

A INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL À LUZ DA FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DO CONTRATO

José Eduardo Ribeiro de Assis¹

Inicialmente, faz-se necessária uma definição do sentido da *causa* do negócio jurídico. A palavra é polissêmica. Antonio Gambaro² observa que uma tentativa de catalogação de todos os sentidos da palavra *causa* feita por um grupo de autores italianos chegou a mais de cem possibilidades. Contudo, a *utilização* da idéia de *causa* pode ser sintetizada em quatro grandes grupos, a saber:

- a) a *causa* como critério para distinguir as promessas vinculantes das não vinculantes;
- b) a *causa* como critério taxionômico para a classificação das diversas modalidades contratuais^{3 4}. Aqui a *causa* poderá

¹ Advogado, especialista em Direito Privado (UFF/RJ) e em Direito Empresarial (PUC/RJ), Mestre (UGF/RJ) e Doutor em Direito (UGF/RJ). Procurador do Banco Central. Coordenador-Geral da Escola de Direito do Centro Universitário da Cidade.

² Gambaro, Antonio. *Causa y contrato*. In: **El contrato en el sistema jurídico latinoamericano – bases para un código latinoamericano tipo**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 1998, vol. 1, p. 166.

³ A *tipificação social*, fruto da prática reiterada de determinados contratos atípicos, traz ganhos mesmo quando o contrato ainda não tenha expressa previsão legal, como citado por Maria Helena Brito: “ – facilita a negociação: os operadores econômicos não têm a necessidade de, a cada momento, reinventar uma solução jurídica adequada para prosseguir a função econômico-social correspondente ao tipo social em causa;

- permite a referência simplificada a uma determinada realidade, uma vez que ao contrato socialmente típico é, em regra, atribuída uma designação global;

determinar quais elementos do esquema contratual podem variar, e quais não;

- c) a causa como instrumento de invalidação de contratos *contra legem*, imorais, abusivos, etc. Aqui não se quer reprimir algum modelo contratual de forma abstrata, mas sim invalidar um determinado contrato de forma concreta;
- d) a causa como critério interpretativo e integrativo do propósito das partes no contrato. ⁵

Vejamos como a questão das promessas vinculantes *versus* não vinculantes adquire relevância no Direito, tomando um exemplo imaginado por Carlos Cossio ⁶: imagine-se um contrato através do qual uma pessoa se obriga a ir a Nova Iorque se a outra for a Jerusalém. Este vínculo jurídico – não obstante formalmente perfeito – é absolutamente incompreensível para um terceiro alheio à relação contratual. O sistema jurídico pode amparar

- simplifica a discussão sobre a validade e efeitos jurídicos do contrato em causa, tendo em conta a elaboração, por via doutrinária, e jurisprudencial, de uma disciplina própria do tipo social;

- prepara a absorção legal de novas realidades: o tipo social tornar-se-á, naturalmente, quando de uma reforma legislativa, tipo legal. ” (Brito, Maria Helena. O contrato de concessão comercial, *apud* Forgioni, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo, RT, 2005).

⁴ “A classificação do contrato concreto num tipo contratual legal ou a sua qualificação como ‘contrato misto’ tem uma dupla importância. Por um lado, pode resultar daí que para um contrato de tal espécie existam pressupostos de validade especiais, por exemplo, o requisito da forma do § 518 do BGB, se se tratar da compra de um terreno. A classificação pode também ser importante em relação à questão de se existe uma proibição legal ou se se requer uma autorização da entidade pública. Por outro lado, da classificação depende a aplicabilidade de normas legais, na sua maior parte de natureza dispositiva, que complementam o acordo.” (Larenz, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 359).

⁵ Vejamos os termos do art. 286 do Código Civil Paraguaiense, ao tratar do erro: “286 – No será válida la declaración de voluntad cuando el error recayere sobre algunos de los puntos siguientes: ...*omissis*... c) la causa principal del acto, o la cualidad que verosíblemente se tuvo en mira como esencial, según la práctica de los negocios”. A respeito da relevância da causa como elemento de interpretação, cabe lembrar a opinião de Darcy Bessone, para quem “o contrato, destinando-se a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza *patrimonial*, tem sempre uma *finalidade econômica*, que é a sua causa. É importantíssimo para a interpretação, professa Danz, conhecer os *fins econômicos* que as partes tinham em vista ao contratar; o Direito ampara a consecução desses fins e, portanto, o juiz, para poder conceder a devida proteção do Direito ao negócio jurídico, ou a declaração de vontade de que se trata, tem que começar por conhecer exatamente aqueles fins.” (Bessone, Darcy. **Do contrato**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 225. Grifos do original).

