do STJ: “Para caracterização do abuso do direito de voto de que trata o art. 115 da Lei das Sociedades Anônimas, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva dos administradores em prejudicar a companhia ou os acionistas minoritários, é indispensável a prova do dano” (STJ, Ag. Int. no REsp 1.636.561, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 05.12.2019).

<sup>862</sup> Nesse sentido: “O § 1.º, do art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas enumera as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador de forma apenas exemplificativa. Doutrina. A Lei das Sociedades Anônimas adotou padrões amplos no que tange aos atos caracterizadores de exercício abusivo de poder pelos acionistas controladores, porquanto esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores. Para a caracterização do abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das Sociedades por ações, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva do acionista controlador em prejudicar a companhia ou os minoritários, é indispensável a prova do dano” (STJ, REsp 798.264, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Redatora para o Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 06.02.2007).

<sup>863</sup> FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 223.

<sup>864</sup> FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 223.

quando este se encontra desalinhado com as expectativas e *standards* de comportamento decorrentes da boa-fé objetiva ou das finalidades sociais ou econômicas associadas aos negócios entabulados e aos mercados em que se inserem. Ademais, é também do abuso de direito que sobressaem os especiais deveres de proteção associados aos interesses de terceiros, cuja relevância é fundamental especialmente em um contexto de valorização e proteção dos ambientes de mercado. Assim, o abuso de direito é também elemento importante na conformação dos comportamentos dos agentes econômicos na celebração de contratos empresariais atípicos, na medida em que consiste em ferramenta de controle da própria liberdade de contratar, como se verificará no item VI.2, no Capítulo a seguir. Com isso, o abuso de direito tem o condão de orientar o processo de descoberta do regime jurídico dos contratos atípicos ao fornecer um mecanismo amplo de controle do exercício da liberdade de contratar.

#### ***V.5.4. O recurso a categorias gerais do Direito dos Contratos***

Mesmo nos contratos atípicos puros, a literatura tem buscado elementos comuns que minimamente autorizem a aproximação dos negócios não previstos pela legislação a agrupamentos gerais de modalidades contratuais, por intermédio da identificação de elementos mais genéricos das funções econômicas que exercem. Trata-se, na verdade, de expediente já referido no presente trabalho quando, no Capítulo III, se fez referência aos chamados *índices de tipicidade* e à estratégia de se identificar elementos funcionalmente típicos mesmo nos contratos atípicos para que se lhes atribua, pelo recurso à analogia, regime jurídico correspondente a esses indícios.

Nesse sentido, já se aludiu às dificuldades de conceder excessiva predominância a prestações fragmentárias em lugar de se investigar, a partir de uma análise abarcante do negócio jurídico, a sua função econômica – até porque é a partir do enquadramento da função econômica do contrato que se verificará se se trata de acordo típico ou atípico. No entanto, é constante a tentativa de agrupamento dos contratos atípicos em categorias gerais, para que, então, se busque nessas categorias gerais características comuns mesmo entre os contratos não previstos pela legislação.

Não se está a tratar propriamente, nesse ponto, da já mencionada posição de Francesco Messineo, que, em verbete sobre contratos atípicos na conhecida *Enciclopedia del Diritto*, após oferecer extenso rol de negócios atípicos percebidos na prática mercantil italiana, propõe um *agrupamento sistemático de contratos inominados* em virtude de uma certa homogeneidade verificável nessas avenças. No entanto, nesse caso o autor simplesmente



procura diferenciar outras figuras dos contratos atípicos puros, nomeadamente os *contratos de combinação* – que são caracterizados por conterem elementos equivalentes de contratos típicos diversos –; *contratos de tipo duplo* ou *de tipos acoplados* – que se qualificam por conterem prestações de diversos tipos contrastantes – e *contratos mistos* – que inserem elementos de contratos típicos em um espaço considerável de atipicidade<sup>865</sup>.

Trata-se, na verdade, de classificação sistemática que remete à literatura alemã e que está intimamente relacionada ao próprio desenvolvimento de metodologias para a qualificação de contratos mistos, e, conseqüentemente, às chamadas teorias da absorção e da combinação<sup>866</sup>. Nesse caso, o intuito não é sequer o de construir categorias gerais capazes de oferecer regulamentação aos contratos atípicos puros, mas sim o de oferecer modelos normativos que contornem a atipicidade mediante a ampliação da ideia de tipicidade, assim evitando os problemas de indefinição quanto ao regime jurídico dos negócios atípicos. Álvaro Villaça Azevedo, ao comentar a aludida classificação, procura simplificá-la para simplesmente distinguir os contratos atípicos mistos dos contratos atípicos puros, ressaltando a singularidade dos contratos atípicos puros assim como são os contratos típicos. Segundo o autor: “[e]xiste o contrato atípico em sentido estrito, como o típico, caso contrário o contrato que de atípico simples se transplantasse ao direito positivo, como típico, perderia suas características próprias”<sup>867</sup>.

Não obstante, para além de classificações que têm por intuito limitar o escopo da categoria dos contratos atípicos, pode-se fazer referência também à aproximação dos negócios atípicos contemporâneos às suas fontes romanas. Já se aludiu ao fato de que, originalmente, o sistema contratual romano era marcado por uma tipicidade forte, no âmbito da qual a validade do contrato estava diretamente associada à preexistência de uma *actio* que o efetivasse. Mario Talamanca, colocando em perspectiva tal compreensão geral, explica que, muito embora seja possível identificar a atipicidade ao longo da história do Direito Romano, a Pandectística logrou êxito em difundir a noção segundo a qual a tipicidade do sistema romano era absolutamente fechada, entendimento este que se espalha também para os sistemas jurídicos de inspiração romanística<sup>868</sup>.

---

<sup>865</sup> MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958. v. X, pp. 102-103.

<sup>866</sup> No mesmo sentido: ENNECCERUS, Ludwig. *Recht der Schuldverhältnisse*: Ein Lehrbuch. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958. v. II, pp. 397-402.

<sup>867</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 157.

<sup>868</sup> TALAMANCA, Mario. La tipicità del sistema contrattuale romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 86, pp. 44-64, 1991. pp. 44-47. No mesmo sentido, Maria Barela ressalta a vinculação dessas inovações jurídicas às necessidades das trocas econômicas: “Non è dato stabilire il momento in cui i contratti innominati compaiono nel sistema del diritto romano, in quanto il loro riconoscimento avviene in modo graduale e soltanto nel diritto giustiniano si ha testimonianza della loro raccolta nella quadripartizione do

Explica Maria Costanza, nesse sentido, que a tipicidade foi sendo atenuada no sistema romano ao longo do tempo, com vistas a permitir a apreensão, pelo sistema jurídico, das transformações sociais que fatalmente demandavam por proteção jurídica<sup>869</sup>. Os jurisconsultos romanos, dessa maneira, paulatinamente estruturaram mecanismos capazes de admitir a atipicidade, ainda que com alguma vinculação a modelos típicos dotados de maior generalidade. Daí a razão pela qual o problema da atipicidade no Direito Romano vem comumente associada a referências à síntese de Paulo, contida no Livro 19 do Digesto, em que se pontificou que os negócios atípicos seriam permitidos na medida em que seriam reconduzíveis a quatro modalidades gerais, associadas às prestações neles contidas: *do ut des* (dou-te para que me dê), *do ut facias* (dou-te para que me faças alguma coisa), *facio ut des* (faço para que me dê alguma coisa) e *facio ut facias* (faço para que me faças)<sup>870</sup>.

A partir da construção dessas fórmulas por Paulo, estruturou-se a chamada *actio praescriptis verbis*<sup>871</sup>, capaz de operacionalizar demandas baseadas em contratos que, embora

---

ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias. L'origine di tali figure contrattuali è tuttavia concordemente individuata nella esigenza, nata dalla pratica dei rapporti economici, di apprestare un'adeguata tutela per coloro che avevano eseguito una prestazione al di fuori degli schemi tipici, al fine di ottenere una controprestazione. Nel diritto classico, infatti, la *datio ab causam* non attribuiva alcun diritto a pretendere una controprestazione ed il rapporto trovava protezione solo nel principio dell'indebito arricchimento, mediante la *condictio ob causa datorum* (denominata successivamente *causa data causa non secuta*). L'evoluzione avviene inizialmente ad opera della giurisprudenza che si attiva per consentire al creditore di ottenere la controprestazione in luogo della semplice restituzione di quanto prestato, concedendogli un'azione in *facto* o *actio praescriptis verbis*. La figura del contratto innominato nasce pertanto sul terreno dei contratti reali, cioè dalla materiale esecuzione di una prestazione, ricondotta nell'ambito di uno dei quattro schemi generali individuati dai giuristi dell'età postclassica" (BARELA, Maria. Il contratto innominato nella dottrina sistematica. *Giustizia Civile*. v. 55, n. 12, pp. 517-538, dez. 2005. p. 521). Tradução livre: Não é possível determinar o momento em que os contratos inominados surgiram no sistema do direito romano, uma vez que seu reconhecimento ocorreu de forma gradual, e somente no direito justinianeu encontramos evidência de sua inclusão na classificação dos quatro contratos consensuais: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* e *facio ut facias*. A origem desses tipos contratuais é unanimemente atribuída à necessidade surgida na prática das relações econômicas de fornecer proteção adequada àqueles que realizavam prestações fora dos padrões típicos, com o objetivo de obter uma contraprestação. No direito clássico, a *datio ab causam* não conferia ao credor nenhum direito de exigir uma contraprestação, e o relacionamento era protegido apenas pelo princípio do enriquecimento sem causa, por meio da *condictio ob causa datorum* (posteriormente chamada *causa data causa non secuta*). A evolução ocorre inicialmente por meio da jurisprudência, que permite ao credor obter a contraprestação em vez da simples restituição do que foi emprestado, concedendo-lhe uma ação in *facto* ou *actio praescriptis verbis*. Portanto, a figura do contrato inominado nasce no âmbito dos contratos reais, ou seja, da execução material de uma prestação, enquadrada em um dos quatro esquemas gerais identificados pelos juristas da era pós-clássica.

<sup>869</sup> COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981. p. 2.

<sup>870</sup> Na tradução do Conselheiro Vasconcellos, cabe transcrever o correspondente trecho do Digesto (D, 19, 5, 5 pr.): "Um meu filho natural é teu escravo e um teu filho é meu escravo. Convencionamos que manumitirias meu filho e que o mesmo faria eu ao teu. Libertei teu filho e não manumitiste o meu. Perguntaram que ação terei contra ti. Nessa questão pode-se tratar de toda a matéria de dar uma coisa para haver outra, o que se reduz às seguintes espécies: dou-te para que me dê; dou-te para que me faças alguma coisa; faço uma coisa para que me dê outra; ou faço para que me faças. Pergunta-se que obrigação nasça nesses casos" (VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes et al. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. vol. 2, São Paulo: YK, 2017. p. 325).

<sup>871</sup> Ver, nesse sentido: ACCARIAS, Calixte. *Théorie des contrats innommés et explication du titre de Praescriptis Verbis au Digeste*. Paris: Ancienne Maison de E. Dujardin, 1866.

atípicos, pudessem ser encaixados nas genéricas fórmulas paulianas acima indicadas<sup>872</sup>. Com o desenvolvimento do Direito Romano em seu estágio pós-clássico, generalizou-se a possibilidade de execução dos contratos sinalagmáticos pela figura do *sinallagma anônimo* – que, curiosamente, constitui a origem da terminologia de raiz latina *contrato inominado* –, porém mesmo nesse caso se fazia necessária a referência a alguma categoria geral, como, por exemplo, a dos contratos reais<sup>873</sup>.

---

<sup>872</sup> Cabe transcrever o trecho do Digesto que trata do tema (D, 2, 14, 7, 2): “Mas também se o convencionado não passar a um outro tipo contratual, subsistindo, não obstante, a causa, Celso elegantemente respondeu a Aristão que há obrigação, como, por exemplo, se eu te der uma coisa para que tu me dês outra, <ou se> eu der para que tu faças algo. Isso é o *synallagma* e daí nasce uma obrigação civil. E, por isso, entendo que Juliano foi corretamente repreendido por Mauriciano neste caso: eu te deu <o escravo> Estico para que manumitas Pânfilo; tu manumitiste; <contudo,> Estico é <objeto de> evicção. Juliano escreve deve ser dada uma ação *in factum* pelo pretor; aquele outro <jurista (Mauriciano)> disse que basta <ser dada> uma ação <de objeto> indeterminado, isto é, <uma ação> *praescriptis verbis*, pois há um contrato, que Aristão chama de *synallagma*, donde nasce uma ação” (VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes et al. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. vol. 2, São Paulo: YK, 2017. V. I, p. 145).

<sup>873</sup> Nesse sentido: “Der geschlossene Kreis der Klagearten aus dem vierteiligen Kontraktenschema erwies sich insbesondere in solchen Fällen als unzureichend, in denen ein Austausch von Leistung und Gegenleistung vereinbart worden war, jedoch weder zum Zwecke des Kaufs (*emptio venditio*) noch zum Zwecke der vorübergehenden Überlassung von wirtschaftlichen Werten (*locatio conductio*), und also eine wirksame Verpflichtung nach den Grundsätzen des Konsensualkontraktes nicht entstehen konnte. Selbst der Vorleistende hatte in diesen Fällen nicht die Möglichkeit auf Erfüllung zu klagen, denn auch die Instituierung einer Erfüllungspflicht aufgrund Realvertrag ließ sich nach römischem Recht nicht begründen; er wurde mithin auf die Rückforderung des Geleisteten verwiesen. Schon in der klassischen Zeit griff der Praetor daher im Einzelfall ein, indem er über den geschlossenen Kreis der anerkannten Verpflichtungen hinaus von Fall zu Fall eine Klagemöglichkeit auf Vertragserfüllung gewährte, die auf den individuellen Sachverhalt zugeschnitten war. Die nachklassische Jurisprudenz verallgemeinerte diese Klagemöglichkeit dahingehend, dass schließlich aus jedem *synallagmatischen* Vertrag auf Erfüllung geklagt werden konnte; es findet sich sogar eine systematische Vierteilung der möglichen *synallagmatischen* Verträge nach ihrem Inhalt, die auf den Spätklassiker Paulus zurückgeht. Die byzantinischen Juristen bezeichneten einen solchen Vertrag, da er im Gegensatz etwa zur *emptio venditio* oder *locatio conductio* keine eigene Bezeichnung trug, als *anonym synallagma*, woraus der lateinische Terminus *Innominatkontrakt* hervorging. Schon in der klassischen Zeit aber ließ der Praetor solche Klagen im Einzelfall nur dann zu, wenn der eine Teil bereits geleistet hatte. Auch der verallgemeinerte *Innominatkontrakt* der Nachklassik hatte daher neben dem *Synallagma* der vereinbarten Leistungspflichten zur Voraussetzung, dass die Partei, die den Vertragspartner klageweise zur Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit zwingen wollte, ihrerseits bereits in Vorleistung gegangen war. Die *Innominatkontrakte*, die sich in ihrer systematischen Erfassung als eine Gruppe klagbarer Schuldverträge außerhalb des Gaischen Schemas darstellen, reihen sich dogmatisch mithin in die Realkontrakte ein” (BREMCKAMP, Till. *Causa: Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. pp. 33-34). Tradução livre: O círculo fechado dos tipos do esquema de quatro partes dos contratos revelou-se especialmente inadequado em casos em que um intercâmbio havia sido acordado, mas não para fins de compra (*emptio venditio*) nem para fins de concessão temporária de bens econômicos (*locatio conductio*) e, portanto, uma obrigação eficaz não podia surgir de acordo com os princípios do contrato consensual. Mesmo o sujeito que pagava antecipadamente não tinha a possibilidade de ingressar com uma ação de cumprimento nesses casos, porque a instituição de uma obrigação de cumprimento com base em contrato real não podia ser fundamentada no direito romano; assim, ele foi direcionado para a restituição do que havia sido fornecido. Já na época clássica, o Pretor interveio, portanto, caso a caso, indo além do círculo fechado das obrigações reconhecidas, concedendo, caso a caso, o direito de ação para o cumprimento do contrato, adaptado à situação individual. A jurisprudência pós-clássica generalizou esse direito de ação, de modo que, finalmente, de qualquer contrato sinalagmático, uma ação de cumprimento poderia ser proposta; até mesmo uma divisão sistemática dos possíveis contratos sinalagmáticos de acordo com seu conteúdo pode ser encontrada, que remonta ao pós-clássico Paulo. Os juristas bizantinos se referiram a esse tipo de contrato, uma vez que, ao contrário, por exemplo, de *emptio venditio* ou *locatio conductio*, ele não tinha um nome próprio, como *anonym synallagma*, da qual derivou o termo latino *contrato inominado*. No entanto, já na época clássica, o Pretor só permitia tais ações caso uma das partes já tivesse realizado sua parte. Além disso, o contrato *inominado* generalizado do pós-clássico,

Naturalmente que não é o objeto do presente trabalho discorrer sobre os meandros da construção da atipicidade contratual no Direito Romano, mas simplesmente de apontar os pontos de permanência de suas premissas na reflexão a respeito dos contratos atípicos na atualidade. De toda sorte, esclarece Lihong Zhang, em obra específica sobre o tema, que o aspecto prático que marca as fontes romanas – notadamente na vinculação bastante próxima entre o aspecto procedimental e o substancial – não levou propriamente a uma abordagem sistemática sobre o tema, tarefa que coube à Pandectística<sup>874</sup>, que consagrou tais categorias nas

---

portanto, além de sinalagma das obrigações de desempenho acordadas, exigia que a parte que desejava forçar o parceiro contratual a cumprir sua própria obrigação já tivesse prestado antecipadamente. Os contratos inominados, que se apresentam sistematicamente como um grupo de contratos de dívida processáveis fora do esquema gausiano, são, portanto, dogmaticamente enquadrados nos contratos reais.

<sup>874</sup> É de se notar, em que pese o acerto da afirmação de Lihong Zhang quanto à influência da jurisprudência dos conceitos e de sua doutrina sistemática, que a alusão às quatro categorias estruturadas por Paulo também existe na doutrina francesa que veio a influenciar o *Code Civil* de 1804, como se depreende de excerto da obra clássica de Jean Domat: “Les communications & les commerces pour l’usage des personnes, & celuy des choses sont de quatre sortes, qui font quatre especes de conventions. Car ceux qui traittent ensemble, ou se donnent reciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente, & dans un échange. Ou sont quelquer chose l’un pour l’autre, comme s’ils se chargent de l’affaire l’un de l’autre. Ou bien l’un fait, & l’autre donne, comme lors qu’un mercenaire donne son travail pour un certain prix: Ou enfin un seul fait, ou donne, l’autre ne faisant, & ne donnat rien, comme lors qu’une prsonne se charge gratuitement de l’affaire d’un autre, ou que l’on fait une donation par une pure liberalité” (DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Paris: Jean Baptiste Coignard, 1689. v. I, p. 64). Tradução livre: As comunicações e o comércio por intermédio dos usos das pessoas e das coisas são de quatro tipos, que constituem quatro tipos de acordos. Pois aqueles que negociam juntos ou trocam reciprocamente uma coisa por outra, como em uma venda e em uma troca. Ou são algo um para o outro, como quando assumem os negócios um do outro. Ou um faz e o outro dá, como quando um trabalhador oferece seu trabalho por um preço específico. Ou finalmente, um faz ou dá algo, enquanto o outro não faz ou não dá nada, como quando alguém assume gratuitamente os negócios de outra pessoa ou quando uma doação é feita por pura generosidade.

A adoção de tal qualificação, cabe notar, se encontra na gênese do causalismo do *Code Civil*: “In legal tradition predating the civil code, the sixteenth-century doctrine assimilated the concepts of *permutatio* and *do ut des*. As to the economic aspect of trade, it was retained with the substitution of the concepts of nominate and innominate contracts by those of onerous and gratuitous contracts. Trade, which is nothing other than the *synallagma* found in Aristotle, provides the model for the former, and bequests that for the latter. Trade, or the onerous contract, is typified by the *exchange of valuables*. This is the justification and the *cause*2 of the contract, which appears more as an exchange of benefits than as an exchange of consents: trading the unnecessary for the necessary. The school of natural law oscillates between the two conceptions of the contract. The same can be said of the seventeenth-century’s *Domat*, which nonetheless represents a consensual view of the contract as an exchange of consents. This view was adopted by the architects of the *Code Civil*, who retained the notion of the onerous contract, however. As to trade in the narrow sense, in the *Code Civil* it loses all significance, remaining only as a shadow of the sale” (GHESTIN, Jacques. The contract as economic trade. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts: Theories and applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 101). Tradução livre: Na tradição jurídica anterior ao Código Civil, a doutrina do século XVI assimilou os conceitos de “permutatio” e “do ut des”. Quanto ao aspecto econômico do comércio, ele foi mantido com a substituição dos conceitos de contratos “nominados” e “inominados” pelos de contratos “onerosos” e “gratuitos”. O comércio, que nada mais é do que o “sinalagma” encontrado em Aristóteles, serve de modelo para o primeiro, enquanto as doações representam o modelo para o último. O comércio, ou o contrato oneroso, é caracterizado pela troca de bens de valor. Esta é a justificação e a causa do contrato, que parece mais uma troca de benefícios do que uma troca de consentimentos: trocar o desnecessário pelo necessário. A escola do direito natural oscila entre essas duas concepções do contrato. O mesmo pode ser dito de Domat no século XVII, que, no entanto, representa uma visão consensual do contrato como uma troca de consentimentos. Essa perspectiva foi adotada pelos arquitetos do Código Civil, que, no entanto, mantiveram a noção do contrato oneroso. Quanto ao comércio no sentido estrito, no Código Civil ele perde toda a sua importância, permanecendo apenas como uma sombra da venda.

bases do direito de tradição continental<sup>875</sup>.

Até em razão da profunda influência da doutrina sistemática da jurisprudência dos conceitos na tradução jurídica continental – e, conseqüentemente, no direito brasileiro –, as categorias decorrentes da fórmula pauliana, ou, ainda, a tendência de reconduzir contratos atípicos em concreto a grupos gerais com características comuns ainda permanecem na literatura como importantes referenciais na análise contratual<sup>876</sup>. Pode-se, inclusive, encontrar ecos dessa herança romanística mesmo na legislação de alguns países, podendo-se mencionar o Código Civil do Peru, de 1984, que, em seu 1.757, estabelece que “Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des”<sup>877</sup>. No entanto, não se pode olvidar que a própria referência a essas categorias tende a receber maior destaque nos ordenamentos que adotam a *causa* como elemento do negócio jurídico (e não na acepção aqui acolhida, que entende a causa como função econômica do contrato), de maneira que seria equivocado, no direito brasileiro, compreender que a busca por partículas de *do ut des* ou de qualquer outra dessas fórmulas seria condição de operabilidade dos contratos atípicos<sup>878</sup>. A

---

<sup>875</sup> Ver: ZHANG, Lihong. *Contratti innominati nel diritto romano*: impostazioni di Labeone e di Aristone. Milão: Giuffrè, 2007. pp. 2-9.

<sup>876</sup> Stefan Grundmann procura explorar tais categorias em sua pretensão de reconstruir a ideia de sinalagma ao estruturar dogmaticamente a figura das redes contratuais: “Zeitgleich mit Rohe stellte Heermann – für manche Vertragsnetze, namentlich die Karenzahlung – die Idee vom Triallagma vor: Wie § 320 BGB dem gegenseitigen Vertrag, dem Synallagma, so läge dem Dreiecksverhältnis bei der Kartenzahlung, dem Triallagma, die Idee zugrunde, die in die Formel gekleidet werden könne: Do ut des ut det. Aus Sicht des kartenemittierenden Instituts: Ich gebe das abstrakte Zahlungsverprechen, damit Du meinem Kunden die Ware oder Dienstleistung überträgst bzw. erbringst, damit dieser wiederum mir den Betrag erstattet. Mag der zweite Schritt (‘ut des’) noch zutreffen, so widerspricht der dritte offensichtlich der abstrakten Natur des Zahlungsverprechens. Dieses ist von der Erstattung des Betrages durch den Kunden oder dem Bestehen eines Deckungsverhältnisses gerade unabhängig” (GRUNDMANN, Stefan. Die Dogmatik der Veertragsnetze. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 207, n. 6, pp. 718-767, dez. 2007. p. 726). Tradução livre: Ao mesmo tempo que Rohe, Heermann introduziu a ideia do “Triallagma” para algumas redes contratuais, especialmente para o pagamento por cartão. Enquanto o § 320 do BGB (Código Civil Alemão) se refere ao contrato bilateral, o “Synallagma”, a ideia por trás da relação triangular no pagamento com cartão, o “Triallagma”, pode ser expressa na fórmula: “Do ut des ut det”. Do ponto de vista da instituição emissora do cartão, isso pode ser interpretado da seguinte forma: “Eu emito a promessa de pagamento abstrato para que você entregue ou forneça bens ou serviços ao meu cliente, para que, por sua vez, ele me reembolse o valor”. Embora o segundo passo (“ut des”) ainda seja aplicável, o terceiro claramente entra em conflito com a natureza abstrata da promessa de pagamento. Essa promessa é independente do reembolso pelo cliente ou da existência de uma relação de cobertura.

<sup>877</sup> Tradução livre: São também modalidades de prestações de serviços, e lhes são aplicáveis as disposições contidas neste capítulo, os contratos inominados de dou-te para que façás e faço para que me dês.

<sup>878</sup> Tal problemática foi abordada, por exemplo, em obra voltada à análise do direito contratual dos países do leste europeu no tocante às dificuldades de qualificação de contratos gratuitos, que não teriam a partícula *ut des*: “The idea of a gratuitous promise or a gratuitous contract is somewhat suspicious from the perspective of the principles of private law. One of the unwritten but generally accepted principles of the law of contract is that most, if not all, contracts should be do ut des, so that all contracts lacking the ‘ut des’ provisions are somewhat suspect by definition. That is why most jurisdictions have special rules governing gratuitous acts in general. From requirements of form through causa (if it exists in any given legal system) up to the modification of contractual liability rules, and sometimes entailing some kind of government control over such acts (limited to taxation, as the case may be)” (STEC, P. et al. Gratuitous contracts. In: VERESS, E. *Contract Law in East Central Europe*.

atualidade dessas categorias também é ressaltada pela proposta de Luis Leiva Fernández para a unificação do Direito Privado ibero-americano, que procura repensar a própria ideia de tipicidade a partir das fórmulas paulianas e, com isso, reestruturar a coexistência prática entre contratos regulados pelo ordenamento e contratos atípicos<sup>879</sup>.

Naturalmente que tais categorias não precisam ser totalmente descartadas, podendo servir para orientar a aplicação de normas associadas a contratos típicos e a distingui-los, em concreto, de modelos atípicos. Exemplo disso pode ser verificado na obra de Álvaro Villaça Azevedo, que, muito embora se mostre favorável ao desenvolvimento de normas próprias para a operacionalização dos contratos atípicos puros de maneira independente ao regime dos

---

Miskolc-Budapest: Central European Academic Publishing, 2022. p. 219). Tradução livre: A ideia de uma promessa gratuita ou de um contrato gratuito é um tanto suspeita do ponto de vista dos princípios do direito privado. Um dos princípios não escritos, mas geralmente aceitos no direito contratual, é que a maioria, senão todos, os contratos devem ser “do ut des”, de modo que todos os contratos que não contenham disposições de “ut des” são, por definição, um tanto suspeitos. É por isso que a maioria das jurisdições possui regras especiais que regem atos gratuitos em geral. Desde requisitos de forma até causa (se existir em qualquer sistema jurídico específico), até a modificação das regras de responsabilidade contratual, e às vezes envolvendo algum tipo de controle governamental sobre tais atos (limitado à tributação, conforme o caso).

<sup>879</sup> A proposta do autor é assim por ele sintetizada: “Ahora bien, es sabido que cuanto menor es la jerarquía normativa de un precepto resulta mayor su detalle reglamentario. En un extremo de la pirámide jurídica, la constitución política de un Estado puede mencionar derechos básicos sin necesidad de enumerarlos, pero eso, que es posible en tal nivel normativo, resulta inadmisibles en el otro extremo de la pirámide jurídica, en el decreto reglamentario de una ley. Los códigos se encuentran a mitad de la pirámide, no en el extremo inferior, entonces, ¿por qué es necesario regular los tipos contractuales si en definitiva los regulados coexistirán con los contratos atípicos?. Me parece que ha llegado el momento de efectuar una síntesis. Propongo no regular tipo contractual alguno, sino únicamente normar los contratos según el intercambio de prestaciones que cada uno contenga. Habrá así categorías de contratos do ut des, facio ut facias, do ut facias, y facio ut des. En tal caso también será necesario prever la existencia de contratos con prestaciones complejas de diversa índole – Vg. dar y hacer para obtener un hacer en los que, sin embargo por prevalecer una de las acciones sobre las restantes que concurren, resultará aplicable un determinada categoría y no otra. En las categorías do ut des, facio ut des y do ut facias, desde luego, deberá distinguirse según el objeto de la prestación sea dinero, una cosa o un derecho. A su vez en las categorías facio ut facias, do ut facias, y facio ut des, debe asimilarse no hacer a un hacer pasivo. Esta idea – hasta ahora no intentada – consistente en elaborar a modo de síntesis reglas propias aplicables a categorías de contratos siguiendo la clasificación de las obligaciones del derecho romano, tendría como beneficio no sólo reducir la extensión del cuerpo normativo sino también simplificarlo” (FERNÁNDEZ, Luis F. P. Leiva. Bases para un Código Iberoamericano de contratos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. v. 4, pp. 593-619, 2011). Tradução livre: No entanto, é sabido que quanto menor a hierarquia normativa de um preceito, maior é o seu detalhamento regulamentar. No extremo superior da pirâmide jurídica, a constituição política de um Estado pode mencionar direitos básicos sem a necessidade de enumerá-los, mas isso, que é possível a esse nível normativo, é inadmissível no extremo inferior da pirâmide jurídica, no regulamento de um decreto de lei. Os códigos estão no meio da pirâmide, não no extremo inferior, então, por que é necessário regular os tipos contratuais se, afinal, os regulamentados coexistirão com os contratos atípicos? Parece que chegou o momento de fazer uma síntese. Proponho não regular nenhum tipo de contrato, mas apenas regulamentar os contratos de acordo com a troca de prestações que cada um contenha. Haverá assim categorias de contratos do ut des, facio ut facias, do ut facias e facio ut des. Nesse caso, também será necessário prever a existência de contratos com prestações complexas de diferentes tipos – por exemplo, dar e fazer para obter um fazer – nos quais, no entanto, devido à prevalência de uma das ações sobre as outras que concorrem, uma categoria específica será aplicável e não outra. Nas categorias do ut des, facio ut des e do ut facias, é claro que deve haver uma distinção com base no objeto da prestação, seja dinheiro, uma coisa ou um direito. Por sua vez, nas categorias facio ut facias, do ut facias e facio ut des, deve-se assimilar a não fazer a um fazer passivo. Essa ideia – até agora não tentada – de elaborar regras próprias aplicáveis a categorias de contratos seguindo a classificação das obrigações do direito romano teria como benefício não apenas reduzir a extensão do corpo normativo, mas também simplificá-lo.

modelos típicos<sup>880</sup>, procura ressaltar a existência de prestações *do ut des* para apontar o caráter misto do contrato de *shopping center*<sup>881</sup>.

