



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**



RAPHAEL FRAEMAM BRAGA VIANA

**CONTRATOS EXISTENCIAIS, DE LUCRO E HÍBRIDOS: desdobramentos da
classificação de Antonio Junqueira de Azevedo à luz do solidarismo jurídico**

Dissertação de Mestrado

Recife
2018

RAPHAEL FRAEMAM BRAGA VIANA

**CONTRATOS EXISTENCIAIS, DE LUCRO E HÍBRIDOS: desdobramentos da
classificação de Antonio Junqueira de Azevedo à luz do solidarismo jurídico**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito Privado.

Linha de Pesquisa: Transformações das Relações Jurídicas Privadas.

Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Albuquerque Lobo.

Recife
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

V614c Viana, Raphael Fraemam Braga
Contratos existenciais, de lucro e híbridos: desdobramentos da classificação de Antonio Junqueira de Azevedo à luz do solidarismo jurídico ó Recife: O Autor, 2018.
136 f.

Orientadora: Fabíola Albuquerque Lobo.
Dissertação (Mestrado) ó Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Direito Civil - Brasil. 2. Atos Jurídicos - Brasil. 3. Contratos - Brasil. 4. Boa-fé (Direito) - Brasil. 5. Azevedo, Antonio Junqueira de. 6. Solidarismo Jurídico. I. Lobo, Fabíola Albuquerque (Orientadora). II. Título.

346.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-36)

RAPHAEL FRAEMAM BRAGA VIANA

CONTRATOS EXISTENCIAIS, DE LUCRO E HÍBRIDOS: Desdobramentos da Classificação de Antônio Junqueira de Azevedo à Luz do Solidarismo Jurídico

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 04/12/2018

Banca Examinadora

Prof^ª. Dr^ª. Fabíola Albuquerque Lôbo Instituição UFPE (Orientador)

Prof^ª. Dr^ª. Maria Antonieta Lynch de Moraes Instituição UFPE (Examinador Externo)

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior Instituição UFPE (Examinador Interno)

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão Instituição UFPE (Examinador Interno)

Ao professor Antonio Junqueira de Azevedo, apesar de não ter tido o prazer de conhecê-lo e de ser seu aluno, agradeço pelos ensinamentos tão valerosos que permitiram a elaboração desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me dar forças e iluminar a minha mente mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, por sempre terem incentivado a leitura e nunca terem me negado um livro quando eu era criança.

À Valquíria, por ser o meu maior apoio e estar ao meu lado durante toda a minha trajetória acadêmica, desde o início da graduação.

A todos os meus professores, por tudo que me ensinaram e serem a inspiração para que eu também abraçasse essa profissão tão nobre.

À professora Fabíola Albuquerque Lobo, minha orientadora, por ter sido uma verdadeira mentora e por me guiar pelos caminhos da academia.

Aos professores Silvio Romero Beltrão, Torquato Castro Jr. e Antonieta Lynch, pelas valorosas lições desde as aulas da graduação e por aceitarem o singelo convite de participarem da banca de avaliação da defesa da minha dissertação.

Aos professores Larissa Leal, Roberto Paulino, Venceslau Tavares, Alexandre da Maia, Pedro Parini e Arthur Stamford pela paciência, disposição e por todo o aprendizado durante as aulas no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, por serem tão prestativos e diligentes todas as vezes que precisei recorrer a eles.

Aos meus alunos, por me darem a certeza, em todas as aulas, de que fiz a escolha certa ao decidir me tornar um professor.

Transmita o que aprendeu. Força, maestria. Mas fraqueza, insensatez, fracasso também. Sim, fracasso acima de tudo. O maior professor, o fracasso é.¹

¹STAR Wars: thelast jedi. Direção de Rian Johnson. São Francisco: Lucasfilm, 2017, 1 Blu-ray (151 min.), son., color.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a analisar a aplicabilidade e desenvolver desdobramentos da classificação contratual inicialmente proposta pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo, que divide os contratos numa dicotomia entre negócios jurídicos existenciais e de lucro. Partindo da constatação de que a teoria geral dos contratos passa por uma crise devido a dificuldades de adequação ao solidarismo jurídico, o trabalho procura analisar a transição do modelo liberal de contrato para o modelo solidarista para identificar as causas da crise e também a possibilidade de sua superação por meio de ferramentas oferecidas à doutrina de direito privado. Objetivou-se, com isso, demonstrar que a dicotomia entre contratos existenciais e de lucro é não só adequada, como também necessária para a hermenêutica contratual possuir caminhos interpretativos alternativos que possibilitem um direito contratual mais atento às peculiaridades dos contratantes e menos preso à divisão dos ramos do direito privado. Verifica-se, portanto, que o desenvolvimento das iniciais lições sobre os contratos existenciais e de lucro constitui relevante instrumento para o direito contratual moderno, porém antes de se imiscuir em sua aplicabilidade fez-se necessário delimitar com clareza os critérios para sua utilização a partir da investigação da importância da finalidade contratual para a interpretação da conduta dos contratantes. Seu exame aponta para a necessidade de utilização de critérios objetivos na delimitação do escopo contratual das partes contratantes, uma vez que este é o preceito chave para a divisão entre contratos existenciais, de lucro e híbridos. O estudo do elemento existencial e do intuito de lucro amplia o alcance do intérprete para permitir que os contratantes desempenhem papéis mais adequados aos seus objetivos (patrimoniais ou extrapatrimoniais) na celebração de negócios jurídicos, bem como facilita também na percepção da magnitude da função que cada categoria contratual desempenha na sociedade. Eleva-se, portanto, também a importância do contexto e do ambiente em que os contratos são celebrados. É neste sentido que emergiu a necessidade de finalizar o estudo dos desdobramentos dessa classificação contratual a partir de uma comparação analítica de cada categoria sob o viés dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, posto que estes seriam caminhos naturais para a demonstração de sua aplicabilidade.

Palavras-chave: Solidarismo jurídico. Finalidade contratual. Elemento existencial. Intuito de lucro. Boa-fé objetiva. Função social dos contratos.

ABSTRACT

The present dissertation proposes to analyze the applicability and develop the contractual classification initially proposed by professor Antonio Junqueira de Azevedo, who divides the contracts in a dichotomy between existential and profit legal deals. Based on the finding that the General Theory of Contracts is going through a crisis due to difficulties of adaptation to legal solidarism, the dissertation seeks to analyze the transition from the liberal contract model to the solidarist contract model to identify the causes of the crisis and also the possibility of its overcoming using the tools offered by the legal order to the private law doctrine. The objective was to demonstrate that the dichotomy between existential and profit contracts is not only adequate, but also necessary to allow the contractual hermeneutics to have alternative interpretative paths more appropriated to the contractors' peculiarities and less constrained to the division of the private law areas. Therefore, it's possible to see that the development of the initial lessons about the existential and profit contracts are an important instrument for modern contractual law, but before studying its applicability, it's necessary to define clearly the criteria for its use based on the investigation of the contractual purpose importance for the contractors conduct interpretation. That points to the need of using objective criteria when defining the contractual scope, because this is the key element of the division between existential, profit and hybrid contracts. The study of the existential element and profit-seeking scope extends the reach of the interpreter to enable contractors to play roles more appropriated to their (patrimonial or non-patrimonial) objectives, also makes easier the perception about the magnitude of the function that each contractual category plays in society. It also raises the importance of the context and the environment that the contracts are created. It was on this direction that emerged the need to finalize the study of this contractual classification from an analytical comparison of each category under the bias of the objective good faith and the contract social function principles, because these would be the natural paths to demonstrate its use.

Keywords: Legal Solidarism. Contractual purpose. Existential element. Profit-seeking scope. Objective good faith. Contract social function.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A CONSTRUÇÃO DA EVOLUÇÃO CONTRATUAL: DO LIBERALISMO AO SOLIDARISMO DOS CONTRATOS.....	15
2.1 O Modelo Liberal de Contrato: as Principais Características do Direito Contratual Apresentado pelo Código Civil de 1916	15
2.2 O Início do Estado Social e a Transição para o Modelo Solidarista de Contrato.....	17
2.3 A Evolução do Direito Contratual até o Advento do Código Civil de 2002: uma Análise sobre a Lenta Transição para o Solidarismo Contratual	19
2.3.1 O Código Civil de 1916 e sua relevância para a mudança dos modelos contratuais	20
2.3.2 A introdução da função social dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro	21
2.3.3 A aplicação da lesão antes do Código Civil de 2002	24
2.3.4 O surgimento da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> no ordenamento jurídico brasileiro.....	27
2.3.5 Considerações sobre a passagem para o modelo solidarista no período pré-Código Civil de 2002.....	30
2.4 A Crise na Teoria Geral dos Contratos: Consequências das Mudanças para o Modelo Contratual Solidarista.....	31
2.5 O Modelo Solidarista de Contrato: as Principais Características do Solidarismo Jurídico no Âmbito Contratual.....	37
3 O CONTRATO E SUA FINALIDADE: A RELEVÂNCIA DO ESCOPO CONTRATUAL PARA A INTERPRETAÇÃO DAS CONDUITAS DOS CONTRATANTES	45
3.1 A Ideia de Operação Econômica no Direito Contratual e a Classificação de Antonio Junqueira de Azevedo	45
3.2 A Importância da Finalidade na Celebração de Negócios Jurídicos.....	51
3.2.1 Considerações iniciais sobre a finalidade contratual.....	51
3.2.2 A valoração das circunstâncias em torno do negócio jurídico	54
3.2.3 Os riscos dos contratantes entre a finalidade existencial e de lucro.....	56
3.2.4 A necessidade de um critério objetivo para aferir a finalidade	58
3.3 A Utilização das Ferramentas da Teoria da Causa Objetiva para Determinar a Finalidade do Negócio Jurídico	59
4 O CONTRATO ENTRE A EXISTÊNCIA E O LUCRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESCOPO EXISTENCIAL, DE LUCRO E SOBRE A PRESENÇA DE AMBOS NA MESMA RELAÇÃO CONTRATUAL.....	71
4.1 Do Elemento Existencial: Principais Características de Quem Contrata sem a Intenção de Lucrar	71
4.1.1 Introdução aos atos existenciais e as lições de Antonio Junqueira de Azevedo sobre contratos existenciais.....	71
4.1.2 Ponderações sobre o objeto dos contratos existenciais e o critério negativo da ausência de lucro.....	75

4.1.3 O reconhecimento de níveis de caráter existencial e a vulnerabilidade do contratante com escopo existencial.....	78
4.2 Do Lucro: os Principais Elementos dos Contratantes com Finalidade Lucrativa.....	81
4.2.1 A superação da divisão contratual de acordo com o ramo empresarial ou civil	81
4.2.2 A economicidade final do contratante, o mercado e o peso dos usos e costumes	82
4.2.3 A racionalidade econômica no interesse de maximização patrimonial.....	86
4.2.4 A variável do nível de <i>expertise</i> como fator para a interpretação contratual	87
4.3 Entre a Existência e o Lucro: a Categoria dos Contratos Híbridos.....	89
5 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO TRIALISMO DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS, DE LUCRO E HÍBRIDOS	93
5.1 A Boa-fé Objetiva nos Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos.....	93
5.1.1 Considerações iniciais sobre a boa-fé objetiva.....	93
5.1.2 A boa-fé objetiva nos contratos existenciais	95
5.1.3 A boa-fé objetiva nos contratos de lucro.....	100
5.1.4 A boa-fé objetiva nos contratos híbridos	102
5.2 A Função Social nos Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos	105
5.2.1 Considerações iniciais sobre a função social dos contratos	105
5.2.2 A função social dos contratos existenciais.....	108
5.2.3 A função social dos contratos de lucro.....	110
5.2.4 A função social dos contratos híbridos	114
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	118
REFERÊNCIAS.....	127

1 INTRODUÇÃO

Apesar da transição de um modelo liberal para um modelo solidarista de contrato ter, de certa forma, sido consolidada com o Código Civil de 2002, no presente trabalho restará demonstrado que as ferramentas de interpretação contratual apresentadas pelo novo modelo ainda carecem de melhores técnicas de aplicação. Dessa maneira, o direito contratual necessita de uma re-estruturação ou reformulação que precisa ser realizada, a princípio, por parte da doutrina visando uma melhor fixação de parâmetros de hermenêutica contratual. Em outras palavras, apenas as lições do modelo liberal e o uso abstrato de fórmulas genéricas dos institutos do direito contratual, como pode acontecer com o mal uso dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos, não são suficientes para suprir às necessidades de adequação dos contratos ao solidarismo jurídico.