⁶ Cossio, Carlos. **La “causa” y la comprensión en el derecho**. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969, p. 38 e seguintes.

este ajuste, determinando quem deva primeiro cumprir sua obrigação (o viajante a Jerusalém), acolhendo a exceção de contrato não cumprido para o outro contratante ou até mesmo estabelecendo a sanção contratual para o caso de descumprimento (perdas e danos); mas a correta compreensão do liame contratual somente se daria se fosse possível compreender o *sentido que liga um dever ao outro*, o que não é dado pelo teor do ajuste. O juiz, a quem cabe interpretar os fatos decorrentes da coexistência humana, não teria elementos para interpretar o sentido do contrato. Cossio sustenta que neste caso seria possível anular-se o contrato, p.ex, se o viajante de Jerusalém, ao retornar, exigisse que o outro fosse para Nova Iorque. Afirma ele que sustentar que o contrato seria válido per si, sem mais nem menos, seria supor que “la imputación contractual es algo más que el nexo lógico del pensamiento normativo; es suponer que es la causa de mi viaje a Nueva York.”⁷

A forma de classificação dos contratos originária do direito romano (contratos reais *versus* consensuais e solenes *versus* não solenes) nunca esteve imune a críticas. Hegel afirmava que a entrega da prestação ou a forma adotada não era inerente ao contrato e a “classificação dos contratos e o estudo adequado de suas diferentes hipóteses devem fundar-se não em circunstâncias exteriores, mas nas características próprias à natureza do contrato”.⁸ Desta forma, ele propõe a classificação em três categorias: a) os contratos de doação, que englobariam a doação propriamente dita; o comodato e o mútuo gratuito, onde há a cessão gratuita de um bem; e o depósito – também presumidamente gratuito - , onde há a prestação desinteressada de um serviço; b) os contratos de troca⁹, com a troca propriamente dita; a compra e venda (troca de algo por

⁷ Ob. cit., p. 40.

⁸ Hegel, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 76.

⁹ Hegel nega a teoria contratualista do Estado. Neste sentido, afirma Norberto Bobbio, expondo o pensamento de Hegel, que “no contrato se defrontam duas vontades idênticas, duas pessoas, que pretendem continuar, tanto uma quanto a outra, proprietárias, tanto é que aquilo que trocam é somente uma qualidade da propriedade (para dar um exemplo banal, num contrato de compra e

dinheiro); arrendamento e locação (troca de da utilização temporária de algo por dinheiro); contrato de trabalho, mandato, etc. e c) contratos de garantia.

Semelhante entendimento havia sido adotado anteriormente por Kant. Afirmava ele que conforme os “princípios de divisão lógica (racional) há, estritamente falando, apenas três tipos simples e puros de contrato”¹⁰. Mesmo reconhecendo a existência de contratos mistos¹¹ e empíricos, eles se encontrariam “além da esfera da doutrina metafísica do direito, que é tudo que deveria ser submetido a exame aqui”¹².

As três espécies simples citadas por Kant seriam: a) o contrato gratuito, caracterizado pela aquisição unilateral (os contratos de depósito, comodato e doação); b) os contratos onerosos, que se subdividiriam em b.1) o contrato para alienação de alguma coisa (a troca, a compra e venda e o mútuo); e b.2) o contrato de locação (englobando a locação propriamente dita, a locação de trabalho e o mandato); e c) os contratos que fornecem caução (o penhor, a fiança e o “assumir responsabilidade pela promessa de outrem [*fideiussio*]”¹³).

Como se vê, as classificações propostas por Kant e Hegel já

venda, o vendedor perde a propriedade da coisa mas adquire a propriedade do dinheiro; o comprador perde a propriedade do dinheiro mas adquire a da coisa). Assim, insiste: as duas pessoas permanecem independentes uma da outra (não obstante a relação de troca) e querem continuar como tais; e, portanto, o contrato procede do arbítrio da pessoa. Mas para o Estado vale o contrário: o Estado não procede do arbítrio dos indivíduos, porque os indivíduos pertencem ao estado por natureza (na medida em que nele nasceram), de sorte que entrar no Estado, ou dele sair, não é um ato de arbítrio” (Bobbio, Norberto. **Estudos sobre Hegel**. 2ª edição. São Paulo: UNESP, 1991, p. 123).

¹⁰ Kant, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 129.

¹¹ O conceito de causa serve para a própria caracterização dos contratos mistos. Afirma Milton Tavares, citando Gino de Gennaro, que “para a diferenciação entre os contratos mistos e a união de contratos, o fulcro da distinção estaria em que naqueles se verifica uma fusão das causas dos contratos integrantes, enquanto que nas uniões de contratos as causas de cada um dos contratos partícipes permaneceriam distintas e autônomas” (Tavares, Milton. **Contrato misto**. Salvador: S. A. Artes Gráficas, 1959, p. 62).

¹² Immanuel Kant, *ob. cit., loc. cit.*

¹³ Immanuel Kant, *ob. cit.*, p. 130.

vislumbravam tomar como referência a *função* de cada contrato.

Mais modernamente, a adoção da idéia de causa permite uma classificação tomando como referência a função econômico-social de cada contrato. De fato, “la clasificación de los contratos según la función económica tiene una relevancia fundamental en materia jurídica puesto que permite identificar la causa del negocio, efectuando el pertinente juicio de regularidad del mismo a nivel de las exigencias normativas predicables de tal elemento estructural existencial”.¹⁴

Desta forma, podemos agrupar os contratos nas seguintes categorias¹⁵:

A – contratos com função de câmbio de titularidade – estes contratos buscam transferir a propriedade de um dos contratantes para o outro. O principal representante desta categoria seria a compra e venda¹⁶, mas podemos também citar a permuta, a cessão de créditos (não obstante tratada pelo nosso direito como forma de transmissão das obrigações) e o contrato estimatório.