O que se verifica da análise das categorias acima comentadas é o fato de que enfatizam não a função econômica do negócio, mas sim algumas prestações que podem ser associadas a elementos característicos de modelos típicos. Evidentemente que o recurso a categorias gerais não se esgota em reminiscências do Direito Romano, mas também na pretensão sistemática eventualmente decorrente do desdobramento do regime de contratos atípicos em prestações associadas a modelos contratuais conhecidos (sejam eles legal ou socialmente típicos), estratégia que, ainda que não sirva propriamente para conferir tipicidade a contratos atípicos, minimamente pode ser útil para compreender o seu *modus operandi*<sup>882</sup>.

---

<sup>880</sup> “Nem sempre o tratamento igual dessas figuras contratuais pode surtir efeito, pois o contrato típico, estando alicerçado em regras particulares, que lhe são próprias, recebe princípios gerais suplementares de maneira diversa da do contrato atípico, que não tem disciplina jurídica própria. Por outro lado, não se deve colocar no arbítrio das partes muita liberdade sem muita limitação, sendo certo que a tendência moderna é a de intervir, cada vez mais, o Estado na ordem Social e Econômica, para que as pessoas não usem o poder social ou econômico para oprimir seus semelhantes. Por outro lado, ainda, nem sempre é possível aplicar-se nos contratos atípicos as regras particulares dos típicos, uma vez que esse fato causa, muitas vezes, a quebra da unidade dos contratos atípicos, que é seu cerne: estes últimos contratos, sem seu todo unitário, fraccionam-se, perdendo sua característica própria” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 166-167).

<sup>881</sup> “A relação jurídica principal, que se insere nesse complexo de direitos e obrigações é a de compra e venda de água mineral, implicando a entrega, pelo fornecedor, desse produto em sua fonte e a remuneração pela distribuidora, pagando o devido preço. Ambas obrigações de dar coisa certa: entrega de água mineral (espécie) com a quantidade, mensal prevista no contrato, com mínimo e máximo de fornecimento, presente a qualidade, do produto, inconfundível (água mineral das fontes do fornecedor, oriunda da Fazenda F, com características medicinais próprias). O caráter de infungibilidade desse produto resulta em corolário, pois jamais poderia o fornecedor substituí-lo por outro, levando-se em conta suas peculiaridades. Ora, como resta evidente, dito contrato não é nem compra e venda, nem de locação de coisa, pois, nestes, as prestações são, simplesmente de dar, respectivamente: coisa contra preço e cessão de uso e de gozo contra aluguel. A existência de qualquer outra espécie de prestação, de fazer ou de não fazer, como demonstrado, desnatura toda a contratação. Pela classificação de Paulo conforme Digesto já citado, no Direito Romano, examinada ao início deste trabalho, o contrato de compra e venda e o de locação implicam prestação de dar contra dar (“do ut des”). Logo, a presença de uma prestação de fazer ou de não fazer, no contrato, desnatura a compra e venda ou a locação, ainda que exista contrato atípico misto, com figura típica (compra e venda ou locação). Não podem ser aplicadas isoladamente as regras desses contratos típicos” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Utilidade do direito romano na caracterização dos contratos atípicos, especialmente o de utilização de unidade em “shopping centres”. *Diritto@Storia*. n. 6, 2007. Disponível em: <<https://www.dirittoestoria.it/6/Contributi/Azevedo-Characterizacao-contractos-atipicos-shopping-centers.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2023).

Em sentido semelhante: SIMÃO, José Fernando. Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo. *Migalhas*. Abr. 2020. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/71AD0005D5AFC3\\_locacao.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/71AD0005D5AFC3_locacao.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2023.

<sup>882</sup> Nesse sentido: Já acima se acentuou estar a liberdade de contratar no cerne do Direito das Obrigações, sendo suas mais imediatas decorrências a liberdade de modelação de conteúdos e a liberdade para formar tipos (atipicidade), isto é, as formas pelas quais os particulares arranjam os seus recíprocos interesses patrimoniais. Os modelos atípicos podem resultar de criação ex novo, mas, mais comumente, decorrem da combinação de dois ou mais modelos típicos (legal ou socialmente), é dizer: do amálgama – inusitado e ‘refuncionalizado’, na cláusula Buy or Sell – de institutos e mecanismos já fixados na tradição do Direito obrigacional. Decompondo-se a estrutura de uma cláusula de Buy or Sell percebe-se estarem aí reunidos e combinados, traços de obrigações alternativas, bem como a presença de negócio jurídico unilateral (oferta) e de direito formativo gerador (a aceitação, por vezes procedida pela forma do leilão), bem como de direitos formativos modificativos e extintivos (o direito de ativar a cláusula e o de optar entre a posição de comprador e a de vendedor) de cujo exercício resultará contrato de compra e venda (negócio jurídico bilateral)” (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de buy or sell na perspectiva do

O recurso a categorias gerais pode, ainda, servir de mecanismo para a sistematização de contratos socialmente típicos em torno de *famílias* de negócios jurídicos com características semelhantes e, por conseguinte, cuja lógica merece ser replicada em acordos de feições similares por desempenharem funções econômicas próximas. Exemplo disso são os conhecidos contratos de derivativos, de ampla utilização na prática mercantil e, ainda assim, com escassa regulamentação, normalmente associada à sua utilização no mercado de capitais<sup>883</sup>. O STJ, a respeito do tema, já procurou traçar mesmo definições gerais ressaltando a aleatoriedade de tais negócios, assim remetendo o seu regime às disposições gerais sobre o tema, providência consentânea com o imperativo de proteção à autonomia privada na medida em que remete a soluções não de tipos análogos, mas de normas da Teoria Geral dos Contratos, como, por exemplo, os arts. 458 a 461 do Código Civil.

Nesse sentido, já pontuou o STJ que “[o]s contratos derivativos, de modo geral, classificam-se como contratos aleatórios, firmados com a finalidade precípua de expor as partes à alternativa recíproca de ganho ou perda, de acordo com a ocorrência de evento futuro e incerto”<sup>884</sup>. Cuidou aquele Tribunal Superior, inclusive, de afastar as normas do CDC, por se tratar de contratos tipicamente empresariais, e de salientar o modo de incidência da boa-fé nesses negócios, ao salientar que “[n]ão há falar em violação do princípio da boa-fé quando a empresa contratante demonstrar plena ciência dos riscos envolvidos na operação, ainda que haja exposição desigual das partes aos riscos do contrato”<sup>885</sup>.

O recurso a categorias gerais como fonte de regulamentação para os contratos

---

Direito das Obrigações. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 543).

<sup>883</sup> A respeito do tema: “A denominação ‘contratos de derivativos’ pouco diz da natureza e da função dos pactos que, hoje correntemente utilizados na prática contratual, constituem o eixo do que se discute em juízo ou em foros arbitrais. [...] A conjugação entre as necessidades do tráfego interempresarial e o espaço permitido ao lícito exercício da autonomia privada enseja a constante criação de novos modelos contratuais, a prática desenhando formas que, dotadas de tipicidade social, podem vir, com o tempo, inclusive a receber tipicidade legal. É o que ocorre, precisamente, com os chamados ‘contratos de derivativos’ – expressão ambígua, designando, quer uma espécie de instrumentos financeiros, quer os contratos que servem de suporte jurídico para as operações econômicas que tenham por objeto tais instrumentos – presentemente espalhados na prática comercial. [...] Modelados de forma extremamente flexível, configuram uma ‘família’ constituída por várias subespécies, dentre as quais os swaps (por meio dos quais as partes acordam a troca de prestações recíprocas, tendo por referência, por exemplo, a taxa de câmbio) e os forwards (por meio dos quais as partes assumem posições de compra e de venda sobre determinado ativo subjacente, por exemplo, a uma determinada moeda, por preço e em data futura previamente fixados). Sua ‘plasticidade’ é anotada por Maria Clara Calheiros como o fator que permite o ajustamento à medida das relações econômicas subjacentes, sendo por isso inúmeras as variantes praticadas atualmente” (MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 55, pp. 321-381, jan. 2012. p. 324).

<sup>884</sup> STJ, REsp 1.924.161, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 08.06.2021.

<sup>885</sup> STJ, Ag. Int. no AREsp 1.052.586, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 18.05.2020. No mesmo sentido: REsp 1.689.225, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 21.05.2019.



atípicos, por conseguinte, pode estar associado a um esforço de sistematização e conformação de contratos socialmente típicos. Assim, também aliando-se esta estratégia a outras fontes, pode-se agregá-la ao complexo de metodologias para a descoberta do regime dos contratos atípicos. No entanto, trata-se de abordagem repleta de riscos de mitigação da autonomia privada das partes na medida em que, em larga medida, pode servir para suprimir a atipicidade por intermédio da identificação de prestações vinculadas a modelos típicos – expediente que, apesar de facilitar sobremaneira a aplicação analógica de tipos com regime já conhecido, atrai todos os problemas associados ao método analógico, a ser comentado na sequência. Cabe, por conseguinte, ressaltar a circunstância de que a atipicidade não deve servir de pretexto para atrair regimes típicos – já que sua finalidade consiste precisamente na derrogação desses regimes pelo desempenho de função econômica que deles se distancia –, cabendo se lhes aplicar tão somente as normas que incidem aos contratos em geral.

#### ***V.5.5. O papel da analogia na construção do regime jurídico dos contratos atípicos***

A analogia já foi, por repetidas vezes, criticada ao longo do presente trabalho em razão de sua capacidade de esmaecer o protagonismo da atipicidade – e, por conseguinte, da autonomia privada das partes – ao incidir para preencher as lacunas deixadas pelos agentes econômicos na celebração de negócios não previstos pelo ordenamento. No entanto, não se pode ignorar a centralidade que tal método possui na literatura sobre contratos atípicos e mesmo a sua utilidade prática, considerando o seu estatuto dogmático e mesmo as referências legislativas e jurisprudenciais que destacam o papel da analogia.

A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nesse sentido, atribui especial destaque à analogia ao estabelecer, em seu art. 4º, que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O destaque recebido pela analogia no âmbito da LINDB está intimamente associado à pretensão de unicidade e completude do sistema jurídico, de sorte que, na ausência de clareza quanto à lei aplicável, não cabe ao juiz simplesmente evadir-se da resolução da disputa, mas de recorrer à analogia para obter solução minimamente consentânea com os interesses em jogo<sup>886</sup>. Daí dizer

---

<sup>886</sup> Miguel Reale, a respeito do tema, afirma que a possibilidade de aplicação da analogia decorre justamente da unidade lógico-axiológica do ordenamento: “Analisemos o que se contém no lembrado Art. 4º, o qual, de início, se refere à analogia, que tanto pode ser analogia legis como analogia iuris. A complementação do ordenamento jurídico mediante recurso a uma outra disposição legal análoga, com base em razões de semelhança ou identidade de fins (ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio), é, a meu ver, sinal de que o Direito pátrio acolhe e consagra a tese da plenitude sistemática do macromodelo do ordenamento. Parece-me, com efeito, que a invocação da norma análoga só tem sentido a partir do reconhecimento da unidade lógico-axiológica do sistema global no qual aquela

Zeno Velloso, em comentário à LINDB, que, na falta de lei, o juiz recorrerá à analogia, “que consiste em aplicar, ao caso não contemplado de modo direto e específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para outra hipótese, mas semelhante ao caso não contemplado. Para utilizar a analogia deve haver identidade de razão, semelhança e motivo”<sup>887</sup>.

Nota-se, por conseguinte, que a analogia não consiste em um juízo de mera aproximação, mas de *quase identidade* entre as hipóteses de incidência de normas do ordenamento. Assim, somente se pode falar em interpretação analógica quando as semelhanças se sobressaem às diferenças – considerando que essas últimas podem consistir em presenças marcantes, notadamente quando dizem respeito a elementos essenciais à função econômica do negócio jurídico<sup>888</sup>. Dessa forma, a analogia não consiste em método aplicável a ferro e a fogo sempre que houver dúvidas sobre o direito aplicável ao caso concreto, mas de solução incidente a partir da observância de uma similitude relevante, verificável a partir de uma análise funcional.

Carlos Maximiliano, ao discorrer sobre a analogia, marca a diferença entre a *analogia legis* – aplicável quando “se recorre ao que regula um caso semelhante”<sup>889</sup> – e a *analogia juris* – que incide quando o julgador se encontra “em face de instituto inteiramente novo, sem similar conhecido”<sup>890</sup>, situação na qual “é força, não simplesmente recorrer a um preceito existente, e, sim, a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, ao espírito do sistema inteiro”<sup>891</sup> –, sendo esta última especialmente importante para os contratos atípicos. Isso porque, segundo o autor, trata-se de cenário fático no qual nem existe norma explícita, nem mesmo caso análogo, situação em que se exige uma reconstrução da norma pela

---

norma se insere. Sem esse pressuposto, a aplicação da norma análoga não teria legitimidade, por ser aleatória e atomisticamente invocada. Sendo ela, ao contrário, um elemento ou elo do ordenamento, passamos a estar perante um processo de integração de seus elementos constitutivos. Dá-se, assim, uma auto-integração ‘interna corporis’ do sistema” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119).

<sup>887</sup> VELLOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil: artigos 1º a 6º*. Belém: UNAMA, 2005. p. 68.

<sup>888</sup> Nesse sentido: “No entanto, na analogia não há uma simples operação lógico-formal. Não há como ser assim. Se os dois casos em comparação são semelhantes em certos aspectos, isso significa que também são diferentes em outros; se fossem idênticos, não haveria motivo para invocar a analogia – eles seriam simplesmente regulados pela mesma norma, tornando ocioso o recurso à analogia. Se é o caso de aplicar analogia, os dois casos têm necessariamente semelhanças e diferenças. Ao raciocinar por analogia, o intérprete afirma que as semelhanças são mais relevantes do que as diferenças, de modo que se justifica a construção de regra similar por afinidade de razões. Se as diferenças fossem sentidas como mais importantes, então não haveria espaço para analogia. Ela está, portanto, baseada em um juízo de valor (preponderância das semelhanças e relativa insignificância das diferenças), e não em um argumento puramente lógico” (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 50).

<sup>889</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 171.

<sup>890</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 171.

<sup>891</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 171.

combinação de várias outras, que venham a refletir princípios gerais aplicáveis ao caso concreto<sup>892</sup>.

É verdade, diante da premissa de completude do ordenamento jurídico, que a analogia a que se refere o art. 4º da LINDB é comumente relacionada a uma regra de julgamento, associada especialmente à vedação ao *non liquet* – e, não sem motivo, o art. 126 do revogado Código de Processo Civil de 1973 preconizava que “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras; nos casos omissos recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito”. Isso não significa, porém, que a reflexão sobre a aplicabilidade da analogia deve estar adstrita à dogmática processual ou às reflexões sobre comportamento decisório, na medida em que, como se procurou demonstrar no Capítulo IV, a jurisprudência desempenha papel primordial na conformação dos contratos atípicos ao direito estatal.

Nesse sentido, ainda que se trate de operações analíticas semelhantes, é necessário distinguir a analogia como método de interpretação da lei – situação na qual incide para superar obscuridades quanto à aplicação de normas do ordenamento – da analogia como metodologia de análise dos contratos atípicos, já que, neste segundo caso, parte-se não do texto da norma positiva, mas do clausulado elaborado pelas partes no exercício de sua autonomia privada. Naturalmente que tais operações podem ser consideradas dois lados de uma mesma moeda, uma vez que, na tarefa do julgador, a analogia consiste em operação voltada a buscar no ordenamento (ou, ainda, nos contratos socialmente típicos) soluções que sirvam à reconstrução do regime jurídico contratual apreciado em concreto.

O que não parece adequado, nesse sentido, é que a analogia sirva de pretexto para derogar a vontade das partes em prol de um regime jurídico fragmentariamente reconstruído que suprima a função econômica pretendida pelas partes. Daí dizer Pascal Fréchette que, no contexto da qualificação contratual, não se pode partir da equivocada premissa segundo a qual a vontade das partes não poderia extrapolar os esquemas contratuais conhecidos e consolidados, e, conseqüentemente, não seria razoável supor que normas oriundas de contratos semelhantes seriam automaticamente aplicáveis por analogia<sup>893</sup>.

A aplicação da analogia, nesse sentido, também deve ocorrer sob o signo da preservação da autonomia privada, o que se dá com ainda maior razão nos contratos empresariais. Assim, por mais que a utilização da analogia possa ser objeto de preocupação na

---

<sup>892</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 171.

<sup>893</sup> FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010. p. 408.

sua aplicação aos contratos empresariais atípicos, a crítica que aqui se estrutura não tem o condão de extirpá-la da Teoria Geral dos Contratos Empresariais, mas sim de inseri-la no rol de metodologias a serem implementadas em conjunto para a regulamentação desses negócios. Nesse sentido, Carlos Maximiliano enfatiza a relevância da analogia como fonte suplementar à análise dos contratos empresariais – em conjunto com a equidade, a ser abordada no próximo tópico<sup>894</sup> –, na medida em que, nesses negócios, incidem com maior ênfase os usos e costumes e outras instituições que permitam uma reconstrução mais adequada da operação econômica pretendida pelas partes<sup>895</sup>.

Em outras palavras, apesar de a analogia ser um método importante na tarefa de estruturar o regime jurídico dos contratos empresariais atípicos, faz-se necessária alguma cautela com o excessivo protagonismo que muitas vezes se pode pretender atribuir a tal estratégia, sob pena de vulnerar a autonomia dos agentes econômicos. O destaque da analogia na operacionalização dos contratos atípicos, nesse sentido, pode ser encontrado em larga medida na literatura de Direito Civil. Serpa Lopes, a título de exemplo, assevera que “[o]s contratos atípicos devem, portanto, ser julgados por analogia com os tipos contratuais mais afins, critérios de que o intérprete se deve prevalecer quando somente a interpretação da vontade das partes seja insuficiente para determinar o conteúdo do contrato”<sup>896</sup>.

---

<sup>894</sup> “Se existe autonomia, e não as relações de dependência da exceção para com a regra, conclui-se que se aplicam aos dispositivos relativos à mercancia os vários preceitos e métodos de Hermenêutica, sem excluir a interpretação extensiva, nem dispensar os suplementos da analogia e da equidade. No foro comercial, mais freqüentemente que no civil, o juiz se vê forçado a interpretar, além das palavras, também o silêncio” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 259).

<sup>895</sup> “Não preside à exegese das leis comerciais critério inteiramente igual ao adotado para as leis civis. A própria índole das relações mercantis, a prevalência dos objetivos econômicos, a maior variabilidade de operações e ampla despreocupação de fórmulas; enfim a liberdade de contratar e a rapidez de assumir compromissos e realizar transações imprimem peculiar ductilidade ao ramo do Direito Privado mais intimamente ligado à atividade dos homens de negócios, e foram-no a um constante apelo aos usos e costumes, o que o intérprete precisa levar em conta, a fim de atingir à verdade, à regra objetiva, que exterioriza o pensamento gerador da lei, ou à vontade subjetiva declarada num ato jurídico” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 257).

<sup>896</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil* (Fontes das obrigações: Contratos). Rio de Janeiro: Freitas Basstos, 1960. v. III. p. 45. No mesmo sentido: “Parece, contudo, que tais contratos, apresentando conexões mais ou menos relevantes com vários tipos prefigurados, embora não se reconduzindo a nenhum deles em particular, configuram, a rigor, espécie de contrato atípico, ao qual deverão aplicar-se as normas dos contratos típicos mais próximos, conforme o caso, e com base na analogia, tal como sucede em relação aos contratos atípicos *tout court*” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 35); “Os contratos inominados são assim designados, mesmo que tenham uma denominação usual, só porque esta não foi legalizada. Tais são: a subscrição pública, o contrato de fornecimento, a assinatura, o contrato estimatório, o contrato de revelação de sucessão; em direito marítimo, os contratos de imbrago, time-charter, etc. Muitos dos contratos inominados têm analogias com os nominados ou são aplicações novas destes, por exemplo, da compra e venda e do contrato de prestação de serviços. Porisso, havendo tais analogias, deverão os contratos inominados ser regulados pelos preceitos aplicáveis dos contratos nominados similares. Em caso contrário, aplicar-se-ão as regras gerais do direito, por força do art. 16.º, em tudo o que não houver sido previsto e regulado pelas partes” (CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1931. v. IV, p. 159).

Ricardo Lorenzetti, em seu *Tratado de los Contratos*, descreve cenário semelhante no contexto argentino, inclusive no sentido de atribuir à analogia caráter imperativo que não raro se espalha para os contratos empresariais. Segundo o autor, “[e]n Argentina, por propio imperativo legal que dispone el uso de la analogía (art. 16, Cód. Cív.), la doctrina mayoritaria se inclina por la utilización de la analogía, tomando en cuenta las obligaciones y el tipo contractual que contempla mejor esa temática”<sup>897</sup>. Neste comentário, o autor faz referência ao teor do revogado art. 16 do Código Civil da República Argentina de 1869 (“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”<sup>898</sup>). É relevante notar, porém, que, mesmo sob a égide do Código Civil argentino de 1869, Lisandro Segovia já asseverava que, no caso dos negócios empresariais, a solução “mais científica e liberal” seria a que desse preferência aos usos e costumes e ao que denominou por “direito comum do comerciante”<sup>899</sup>.

---

<sup>897</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. I, p. 31. Tradução livre: Na Argentina, pelo próprio imperativo legal que dispõe sobre o uso da analogia (art. 16, Cód. Cív.), a doutrina majoritária se inclina pela utilização da analogia, levando em conta as obrigações e o tipo contratual que mais bem contempla essa temática.

<sup>898</sup> Tradução livre: Se uma questão civil não se pode resolver, nem pelas palavras, nem pelo espírito da lei, se remeterá aos princípios de leis análogas; e se a questão ainda for duvidosa, resolver-se-á pelos princípios gerais do direito, tendo em consideração as circunstâncias do caso. O teor deste dispositivo foi modificado com o advento do *Código Civil y Comercial de la Nación* de 2014, que, em seu art. 2º, estabelece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (Tradução livre: A lei deve ser interpretada tomando-se em conta suas palavras, suas finalidades, as leis análogas, as disposições que surgem dos tratados sobre direitos humanos, os princípios e os valores jurídicos, de modo coerente com todo o ordenamento). É interessante, ainda, o teor da segunda parte do art. 12 do diploma de 2014, segundo o qual, na aplicação analógica de dispositivos legais, considera-se fraude à lei o ato jurídico em concreto que persiga um resultado substancialmente análogo ao proibido por uma norma imperativa: “El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir” (Tradução livre: O ato a respeito do qual se invoque o amparo de um texto legal, que persiga um resultado substancialmente análogo ao proibido por uma norma imperativa, se considera outorgado em fraude à lei. Nesse caso, o ato deve submeter-se à norma imperativa que se buscou eludir).

<sup>899</sup> “A pesar de todo, creo siempre que la solución mas científica y liberal sería la que diese la preferencia á esos usos, que son como el derecho comun del comerciante, sobre la ley civil. Agregaré que el mismo Código P. en varias de sus disposiciones dá preferencia al uso: así, quiere que, em defecto de carta de porte, las cuestiones sobre el transporte se resuelvan segun los usos del comercio, y en falta de éstos, segun los términos generales de derecho (art. 373). Tambien en los arts. 382 y 404 se refiere al uso. Por lo demás, las que habrán de aplicarse como la ley supletoria del Código de Com. serán las disposiciones del Código Civil y nó el derecho civil, como dice el art. 207, ya que sería un error craso confundir el Cód. civil con el derecho civil” (SEGOVIA, Lisandro. *Explicacion y critica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1892. v. I, p. 7). Tradução livre: Apesar de tudo, acredito que a solução mais científica e liberal seria dar preferência a esses usos, que são como o direito comum do comerciante, em relação à lei civil. Acrescentarei que o próprio Código de Processo Civil, em várias de suas disposições, dá preferência ao uso. Por exemplo, ele quer que, na falta de conhecimento de transporte, as questões sobre transporte sejam resolvidas de acordo com os usos do comércio e, na ausência deles, de acordo com os princípios gerais do direito (Artigo 373). Também nos Artigos 382 e 404, faz referência ao uso. Além disso, as disposições do Código Civil que serão aplicadas como lei supletiva do Código

Em sentido semelhante, Carvalho de Mendonça alertava para a circunstância de que a analogia não é fonte do Direito Empresarial, porém pode vir a se aplicar antes do recurso a fontes subsidiárias – como o próprio Direito Civil. Assim, afirma o autor que “No emprêgo difícil dêsse delicado processo, o comerciante precisa ter prudência e agudeza notáveis, para que não surjam soluções extravagantes, incompatíveis com a finalidade do direito comercial”<sup>900</sup>. Dessa maneira, a circunstância de se tratar de contratos empresariais atípicos afeta sobremaneira a implementação de estratégias para o preenchimento de lacunas no regime dos negócios jurídicos, na medida em que a construção normativa da “imagem global de sentido” representada no caso concreto é *também* realizada por intermédio da analogia, mas depende fundamentalmente da leitura contextual do contrato em concreto<sup>901</sup>.

A análise da função econômica dos contratos atípicos, assim, impõe uma série de limitações ao emprego da analogia, apesar de não afastar totalmente do conjunto de ferramentas à disposição dos operadores do direito para a construção de sua regulamentação. Dessa maneira, na medida em que seja convergente com a função econômica do negócio, a analogia pode se apresentar como estratégia relevante, porém com as necessárias cautelas diante da imperativa proteção à autonomia privada dos agentes econômicos. Daí salientar Carlos Nelson Konder que o “ordenamento do caso concreto” é construído a partir das peculiaridades do contrato firmado, reputadas juridicamente relevantes na medida em que objetivadas na sua função específica, a indicar que mesmo os contratos atípicos não devem cair em completo vazio normativo<sup>902</sup>.

---

de Comércio são as do Código Civil e não o direito civil, como afirma o Artigo 207. Seria um erro grosseiro confundir o Código Civil com o direito civil.

<sup>900</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. I, p. 239.

<sup>901</sup> A respeito deste processo: “O juízo de reconhecimento do caso concreto no tipo não pode agora concretizar-se através de um juízo segmentado, num percurso de verificação sucessiva no primeiro dos elementos essenciais do tipo. Se o tipo não abstrai analiticamente, mas enquadra sincreticamente, o seu reconhecimento postula uma aproximação sucessiva na sua ‘imagem global de sentido’ à ‘imagem global de sentido’ do caso concreto. Aquele reconhecimento deixa então de tender para a descoberta de uma identidade face ao tipo, ou para a negação dela. A afirmação possível é a da semelhança entre o caso e o tipo, considerada a afirmação no caso – e a afirmação em grau bastante – de características do tipo suficientemente decisivas para se considerar que se está perante um caso típico, Com o que a metodologia passa a ser – no ‘vai-e-vem’ aproximativo do caso face aos tipos que aquele seu sentido global interpele, como na afirmação da sua semelhança face a determinado(s) tipo(s) – a da analogia” (MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular*, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 495).

<sup>902</sup> “Os contratos ditos atípicos não caem em um vazio normativo no qual o intérprete deve ater-se fielmente à vontade das partes e, apenas no silêncio destas, recorrer somente às normas gerais sobre os contratos. Para determinar seus efeitos jurídicos, deve-se buscar na totalidade do sistema – verticalmente, a partir de seus princípios gerais hierarquicamente superiores, mas também horizontalmente, pela analogia com outras normas típicas funcionalmente compatíveis – a normativa mais adequada ao contrato concreto. O “ordenamento do caso concreto” constrói-se especialmente levando-se em conta, neste processo, as peculiaridades do contrato firmado, reputadas juridicamente relevantes na medida em que objetivadas na sua função específica” (KONDER, Carlos

Ao apreciar contratos empresariais atípicos que são levados à sua apreciação, o Superior Tribunal de Justiça tem apresentado postura comprometida com as características distintivas desses negócios ao tomar posição crítica quanto à aplicação da analogia. Exemplo dessa postura pode ser encontrado inclusive em sede da aplicação do rito dos recursos repetitivos, com relação a contratos de transporte marítimo. Quanto a este tema, o STJ fixou o Tema Repetitivo nº. 1035, segundo o qual “A pretensão de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadias de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal) prescreve em 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil de 2002”<sup>903</sup>. Na oportunidade, no Recurso Especial que foi afetado ao rito dos repetitivos, o STJ abordou especialmente o tema da prescrição, que não poderia ser aplicado por analogia na medida em que tal providência poderia atentar contra a segurança jurídica<sup>904</sup>.

Em sentido semelhante, o Tribunal firmou, também sob o rito dos recursos repetitivos, o seu Tema Repetitivo nº. 1085, cuja tese jurídica vinculante é a de que “São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento”<sup>905</sup>. Nesse caso, buscava-se diferenciar os contratos comuns de conta corrente dos empréstimos consignados, marcados por normas protetivas contidas na Lei nº. 10.820/2003, ainda que os contratos de conta corrente não sejam necessariamente empresariais. No acórdão afetado ao rito dos repetitivos, salientou o Ministro-Relator Marco Aurélio Bellizze que, na análise de contratos bancários, não se afiguraria razoável a utilização da analogia com figuras contratuais marcadas por normas protetivas quando se verificasse a sua incompatibilidade com

---

Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 221).

<sup>903</sup> STJ, REsp 1.819.826, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julg. 28.10.2020.

<sup>904</sup> “A diferença existente entre as atividades desempenhadas pelo transportador marítimo (unimodal) e aquelas legalmente exigidas do Operador de Transporte Multimodal revela a manifesta impossibilidade de se estender à pretensão de cobrança de despesas decorrentes da sobre-estadia de contêineres (pretensão do transportador unimodal contra o contratante do serviço) a regra prevista do art. 22 da Lei nº 9.611/1998 (que diz respeito ao prazo prescricional anual aplicável às pretensões dos contratantes do serviço contra o Operador de Transporte Multimodal). As regras jurídicas acerca da prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo-se a interpretação extensiva ou analógica. Daí porque afigura-se absolutamente incabível a fixação de prazo prescricional por analogia, medida que não se coaduna com os princípios gerais que regem o Direito Civil brasileiro, além de constituir verdadeiro atentado à segurança jurídica, cuja preservação se espera desta Corte Superior” (STJ, REsp 1.819.826, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julg. 28.10.2020).