Assim, a presente dissertação tem como objetivo geral verificar a viabilidade de uma dicotomia inicialmente proposta pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo que divide os contratos em duas categorias: i) contratos existenciais; ii) contratos de lucro. As razões apresentadas por Junqueira de Azevedo ao defender tal classificação, como será demonstrado ao longo do corpo da dissertação, levam a crer que o seu desenvolvimento pode servir de válvula de escape para a necessidade de reconstrução da hermenêutica contratual a partir do modelo solidarista de contrato. Isto porque o professor Antonio Junqueira advoga no sentido de que o contrato deve ser interpretado conforme a finalidade dos sujeitos contratuais e passou a identificar pontos de divergência nas características das pessoas que celebram contratos com intuito de lucro ou com interesses extrapatrimoniais.

Procurou-se alcançar o objetivo principal deste estudo por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo, através de uma pesquisa bibliográfica e de maior aprofundamento no estudo sobre os seguintes temas: i) solidarismo contratual; ii) despatrimonialização do direito civil; iii) o caráter existencial dos negócios jurídicos; iv) o escopo de lucro na conclusão dos negócios jurídicos; v) a viabilidade de criação, através de mecanismos do Código Civil de 2002, de uma base para modelos jurídicos hermenêuticos objetivando reformular um direito contratual pluralista, harmônico e cooperativo.

É relevante frisar que o objeto deste estudo não almeja arrebatar as lições clássicas da teoria geral dos contratos e nem se propõe a ser o principal modelo classificatório de negócios jurídicos, esta seria uma proposta demasiadamente ambiciosa. Em momento algum se pretende explorar a interpretação dos contratos com essa pretensão. O uso da

classificação que será desenvolvida nos tópicos seguintes, pelo menos num primeiro momento, deve ser subsidiário. Trata-se de uma classificação que busca ser mais sofisticada e adequada às realidades em que o contratante está inserido, mas que deve ser procurada pelo intérprete nas situações em que a divisão entre contratos civis, empresariais e consumeristas não se mostre suficiente.

A dissertação foi dividida em quatro partes. No primeiro capítulo (tópico 2), será explorada uma análise histórica da evolução do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. O objeto de estudo neste primeiro momento é identificar as principais causas da crise na interpretação da teoria geral dos contratos e analisar a transição do modelo liberal para o solidarista. Tentar-se-á estudar a velocidade em que as mudanças do solidarismo jurídico foram implementadas no direito contratual brasileiro. Em outras palavras, trata-se também de um estudo sobre se o Código Civil de 2002 causou uma ruptura abrupta de modelos contratuais ou se terminou consolidando progressivas alterações já adotadas pela doutrina e jurisprudência desde a vigência do Código Civil de 1916. Nessa primeira etapa, busca-se aferir se, com as características presentes no modelo solidarista, há espaço em nosso ordenamento jurídico para a classificação contratual do professor Antonio Junqueira de Azevedo que é resultante de uma construção inteiramente doutrinária. Então, é preciso destacar que as ilações dentro da temática da análise histórica e das características do solidarismo contratual estão limitadas a esta finalidade: averiguar a viabilidade de aplicação de uma classificação contratual alternativa e construída inteiramente com bases doutrinárias.

Na segunda parte da dissertação, mergulha-se no estudo sobre o principal critério delimitador da classificação contratual do professor Antonio Junqueira: a finalidade dos contratantes ao celebrar negócios jurídicos. Busca-se relacionar a dicotomia dos contratos existenciais e de lucro com algumas questões inerentes à temática que sempre estiveram presentes na teoria geral dos contratos como: i) a relação entre operação econômica e finalidade contratual; ii) a importância ou não da motivação dos contratantes na celebração de negócios jurídicos; iii) a necessidade de um critério objetivo para aferir a finalidade contratual. Também resgatam-se lições sobre a teoria da causa objetiva do professor Torquato Castro no intuito de encontrar ferramentas que facilitem o uso de um critério objetivo na delimitação do escopo de negócios jurídicos. Dessa maneira, é relevante esclarecer que não são realizados aprofundamentos em outras vertentes da teoria da causa e nem em outras aplicações do tema da teoria da causa se não para esse fim de importação de algumas de suas técnicas para facilitar na identificação da finalidade contratual.

Pode-se dizer que a terceira e quarta parte da dissertação (tópicos 4 e 5) representam o espaço onde há o principal desenvolvimento do tema objeto da pesquisa. A terceira etapa, por sua vez, é subdividida em três momentos. Primeiro, tem-se o foco num estudo sobre o elemento existencial e as principais características que podem ser identificadas em alguém que contrata por interesses extrapatrimoniais (sem intenção de lucrar). Depois, parte-se para um aprofundamento no outro polo, estuda-se o contratante que participa de negócios jurídicos com escopo de lucro e facetas que o intérprete deve esperar deste tipo de contratante que deve atuar em conformidade com o seu ambiente institucional (o mercado). Por fim, em um terceiro momento, parte-se para o estudo de uma técnica interpretativa: procura-se estabelecer de que maneira o intérprete deverá agir se, numa mesma relação jurídica contratual, ele identificar, de um lado, um contratante com escopo existencial e, do outro, um contratante apenas com interesses patrimoniais.

Esclareça-se, portanto, que no terceiro capítulo (tópico 4) da dissertação optou-se por um aprofundamento acerca das características identificadas dos contratantes de acordo com a sua finalidade contratual (existencial ou de lucro) ao invés de se partir diretamente para as categorias contratuais. Isto tudo se fez necessário para viabilizar o fundamento desta técnica interpretativa que deve ser considerada caso exista, num mesmo contrato, sujeitos com escopos diferentes. É também devido a uma análise por meio desta ótica, observando as características do sujeito contratante antes de se partir para um estudo da categoria contratual, que se permitiu a inserção de uma nova categoria na classificação originalmente pensada por Junqueira de Azevedo: os contratos híbridos.

O quarto e último capítulo (tópico 5) do corpo da dissertação é voltado para a aplicabilidade da classificação dos contratos existenciais, de lucro e híbridos na ótica dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. É importante esclarecer que trata-se de uma análise comparativa inicial da aplicação da boa-fé e da função social nessas três categorias contratuais, buscando fixar as principais balizas interpretativas sob o filtro dos dois princípios. Entretanto, o estudo não esgota todos os parâmetros de aplicabilidade, sendo possível que a própria doutrina e jurisprudência continue a desenvolver critérios para melhor aplicá-los na classificação. Frise-se que ao longo da exposição busca-se também apresentar exemplos sobre como realizar o enquadramento classificatório dos contratos nas três categorias e também detalhar o uso da classificação para garantir uma interpretação contratual em maior conformidade com as peculiaridades de cada situação.

Ao final espera-se alcançar o objetivo do trabalho através da demonstração dos principais desdobramentos da classificação contratual que foi inicialmente proposta por Junqueira de Azevedo, da sua consonância com o modelo solidarista contratual e da aplicabilidade prática da classificação no sentido de auxiliar o intérprete na hermenêutica contratual. Apesar do trabalho não esgotar, nem de longe, os estudos e temas que podem derivar da utilidade do uso da classificação do professor Antonio Junqueira de Azevedo, tenta-se, ao longo dos capítulos, apresentar lições que possam ser reaproveitadas em futuras pesquisas e produções doutrinárias, garantindo o desenvolvimento e o debate acadêmico sobre o tema.

2A CONSTRUÇÃO DA EVOLUÇÃO CONTRATUAL: DO LIBERALISMO AO SOLIDARISMO DOS CONTRATOS

A alexandrita é uma das pedras preciosas mais raras do mundo. O que a torna diferente das demais é a possibilidade de mudar de cor a depender do tipo de luz que recai sobre ela. À luz natural, a alexandrita é verde-oliva, mas à luz artificial, assume a cor vermelha. Da mesma maneira é o direito contratual; muda a depender da concepção de contrato ou da ideologia que o ilumina, tal como a sombra acompanha a imagem². Assim, o modelo contratual resulta da ideologia por trás da concepção do instituto do contrato³. Cabe ao jurista, através de seus estudos e pesquisas, demonstrar qual a ocorrência que o direito contratual assume quando o ordenamento jurídico adota uma nova ideologia.

2.1 O Modelo Liberal de Contrato: as Principais Características do Direito Contratual Apresentado pelo Código Civil de 1916

Em um primeiro momento, sobretudo refletido no Código Civil de 1916 e no pensamento liberal, seguindo o paradigma da modernidade, emerge uma ordem jurídica baseada na igualdade e liberdade formais. Existe uma impessoalização do sujeito com base no discurso de que todos são iguais, porque são livres. E todos são livres porque são iguais. Assim, é imposta uma clara separação entre Estado e sociedade civil, impingindo limites ao Estado⁴.

Diante disso, o direito contratual, à luz do liberalismo, forma um modelo jurídico de contrato fundado na ideia de que todos têm liberdade para contratar, com quem, como e da forma que quiserem. Após ser celebrado o negócio jurídico, qualquer das partes contratantes não poderia deixar de cumprir o contrato ou ideologia fortemente determinada pelo *pacta sunt servanda* ou, com exceção dos casos de vícios de vontade, sob pena de rescisão e/ou responsabilidade civil⁵.

² TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 03.

³ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 04.

⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As Quatro Fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPE)**, n. 45. Curitiba: UFPR, 2006, p. 100-101.

⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 80-81.

Deste modo, os limites impostos pelo direito contratual a este modelo liberal eram exclusivamente negativos e serviam para indicar, a partir do exterior, as fronteiras para onde a liberdade contratual poderia ser expandida. Logo, por consequência, a liberdade contratual não chegava a ser submetida a vínculos positivos ou prescrições que determinassem certo padrão de conduta aos sujeitos⁶.

Assim, o Código Civil de 1916 transpõe um modelo liberal de contrato, de inspiração individualista⁷, que contera determinado padrão com as seguintes características⁸: i) regulação da oferta e da aceitação (consenso); ii) tratamento do contrato como ato de vontade; iii) flexibilidade quanto a requisitos formais para a formação do vínculo; iv) ausência de controle de conteúdo do contrato, salvo referências a cláusulas gerais (bons costumes e ordem pública, por exemplo); v) anulação por vícios de consentimento ou sociais; vi) falta de mecanismos de revisão judicial dos pactos ou de restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Acontece que tal modelo é fruto de um enfoque, promovido pela Era contemporânea, do símbolo do poder para o avantajamento econômico de maneira tal que o instrumento do poder se reflete na fortuna do indivíduo. Todavia, Caio Mário da Silva Pereira transpõe que os deveres morais, a solidariedade humana pregada pela religião cristã e as doutrinas éticas ensinadas como verdades necessárias pelas escolas filosóficas às vezes terminaram deixadas ao relento por conta da corrida desenfreada atrás da riqueza⁹.

Tal concepção, exclusivamente individual e pautada no *laissez-faire* econômico, serviu de justificativa para a ocorrência das condições mais degradantes de trabalho do ser humano¹⁰. Enzo Roppo explica que a ideologia liberal traz, em seu discurso, uma espécie de falsificação da realidade quando afirma que o mecanismo da liberdade de contratar é feito no interesse geral e opera em benefício da sociedade¹¹. Ele conclui que tal afirmação só poderia ser verdadeira se o interesse geral da sociedade fosse apenas de uma parte dela, precisamente da parte que assume a posição de classe dominante por ser detentora dos modos de produção: a classe burguesa. Na mesma toada, Caio Mário da Silva Pereira destaca o declínio do modelo liberal:

⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 32.