B – contratos com função de transferência de uso – a propriedade não sofre qualquer alteração, transferindo-se apenas o uso da coisa. Aqui

¹⁴ Russo, Jorge Rodrigues. **La interpretación del contrato**. Montevideú: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 36.

¹⁵ A classificação é proposta por Lorenzetti, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos – parte general**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 239, mas claramente inspirada na taxionomia adotada na **Teoria Generale delle obbligazioni** de Emilio Betti, vol. III, p. 81 e seguintes.

¹⁶ “Assim sendo, a causa de um negócio jurídico difere dos motivos que levaram as partes a realizá-lo. Com efeito, a causa se determina objetivamente (é a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico); já o motivo se apura subjetivamente (diz respeito aos fatos que induzem as partes a realizar o negócio jurídico). No contrato de compra e venda a causa é a permuta entre a coisa e o preço (essa é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo; essa é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam os compradores). Os motivos são infinitos (assim, por exemplo, alguém pode comprar uma coisa para presentear com ela um amigo).” Trecho do voto do Min. Moreira Alves no Recurso Extraordinário 85.619, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 28.11.1978, publicado na RTJ 89/200.

entram a locação ¹⁷, o comodato e o arrendamento rural.

C – contratos com função financeira - a finalidade é o aproveitamento

¹⁷ Com base nesta classificação, afastam-se os entendimentos equivocados que sustentam que o locador precisa ser proprietário da coisa. A questão já foi inclusive apreciada pelo Eg. STJ, que corretamente firmou o entendimento de que “o contrato de locação vincula locador e locatário. A eles se refere o conteúdo da relação ‘ex locato’. Não alcança terceiro, ainda que o proprietário do imóvel alugado. A locação gera direito pessoal” (STJ, acórdão unânime da Sexta Turma no Resp 58282/RJ, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgado em 13.3.95, publicado no DJ de 3.4.95, p. 8.159). No mesmo sentido há várias decisões recentes do TJRJ, a saber:

APELAÇÃO. Despejo por falta de pagamento, cumulada com cobrança de encargos vencidos. Contrato de locação comercial com prazo de cinco anos. Ausência de pagamento dos últimos 36 meses. Alegação de nulidade, ao argumento de que o locador não seria proprietário do imóvel, que se encontra na posse de pessoa jurídica que não contratou. A locação constitui direito pessoal, não real, seguindo-se o nenhum fundamento da objeção. A posse do locador decorre de título aquisitivo regular e foi reconhecida por título judicial definitivo. Valor do débito não impugnado. Desprovimento do recurso.

TJRJ, acórdão da Segunda Câmara Cível na apelação nº 2007.001.00190, relator

Des. Jessé Torres, julgado em 17.1.2007.

Despejo por falta de pagamento. Não se confunde a figura do locador com a do proprietário. Desnecessária a comprovação da titularidade do imóvel, para intentar a pretensão desalijatória em face do locatário. Para tanto basta que o autor demonstre que é locador, ou que esteja a ele equiparado. Nulidade do contrato de locação não demonstrada. Cerceamento de defesa que não se configurou, na espécie, vez que o réu não indicou, especificamente, na contestação, as provas que pretendia produzir, fato que autoriza o julgamento antecipado da lide. Sentença integralmente mantida. Recurso improvido.

TJRJ, acórdão da Quarta Câmara Cível na apelação nº 2006.001.55104, relatora

Des. Denise Levy Tredler, julgado em 16.1.2007.

Ação rescisória. Acórdão proferido em ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis e encargos. Pedido fulcrado nos incs. V, VII e IX do art. 485 do C.P.C.. Alegada alienação do imóvel locado no curso da locação. A condição de proprietário não é requisito indispensável para a titularidade de locador. O mero possuído, entre outros, pode ostentar tal condição. Os alugueres são devidos pelo locatário qualquer que seja a situação jurídica do locador. Se dúvida existir a quem pagar deve o devedor utilizar-se da ação consignatória. Inocorrência na hipótese de violação literal de lei. Inexistência de documento novo ou erro de fato capaz de sustentar o pedido rescisório. A eventual injustiça da sentença, a má apreciação da prova ou a errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da rescisória. Pedido improcedente.

TJRJ, acórdão do Órgão Especial na ação rescisória nº 2004.006.00101, relator Des.

Marcus Faver, julgado em 2.10.2006.

econômico do dinheiro. O exemplo clássico é o mútuo ¹⁸, mas também engloba os contratos de venda de *commodities* ¹⁹, o *leasing* ²⁰, o câmbio e os contratos bancários em geral.

D – contratos com função de garantia – ajuste tipicamente acessório, tem como finalidade garantir o cumprimento de outras obrigações. O exemplo

¹⁸ E aqui Betti critica os que dizem que a entrega da coisa no contrato de mútuo seria um requisito meramente formal, eis que “nos contratos de crédito, para que a função de crédito se torne operante, exige-se (a menos que a fonte de obrigação seja a promessa) o efetivo recebimento, e a entrega não é, como afirma Forchielli, forma necessária, mas elemento possessório essencial do próprio concerto de interesses, a que se começa a dar atuação com a transferência, já que, sem ela, uma obrigação de restituição não seria sequer imaginável” (Betti, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 463)

¹⁹ Por exemplo, as operações realizadas na Bolsa de Mercadoria e Futuro. Não obstante envolvam mercadorias (café, gado, etc.), a liquidação é sempre financeira.