<sup>905</sup> STJ, REsp 1.863.973, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julg. 09.03.2022.

a conformação do contrato analisado em concreto<sup>906</sup>.

Tais exemplos são dignos de nota especialmente em virtude do caráter vinculante que adquirem os recursos repetitivos, seja com base no revogado art. 543-C do CPC/1973, seja a partir dos arts. 951 e seguintes do CPC/2015. No entanto, pode-se mencionar também outros casos singulares que reverberam a compreensão do STJ de que a analogia deve ser aplicada tão somente após um juízo de compatibilidade funcional entre o contrato concretamente considerado e o referencial normativo que se lhe pretende aplicar. É o caso do contrato de representação de seguro, associado ao contrato de agência, a que se não poderiam aplicar as normas da representação comercial regida pela Lei n.º. 4.886/1965<sup>907</sup>.

Tal postura pode também ser encontrada na jurisprudência do TJSP, de maneira intimamente vinculada à preservação da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, o Tribunal paulista já se manifestou a respeito da possibilidade, em contrato de distribuição – contrato atípico empresarial a que não se aplica o CDC –, de inversão da cláusula penal, isto é, da aplicação de multa contratual à parte para a qual a cláusula em questão não foi prevista, nos casos em que foi prevista expressamente apenas para a outra parte. Segundo o TJSP, tendo em vista que nos contratos empresariais prevalecem a livre contratação, o *pacta sunt servanda* e a boa-fé objetiva, não há que se falar na inversão ou na aplicação analógica da cláusula penal<sup>908</sup>.

A postura cautelosa com a analogia pode ser verificada mesmo no âmbito dos contratos socialmente típicos, como se depreende da jurisprudência do TJSP a respeito do contrato de *shopping center* – que, apesar de receber alguma disciplina pelo art. 54 da Lei do Inquilinato, dependem fundamentalmente das disposições comumente entabuladas pelas partes

---

<sup>906</sup> “A essa conclusão mostra-se relevante, de plano, bem delinear as características, a finalidade e o modo pelo qual se operacionaliza o contrato de empréstimo consignado, disciplinado pela Lei n. 10.820/2003, a fim de bem evidenciar a absoluta incompatibilidade deste com os empréstimos bancários comuns, nos quais haja a previsão, como forma de pagamento ajustada, de autorização de desconto em conta-corrente, o que, por si, obsta a utilização da analogia pelo intérprete” (STJ, REsp 1.863.973, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julg. 09.03.2022).

<sup>907</sup> “Não há que se confundir o contrato de representação de seguro, que é espécie de contrato de agência, com o contrato de representação comercial regulado pela Lei n. 4.886/65, de modo que não se aplica, nem por analogia, àquele o disposto no art. 39 da referida lei” (STJ, REsp 1.897.114, Rel. Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, julg. 10.08.2021). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.761.045, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 05.11.2019; STJ, REsp 1.799.627, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 23.04.2019.

<sup>908</sup> “AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DA RÉ E RECURSO ADESIVO DA AUTORA – Rescisão contratual – Multa – Descabimento – Contrato que não contém cláusula penal em desfavor da contratante – Inaplicabilidade do Código Consumerista – Prevalência da livre contratação, *pacta sunt servanda* e princípio da boa-fé contratual – Impossibilidade de se utilizar cláusula contratual em sentido reverso ou como espécie de analogia – Sentença retificada nesse tópico” (TJSP, Apelação cível 0204317-34.2012.8.26.0100, Rel. Des. Marino Neto, 11ª Câmara de Direito Privado, julg. 30.06.2022).



(bastando ver que, nos termos do aludido dispositivo “Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”). De acordo com o TJSP, ainda que a locação de espaço em galerias de hipermercados seja semelhante à locação comercial geral, estas seriam mais próximas ao aluguel de lojas em *shopping centers* (regido pelo art. 54 da Lei do Inquilinato), o regime do *shopping center* pode ser-lhes aplicável, porém com os temperamentos necessários à preservação da vontade das partes<sup>909</sup>.

Diante de tais considerações, verifica-se que o raciocínio analógico não deve ser, de plano, dispensado da análise dos contratos empresariais atípicos, na medida em que, em se verificando a compatibilidade da função econômica dos negócios em concreto aos regimes que se lhes pretende aplicar analogamente, tal estratégia pode ser bastante útil como mais uma das ferramentas de reconstrução de sua regulamentação. Francesco Messineo, nesse sentido, ressalta a possibilidade de, por exclusão, verificar o intérprete que a única via segura para a operacionalização de contratos atípicos pode ser o retorno do “vecchio, ma fecondo, principio dell’analogia”<sup>910</sup>.

---

<sup>909</sup> “RECURSO – APELAÇÃO CÍVEL – LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM GALERIA DE HIPERMERCADO – REGIME JURÍDICO “SUI GENERIS” – AÇÃO REVISIONAL. 1) Autora, locatária, que busca a revisão de contrato de locação empresarial pertinente a espaço em galeria de hipermercado, ao fundamento de que a locadora incluiu no contrato diversas cláusulas excêntricas equiparando-o, incorretamente, a locação de espaço em “shopping center”. Pretensão revisional com declaração de nulidade das cláusulas consideradas ilegais e abusivas. Sentença de parcial procedência que, reconhecendo a natureza “sui generis” do contrato, invalidou apenas em parte uma única cláusula contratual pertinente à exigência de quantia correspondente a 20 ( vinte ) alugueis para o caso de cessão da locação ( “res sperata” ). Manutenção do restante das cláusulas atípicas. 2) Recurso de apelação da locatária ( autora ), visando a reversão da sentença e o acolhimento integral dos pedidos iniciais. 3) Contrato de locação de espaço em galeria de hipermercado de natureza “sui generis”, assemelhando-se mais a locação de espaço em “shopping center” do que a simples locação de finalidade não residencial. Incidência do artigo 54 da Lei 8.245/91, por analogia, porém com os temperamentos necessários a correta adequação dos termos contratuais ao ordenamento jurídico vigente” (TJSP, Apelação Cível 1002962-56.2017.8.26.0010, Rel. Des. Marcondes D’Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, julg. 23.07.2018. No mesmo sentido: Apelação Cível 1007679-31.2015.8.26.0609, Rel. Des. Cesar Lacerda, 28ª Câmara de Direito Privado, julg. 18.06.2018; TJSP, Apelação Cível 1009179-39.2016.8.26.0564, Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida, 28ª Câmara de Direito Privado, julg. 24.07.2017).

<sup>910</sup> “Tutte le esposte ragioni di dubbio hanno condotto, per via di esclusione, a ritenere che l’unica via sicura sia quella del ritorno al vecchio, ma fecondo, principio dell’analogia (di cui, presso di noi, al cpv. dell’art. 12 delle preleggi), ma muovendo sempre dalla considerazione della concreta situazione di interessi, che ogni contratto innominato presenta” (MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958. v. X, pp. 109-110). Tradução livre: Todas as razões de dúvida expostas levaram, por exclusão, a considerar que o único caminho seguro é o retorno ao antigo, mas fecundo, princípio da analogia (do qual, entre nós, consta o Artigo 12 das leis de introdução), mas sempre partindo da consideração da situação concreta de interesses que cada contrato atípico apresenta.

### ***V.5.6. A equidade como mecanismo de abertura dos contratos atípicos às diretrizes gerais do ordenamento***

Já se comentou, ainda neste Capítulo, que a equidade incide como fonte suplementar à obtenção da regulamentação dos contratos atípicos, surgindo como mecanismo inserido dentre as diversas estratégias para a individuação da disciplina do negócio jurídico. Nesse sentido, salientou-se especialmente que a equidade não deve incidir de maneira genérica, o que possivelmente abriria espaço para decisões arbitrárias respeito do regulamento contratual. É relevante, por conseguinte, brevemente descrever os contornos dados pela literatura à equidade na reconstrução do regime jurídico dos contratos atípicos, com especial atenção às cautelas a serem levadas em consideração na eventualidade de sua utilização. Daí salientar Pedro Pais de Vasconcelos que “[a] equidade desempenha um papel importante na concretização do conteúdo dos contratos, com particular relevo no campo dos contratos atípicos”<sup>911</sup>.

É natural que a referência à equidade para a resolução de problemas contratuais produza algum estranhamento, considerando a sua associação à adoção de parâmetros de justiça no caso concreto que não necessariamente coincidem com preceitos do direito positivo. Pode-se, inclusive, mencionar disposições que procuram afastar o juízo de equidade da resolução de controvérsias jurídicas no direito brasileiro, como ocorre com o parágrafo único do art. 140 do CPC/2015 (segundo o qual “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”)<sup>912</sup>, ou, ainda, o § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996), que veda a arbitragem por equidade nos procedimentos envolvendo a Administração Pública (“A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”), excepcionando a regra permissiva do *caput* (“A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”).

No entanto, no caso dos contratos atípicos, a referência à equidade pode ser considerada igualmente natural, na medida em que tal estratégia decisória diz respeito precisamente às situações que escapam ao crivo da legislação geral e abstrata, até porque a equidade abarca “aquele momento de intenção concreta [...] a que o legislador não atendeu, nem poderia atender no *modus* de prescrição normativa que lhe é próprio”<sup>913</sup>. Dessa maneira,

---

<sup>911</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 433.

<sup>912</sup> É relevante, nesse ponto, contrastar o teor do art. 140 do CPC/2015 com o do art. 114 do CPC/1939, segundo o qual “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria si fosse legislador”.

<sup>913</sup> NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 319.

assevera Castanheira Neves que “a lei e a decisão concreta (a *aequitas*) são momentos complementares dirigidos por uma idêntica intenção, a de realização do justo”<sup>914</sup>.

Daí salientar Osmar Brina Corrêa-Lima que há uma diferença relevante entre julgar *por equidade* e julgar *com equidade*: segundo o autor, a aplicação do direito sempre deve ocorrer *com equidade*, isto é, “com equilíbrio, justiça, imparcialidade, retidão, serenidade e moderação”; ao passo que o julgamento *por equidade* jamais pode significar apreciar um caso concreto *contra legem*, fazendo o juiz as vezes de legislador, porém nada impede que se aprecie o caso concreto à luz das finalidades pretendidas pelo ordenamento e das exigências do bem comum, que se encontrariam sintetizados nos princípios gerais do direito<sup>915</sup>.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira, nesse sentido, a equidade traz consigo a ideia de amenização do rigor da lei, servindo para impedir que a aplicação do direito atente contra o próprio direito, levando-se em consideração a noção e justiça no caso concreto. Até em razão dessa característica, alerta o autor que a equidade pode ser verdadeira “arma de dois gumes”<sup>916</sup>, já que se, de um lado, “permite ao juiz a aplicação da lei de forma a realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual”<sup>917</sup>, de outro “pode servir de instrumento às tendências legiferantes do julgador, que, pondo de lado o seu dever de aplicar o direito positivo, com ela acoberta sua desconformidade com a lei”<sup>918</sup>. Assim, o emprego da equidade “há de ser moderado, como temperamento do rigor excessivo ou amenização da crueza da lei”<sup>919</sup>.

Por conseguinte, a equidade não é proibida de maneira absoluta, já que o que se

---

<sup>914</sup> NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 319.

<sup>915</sup> CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Equidade (julgamento com equidade e julgamento por equidade). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 37, pp. 221-234, 2000.

<sup>916</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. I, p. 64.

<sup>917</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. I, p. 64.

<sup>918</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. I, p. 64.

<sup>919</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. I, p. 64.

Orlando Gomes manifesta-se em sentido semelhante, vindo inclusive a enumerar uma série de modalidades de manifestação da equidade: “A equidade é tida, em casos excepcionais, como fonte de Direito, quando a própria lei comete ao juiz a atribuição de julgar consoante seus ditames. De regra exerce, porém, função diversa, qual a de “temperar a rigidez da norma escrita”, mas, nessas condições, é simples critério de aplicação da lei. São características da equidade: a particularidade da *facti specie* e a subjetividade da decisão, entendendo-se na primeira que o juízo equitativo leva em conta os elementos de fato que não seriam relevantes em um juízo de direito estrito, como, por exemplo, os motivos de um contrato, e entendendo-se por subjetividade da decisão “o fato de que, enquanto no juízo de direito estrito o juiz aplica ao caso uma norma preexistente, no juízo de equidade o juiz determina as consequências jurídicas do caso conforme as sugestões de sua própria consciência normativa”. São diversas as funções do juízo de equidade: substitutiva, integrativa, supletiva, interpretativa. Equidade substitutiva existe quando o juiz é autorizado a invocar uma norma diversa da lei em face da particularidade do caso concreto; integrativa, quando a lei atribui ao juiz o poder de completar a norma, integrando-a conforme as circunstâncias do caso; supletiva, quando o legislador confere ao juiz poderes de decisão dos casos que não resolve; interpretativa, quando o juiz dá à norma um sentido diverso do adotado, por lhe parecer mais equitativo. A equidade é empregada em certas situações para compatibilizar ‘o princípio da legalidade no qual se exprime o poder do Estado e os valores emergentes da sociedade civil’” (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 36).

veda é a sua primazia sobre a lei positiva, sem prejuízo da possibilidade de servir a equidade como mecanismo de interpretação e integração de situações concretas à luz dos princípios gerais do ordenamento. Tal compreensão já foi sintetizada pelo Supremo Tribunal Federal ao se asseverar, em acórdão de relatoria do Min. Oscar Corrêa, que “[n]ão pode o Juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular de próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério”<sup>920</sup>.

A equidade, dessa maneira, se apresenta como fonte de integração que incide de maneira suplementar, no intuito de oferecer saídas ao intérprete quando as demais estratégias não foram capazes de esclarecer a regulamentação aplicável ao caso concreto. Não se trata, por conseguinte, de expediente voltado a reenviar o juiz à própria consciência e ao sentimento universal, ou mesmo a ideais abstratos de justiça, mas de mecanismo de vinculação do intérprete aos pilares do sistema jurídico – de sorte que, em última análise, a equidade é tanto mecanismo de racionalização do ordenamento como de superação das limitações da lei positiva<sup>921</sup>.

A vinculação entre equidade e Direito Empresarial não ocorre por mero acaso: basta ver que, nos tribunais mercantis formados no início da Idade Moderna, a *aequitas mercatoria* consistia precisamente no mecanismo com que contavam os comerciantes para escapar ao formalismo do Direito Romano reconstruído<sup>922</sup>. A equidade, dessa maneira, era o instrumento que orientava as decisões dos tribunais de comércio à consideração na lógica econômica que permeava os negócios mercantis – uma vez que o costume era *laudabilis*, e, portanto, aplicável normativamente, *quia in dictis tribunalibus non habet locum nisi veritas et aequitas, non autem iuris rigor* (pois nos referidos tribunais não têm lugar senão a verdade e a equidade, mas não o rigor da lei)<sup>923</sup>. Conforme demonstram Nils Jansen e Ralf Michaels, tal válvula de escape servia, dentre outras finalidades, para eximir os comerciantes da *exceptio nudi pacti*, isto é, do impedimento incidente em face dos contratos atípicos em razão da ausência de *actio respectiva*<sup>924</sup>.

---

<sup>920</sup> STF, RE 93.701, Rel. Min. Oscar Corrêa, Primeira Turma, julg. 24.09.1985.

<sup>921</sup> MATTIONI, Matteo. Sul ruolo dell’equità come fonte del diritto dei contratti. *Rivista di Diritto Civile*. v. 60, n. 3, pp. 567-96, maio/jun. 2014. pp. 568-577.

<sup>922</sup> A respeito do tema: DONAHUE JR., Charles. Equity in the courts of merchants. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. v. 72, n. 1-2, pp. 1-35, jan. 2004.

<sup>923</sup> DONAHUE JR., Charles. Equity in the courts of merchants. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. v. 72, n. 1-2, pp. 1-35, jan. 2004. p. 18.

<sup>924</sup> JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralf. Private Law and the State: Comparative perceptions and historical observations. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. v. 71, n. 2, pp. 345-397, abr. 2007. p. 370.

A equidade, dessa maneira, tem o condão de auxiliar na reconstrução da unidade de sentido dos contratos à luz dos princípios gerais do ordenamento, função especialmente relevante em se tratando de contratos atípicos. De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, “[n]os contratos atípicos, é principalmente na justiça interna que se vai encontrar o sentido próprio do contrato, embora seja também importante o sentido dos tipos de referência, no caso dos contratos mistos”<sup>925</sup>. Partindo da premissa de que a equidade está associada à aferição da lógica de justiça interna ao contrato, o autor alerta para os riscos vinculados a essa metodologia, que não raro descamba para excessivos decisionismos ou até para o arbítrio – sendo que, em ambas as hipóteses, pode-se estar a vulnerar ou a autonomia das partes, ou interesses de terceiros afetados pela contratação<sup>926</sup>.

Não parece adequada, porém, a referência a parâmetros de *justiça* do contrato empresarial atípico, até porque a contratação empresarial não está associada – ao menos não diretamente – a intuítos distributivos, mas à finalidade lucrativa que marca tais negócios. A equidade, porém, parece estar associada à postura a ser adotada diante do ordenamento a partir do momento em que se constata que existem diversas instituições aptas a integrar o programa contratual. Assim, evidentemente que se pode falar diretamente de usos e costumes e mesmo na incidência de deveres anexos associados a boa-fé objetiva, porém a equidade seria digna de nota pois possibilita a permeabilidade dos contratos atípicos a tais fontes *ainda que existam soluções aparentemente mais fáceis oriundas da aplicação – direta ou por analogia – de regimes típicos*.

Dessa maneira, as “finalidades do ordenamento” a que se vincula a equidade em larga medida se aproximam da já tantas vezes mencionada função econômica do contrato, verdadeiro norte para a interpretação e integração dos contratos atípicos. Assim, apesar de não ser capaz de propriamente oferecer normas supletivas à vontade das partes, a equidade pode ser compreendida, para os contratos empresariais atípicos, como um mecanismo de defesa contra a indevida incidência da lei positiva que se pretende derrogar pelo exercício da autonomia privada.

---

<sup>925</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 440.

<sup>926</sup> Nesse sentido: “O juízo de equidade carece de ser controlado. A decisão e a solução a final encontradas devem ser susceptíveis de obter a adesão mais ou menos generalizada do círculo de pessoas em contacto com a questão, se não por possível mesmo o acordo dos próprios intervenientes. Para isto, é necessário explicitar as razões e os argumentos que conduziram àquela solução e que a fundaram, e bem assim os que levaram à exclusão de outras soluções possíveis, deve esclarecer-se a ponderação respectiva e, em geral, o modo como se chegou à solução final. A explicitação deve ser hábil a demonstrar e a persuadir que o juízo de equidade não foi arbitrário, nem subjectivo, nem interessado ou parcial, quer dizer, que não foi iníquo” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 441).

## **V.6. Conclusões preliminares: da hierarquia ao conjunto de estratégias a serem implementadas para a análise dos contratos empresariais atípicos segundo a sua função econômica**

Após a exposição das características gerais dos contratos empresariais, do delineamento do método tipológico, da descrição da relevância dos usos e costumes e da sua capacidade de produzir contratos socialmente típicos, tratar dos elementos dogmáticos associados à atipicidade contratual constitui uma das principais bases do presente trabalho. Neste Capítulo, por conseguinte, procurou-se situar as discussões sobre a atipicidade contratual na Teoria Geral dos Contratos Empresariais, com especial atenção à descrição e análise crítica das metodologias estruturadas pela literatura para lidar com a indefinição quanto ao regime jurídico dos negócios atípicos.

Em um primeiro momento, foi possível demonstrar a resistência da literatura e mesmo da jurisprudência em apreciar diretamente a questão da atipicidade, na medida em que foram estruturadas diversas estratégias prático-argumentativas voltadas não a endereçar a atipicidade, mas a construir um regime jurídico a partir dos indícios de tipicidade verificáveis em modelos contratuais não regulamentados por lei. Nesse sentido, o desenvolvimento das metodologias de apreciação dos chamados contratos mistos assume protagonismo tal que, dentre as inúmeras controvérsias sobre qual método deve prevalecer sobre os demais, ficam os contratos atípicos puros relegados a discussões residuais. A pouca atenção da literatura a esses negócios, cabe lembrar, é tradicionalmente associada à suposta raridade dos contratos atípicos puros, tendo em vista a elasticidade dos tipos legais ou sociais.

No entanto, foi possível também demonstrar que os contratos atípicos puros, isto é, os novos negócios elaborados pelos agentes econômicos para estruturar soluções voltadas a atender a interesses econômicos específicos assumem relevante protagonismo na economia contemporânea, que permite a rápida difusão de modelos de negócio inovadores e constantemente exige a elaboração de modelos capazes de derrogar a legislação positiva em razão das peculiares funções econômicas que desempenham<sup>927</sup>. Dessa maneira, procurou-se

---

<sup>927</sup> Nesse sentido: “Il fenomeno dei contratti atipici si lega soprattutto alle attività economiche organizzate e alla continua evoluzione che le caratterizza: di fronte ai nuovi problemi, bisogni e obiettivi generati dalla trasformazione delle tecniche e dei mercati, accade spesso che nessuno dei contratti tipici sia adeguato a soddisfare le esigenze degli operatori. Questi non possono attendere che il legislatore introduca nuovi e più idonei tipi contrattuali, perché i tempi delle imprese sono più stretti di quelli della legislazione: e allora inventano e applicano essi stessi i nuovi schemi contrattuali di cui c’è bisogno” (ROPPO, Vincenzo, *Diritto privato*, 4. ed. Torino: Giappichelli, 2016. p. 414). Tradução livre: O fenômeno dos contratos atípicos está principalmente ligado às atividades econômicas organizadas e à contínua evolução que as caracteriza: diante de novos problemas, necessidades e objetivos gerados pela transformação das técnicas e dos mercados, muitas vezes nenhum dos

registrar a perplexidade que causa a circunstância de a literatura dedicar pouca atenção aos contratos atípicos puros – cenário que relega os agentes econômicos a ambiente de grande indefinição e insegurança, considerando a relevância econômica desses negócios e a ausência de referenciais normativos claros.

Com isso, buscou-se delinear os contornos do tratamento jurisprudencial e doutrinário que recebem os contratos atípicos puros, descrevendo-se o conjunto de fontes para a regulamentação desses negócios e as controvérsias associadas à sua utilização. Ao longo da exposição dessas metodologias, foram contestadas as visões segundo as quais haveria uma hierarquia entre essas fontes de regulamentação, para que fossem tais estratégias abordadas de maneira conjunta, como componentes de verdadeira caixa de ferramentas a serem implementadas pelos operadores do direito segundo as circunstâncias do caso concreto para que mais bem se apreenda o escopo da operação econômica entabulada pelas partes. Por conseguinte, a construção de parâmetros apriorísticos dificilmente seria possível, considerando que os contratos empresariais atípicos puros são marcados exatamente pelo seu caráter inovador, motivo pelo qual as metodologias descritas pela literatura devem ser objeto de análise abrangente e conjunta, para que possam ser articuladas com as instituições jurídico-econômicas incidentes no caso concreto.

Acontece que, mesmo sendo possível desenvolver dogmaticamente esse conjunto de estratégias para a apreensão da disciplina normativa dos contratos atípicos puros, foram também apontadas diversas limitações de cada uma dessas metodologias – ainda que se tenha verificado que, por mais que sejam criticáveis, algumas dessas estratégias não devem ser simplesmente descartadas, como ocorre com a analogia. No fim e ao cabo, essas metodologias são estruturadas de maneira isolada, sem um diálogo produtivo seja entre elas próprias, seja com os vetores da contratação empresarial. Tal diálogo se faz necessário para inserir a discussão sobre a atipicidade contratual na sistemática da Teoria Geral dos Contratos Empresariais descrita no Capítulo II do presente trabalho. Isso porque não somente a atipicidade ganha especial relevância na seara empresarial, como também é nesse contexto que emergem especiais preocupações associadas ao chamado empreendedorismo evasivo e ao oportunismo excessivo dos agentes econômicos.

Dessa forma, de um lado, é necessário que os parâmetros dogmáticos aplicáveis a esses negócios tanto preocupada com a proteção à autonomia privada e aos interesses das partes.

---

contratos típicos é adequado para atender às necessidades dos operadores. Eles não podem esperar que o legislador introduza novos tipos contratuais mais adequados, porque os prazos das empresas são mais curtos do que os da legislação: então, eles próprios inventam e aplicam os novos esquemas contratuais necessários.

Para tanto, tais referenciais teóricos devem ser minimamente sensíveis às conformações diversas que pode ter a atipicidade – manifestando-se por intermédio de contratos socialmente típicos, contratos mistos ou contratos atípicos – e à dinâmica dos mercados, o que necessariamente inclui o reconhecimento do papel dos usos e costumes. De outro lado, não se pode descurar dos limites para o exercício da autonomia privada, como as normas de ordem pública, que evidentemente não podem simplesmente desaparecer em razão da circunstância de que se trata de contratos empresariais – porém certamente devem ser levadas em consideração segundo as características desse tipo de contratação. O próximo Capítulo, por conseguinte, cuidará de sistematizar os referenciais propostos para endereçar esses dilemas.



## CAPÍTULO VI

### VI. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS ATÍPICOS NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

#### VI.1. Considerações preliminares: A atipicidade contratual como componente dogmático da Teoria Geral dos Contratos Empresariais

O esforço até aqui empreendido tem, em certa medida, caráter arqueológico, já que se dedicou a identificar elementos constitutivos de uma abordagem metodológica marcada por seu caráter fragmentário. Basta ver que há diversas unidades de análise essenciais a este trabalho que são profundamente plurívocas e são objeto de intensa controvérsia, como é o caso da causa dos contratos, aqui acolhida em seu sentido de função econômica ou função econômico-social dos negócios jurídicos. Além disso, é importante explicitar que o esforço arqueológico a que se faz referência consistiu na análise de contribuições doutrinárias de origens variadas, sempre procurando-se tomar os devidos cuidados com os riscos de traduções equivocadas – seja no sentido linguístico, seja no sentido jurídico – das estruturas normativas e das metodologias obtidas da literatura estrangeira.

Tal esforço de reconstrução é necessário pela escassez de conhecimento sistemático a respeito da atipicidade contratual no direito brasileiro, que, unida à ainda incipiente literatura nacional sobre o que se convencionou chamar de Teoria Geral dos Contratos Empresariais, oferece poucas saídas para a análise da contratação empresarial a partir de modelos atípicos. Não se procura, até mesmo pela vinculação da contratação empresarial ao dinamismo da prática mercantil – que necessariamente condiciona a metodologia de análise dos contratos empresariais e do próprio Direito Empresarial –, estruturar um *sistema* de estruturas dogmáticas capaz de resolver aprioristicamente os problemas associados ao emprego de modelos negociais não previstos pela legislação.

O que se procurou estruturar foi, na verdade, um repertório de estratégias para enfrentar os problemas associados à indefinição do regime jurídico dos contratos atípicos, cada qual com suas respectivas potencialidades e insuficiências. No Capítulo anterior, assim, foi possível demonstrar que, por mais curial que seja a necessidade de se promover controle de legalidade dos contratos atípicos, não se trata de realizar mera análise de subsunção do fato à norma e, com isso, constatar a violação de normas imperativas que

inquinam de nulidade o negócio em questão. Mesmo a análise de legalidade passa por um intrincado procedimento de verificação da função econômica do contrato em questão à luz dos interesses protegidos pelo ordenamento – procedimento este que se cristaliza em uma cláusula geral ainda pouco desenvolvida na dogmática contratual brasileira: a figura da fraude à lei. Também neste processo aparentemente simples de controle de legalidade, apontou-se a necessidade de harmonização das próprias normas imperativas com outras fontes de qualificação e interpretação que se mostrarem relevantes no contexto de implementação do programa contratual, motivo pelo qual as tentativas de hierarquização de fontes de regulamentação dos contratos atípicos dificilmente são exitosas na prática.

Se, de um lado, requer-se alguma clareza quanto aos limites para a celebração de contratos atípicos, de outro se deve indagar sobre a proteção jurídica que o ordenamento lhes dedica. Não se pode esquecer, nesse ponto, que, apesar de se exigir da autonomia privada a estrita observância da ordem pública e da legislação imperativa, é a autonomia privada vetor fundamental dos contratos empresariais. Dessa maneira, os agentes econômicos devem minimamente contar com a possibilidade de antever os riscos a que se submetem, previsibilidade esta que, como se depreende da obra de Max Weber (a que já se aludiu no Capítulo II), decorre essencialmente da construção de um ordenamento jurídico racional e que vá ao encontro das expectativas formadas no âmago dos mercados<sup>928</sup>.

Como se demonstrou no Capítulo anterior, porém, a literatura tem desenvolvido um conjunto de estratégias voltadas a endereçar o aparente vazio normativo associado à atipicidade contratual, baseando-se sobretudo em cláusulas gerais como a boa-fé objetiva e em metodologias como a analogia para lidar com as situações nas quais as disposições gerais do ordenamento não são suficientes para a reconstrução da regulamentação dos negócios atípicos. Contudo, tais metodologias se estruturam de maneira fragmentária, com pouca clareza a respeito do seu modo de incidência e das possíveis pontes dialógicas entre elas na implementação de negócios atípicos, especialmente diante da circunstância de que o próprio direito positivo não oferece parâmetros autoevidentes a respeito da postura a ser adotada pelo intérprete no tratamento da atipicidade. Tal situação se agrava ainda mais diante da tendência da tradição jurídica continental de produzir contratos pouco detalhados, considerando a prevalência do

---

<sup>928</sup> WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 337.

raciocínio tipológico seja na elaboração, seja na análise e na operacionalização desses negócios.

Os pontos de indefinição identificados nos Capítulos anteriores estão intimamente relacionados ao diagnóstico produzido por Mario Libertini ao discorrer sobre o futuro do Direito Empresarial: segundo o autor, tal ramo do direito vem presenciando um progressivo esvaziamento de seu núcleo essencial de princípios em prol da elaboração de um conjunto assistemático e heterogêneo, sujeito às tendências da regulação positiva de origem europeia e das práticas negociais de origem norteamericana<sup>929</sup>. Com isso, aos poucos se perderiam os processos racionais de construção de princípios e conceitos sobre a matéria, produzindo-se uma dogmática cada vez mais especializada, porém pouco preocupada com a estruturação de parâmetros gerais capazes de lidar com as transformações sociais e econômicas<sup>930</sup>.