⁷ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

⁸ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015, p. 71.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 176.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

¹¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 38.

Aquela máxima de Fouillée ó toda justiça é contratual, quem diz contratual diz justoó ó entrou em demérito, e vêm surgindo das névoas do tempo pensamentos mais alevantados, estipulando que o direito subjetivo não pode traduzir a soberania do indivíduo, mas tem de se sujeitar às condições defensivas da coletividade e aos princípios de respeito à pessoa humana.¹²

2.2O Início do Estado Social e a Transição para o Modelo Solidarista de Contrato

Com o intuito de superar o Estado Liberal, ganhou força uma ideologia diametralmente oposta: a do Estado Social. Inaugurado no Brasil com a Constituição de 1934 e consolidado a partir da Constituição de 1988, o Estado Social surge com o objetivo de promover a justiça social. O Estado deixa de ser um mero garantidor da liberdade e da autonomia dos indivíduos e passa a intervir nas relações contratuais¹³. Franz Wieacker¹⁴ descreve que esta mudança, que ocorreu no ordenamento jurídico de diversos Estados Ocidentais, possuiu três características essenciais: i) relativização dos direitos privados pela sua função social; ii) vinculação ético-social desses direitos; iii) recuo do formalismo do sistema de direito privado clássico.

Antônio Junqueira de Azevedo explica que os três princípios do direito contratual que giram em torno da *autonomia da vontade* e tinham força no modelo liberal de contrato (*pacta sunt servanda*, princípio da liberdade contratual *lato sensu* e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais) precisaram ser revistos, diante da valorização do papel que foi dado à *ordem pública* em face das relações privadas. Entretanto, tal situação causou uma hipercomplexidade ao direito contratual, pois aos princípios clássicos oriundos da autonomia da vontade foram somados três novos: a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato¹⁵.

A manifestação dessa nova postura se expressa no direito contratual através do modelo solidarista, cujo enfoque é atribuir ao Direito uma função de promoção de solidariedade orgânica, de divisão dos direitos e deveres dos indivíduos no seio da

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 172-173.

¹³ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

¹⁴ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 624.

¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 140.

sociedade, rumo à evolução social ou ao progresso social¹⁶. Então, o Direito, ao visar o *iustum conrapassum*, não pode ter uma justiça dependente do que foi limitado pelos contratantes, mas sim o pacto privado que precisa se amoldar à justiça¹⁷.

A realidade, contudo, foi de uma difícil convivência entre as constituições sociais brasileiras com o Código Civil liberal de 1916 ó obviamente ocasionada pelo conflito entre o modelo solidarista, adotado pelas primeiras, e o modelo liberal adotado pelo Código Civil. Tal situação foi ainda mais agravada a partir do Código de Defesa do Consumidor em 1990, oriundo também do modelo solidarista¹⁸. A mudança de ideologia do direito civil foi firmada com o advento do Código Civil de 2002 e suas novidades.

Luciano Benneti Timm¹⁹ alega que, a partir da adoção dos novos institutos adotados pelo Código Civil de 2002 (lesão, abuso de direito, onerosidade excessiva, boa-fé, contrato de adesão e cláusula abusiva), teria existido uma quebra de paradigma na concepção de contrato em relação ao Código Civil de 1916. Além dos novos institutos, o modelo solidarista seria caracterizado por cláusulas gerais com uma maior vagueza semântica para permitir ao juiz um maior e significativo espaço normativo para resolver os conflitos sociais cada vez mais complexos²⁰. Desde já, vale destacar que as cláusulas gerais não se limitam à função de abrir o sistema jurídico às mudanças de valoração, mas possuem uma característica de mobilidade internamente considerada inserido em um processo de abertura, assystematização, mobilidade e ressystematização²¹.

A adoção do modelo solidarista também pode ser percebida a partir das diretrizes teóricas do Novo Código Civil fixadas por Miguel Reale. O próprio Reale admite que o Código Civil de 2002 teve a incumbência de operar a passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência²². Desta forma, o Código Civil de 2002 se pauta nos princípios da eticidade e socialidade que reconhecem que o direito deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitando os fins ético-sociais da comunidade a que os

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 185.

¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

¹⁹ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 105.

²⁰ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 118.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 179.

²² REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

sujeitos pertencem²³. Na verdade, há de se concordar com Antônio Junqueira de Azevedo, os princípios éticos devem ser o ponto de partida de toda teoria geral do direito, posto que o direito e a justiça estão acima das leis²⁴.

A partir das características e dos momentos históricos em que ambos os nossos Códigos Civis foram concebidos, é possível encontrar justificativas para que o Código Civil de 1916 tenha adotado o modelo liberal de contrato (existiu uma forte inspiração na legislação do Código Civil francês que, por sua vez, foi criado dentro do contexto do liberalismo europeu) e outras para que o Código Civil de 2002 tenha adotado o modelo solidarista de contrato (a partir da forte influência da ideologia do Estado Social e das falhas e perigos apresentados pelo Estado Liberal).

Entretanto, não se pode tratar a passagem do modelo liberal para o modelo solidarista de contrato como uma grande ruptura. O termo mais sofisticado para essa passagem seria "transição". Pode-se dizer, como será visto no tópico a seguir, que o direito contratual brasileiro absorveu o solidarismo jurídico aos poucos e sua transição se deu paulatinamente. Tal raciocínio tanto é verdadeiro que Caio Mário da Silva Pereira já tratava de tal transição desde a década de 50 ao denunciar os abalos sofridos pela ótica individualista do contrato:

Desde o momento em que a bússola jurídica aponta para um novo norte, em que o fundamento do Direito não pode ser a realização de uma vontade individual vinculada à outra, porque este autonomismo entrou em desprestígio, o valor do preceito individualista foi batido em brecha por todos os lados. E então surge uma construção espiritualizante que visa à justiça no contrato baseada em razões de humanidade.²⁵

2.3 A Evolução do Direito Contratual até o Advento do Código Civil de 2002: uma Análise sobre a Lenta Transição para o Solidarismo Contratual

A chegada de um novo Código e a sua elaboração, como ocorreu com o Código Civil de 2002, precisava ser justificada em função da necessidade da mudança em relação ao modelo anteriormente em vigor. Por certo que o Código Civil de 1916 clamava por uma atualização legislativa, como bem ressaltam o Ex-Ministro da Justiça Armando Falcão²⁶ e

²³ REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 186.

²⁶ "Ó de longa data, Senhor Presidente, que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e

Miguel Reale²⁷ na Exposição de Motivos do Código Civil de 2002, por ter sido concebido em um contexto centrado no individualismo.

Apesar da necessidade de atualizar a legislação civil, Miguel Reale²⁸ ressalta que o novo Código não abandonou as linhas mestras da codificação de 1916, preservando numerosas contribuições da codificação anterior e substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época²⁹.

2.3.1 O Código Civil de 1916 e sua relevância para a mudança dos modelos contratuais

Antes de adentrar propriamente nos aspectos do Código Civil de 2002, torna-se imperioso realizar algumas ponderações sobre o revogado Código de 1916 e a sua importância dentro do contexto da evolução do direito contratual. Deste modo, inicia-se o presente tópico apontando que o próprio Clóvis Beviláqua, já em 1906, ao tratar da necessidade da codificação do direito civil no Brasil equipara os códigos a sistemas filosóficos porque cada sistema filosófico concretiza uma concepção de mundo vitoriosa em certo momento histórico e, assim, possui a capacidade de satisfazer as necessidades da sociedade durante certo período de tempo³⁰. Desse modo, Pontes de Miranda chega a explicar que, além do valor literário e da terminologia jurídica, todo Código deve ser julgado pela sua capacidade de aumentar ou acelerar a adaptação dos homens entre si³¹.

A partir desta linha de pensamento, é possível verificar que a inspiração no Código Civil francês não foi uma escolha arbitrária, mas, por trás disto, a proposital adoção do modelo dos ideais liberais. Beviláqua reconhece que a codificação traduz a forma de um pensamento jurídico da civilização em um certo momento e que, a partir disto, o seu principal

quanto ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões. (NOVO CÓDIGO CIVIL: Exposição de motivos e texto sancionado. 2ª Edição. Brasília: Senado Federal, 2005, pág. 20.)

²⁷ Ocorre, todavia, que o Código de 1916 foi concebido e aperfeiçoado a partir de 1899, coincidindo a sua feitura com os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por acendrado individualismo. (NOVO CÓDIGO CIVIL: Exposição de motivos e texto sancionado. 2ª Edição. Brasília: Senado Federal, 2005, pág. 23.)

²⁸ REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

²⁹ REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

³⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Em Defesa do Projecto de Codigo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 15.

³¹ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 356-357.

objetivo é satisfazer as necessidades da sociedade e assegurar a satisfação social da melhor maneira possível³².

Ademais, o professor Clóvis Beviláqua também reconhece que a codificação não pode ser traduzida por uma rigidez inflexível, pois os códigos não seriam monumentos talhados na rocha para se perpetuarem independente de qualquer coisa³³. O código deverá apenas traçar os lineamentos essenciais dos institutos jurídicos, o suficiente para destacá-los, mas não poderá impedir que os institutos se desenvolvam segundo os elementos da vida³⁴.

Assim, a partir de tais considerações, imperioso reconhecer que o Código Civil de 1916, apesar de ser forjado a partir do modelo liberal, não foi feito para perpetuar pela eternidade e também não foi feito para ser inflexível. É possível concluir, portanto, que a adoção de um modelo liberal de contrato ocorreu em um determinado contexto histórico, mas que a codificação dá os delineamentos iniciais dos institutos jurídicos de maneira flexível para que eles possam evoluir e mudar ao longo do tempo e a partir das mudanças sociais.

Tal aspecto pode ser comprovado a partir da obra de Orlando Gomes sobre contratos, da década de 1980, que defende, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo dos contratos e que, por conta da modificação do pensamento jurídico, passou-se a admitir que, em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz³⁵.

2.3.2 A introdução da função social dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro

A análise da função social do contrato, por meio da doutrina moderna, irá tratá-la como o dever imposto às partes contratuais de perseguirem interesses extracontratuais socialmente relevantes ao lado de seus interesses individuais³⁶. Assim, a noção de ordem pública seria ampliada para o domínio do contrato. Logo, a função social seria um fim que impõe deveres inafastáveis que devem ser cumpridos pelas partes³⁷.

Paulo Lôbo, por exemplo, destaca que a função social determina que os interesses individuais das partes contratuais sejam exercidos de acordo com os interesses

³² BEVILÁQUA, Clóvis. **Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 15-16.

³³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 15.

³⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 16.

³⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 39.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. 2008, p. 05.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. 2008, p. 06.

sociais e que, havendo conflito entre estes e aqueles, os interesses sociais devem prevalecer³⁸. Lôbo também ressalta que o princípio da função social é a principal inovação do direito contratual brasileiro, pois, a partir dele, os contratos devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social³⁹.

Gustavo Tepedino afirma que o tema da função social foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição da República de 1946⁴⁰, mas destaca que o instituto só passou a ser objeto de mais reflexão e debates a partir de sua introdução no art. 421 do Código Civil de 2002⁴¹.

Antes mesmo de considerá-la princípio contratual, é de grande relevância destacar que o principal sentido da expressão função social do contrato precisa ter relação direta com o papel ou a importância que o contrato tem para a sociedade de uma maneira geral. Levando-se em consideração tal pensamento, Clóvis Beviláqua ressalta que o contrato surge na sociedade como um conciliador de interesses e um pacificador dos egoísmos em luta⁴². Isto porque o homem distingue-se das demais criaturas pela sua *ratio et oratio* (capacidade de pensar e falar)⁴³.