²⁰ “Restringe-se o princípio da autonomia da vontade frente ao princípio da boa fé, expressamente previsto pelo CDC, e ao da função social do contrato, que devem prevalecer diante de situações notoriamente desfavoráveis ao consumidor, que atentem contra a equidade, permitido ao juiz o controle do conteúdo contratual com supressão de cláusulas abusivas, a teor do art. 51, IV, e § 1º, III, do CDC.

Rescindido o contrato de arrendamento mercantil, adiantadas pelo arrendatário as parcelas relativas ao VRG, imperativa a devolução destas, sob pena de enriquecimento indevido do arrendante, diante da não consecução do fim colimado, causa do contrato, e em vista do qual parcelas foram antecipadas a título de preço de aquisição - VRG.” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acórdão da 4ª Turma Cível na apelação cível 20020110369795, relator Des. Mario Machado, julgado em 10/11/2003, publicado no DJ de 03/12/2003, p. 65). No mesmo sentido era o entendimento do Eg. STJ, como podemos ver nas seguintes decisões: “A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, “c”, c/c o art. 11, da Lei n. 6.099, de 12.09.75, alterada pela Lei n. 7.132, de 26.10.83), com o desaparecimento da causa do contrato” (STJ, acórdão da Quarta Turma no REsp 218.041-RS, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 02/09/1999, publicado no DJ de 25.10.1999 p. 91 e na JSTJ vol. 12 p. 179. No mesmo sentido, vide os REsp 235159 / RS (Terceira Turma, relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 12/12/2000, publicado no DJ 13.08.2001 p. 146); REsp 236043 / RS (Terceira Turma, relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 09/11/2000, publicado no DJ de 18.12.2000 p. 185); REsp 166648 / RS (Quarta Turma, relator Ministro Barros Monteiro, julgado em 19/10/2000, publicado no DJ de 11.12.2000 p. 203); e REsp 181.095-RS (Quarta Turma, relator Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18/03/1999, publicado no DJ de 09.08.1999 p. 172 e nas RSTJ vol. 124 p. 380 e vol. 155 p. 398). Este entendimento deu origem à súmula 263 do STJ (“A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”), posteriormente cancelada pela súmula

típico é a fiança, mas engloba a promessa de fato de terceiro, a hipoteca²¹ e o depósito em garantia²².

E – contratos com função de custódia – há a entrega de uma coisa para guarda e conservação. O modelo é o depósito²³ clássico²⁴, mas podemos

293 (“A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”).

²¹ “Así por ejemplo, el artículo 2326, inciso final, en materia de hipoteca, establece que ésta puede otorgarse *antes* de los ‘contratos’ – debió decir obligaciones – a que acceda. Una interpretación exclusivamente literal del precepto, desligada del negocio que reglamenta y la función jurídico-económica que el mismo cumple, conduciría sin duda a admitir la viabilidad en el sistema de una hipoteca ‘autónoma’, sin obligación principal a la cual debería acceder. Sin embargo, si se atiende a la función socioeconómica que desempeña el tipo negocial que la norma disciplina, conduce al intérprete a una conclusión diametralmente opuesta...*omissis*... Por consiguiente, como enseña Gamarra, no es que la hipoteca pueda ‘otorgarse antes de los contratos a que acceda’, sino que puede constituirse para asegurar un crédito emergente de una relación de base actual”(Russo, Jorge Rodrigues. **La interpretación del contrato**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 36. Grifos do original). A referência legal é ao Código Civil do Uruguai, que tem a seguinte redação:

“Art. 2326 – La hipoteca podrá otorgarse bajo condición y desde o hasta cierto día.

Otorgada bajo condición suspensiva o desde cierto día, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción.

Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda y correrá desde que se inscriba.”

²² Vide item e notas seguintes.

²³ “En el depósito la obligación de custodiar que asume el depositario es la prestación fisonómica pues, como enseña Gamarra, ella existe también en otros contratos como el comodato o la prenda, pero sólo en aquél es el fin exclusivo, mientras que en estos tiene un carácter accesorio o instrumental” (Russo, Jorge Rodrigues. **La interpretación del contrato**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 46). Da mesma forma, o contrato firmado entre cliente e seu advogado, onde os documentos são entregues a este para guarda e posterior ajuizamento da ação, não caracteriza o depósito (neste sentido STJ, HC 11551 / SP, Quarta Turma, relator Min. Barros Monteiro, julgado em 21/03/2000 e publicado no DJ 05.06.2000 p. 161, na LEXSTJ vol. 134 p. 40, e na RSTJ vol. 139 p. 319). Aqui há a guarda mas não é ela a função primordial do contrato, mas mero instrumento para atingir um fim diverso.