A exigência de um conjunto de princípios próprios aos contratos empresariais, nesse sentido, decorre da circunstância de que o Direito Empresarial é um ramo do direito que, por definição, é historicamente situado e construído. Assim, o próprio fenômeno da empresa não pode ser descrito de maneira estanque, já que seu significado é apreendido dos movimentos dos mercados e das relações estabelecidas entre os empresários à luz das instituições a que se submetem, de sorte que “as empresas capitalistas não nascem historicamente do assentamento ‘espontâneo’ de fenômenos de livre comércio, mas da combinação entre iniciativas inovadoras e arriscadas de indivíduos e grupos dotados de particular talento e da proteção que tais iniciativas recebem – em vários modos e com diversos meios jurídicos – do poder político”<sup>931</sup>.

Dessa maneira, é essencial que o Direito Empresarial conte com mecanismos de proteção à autonomia privada que, para além de assegurar a previsibilidade almejada pelos agentes econômicos na estruturação de suas avenças – isto é, o *pacta sunt servanda*

---

<sup>929</sup> LIBERTINI, Mario. Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia. *Rivista delle società*. v. 58, n. 1, pp. 1-41, jan./fev. 2013. pp. 39-41.

<sup>930</sup> LIBERTINI, Mario. Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia. *Rivista delle società*. v. 58, n. 1, pp. 1-41, jan./fev. 2013. pp. 39-41.

<sup>931</sup> Tradução livre do original: “In altri termini, le imprese capitalistiche non nascono storicamente dall’assentamento “spontaneo” di fenomeni di libero scambio, ma dalla combinazione fra iniziative innovative e rischiose di individui e gruppi dotati di particolare talento e dalla protezione che tali iniziative ricevono – in vario modo e con diversi mezzi giuridici – da parte del potere politico” (LIBERTINI, Mario. Passato e presente del diritto commerciale. A proposito di tre libri recenti. *Orizzonti del Diritto Commerciale*. v. 1, pp. 253-290, jun. 2020. p. 275). Tradução livre: Em outras palavras, as empresas capitalistas não surgem historicamente da acomodação “espontânea” de fenômenos de livre comércio, mas da combinação de iniciativas inovadoras e arriscadas de indivíduos e grupos talentosos, juntamente com a proteção que tais iniciativas recebem – de várias maneiras e por meio de diferentes meios legais – por parte do poder político.

–, reconheçam o caráter inovador desses negócios e sua importância para a continuidade da dinâmica dos mercados. De outro lado, a dogmática associada aos contratos empresariais não pode olvidar-se do papel das práticas reiteradas dos agentes econômicos e de sua circulação na forma dos usos e costumes, que, longe de reproduzirem uma ritualidade primitiva, encontram-se em constante evolução, construída pela sedimentação dos negócios e pela sua conformação pelas decisões dos tribunais<sup>932</sup>.

É verdade que uma tal percepção a respeito do Direito Privado pode sofrer alguma resistência daquilo que Tullio Ascarelli denomina por *inércia jurídica*, que não seria tão somente fruto de uma aversão ao novo, mas também de um intuito de conciliar “as novas exigências da vida prática com a certeza e segurança da disciplina jurídica, com a ‘continuidade’ do desenvolvimento histórico do direito”<sup>933</sup>. Daí ressaltar Ascarelli o papel do *negócio indireto*, figura por meio da qual novas necessidades são satisfeitas por intermédio de velhos institutos, com a refuncionalização de estruturas antigas para que o direito possa fazer frente à transformação social e econômica<sup>934</sup>.

Não sem motivo, uma das principais contribuições do autor para o Direito Empresarial contemporâneo diz respeito à sua visão metodológica sobre a matéria: ao passo que autores de sua época procuravam ressaltar enfaticamente a autonomia desse ramo do direito diante do Direito Civil, Ascarelli era classificado como um *autonomista tépido*<sup>935</sup>. Isso porque o autor apontava para o fato de que, por mais que o Direito Empresarial constitua disciplina autônoma por conter princípios operativos próprios, este historicamente se valia de disposições gerais do Direito Privado para endereçar problemas concretos, tendo em vista que o tratamento jurídico de operações econômicas deveria estar voltado fundamentalmente à construção de soluções para a constantemente mutável realidade comercial – e não à conformação e encapsulamento destas últimas<sup>936</sup>. Daí dizer

---

<sup>932</sup> LIBERTINI, Mario. Passato e presente del diritto commerciale. A proposito di ter libri recenti. *Orizzonti del Diritto Commerciale*. v. 1, pp. 253-290, jun. 2020. p. 275.

<sup>933</sup> ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: \_\_\_\_\_. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 155.

<sup>934</sup> ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: \_\_\_\_\_. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 155.

<sup>935</sup> BIROCCHI, Ítalo. Tullio Ascarelli ao tempo do regime fascista: A ascensão de um comercialista irregular (1923-1938). In: LOPES, José Reinaldo de Lima et al. *Nas trilhas de Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. pp. 74-75.

<sup>936</sup> BIROCCHI, Ítalo. Tullio Ascarelli ao tempo do regime fascista: A ascensão de um comercialista irregular (1923-1938). In: LOPES, José Reinaldo de Lima et al. *Nas trilhas de Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. pp. 74-75. Nesse sentido: “Ascarelli, da buon storicista, sapeva che le metodologie non nascono improvvisamente nel cervello di un pensatore, perché sono il prodotto di situazioni storiche concrete, in particolare, trattandosi di teorie sul metodo della scienza giuridica, delle condizioni di sviluppo di una determinata società, coi suoi conflitti d’interessi e con le concezioni generali che ne derivano sulla funzione del diritto” (BOBBIO, Norberto. *Ritratti critici di contemporanei: Tullio Ascarelli*. *Belfagor*, v. 19, n. 4,

Ítalo Bircocchi que a autonomia pretendida por Ascarelli derivava “da razão econômica, que tendia a permear muitos aspectos da sociedade civil; daí a elasticidade do direito comercial, capaz de inventar novos institutos e fazê-los absorver no ciclo cotidiano as relações civis, comercializando-as e, portanto, modificando continuamente sua própria condição de autonomia”<sup>937</sup>.

Dessa maneira, por mais que a literatura especializada já conte com o mencionado conjunto de metodologias para a reconstrução da regulamentação dos negócios atípicos, ainda se percebe relevante lacuna quanto à elaboração de parâmetros gerais para os contratos empresariais atípicos que estejam comprometidos com os vetores desses negócios. Não se pode esquecer, nesse ponto, que o que se busca enfrentar com a proposta de estruturação de referenciais dogmáticos mais consistentes a respeito dos contratos atípicos é precisamente a escassez de parâmetros na legislação positiva, na literatura e na jurisprudência sobre o tema, por mais que já exista razoável consenso – inclusive jurisprudencial, como se depreende dos julgados das turmas de Direito Privado do STJ – sobre a existência de características próprias para os contratos empresariais que justificam um tratamento dogmático próprio.

Conforme salienta Judith Martins-Costa, a criação de modelos dogmáticos não é corolário exclusivo da legislação – que pode ser sobremaneira lacunosa –, na medida em que a teoria jurídica pode estruturar metodologias voltadas a readequar o direito posto aos problemas verificáveis na realidade concreta<sup>938</sup>. Evidentemente que, até mesmo diante da necessidade de manutenção do equilíbrio entre proteção à liberdade de contratar e garantia da observância das normas de ordem pública, não se pode descurar dos limites do ordenamento – ou, em outras palavras, “o Direito não pode se dar ao luxo

---

pp. 411-424, 1964. p. 412). Tradução livre: Ascarelli, como bom historiador, sabia que as metodologias não surgem de repente na mente de um pensador, pois são o produto de situações históricas concretas, especialmente quando se trata de teorias sobre o método da ciência jurídica, das condições de desenvolvimento de uma sociedade específica, com seus conflitos de interesse e as concepções gerais que delas decorrem sobre a função do direito.

<sup>937</sup> BIROCCHI, Ítalo. Tullio Ascarelli ao tempo do regime fascista: A ascensão de um comercialista irregular (1923-1938). In: LOPES, José Reinaldo de Lima et al. *Nas trilhas de Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 75.

<sup>938</sup> Nesse sentido: “Mas a doutrina também cria modelos, justamente os modelos dogmáticos a que acima fiz referência. Estes constituem criações/qualificações de ordem teórica que, estruturando fato e valor, fornecem, com maior liberdade de ação, esquemas de solução para os casos não regulados (lacunas) ou mal regulados (insuficiência, deficiência, inadequação valorativa) pelos modelos jurídicos, possibilitando uma ordenada atividade de integração hermenêutica. Portanto, o arsenal doutrinário contempla a interpretação das normas e dos modelos jurídicos; o emprego de técnicas e de métodos hermenêuticos para resolver questões de qualificação, valoração e prova; bem como a criação de modelos dogmáticos que servem à atividade de interpretação e de integração de lacunas” (MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: \_\_\_\_\_. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 27).

de não ser positivo e o Direito positivo não pode se dar ao luxo de desvalorizar a segurança jurídica”<sup>939</sup>. No entanto, dentro da moldura normativa oferecida pelo ordenamento, cabe refletir a respeito dos critérios de aplicação da lei positiva e, conseqüentemente, de análise dos contratos em concreto à luz das diversas instituições que constroem o comportamento dos agentes econômicos<sup>940</sup>.

Com isso, o presente Capítulo – o último deste trabalho – tem por intuito delinear quadro teórico apto a conciliar os mecanismos de operacionalização e controle dos contratos atípicos aos vetores da contratação empresarial. Dessa forma, busca-se estruturar um conjunto de critérios, à luz das diretrizes gerais oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, voltados a orientar a operacionalização dos contratos empresariais atípicos. Para tanto, considerando o caminho percorrido ao longo do presente trabalho, buscar-se-á diferenciar os contextos normativos aplicáveis aos contratos socialmente típicos e aos novos negócios, levando-se em conta sobretudo o papel dos usos e costumes. Este Capítulo, por conseguinte, possivelmente apresentará alguns pontos de sobreposição com o conteúdo dos Capítulos anteriores, na medida em que se buscará precisamente recuperar o trajeto até aqui trilhado no intuito de integrar tais subsídios ao debate sobre a Teoria Geral dos Contratos Empresariais. Assim, busca-se contribuir para tal debate com o aprofundamento das discussões a respeito dos contratos empresariais atípicos.

## **VI.2. O necessário delineamento dos parâmetros de controle da atipicidade: Usos e abusos da liberdade contratar na estruturação de contratos empresariais atípicos**

A imperiosa observância aos limites para o exercício da autonomia privada como pressuposto da legitimidade da atipicidade contratual constituiu a tônica do presente trabalho desde o seu princípio. Não sem motivo, as primeiras reflexões que

---

<sup>939</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra). *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 5, pp. 71-81, jul./set. 2015. pp. 77-78.

<sup>940</sup> Nesse sentido: “Por definição, um Ordenamento jurídico deve oferecer segurança e almejar segurança. O Direito não serve para inquietar, mas para direcionar condutas e assegurar expectativas legítimas dos que vivem em sociedade. [...] Frente a esse problema – e bem avisei que não traria novidades (mas o vintage pode ser moderno!) –, a receita é a da terapêutica civilista clássica, combinando a sabedoria da experiência com o olhar à realidade, pano de fundo de toda a construção hermenêutica. A atividade doutrinária secular, a reflexão teórica árdua, tem filtrado critérios, e critérios são chaves de segurança para quem aplica o Direito” (MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra). *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 5, pp. 71-81, jul./set. 2015. pp. 77-78).

foram aqui apresentadas estão associadas à exposição dos contornos do princípio da legalidade – conforme exposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal – e dos limites à liberdade de contratar fixados pelo Código Civil.

Tais pontos de partida são essenciais para o desenvolvimento dogmático dos parâmetros de controle à liberdade de contratar e, por conseguinte, à atipicidade contratual. Daí a razão pela qual a literatura procura desdobrar as aludidas limitações à autonomia privada não somente em um elenco de vedações, mas em cláusulas gerais voltadas a equacionar a necessidade de preservação da ordem pública e da legislação imperativa às transformações sociais, que constantemente desafiam tais parâmetros de controle por propiciarem a construção de formas jurídicas inovadoras. Por esse motivo, ganham relevância figuras como a fraude à lei, expressamente prevista pelo Código Civil no inciso VI do art. 166 como causa de nulidade do negócio jurídico, marcada exatamente pela sua abrangência e por sua flexibilidade, características necessárias ao acompanhamento das inovações negociais pelo ordenamento<sup>941</sup>.

A tais cláusulas gerais voltadas a impor limites ao exercício da autonomia privada em virtude da necessidade de proteção de determinados bens jurídicos – ou, ainda, da própria higidez das relações sociais e econômicas – Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero atribuem a denominação de *ilícitos atípicos*, categoria em que inserem figuras como o abuso de direito, o desvio de poder e a própria fraude à lei<sup>942</sup>. Segundo os autores, diferentemente do que chamam de *atos ilícitos típicos* – que são definidos como condutas contrárias a uma regra expressa no ordenamento –, os atos ilícitos atípicos consistem em condutas contrárias a princípios gerais do ordenamento<sup>943</sup>.

---

<sup>941</sup> Nesse sentido: “A doutrina do abuso do direito está em sintonia com a mudança da racionalidade jurídica, que se dirige à superação do ideal de completude do ordenamento, ícone do positivismo e da doutrina liberal, que não encontra guarida no direito civil contemporâneo. O reconhecimento de que o direito positivo não pode dar conta de prever exaustivamente todas as condutas anti-sociais ou indesejadas é o primeiro passo para a construção de um sistema jurídico mais coerente e harmônico. Isto porque, se não é dado à lei estabelecer todos os limites ao exercício dos direitos subjetivos, tal papel será melhor confiado aos princípios, que desta forma assumem um maior grau de normatividade, incidindo diretamente nas relações jurídicas privadas” (CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 383).

<sup>942</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madri: Trotta, 2000. pp. 1-29. Em sentido semelhante, como decorrência da existência de atos ilícitos atípicos, Ana Paula Ribeiro aponta para a necessidade de se estabelecer os contornos das *invalidades atípicas* surgidas da violação a preceitos gerais do ordenamento no caso concreto. Ver: RIBEIRO, Ana Paula. *Das invalidades atípicas: Esboço de uma teoria* gera. Lisboa: USUS, 1993.

<sup>943</sup> Salientam Atienza e Manero, pode-se distinguir duas categorias gerais de ilícitos atípicos, isto é, aqueles que decorrem da interpretação analógica dos ilícitos típicos, e aqueles que invertem o sentido de uma regra em virtude da não observância de princípios incidentes à espécie: “Si los ilícitos típicos son, pues, conductas contrarias a una regla (de mandato), los ilícitos atípicos serían nas conductas contrarias a principios de mandato. Pero aquí, nos parece, puede trazarse todavía con sentido una distinción entre dos modalidades

Diante do laconismo da disposição geral existente no Código Civil brasileiro a respeito da atipicidade contratual – isto é, o art. 425 do aludido diploma –, da sua necessária contextualização com as normas cogentes e de ordem pública, e do caráter inovador e dinâmico dos negócios empresariais, os chamados ilícitos atípicos desempenham importante função na definição dos *standards* aplicáveis à elaboração de contratos atípicos. Cabe notar que, com ainda maior razão nos contratos empresariais, tais *standards* não advêm simplesmente de vedações legais, mas dos diversos elementos institucionais que incidem sobre tais negócios, notadamente a já mencionada cláusula geral da boa-fé objetiva (conforme compreendida no contexto empresarial) e os usos e costumes.

Tal é a importância de cláusulas gerais como as acima mencionadas que Josserrand as qualifica como componentes de uma espécie de *superlegalidade* (*superlégalité*), na medida em que, ainda que os textos de direito positivo não detalhe tais diretrizes, enunciando-as tão somente de maneira genérica, essas cláusulas gerais incidem concretamente de maneira marcante, já que retiram seu fundamento de normatividade do meio social e dos contextos em que se inserem<sup>944</sup>. Em sentido semelhante, Pierre-Emmanuel Moyse alude ao abuso de direito não somente como modalidade especial de ato ilícito, mas como *antenorma* (*anténorme*), de tal maneira que o abuso de direito não é um *critério* para o exercício de direitos e tampouco um conceito jurídico a ser aplicado pelo raciocínio subsuntivo; trata-se de um mecanismo de percepção da realidade concreta para a reconstrução da realidade jurídica – ou, ainda, “o fato que subverte o direito; o ato

---

de ilícitos atípicos. Unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (analogia legis) o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (analogia iuris). Otros – los que aquí nos interesan – son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo – y en razón de su oposición a algún principio o principios –, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder” (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madri: Trotta, 2000. p. 27). Tradução livre: Se os ilícitos típicos são, portanto, condutas contrárias a uma regra (obrigatória), os ilícitos atípicos seriam condutas contrárias a princípios obrigatórios. Mas aqui, parece-nos, ainda pode ser traçada uma distinção com sentido entre duas modalidades de ilícitos atípicos. Uns são o resultado de estender analógicamente a ilicitude estabelecida em regras (analogia legis) ou o resultado da mera ponderação entre os princípios relevantes do sistema, cujo equilíbrio exige a geração de uma nova regra proibitiva (analogia iuris). Outros – os que aqui nos interessam – são ilícitos atípicos que, por assim dizer, invertem o sentido de uma regra: prima facie existe uma regra que permite a conduta em questão; no entanto – e devido à sua oposição a algum princípio ou princípios –, essa conduta se torna, uma vez considerados todos os fatores, ilícita; isso, em nossa opinião, é o que ocorre com o abuso do direito, a fraude à lei e a desvio de poder.

<sup>944</sup> JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*: Théorie dite de l'Abus des Droits. 2.ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. pp. 1-4.



anormal que contradiz o exercício habitual de um direito. O uso abusivo, uma vez reconhecido, paralisa a ação do direito”<sup>945</sup>.

Naturalmente que a teoria do abuso de direito – e mesmo o seu aparente paradoxo, já há muito superado pela construção doutrinária e jurisprudencial – é marcada tanto pela sua polissemia quanto pela sua recorrência nas mais variadas acepções, não sendo objeto do presente trabalho oferecer visão abrangente sobre a matéria<sup>946</sup>, como já se aludiu. O que importa esclarecer, aqui, é que o abuso de direito está associado não somente ao aparente amparo em direito, mas ao exercício de prerrogativas jurídicas em situação contrária aos elementos valorativos que inspiram a implementação desses direitos – ou, ainda, no valor normativo que fundamenta a norma subjacente ao direito em questão<sup>947</sup>. Conforme esclarece Fernando Augusto Cunha de Sá, a discussão a respeito do abuso de direito não estaria vinculada exclusivamente ao exercício emulativo de

---

<sup>945</sup> MOYSE, Pierre-Emmanuel. L’abus de droit: l’anténorme – Partie 1. *MacGill Law Journal*. v. 57, n. 4, pp. 859-920, jun. 2012. p. 861.

<sup>946</sup> Visão panorâmica a respeito das teorias do abuso de direito, especialmente da sua construção no direito francês, pode ser encontrada em artigo de Julien Couard, que assim posiciona preliminarmente a matéria: “Une question récurrente. Le droit peut-il faire l’objet d’un abus ? La question n’est pas nouvelle et renvoie aux propos célèbres de Planiol, il y a un siècle tout juste, selon lesquels le droit ne peut pas, par définition, être l’objet d’un abus puisqu’il s’inscrit toujours dans la perspective de la justice. L’abus serait donc, per se, un non-droit (« injuria ») et renverrait à l’illicite. Quelques décennies plus tôt, la jurisprudence avait pourtant exhumé une vieille considération tirée du droit romain: un droit peut être l’objet d’un abus justifiant qu’en soient corrigées les conséquences jugées néfastes de son usage. La Cour de cassation a marqué les esprits à ce sujet, dans la fameuse affaire Coquerel contre Clément-Bayard en 1915, dont il ressort que l’installation, sur un terrain, d’un dispositif ne présentant aucune utilité pour son propriétaire et n’ayant pour but que de nuire à autrui, constitue un abus du droit de propriété. Une approche subjectiviste. Entre ces deux approches, la doctrine majoritaire s’accorde à dire que si l’on ne peut effectivement pas parler d’abus de Droit objectif, l’abus des droits subjectifs est toujours possible. Or s’il semble aporétique de théoriser l’abus quant à l’objet du Droit, le faire quant à l’usage que chaque sujet fait de ses droits pourrait permettre d’affiner des correctifs rendus nécessaires par la quête de justice” (COUARD, Julien. L’abus de droit: um concept polysémique? *Les Cahiers Portalis*. v. 11, n. 1, pp. 21-35, 2024. p. 21). Tradução livre: Uma questão recorrente. O direito pode ser objeto de abuso? A questão não é nova e remete às famosas palavras de Planiol, há exatamente um século, segundo as quais o direito não pode, por definição, ser objeto de abuso, pois sempre se insere na perspectiva da justiça. O abuso seria, portanto, per se, uma injustiça (“injuria”) e estaria relacionado à ilegalidade. Algumas décadas antes, no entanto, a jurisprudência havia resgatado uma antiga consideração do direito romano: um direito pode ser objeto de abuso, justificando que se corrijam as consequências prejudiciais de seu uso. A Cour de Cassation (Tribunal de Cassação) marcou o assunto de forma impactante no famoso caso Coquerel contra Clément-Bayard em 1915, no qual se concluiu que a instalação de um dispositivo em um terreno que não tinha utilidade para seu proprietário e cujo único propósito era prejudicar terceiros constitui um abuso do direito de propriedade. Uma abordagem subjetivista. Entre essas duas abordagens, a maioria da doutrina concorda que, embora não se possa falar de abuso do Direito objetivo, o abuso dos direitos subjetivos é sempre possível. Embora possa parecer paradoxal teorizar o abuso em relação ao objeto do Direito, fazê-lo em relação ao uso que cada sujeito faz de seus direitos pode permitir o refinamento de correções tornadas necessárias em busca da justiça.

Retrospecto histórico a respeito dessas concepções também pode ser encontrado na obra clássica de Fernando Augusto Cunha de Sá: SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973.

<sup>947</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. pp. 547-551.

direitos subjetivos, já que, em última análise, o que se constata é precisamente um ato ilícito que decorre da aparência de exercício de direito subjetivo<sup>948</sup>.

O cerne da teoria do abuso de direito, assim, não estaria propriamente na verificação do conteúdo intrínseco do direito subjetivo invocado por um sujeito ou na estrutura de qualificação da norma, mas no “valor normativo que a fundamenta e ao qual é confrontado permanentemente o comportamento a qualificar”<sup>949</sup>. É por esse motivo que o abuso de direito seria aplicável não somente ao exercício de direitos subjetivos, mas também a prerrogativas mais gerais a que se arrogam os sujeitos de direito, que também estão vinculadas a dados propósitos ou funções a elas atribuídas pelo ordenamento, como é o caso da liberdade contratual<sup>950</sup>.

Dessa maneira, ainda que se possa qualificar o abuso de direito como ato contrário ao espírito e à finalidade do instituto, é essencial que a constatação da abusividade esteja voltada à verificação das finalidades econômicas e sociais dos direitos e prerrogativas no caso concreto, cujo contexto permitirá verificar os padrões normais de conduta dos agentes e em que medida poderão ter sido ultrapassados<sup>951</sup>. A verificação do abuso, por conseguinte, não está adstrita à análise da qualificação formal do ato em questão, mas da substância do negócio e do contexto em que é celebrado<sup>952</sup>. Pode-se,

---

<sup>948</sup> Segundo o autor: “[O] acto abusivo em relação a certo e determinado direito subjectivo não é verdadeiramente acto de exercício desse mesmo direito, porque embora presente na conduta do sujeito aquela específica estrutura qualificativa de tal direito subjectivo lhe falta o respectivo fundamento axiológico-normativo. Logo, se não há exercício de um direito subjectivo no abuso de direito que a ele vai conotado, tão pouco cabe argumentar que não pode haver acto abusivo em relação às demais prerrogativas individuais porque estas não são direitos subjectivos” (SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. p. 551).

<sup>949</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. p. 551.

<sup>950</sup> “Sendo assim, tal como o abuso se pode verificar a propósito ou por ocasião do exercício de certo direito subjectivo através da confrontação do comportamento concreto do sujeito (conteúdo a qualificar) com aquilo que axiologicamente importa na morfologia daquela qualificação normativa, pelo mesmo modo e segundo o mesmo critério de actuação do valor significante e fundamentador das demais qualificações, em termos de prerrogativas jurídicas individuais que não sejam direitos subjectivos se pode identificar o acto abusivo a propósito ou por ocasião do suposto exercício de tais faculdades. É ainda a mesma intenção normativa que revela e permite identificar, em última análise, o problema jurídico do abuso com lugar próprio nos quadros da contraditoriedade a direito” (SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. p. 552).

<sup>951</sup> Em outra oportunidade, em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foram traçadas algumas considerações a respeito do tema: “No entanto, em que pese a clareza do postulado de Josserand segundo o qual o ato abusivo é o ato contrário [...] ao seu espírito e à sua finalidade, e mesmo do texto do artigo 187 do Código Civil, que faz expressa referência ao atendimento dos ditames da boa-fé e das finalidades econômicas e sociais dos direitos, dificilmente se pode afirmar que são claros os limites para o exercício dos direitos. Assim, a busca por esses critérios acaba por constituir um dos maiores exercícios para a constatação do abuso de direito e a posterior responsabilização do sujeito que deu causa ao abuso, tarefa que invariavelmente se realiza a partir da análise dos parâmetros de exercício normal dos direitos em cada contexto específico” (PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Controle empresarial externo: A intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador*. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 214).

<sup>952</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. pp. 587-588.

nesse ponto, acrescentar que a observação da substância do negócio jurídico é especialmente relevante para o efeito da agregação dos vetores da contratação empresarial à análise dos contratos atípicos, já que, uma vez se aceitando a premissa de que os negócios mercantis são regidos por uma dinâmica própria, pode-se voltar o olhar para elementos possivelmente menos pronunciados em situação diversa, como ocorre com os usos e costumes e com a idiossincrática percepção da cláusula geral da boa-fé objetiva que permeia essas avenças.

Vale salientar que a teoria do abuso de direito muitas vezes passa ao largo das discussões sobre a liberdade de contratar em virtude de se tratar de prerrogativa excessivamente genérica, despida da concretude dos direitos subjetivos<sup>953</sup> – pois, conforme esclarece Fernando Augusto da Cunha de Sá, ao explanar a mencionada crítica, “o direito subjectivo nunca poderia fundar-se no direito objectivo que, esse, é restrição à liberdade”<sup>954</sup>. No entanto, salienta o autor, a aparente oposição entre o exercício de direitos subjetivos e o exercício de liberdade seria ilusória, na medida em que o direito não é meramente “uma colecção mais ou menos sistemática de direitos subjectivos ou de prerrogativas”<sup>955</sup>, já que tanto compreende o exercício de situações jurídicas com características e escopos variados, como oferece diretrizes axiológico-normativas que, segundo o contexto em que se inserem, orientam a implementação dos atos jurídicos.

Diante desse cenário, da mesma maneira que se pode constatar uma ilicitude no exercício aparentemente regular de direito subjetivo, pode-se também eventualmente verificá-la no próprio exercício da liberdade de contratar, prerrogativa ampla que, dentre seus desdobramentos, encontra-se a liberdade de celebração de contratos atípicos. Naturalmente que a noção de *abuso da liberdade de contratar*, até mesmo em razão da própria amplitude do conceito, pode ter diversos sentidos, verificáveis em eventos distintos de abuso.

Nesse sentido, destaca-se a estipulação de *cláusulas abusivas*, verificáveis especialmente quando se constata desproporcionalidade nos direitos e obrigações atribuídos às partes, seja em virtude da violação a normas de ordem pública, seja em razão

---

<sup>953</sup> “A exclusão das liberdades do domínio de aplicabilidade do abuso do direito costuma ser fundamentada na oposição entre quantidade e qualidade: porque as liberdades seriam indefinidas, a questão que a respeito delas se coloca só poderia pertencer ao domínio da política legislativa; saber-se qual a quantidade do exercício permitido, em termos que dariam lugar à qualificação de ilícitude para a sua ultrapassagem, seria coisa bem diversa da valoração qualitativa que a figura do abuso implica” (SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. p. 597).

<sup>954</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. p. 596.

<sup>955</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973. p. 598.

do descumprimento de determinadas normas cogentes. Pode-se mencionar, dentre as hipóteses constantes do Código Civil, as chamadas cláusulas puramente potestativas (fulminadas de ilicitude pelo art. 122, ao aludir às disposições que sujeitem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes), a lesão<sup>956</sup> (prevista pelo art. 157 do Código Civil, segundo o qual “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”), dentre outras hipóteses.

Não se pode ignorar que as discussões dogmáticas a respeito das cláusulas contratuais abusivas encontram campo fértil sobretudo no Direito do Consumidor, cujas normas protetivas, associadas a uma presunção de vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor, oferecem um amplo rol de hipóteses de abusividade na estipulação de cláusulas contratuais<sup>957</sup>. Pode-se mencionar, a respeito do tema, o elenco não exaustivo de cláusulas abusivas previstas pelo art. 51 do CDC, que fulmina de nulidade de pleno direito as disposições contratuais que atentem contra as normas protetivas constantes daquele diploma. Vale notar, no entanto, que a constatação do abuso no Direito do Consumidor não se limita à mera verificação de vedações específicas, mas de uma análise contextual e funcional dos efeitos das cláusulas contratuais e de seus efeitos deletérios ao consumidor, por se entender que tais disposições são incompatíveis com os negócios em que se inserem<sup>958</sup>.

---

<sup>956</sup> A desproporção superveniente apta a invalidar um negócio jurídico em razão do vício da lesão foi amplamente trabalhada por Caio Mário da Silva Pereira em obra clássica: “Este conjunto de leis analisadas supra abrange diplomas que compõem nitidamente o instituto da lesão, outros que dele se aproximam, e outros que com ele não se relacionam. [...] Em todos observamos, como elementos comuns, o intervencionismo, a realização de equidade, e o sentido de proteção, com que cumprem uma finalidade humanizadora em consonância com as idéias predominantes em nosso tempo, e alguns, além desses caracteres gerais, apresentam ainda estoura face: a composição do instituto da lesão. [...] Ora, o instituto da lesão visa à comutatividade, à equivalência das prestações, ao restabelecimento de uma equiparação de proveitos de uma e outra parte nos ajustes bilaterais” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. pp. 189-190).

<sup>957</sup> A respeito do tema: KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: LGDJ, 2001.

<sup>958</sup> Nesse sentido: “A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (Machtposition). A abusividade é, assim, abstrata, potencial ou atual, porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas ou surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do cocontratante” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. [edição eletrônica] 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Assim, ao passo que o Direito do Consumidor tende a estabelecer limites rigorosos à liberdade de contratar em razão dos princípios que o informam, também o Direito Empresarial o fará segundo as suas próprias diretrizes. Evidentemente que isso não significa inserir os contratos empresariais em ambiente de liberdade absoluta, como se fossem antípodas dos contratos consumeristas, na medida em que também os negócios mercantis devem observar os limites legais que se lhes aplicam, assim como as condutas assentadas pelos mercados em torno dos usos e costumes e outros deveres eventualmente incidentes sobre os agentes econômicos em questão. O que ocorre, nesse caso, é uma reconfiguração daquilo que se considera abusivo, uma vez que não faria sentido interpretar contratos empresariais à luz da proteção ao consumidor, quando o que se espera – e o que esperam os agentes econômicos – é que sejam tais negócios compreendidos sob o signo da dinâmica dos mercados<sup>959</sup>.