Beviláqua também destaca que os grupos primitivos conseguiam aquilo que necessitavam por meio da força e não da troca, entretanto essa coação física não poderia perdurar indefinidamente sem que a própria humanidade fosse sacrificada⁴⁴. Assim, nossa sociedade precisou encontrar outros caminhos para que a sociabilidade, condição essencial para a vida humana, pudesse ser salva. É, portanto, através da razão que o ser humano tem a capacidade de perceber que pessoas, no mesmo nível de igualdade, podem viver como sócias, ou seja, em sociedade⁴⁵. Neste contexto que surgirá o contrato.

O que garante a vitalidade e a coesão do organismo social é a circulação dos bens e dos serviços, a capacidade de colaboração, o desenvolvimento das relações entre particulares⁴⁶. O contrato é a engrenagem necessária que permite a vida do ser humano em sociedade, de modo que, se for considerado globalmente, ele deverá visar sempre a evolução de todo o corpo social.

³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. 2008, p. 01.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. 2008, p. 02.

⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 154.

⁴³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50.

⁴⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 154.

⁴⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51.

⁴⁶ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 94.

Desta maneira, a primeira e mais elevada função social do contrato é a de conciliar interesses colidentes e esta é sua nobre função civilizadora⁴⁷. Assim, antes de reconhecer a função social do contrato na qualidade de princípio, que, definitivamente, desempenha papel de alta relevância na interpretação contratual, é necessário também entender a origem da expressão. Qual, portanto, o papel que o contrato desempenha na sociedade? O de pacificar interesses para que as pessoas possam solucionar a colidência de vontades de maneira civilizada. Afinal, a função do negócio jurídico é a de ser instrumento, por excelência, de colaboração entre os homens⁴⁸. Deste modo, Orlando Gomes explica que, na afirmação de que o contrato exerce sua função social, o que se quer dizer é que o interesse público na proteção contratual é de que o contrato deverá ser socialmente útil⁴⁹.

Seria, portanto, um equívoco afirmar que o direito civil dá importância para a função social dos contratos apenas com o advento do Código Civil de 2002. De fato, a partir do art. 421 do Código Civil de 2002, existe uma guinada nos estudos e debates sobre a aplicação do princípio e a interpretação contratual conforme a sua função social, entretanto, em tal estudo seria imperioso pontuar que o reconhecimento da importância, em caráter social, do contrato para toda a sociedade sempre existiu. Ocorre que, como já se explicou, o modelo contratual por trás da concepção do Código Civil de 1916, é o liberal. Por tal razão, deve-se compreender que a função social do contrato não surge a partir do solidarismo jurídico, posto que ela já existia no modelo anterior, mas sob a luz da ideologia contratual liberal.

Em decorrência deste sutil aspecto, vale frisar, portanto, que a função social do contrato não seria uma novidade do Estado Social e nem do solidarismo contratual. A função social do contrato surge desde a própria necessidade do contrato na sociedade, justamente por conta da função civilizatória inerente à natureza do contrato. O Código Civil de 2002, então, ao consolidar a transição do modelo contratual liberal para o modelo solidarista, aflora os estudos acerca de uma mudança sobre a ótica pela qual a função social será analisada e este fenômeno irá ocorrer com toda a teoria geral dos contratos, a mudança de sua função ideológica.

À luz do modelo liberal de contrato, a intervenção estatal para que haja o cumprimento contratual é necessária porque o interesse da sociedade neste cumprimento é o

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 154.

⁴⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 24.

principal fundamento das obrigações⁵⁰. Para poder continuar a se desenvolver e subsistir, a sociedade, através do Estado, deve garantir a execução dos contratos⁵¹. Tais argumentos servem para destacar que o *Pacta Sunt Servanda*, princípio clássico do direito contratual, está, na verdade, inteiramente relacionado à função social dos contratos. Ademais, o princípio da força obrigatória do contrato também está submetido a considerações de justiça e, em sua interpretação, o julgador deverá estar atinente às possíveis consequências danosas à coletividade⁵².

A noção moderna da função social dos contratos, estudada, debatida e aprofundada à luz do solidarismo jurídico não surge, portanto, para romper com uma noção individualista da função social dos contratos, mas sim para agregá-la. Isto porque, da mesma forma que é do interesse da sociedade que as partes cumpram deveres extracontratuais com respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e da solidariedade social, como bem afirma Gustavo Tepedino, é preciso também destacar que, inexistindo violação a tais preceitos solidaristas que impõem deveres anexos ao contrato, subsiste ainda o interesse da sociedade em ter o contrato devidamente cumprido⁵³.

2.3.3 A aplicação da lesão antes do Código Civil de 2002

Apesar do Código Civil de 1916, diferentemente do Código Civil de 2002 que tem previsão em seu art. 157, não ter disposição expressa acerca da lesão, o instituto já possuía contornos similares aos atuais desde o direito romano, por conta da influência do cristianismo⁵⁴. Paulo Lôbo destaca que a lesão apareceu no direito romano em dois fragmentos do Código de Justiniano prevendo que, na possibilidade de ser constatado que o preço recebido teria ficado abaixo da metade do valor justo, o vendedor possa exigir do comprador a restituição do preço recebido ou a fixação do justo preço pelo juiz⁵⁵.

Da legislação romana o instituto da lesão passou a existir também no direito português, por meio das Ordenações Manuelinas (Liv. IV, Tít. XXX), Afonsinas (Liv. IV, Tít. XLV) e Filipinas (Liv. IV, Tít. XIII)⁵⁶. Devido à adoção e aplicação das Ordenações portuguesas no nosso ordenamento jurídico, Caio Mário da Silva Pereira destaca que o nosso

⁵⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 20.

⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 21.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 172.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. 2008, p. 05.

⁵⁴ RÃO, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 249-250.

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

⁵⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 251-252.

direito pré-codificado inicialmente concebeu a figura da lesão em dois tipos: i) lesão enorme que era um defeito objetivo do contrato assentado na injustiça do contrato em si; ii) lesão enormíssima, resultante do dolo de uma das partes do negócio jurídico que tenta tirar proveito desproporcional da outra⁵⁷.

Clóvis Beviláqua afirma que o instituto da lesão teria sido abandonado no regime jurídico do Código Civil de 1916 e retornaria ao ordenamento na lei de repressão à economia popular (Decreto-lei 869/1938) na forma de uma lesão penal⁵⁸. Entretanto, apesar de ter retornado ao nosso ordenamento jurídico através da legislação penal, Vicente Ráo, embora tenha reconhecido que o fundamento da rescisão contratual por lesão era a desproporção das prestações contrárias à equidade natural⁵⁹, ainda tinha dúvidas e indagava se a lesão, de fato, teria sido restaurada no nosso direito através de uma nova roupagem ou se fora substituída por um instituto diverso⁶⁰.

Por outro lado, Caio Mário da Silva Pereira⁶¹, irá defender, apesar do posicionamento de Beviláqua, da dúvida de Vicente Ráo e da omissão do Código Civil de 1916, que a lesão sempre esteve presente no nosso ordenamento jurídico e que seu fundamento se pauta na redução das desigualdades regionais e sociais; na proteção à economia popular; na função social da propriedade, dentre outros aspectos. Já Silvio Rodrigues⁶² entendia que a lesão de fato fora banida do direito positivo pelo Código Civil de 1916, mas o seu retorno por meio da Lei de Proteção à Economia Popular (Decreto-Lei n. 869/1938, substituído pela Lei n. 1.521/51), ainda que na seara penal, permitia que o julgador tornasse naturalmente ilícito o negócio jurídico praticado e possibilitava a declaração de sua nulidade na órbita civil com base no art. 145, II, do Código Civil de 1916.

Por meio deste breve levantamento histórico acerca da lesão em nosso direito, é possível compreender que a figura da lesão teria suas características muito mais ligadas ao modelo solidarista por efetivar um direito das desigualdades a fim de socializar os riscos e evitar perdas individuais dos mais fracos⁶³ porque a assunção de uma obrigação

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Parte Geral de Direito Civil. São Paulo: Forense, 2011, p. 455.

⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio e Livraria Francisco Alves, 1975, p. 230.

⁵⁹ RÁO, Vicente. **Atto Jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 254.

⁶⁰ RÁO, Vicente. **Atto Jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 255.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 194.

⁶² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

⁶³ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125.

demasiadamente desvantajosa geraria uma violência contra o mais fraco⁶⁴. Apesar disso e de ela ser vista por parte da doutrina, a exemplo de Luciano Benetti Timm, como um instituto novo adotado pelo legislador no Código Civil de 2002 para quebrar o paradigma da concepção de contrato em relação ao Código Civil de 1916, é necessário perceber que o art. 157 do Código Civil não se trata propriamente de uma inovação⁶⁵. É preciso esclarecer que, diferentemente do que afirma Miguel Reale⁶⁶, apesar de estar consoante com a socialidade do direito, não é possível afirmar com unanimidade que ela é retomada apenas com o Código Civil de 2002.

Caio Mário da Silva Pereira expõe, mais de quarenta anos antes do advento do Código Civil de 2002, que não seria necessária uma ointuição divinatória para que o instituto da lesão fosse aplicado no nosso ordenamento jurídico. Seria possível aplicá-la a partir da adaptação dos imperativos da moral, do ideal da justiça e ao atentar pela tendência do direito em todo o mundo, na doutrina, nas florações legislativas e nas manifestações judiciais⁶⁷. Tal conjunto é suficiente para oalimentarö a aplicação da lesão no país.

Ainda persiste um debate doutrinário acerca da manutenção ou não da lesão no nosso ordenamento jurídico no período entre o advento do Código Civil de 1916 e o Decreto-lei n. 869/1938, mas a doutrina majoritária da época reconhece que a figura da lesão retornou com a Lei de Proteção à Economia Popular, ainda que tenha sido sobre uma modalidade diversa e com outras características. O próprio Clóvis Beviláqua vem a reconhecer que a partir do Decreto-Lei n. 869/1938, é possível invalidar o negócio jurídico quando uma das partes se aproveita da necessidade, inexperiência ou leviandade da outra para auferir lucro patrimonial desarrazoado ou exorbitante da normalidade⁶⁸.

Não se pode tirar, óbvio, o mérito do Código Civil de 2002 de trazer novamente e expressamente para a legislação civil a previsão da lesão em seu art. 157, todavia, também não se afiguraria completamente preciso o argumento de que o art. 157 do Código Civil de 2002 teria representado uma ruptura ao que estava previsto no modelo anterior. A concepção liberal de contrato não subsiste até o advento do Código Civil de 2002 da mesma forma que fora adotada no início da vigência do Código Civil de 1916. A própria

⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

⁶⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 105.

⁶⁶ REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 17-18.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 216.

⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio e Livraria Francisco Alves, 1975, p. 230.

doutrina civilista apresenta um elevado grau de sofisticação ao moldar um período de transição entre os dois modelos contratuais e o tratamento da lesão é prova disto.

Silvio Rodrigues reconhece que, para o contexto histórico do surgimento do Código Civil de 1916, a rescisão do negócio ou o reequilíbrio dos termos convenionados por conta da desigualdade das prestações representava um atraso⁶⁹. Entretanto, não se pode afirmar que tal aceção de atraso dada à lesão permaneceu até o Código Civil de 2002 porque ela foi derrubada muito antes disto, a partir do Decreto-Lei n. 869/1938. Assim, pode-se dizer que a afirmativa de que a lesão prevista no art. 157 do Código Civil de 2002 representou uma ruptura com uma concepção anterior de contrato seria uma forma de desqualificar ou desmerecer todo o esforço doutrinário pré-Código Civil de 2002 em retomar o instituto dentro de um contexto que era muito mais desfavorável. Ressalte-se, portanto, o mérito da doutrina anterior ao Código Civil de 2002 em conseguir moldar e ajustar o Código Civil de 1916 para adaptá-lo a conviver com uma figura que, inicialmente, não seria compatível ao modelo liberal de contrato.