²⁴ O conceito de *depósito clássico* foi criado pelo STJ para caracterizar o depósito voluntário, ainda que de coisas fungíveis (o denominado depósito irregular). No denominado *depósito clássico* há a entrega da coisa – fungível ou infungível – para a guarda, desatrelado de qualquer negócio subjacente. É o depósito tal qual sua origem no direito romano. A distinção se fez necessária porque o STJ entendeu que no depósito clássico, **onde o elemento fidúcia sobreleva**, cabe a prisão civil. Como dito por Arnaldo Wald, somente “protegendo de modo particular a confiança que é o fundamento do contrato de depósito, a lei civil admite a prisão do depositário infiel” (Wald, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 14ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 452. No mesmo sentido é a posição de Azevedo, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000, p.88). Neste sentido, se decidiu que “o depositário infiel, que se obrigou por ter firmado contrato clássico, ainda que de coisas fungíveis, desatrelado do mútuo, está sujeito à prisão civil” (STJ,

citar também o contrato atípico de locação de vaga de garagem ²⁵.

F – contratos com função de colaboração gerencial – alcança a prática de atos jurídicos e materiais. No primeiro caso, o exemplo típico é o mandato, cabendo citar a corretagem, comissão e agência. No segundo caso, a locação de serviços, a empreitada e o transporte.

G – contratos com função de colaboração associativa – duas ou mais partes contratam para obter um fim comum. O modelo seria o contrato de sociedade ²⁶, mas entram também as parcerias agrícola e pecuária (do

acórdão unânime da Quarta Turma no HC 16666, julgado em 6.11.2001, publicado no DJ de 8.4.2002, p. 218). Desta forma, a proeminência da *função de custódia* é que ira determinar o cabimento ou não da prisão civil, afastando a jurisprudência anterior que negava a possibilidade da prisão no depósito irregular. Quando *a função do depósito não for de custódia mas meramente de garantia, não caberá a prisão civil do depositário infiel*. Cite-se novamente a posição do Eg. STJ: “Incabível a pena prisional dos devedores quando não caracterizada a hipótese de depósito clássico, mas, sim, quando os semoventes são dados em garantia de financiamento obtido mediante cédula de crédito rural. Precedentes do STJ”. (STJ, acórdão da Quarta Turma no REsp 193728, relator Min. Aldir Passarinho, julgado em 24.8.2004, publicado no DJ de 21.2.2005, p. 182). A *função de custódia* também serve para diferenciar o depósito irregular do mútuo, tema que gera discussão diante dos termos do artigo 645 do nosso Código Civil (“O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”). Neste sentido, já se decidiu que “o cliente do banco tem fundamental interesse na guarda, por estabelecimento de sua confiança, do capital depositado, para o ter à sua disposição. **Esse interesse influi na causa do contrato que assim não coincide com a do mútuo**, embora, do ponto de vista do banco, o interesse de obter recursos para a realização de operações ativas empreste ao contrato função análoga ao *utendum dare* daquele”. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais acórdão da Primeira Câmara Cível no processo 1.0000.00.350556-7/000(1), relator Des. Eduardo Andrade, julgado em 10.5.2005, publicado em 10.6.2005. Grifos nossos).

²⁵ “Contrato misto, de *locação* (uso de garagem) e de *depósito* (do veículo), podendo, ainda, associar-se a outra forma mista pela prestação de serviços, onde os elementos são, do ponto de vista legal, conhecidos. É um contrato unitário. Quando o proprietário de veículo aluga (o locador), assume a responsabilidade da guarda ou se a garagem é de uso comum a vários veículos, e um terceiro que administra, estabelece uma solidariedade passiva entre o condomínio e aquele porque a guarda é delegada em nome do condomínio. E se um terceiro é quem presta o serviço de limpeza do veículo, estranho ao locatário – depositante – este é quem deve, certo que aqui surge um outro contrato, o de locação de serviços, outro vínculo obrigacional autônomo” (França, Pedro Arruda. **Contratos atípicos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 133).

²⁶ É importante ressaltar a natureza colaborativa como distintiva do contrato de sociedade. Cite-se, por todos, a lição de Tullio Ascarelli: “Que acontece, pois, na sociedade? Por um lado, parece-me inegável que, na *constituição da sociedade*, as várias partes têm interesses antagônicos, exatamente como nos contratos de escambo; por exemplo, no que respeita à avaliação das respectivas contribuições; à determinação da respectiva ingerência na administração; à distribuição dos lucros e das perdas. Cada sócio visa a tirar da própria contribuição o máximo lucro, pondo-se, destarte, em conflito com os demais. No contrato de sociedade o direito é tão consciente desse contraste que intervém (com as normas sobre a sociedade leonina) para limitar equitativamente as possíveis desproporções entre sócios.

código civil antigo) e os acordos societários (como o grupo de sociedades ²⁷ previsto no art. 265 da Lei 6.404/76).

H – contratos com função de colaboração associativa em redes – funciona através da união de contratos que convivem em um sistema conexo ²⁸. Jorge Mosset Iturraspe cita como exemplo o contrato sobre *transporte multimodal de mercaderías*, criado pela lei Argentina nº 24.921, de 12.1.1998, que se utiliza, no mínimo, de dois modos diferentes de transporte através do mesmo transportador que, por sua vez, “lo hace con los distintos ‘transportistas’ o ‘porteadores’, o bien con quienes han de efectuar los servicios de recolección, almacenaje, manipulación, consolidación, entrega, etcétera”²⁹.