O abuso da liberdade de contratar, no entanto, não se manifesta exclusivamente no campo das cláusulas abusivas, às quais a legislação normalmente atribui consequências que delas decorrem – como, por exemplo, a nulidade de pleno direito cominada pelo CDC, as causas de nulidade constantes dos incisos do art. 166 do Código Civil (dentre as quais encontra-se a fraude à lei imperativa), ou mesmo as anulabilidades previstas pelo art. 171 do Código Civil para erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Dessa maneira, o abuso de direito pode se manifestar de maneiras distintas, a atrair consequências associadas especificamente às suas hipóteses de incidência. Diante disso, Philippe Stoffel-Munk procura oferecer uma tipologia do abuso de direito na contratação, ao entender que o abuso no Direito dos Contratos pode ocorrer na forma de (i) *abuso decorrente de culpa do contratante* – que se insere no campo da responsabilidade extracontratual –; (ii) *abuso por deslealdade* – verificável quando o exercício de um direito se afigura abusivo diante das expectativas incidentes sobre o caso concreto –; e (iii) *abuso como limite à força obrigatória de uma cláusula*, que se divide em (a) *abuso da liberdade contratual* – que abarcaria as cláusulas abusivas – e (b) *abuso de uma prerrogativa contratual* – que tem lugar quando uma determinada cláusula é executada com desvio de finalidade<sup>960</sup>.

---

<sup>959</sup> Cabe salientar que, em razão das diretrizes que regem os contratos empresariais, alguns autores defendem o afastamento até mesmo de institutos gerais, que seriam aplicáveis aos contratos de maneira abrangente, como a lesão e a onerosidade excessiva. Nesse sentido, ver: WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>960</sup> STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2000. p. 548.

Tipologias como a acima descrita têm por objetivo esclarecer os vários desdobramentos da noção segundo a qual o exercício abusivo de prerrogativas contratuais não se dá tão somente em razão do descumprimento de normas expressas e autoevidentes, mas também pela violação às diretrizes gerais que governam a liberdade de contratar nos mercados. Conseqüentemente, a constatação de cada uma dessas condutas desencadeará conseqüências diversas, como se depreende da análise de julgados do TJSP: pode-se notar, nesse sentido, a distinção de tratamento entre a violação aos deveres de lealdade esperados diante de um contrato de representação comercial (a gerar o dever de indenizar o representante, em nome da função social dos contratos e da boa-fé objetiva)<sup>961</sup>; e a substituição de taxa de juros considerada abusiva pela taxa média do mercado (o que não seria propriamente uma penalidade, mas tão somente uma readequação da operação econômica)<sup>962</sup>.

O que importa destacar nesse contexto é que o abuso da liberdade de contratar pode estar associado ao próprio exercício da prerrogativa de elaboração de contratos atípicos, tendo em vista a possibilidade de os agentes econômicos deixarem de observar os padrões de conduta deles esperados em razão seja de cláusulas gerais como a boa-fé objetiva, seja, sobretudo, da incidência dos usos e costumes empresariais que orientam o comportamento dos agentes de um dado mercado. Daí salientar Rodolfo Sacco que a constatação de abusos no exercício da liberdade de contratar – que, a rigor, somente poderia ser limitada por disposições legais – exige o acompanhamento por *atos desqualificadores* do comportamento que se espera em associação ao exercício dessa prerrogativa, como a existência de oportunismo excessivo ou de graves assimetrias de

---

<sup>961</sup> “ILEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’ – Ação de indenização – Contrato de representação comercial – Sócio da empresa que, conhecendo a cláusula de exclusividade assinada pela representante, também firma com esta contrato de representação comercial, em concorrência direta com a representada – Abuso no exercício da liberdade contratual – Dever dos contratantes de atender não só aos interesses individuais, mas também aos extracontratuais que sejam socialmente relevantes – Desrespeito a função social do contrato – Legitimidade para responder, em conjunto, com os prejuízos causados à autora – Preliminar afastada PROVA PERICIAL – Cabimento – Prova que se destina ao livre convencimento do juiz, a quem compete avaliar a conveniência de sua realização – Determinação de realização da prova que não enseja prejulgamento da causa – Resultado da perícia que poderá alterar completamente os fatos narrados pela autora – Recurso não provido” (TJSP, AI 0078742-64.2008.8.26.0000, Rel. Des. Renato Rangel Desinano; 11ª Câmara de Direito Privado, julg. 04.12.2008).

<sup>962</sup> “A sentença não é questionada na parte em reconhece a abusividade da taxa de juros remuneratórios pactuada e determina sua substituição pela taxa média do mercado. Contudo, a pactuação de juros superiores ao da média de mercado não fere direito fundamental da pessoa humana. Em primeiro lugar, a abusividade da taxa foi afastada pela decisão judicial. Em segundo lugar, no momento da celebração do contrato, nem mesmo a instituição financeira tem como aferir qual a taxa média, apurando o valor praticado pela concorrência. Não existe ato ilícito, apenas abuso da liberdade de contratar, que foi corrigido em juízo diante da legislação protetiva do consumidor” (TJSP, Apelação Cível 1003864-73.2018.8.26.0624, Rel. Des. Lucila Toledo, 15ª Câmara de Direito Privado, julg. 15.05.2019).

informação<sup>963</sup>. Segundo o autor, “quem especula sobre o erro ou a desinformação alheia, abusa”<sup>964</sup>.

Considerando a centralidade da ideia de tipicidade nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, não se pode esquecer que a cultura jurídica brasileira faz uso do método tipológico para produzir negócios jurídicos muito mais lacônicos do que aqueles que se verificariam em outros sistemas, na medida em que podem as partes contratantes se socorrer da legislação supletiva em sua omissão. A estipulação de contratos atípicos, porém, tem por intuito precisamente derrogar a legislação supletiva a partir da estruturação de um regime contratual cuja função econômica não corresponda aos modelos oferecidos pelo ordenamento. Assim, para além da característica incompletude que marca os negócios jurídicos contratuais, a indefinição quanto ao regime jurídico dos contratos atípicos – em verdadeira manifestação do que se denominou por *empreendedorismo evasivo* – pode apontar para um cenário de abusividade, notadamente quando se constata um desacoplamento entre a veste jurídica do contrato e a operação econômica subjacente.

De fato, apesar de agentes econômicos dificilmente redigirem contratos *completos*, não se pode ignorar os problemas oriundos de negócios jurídicos *excessivamente incompletos*, de tal maneira a dificultar até mesmo as obrigações a serem observadas pelas partes e, no fim e ao cabo, o regime jurídico-contratual, grande ponto de indefinição para os contratos atípicos<sup>965</sup>. Nesse sentido, em artigo paradigmático sobre a *vagueza estratégica* de determinados arranjos contratuais, Albert Choi e George Triantis asseveram que a opção por instrumentos contratuais mais lacônicos se deve, em larga medida, ao intuito dos agentes econômicos de reduzir custos de transação, relegando a discussões judiciais ou arbitrais posteriores a tarefa de decidir sobre o sentido das cláusulas vagas deixadas pelas partes<sup>966</sup>.

A vagueza, nesse sentido, pode servir para a estruturação de contratos *contingencialmente incompletos*, pensados precisamente para oferecer às partes (ou a uma das partes) incentivos para renegociar ou mesmo violar o conteúdo do contrato

---

<sup>963</sup> SACCO, Rodolfo. L'abuso della libertà contrattuale. *Diritto privato*. v. 3, pp. 217-234, 1998. p. 322.

<sup>964</sup> SACCO, Rodolfo. L'abuso della libertà contrattuale. *Diritto privato*. v. 3, pp. 217-234, 1998. p. 227.

<sup>965</sup> BERNHEIM, B. Douglas; WHINSTON, Michael D. Incomplete contracts and strategic ambiguity. *The American Economic Review*. v. 88, n. 4, pp. 902-932, set. 1998. p. 902.

<sup>966</sup> CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: The case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*. v. 119, pp. 848-924, 2010. p. 924.

original e, com isso, obter ganhos adicionais da contratação<sup>967</sup>. Segundo Ian Ayres e Robert Gertner, contratos com essas características tendem a atribuir ao Judiciário o papel de preencher essas lacunas, seja ao atribuir responsabilidades antes não previstas pelas partes, seja com a correção das dificuldades que levam à indefinição quanto ao regime contratual<sup>968</sup>.

Apesar de tais disposições muitas vezes serem apontadas como medidas estratégicas, isto é, voltadas a reduzir custos de transação no intuito de facilitar a conclusão do contrato, relegando as contingências a um momento futuro, não se pode ignorar a capacidade desse tipo de expediente de produzir disparidades de poder e até mesmo situações abusivas que atentem contra a autonomia privada e a busca pela previsibilidade que marcam os contratos empresariais. No entanto, conforme assevera Jason Scott Johnston, em análise dos impactos dessas medidas estratégicas, a situação pode se alterar substancialmente quando uma das partes tem maior poder de mercado e maior acesso a informações no momento da estipulação de negócios contingencialmente incompletos, na medida em que pode alterar a percepção da parte oposta sobre os riscos associados à contratação<sup>969</sup>.

É verdade que, a partir de uma leitura estrita do profissionalismo que caracteriza os contratos empresariais, assim como da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* como vetores essenciais desses negócios, a existência de contratos aprioristicamente desequilibrados e marcados por assimetrias de informação (inclusive quanto aos riscos associados ao contrato) pode preencher os mencionados requisitos para a configuração de abuso da liberdade de contratar. Isso porque, na medida em que um contrato empresarial é capaz de distorcer as expectativas dos atores de um determinado segmento de mercado – expectativas estas que são estruturadas não somente a partir da lei positiva, mas também dos usos e costumes comerciais –, as pretensões privadas envolvidas no caso concreto podem ser objeto de controle do direito estatal com vistas a assegurar a própria higidez dos mercados e dos vetores da contratação empresarial<sup>970</sup>.

---

<sup>967</sup> AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Strategic contractual inefficiency and the optimal choice of legal rules. *The Yale Law Journal*. v. 101, pp. 729-773, 1992. p. 730.

<sup>968</sup> AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Strategic contractual inefficiency and the optimal choice of legal rules. *The Yale Law Journal*. v. 101, pp. 729-773, 1992. pp. 730-732.

<sup>969</sup> JOHNSTON, Jason Scott. Strategic bargaining and the economic theory of contract default rules. *The Yale Law Journal*. v. 100, pp. 615-664, 1990. pp. 636-646.

<sup>970</sup> Nesse sentido: “The institutional normativity of context as elucidated through objective interpretation can even influence the standard for testing the fairness of the terms. According to section 307(2) no 2 BGB, a standard clause unreasonably disadvantages a party if it limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardised. Courts are therefore prompted to investigate what parties typically aim at with a contract of that kind. This typical



Naturalmente, os contratos empresariais exigem uma leitura particular da autonomia privada, não cabendo simplesmente subverter os interesses das partes em prol da clareza do regime jurídico incidente sobre os negócios atípicos. Assim, a contratação estrategicamente vaga é especialmente arriscada em um cenário no qual os parâmetros dogmáticos dos contratos empresariais atípicos não oferecem orientações claras a respeito da postura a ser adotada pelo julgador ao deparar-se com a atipicidade. O delineamento dos limites à liberdade de contratar – que, no fim e ao cabo, servirão para constatar eventuais abusos – exige especial atenção às expectativas e *standards* de comportamento que decorrem das práticas de mercado<sup>971</sup>.

A Teoria Geral dos Contratos Empresariais está intrinsecamente vinculada à proteção da ordem pública – fundamento por excelência da autonomia privada –, de tal maneira que não pode se dar ao luxo de pretender estruturar um sistema de princípios que

---

purpose can be ascertained with respect to the effective expectations of actors in a particular market segment, which in turn are shaped by business custom and contractual practice itself. As a consequence, the public standard of control becomes responsive to the very practice that is to be controlled, ie the private normative claims whose legitimacy is in question. This phenomenon is not as unusual as it may seem since there are other instances where state law engages with social norms, most obviously in the general clauses of contract law about immorality (section 138 BGB), good faith (section 242 BGB) and the interpretation maxim to consider customary practice (section 157 BGB). Regarding the control of standard contract terms, such an approach seems reasonable especially where contractual practice supports novel forms of social cooperation whose normative requirements are not reflected in the statutory default rules on typical contracts. If courts hastily judge innominate contracts against the justice standards incorporated in the codified contractual model, they will miss both the specific chances and risks of the concrete cooperation, distorting the epistemic and normative discovery procedures in the relevant market segments” (WIELSCH, Dan. Contract interpretation regimes. *The Modern Law Review*. v. 81, n. 6, pp. 958-988, 2018. p. 973). Tradução livre: A normatividade institucional do contexto, conforme elucidada por meio da interpretação objetiva, pode até mesmo influenciar o padrão de teste da equidade das cláusulas contratuais. De acordo com a seção 307(2) n° 2 do BGB, uma cláusula padrão desvantagem injustamente uma das partes se limitar direitos ou deveres essenciais inerentes à natureza do contrato a tal ponto que a realização do objetivo do contrato seja prejudicada. Portanto, os tribunais são instados a investigar o que as partes normalmente almejam com um contrato desse tipo. Esse propósito típico pode ser determinado com base nas expectativas efetivas dos atores em um segmento de mercado específico, que, por sua vez, são moldadas pelo costume empresarial e pela prática contratual em si. Como resultado, o padrão público de controle torna-se responsivo à própria prática que deve ser controlada, ou seja, às reivindicações normativas privadas cuja legitimidade está em questão. Esse fenômeno não é tão incomum quanto pode parecer, pois existem outras instâncias em que o direito estadual lida com normas sociais, mais evidentemente nas cláusulas gerais do direito contratual relacionadas à imoralidade (seção 138 do BGB), boa-fé (seção 242 do BGB) e a máxima de interpretação que considera a prática costumeira (seção 157 do BGB). No que diz respeito ao controle de cláusulas contratuais padrão, essa abordagem parece razoável, especialmente quando a prática contratual apoia novas formas de cooperação social cujos requisitos normativos não estão refletidos nas regras estatutárias padrão para contratos típicos. Se os tribunais julgarem apressadamente os contratos inominados à luz dos padrões de justiça incorporados no modelo contratual codificado, eles perderão tanto as oportunidades específicas quanto os riscos da cooperação concreta, distorcendo os procedimentos de descoberta epistêmica e normativa nos segmentos de mercado relevantes.

<sup>971</sup> “É evidente que, sobretudo em se tratando de relações entre empresas, é de rigor que se confira especial importância à autonomia privada inclusive para conferir à cláusula geral da boa-fé objetiva e aos deveres dela decorrentes interpretação mais restritiva, entendendo-os como as normas de conduta entendidas como adequadas pelo mercado” (PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Controle empresarial externo: A intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador*. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 214).

desenvolva um conceito absoluto e baseado em uma leitura literal dos limites à liberdade de contratar. Dessa forma, o abuso da liberdade de contratar merece atenção como etapa inafastável do processo de conformação e validação dos contratos atípicos pela jurisprudência<sup>972</sup>. O que não se pode admitir, diante desse cenário, é que a jurisprudência se afaste do ideal de apreciação da função econômica concreta do contrato empresarial atípico, assim como da percepção de sua operação econômica, para simplesmente adotar um regime que seja mais conveniente para a resolução do caso concreto, assim ignorando os vetores distintivos dos negócios empresariais.

Evidentemente que, ao assumir tal tarefa, o julgador possivelmente enfrentará desafios associados às lacunas deixadas pelas partes, ainda que venha a considerar a legislação supletiva incidente sobre o negócio. Nesse caso, como se pretende demonstrar mais adiante, passo fundamental no percurso analítico a ser trilhado diz respeito à identificação da modalidade de atipicidade do contrato em questão: em se tratando de contrato socialmente típico, evidentemente que não se haverá de atrair a incidência de qualquer tipo legal, porém é essencial levar em consideração os usos e costumes sedimentados em torno da constituição do tipo social em questão; por outro lado, tratando-se de contrato empresarial atípico puro, seu regime jurídico não será oferecido nem pela lei, nem pelos usos e costumes, de forma que, nessa situação, caberia ao julgador proceder a uma análise ainda mais acurada da operação econômica subjacente ao negócio e, a partir disso, proceder à aplicação das metodologias abordadas no Capítulo V (que serão também detalhadas e contextualizadas mais adiante).

A postura a ser adotada na análise dos limites à liberdade de contratar em contratos atípicos, portanto, exige a necessária verificação da modalidade de atipicidade

---

<sup>972</sup> Nesse sentido: “L’uso vessatorio dei poteri di autonomia privata è prospettabile nell’ipotesi in cui le condizioni generali di contratto siano utilizzate allo scopo d’imprimere al rapporto seriale una qualificazione tipologica adatta a mitigare la responsabilità da inadempimento della parte economicamente forte. Vale a dire, il « professionista » per sfuggire alla responsabilità ex recepto tende ad inserire nelle condizioni generali la clausola che riconduce il rapporto nell’area della locazione. Eppure l’interesse – alimentante, si è visto, il fondamento negoziale o la causa concreta del rapporto che induce l’utente a fruire del servizio di parcheggio è rappresentato dall’affidamento dell’automezzo ad un imprenditore il quale organizza la propria azienda in maniera da assicurare la sorveglianza della res depositata nel parcheggio” (CALVO, Roberto. *L’equità nel diritto privato: Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*. Milão: Giuffrè, 2010. p. 93). Tradução livre: O uso abusivo dos poderes de autonomia privada é possível no caso em que as condições gerais do contrato são usadas com o objetivo de qualificar tipicamente o relacionamento serial, a fim de mitigar a responsabilidade pelo inadimplemento da parte economicamente mais forte. Ou seja, o “profissional”, para escapar à responsabilidade ex recepto, tende a inserir nas condições gerais a cláusula que coloca o relacionamento na área do aluguel. No entanto, o interesse – que alimenta, como visto, o fundamento negocial ou a causa concreta do relacionamento que leva o usuário a usar o serviço de estacionamento – é representado pela confiança do veículo a um empresário que organiza sua empresa de forma a garantir a supervisão do bem depositado no estacionamento.

(ou seja, se se trata de contrato socialmente atípico ou de contrato atípico puro), para que então se proceda à análise de sua causa e do modo de incidência dos usos e costumes comerciais – seja como fonte de tipicidade social, seja como mecanismo interpretativo –, sempre tendo em vista o imperativo de proteção à autonomia privada. Assim, a constatação do abuso de liberdade de contratar partirá da análise abarcante das instituições que incidem sobre o contrato em questão, para que sejam identificadas as suas finalidades e os *standards* de comportamento esperados das partes na celebração desse tipo de negócio em razão do contexto de mercado.

Tal procedimento analítico, porém, não se confunde com a investigação acerca da violação à ordem pública ou à violação da legislação imperativa, circunstâncias que contam com consequências expressamente previstas em lei e que, por conseguinte, precedem a própria análise da atipicidade, já que se aplicam aos contratos empresariais atípicos as disposições que incidem nos contratos em geral. A constatação do abuso da liberdade de contratar nos negócios atípicos, dessa forma, não necessariamente conduzirá a uma nulidade ou anulabilidade, mas à readequação do programa contratual às diretrizes estabelecidas pelos princípios gerais da contratação empresarial e pelos usos e costumes comerciais.

Isso porque, na hipótese de a atipicidade estar servindo tão somente para ocultar um negócio típico, para dar concretude à intenção velada das partes de evadirem-se da legislação cogente ou da ordem pública, a consequência jurídica decorre do próprio juízo de qualificação contratual, que atribui ao negócio as consequências jurídicas da operação econômica por ele implementada. Como se verá mais adiante, a construção dogmática dos contratos empresariais atípicos exige um compromisso muito mais com a realidade da dinâmica dos mercados – e, por conseguinte, das operações econômicas subjacentes aos negócios jurídicos – do que com as formas que pretendem atribuir-lhes as partes, notadamente quando pretendem, sob o signo da atipicidade, furtar-se da incidência da legislação imperativa associadas a modelos já conhecidos.

No caso específico dos contratos socialmente típicos, a aferição dos limites da liberdade de contratar ainda deve se voltar à análise dos usos e costumes que estruturam os tipos sociais. Nesse ponto, não se pode olvidar que, na medida em que os usos e costumes naturalmente não se encontram inscritos na legislação, não se pode atribuir à sua “violação” (isto é, à estipulação de cláusula contrária aos usos e costumes) as mesmas consequências jurídicas que incidem por ocasião da violação a normas imperativas ou da fraude à lei. Por conseguinte, é necessário também discorrer, à luz dos

vetores da contratação empresarial, a respeito do papel dos usos e costumes e da causa ou função econômica do contrato para a estruturação dogmática da atipicidade contratual.

### **VI.3. Os usos e costumes como pontos de referência para os contratos empresariais atípicos: incidências sobre os contratos socialmente típicos e os novos negócios**

O Capítulo IV do presente trabalho procurou demonstrar o papel dos usos e costumes para a adequada compreensão dos contratos empresariais, traçando suas origens na própria gênese do Direito Empresarial, com a formação de um conjunto de normas extralegais denominadas por *lex mercatoria* – hoje revisitada especialmente diante da integração da economia global. Buscou-se abordar, especialmente, a função contemporânea dos usos e costumes como instituição conformadora dos contratos empresariais e como fonte de direito relevante não somente para a qualificação, interpretação e integração dessas avenças, mas também como mecanismo de criação de novos tipos contratuais, gestados no âmago dos mercados em função de sua repetição e validados pelo Judiciário.

Como se adiantou no tópico anterior, a construção dos contornos dogmáticos dos contratos empresariais atípicos exige um olhar atento ao papel dos usos e costumes, até para que se verifique em que medida podem eles ser instituições capazes de *limitar* a autonomia privada ou se, de outro lado, trata-se justamente de mecanismos que potencializam a liberdade de contratar (notadamente pela sua aptidão para a criação de tipos sociais). Nesse sentido, o que cabe investigar é precisamente que tipo de normatividade advém, no contexto dos contratos empresariais, dos usos e costumes, seja como chaves de leitura dos novos negócios, seja como vetores de sedimentação de tipos sociais.

Hugh Collins, em análise do conceito contemporâneo de *lex mercatoria*, assinala que, em que pese o fato de que as práticas e experiências comerciais se consolidam em modelos contratuais generalizados, não há força imperativa nos tipos sociais e tampouco os atores dos mercados em que tais modelos circulam são obrigados a reproduzi-los. A sua reiteração, assim, não se dá pela compulsão de uma força externa, mas pela circunstância de que tais modelos *funcionam*, isto é, se apresentam como instrumentos relevantes de circulação de riquezas que em razão de sua eficiência, acabam

por tornar-se um imperativo prático na dinâmica dos mercados<sup>973</sup>. Isso porque, de tão difundidos que podem ser determinados modelos contratuais, a dissonância de um ou de poucos agentes com a utilização de modelagens alternativas pode vir a gerar prejuízos ou a perda de oportunidades de negócios<sup>974</sup>.

A difusão dos usos e costumes e a consolidação dos tipos sociais, nesse sentido, retoma de maneira especial a distinção entre normas imperativas e supletivas: ao passo que as primeiras, de observância legalmente obrigatória, não podem ser afastadas pelas partes contratantes, as segundas podem ser derogadas por disposição contratual, em verdadeiro *opt-out* das normas-padrão incidentes sobre os agentes econômicos<sup>975</sup>. Os usos e costumes fazem com que este *opt-out* passe de individual a coletivo, assim mitigando a rigidez das normas supletivas e criando entre os agentes econômicos uma *crença* de normatividade nos modelos socialmente típicos, com a consequente formação da expectativa de que os membros de um dado mercado seguirão aquelas diretrizes compartilhadas<sup>976</sup>.

A normatividade construída pelos usos e costumes, porém, a princípio não tem o condão de conduzir à invalidade de cláusulas contratuais ou mesmo dos negócios jurídicos em questão, já que não se impõem como normas de observância legalmente obrigatória, e sim como termos implícitos à contratação em dados contextos<sup>977</sup>. Assim, evidentemente que não há qualquer impedimento para que as partes decidam por não aplicar o costume comercial do mercado em que operam, ou, ainda, que modifiquem normas costumeiras e até mesmo regimes socialmente típicos existentes. Isso porque a sanção que eventualmente pode vir a ser aplicada na hipótese da celebração de um contrato em desacordo com os usos e costumes não é a de nulidade, e sim uma sanção social ou mesmo econômica, notadamente pelo aumento de custos de transação para a contratação em dado mercado, com a perda de eventuais parceiros de negócios que aderem aos padrões do mercado, dentre outras consequências indesejáveis (que, porém,

---

<sup>973</sup> COLLINS, Hugh. Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens. In: GRUNDMANN, Stefan; MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. Contract governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 389.

<sup>974</sup> COLLINS, Hugh. Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens. In: GRUNDMANN, Stefan; MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. Contract governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 389.

<sup>975</sup> CAFAGGI, Fabrizio. Costumbre y derecho en los contratos mercantiles transnacionales: una perspectiva coevolutiva. *Revista de Derecho Privado*. n. 45, pp. 209-240, 2023. pp. 211-218.

<sup>976</sup> CAFAGGI, Fabrizio. Costumbre y derecho en los contratos mercantiles transnacionales: una perspectiva coevolutiva. *Revista de Derecho Privado*. n. 45, pp. 209-240, 2023. pp. 211-218.

<sup>977</sup> CAFAGGI, Fabrizio. Costumbre y derecho en los contratos mercantiles transnacionales: una perspectiva coevolutiva. *Revista de Derecho Privado*. n. 45, pp. 209-240, 2023. pp. 211-218.

podem ser sobrelevadas pelas vantagens que verificarem os agentes que optarem-se por desviar sua conduta desses padrões).

Contudo, tal cenário tem adquirido contornos distintos no contexto dos contratos internacionais, sobretudo nas situações nas quais não há propriamente um direito nacional aplicável ao contrato por escolha das partes<sup>978</sup>. Basta ver que, no art. 1.9 dos Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais, tanto se assinala que as partes vinculam-se àqueles usos e costumes aos quais concordaram em se submeter (“The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves”), quanto que as partes se sujeitam aos costumes que sejam amplamente conhecidos e cuja aplicação ao caso concreto se faça razoável (“The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable”)<sup>979</sup>.

Disposições semelhantes podem ser encontradas no Artigo 9 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº. 8.327/2014. De acordo com o primeiro item do aludido dispositivo, “As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si”. Adicionalmente, nos termos do segundo item do Artigo 9, “Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento”.

Não é sem motivo que autores como Francesco Galgano falam em uma *nova lex mercatoria*, estruturada em função da dinamização do comércio transnacional e de sua orientação seja por convenções internacionais, por normas elaboradas por entidades privadas e adotadas de maneira ampla pelos agentes econômicos, e, ainda, pelos usos e costumes comerciais, que adquirem efetiva força normativa<sup>980</sup>. Generalizar este papel dos usos e costumes nos negócios transnacionais para que ocorra também nos direitos

---

<sup>978</sup> Nesse sentido, ver: BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 12, pp. 198-211, 1996.

<sup>979</sup> UNIDROIT. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Roma: UNIDROIT, 2016. p. 24

<sup>980</sup> GALGANO, Francesco. The new lex mercatoria. *Annual survey of International & Comparative Law*. v. 2, n. 1, pp. 99-110, 1995.

domésticos – e notadamente no direito brasileiro –, porém, pode constituir equívoco relevante, já que cada direito doméstico possui posturas normativas distintas quanto à força dos usos e costumes.

Um dos objetivos do presente trabalho é justamente ressaltar o papel dos usos e costumes para os contratos empresariais e sua capacidade de construir normas jurídicas e mesmo tipos sociais, porém não se pode supor que os usos e costumes se sobreporão à lei ou, ainda, que adquirirão força análoga à da lei imperativa. Por esse motivo, já se antecipou postura crítica à conclusão do STJ no âmbito do julgamento do Recurso Especial nº. 1.711.412, que apreciou contrato de *factoring* no qual se haviam adotado as normas da cessão de crédito<sup>981</sup>. Na ocasião, cabe lembrar, a Terceira Turma daquele tribunal entendeu que as normas relativas à cessão de crédito seriam incompatíveis com o contrato de *factoring*, que compreende lógica econômica própria e uma particular forma de distribuição dos riscos. Com isso, criou-se indevida limitação à autonomia privada das partes, impedindo a expressão da liberdade de contratar em um caso singular em prol da aplicação de um tipo social – que, por sua própria natureza, não tem caráter cogente, como se demonstrou no Capítulo IV<sup>982</sup>.

A crítica ao aludido acórdão é relevante para efeitos da compreensão dos usos e costumes à luz dos vetores da contratação empresarial, que merecem alguma coerência interna para a adequada e consistente estruturação dogmática de sua Teoria Geral. Isso porque, por mais relevante que seja o papel dos usos e costumes – seja para os novos negócios, seja para os contratos socialmente típicos –, é imprescindível que o vetor da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* sejam observados, como decorrência direta da necessidade de garantia da previsibilidade das trocas econômicas conforme os interesses pretendidos pelos contratantes.

O acórdão em questão serve para demonstrar como, mesmo em uma leitura comprometida com a observância dos pressupostos dos contratos empresariais, os usos e costumes podem ser levados em consideração para mitigar os mencionados vetores da contratação. Trata-se, por certo, de abordagem merecedora de atenção por possivelmente associar-se ao conjunto de críticas ao uso e abuso de princípios e cláusulas gerais na

---

<sup>981</sup> STJ, REsp 1.711.412, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 04.05.2021.