2.3.4 O surgimento da cláusula *rebus sic stantibus* no ordenamento jurídico brasileiro

A onerosidade excessiva só aparecerá em texto legal no nosso ordenamento jurídico a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), contudo, a lapidação da ideia de onerosidade excessiva como um instrumento para resolver ou revisar contratos tem marco inicial nas construções doutrinárias acerca da cláusula *rebus sic stantibus*⁷⁰.

Não se pode retirar o mérito do Código Civil de 2002 em tratar expressamente da teoria da onerosidade excessiva em seus arts. 478, 479 e 480. Entretanto, de maneira similar ao que ocorreu com o tratamento do instituto da lesão em nosso ordenamento jurídico, também não se pode afirmar que tais dispositivos do Código Civil de 2002 representaram uma quebra ao tratamento e à interpretação dos contratos que foi desenvolvida desde o início do Código Civil de 1916 até o advento do Código Civil de 2002.

Segundo Paulo Lôbo, a cláusula *rebus sic stantibus* foi formulada pelos glosadores medievais ao estabelecerem que o contrato de execução prolongada deve ser

⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

⁷⁰ LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e Sua Aplicação no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica da FA7**. v. 13. Fortaleza, 2016, p. 56.

cumprido, desde que se conservem imutáveis as circunstâncias que as partes tiveram presentes na celebração, mas, se elas forem modificadas, a execução também deverá ser⁷¹.

No Brasil, a teoria da imprevisão, originada na doutrina francesa e derivada da cláusula *rebus sic stantibus*⁷², popularizou-se em 1958 com a monografia *Caso fortuito e teoria da imprevisão* de Arnaldo Medeiros da Fonseca. Em outro posicionamento, Antônio Junqueira de Azevedo chega a afirmar que a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* existe desde a independência (1822)⁷³. Tal argumento também faz sentido, posto que o título 64, Livro III, das Ordenações Filipinas (diploma legal em vigor no período da independência) manteve a aplicação subsidiária do direito canônico e do direito romano no ordenamento jurídico e, na existência de lacunas de lei, o julgador deveria se utilizar das glosas de Acúrsio e de Bártolo⁷⁴. Restaria aí o fundamento para a possibilidade de resgate e de utilização da *rebus sic stantibus* desde a independência do Brasil.

De uma forma ou de outra, a discussão acerca da aplicabilidade ou não da *rebus sic stantibus* em nosso ordenamento jurídico durou todo o século XX⁷⁵. De um lado, havia os doutrinadores que rechaçavam a sua aplicação (antirrevisionistas) com base nos arts. 1.091, 1.214, 1.246 e 1.453, todos do Código Civil de 1916 e, do outro lado, havia os favoráveis à teoria (revisionistas) que fundamentavam sua aplicação nos arts. 85, 1.056 e 1.059, todos também do Código Civil de 1916⁷⁶.

Apesar da polêmica e discussão doutrinária acerca da aplicação ou não da cláusula *rebus sic stantibus*, em 27.10.1930 houve a pioneira decisão determinando a sua aplicação prolatada por Nelson Hungria, juiz de primeira instância à época. Conforme explicam Alexandre Freire Pimentel e João Otávio Rodrigues Ferreira, a decisão está entre as mais importantes para o desenvolvimento e integração da teoria ao ordenamento jurídico brasileiro, pois a partir dela que houve uma mudança do curso de sua aplicação e adoção pelos

⁷¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

⁷² LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e Sua Aplicação no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica da FA7**. v. 13. Fortaleza, 2016, p. 56.

⁷³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

⁷⁴ **ORDENAÇÕES FILIPINAS**, Livro III. Universidade de Coimbra.

⁷⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

⁷⁶ PIMENTEL, Alexandre Freire; FERREIRA, João Otávio Rodrigues. Análise Histórico-Comparativa da Cláusula *Rebus sic stantibus*, no Direito Brasileiro e Espanhol ante o Fenômeno da Bolha Imobiliária. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (coordenadores). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: Estudos em Homenagem ao Professor Torquato Castro**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 54.

Tribunais brasileiros⁷⁷. O Supremo Tribunal Federal confirmou, pela primeira vez, em 1938 que a *rebus sic stantibus* não é contrária à legislação nacional. Assim, para os contratos em geral, a jurisprudência, de maneira cautelosa, já permitia a revisão antes mesmo da previsão expressa do atual Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor⁷⁸.

Em sua obra sobre o direito das obrigações da década de 1960, Arnold Wald esclarece que devido à legislação especial posterior ao Código Civil de 1916, tanto a doutrina como a jurisprudência consideravam a teoria da imprevisão aplicável no Brasil⁷⁹. Ele defende que a teoria deve ser amplamente aceita e tem por fundamento não só as leis extravagantes, mas sim o art. 85 do Código Civil de 1916⁸⁰. Wald explica que as restrições à liberdade contratual não devem ser interpretadas como um declínio ou atraso, mas sim num cerceamento aos abusos e que representam a fonte de uma verdadeira humanização do contrato⁸¹.

Já Orlando Gomes, em obra de 1983 sobre contratos, explica que a aplicação da teoria da onerosidade excessiva se aplica no Brasil, desde que presentes seus requisitos: i) aplicação nos contratos de duração ou de execução diferida; ii) alteração do estado de fato no momento da formação do vínculo; iii) impossibilidade de previsão na alteração do estado de fato⁸². A onerosidade excessiva também não poderia ficar ao arbítrio da parte interessada na resolução ou extinção de suas obrigações e, por isso, a intervenção judicial seria imprescindível porque é o juiz que deverá decidir se há onerosidade excessiva por meio da verificação da existência do nexo de causalidade entre o acontecimento extraordinário e imprevisível e a excessiva onerosidade⁸³.

A partir dos fatores acima enumerados, é possível verificar que a presença de dispositivos expressos no nosso Código Civil de 2002 tratando da aplicação da teoria da onerosidade excessiva não denota o surgimento de um novo instituto em nosso ordenamento, mas sim uma consagração do que já havia sendo aplicado nos tribunais brasileiros desde 1930

⁷⁷ PIMENTEL, Alexandre Freire; FERREIRA, João Otávio Rodrigues. Análise Histórico-Comparativa da Cláusula *Rebus sic stantibus*, no Direito Brasileiro e Espanhol ante o Fenômeno da Bolha Imobiliária. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (coordenadores). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: Estudos em Homenagem ao Professor Torquato Castro**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 54.

⁷⁸ AZEVEDO, AntonioJunqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190.

⁷⁹ WALD, Arnold. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: LUX Ltda, 1962, p. 168.

⁸⁰ WALD, Arnold. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: LUX Ltda, 1962, p. 172-173.

⁸¹ WALD, Arnold. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: LUX Ltda, 1962, p. 174.

⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 40.

⁸³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 201.

com a pioneira decisão de Nelson Hungria. Há de se perceber, mais uma vez, a maneira como a interpretação contratual veio a ser modificada dentro da própria sistemática do Código Civil de 1916 e muito antes do advento do Código Civil de 2002.

2.3.5 Considerações sobre a passagem para o modelo solidarista no período pré-Código Civil de 2002

Didaticamente pode ser mais fácil estabelecer uma divisão ideológica fechada e estável para o direito contratual a partir da vigência do Código Civil de 2002 (modelo contratual solidarista) com a justificativa de que o Código Civil de 2002 superou o modelo contratual proposto pelo Código Civil de 1916 através de uma ruptura ou uma quebra. É mais simples taxar o Código Civil de 2002 como revolucionário e explicar o contorno ideológico do solidarismo, derivado do Estado Social, que o influenciou e o caracterizou.

Entretanto, ruptura de paradigma ou quebra não seriam os termos mais adequados para explicar a evolução do nosso direito contratual. Antes do atual Código Civil entrar em vigor, Antonio Junqueira de Azevedo, inclusive, estava pessimista quanto ao advento da nova codificação, pois acreditava que o direito civil tinha evoluído de maneira tal que havia alcançado um patamar superior do que ficaria quando o projeto do Código Civil de 2002 fosse aprovado⁸⁴. Apesar de tal negativismo ter se mostrado um pouco exagerado, pode-se compreender que, como fora demonstrado, ainda que de maneira singela, a partir de aspectos pontuais da teoria geral dos contratos, o direito contratual e a sua interpretação evoluiu ao longo do tempo, inclusive durante a vigência do Código Civil de 1916, de modo que houve, na verdade, uma transição ou progresso no tratamento de alguns institutos como a função social dos contratos, a lesão e a teoria da onerosidade excessiva que foram melhor consolidados com o Código Civil de 2002.

Os institutos do direito civil, principalmente relativos ao direito contratual, e o tratamento que lhes é dado estão em constante mudança de modo que, a título exemplificativo, a maneira pela qual alguns deles são interpretados hoje já é bem diferente se comparada com a sua interpretação no momento em que o Código Civil de 2002 acabara de entrar em vigor e, muito provavelmente, será diferente da interpretação que será dada daqui a 10 ou 20 anos. Assim, é mais sofisticado, pelo menos quanto às mudanças ocorridas no direito contratual até a chegada do Código Civil 2002, utilizar-se das expressões transição ou

⁸⁴AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158.

o progresso, justamente porque o direito não é estático como uma fotografia, mas sim dinâmico e em constante mudança, como um filme ou vídeo.

2.4 A Crise na Teoria Geral dos Contratos: Consequências das Mudanças para o Modelo Contratual Solidarista

Embora as mudanças que culminaram com a passagem do modelo liberal de contrato para o modelo solidarista tenham ocorrido na nossa Constituição e na legislação, Luciano Benetti Timm relata que, no Brasil, o direito social, em regra, foi tratado como excepcional pela doutrina civilista⁸⁵. Paulo Lôbo indica que o excesso de individualismo do modelo anterior não foi inteiramente podado pelo Código Civil de 2002 e que a difícil aplicação dos princípios sociais ocorreu por conta do esforço argumentativo da corrente doutrinária que adotou a ideia de constitucionalização do direito civil⁸⁶.

Enzo Roppo expõe que o modelo solidarista acarretou uma inversão completa das concepções e dos valores dominantes no modelo anterior, pois, enquanto a concepção liberal garantia uma autonomia contratual com mínima intervenção estatal, o solidarismo prevê a necessidade de condutas positivas a serem obedecidas pelos contratantes, aumentando consideravelmente a intervenção nas relações contratuais⁸⁷. Segundo ele, passou-se a lamentar que, por conta do intervencionismo do Estado nas relações privadas, a vontade dos contratantes já não importaria. Foi instaurada, então, uma crise de declínio das relações contratuais ou até de morte do próprio contrato⁸⁸ porque a liberdade contratual e a expressão de vontade teriam sido postas em cheque⁸⁹.

Desta feita, pregava-se que existia um progressivo desgaste na liberdade e autonomia contratual por conta das exigências sociais e da coletividade⁹⁰. Há de se perceber uma clara resistência ao intervencionismo estatal decorrente da ideia do solidarismo nas relações contratuais. Entretanto, Pontes de Miranda já reconhecia que todo negócio jurídico está inserido em um momento histórico-social, econômico e político e, por isso, as

⁸⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

⁸⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

⁸⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 296.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, III: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 26.

⁸⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.

⁹⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 296.

circunstâncias gerais entram, e muito, no seu conteúdo⁹¹. Seria até mesmo despótico submeter uma parte contratante à inflexibilidade dos deveres e obrigações se alguma alteração total ou radical sobrevier ao negócio jurídico de maneira tal que o declarante não teria feito sua declaração de vontade se a tivesse previsto.