I – contratos com função de previsão – Visam a prevenção dos riscos. O exemplo típico é o contrato de seguro, cabendo também citar o *factoring* ³⁰.

Do outro lado, no entanto, a constituição de uma sociedade representa apenas um primeiro passo: a sociedade, uma vez constituída, visa a uma finalidade comum a todos os sócios, todos interessados na melhor realização dela; constitui um instrumento que, uma vez constituído, favorece a todos os sócios” (Ascarelli, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 376. Grifos do original). Nas palavras de Betti, “diferencia-se a cooperação associativa da sinalagmática ou comutativa porque, enquanto, nesta, a vantagem de um é em prejuízo do outro, que é obrigado a fornecê-la, naquela, riscos e vantagens de um são também riscos e vantagens dos outros associados” (Betti, Emilio. **Teoria Geral das obrigações**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 474).

²⁷ Acordo através do qual duas ou mais sociedades anônimas “celebram uma convenção pela qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns” (Lobo, Jorge. **Grupo de sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 113).

²⁸ A terminologia aqui não é uniforme. Como dito por Rodrigo Xavier Leonardo, “no direito italiano e no direito português, a interligação funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados tem sido tratada sob a expressão *contratos coligados*. No direito espanhol, privilegia-se a expressão *contratos conexos*. No direito francês, *grupos de contratos*. No direito anglo-saxão, contratos ligados (*linked contracts* ou *linked transaction*) ou *networks* contratuais e, por fim, no direito argentino, a expressão *redes contratuais*.”

A despeito da existência de algumas diferenças entre as abordagens feitas nos diversos sistemas jurídicos citados, verifica-se, porém, uma unidade na apreensão do fenômeno a ser estudado: contratos estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexos funcional-econômico que implica conseqüências jurídicas” (Leonardo, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p. 129. Grifos do original).

²⁹ Iturraspe, Jorge Mosset. **Contratos conexos**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 209.

³⁰ Aparentemente, o *factoring* teria como função primordial o aspecto financeiro e ficaria melhor

categorizado no item “c” supra. Contudo, as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro ressaltam o aspecto da prevenção de risco do *factoring*. Trata-se de operação muito próxima do desconto bancário, sendo que esta última é privativa das instituições financeiras, que se submetem à fiscalização do Banco Central. A diferença básica entre as duas modalidades é que no *factoring* o faturizador assume o risco da inadimplência dos créditos, risco este que não é assumido pela instituição financeira que realiza o desconto bancário. Caso o faturizador atribua este risco ao comerciante, estará descaracterizando a função essencial do contrato (a sua causa), e o ajuste poderá ser considerado como uma operação de desconto bancário realizada por instituição não autorizada pelo Banco Central (o que, além das consequências civis, como a limitação da taxa de juros – inaplicável às instituições financeiras -, é fato típico previsto pela legislação penal). Neste sentido, distanciando o *factoring* do desconto bancário, são as seguintes decisões do Eg. STJ:

COMERCIAL - "FACTORING" - ATIVIDADE NÃO ABRANGIDA PELO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - INAPLICABILIDADE DOS JUROS PERMITIDOS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

I - O "factoring" distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Dai que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros permitidos as instituições financeiras. E que as empresas que operam com o "factoring" não se incluem no âmbito do sistema financeiro nacional.

II - O empréstimo e o desconto de títulos, a teor de art. 17, da lei 4.595/64, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental.

III - Recurso não conhecido.

(REsp 119.705/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.04.1998, publicado no DJ de 29.06.1998, p. 161, na LEXSTJ vol. 111 p. 134, na RDR vol. 12 p. 240 e na RSTJ vol. 109 p. 161).

RECURSO DE "HABEAS CORPUS". EXAME APROFUNDADO DE PROVAS.



J- contratos com função de recreação – a função básica é o entretenimento. Aqui entram o jogo e a aposta, em todas as suas variações.

K – contratos com função extintiva – a função é a extinção de conflitos. O exemplo clássico é a transação, mas engloba também a mediação e a arbitragem.

L – contratos com função de gratuidade – há o interesse de favorecer

CRIME. APELAÇÕES PRIVATIVAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

"FACTORING". RECURSO IMPROVIDO.

1. O empréstimo e o desconto de títulos, a teor do art. 17, da lei 4.595/1964, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental.

2. O "factoring" distancia-se da instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso.

3. nestas circunstâncias, imprópria e inadequada a via do "habeas corpus" para o pretendido debate acerca da atipicidade do fato, de modo a extremar as operações de "factoring" daquelas próprias das instituições financeiras, ou da ausência do elemento subjetivo.

4. Recurso ordinário improvido.

(RHC 6.394/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 09.06.1997, DJ 30.06.1997 p. 31083)

alguém. O exemplo evidente seria a doação.