<sup>982</sup> Tal julgado foi também objeto de crítica específica por parte de Paulo Márcio da Cruz e Pedro Henrique Piazza Noldin: CRUZ, Paulo Márcio; NOLDIN, Pedro Henrique Piazza. A relativização da autonomia da vontade no âmbito de contrato de *factoring*: uma análise acerca do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.711.412/MG. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 53, n. 178-179, ago. 2019/jul. 2020, 2020.

prática jurisprudencial brasileira, na medida em que tais cláusulas abertas podem vir a ser utilizadas para deturpar as manifestações da autonomia privada, notadamente nos contratos empresariais<sup>983</sup>. Nesse sentido, a chamada Lei de Liberdade de Econômica (Lei nº. 13.874/2019) veio a acrescentar o parágrafo único ao art. 421 do Código Civil para estabelecer que “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”<sup>984</sup>

Evidentemente que empregar adequadamente os usos e costumes na qualificação, interpretação e integração dos negócios empresariais constitui tarefa árdua, especialmente diante dos mecanismos de infiltração dessas práticas na jurisprudência. A jurisprudência, cabe repisar, desempenha papel fundamental na transformação dos usos e costumes em normas jurídicas aplicáveis aos contratos empresariais ao conformá-los ao direito estatal. Contudo, há que se ter presentes os mecanismos de encaminhamento dos

---

<sup>983</sup> Uma crítica mais geral, associada especificamente à utilização de princípios em detrimento de regras, é tecida por Marcelo Neves: “Em uma ordem jurídica diferenciada da política, da economia e de outras esferas sociais, o direito e a Constituição (em sentido jurídico) mantêm certa ‘distância da realidade’. Isso se relaciona com a autonomia do direito perante outras variáveis sociais. Quando o direito e a Constituição ficam imediatamente subordinados aos particularismos de fatores sociais diversos, as regras e princípios jurídicos perdem o seu significado prático para a garantia dos direitos e o controle do poder: ou há autocracia (autoritarismo e totalitarismo), ou, apesar de haver Constituições cujo modelo textual corresponde ao Estado constitucional, impõem-se bloqueios difusos (econômicos, políticos, relacionais, familiares etc.) contra a sua satisfatória concretização e realização. [...] Se há inconsistência jurídica na prática, a reflexão jurídica (da dogmática jurídica e da teoria do direito) fica fragilizada. Mas ela tem duas alternativas: atuar de forma reativa, reproduzindo e contribuindo para a manutenção de uma prática jurídica inconsistente, aberta às pressões concretas de particularismos sociais diversos; ou oferecer aparato conceitual sólido para induzir transformações da prática jurídica. A prática inconsistente rejeita as regras. Estas podem chegar a um ponto de definitividade que torna manifesto o desvio. Os princípios, ao contrário, como estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito [...]” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. pp. 189-191).

<sup>984</sup> A respeito do dispositivo em questão, é pertinente o comentário de Paula Forgioni: “Um dos principais problemas enfrentados na interpretação dos contratos empresariais liga-se à disseminação dos princípios consumeristas entre os julgadores, muitas vezes desprezando o conteúdo acertado pelas partes empresárias que, dentro de sua racionalidade própria, alocam deveres, obrigações e riscos entre si. Direito Comercial e Direito do Consumidor são regidos por princípios peculiares em muito diversos, submetendo-se a lógicas apartadas. É preciso distinguir as duas espécies de negócios para impedir a indevida aplicação de princípios de um ramo do Direito a outro, comprometendo o bom fluxo de relações econômicas. Torna-se premente resgatar a dignidade dos contratos comerciais para impedir sua absorção pelo consumerismo e o aviltamento da racionalidade própria ao Direito Empresarial. [...] No campo consumerista, a intervenção do julgador no negócio tende a ser mais acentuada. No Direito Empresarial, muitas vezes essa ingerência mostra-se desastrosa, embora cercada de boas intenções. É nesse contexto de combate ao excessivo intervencionismo e de reforço ao *pacta sunt servanda* que se situa o novo dispositivo legal, posto no parágrafo único do art. 421. Bem estabelecido que o contrato deve cumprir sua função social [caput], afirma-se que o julgador nele deve intervir no menor grau possível, respeitando a vontade comum das partes [...]” (FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 294).



usos e costumes aos tribunais, tendo em vista que, por mais recorrentes que possam ser os contratos empresariais no cotidiano das cortes, especialmente com o advento de varas e câmaras especializadas em determinadas circunscrições judiciais, não se pode simplesmente supor que tal incorporação se dá em razão do amplo conhecimento de que dispõem os julgadores sobre o tráfico mercantil.

Isso porque, como se procurou abordar no Capítulo IV, os usos e costumes, e especialmente os tipos sociais, chegam ao conhecimento dos julgadores não pela sua sedimentação na prática mercantil, mas pela sua consolidação pela própria jurisprudência e pela consulta à literatura especializada. Os tribunais, assim, não têm acesso direto à prática mercantil, mas o têm pela mediação dessas várias fontes, de tal maneira que a análise dos usos e costumes deve se dar não por uma visão abstrata da dinâmica dos mercados, mas pela verificação empírica das características dos negócios em concreto, por posições jurisprudenciais pretéritas, e especialmente pela doutrina jurídica<sup>985</sup>.

Evidentemente que os tribunais entram em contato com a prática mercantil por intermédio dos arrazoados das partes envolvidas no conflito de interesses conduzido ao Judiciário, e é esta a fonte por excelência de contato dos julgadores com as características estruturais e funcionais dos negócios que se lhes apresentam. No entanto, trata-se de elemento a ser considerado com cautela justamente em razão dos interesses em disputa, motivo pelo qual a utilização de outras fontes de compreensão a respeito das modalidades contratuais em jogo – notadamente, como se viu, as fontes doutrinárias – se faz essencial no procedimento de conformação dos contratos atípicos ao direito estatal. Não se pode esquecer, nesse ponto, que é a jurisprudência o elemento máximo de *codificação jurídica do capital*, conforme propõe Katharina Pistor, de maneira que também no processo de avaliação dos contratos empresariais atípicos à luz dos usos e costumes é fundamental que sejam levados em considerações aspectos estruturais dos mercados envolvidos<sup>986</sup>.

---

<sup>985</sup> Nesse sentido: “Como é habitual na vida dos contratos, a experiência estrangeira tem um alto grau de circulação, motivo pelo qual não prejudica – antes esclarece – o seu exame com o auxílio da doutrina produzida em outros países, mormente se integrantes do civil law” (MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de construção. “Contratos-aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 1, pp. 315-351, out./dez. 2014. p. 319).

<sup>986</sup> Nesse sentido: “The key to understanding the basis of power and the resulting distribution of wealth lies instead in the process of bestowing legal protection on select assets and to do so as a matter of private, not public, choice. There will, of course, be times when the state strikes a bargain with the wealthy, or state agents succumb to side payments that are meant to grease those wheels of the bureaucracy that directly benefit them. There are also times when we can observe powerful private interests obtaining direct control over the state, but these sporadic events are better described as epiphenomena. Of course, the choice of assets is not random; the point is that powerful interests need not bargain with the state; all they need are

Dessa maneira, levar em consideração os usos e costumes para a regulamentação dos contratos atípicos não pode significar mitigar e muito menos suprimir a autonomia privada dos agentes econômicos envolvidos<sup>987</sup>. A sanção que decorre da inobservância dos usos e costumes em sua manifestação como fonte de normas de natureza dispositiva, assim, não pode ser a invalidade ou a revisão das cláusulas contratuais. Trata-se de sanção que, se cabível, será social e econômica, com o fechamento de oportunidades de negócio ou, em última análise, com o aumento de custos de transação – aumento este que, se voluntariamente acolhido pelas partes envolvidas, decorre da percepção e da alocação de riscos dos agentes econômicos em questão. Ainda que os usos e costumes se apresentem como um dos vetores mais essenciais à compreensão dos contratos empresariais, não constituem um salvo-conduto para a distorção ou alteração do regime contratual pretendido pelas partes.

Segundo Giovanna Comiran, os usos, no fim e ao cabo, consistem em matéria fática a ser comprovada perante o Judiciário<sup>988</sup>. Contudo, não se pode esquecer da crítica de Cesare Vivante a essa posição, que, embora válida para a utilização do costume como fonte interpretativa, consistiria em posição demasiadamente reducionista no que se refere

---

good lawyers who master the code of capital” (PISTOR, Katharina. *The code of capital: How the Law creates wealth and inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2019). Tradução livre: A chave para entender a base do poder e a distribuição resultante de riqueza reside, na verdade, no processo de conferir proteção legal a ativos selecionados e fazê-lo como uma questão de escolha privada, não pública. Haverá, é claro, momentos em que o estado faz um acordo com os ricos, ou agentes do estado sucumbem a pagamentos laterais que têm o objetivo de facilitar o funcionamento da burocracia que beneficia diretamente eles. Também há momentos em que podemos observar interesses privados poderosos obtendo controle direto sobre o estado, mas esses eventos esporádicos são melhor descritos como epifenômenos. Claro, a escolha dos ativos não é aleatória; o ponto é que interesses poderosos não precisam negociar com o estado; tudo o que precisam são bons advogados que dominam o código do capital.

A respeito da conversão dos usos e costumes em norma jurídica e da influência de fatores extrajurídicos nesse processo: “Muito embora os usos sejam criados mediante processo de formação espontânea, reconhecemos que há interferência de interesses os mais diversos em sua criação. Assim, a filtragem da ordem social espontânea não é resultado apenas da atuação da cultura, da tradição e do acaso, como pretendia Hayek; ela sofre efetiva influência dos interesses dos agentes que atuam no mercado” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp. 300-301).

<sup>987</sup> Em sentido semelhante: “Em matéria contratual, ademais, a ideia de cogência, inerente à *opinio iuris*, é difícil de sustentar. Isso porque as partes podem, por meio do exercício de sua autonomia, dispor de maneira diversa daquela informada pelos usos. Por isso, alguns doutrinadores sustentam que, quando os usos são erigidos à categoria de regras jurídicas – por uma espécie de *opinio iuris* chamada de ‘consciência da praça’ –, tais regras teriam natureza dispositiva, e não cogente” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 300).

<sup>988</sup> Segundo a autora: “Uma decisão que aplica os usos comerciais deve sempre esclarecer quais são os usos aplicados e com base em quais informações eles estão sendo adotados e, assim, foram considerados vinculantes às partes. Seu âmbito de aplicação, no entanto, é matéria complexa, depende da análise casuística e, no direito empresarial, do atendimento do padrão de ‘homem ativo e probo’” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 301).

à sua função normativa<sup>989</sup>. Assim, os usos e costumes, para além de servirem em larga medida para o esclarecimento quanto às manifestações de vontade e para a elucidação do escopo do contrato – função especialmente relevante nos chamados novos negócios, que não encontram referência em modalidades negociais previamente conhecidas –, têm a finalidade de formar tipos sociais – que adquirem normatividade a partir do já mencionado processo de conformação desses modelos ao direito estatal pelo Judiciário – e de normas supletivas incidentes sobre determinados contextos de mercado.

Os usos e costumes, por conseguinte, representam uma dentre as várias metodologias a serem levadas em consideração pelo julgador na estruturação do regime jurídico dos contratos atípicos. Evidentemente que, nos contratos socialmente típicos, os usos e costumes se aplicam de maneira mais incisiva, na medida em que estão relacionados a própria formação do tipo social e ao conjunto de normas dispositivas que a ele se aplicam. Para os novos negócios, os usos e costumes desempenham função também relevante, na medida em que atuam na contextualização das manifestações de vontade cujo encontro acabou resultando em um negócio não abarcado nem pelos tipos legais, nem pelos tipos sociais.

Tais manifestações dos usos e costumes podem ser sintetizadas na ideia de *função normativa* dos usos e costumes, função esta que está associada à sua consolidação entre as principais instituições que constroem o comportamento dos agentes econômicos e, dessa maneira, compõem o regime contratual incidente sobre os contratos empresariais<sup>990</sup>. Os usos e costumes como fonte normativa, com todas as reservas já apresentadas neste tópico, devem receber especial atenção na conformação dos contratos atípicos ao direito estatal, de tal maneira que os espaços de indefinição comumente associados à atipicidade encontram nas práticas comerciais – que comprovadamente exercem influência sobre a formação das vontades das partes e sobre os efeitos do negócio jurídico – podem encontrar maior clareza com a demonstração de que os agentes econômicos tendem a comportar-se e a formar suas expectativas a partir dessas instituições.

---

<sup>989</sup> VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I, pp. 61-62.

<sup>990</sup> Algumas das manifestações desta função normativa são assim descritas por Giovanna Comiran: “Os usos na função normativa exercem dupla função: podem tanto integrar lacunas volitivas como informar se as partes se vincularam (força formativa do vínculo). Atuam, portanto, quando não houve vontade manifesta. Entendemos que preenchem, objetivamente, o contrato, por força da tutela, pelo princípio da confiança, à legítimas expectativas geradas de parte a parte” (COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 301).

O reforço desse papel dos usos e costumes para os contratos empresariais ressalta também a relevância de se atentar para as estipulações das partes, que, embora não sejam suficientes para compreender o escopo dos contratos empresariais atípicos – até porque podem ser instrumentalizadas para o efeito da evasão à legislação imperativa –, devem constituir o ponto de partida para a análise dessas avenças, em homenagem ao *pacta sunt servanda*<sup>991</sup> e à autonomia privada. Como se pretende demonstrar na sequência, o próprio juízo quanto à incidência dos usos e costumes, assim como a análise da vontade das partes de estruturar contratos empresariais atípicos, exige uma especial atenção à função econômica desses negócios e às operações econômicas a eles subjacentes.

#### **VI.4. A causa ou função econômica como elemento essencial ao enquadramento jurídico dos contratos empresariais atípicos**

A *causa* do contrato, aqui compreendida como função econômica do negócio jurídico, vem sendo ressignificada pela literatura no intuito de superar a aversão – que marca o direito brasileiro – à sua concepção como pressuposto de validade do contrato para figurar entre os principais mecanismos para a qualificação, interpretação e integração das relações jurídicas contratuais. A causa, nesse sentido, não se enquadra na noção de cláusula geral ou mesmo como conceito jurídico indeterminado a partir do qual poderão ser estruturados direitos e obrigações que não constam do instrumento contratual, mas sim como unidade de análise da operação econômica concreta pretendida pelas partes contratantes.

Por essa razão, entende-se que a causa dos contratos empresariais atípicos pode se apresentar como verdadeira ponte entre a dinâmica dos mercados e a regulação jurídica, com vistas a conduzir ao juízo de conformação dos contratos ao direito estatal os elementos fáticos e conjunturais necessários à preservação, de um lado, dos interesses

---

<sup>991</sup> Cabe ressaltar, aqui, a observação da Muriel Fabre-Magnan a respeito do elemento de justiça que pode estar associado ao *pacta sunt servanda*: “It seems to us, however, that the rule *Pacta sunt servanda* is not unambiguously on the side of the strong parties. If this is sometimes the case, it is because erroneous and even perverse inter-pretations of freedom of contract have been allowed to flourish, which ties in with our opening remarks on the notion of progress and the troubled role played by ‘progressives’ and ‘liberals’” (FABRE-MAGNAN, Muriel. The paths to a progressive European code of private law. *European Law Open*. v. 1, n. 2, pp. 436-445, jun. 2022. p. 442). Tradução livre: Parece-nos, no entanto, que a regra *Pacta sunt servanda* não está inequivocamente ao lado das partes mais fortes. Se isso acontece às vezes, é porque interpretações errôneas e até perversas da liberdade contratual foram permitidas a florescer, o que se relaciona com nossas observações iniciais sobre a noção de progresso e o papel conturbado desempenhado pelos “progressistas” e “liberais”.

das partes contratantes, e, de outro, da arquitetura jurídica que possibilita a celebração dessas avenças. Em outras palavras, se o primeiro passo para a análise dos contratos empresariais atípicos diz respeito à atribuição da devida importância àquilo que foi estipulado pelas partes, considerando-se a avença segundo as suas características *sui generis*, é por intermédio da análise da causa que tal verificação pode transcender a mera leitura do instrumento contratual e abarcar os diversos elementos institucionais que permeiam tais negócios.

É importante notar, porém, que o que não se adota no direito brasileiro, conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, não é somente a figura da *causa em concreto* – assim entendida como condição para a validade do negócio jurídico, notoriamente repelida por Beviláqua –, mas também a *causa em abstrato* – isto é, a “função do negócio em tese, elemento que oferece a sua justificação normativa e desvenda a natureza jurídica propriamente dita do ato”<sup>992</sup>. Ao passo que, de fato, a causa em concreto não se encontra dentre os requisitos do negócio jurídico previstos pelo art. 104 do Código Civil, o laconismo do direito brasileiro quanto à causa em abstrato se deve especialmente a uma deficiência de sistematização dogmática e ao pouco aprofundamento dos mecanismos de qualificação contratual<sup>993</sup>.

Conclui Maria Celina Bodin de Moraes, em análise da posição da causa no direito brasileiro, que, ao passo que a lei determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (nos termos do *caput* do art. 421 do Código Civil), a ideia de causa está intimamente vinculada ao atendimento à função social do contrato, na medida em que a legislação busca referencial que transcenda a autonomia dos privados para prestigiar a função social dos institutos jurídicos<sup>994</sup>. O atendimento à função social do contrato, por mais abrangente que possa ser esta expressão, constitui, por decorrência da literalidade do Código Civil, fundamento de validade dos contratos em geral, previsão que evidentemente se aplica também aos contratos empresariais.

No entanto, há que se notar que a causa ou função econômica não se confunde com a noção de função social do contrato. Não se trata, aqui, de distinção meramente semântica ou até mesmo ideológica, mas de discrimen que se faz necessário em razão das

---

<sup>992</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A causa do contrato. *Civilistica.com*. v. 2, n. 1, pp. 1-24, 2013. p. 4.

<sup>993</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A causa do contrato. *Civilistica.com*. v. 2, n. 1, pp. 1-24, 2013. p. 4.

<sup>994</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A causa do contrato. *Civilistica.com*. v. 2, n. 1, pp. 1-24, 2013. pp. 23-24.

finalidades distintas que o ordenamento jurídico atribui a estes institutos. Isso porque, ao passo que a função econômica ou causa diz respeito à determinação do objeto e das finalidades das operações econômicas subjacentes aos negócios jurídicos para efeitos da qualificação contratual, a função social do contrato consiste em cláusula geral que, ao lado de outras cláusulas gerais como a boa-fé objetiva e a vedação ao abuso de direito, serve para delinear os limites da liberdade de contratar.

Até por essa razão, também a função social do contrato deve ser contextualizada segundo os vetores da contratação empresarial – o que evidentemente não elide a norma jurídica, porém condiciona sua aplicação. Daí já ter asseverado o STJ que “o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do *pacta sunt servanda*, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado”<sup>995</sup>. Da mesma maneira, a necessidade de atendimento às diretrizes oriundas da função social do contrato não pode servir para suprimir a função econômica do contrato, como igualmente já entendeu o STJ<sup>996</sup>.

Evidentemente que não aqui, aqui, aprofundar as discussões dogmáticas a respeito da função social do contrato, porém a retomada das discussões sobre a função econômica ou causa dos contratos empresariais atípicos exige também alguma clareza quanto às distinções existentes entre um instituto e outro. Naturalmente que a função social, por expressa disposição contida no art. 421 do Código Civil, permeia os contratos como um todo, sejam eles típicos ou atípicos, como elemento imprescindível à sua própria validade. Dessa maneira, com maior razão do que ocorre com as referências ao *merecimento de tutela* – a *meritevolezza* a que se refere a literatura italiana, já posta em perspectiva no presente trabalho –, somente se poderá falar em contrato válido na medida em que se atenda à sua função social. A função econômica, por outro lado, não se

---

<sup>995</sup> STJ, Ag. Int. no REsp 1.770.848, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 25.04.2022. No mesmo sentido: STJ, Ag. Int. no AREsp 655.382, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. 12.06.2023; STJ, Ag. Int. nos ED no REsp 1.902.149, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 03.04.2023.

<sup>996</sup> Nesse sentido: “Não se revela adequado ao Judiciário obrigar a operadora de plano de saúde que, em seu modelo de negócio, apenas comercializa planos coletivos, a oferecer também planos individuais, tão somente para idosos e com valores de mensalidade defasados, de efeito multiplicador, e sem a constituição adequada de mutualidade: esses planos não sobreviveriam. Ademais, a operadora também não pode ser compelida a criar um produto único e exclusivo para apenas a demandante. A função social do contrato não pode ser usada para esvaziar por completo o conteúdo da função econômica do contrato. Um cenário de insolvência de operadoras de plano de saúde e de colapso do setor da Saúde Suplementar não seria capaz de densificar o princípio da dignidade da pessoa humana” (STJ, REsp 1.924.526, Rel. Min. Nancy Andrighi, Redator para o acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 22.06.2021).

apresenta como requisito de validade, mas como elemento fundamental ao enquadramento dos contratos e notadamente dos contratos empresariais atípicos, na medida em que se apresenta como mecanismo de esclarecimento das operações e dos interesses econômicos a eles subjacentes.

Como se procurou demonstrar no Capítulo IV, apesar das aproximações existentes entre contratos legalmente típicos e contratos socialmente típicos, é fundamental ressaltar que a existência de tipos sociais não atribui a avenças a eles associados a característica da tipicidade. Isso porque a tipicidade não se limita a apontar para um conjunto de normas de natureza dispositiva associadas a um modelo contratual específico, mas também compreende a incidência de normas cogentes voltadas tanto a assegurar a higidez do negócio correspondente ao tipo legal, quanto a proteger os diversos interesses envolvidos na operação econômica (sejam eles das partes ou de terceiros). No entanto, em se tratando do juízo de qualificação, a análise segundo a função econômica do negócio jurídico tende a aproximar os tipos sociais dos tipos legais, já que a constatação da tipicidade social se dá por intermédio da verificação de correspondência entre a causa do contrato e as características do modelo contratual estruturado segundo os usos e costumes consolidados nos mercados.

É em razão de tamanha relevância da causa do negócio jurídico como elemento de qualificação dos contratos que, segundo Rui Pinto Duarte, alguns autores sustentam não somente que seria este um dentre vários critérios de qualificação, mas *o único critério de qualificação contratual*, até porque a causa abstratamente considerada se confundiria com a própria ideia de tipo contratual<sup>997</sup>. Isso porque, assim como o tipo, a causa em abstrato – isto é, a função econômica do negócio a que se recorre para identificar os contornos de um dado contrato concreto – transparece a ideia de função exterior ao contrato, de tal maneira que servem para a definição do alcance da própria estipulação das partes ao enquadrar a operação econômica consubstanciada no negócio jurídico. Daí dizer também Rui Pinto Duarte que tais considerações dizem respeito a “elementos relevantes para a compreensão das normas e dos factos e para o estabelecimento da proporção em que a aplicação do Direito consiste”<sup>998</sup>.

A causa, por conseguinte, é elemento central para os próprios contratos típicos e para os contratos socialmente típicos na medida em que é a fonte das indicações necessárias à recondução do negócio concreto ao tipo. Também o é, por evidente, para a

---

<sup>997</sup> DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 95.

<sup>998</sup> DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 96.

identificação dos contratos atípicos, porém ao estruturar juízo negativo, de não correspondência a qualquer tipo legal ou social, assim desencadeando o processo de descoberta da regulamentação incidente sobre esses negócios. A causa, conforme explica Francesco Messineo, é o mecanismo por meio do qual se pode identificar os limites dos tipos existentes em abstrato, para que se possa verificar se as deformações do modelo abstrato promovidas pelo contrato concreto que justificam o tratamento do modelo contratual em questão como figura *sui generis*, decorrente de consciente exercício da autonomia privada<sup>999</sup>.

Naturalmente que, como já se viu ao se tratar dos contratos atípicos mistos, pode-se também eventualmente verificar a ocorrência de uma *causa* mista, ou, ainda, na incidência simultânea de funções econômicas típicas de mais de um modelo conhecido. No entanto, isso não significa, aprioristicamente, que a operação econômica em questão consiste em mero somatório das normas atinentes aos modelos contratuais cujas características forma mescladas em um modelo misto, já que sua *causa* conta com características específicas. Nesse sentido, pode-se mencionar o teor do voto do Min. Marco Buzzi no âmbito do Recurso Especial nº. 1.036.530, em que se entendeu que a cessão da posição contratual não conta com disciplina específica, a despeito de sua utilidade e relevância prática, apresentando-se como “modo complexo de transmissão de obrigações, englobando todo o feixe de direitos, débitos, créditos e deveres decorrentes do contrato originário”<sup>1000</sup>.

Nem por isso, como se demonstrou no Capítulo V, se deve descartar por completo os regimes típicos contidos no contrato misto. O que não seria adequado à necessidade de observância dos interesses das partes é pressupor que, ao entabular um contrato misto, optaram por recorrer a regimes típicos diversos simplesmente por ser possível identificar no negócio em concreto prestações aptas a serem associadas a esses modelos legais ou socialmente típicos. A identificação da causa dos contratos mistos, por conseguinte, não serve para automaticamente obter um regime de normas supletivas (como ocorre, por exemplo, com os contratos socialmente típicos), mas para, de um lado, constatar a atipicidade do negócio em questão, e, de outro, obter possíveis soluções para aplicação analógica na hipótese da permanência da indefinição quanto ao regime contratual.

---

<sup>999</sup> MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958. v. X, p. 98.

<sup>1000</sup> STJ, REsp 1.036.530, Rel. Min. Marco Buzzi, Redator para o Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 25.03.2014.



A formulação de novos negócios, por sua vez, tem na causa parâmetro instrumental à preservação da autonomia privada, na medida em que a causa dos contratos atípicos não está na lei e tampouco nos usos e costumes reproduzidos pelos agentes de mercado, mas pela pactuação das partes, formada tanto pelo instrumento contratual quanto pelos usos e costumes e demais instituições que permeiam as manifestações de vontade dos agentes econômicos. Como também esclarece Francesco Messineo, afirmar que a causa dos contratos atípicos é estipulada pelas partes não significa dizer que tais contratos dispensam elemento objetivo apto a identificar os seus contornos e a operação econômica a eles subjacentes. Pelo contrário, o elemento objetivo decorre precisamente do fato de que, em homenagem à autonomia privada, tratar-se de um contrato válido e eficaz atrai a incidência dos princípios gerais incidentes da contratação – a incluir tanto normas imperativas quanto normas dispositivas –, sendo de rigor a compreensão das vestes jurídicas incidentes (ainda que não explicitamente pelo instrumento contratual) sobre aquela operação econômica específica<sup>1001</sup>.

Daí salientar Judith Rochfeld que, nos contratos atípicos, a causa não pode ser descrita como interesse integrante de um repertório de modelos uniformes, mas a partir das finalidades individuais que ressaem de tais negócios<sup>1002</sup>. A causa dos contratos atípicos, nesse sentido, tem por finalidade precípua a definição daquilo que a autora denomina por *campo contratual*, isto é, o conjunto de elementos jurídicos essenciais para a delimitação do objeto e das finalidades do contrato. Com isso não se está a falar nas razões subjetivas ou dos motivos e caprichos individuais que possam ter levado as partes à contratação, mas no esforço de densificação dessas razões em um contrato que poderá vir a ser eventualmente apreciado pelo Judiciário.

Nesse sentido, a constatação da atipicidade aliviaria o intérprete do rigor do dever de qualificar e de buscar, paradoxalmente, um regime típico que se adéque a um negócio atípico, já que cabe às partes simplesmente demonstrar que sua estipulação não se enquadra em nenhum modelo conhecido. No entanto, deve-se ter presente a cautela de não se replicar, para os contratos atípicos, a mesma lógica que incidiria sobre os contratos típicos: as finalidades dos contratos típicos dispensam por completo a referência às razões subjetivas das partes pelo fato de que tal recurso já é suprido pela existência de normas-

---

<sup>1001</sup> MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958. v. X, pp. 99-109.

<sup>1002</sup> ROCHFELD, Judith. *Cause et type de contrat*. 1997. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 1997. pp. 269-280.

padrão aptas a esclarecer as finalidades e as consequências da adoção do modelo típico em questão.

Sugere Judith Rochfeld, diante da escassez de referência expressas para a delimitação do chamado campo contratual, os contratos atípicos devem lançar mão de mecanismos contratuais capazes de oferecer uma delimitação teleológica mais clara, em função dos interesses em jogo e de sua finalidade global, com vistas a afastar compreensões pré-estabelecidas que possam eventualmente distorcer os interesses das partes<sup>1003</sup>. Note-se, aqui, que ao se falar na possibilidade de deturpação dos interesses das partes não se está a falar simplesmente na adoção de alguma das metodologias tradicionais de tratamento dos contratos atípicos (como a absorção, a combinação ou a analogia), mas o próprio esforço de reconstrução de uma *vontade hipotética* das partes a partir dos elementos objetivados na relação contratual.

Ainda de acordo com Judith Rochfeld, o desafio apresentado pelos contratos atípicos pode ser mitigado pelo aprimoramento da técnica de redação dos instrumentos contratuais. Com isso, não se está a recomendar a adoção de um modelo de redação contratual como o que é típico do *common law*, que, na ausência de modelos típicos, partem da premissa de que sempre será necessário redigir instrumentos contratuais que tratem de maneira detalhada dos diversos elementos e contingências que podem compor o programa contratual. O passo sugerido pela autora é, na verdade, o de esclarecer com maior cuidado a lógica econômica do negócio que conduziu as partes a formarem suas vontades daquela maneira, isto é, a *causa impulsiva e determinante* do negócio jurídico contratual<sup>1004</sup>.

Em outras palavras, *meros caprichos* de fato são irrelevantes para a compreensão dos contornos e da regulamentação de um contrato atípico – por exemplo, se uma determinada parte contratante tomou a decisão de fechar um negócio por razões sentimentais, ou, ainda, como retribuição a uma oportunidade de negócios anteriormente oferecida pela outra parte. No entanto, na medida em que estes motivos compõem a função econômica determinante não somente para a conclusão do negócio jurídico, mas para a própria compreensão de seus efeitos, trata-se de elementos que, notadamente nos

---

<sup>1003</sup> ROCHFELD, Judith. *Cause et type de contrat*. 1997. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 1997. p. 280.

<sup>1004</sup> ROCHFELD, Judith. *Cause et type de contrat*. 1997. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 1997. pp. 272-273.

contratos empresariais atípicos, transcendem meros anseios psicológicos para abordar a própria racionalidade econômica do negócio jurídico.

Em sendo a *causa* definida como a função econômica do negócio e somente sendo possível enquadrar a causa de maneira detida e subjetiva nos contratos atípicos, a análise dos contratos empresariais a partir de sua causa exige que sua função econômica seja explicitada em termos de racionalidade econômica e em função de sua tradução em linguagem jurídica. Diante desse cenário, é verdade que a recomendação de que as partes sejam mais detalhistas na estipulação de contratos empresariais atípicos para que os julgadores se atenham mais à vontade expressa no instrumento contratual do que a uma vontade hipotética é marcada pela obviedade e por algum irrealismo quanto à lógica de redução de custos de transação que permeia a conclusão de contratos. No entanto, a estruturação dos contratos empresariais atípicos pode ser substancialmente aprimorada – com a consequente redução de riscos de alteração do regime contratual quando este vier a ser conformado ao ordenamento pelo Judiciário – com a explicitação da racionalidade econômica dos negócios e, por conseguinte, de sua *causa*.