AntonioJunqueira de Azevedo bem explica que uma resistência a mudanças sempre vai existir quando se está diante de uma mudança de paradigma. Tal situação ocorre porque o paradigma trata de um modo de resolver problemas e as pessoas são propensas a ter uma certa dificuldade em aceitar uma nova maneira de encarar e solucionar os conflitos humanos:

Ora, o mundo inteiro, em todas as áreas, está acostumado a trabalhar com problemas. Todo biólogo se defronta com problemas; todo físico, com problemas. A maneira como se solucionam esses problemas é o paradigma; é ele que aprendemos na escola. O professor transmite para o aluno; o aluno aprende e será operador do direito com o paradigma que recebeu. Daí uma certa dificuldade quando o paradigma está em mudança ou quando o anterior entrou em crise; muitos juristas, muitos professores, no caso do direito, vivem o paradigma que aprenderam e recusam as mudanças; eles recusam as inovações. É preciso um grande esforço para mudar o tipo de pensamento que fundamenta o exercício da própria atividade.⁹²

Enzo Roppo termina por concluir que é necessário, por meio de um método de análise diferenciada, realizar cuidadosas distinções entre os vários fenômenos que concorrem para definir a imagem do contrato e, desta forma, poder assimilar a sua novidade (a sua nova imagem) em relação ao modelo liberal consagrado pela tradição do século XIX⁹³. Assim, pode-se afirmar que o contrato não está morto, mas apenas diferente de como era no passado, imbuído numa passagem para um novo modelo, adequado às exigências dos novos tempos⁹⁴.

Paulo Lôbo dispõe que o modelo de Estado Social se encontra em crise porque as receitas públicas não conseguem mais atender ao projeto de solidariedade social ou de democracia social⁹⁵. Entretanto, ele esclarece que, sob o ponto de vista jurídico, não há crise do Estado social. Isto porque ele se revela pela ordenação e regulação da ordem econômica e social ou do poder econômico e não apenas das liberdades públicas e dos limites do poder político. Desta maneira, apesar de diversos estudiosos anunciarem o fim do Estado Social,

⁹¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 222.

⁹² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156.

⁹³ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 297.

⁹⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 347.

⁹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

este fim não existe para o direito porque a mudança de ideologia e de modelo deverá ocorrer através de uma mudança na própria legislação.

É imperioso também ressaltar que Paulo Lôbo igualmente reconhece que apesar de nosso ordenamento jurídico adotar o modelo de Estado Social, a concepção liberal ainda é muito enraizada nos hábitos e quefazeres dos juristas nacionais⁹⁶. Entretanto, querer que o direito seja imodificável, eterno, a-histórico e insensível a qualquer ideologia é uma atitude formalista, como bem afirma Pietro Perlingieri⁹⁷.

Além disso, Judith Martins-Costa dispõe que a interpretação contratual, sobretudo a partir das ferramentas oferecidas pelo Código Civil de 2002, oferecem modelos abertos que não estão pré-determinados e ainda critica os juristas que os utilizam de maneira superficial e geral:

Ora, frente esses modelos abertos, um jurista que se limite a bradar as sonoras palavras que, modo geral, estão nele incrustradas ó por exemplo, õboa-féö, õfunção social do contratoö, õdignidade da pessoa humanaö, õrazoabilidadeö, õequidadeö, õequilíbrio contratualö, õsocialidadeö e quetais ó não é um jurista tecnicamente preparado, é dizer: não é um jurista. Se se perder na õdoutrina líquidaö que se esparrama sobre quase tudo, mas não oriente nem resolve quase nada; se não souber utilizar a técnica das distinciones (análise, comparação, estabelecimento de relações, separação, agrupamento, classificação), tão antiga quanto inafastável instrumento para o pensamento jurídico, acabará enredado entre os princípios e institutos que povoam o ordenamento.⁹⁸

Ela também explicita que, por exemplo, a aplicação do princípio da boa-fé precisa ser submetida ao crivo da crítica colaborativo, de modo que seja possibilitado um verdadeiro diálogo entre doutrina e jurisprudência⁹⁹. Seria, portanto, inadmissível usar o instituto designado pela expressão õboa-féö como se fosse õuma pretensa *fórmula mágica* difusamente empregada, sem distinções nem mediações, em um sem número de situações dísparesö¹⁰⁰.

Seguindo com seu raciocínio, Judith Martins-Costa expõe que é tarefa do ordenamento e dos juristas oferecer os critérios prévios para explicitar e determinar os significados das normas que estabelecem estas condutas¹⁰¹. Assim, a maior responsabilidade

⁹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com uma segurança jurídica dos contratos? **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 5. Rio de Janeiro, 2015, p. 07.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 12.

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 13.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com uma segurança jurídica dos contratos? **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 5. Rio de Janeiro, 2015, p. 08.

do jurista é conseguir determinar e explicitar critérios para a aplicação de modelos jurídicos abertos, procedendo a uma adequada qualificação jurídica dos fatos. Pietro Perlingieri também aponta que é dever do civilista pautar a sua atuação conforme determinados objetivos, tais como: i) a busca por um sistema de direito civil mais harmonizado às necessidades existenciais da pessoa; ii) a redefinição de institutos civilísticos de acordo com os juízos de valor do ordenamento; iii) a adaptação das técnicas e noções tradicionais do direito civil em busca de uma modernização de seus instrumentos, principalmente no que se refere à teoria da interpretação¹⁰².

Neste sentido, segundo AntonioJunqueira de Azevedo, o paradigma pós-moderno não deve mais se limitar a ãum jogo de palavras retóricoö e sim dar diretrizes materiais a respeito da maneira que os problemas de direito privado devem ser solucionados, sobre como a função social e a boa-fé deverão ser interpretadas, por exemplo¹⁰³.

É necessário concluir que a dogmática civilista tem a capacidade de resolver este problema porque possui um arsenal de critérios e oferece imprescindíveis chaves de segurança para manejar os modelos jurídicos abertos¹⁰⁴. O problema é que tais critérios muitas vezes não são usados:

É mais fácil bradar que tal ou qual ato viola a função social do contrato ó e com isto, pretender dar por encerrado o problema ó do que se debruçar, por exemplo, num contrato de transporte marítimo, sobre os usos do setor, determinando, tecnicamente, se prevalece a regra dos usos, ou, ao contrário, a regra negocial. É mais fácil usar a torto e a direito uma expressão aberta como õboa-féö, empregando-a de modo sempre igual, como se fosse uma régua de uma só medida ou uma etiqueta grosseira, seja um contrato de consumo, uma doação de pai para filho, seja um acordo de acionistas, do que procurar a sua densificação segundo critérios que considerem a sua função, o tipo de relação contratual em causa, a fase da relação obrigacional, apontando, nos elementos concretos, do caso, as circunstâncias que importam na sua violação.¹⁰⁵

De acordo com EroulthsCortiano Júnior, o advento do modelo solidarista representa a fundação de um novo direito civil, existencialista e marcado pela revelação dos valores humanos¹⁰⁶. Assim, é essencial neste novo direito civil recuperar a noção de pessoa,

¹⁰² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

¹⁰³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com uma segurança jurídica dos contratos? **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 5. Rio de Janeiro, 2015, p. 10.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com uma segurança jurídica dos contratos? **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 5. Rio de Janeiro, 2015, p. 11.

¹⁰⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As Quatro Fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPE)**, n. 45. Curitiba: UFPR, 2006, p. 100.

como um sujeito inserido historicamente, com suas fomes, paixões, desejos, relações, projetos, planos, carente de trocas afetivas e refúgios que lhe deem autonomia, personalidade e humanidade¹⁰⁷. É um momento em que o direito civil está em construção em torno da ideia de uma condição mínima existencial como problema do direito e que, conseqüentemente, envolve problemas de acesso à saúde, à educação e à justiça.

Desde o final da década de 90, Darcy Bessone aponta a pedra de que o direito contratual encontrava-se em uma transição para uma nova era, ainda indefinida, mas por todos pressentida, na qual as ideias sociais, sem os exageros por muitos pretendidos, vão conquistar terreno e firmar-se em bases mais sólidas¹⁰⁸. Acontece que, como bem explanado neste mesmo tópico, o direito contratual terminou, de certa maneira, preso dentro da própria crise e na indefinição de conceitos abertos, genéricos e largamente utilizados sem critérios bem definidos, a exemplo do próprio princípio da boa-fé.

Voltando à comparação do direito contratual com a pedra alexandrita, percebe-se que a doutrina sabia qual a cor do direito contratual enquanto subsistia o antigo modelo liberal. Entretanto, com o advento das mudanças no ordenamento jurídico aportadas pelo modelo solidarista, ficou claro que o direito contratual foi modificado, mas a doutrina ainda possui dificuldades para enxergar, com clareza, qual a sua nova cor.

Desde então, existe uma crise na teoria geral dos contratos, uma vez que até mesmo a atualização de clássicos manuais de direito civil, como os de Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Washington de Barros Monteiro, não chegou a incorporar, de maneira satisfatória, a transição para a concepção solidarista¹⁰⁹. Além disso, a doutrina civilista moderna, como bem destacado anteriormente neste texto por Paulo Lôbo, Luciano Benetti Timm, Judith Martins-Costa e Eroulth Cortiano apontou o problema, mas ainda não logrou êxito em utilizar, da maneira mais proveitosa possível, as ferramentas oferecidas pelo ordenamento jurídico, principalmente pelo Código Civil de 2002, para uma interpretação contratual conforme a ideologia solidarista absorvida pelo nosso sistema.

O direito posto é um sistema criado com a função de prevenir e dirimir conflitos. Tem um aspecto dinâmico e deve ser compreendido como um conjunto de elementos com a capacidade de evoluir e interagir de maneira uniforme. Nesta toada, os advogados e promotores atuam como órgãos de *input* ao introduzirem os conflitos no sistema

¹⁰⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 102.

¹⁰⁸ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, III: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2015; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 5: direito das obrigações, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2014; GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

em busca de soluções enquanto os julgadores e a doutrina funcionam como órgãos de *output*, vez que possuem o dever de elucidar os conflitos na vida social¹¹⁰. Logo, é a partir da compreensão do funcionamento do sistema que o direito contratual deve ser analisado, estudado e evoluir. Nesse mesmo sentido, Judith Martins-Costa aponta que é papel da doutrina esclarecer a significação dos modelos jurídicos em vigor propondo progressivamente novos conteúdos significativos, bem como reclamar a sua revogação, por não mais corresponderem à realidade da vida que ao Direito cabe ordenar¹¹¹. Na mesma toada, Fernando Araújo expõe que o direito dos contratos precisa ser dinâmico, com capacidade de responder com agilidade às transformações da sociedade, sem lesar as expectativas das partes, admitindo-se, inclusive, que as necessidades da disciplina contratual evoluam ao longo da vida de uma relação contratual¹¹².

Do mesmo modo, Emílio Betti explica que o Direito tem a função estática de atribuir direitos subjetivos aos detentores para resguardar a circulação de bens e utilização de serviços, mas também possui a função dinâmica em busca de uma constante renovação conforme as necessidades que vão surgindo¹¹³. Clóvis do Couto e Silva defende que o conceito de sistema como algo fechado deve ser superado, pois a lógica formal perde força para abrir espaço para contribuições da sociologia, por exemplo. Então, a sistemática atual, apesar de ser predominante dedutiva, dá ampla margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos¹¹⁴. Assim, Ronaldo Porto Macedo Jr. também termina por defender essa abertura para a sociologia, por se tratar do ramo do conhecimento apto para mensurar os valores e interesses sociais e buscar a solução deles decorrentes¹¹⁵. Por fim, até mesmo Pontes de Miranda aponta que não é possível julgar, com independência e solidez de julgamento, o direito de um povo, sem conferi-lo com o que se assentou em Sociologia jurídica, com o que se sabe sobre evolução do direito¹¹⁶. Ademais, justifica tal assertiva dizendo que o grande

¹¹⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 189.

¹¹² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.059.

¹¹³ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 95.

¹¹⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 69.

¹¹⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79-80.

¹¹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 01.

serviço prestado pela educação sociológica é possibilitar a discriminação, em graus evolutivos, dos institutos e das regras do direito¹¹⁷.