Aplicando a classificação acima, lembra Antonio Junqueira de Azevedo que uma obrigação, “em princípio não abusiva, pode assumir esse caráter, *se ela mudou a função ou causa típica do contrato*. Muito embora se saiba que as partes têm autonomia contratual, o fato é que existe um limite lógico e natural para esse poder, que as partes não podem ultrapassar.”³¹ No caso concreto Antonio Junqueira de Azevedo analisava os termos de um contrato de seguro que permitia ao segurador acionar, regressivamente, o segurado. A cláusula desvirtuaria o contrato porque retiraria dele a sua *função típica*: a prevenção dos riscos do segurado³². Cita como exemplos de reprimenda a este desvirtuamento os artigos 115³³ e 1372³⁴ do código civil anterior. De forma específica ao direito do consumidor, cita o § 1º do art. 51, *litteris*:

Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de

³¹ Azevedo, Antônio Junqueira de. Natureza de seguro dos fundos de garantia – os atos devidos no quadro dos atos jurídicos em geral – conflito de interesses entre representante e representado – negócio jurídico com causa pressuposta – é abusiva a cláusula que desnaturaliza o negócio jurídico. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 795, p. 97 e seguintes. Grifos do original.

³² Um outro exemplo que nos parece pertinente seria o do contrato de empreitada mista no qual os riscos do negócios são atribuídos integralmente ao dono da obra. O nosso diploma, de forma contrária, atribui ao empreiteiro “todos os riscos que possam afetar a obra até o momento da sua entrega a quem a encomendou, ressalvada a hipótese em que este se encontre em mora de receber, quando tais riscos correrão por conta de ambos os contratantes” (Paiva, Alfredo de Almeida. **Aspectos do contrato de empreitada**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31). Esta assunção de riscos decorre da própria *natureza do contrato*, eis que “a encomenda ajustada é de obra perfeita e acabada (*opus inceptum*) e, enquanto não passa ao poder do proprietário, continua a obrigação em aberto” (Sena, Costa. **Da empreitada no direito civil**. Rio de Janeiro, Gráfica São Jorge, 1935, p. 52).

³³ “São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”. O mesmo princípio se encontra no art. 122 do novo diploma.

³⁴ “É nula a cláusula, que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles à participação nos prejuízos”. Não há dispositivo equivalente no novo diploma.

produtos e serviços que:

...*omissis*...

§ 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- I- *omissis*.
- II- Restringe direitos ou obrigações fundamentais *inerentes à natureza do contrato*, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
- III- Se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, *considerando-se a natureza e conteúdo do contrato*, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (grifos nossos)

Também nos *princípios* do UNIDROIT ³⁵ 2004 encontramos a mesma idéia. Dispõe o seu artigo 3.10 que:

(1) A nulidade do contrato ou de uma de suas cláusulas em virtude de lesão pode ser invocada por uma parte se, no momento da sua conclusão, o contrato ou a cláusula atribuírem injustificadamente à outra parte uma vantagem excessiva. Deve-se levar em consideração entre outros:

- (a) *omissis*;
- (b) *a natureza e a finalidade do contrato*.

³⁵ Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado. Os *princípios* foram elaborados em 1994 e adotados em 2004. A unificação do direito mercantil internacional é uma aspiração antiga. Neste sentido foi criada a UNIDROIT em 1926 e a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional) em 1996.

No tocante à intenção das partes (artigo 4.1) e à interpretação das declarações e comportamentos (artigo 4.2), os *princípios* mandam atentar para “a natureza e o objetivo do contrato” (artigo 4.3, letra “d”), mesmo critério que deve ser observado em caso de omissão, quando “as partes não cheguem a um acordo a respeito de uma cláusula que seja importante para a determinação de seus direitos e obrigações” (artigo 4.8). No artigo 5.1.2, ao se referir às obrigações implícitas, afirma que elas também decorrem da “natureza e do objetivo do contrato” (letra “a”).

Os *princípios* do UNIDROIT “refletem a tendência contemporânea de criação de um *direito transnacional* próprio das relações comerciais internacionais, cada vez mais desvinculadas de um ordenamento nacional em particular”³⁶. Eles têm natureza genérica e flexíveis³⁷, de forma a tentar evitar choques com os diversos ordenamentos nacionais e a manter uma perenidade maior. É interessante notar que os *princípios* foram elaborados diante da dificuldade de se criarem normas supralegais (tratados ou leis modelos) que pudessem disciplinar satisfatoriamente as relações contratuais. De fato, sempre houve uma “falta de entusiasmo que originava el término codificación, especialmente en los países del *common law* ajenos y reacios al proceso de sistematización que los códigos suponen y ante la conciencia general que la etapa de la codificación había quedado, en cierta medida, atrás”³⁸. Desta forma, “los Principios son por tanto diferentes a los sistemas tradicionales de legislación internacional, estando dirigidos a los contratantes, no a los legisladores, invitándoles a que los incorporen en sus

³⁶ Gama Júnior, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

³⁷ Apesar do título *princípios dos contratos do comércio internacional*, as regras do UNIDROIT não diferenciam os contratos ditos mercantis dos civis. Há apenas a preocupação de não abarcar os contratos submetidos à legislação protetiva do consumidor, para não interferir com as normas de caráter imperativo promulgadas nos diversos ordenamentos.

³⁸ Serrano Fernández, María. **Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos**. Madrid: Tirant lo Blanch, 2005, p. 374.

contratos por medio de cláusulas de elección de ley”³⁹.