A prova da racionalidade econômica que permeia os contratos empresariais atípicos – seja ela explícita ou implícita, decorrente do comportamento das partes e do mercado em que se insere o negócio em questão –, por conseguinte, é essencial à apreensão da causa do contrato. Assim, ao se aludir às cláusulas fixadas pelas partes como elemento primordial de abordagem dos contratos empresariais atípicos, como se procurou demonstrar no Capítulo anterior, não se está a falar tão somente no clausulado jurídico explicitado pelas partes, mas notadamente dos contornos da operação econômica. Com isso, pode-se obter caracterização específica da causa dos contratos empresariais atípicos como o conjunto de elementos que permitem identificar a racionalidade econômica e a alocação de riscos do contrato, de maneira a conduzir o intérprete às metodologias que mais se adéquam a esses fatores.

Com isso, reforça-se a conclusão já antecipada no Capítulo anterior de que não há uma hierarquia estanque entre as fontes de regulamentação dos contratos atípicos, e, ainda mais enfaticamente, dos contratos empresariais atípicos. No entanto, não se pode ignorar que os vetores da contratação empresarial exigem que a autonomia privada e o *pacta sunt servanda* – isto é, a adoção da operação econômico-jurídica pactuada pelas partes como referencial para a interpretação do contrato e para a definição dos meios de regulamentação dos espaços deixados pela atipicidade –, assim como os usos e costumes – como meio de normatividade diretamente associado também à função econômica dos

contratos empresariais e aos mercados em que esses negócios estão inseridos – sejam posicionados como referenciais fundamentais.

Porém, tendo tais referenciais no horizonte de análise dos contratos empresariais atípicos, não parece adequado afastar peremptoriamente qualquer outra metodologia, desde que esta seja convergente com a função econômica do negócio em questão. A tal postura, que não pretende atribuir a alguma das metodologias de operacionalização dos contratos atípicos prioridade sobre as outras, tem-se denominado *pluralismo pragmático (pluralisme pragmatique)* ou *pluralismo metodológico (Methodenpluralismus)*, por reconhecerem que, diante da existência de diversas metodologias para o tratamento dos contratos atípicos, a atenção devida à sua função econômica não é suprida por pontos de vista excessivamente estritos<sup>1005</sup>.

Com isso, a causa dos contratos empresariais atípicos desempenha o peculiar papel de ponte entre operação econômica e conformações jurídica, tendo como componentes, de um lado, a racionalidade econômica subjacente ao negócio, e, de outro, os termos do negócio jurídico entabulado pelas partes. A referência aos termos do negócio jurídico, vale frisar, somente se estrutura de maneira completa quando, para além do clausulado das partes, leva em consideração os panos de fundo compartilhados de normatividade consistentes nos usos e costumes comerciais, que servem tanto aos contratos socialmente típicos como aos novos negócios como fontes essenciais de juridicidade, seja para a recondução do contrato ao tipo social, seja para a ordenação das metodologias de obtenção regulamentação da atipicidade.

## **VI.5. Conclusões preliminares: novos percursos para a compreensão dos contornos dogmáticos dos contratos empresariais atípicos**

O esforço empreendido neste Capítulo consiste, mais do que em uma mera retomada das premissas estruturadas nas seções anteriores, em uma tentativa de contextualização dos elementos dogmático-contratuais associados à atipicidade à contratação empresarial e aos seus vetores. A tônica da análise aqui desenvolvida, por conseguinte, invariavelmente é a de procurar a adequação da postura analítica vinculada

---

<sup>1005</sup> Nesse sentido: GEISSBUEHLER, Grégoire. *Le recouvrement privé de créances: Aspects contractuels et protection du débiteur*. Genebra: Schulthess, 2016. p. 51; PICHONNAZ, Pascal. La concrétisation des changements sociaux dans le droit: éléments de réflexions. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. v. 70, n. 1, pp. 130-138. 2013.

aos contratos empresariais à metodologia indutiva que marca o Direito Empresarial, cujos olhares voltam-se simultaneamente à apreciação do experimentalismo e da inventividade dos agentes econômicos e à busca de alguma previsibilidade na dinâmica dos mercados.

Com isso, procurou-se especificar três pilares básicos da contratação empresarial e de suas repercussões no delineamento dos contornos dogmáticos dos negócios empresariais atípicos: (i) a compreensão do escopo da autonomia privada, notadamente quanto à liberdade para a estruturação de contratos atípicos; (ii) o alcance da ideia de usos e costumes e de suas particulares manifestações quanto aos contratos socialmente típicos e quanto aos novos negócios (ou contratos atípicos puros), as duas categorias de atipicidade aqui desenvolvidas; (iii) o papel da causa ou função econômica como elemento central não somente à qualificação, mas também para o manejo das metodologias estruturadas com a finalidade de esclarecer a regulamentação incidente sobre os contratos empresariais atípicos.

Dessa maneira, ao elenco de metodologias de análise dos contratos atípicos pode-se acrescentar três categorias que, mais do que itens adicionais desse repertório, incidem de maneira transversal sobre todas elas. Com isso, à análise dos termos pactuados pelas partes, ao recurso aos princípios aplicáveis aos contratos em geral, à boa-fé objetiva, à analogia e à equidade se acrescentam (i) o imperativo de preservação do quanto pactuado pelas partes, assim prevenindo soluções simplistas que sirvam para deturpar o contrato e os interesses das partes; (ii) a força normativa dos usos e costumes, seja na estruturação de contratos socialmente típicos, seja no oferecimento de normas supletivas para os novos negócios, sendo que, em ambas as situações, se estará a falar em normas dispositivas, e não imperativas, sob pena de vulnerar-se a liberdade de contratar; e (iii) a função econômica como linha mestra para a identificação da atipicidade ou da tipicidade social, assim como para ordenar a incidência das metodologias de regulamentação dos contratos empresariais atípicos.

Com isso, diante da postura que marca o próprio Direito Empresarial, preocupado com as características idiossincráticas dos mercados e da normatividade daí oriunda, não pareceria razoável descartar por completo qualquer das abordagens exploradas ao longo do presente trabalho; o que não se pode admitir é que os vetores da contratação empresarial sejam ignorados em nome de soluções que subvertam o programa contratual pretendido pelas partes em prol da proteção de uma vontade presumida apartada da lógica econômica pretendida pelas partes.

Até em razão dessas considerações metodológicas, há que se tomar com alguma cautela iniciativas legislativas, jurisprudenciais ou doutrinárias que tenham por objetivo definir de maneira taxativa o método de análise da atipicidade que incidirá em caso de dúvida sobre o seu regime. Por mais problemática que possa ser a postura do Código Civil a respeito da possibilidade de celebração de contratos atípicos, a demanda por regulamentação não está particularmente associada à necessidade de fixação de uma metodologia prioritária, mas aos limites da liberdade de celebrar contratos atípicos<sup>1006</sup>, especialmente na seara empresarial.

---

<sup>1006</sup> Nesse sentido: “O que se torna necessário é a regulamentação, em nossa legislação, dos contratos atípicos com a fixação, expressa, dos princípios gerais que os informam, dos princípios da liberdade contratual, com as limitações específicas, que se fazem indispensáveis, e ad discriminação das hipóteses em que se autorize a aplicação aos contratos atípicos das regras particulares dos contratos típicos” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 166).

## VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Introdução deste trabalho começa com uma referência à expressão *hic sunt dracones*, inserida pelos cartógrafos medievais para indicar os espaços até então desconhecidos que, pela necessidade de se preencher espaços vazios do globo terrestre, eram sanados com imagens monstruosas. Ao longo dos Capítulos aqui apresentados, procurou-se demonstrar que, nos mapas da teoria contratual, já há algumas premissas sedimentadas que permitem concluir pela existência de elementos dogmáticos relativos à atipicidade contratual. Como também se viu, não exonerou a literatura do esforço de procurar preencher espaços indefinidos com soluções possivelmente simplistas, que, porém, se fazem necessárias para munir os julgadores de um instrumental mínimo para o tratamento do espaço de indefinição muitas vezes deixados pelo tema dos contratos atípicos.

Considerando o laconismo do art. 425 do Código Civil, que simplesmente esclarece a possibilidade de celebração de contratos atípicos desde que respeitados os limites gerais do ordenamento, a dogmática contratual teve de desenvolver soluções pragmáticas para endereçar a demanda por mecanismos de operacionalização de negócios tão relevantes na prática. Tal relevância para as trocas econômicas se dá com ainda maior premência no campo dos contratos empresariais, que igualmente exigem esforços voltados à estruturação de uma Teoria Geral que dê conta de suas idiossincrasias, notadamente diante dos contornos jurídicos tipicamente associados a modelos contratuais já inseridos em seus próprios conjuntos de princípios. Assim, especialmente diante da escassez de abordagens mais aprofundadas – especialmente por parte da jurisprudência, a que se atribui o papel de conformação da liberdade de entabular contratos atípicos às normas gerais do ordenamento –, este trabalho preocupou-se especialmente em situar tais negócios ao conjunto de diretrizes associadas à Teoria Geral dos Contratos Empresariais, enfatizando-se a necessidade de generalização da metodologia que define o Direito Empresarial.

A abordagem da chamada Teoria Geral dos Contratos Empresariais, nesse sentido, exige especial atenção aos seus *vetores*, baseados especialmente no profissionalismo a que alude o art. 966 do Código Civil, e, por conseguinte, em um especial olhar para os princípios da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*. Isso porque, a partir desses dois vetores em particular, procuram os agentes econômicos estabilizar suas expectativas quanto ao direito incidente sobre suas transações e, com isso,

planejar suas empreitadas em um ambiente de previsibilidade que, longe de abolir os riscos – já que estes constituem a própria justificativa do lucro dos empresários –, possibilita a sua calculabilidade.

A liberdade de contratar, porém, dificilmente pode ser compreendida de maneira adequada se for descrita como um poder absoluto atribuído aos particulares para formularem os negócios jurídicos que julgarem mais interessantes para atingir seus objetivos. Isso porque, em um mercado altamente complexo – marcado por altos graus de assimetria de informação e de inúmeros espaços para o oportunismo de agentes mais sofisticados ou que tenham maiores capacidades de alterar unilateralmente as condições de contratação –, decidir minudentemente as cláusulas contratuais pode significar tanto adentrar-se em um estado de incerteza quanto ao conteúdo e à validade do programa contratual, quanto sujeitar-se a decisões generalizantes com a tendência de dar vitória aos modelos já conhecidos.

Daí a necessidade de se marcar as diferenças entre o Direito dos Contratos desenvolvido no âmago da tradição europeia continental – de que é tributário o direito brasileiro – e a *Law of Contract* de inspiração anglo-saxã. Isso porque, ao passo que no *common law* a redação do contrato deve estar preocupada com uma detalhada normatização dos efeitos associados ao contrato – já que não pode se socorrer de modelos típicos dotados de normas supletivas voltadas a preencher as lacunas deixadas pelas partes, assim como de normas cogentes destinadas a proteger interesses relevantes –, o *civil law* é caracterizado precisamente pela existência de normas e modelos contratuais típicos. Com isso, o método tipológico tem o condão de reduzir custos de transação ao aliviar os agentes econômicos do esforço de prever um regime jurídico abarcante, elidindo a incidência de normas dispositivas segundo os seus interesses concretos. No entanto, a ausência de referenciais para contratos que não contam com disciplinas típicas igualmente se dá com grande relevância especialmente no contexto dos sistemas de inspiração romano-germânica, motivo pelo qual se mostrou necessária a reconstrução e sistematização das orientações esparsas a respeito da operacionalização da atipicidade contratual.

O que se constatou ao longo do presente trabalho, nesse sentido, foi a necessidade de tratamento conjunto da autonomia privada com as normas que fundamentam os mercados. Assim, a construção de pressupostos dogmáticos aplicáveis aos contratos empresariais atípicos, nesse sentido, não depende de um culto acrítico à liberdade de contratar, mas na sua compreensão a partir da ordem pública, elemento



essencial para a manutenção dos mercados. No entanto, não se pode perder de vista a centralidade da autonomia privada para os contratos empresariais, de sorte que soluções voltadas a suplantarem por completo as manifestações das partes em prol de normas de ordem públicas seriam tão incompatíveis com esse conjunto de negócios quanto ignorá-las completamente.

Dessa maneira, o regime dos contratos empresariais atípicos não pode depender tão somente da observância das diretrizes da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, até porque a indefinição possivelmente oriunda desses negócios decorre precisamente do laconismo dos agentes econômicos e da ausência de referenciais normativos no ordenamento. O que se procurou demonstrar no presente trabalho é que tal indefinição não pode ser solucionada nem com a aplicação direta de normas típicas, nem com a aplicação analógica desses comandos normativos, já que a particular manifestação da autonomia privada para modelos contratuais não previstos pelo ordenamento diz respeito justamente à garantia da observância do quanto pactuado pelas partes e, por conseguinte, à preservação de seus interesses. É fundamental, por conseguinte, que a *mentalidade tipicizante* que é corolário dos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica seja posta em perspectiva, para que se perceba que esta não serve aos contratos atípicos como se aplica aos contratos típicos.

Nesse sentido, procurou-se investigar, a partir da análise da jurisprudência nacional, os mecanismos por meio dos quais a atipicidade vem sendo incorporada ao raciocínio jurídico dos tribunais brasileiros, apontados pela literatura como os espaços por excelência de intermediação da prática negocial que produz contratos atípicos com a incidência conformadora do direito estatal. Isso porque, muito embora não haja normas supletivas ou cogentes que incidam sobre os contratos atípicos, não se trata de negócios que se dão em completo vácuo normativo, já que, no mínimo, estão sujeitos às normas aplicáveis aos contratos em geral, especialmente em se tratando de normas de observância obrigatória. A jurisprudência, assim, teria o papel de conformar os contratos empresariais atípicos ao ordenamento, assim sinalizando aos agentes econômicos os limites da contratação e explicitando os contornos autorizados para as estruturas elaboradas nos mercados.

Não obstante, como se procurou demonstrar, o acesso dos julgadores aos ambientes de mercado naturalmente não ocorre de maneira direta, mas mediada por um conjunto de fontes capazes de levar as características da contratação ao conhecimento dos tribunais. Foi possível constatar, nesse sentido, o papel central da doutrina a respeito dos

contratos empresariais, que, ao fornecer as definições e as características operacionais dos negócios, municia os julgadores com elementos conceituais a partir dos quais podem distinguir contratos atípicos ou socialmente típicos de figuras normativas constantes do ordenamento que não dizem respeito aos interesses dos contratantes. Ademais, a própria lei também serve como ponto de partida relevante mesmo quando não se oferece disciplina completa para os contratos, mas tão somente definições a partir das quais se pode enquadrar a operação econômica em questão. Além disso, verificou-se no direito estrangeiro outra importante fonte informacional, que, porém, deve ser acolhida com uma série de cautelas, especialmente por possibilitar a introdução de figuras contratuais gestadas em contextos distintos que não estejam comprometidos com as repercussões desses negócios com interesses merecedores de proteção no direito brasileiro, como é o caso dos interesses de terceiros e de vulneráveis.

Daí a razão pela qual os contratos empresariais atípicos merecem posição de destaque na Teoria Geral dos Contratos Empresariais, tendo em vista suas peculiares características. Naturalmente que, no campo empresarial, é fundamental também que sejam incorporados à análise jurídica dos demais vetores da contratação, como é o caso dos usos e costumes, que oferecem um bloco de normatividade de natureza dispositiva que se agrega às normas supletivas e imperativas do direito estatal e aos termos estipulados pelas partes, inclusive para o efeito de estabelecer tipos sociais. Os usos e costumes, porém, devem ser percebidos a partir de uma visão realista, notadamente quanto à sua conformação pela jurisprudência. Por esse motivo, as normas e tipos sociais oriundos dos usos e costumes devem ser objeto de visão crítica, além de não serem capazes de sobrepor-se à autonomia privada, na medida em que estruturam normas dispositivas, voltadas a garantir a fluidez dos mercados, e não normas obrigatórias, cuja imperatividade jurídica advém do texto legal.

Elemento fundamental das conclusões do presente trabalho, porém, é o papel da causa ou função econômica dos contratos empresariais atípicos, na medida em que o instituto da causa não serve tão somente para identificar um dado negócio que não se amolde às categorias social ou legalmente típicas, mas antes de tudo para oferecer o contexto necessário à análise das fontes de regulamentação do negócio em questão. Nesse sentido, com a abordagem das estratégias elaboradas pela literatura para o tratamento dos contratos atípicos, procurou-se colocá-las sob a perspectiva dos vetores da contratação empresarial, especialmente para ressaltar a relevância da compreensão da racionalidade econômica dos negócios em análise. A própria noção de causa, porém, igualmente deve

ser posta em perspectiva no caso dos contratos empresariais atípicos, uma vez que, na impossibilidade de se identificar uma função econômica reconduzível a um tipo legal ou social, a principal função econômica a ser identificada diz respeito à convergência entre as vestes jurídicas atribuídas pelas partes e a operação econômica subjacente ao contrato.

Com isso, verificou-se que seriam inadequadas as perspectivas que abordam a atipicidade contratual de maneira extrema, seja adotando como prioritária uma determinada estratégia – como, por exemplo, a combinação, a absorção ou a analogia –, seja descartando por completo qualquer um desses mecanismos.

O que se deve ressaltar, nesse ponto, é que a implementação do programa dos contratos empresariais atípicos deve estar comprometida com a apreciação dos contextos práticos em que se inserem, com a compreensão de sua função econômica, com a aferição dos usos e costumes adotados pelo mercado respectivo e com a verificação dos incentivos e das expectativas associadas ao comportamento das partes. Daí a razão pela qual as metodologias de operacionalização dos contratos empresariais atípicos não se aplicam em uma relação de tudo ou nada, mas incidem de maneira conjunta, de tal maneira a promover a função econômica do negócio – sempre de maneira atenta aos interesses merecedores de tutela que venham a ser atingidos pela avença, notadamente os de terceiros.

Dessa maneira, com o presente trabalho se procurou conferir leitura das metodologias para o tratamento dos contratos empresariais atípicos que esteja afinada com os vetores da contratação empresarial, dispensando-se simplificações que possivelmente venham a prejudicar a autonomia privada e privilegiando perspectivas que enderecem os problemas associados a esses negócios segundo o contexto de mercado em que se inserem. Evidentemente que ainda se trata de temática repleta de desafios oriundos da prática, seja em razão da rapidez das transformações econômicas, seja diante das peculiaridades que marcam o processo de conformação desses negócios pelo direito estatal, notadamente diante da circunstância de que diversos desses contratos tendem a ser conduzidos a meios de resolução de disputas que não contam com a publicidade que é própria da jurisprudência.

Em síntese, procurou-se integrar ao esforço coletivo de construção da Teoria Geral dos Contratos Empresariais algumas reflexões a respeito da atipicidade contratual, com vistas a mais claramente delinear os contornos e as peculiaridades dos novos negócios e dos contratos socialmente típicos. Por conseguinte, espera-se que as considerações aqui sistematizadas sirvam de ponto de partida para a apreciação da matéria

com a complexidade que merece, superando-se as iniciativas de preenchimento de aparentes vazios normativos com soluções estranhas à prática negocial, assim como perspectivas que atribuam à liberdade de contratar caráter absoluto, incompatível com a ordem jurídica dos mercados.

## REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: Um tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1991.
- ABEILLE, Jean. *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Aix-Marseille, Aix-Marseille, 1938.
- ACCARIAS, Calixte. *Théorie des contrats innommés et explication du titre de Praescriptis Verbis au Digeste*. Paris: Ancienne Maison de E. Dujardin, 1866.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 12, n. 45, pp. 91-110, jan./mar. 2011.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1996.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALONSO Y CALERA, Maria del Carmen Gete. *Estructura y Función del Tipo Contractual*. Barcelona: Bosch, 1979.
- ALPA, Guido. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè, 2014.
- ALPA, Guido. La "morte" del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del "common law". In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Causa e consideration*. Pádua: CEDAM, 1984.
- ALSTON, Eric; ALSTON, Lee J.; MUELLER, Bernardo; NONNENMACHER, Tomas. *Institutional and organizational analysis: concepts and applications*. Nova York: Cambridge University Press, 2018.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler; GREGOL, Sofia. Reflexões sobre o enquadramento da cláusula take or pay no direito privado brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. v. 9, n. 2, pp. 709-739, 2023.
- ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011.
- ARANDA, Nathanaël. Le sui generis: un paradoxe pour la représentation du droit? In: NICOD, Marc. *Les affres de la qualification juridique*. Paris: LGDJ, 2015.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARRIGHETTI, Alessandro; Bachmann, REINHARD; DEAKIN, Simon. Contract law, social norms and inter-firm cooperation. *Cambridge Journal of Economics*. v. 21, pp. 171-195, 1997.
- ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The analysis and evaluation of public expenditures*. v. 91, n. 1, 1969.
- ARROW, Kenneth. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review*. v. 53, n. 5, pp. 941-973, dez. 1963.
- ASCARELLI, Tullio. Norma giuridica e realtà sociale. In: \_\_\_\_\_. *Problemi giuridici*. Milão: Giuffrè, 1959.
- ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: \_\_\_\_\_. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: Teoria geral. Relações e situações jurídicas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral. Acções e Factos Jurídicos*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

ASTUTI, Guido. *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*. Milão: Giuffrè, 1952.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madri: Trotta, 2000.

ATIYAH, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Nova York: Basic Books, 1984.

AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Strategic contractual inefficiency and the optimal choice of legal rules. *The Yale Law Journal*. v. 101, pp. 729-773, 1992.

AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. *The Yale Law Journal*. v. 99, pp. 87-130, 1989-1990.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Utilidade do direito romano na caracterização dos contratos atípicos, especialmente o de utilização de unidade em “shopping centres”. *Diritto@Storia*. n. 6, 2007. Disponível em: <<https://www.dirittoestoria.it/6/Contributi/Azevedo-Characterizacao-contractos-atipicos-shopping-centers.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. v. 716, pp. 112-138, jun. 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

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

AZZARO, Andrea Maria. Il pegno rotativo arriva in Cassazione: ovvero "come la dottrina diventa giurisprudenza". *Banca, borsa e titoli di credito*. pp. 485-496, 1998.

BACHUR, João Paulo. O estado de bem-estar em Hayek e Luhmann. *Tempo social*. v. 25, n. 2, nov. 2013.

BALDUS, Christian. Römische Privatautonomie. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 210, n. 1, pp. 2-31, fev. 2010.

BARBA, Angelo. Attualità della legge sulla subfornitura industriale nelle attività produttive (18 giugno 1998, n. 192). In: CUFFARO, Vincenzo. *Obscolescenza e caducità delle leggi civili*. Roma: RomaTre-Press, 2019.

BARELA, Maria. Il contratto innominato nella dottrina sistematica. *Giustizia Civile*. v. 55, n. 12, pp. 517-538, dez. 2005.

BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. v. 68, n. 2, pp. 415-434, 1973.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 12, pp. 198-211, 1996.

BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 15.ed. Paris: LGDJ, 2016.

BERNHEIM, B. Douglas; WHINSTON, Michael D. Incomplete contracts and strategic ambiguity. *The American Economic Review*. v. 88, n. 4, pp. 902-932, set. 1998.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *The journal of legal studies*. v. 21, n. 1, pp. 115-157, jan. 1992.

BESSONE, Mario. Contratti di adesione e natura "ideologica" del principio di libertà contrattuale. *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova*. v. 12, n. 2, pp. 415-428, 1973.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1921.

BIANCA, Cesare Massimo. *Istituzioni di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2014.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milão, Giuffrè, 2000.

BIANCA, Mirzia. La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy. *Rivista di diritto civile*. v. 61, n. 4, pp. 841-862, jul./ago. 2015.

BIRCH, Kean; MUNIESA, Fabian. Introduction: Assetization and Technoscientific Capitalism. In: \_\_\_\_\_. *Assetization*. Cambridge: MIT Press, 2020.

BIRCH, Kean. Technoscience Rent: Toward a Theory of Rentiership for Technoscientific Capitalism. *Science, Technology & Human Values*. V. 45, n. 1, pp. 1-33, 2020.

BIROCCHI, Ítalo. Tullio Ascarelli ao tempo do regime fascista: A ascensão de um comercialista irregular (1923-1938). In: LOPES, José Reinaldo de Lima et al. *Nas trilhas de Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

BREMKAMP, Till. *Causa: Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*. Berlim: Duncker & Humblot, 2008.

BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

BYDLINSKI, Franz. *System und Prizipien des Privatrechts*. Viena: Österreich, 2013.

CAFAGGI, Fabrizio. Costumbre y derecho en los contratos mercantiles transnacionales: una perspectiva coevolutiva. *Revista de Derecho Privado*. n. 45, pp. 209-240, 2023.

CALVERT, Randall L. Rational actors, equilibrium, and social institutions. In: KNIGHT, Jack; SENED, Itai. *Explaining social institutions*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998.

CALVO, Roberto. *L'equità nel diritto privato: Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*. Milão: Giuffrè, 2010.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du Droit Civil: Notions générales*. 5.ed. Paris: A. Pedone, 1929.

CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019.

CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CATAPANI, Márcio Ferro. Os costumes mercantis e o seu assentamento pela JUCESP. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 50, n. 158, pp. 27-58, abr./jun. 2011.

CATAUDELLA, Antonino. L'uso abusivo di princípi. *Rivista di diritto civile*. v. 60, n. 4, pp. 747-763, 2014.

CHANG, Ha-Joon. Institutions and economic development: theory, policy and history. *Journal of Institutional Economics*. v. 7, n. 4, pp. 473-498, 2011.

CHARMATZ, Hans. *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*: Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge. Frankfurt sobre o Meno: Sauer & Auvermann, 1968.

CHEVALLIER, Jacques. Les soubassements idéologiques de la notion d'ordre public économique. In: LAGET-ANNAMAYER, Aurore. *L'ordre public économique*. Paris: LGDJ-Extenso, 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: \_\_\_\_\_. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Foro Italiano, 1930.

CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: The case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*. v. 119, pp. 848-924, 2010.

CIOFFI, Carmine. Tipo contrattuale. In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/tipo-contrattuale\\_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/tipo-contrattuale_(Diritto-on-line)/). Acesso em: 8 maio 2021.

CIPRIANI, Nicola. Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto. *Rivista di diritto privato*. v. 4, pp. 487-503, 2021.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. Locação em shopping centers. *Revista do Advogado*. v. 30, n. 109, pp. 56-61, maio 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COLLINS, Hugh. Advice on research regarding Innominate Contracts [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <angelogpc@gmail.com> em 15 ago. 2022.

COLLINS, Hugh. Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens. In: GRUNDMANN, Stefan; MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. *Contract governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Londres: Butterworths, 1993.

COMIRAN, Giovanna Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

COMIRAN, Giovanna Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: \_\_\_\_\_. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Equidade (julgamento com equidade e julgamento por equidade). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 37, pp. 221-234, 2000.

COSSIO, Carlos. Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina). *Revista Jurídica Argentina La Ley*. v. 56, pp. 835-861, 1949.

COSTANZA, Maria. *Il contratto atipico*. Milão: Giuffrè, 1981.



- COUARD, Julien. L'abus de droit: um concept polysémique? *Les Cahiers Portalis*. v. 11, n. 1, pp. 21-35, 2024.
- CRAWFORD, Sue E. S.; OSTROM, Elinor. A grammar of institutions. *The American Political Science Review*. v. 89, n. 3, pp. 582-600, set. 1995.
- CRICENTI, Giuseppe. Contratto – causa – funzione individuale concreta – carenza – nullità. *Diritto e giurisprudenza*. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile. v. 122, n. 3, pp. 437-445, 2007.
- CRICENTI, Giuseppe. Frazionamento contrattuale e frode ala legge. *La nuova giurisprudenza civile commentata*. v. 23, n. 9, pp. 385-390, set. 2007.
- CRICENTI, Giuseppe. In tema di contratto inutile. *Diritto e giurisprudenza: Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*. v. 122, n. 3, pp. 437-445, mar. 2007.
- CRUET, Jean. A vida do direito e a inutilidade das leis. Lisboa: José Bastos & Cia., 1908.
- CRUZ, Paulo Márcio; NOLDIN, Pedro Henrique Piazza. A relativização da autonomia da vontade no âmbito de contrato de factoring: uma análise acerca do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.711.412/MG. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 53, n. 178-179, ago. 2019/jul. 2020, 2020.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1931.
- CZIUPKA, Johannes. *Dispositives Vertragsrecht: Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- DAGAN, Hanoch; HELLER, Michael. *The choice theory of contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- DALMARTELLO, Arturo. *I contratti delle imprese commerciali*. Pádua: CEDAM, 1962.
- DANZ, Eric. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*. Jena: Gustav Fischer, 1906.
- DAVIS, Lance; NORTH, Douglass. Institutional Change and American Economic Growth: A First Step Towards a Theory of Institutional Innovation. *The Journal of Economic History*. v. 30, n. 1, pp. 131–149, 1970.
- DE NOVA, Giorgio. *Il contratto alieno*. Torino: Giappichelli, 2010.
- DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974.
- DEAKIN, Simon et al. Legal institutionalism: capitalism and the constitutive role of law. *Journal of Comparative Economics*. v. 45, n. 3, pp. 188-200, fev. 2017.
- DEAKIN, Simon; LANE, Christel; WILKINSON, Frank. 'Trust' or Law? Towards an integrated theory of contractual relations between firms. *Journal of Law and Society*. v. 21, n. 3, pp. 329-349, set. 1994.
- DEDEK, Helge. A particle of freedom: Natural Law through and the Kantian theory of transfer by contract. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. v. 25, n. 2, pp. 313-346, jul. 2012.
- DEL PRATO, Enrico. Contratti misti: variazioni sul tema. *Rivista di diritto civile*. v. 58, n. 1, pp. 87-120, jan./fev. 2012.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. v. 31, n. 30/31, pp. 213-260, 1988.
- DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 6. ed. Barcelona: Tecnos, 1992.
- DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Paris: Jean Baptiste Coignard, 1689.
- DONAHUE JR., Charles. Equity in the courts of merchants. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. v. 72, n. 1-2, pp. 1-35, jan. 2004.
- DUARTE, Rui Pinto. Notas sobre o contrato de factoring. In: *Novas perspectivas do direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1988.

- DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000.
- DUPICHOT, Jacques. Pour un retour aux textes: défense et illustration du Petit Guide-Ane des articles 1156 a 1164 do Code Civil. In: *Études offertes à Jacques Flour*. Paris: LGDJ, 2013.
- ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. IFN Working Paper n. 1044, 2014.
- ELLER, Klaas. Comparative genealogies of "Contract and Society". *German Law Journal*. v. 21, pp. 1393-1410, 2020.
- ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg: Winter, 1953.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Recht der Schuldverhältnisse: Ein Lehrbuch*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958.
- ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1934.
- ESCARRA, Jean. De la valeur juridique de l'usage en droit commercial. *Annales de Droit Commercial*. pp. 97-123, 1910.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. The paths to a progressive European code of private law. *European Law Open*. v. 1, n. 2, pp. 436-445, jun. 2022.
- FEMIA, Pasquale. Desire for text: Bridling the divisional strategy of contract. *Law and contemporary problems*. v. 76, n. 2, pp. 151-168, 2013.
- FERNÁNDEZ, Luis F. P. Leiva. Bases para un Código Iberoamericano de contratos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. v. 4, pp. 593-619, 2011.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Poteri nuovi: Privati, penetrante, opachi*. Bolonha: Il Mulino, 2022.
- FERRARESE, Maria Rosaria. An entrepreneurial conception of Law? The American model through Italian eyes. In: NELKEN, David. *Comparing Legal Cultures*. Nova York: Routledge, 2016.
- FERRARESE, Maria Rosaria. Europe and institutional change. Law: from science to "fit for purpose"? *Économie et institutions*. v. 23, pp. 1-12, 2015.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERRI, Giovanni Battista. Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942). *Rivista Diritto Commerciale*. v. 1, pp. 367-394, 1996.
- FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959.
- FIORI, Roberto, Bona Fides: formação, execução e interpretação del contratto nella tradizione civilistica (parte prima), in: CARDILLI, Riccardo et al (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. Nápoles: Jovene Editori Napoli, 2006.
- FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: An economic sociology of Twenty-First Century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- FOËX, Bénédict. *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*. Lausanne: Payot, 1987.
- FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa. O contrato de "leasing". In: BITTAR, Carlos Alberto. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier.

*Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FORGIONI, Paula. Contratos empresariais e arbitragem: sugestões práticas para a redação de instrumentos contratuais. *Revista de arbitragem e mediação*. v. 16, n. 61, pp. 37-56, abr./jun. 2019.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 12, n. 45, pp. 229-245, abr./jun. 2015.

FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. L'integrazione il mercato comune e l'unificazione del diritto dell'America Latina. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 68, n. 1, pp. 279-309, 1973.

FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo. A dissolução parcial de sociedade, o dever de cooperação entre sócios e a contenção ao oportunismo excessivo. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A evolução do direito empresarial e obrigacional*. 18 anos do Código Civil. Societário & Direito de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. Contratos empresariais atípicos: Atuais desafios para a sua compreensão e tratamento jurídico. *Jota*. 5 abr. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-atipicos-05042017>. Acesso em: 30 abr. 2023.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FRÉCHETTE, Pascal. La qualification des contrats: aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*. v. 51, n. 2, p. 375-424, 2010.

FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. Nova York: The Free Press, 1992.

GABRIELLI, Enrico. *Autonomia privata: dal contratto alla crisi d'impresa*. Pádua: CEDAM, 2020.

GABRIELLI, Enrico. Causa, tipo y teoria del contrato. *Jus Civile*. v. 10, pp. 651-693, 2013.

GABRIELLI, Enrico. Contratto e operazione economica. In: SACCO, Rodolfo. *Digesto delle discipline privatistiche: Sezione Civile*. Turim: Wolters Kluwer Italia, 2011.

GABRIELLI, Enrico. Mercato, contratto e operazione economica. *Rassegna di diritto civile*. v. 4, pp. 1044-1060, 2004.

GALGANO, Francesco. Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio. In: \_\_\_\_\_. *Contratto e impresa*. Padova: CEDAM, 2000.

GABRIELLI, Enrico. Tipo contrattuale. In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1999.

GABRIELLI, Enrico. *Il pegno anomalo*. Pádua: CEDAM, 1990.

GALGANO, Francesco. The new lex mercatoria. *Annual survey of International & Comparative Law*. v. 2, n. 1, pp. 99-110, 1995.

GALGANO, Francesco. The new lex mercatoria. *Annual survey of International & Comparative Law*. v. 2, n. 1, pp. 99-110, 1995.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. Utilização de espaços nos "Shopping Centers" – Parecer. *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, t. II, 1990.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Contrato de Shopping Center. *Revista da EMERJ*. v. 5, n. 18, pp. 187-227, 2002.

GARGOLLO, Javier Arce. *Contratos mercantiles atípicos*. Cidade do México: Porrúa, 2010.

GARNIER, Florent. De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIXe siècle et au début XXe siècle. *Quaderni Fiorentini*. v. 41, pp. 399-327, 2012.

GAROFALO, Andrea. *Le regole costitutive del contratto: contributo allo studio dell'autonomia privata*. Nápoles: Jovene Editore, 2018.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 7.ed. Madri: Aguirre, 1976.

GAßNER, Otto. Rechtsanwendung beim doppeltypischen Vertrag am Beispiel der Werkdienstwohnung. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 186, n. 4, pp. 325-355, 1986.

GASTALDI, José María. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

GAZZONI, Francesco. *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*. Vicalvi: Key, 2017. P

GEISSBUEHLER, Grégoire. *Le recouvrement privé de créances: Aspects contractuels et protection du débiteur*. Genebra: Schulthess, 2016.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris: LGDJ, 1919.

GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: Parte general y especial*. 4.ed. Buenos Aires, Astrea, 1998.

GHESTIN, Jacques. The contract as economic trade. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts: Theories and applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAU, Gilles. *Traité de droit civil*. 4.ed. Paris: LGDJ, 1994.

GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de philosophie du droit*. v. 26, pp. 35-58, 1981.

GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980.

GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GOMES, M. Januário da Costa. *Contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. v. 4, pp. 765-793, dez. 2010.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão (condições gerais dos contratos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos Built to Suit: Aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

GORLA, Gino. *Teoria e prática da compra e venda*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960.

GRANOVETTER, Mark S. The strength of weak ties. *American Journal of Sociology*. v. 78, n. 6, pp. 1360-1380, maio 1973.

GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. *American Journal of Sociology*. v. 91, n. 3, pp. 481-510, nov. 1985.

GRAS, Nicolas. *Essai sur les clauses contractuelles*. 2014 (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand, 2014.

GRAU, Eros. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 96, pp. 423-433, 2001.

GRIGOLEIT, Hans Christoph. Dogmatik – Methodik – Teleologik. In: GRIGOLEIT, Hans Christoph.; PETERSEN, Jens. *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2017.

GRILLET-PONTON, Dominique. *Essai sur le contrat innommé*. 1982 (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Université Jean Moulin-Lyon III, Lyon, 1982.

GRONDONA, Mauro. *L'ordine giuridico dei privati: premesse teorico-generalis per uno studio sul diritto dispositivo in âmbito contrattuale*. Turim: Ibl, 2008.

GROSSI, Paolo. Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione). In: CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (Org.). *Dialoghi con Guido Alpa: Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*. Roma: Roma Tre Press, 2018.

GRUNDMANN, Stefan. Economics and Private Law Institutions. In: GRUNDMANN, Stefan; MICKLITZ, Hans-W.; RENNERT, Moritz. *New Private Law Theory: a pluralist approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

GRUNDMANN, Stefan. Die Dogmatik der Vertragsnetze. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 207, n. 6, pp. 718-767, dez. 2007.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Cheque visado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 50, n. 158, pp. 27-58, abr./jun. 2011.

HADFIELD, Gillian K. *Rules for a flat world: Why humans invented law and how to reinvent it for a complex global economy*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

HAIGH, Richard. “It is trite and ancient law”: The High Court and the use of the obvious. *Federal Law Review*. v. 28, pp. 87-102, 2000.

HAUPT, Günther. *Über faktische Vertragsverhältnisse*. Leipzig: Weicher, 1941.

HAYEK, Friedrich von. *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Londres: Routledge, 1998. p. 36).

HELLWEGE, Phillip. Handelsbrauch und Verkehrssitte. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 214, n. 6, pp. 853-887, dez. 2014.

HOENIGER, Heinrich. *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*. Mannheim: Benheimer, 1910.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1923.

HUC, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. Paris: F. Pichon, 1894.

IÓRA, Natália Inez. *Os usos negociais e os contratos empresariais: O conteúdo, as funções e o alcance dos usos no processo contratual*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

IRTI, Natalino. La crisi dela fattispecie. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 1, n. 36, 2014.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 46, n. 145, pp. 44-49, jan./mar. 2007.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004.

IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato*. Milão: CEDAM, 1990.

JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralf. Private Law and the State: Comparative perceptions and historical observations. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. v. 71, n. 2, pp. 345-397, abr. 2007.

JOHNSTON, Jason Scott. Strategic bargaining and the economic theory of contract default rules. *The Yale Law Journal*. v. 100, pp. 615-664, 1990.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l'Abus des Droits*. 2.ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

JOUBERT, Nereus, Regsontwikkeling by nuwe verkeerstipiese kontrakte, *Journal of South African Law*, v. 1992, n. 2, p. 213–221, 1992.

JUSTO, António dos Santos. O princípio "pacta sunt servanda" (direitos romano e português). *Lusiada*. v. 25/26, pp. 31-42, 2021.

KACPRZAK, Agnieszka. La regola 'pacta sunt servanda' e la nascita della libertà contrattuale. *Zeszyty Prawnicze*. v. 19, n. 1, pp. 203-240, 2019.

KADENS, Emily. Cheating pays. *Columbia Law Review*. v. 119, pp. 527-590, 2019.

KADENS, Emily. The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*. v. 90, pp. 1153-1206, 2012.

KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: LGDJ, 2001.

KENNEDY, David. The "Rule of Law", political choices, and development common sense. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. *The new Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KERN, Christoph Alexander. *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

KNIGHT, Frank. Risk, uncertainty and profit. Nova York: Augustus M. Kelley, 1964.

KOMNATNAYA, Yulia et al. Genesis of International Commercial Custom (Lex Mercatoria): the Role of Rôles d'Oléron. *Advances in Economics, Business and Management Research*. v. 157, pp. 119-122, 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Comentários ao art. 113 do Código Civil. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Direito dos seguros: Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

KONDER, Carlos Nelson. Lacunas e mecanismos de integração sob a perspectiva civil-constitucional: análise a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça. *Prima@Facies*. v. 21, n. 47, pp. 176-198, maio/ago. 2022.

KONDER, Carlos Nelson. Tramonto o revirement della causa del contratto: influenze europee sul diritto brasiliano. In: CERQUEIRA, Gustavo; TEPEDINO, Gustavo. *Études en l'honneur du Professeur Iacyr de Aguilar Vieira*. Paris: Société de Législation Comparée, 2022.

KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

LA ROSA, Antonio Pavone. Usi normativi e usi negoziali. In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX. Milão, Giuffrè, 1961.

LAGADEC, Alain. *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Toulon, Toulon, 2017.

LAMBERT, Édouard. *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Paris: Giard et Brière, 1903.

- LARA, Carlos Torres y Torres. La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú: nacimiento, vida, pasión, muerte y resurrección del Derecho Mercantil. *Ius et praxis*. n. 5, pp. 65-82, 1985.
- LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista DireitoGV*. v. 2, n. 1, pp. 55-64, jan./jun. 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARENZ, Karl. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. *Neue Juristische Wochenschrift*. n. 51-52, pp. 1897-1900, 1956.
- LARENZ, Karl. Typologisches Rechtsdenken: Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. v. 34, pp. 20-30, 1940/1941.
- LATTES, Alessandro. *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*. Milão: Ulrico Hoepli, 1891.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Rompimento da boa-fé e conflito de interesses. In: \_\_\_\_\_. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004.
- LEAL, Victor Nunes. Classificação das normas jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*. v. 2, n. 2, pp. 931-948, 1945.
- LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971.
- LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- LEGRAND, Pierre. The impossibility of Legal Transplants. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*. v. 4, pp. 111-124, 1997.
- LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 45, n. 1, pp. 52-81, jan. 1996.
- LEISTNER, Matthias. *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. *Revista de direito civil contemporâneo*. v. 16, pp. 121-135, jul./set. 2018.
- LEONI, Bruno. *La liberté et le droit*. Lonrai: Éditions Les Belles Lettres, 2006.
- LEQUET, Pierre. *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*. Paris: LGDJ, 2022.
- LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération: contribution à la théorie générale du contrat*. Paris: Economica, 2012.
- LIBERTINI, Mario. Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia. *Rivista delle società*. v. 58, n. 1, pp. 1-41, jan./fev. 2013.
- LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha, para uso da mocidade portuguesa, destinada ao commercio*. Lisboa: Imprensa Regia, 1811.
- LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. 6.ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: A criação dos Tribunais de Comércio do Império. *Cadernos DireitoGV*. v. 4, n. 6, nov. 2007.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

LORENZETTI, Ricardo. Contratos modernos ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo – problemas contractuales típicos – finalidad supracontractual y conexidad. *Revista AEU*. v. 82, n. 1-12, pp. 33-48, jan./dez. 1996.

LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, pp. 311-332.

LOTMAR, Phillip. *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1902.

LYOTARD, Jean-François. *The inhuman: reflections on time*. Oxford: Polity Press, 1991.

LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: A report on knowledge*. Manchester: Manchester University Press, 1984.

MACAULAY, Stewart. The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MACAULAY, Stewart. Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian MacNeil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*. v. 94, n. 3, pp. 775-804, 2000.

MAGANZANI, Lauretta. Della tipicità contrattuale a partire dall'esperizna giuridica romana. *Jus*. v. 2-3, pp. 391-445, 2020.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. Conta conjunta bancária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 14, n. 53, pp. 127-157, jul./set. 2011; ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient law: Its connection with the early history of Society and its relation to modern ideas*. Boston: Beacon Press, 1963.

MAIOLO, Francesca. Il controllo sulla causa tra assenza e illiceità. *La nuova giurisprudenza civile commentata*. v. 25, n. 1, pp. 1-11, jan. 2009.

MAISTO, Filippo. *Diritto contrattuale avanzato*. Limena: Libreria Universitaria, 2022.

MALAURIE, Philippe. *L'ordre public et le contrat (Les contrats contraires à l'ordre public)*. Étude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S. Reims: Martot-Braine, 1953.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília: UnB, 2003.

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

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract: a comparative treatise*. 2.ed. Oxford: Hart, 2006.

MARKESINIS, Basil. Cause and Consideration: A Study in Parallel. *The Cambridge Law Journal*. v. 37, n. 1, pp. 53-75, abr. 1978.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. [edição eletrônica] 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring. Munique: C. H. Beck, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



- MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de buy or sell na perspectiva do Direito das Obrigações. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra). *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 5, pp. 71-81, jul./set. 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: \_\_\_\_\_. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de construção. “Contratos-aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 1, pp. 315-351, out./dez. 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: Teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 55, pp. 321-381, jan. 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*. v. 16, n. 45, pp. 213-244, mar. 1989.
- MARTINS, António Payan. O contrato de patrocínio – Subsídios para o estudo de um novo tipo contratual. *Direito e Justiça*. v. 12, n. 2, pp. 187-243. 1998.
- MARTINS, Maria Inês de Oliveira, Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MATTIONI, Matteo. Sul ruolo dell’equità come fonte del diritto dei contratti. *Rivista di Diritto Civile*. v. 60, n. 3, pp. 567-96, maio/jun. 2014.
- MAURELLI, Roberto. *Frode alla legge e diritto del lavoro*. Turim: Giappichelli, 2020.
- MAUS, Ingeborg. *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich: Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie*. Berlin: Suhrkamp, 2018.
- MAVOUNGOU, Larios. Les pouvoirs privés économiques à l’épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance. *Revue Internationale de Droit Économique*. v. 1, n. 33, pp. 49-62, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Advanced Introduction to New Institutional Economics*. Londres: Elgar, 2022.
- MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milão: Giuffrè, 1972.
- MESSINEO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milão, Giuffrè, 1958.
- MESTRE, Jacques. L’ordre public dans les relations économiques. In: REVET, Thierry. *L’ordre public à la fin du XXe siècle*. Paris: Dalloz, 1996.

- MICHAELS, Ralf. Response: Legal Medievalism in *Lex Mercatoria* Scholarship. *Texas Law Review*. v. 90, pp. 259-268, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. [edição eletrônica] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin. A causa do contrato. *Civilistica.com*. v. 2, n. 1, pp. 1-24, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*. v. 86, n. 309, pp. 33-61, jan./mar, 1990.
- MOYSE, Pierre-Emmanuel. L'abus de droit: l'anténorme – Partie 1. *MacGill Law Journal*. v. 57, n. 4, pp. 859-920, jun. 2012.
- MUELLER, Bernardo. Beliefs, institutions and development on complex landscapes. *Economic Analysis of Law Review*. v. 7, n. 2, pp. 474-495, jul./dez. 2016.
- NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- NONNE, Luigi. I contratti d'impresa nel diritto italiano ed europeo: problemi attuali e prospettive future. *Rivista critica del Diritto Privato*. v. 30, n. 4, pp. 1-35, dez. 2012.
- NORTH, Douglass. Economic Performance through Time. Lecture to the memory of Alfred Nobel, December 9, 1993. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1993/north/lecture/>. Acesso em: 16 ago. 2021.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990.
- OECHSLER, Jürgen. Vertragstypen. In: VON STAUNDIGER, J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*. Berlin: Sellier – De Gruyter, 2008.
- OESTMANN, Peter. Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. v. 85, n. 4, pp. 409-437, 2002.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- OMAN, Nathan. *The dignity of commerce: markets and the moral foundations of Contract Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2016.
- OPPO, Giorgio. I contratti d'impresa tra Codice Civile e legislazione speciale. In: SIRENA, Pietro. *Il diritto europeo dei contratti d'impresa: Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*. Milão: Giuffrè, 2006.
- OPPO, Giorgio. *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*. Bolonha: Zanichelli. 1943.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madri: Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1914.
- OSTROM, Vincent. Some Problems in Doing Political Theory: A Response to Golembiewski's "Critique of 'Democratic Administration' and Its Supporting Ideation". *The American Political Science Review*. v. 71, n. 4, pp. 1508-1525, dez. 1977.
- PARDESSUS, J. M. *Cours de Droit Commercial*. Paris: Nève, 1841.

- PARDO, Gregorio-Jose Ortega. *Donaciones indirectas*. Madri: Anuario de Derecho Civil, 1949.
- PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 61, n. 1, p. 219–245, 2016.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Lund: Springer, 2008.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Interpretação de contrato atípico. Obrigação a termo incerto. Contrato bilateral. Impossibilidade de denúncia unilateral. Responsabilidade civil contratual. In: \_\_\_\_\_. *Obrigações e contratos. Pareceres de acordo com o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- PERRIN, Jean-François. *Pour une théorie de la connaissance juridique*. Genebra: Droz, 1979.
- PEZ, Thomas. L'ordre public économique. *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. v. 4, n. 49, pp. 43-57, 2015.
- PICCIOTTO, Sol. *Regulating global corporate capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- PICHONNAZ, Pascal. La concrétisation des changements sociaux dans le droit: éléments de réflexions. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. v. 70, n. 1, pp. 130-138. 2013.
- PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. Melancholy as a permanent transition in law and democracy. In: MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Claudia. *Innovation and transition in Law: Experiences and theoretical settings*. Madri: Dyckinson, 2020.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- PISTOR, Katharina. *The code of capital: how the law creates wealth and inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2019.
- PLANIOL, Marcel. Classification synthétique des contrats. *Révue Critique de Législation et de Jurisprudence*. v. 53, n. 33, p. 470–486, 1904.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit*. 2.ed. Paris: F. Pichon, 1902.
- POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001.
- POLANYI, Michael. *Personal knowledge: towards a post-critical philosophy*. Londres: Routledge: 1962.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie Portalis. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*. Paris: Joubert, 1844.
- POSNER, Richard A. The New Institutional Economics meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. v. 149, n. 1, pp. 73-87, mar. 1993.
- POTHIER, Robert-Joseph. *Oeuvres de Pothier: Traité des Obligations*. 9.ed. Paris: M. Siffrein, 1821.
- POTHIER, Robert-Joseph. *Oeuvres de Pothier: Traité des Obligations*. Paris: Siffrein, 1821.
- PRATA DE CARVALHO, Angelo. Nuda pactio obligationem non parit? Os contratos atípicos no Direito Romano e as dificuldades contemporâneas da herança romanística. In: COSTA-NETO, João; TARTUCE, Flávio; ZANITELLI, Leandro Martins. *Ensaio sobre*

*direito civil, filosofia do direito privado e direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. A catedral e suas sombras: o papel da ideologia na construção do argumento de autoridade a partir da economia no discurso jurídico. In: FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo, *Lei de liberdade econômica: perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Controle empresarial externo: A intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. Os contratos associativos no direito do agronegócio: perspectivas atuais sobre os contratos agrários à luz da teoria dos contratos relacionais. *Revista Brasileira de Direito do Agronegócio*. v. 2, pp. 85-112, jul./dez. 2019.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

PRÈS, Xavier. *Les sources complémentaires du droit d'auteur français: Le juge, l'Administration, les usages et le droit d'auteur*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1996.

PUGLIATTI, Salvatore. *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1951.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2021. P

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REDENTI, Enrico. *Dei contratti nella pratica commerciale*. Pádua: CEDAM, 1931.

RESTIVO, Carmelo. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*. Milão: Giuffrè, 2007.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

RIBEIRO, Ana Paula. *Das invalidades atípicas: Esboço de uma teoria gera*. Lisboa: USUS, 1993.

RIESSER, J. *Grundgedanken in den Codificierten Handelsrechten aller Länder*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1892.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROCHFELD, Judith. *Cause et type de contrat*. 1997. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Segurança jurídica e mercados. *Conjuntura econômica*. v. 61, n. 7, pp. 34-35, jul. 2007.

ROMAIN, Jean-François. L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme. In: ROMAIN, Jean-François et al. *L'ordre public: Concept et applications*. Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique. Bruxelas: Bruylant, 1995.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2021. pp. 7-8).

ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. 4. ed. Turim: Giappichelli, 2016.

ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho* (Uma contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RÖTHEL, Anne. *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit: Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2.ed. Paris: Sirey, 1951.

RUBIO, María Paz García. Ignorancia de la ley y las normas dispositivas. *Teorder*. n. 18, pp. 34-51, 2015.

RUEL, Frédéric. *La choix du type de contrat*. Lille: ANRT, 1997.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999.

RÜMELIN, Gustav von. *Dienstvertrag und Werkvertrag*. Tübingen: Mohr, 1905.

RUSSO, Anna Maria. I contratti misti. Tese de doutorado. Universidade Ca'Foscari. Veneza, 2017.

SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3.ed. Turim: UTET, 2004.

SACCO, Rodolfo. Liberté contractuelle, volonté contractuelle. *Revue internationale de droit compare*. v. 4, pp. 743-760, 2007.

SACCO, Rodolfo. L'abuso della libertà contrattuale. *Diritto privato*. v. 3, pp. 217-234, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia*. v. 5, n. 17, pp. 41-74, jan./mar., 2007.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp, 1840.

SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. *Virginia Law Review*. v. 94, pp. 1931-1961, 2008. pp. 1940-1942.

SCHLUEP, Walter R., *Innominatverträge*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1979.

SCHMIDT-KIMPLER, Walter. Grundlagen einer Erneuerung des Vertragsrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 147, n. 2, pp. 130-197, 1941.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Otto. Gemischte Verträge im Rechsschuldrecht. *Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. v. 60, pp. 106-228, 1912.

SEGOVIA, Lisandro. *Explicacion y critica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1892.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil (Fontes das obrigações: Contratos)*. Rio de Janeiro: Freitas Basstos, 1960.

SHEPSLE, Kenneth A. Studying institutions: some lessons from the rational choice approach. *Journal of theoretical politics*. v. 1, n. 2, pp. 131-147, 1989.

SHEPSLE, Kenneth A. What rules? Which game? In: GALIANI, Sebastian; SENED, Itai. *Institutions, property rights, and economic growth: the legacy of Douglass North*. Nova York: Cambridge University Press, 2014.

SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVEIRA, Newton. O contrato de “Franchising”. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SIMÃO, José Fernando. Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo. *Migalhas*. Abr. 2020. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/71AD0005D5AFC3\\_locacao.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/71AD0005D5AFC3_locacao.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2023.

SIMITIS, Konstantin. *Gutte Sitten und ordre public*. Marburgo: Elwert, 1960.

SIMON, Herbert. *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. Nova York: The Free Press, 1997.

SIMON, Herbert. Rationality as process and as product of thought. *The American Economic Review*. v. 68, n. 2, pp. 1-16, maio 1978.

SIMON, Victor. L'inscription des usages commerciaux dans l'ordonnancement juridique moderne. *Révue historique de droit français et étranger*. v. 94, n. 2, pp. 275-298, abr./jun. 2016. P

SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede. *Rivista di Diritto Civile*. v. 52, n. 4, pp. 415-427, 2006.

SKIDELSKY, Robert. *What's wrong with economics*. New Haven: Yale University Press, 2021.

SKIDELSKY, Robert. Answering the Queen's question: new approaches to economic challenges. In: LOVE, Patrick. *Debate the issues: new approaches to economic challenges*. Genebra: OECD, 2016.

SLOBODIAN, Quinn. *Globalists: The end of empire and the birth of neoliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

SMYTH, Russell. The authority of secondary authority: a quantitative study of secondary source citations in the federal court. *Griffith Law Review*. v. 9, n. 1, pp. 25-47, 2000.

STEC, P. et al. Gratuitous contracts. In: VERESS, E. *Contract Law in East Central Europe*. Miskolc-Budapeste: Central European Academic Publishing, 2022.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2000.

STOFFELS, Markus. *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *Free markets and social justice*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

TALAMANCA, Mario. La tipicità del sistema contrattuale romano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 86, pp. 44-64, 1991.

TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation: Étude sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1890.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Additamentos ao Código do Commercio*. Rio de Janeiro: Perseverança, 1878.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Relações contratuais e a funcionalização do direito civil. *Pensar: Revista de Ciências Jurídica*. v. 28, n. 1, pp. 1-10, jan./mar. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 20, pp. 11-13, abr./jun. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença*. v. 16, n. 1, pp. 173-189, jan./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TERCIER, Pierre. Des législateurs innommés. In: FORSTMOSER, Peter; TERCIER, Pierre; ZÄCH, Roger. *Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*. Zúrique: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.

TERRÉ, François. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

TEUBNER, Gunther. Contracting worlds: the many autonomies of private law. *Social & Legal Studies*. v. 9, n. 3, pp. 399-417, 2000.

TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *The Modern Law Review*. v. 61, n. 1, pp. 11-32, jan. 1998.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: \_\_\_\_\_ . *Global Law without a State*. Hanover: Dartmouth, 1997.

THALLER, Edmond. *Traité élémentaire de droit commercial: a l'exclusion du droit maritime*. 4.ed. Paris: A. Rousseau, 1910.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Tal Lei da Liberdade Econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 114, pp. 101-123, jan./dez. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Jus cogens – the determination and the gradual expansion of its material content. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 9, n. 9, pp. 29-44, 2009.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. *Revista DireitoGV*. v. 3, n. 1, pp. 151-186, jan./jun. 2007.

TRUBEK, David. Max Weber on Law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*. v. 753, n. 3, pp. 721-753, 1972.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

UNIDROIT. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Roma: UNIDROIT, 2016.

VAN DUZER, Chet. Hic sunt dracones: The geography and cartography of monsters. In: MITTMAN, Asa Simon; DENDLE, Peter J. *The Ashgate research companion to monsters and the monstrous*. Nova York: Routledge, 2012.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes et al. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. vol. 2, São Paulo: YK, 2017.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. O contrato de cessão financeira (factoring) no comércio internacional. In: (FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VELASCO, Julian. Just do it: An antidote to the poison pill. *Emory Law Journal*. v. 5, n. 2, pp. 849-908, 2003.

VELLOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil: artigos 1º a 6º*. Belém: UNAMA, 2005.

VELLUZZI, Vito. Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge. *Rassegna di Diritto Civile*. v. 1, pp. 183-223, 2004.

VETTORI, Giuseppe. La vincolatività. In: CHECCHINI, Aldo et al. *Il contratto in genere*. Trattato di Diritto Privato, diretto da Mario Bessone. Turim: G. Giappichelli, 2005.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 8, jul./set. 2016.

VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*. v. 106, pp. 101-150, out./dez. 2020.

VILAS, Ramon Lopes. *El subcontrato*. Madri: Tecnos, 1973.

VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 2.ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1902.

VON MISES, Ludwig. *Kritik des Interventionismus: Verstaatlichung des Kredits?* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.

VON TUHR, A. *Derecho civil: Teoria general del derecho civil alemán*. Buenos Aires, Marcial Pons, 1946.

VULPIANI, Giorgia. La nullità del contratto nel diritto civile italiano tra frammentazione, recupero e nuove tecnologie. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. n. 16, pp. 412-451, fev. 2022.

WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2018.

WEBER, Max. *Historia Económica General*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 2012.

WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978.

WEINRIB, Ernest J. Law as a Kantian idea of Reason. *Columbia Law Review*. v. 87, n. 3, pp. 472-508, abr. 1987.

WHITE, Barbara Ann. Coase and the courts: economics for the common man. *Iowa Law Review*. v. 72, pp. 577-635, 1987.

WICKER, Guillaume. La suppression de la cause et les solutions alternatives. In: SCHULZE, Reiner et al. *La réforme du droit des obligations en France: 5e Journées Franco-Allemandes*. Paris: Société de législation comparé, 2015.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1977.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WIELSCH, Dan. Contract interpretation regimes. *The Modern Law Review*. v. 81, n. 6, pp. 958-988, 2018.

WIETHÖLTER, Rudolf. *Las formulas magicas de la ciencia juridica*. Madei: Editoriales de derecho reunidas, 1991.

WIGHTMAN, John. Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: how it works; where it is headed. *De economist*. v. 48, n. 1, pp. 23-58, 1998.

WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. Nova York: Oxford University Press, 1996.

WILLIAMSON, Oliver E. Il dialogo tra la nuova economia istituzionale e le altre scienze sociali. *Stato e mercato*. v. 40, n. 1, pp. 41-62, abr. 1994.

WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of Law and Economics*. v. 36, n. 1, pp. 453-486, abr. 1993.

WILLIAMSON, Oliver. Reflections on the New Institutional Economics. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. v. 141, n. 1, pp. 187-195, mar. 1985.

WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Pequim: China Social Sciences Publishing House, 1985. pp. 57-59.

WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Stuttgart: Ebner & Seubert, 1879.

ZANINI, Carlos Klein. A poison pill brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência. In: ADAMEK, Marcelo Vieira. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard. Vertrag und Versprechen: Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich. In: LORENZ, Stephan. *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. Berlim: Beck, 2005.

ZHANG, Lihong. *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*. Milão: Giuffrè, 2007.

ZOPPINI, Andrea. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. *Rivista di Diritto Civile*. v. 54, n. 5, pp. 515-541, set./out. 2008.



ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.