A crise na teoria geral dos contratos não é meramente doutrinária. A título exemplificativo, Larissa Maria de Moraes Leal e Roberto Paulino de Albuquerque Júnior¹¹⁸ realizaram uma investigação acerca da interpretação do Superior Tribunal de Justiça a respeito da resolução dos contratos por onerosidade excessiva, uma das marcas do solidarismo contratual, e chegaram às seguintes conclusões: i) As turmas do Superior Tribunal de Justiça competentes para processar e julgar feitos dessa natureza, a terceira e a quarta, têm julgado casos de onerosidade excessiva, incidente em contratos civis e empresariais, de modo uniforme; ii) O requisito de imprevisibilidade, dissonante da teoria da onerosidade excessiva hodierna, aparece com força total nos julgados do STJ; iii) Existe uma confusão entre os institutos da teoria da onerosidade excessiva e teoria da imprevisão causados por conta da forma como o legislador optou por dispor o art. 478 do Código Civil; iv) Desde 2008, por entender que a imprevisibilidade do fato superveniente é requisito para a aplicação da onerosidade excessiva aos contratos, o STJ tem negado incidência da mesma nos pactos aleatórios.

2.5 O Modelo Solidarista de Contrato: as Principais Características do Solidarismo Jurídico no Âmbito Contratual

Ao se observar a transição do direito contratual no nosso ordenamento jurídico, seria um impropério imaginar que as características que marcam o solidarismo contratual teriam surgido num estalar de dedos. Alguns dos traços marcantes deste modelo já existiam e tinham grande importância também dentro do modelo liberal de contrato, acontece que a mudança de foco orquestrada pelo Estado Social foi capaz de colocar novos pesos na balança e redistribuir a importância de alguns temas dentro da ótica da teoria geral dos contratos.

Tomemos como exemplo a obra *“A obrigação como processo”*¹¹⁹ de Clóvis do Couto e Silva que, apesar de ter sido publicada em 2006 pela editora FGV foi originalmente

¹¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 60.

¹¹⁸ LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e Sua Aplicação no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica da FA7**, v. 13. Fortaleza, 2016.

¹¹⁹ A expressão *“obrigação como processo”* representa o desdobramento da dinamicidade da obrigação nas várias fases que surgem com o desenvolvimento da relação obrigacional e que estão ligadas entre si por meio de uma interdependência. (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20).

escrita em 1964 e apresentada como tese de concurso de cátedra na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Desde esse período, já se defendia que a relação jurídica deveria ser tratada de maneira orgânica, cooperativa, formadora de uma unidade¹²⁰. A diferença, se assim pode-se dizer, está no fato de que o modelo solidarista amplia essa concepção de cooperativismo para todos os indivíduos da sociedade, não se restringindo aos que fazem parte da relação obrigacional, e exigindo a promoção de uma solidariedade orgânica, capaz de impor determinadas condutas e proibindo outras, coerentes com o modelo social e independentemente da vontade das partes¹²¹.

Nesta toada, considera-se que o risco contratual é socializado, posto que o contrato do modelo liberal clássico cede espaço para a ideia de acordos de solidariedade. Estes, pensados para exercer uma equitativa alocação dos ônus e lucros sociais, bem como em equilibrar os interesses conflitantes ainda que isto sempre implique num negócio jurídico com sacrifícios mútuos¹²².

Couto e Silva também reconhece que o poder econômico é apto a causar um desnível na estrutura obrigacional, alterando ou anulando o poder de negociação de uma das partes e influenciando não só em contratos entre empresas e indivíduos, mas também entre pessoas jurídicas¹²³. No mesmo sentido, entende Enzo Roppo ao chamar negócios jurídicos com estas características de *contratos substancialmente injustos*¹²⁴. Assim, é preciso levar em conta que se o contrato fosse transformado em um meio de aniquilamento econômico, a sua própria finalidade social restaria perdida, pois a rigidez do *pacta sunt servanda* conduziria a situações da mais flagrante injustiça¹²⁵.

Apesar de ser o tipo mais comum de desigualdade, tal pensamento não deve se restringir apenas ao âmbito econômico. Qualquer desigualdade real entre as partes contratantes e o negócio jurídico é um instrumento de abuso, pois o contrato precisa servir como um instrumento de equilíbrio e colaboração. Tal fator de desequilíbrio também não poderá surgir após a conclusão do negócio jurídico nem pode quebrar a harmonia social ou ferir interesse de terceiros¹²⁶. A inferioridade do contratante mais fraco pode também, por

¹²⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

¹²¹ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93-94.

¹²² MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71.

¹²³ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 30.

¹²⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 38.

¹²⁵ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 218.

¹²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52.

exemplo, se manifestar por ãum estado permanente físico ou moralö ou até mesmo revestir a forma de ãuma vontade mal asseguradaö e neste caso, o intérprete teria que proceder a uma ãanálise sutil do valor do consentimentoö¹²⁷.

O solidarismo aprofunda ainda mais a ideia ao defender que a análise jurídica deverá recair sobre a realidade social, não podendo os indivíduos serem considerados iguais caso o estado de desigualdade seja empiricamente perceptível¹²⁸. A democracia moderna precisa, portanto, compreender que ãa liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores. Cabe neste caso ao Estado intervir para proteger os fracosö¹²⁹. É também nesta toada que San Tiago Dantas aponta que é a partir do princípio da solidariedade social que nasce a tese da proteção social dos mais fracos ãdestinada a corrigir as consequências desumanas do liberalismo jurídico [...]ö¹³⁰.

Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra ãLesão nos contratosö, já esclarecia, em 1959, que todo contrato resulta de uma luta de vontades decorrente de desigualdades e que um pressuposto absoluto de igualdade das partes se mostra impossível¹³¹. Ele também reconhece a solidariedade humana como *princípio informativo do direito moderno* que impõe o dever de uma parte não abusar de outra que venha a praticar um ato jurídico manifestamente prejudicial a si própria¹³². Já Emílio Betti, em 1969, advertia que antes de praticar um ato jurídico, cabe à parte cumprir os chamados ãônus de prudênciaö, portanto deve: i) estar atenta ao que diz ou faz; ii) conhecer os termos e o significado de sua declaração; iii) fixar com clareza e de maneira inequívoca o quanto se compromete no negócio que conclui; iv) preservar a parte desacomodada dos danos que o negócio proposto nos seus termos poderá causar¹³³.

O direito social é, portanto, um direito das desigualdades e de facetas. A intenção de proteger surge, portanto, da repulsa ao abuso ou, melhor dizendo, da defesa, por parte do ordenamento, da *humilisconditio* do contratante¹³⁴. Em busca da pacificação social, são criadas formas de solidariedade para regular conflitos, então há solidarismo nos prejuízos,

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 129.

¹²⁸ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

¹²⁹ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Academica, 1937, p. 133.

¹³⁰ DANTAS, San Tiago. **Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 09.

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 128-129.

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 144.

¹³³ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 215.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 180.

no sofrimento e no combate à exploração dos mais fracos, por exemplo¹³⁵. Pensar de maneira diferente e defender que, uma vez perfeitos, os contratos estão livres de qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, seria projetar um verdadeiro formalismo, deixando o contrato à margem da vida e tornando-o um maior produtor de conflito de interesses do que soluções¹³⁶.

Em sua obra sobre a teoria geral dos contratos, Darcy Bessone destaca, em 1997, a necessidade da criação de um sistema de defesas apto a garantir que os fortes não espoliassem os mais fracos numa relação contratual, bem como para assegurar que os interesses sociais prevalecessem sobre os individuais¹³⁷. Esta, pois, é a lógica do modelo solidarista, oriundo do *welfarestate*, que procura conciliar os princípios redistributivos de solidariedade e reequilíbrio com a lógica econômica de mercado. Assim, os princípios do direito contratual clássico permanecem vigentes, embora submetidos e limitados ao aumento da importância dessa matriz social e dos contratos simbióticos, entrelaçados ou relacionais¹³⁸.

Além disso, a nova realidade social também passa a exigir, portanto, uma concepção do contrato capaz de perceber a sua inserção na sociedade de modo a permitir uma abertura do direito contratual também a elementos normativos não consensuais que objetivem evitar anomias sociais¹³⁹. Georges Ripert explica que a necessidade de proteger os mais fracos desencadeou uma órfloação extraordinária de medidas legais para admitir uma intervenção estatal sem que tal medida seja vista como um abandono da liberdade contratual¹⁴⁰.

Dessa maneira, o contrato, assim como qualquer instituto jurídico, encontra-se longe de ser governado por leis absolutas. O próprio princípio da liberdade contratual não é e nem pode ser absoluto¹⁴¹. Uma visão que defenda que a essência do contrato resta no exercício incondicionado livre da vontade individual estaria apenas destacando, de maneira arbitrária, uma fase circunscrita da evolução do direito contratual (a fase do modelo liberal)¹⁴². Trata-se de ideologia, posto que, como bem pontua Enzo Roppo, ão existe uma essência histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas

¹³⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 72.

¹³⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 106.

¹³⁷ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.

¹³⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

¹³⁹ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87-88.

¹⁴⁰ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Academica, 1937, p. 134.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 220.

¹⁴² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 347-348.

e das suas concretas transformações¹⁴³. A transição entre o modelo liberal para o modelo solidarista no ordenamento jurídico brasileiro nada mais é do que resultado da contínua e ininterrupta transformação do direito contratual.

Nesse diapasão, torna-se essencial compreender que o solidarismo opera a transformação nas relações privadas causando uma mudança de um ponto de partida individualista para uma visão holística. O contrato representa um aspecto da sociedade, promove cooperação, ordenação social, estimula a coesão entre os indivíduos e é uma manifestação da humanidade na comunidade em que o contratante vive. Assim, os sujeitos com capacidade de contratar estão, a todo momento, cumprindo variados papéis sociais (trabalhador, consumidor, pai, empresário etc.) e, igualmente, gerando expectativas sociais variadas¹⁴⁴. Em decorrência dessa concepção holística, o saber social deve se debruçar sobre a realidade da coletividade¹⁴⁵. Assim, a visão de um modelo contratual inserido nesse quadro de solidarismo jurídico não mais é do que defender uma teoria geral dos contratos que valoriza as particularidades dos casos concretos pautada pelas distinções de valores e regimes¹⁴⁶.

Segundo Judith Martins-Costa, o Código Civil é marcado pela diretriz da concreção significando que o destinatário das normas de direito privado não é mais o abstrato *sujeito sempre-igual* da Codificação oitocentista, mas sim a pessoa situada, em outras palavras é a pessoa em suas circunstâncias¹⁴⁷. Interpretar um contrato somente em razão da literalidade da linguagem e sem atender ao contexto em que ele é ambientado representaria, portanto, uma violação às normas interpretativas do ordenamento brasileiro¹⁴⁸.

Nesta toada, o Negócio Jurídico é um conceito que sempre esteve presente em qualquer povo. Existe desde a pré-história e é uma maneira das pessoas se relacionarem, da mesma forma que acontece com a linguagem, por exemplo. Trata-se de um fato social e é

¹⁴³ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 348.

¹⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125.

¹⁴⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 94-95.

¹⁴⁶ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato Existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 287-288.

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: As Três Perspectivas do Direito privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas em Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 404.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Acordo de acionistas com cláusula de preferência na aquisição de ações. Contrato *intuitu personae* a ser interpretado em duas fases: procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso da personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

resultado de uma criação coletiva. É preciso compreender que o negócio jurídico sempre esteve relacionado, ao longo de toda a história, a determinados *modelos de comportamento*. Então seria incorreto afirmar que o negócio jurídico surgiu nos séculos XVIII e XIX, pois seria o mesmo que confundir o momento da formulação do conceito com o próprio conceito¹⁴⁹.