Não poderíamos afirmar que os *princípios* constituem norma cogente às partes, diante do nosso ordenamento. Contudo, o artigo 4º da Lei de Introdução ao código civil determina ao juiz, diante da omissão da lei, que decida de acordo com os princípios gerais do direito. Também a lei 9.307/96, que disciplina a arbitragem, permite às partes “convencionar que a arbitragem se realize com base *nos princípios gerais de direito*, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2º, § 2º). O próprio preâmbulo afirma que os *princípios* podem ser aplicados “quando as partes acordarem que o contrato seja regido pelos princípios gerais de direito” e podem “ser utilizados para interpretar ou complementar o direito nacional”. Neste sentido, os *princípios* podem funcionar “como elementos interpretativos, en manos de jueces y árbitros, tanto para uniformizar los instrumentos internacionales existentes, como para interpretar los Principios contenidos al respecto en los ordenamientos”⁴⁰.

Caberia citar também a posição adotada pelos *princípios do direito contratual europeu*, trabalho fruto da *Comissão de Direito Contratual Europeu* presidida pelo prof. Ole Lando⁴¹. Ao tratar das *circunstâncias relevantes* para a formação do contrato, afirma-se que:

Artículo 5:102 – Circunstancias relevantes

Para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo

³⁹ Serrano Fernández, Maria. **Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos**. Madrid: Tirant lo Blanch, 2005, 193.

⁴⁰ Serrano Fernández, Maria. **Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos**. Madrid: Tirant lo Blanch, 2005, 195.

⁴¹ Ao contrário do trabalho realizado pela UNIDROIT, que tem vocação universal, os *princípios do direito contratual europeu* procuram refletir a realidade europeia. Não obstante, há uma afinidade entre os trabalhos realizados pelas duas comissões, que contaram, inclusive, com vários membros em comum.

siguiente:

- (a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares.
- (b) El comportamiento de las partes, incluido el subsiguiente a la celebración del contrato.
- (c) La naturaleza y objeto del contrato.
- (d) La interpretación que las partes hubieran otorgado ya a cláusulas similares y las prácticas establecidas entre ellas.
- (e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que hubieran podido recibir con anterioridad cláusulas similares.
- (f) Los usos.
- (g) Las exigencias de la buena fe.⁴²

De forma específica à natureza e objeto do contrato, o trabalho do prof. Ole Lando cita um interessante exemplo:

El gerente de un proyecto urbanizador de envergadura celebra un contrato con una empresa de jardinería para el mantenimiento de las zonas verdes por un precio fijo. El gerente reclama en un momento dado que la empresa no ha reparado las vallas del recinto. No parece adecuado interpretar que un contrato de mantenimiento de jardines también comprenda esta tarea.⁴³

Em conclusão, para se conhecer o real sentido de um contrato é

⁴²Lando, Ole; Beale, Hugo. **Principios de derecho contractual europeo – partes I y II**. Madrid: Colegios notariales del España, 2003, p. 422.

⁴³ *Ob. cit., loc. cit.*



necessário conhecer o seu substrato econômico-social, a sua função típica atribuída pelo ordenamento jurídico, a sua *causa*. O primeiro passo na interpretação de um dado contrato “está constituído por el tipo seleccionado por los contratantes para su regulación. El sentido de la cláusula será uno y otro conforme al tipo de que se trate”.⁴⁴

⁴⁴ Ariza, Ariel. **Interpretación de los contratos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.140.

BIBLIOGRAFIA

Ariza, Ariel. **Interpretación de los contratos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

Ascarelli, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001

Azevedo, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000.

Azevedo, Antônio Junqueira de. Natureza de seguro dos fundos de garantia – os atos devidos no quadro dos atos jurídicos em geral – conflito de interesses entre representante e representado – negócio jurídico com causa pressuposta – é abusiva a cláusula que desnaturaliza o negócio jurídico. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 795, p. 97 e seguintes.

Bessone, Darcy. **Do contrato**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Betti, Emilio. **Teoria Geral das obrigações**. Campinas: Bookseller, 2006.

Bobbio, Norberto. **Estudos sobre Hegel**. 2ª edição. São Paulo: UNESP, 1991.

Cossio, Carlos. **La “causa” y la comprensión en el derecho**. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969.

Forgioni, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo, RT, 2005.

França, Pedro Arruda. **Contratos atípicos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Gama Júnior, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Gambaro, Antonio. Causa y contrato. In: **El contrato en el sistema jurídico latinoamericano – bases para un código latinoamericano tipo**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 1998.

Hegel, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Iturraspe, Jorge Mosset. **Contratos conexos**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1999.

Kant, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

Lando, Ole; Beale, Hugo. **Princípios de derecho contractual europeo – partes I y II**. Madrid: Colegios notariales del España, 2003.

Larenz, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 2ª edição. Lisboa:



Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Leonardo, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

Lobo, Jorge. **Grupo de sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Lorenzetti, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos – parte general**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004

Russo, Jorge Rodrigues. **La interpretación del contrato**. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

Sena, Costa. **Da empreitada no direito civil**. Rio de Janeiro, Gráfica São Jorge, 1935.

Serrano Fernández, Maria. **Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos**. Madrid: Tirant lo Blanch, 2005.

Tavares, Milton. **Contrato misto**. Salvador: S. A. Artes Gráficas, 1959.

Wald, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 14^a edição. São Paulo: RT, 2000.