Até mesmo a finalidade de concretizar uma justiça contratual e de harmonizá-la com preceitos morais não se trata de uma novidade, pois a busca por tal orientação chegou a existir com fervor no direito leigo durante a Idade Média por conta da influência do Cristianismo¹⁵⁰. Apenas a título exemplificativo, Ronaldo Porto Macedo Jr. explica que o direito social ressuscitou, por meio de uma nova roupagem, o conceito de justo preço de origem medieval que, ao invés de referir-se a um valor intrínseco da própria coisa, torna-se expressão de juízos coletivos¹⁵¹. Deixa-se de tratar do preço natural, para se falar do preço normal. Fernando Araújo expõe que o entendimento acerca de um mínimo de justiça substantiva se sobrepõe, até mesmo, ao valor segurança na disciplina contratual, posto que a primeira triagem de interpretação dos contratos deverá ser uma apuração sobre se as partes entenderam alcançado um acordo justo conscientes de todas as suas clivagens e consequências¹⁵².

Assim, Emílio Betti explica que o negócio jurídico deve satisfazer a uma exigência de recognoscibilidade que domina toda a vida social. Ou seja, todo negócio deve ser um fato socialmente reconhecível. Apenas dessa maneira, reconhecendo o sentido objetivado nas manifestações das pessoas, é possível viabilizar a construção de relações recíprocas e de comunhões de espiritualidade. Tal exigência de recognoscibilidade está presente em todo o campo da vida de relação de um sujeito¹⁵³. No mesmo sentido, AntonioJunqueira de Azevedo afirma que se o negócio jurídico é um conceito popular, não se deve entender a autonomia da vontade de maneira individualista e nem como se ela fosse inteiramente concedida pelo ordenamento jurídico, mas sim que ela seja socialmente entendida¹⁵⁴.

¹⁴⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

¹⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 185.

¹⁵¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

¹⁵² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 330.

¹⁵³ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 108.

¹⁵⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

O jurista, portanto, ao tratar de situações que objetivem resolver problemas existenciais da pessoa humana no seu relacionamento recíproco, não está limitado a uma interpretação puramente racional do contrato. Em outras palavras, não basta apenas entendê-lo intelectualmente, mas também está autorizado a *intuir*, a realizar uma *intuição de justiça*¹⁵⁵. Afinal, as cláusulas contratuais não podem exprimir o aproveitamento de um sujeito sobre o outro, é algo condenável e ignora a regra de que a lei deve ter em vista o bem comum¹⁵⁶.

Logo, no tratamento da autonomia da vontade, a concepção individualista pregada pelo modelo liberal já não serve, pois, como bem explica Darcy Bessone, a depender do caso em análise, a liberdade contratual não passaria de um formalismo:

Efetivamente, em muitas oportunidades, a liberdade de contratar é apenas teórica. Nas relações entre empregador e o empregado, este, em regra, terá de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas consequências. Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionadas. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que houver falta no mercado. No mútuo, o mutuário normalmente deixará-se explorar, premido por invencíveis dificuldades do momento. Nos contratos com poderosas organizações de transporte e fornecimento de luz, água, gás, telefone, a clientela dispersa não terá meios de se resguardar de condições porventura demasiado rigorosas. Em todos estes casos, como em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania. Para o outro, no expressivo dizer de Menger, será colocada ao lado da guilhotina.¹⁵⁷

Neste sentido, o contrato deixa de ser analisado numa perspectiva singular para se referir a uma ordem contratual inserida no âmbito da sociedade. O padrão de racionalidade do modelo solidarista passa a exigir a noção de equilíbrio ou balanceamento dos direitos e deveres no negócio jurídico¹⁵⁸, até porque a reciprocidade de obrigações com igualdade de sacrifícios é a essência dos contratos sinalagmáticos¹⁵⁹. Tal equilíbrio deve ser flexível e adaptável às mudanças na sociedade¹⁶⁰, além de estar contido numa noção de escala e contrapeso¹⁶¹. Logo, qualquer contrato tem importância para toda a sociedade¹⁶² e o princípio

¹⁵⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 63.

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 131.

¹⁵⁷ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34.

¹⁵⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

¹⁵⁹ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 439.

¹⁶⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

¹⁶¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido da justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado¹⁶³.

Nessa toada, existem regras de conduta geradas espontaneamente nas relações sociais que se configuram como elementos não consensuais do contrato, pois tratam das expectativas sociais acerca do que o contrato irá proporcionar em função dos papéis socialmente identificados e desempenhados pelos contratantes¹⁶⁴. Em outras palavras, ao agrupar a dependência mútua dos contratantes com a necessidade de harmonia coletiva, o contrato passa por uma regulação social que irá implicar nesta simbiose de cooperação e confiança exigida das partes. Por sinal, como Fernando Araújo bem aponta, a cooperação nunca vai deixar de ser um dever contratual implícito, pois qualquer contrato resultará sempre, por encavado que seja, um embrião de disciplina, a impor deveres de lealdade e justiça à conduta das partes¹⁶⁵.

Para concluir, é necessária a compreensão de que, dentro do modelo solidarista, o contratante deve ser considerado no seu aspecto humano e também dentro do contexto da função que ele desenvolve em determinada relação social¹⁶⁶. Assim, faz-se necessário estabelecer, a partir da heterogeneidade das pessoas e dos papéis desempenhados por elas no âmbito social, análises de modelos contratuais redefinidos a partir do espaço e da maneira que tais negócios jurídicos tenham sido concluídos.

¹⁶² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 141.

¹⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

¹⁶⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 580.

¹⁶⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

3 O CONTRATO E SUA FINALIDADE: A RELEVÂNCIA DO ESCOPO CONTRATUAL PARA A INTERPRETAÇÃO DAS CONDUTAS DOS CONTRATANTES

3.1 A Ideia de Operação Econômica no Direito Contratual e a Classificação de AntonioJunqueira de Azevedo

Enzo Roppo destaca que as situações, as relações e os interesses que fazem parte da substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação econômica*¹⁶⁷. Contudo, qual o significado de *operação econômica*? Significaria dizer que as relações jurídicas nas quais as partes pretendem seguir uma natureza que está desconexa com a intenção patrimonial de lucro (por exemplo, com objetivos altruísticos, ideais, morais, culturais, etc.) não seriam contratos? Significaria dizer que todo contrato, independentemente dos interesses dos contratantes, vai ser sempre encarado, como se fosse uma verdade absoluta, pela ordem jurídica como um instrumento de exploração patrimonial de uma parte por outra?

Roppo explica que esta contradição, entre *operação econômica* e desejo de lucro, é apenas aparente, pois a caracterização de *operação econômica* deve ser interpretada em termos rigorosamente objetivos e não subjetivos¹⁶⁸. Desta maneira, é possível dizer que *operação econômica*, objetivamente, significa circulação de riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro¹⁶⁹. No mesmo sentido, entende San Tiago Dantas ao explicar que ato econômico é todo aquele que satisfaz a necessidade humana e pode ser praticado por terceiros¹⁷⁰.

Assim, a caracterização de um contrato, como fruto de uma *operação econômica*, independe dos motivos e interesses individuais que levaram o sujeito a concluí-la e que bem podem ser interesses não-econômicos¹⁷¹. Tal distinção chama atenção porque, apesar da *operação econômica* estar sempre presente no âmbito contratual, tal questão não quer dizer que interesses não-econômicos no negócio jurídico seriam irrelevantes. Pelo contrário, diferenciar que a *operação econômica* é uma coisa e que os interesses individuais dos contratantes é algo completamente distinto podendo estar relacionado com a ideia de

¹⁶⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 08.

¹⁶⁸ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 12.

¹⁶⁹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 13.

¹⁷⁰ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil II: os contratos**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 25.

¹⁷¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 12-13.

lucro ou não, abre caminhos para a viabilidade de uma interpretação contratual que leve em conta tais aspectos. Além disso, a averiguação sobre se um interesse na celebração de um contrato é predominantemente econômico ou não deve ser a partir do critério sobre a procura ou não de lucro na relação contratual.

Jhering aponta que o pensamento de que toda obrigação deve necessariamente ter um valor patrimonial não passa de uma teoria errônea¹⁷² e expõe que a própria jurisprudência romana já concebeu o pensamento de que toda a vida humana a noção do valor não consiste sómente no dinheiro¹⁷³. Quando o que está em jogo numa relação contratual é um valor com um enfoque diferente do patrimonial, aproxima-se do escopo existencial porque tal circunstância leva as pessoas a contratarem para satisfazer necessidades essenciais a sua vida. Também nesta toada, Paulo Lôbo destaca que, ainda que o direito das obrigações possa estar voltado essencialmente às relações econômicas da pessoa, não há como desvinculá-lo a uma função instrumental de primazia ou emancipação dos interesses da pessoa humana, deixando o patrimônio também ao seu serviço e não o contrário¹⁷⁴.

O dinheiro tem um papel central e um valor inegável no nosso ordenamento jurídico, contudo Jhering, com razão, tenta colocar nos holofotes uma lição que parece ter ficado adormecida: os demais bens, de uma forma geral, também possuem valor para o ser humano e nem tudo deve ser necessariamente monetizado:

Não se trata aqui de caprichos isolados de um indivíduo, mas de bens de um valor geral. Para que serve o dinheiro a quem o tem? E é única e exclusivamente para satisfazer as necessidades da vida? As diversões, a distração, a saúde, a instrução, não têm também os seus direitos? Quando, na posição em que me acho, penso em empregar meu dinheiro para esses fins; quando o sacrifício para proporcionar-me o prazer de um jardim, o repouso em minha casa e algumas horas de distração; quando, por uma casa bem construída, ou por uma habitação com bellissimas vistas, pago o dobro do que eu deveria pagar se fosse outra a casa, medirei, por acaso, o valor desses bens pelo critério do pobre que não pódepagal-los?¹⁷⁵

Apesar de os motivos e interesses individuais (classificados em econômicos e não-econômicos) não serem essenciais para a determinação da existência ou não de um contrato, seriam, ainda, tais interesses irrelevantes? Pelo contrário, AntonioJunqueira de

¹⁷² JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert& C., 1899, p. 03.

¹⁷³ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert& C., 1899, p. 45.

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17.

¹⁷⁵ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert& C., 1899, p. 10.

Azevedo, justamente com fundamento neste critério de interesses numa relação contratual, propõe uma classificação dicotômica entre contratos existenciais e contratos de lucro¹⁷⁶.

Os contratos existenciais seriam os que fossem celebrados visando a subsistência de, ao menos, uma das partes que, necessariamente, precisaria ser uma pessoa natural. Os contratos de lucro, por outro lado, seriam os celebrados entre empresas ou entre profissionais, com intenção de lucro. Sobre os contratos existenciais, ousa-se alargar ainda mais tal conceito para enquadrar como existencial todo contrato que visa satisfazer uma necessidade da vida, satisfazer um interesse que não esteja diretamente vinculado ao lucro, ao crescimento patrimonial.

Dessa forma, a distinção ganha uma importância ainda maior se for levado em conta que o patrimônio (ou a intenção de lucro) não é a única coisa que o direito deve proteger e nem que os demais bens necessariamente precisam derivar ou se transformar em dinheiro¹⁷⁷. Existem bens com valor inestimável, há experiências ou situações envolvendo relações contratuais em que, para uma das partes, o fator patrimonial termina sendo deixado de lado.

Afinal, como seria possível mensurar a realização de recém-casados ao irem morar pela primeira vez em seu imóvel próprio? Ou o sentimento do torcedor que vai ao estádio assistir o seu time jogar a final do campeonato? Como quantificar a necessidade de uma família fazer a feira do mês? Ou a importância do remédio que o doente precisa para melhorar a sua saúde? Qual o valor das memórias e das experiências vividas em uma viagem inesquecível? É preciso considerar que existe um grande hiato entre o indivíduo que contrata para lucrar, ou seja, aumentar o tamanho de seu patrimônio e aquele que contrata para satisfazer as necessidades da vida.

É possível compreender também que a interpretação da finalidade existencial dos contratos está autorizada a beber também de lições trazidas pelo direito do consumidor. Isto porque, como explica AntonioJunqueira de Azevedo, o Código de Defesa do Consumidor carrega um ponto de apoio para alavancar uma atualização do direito contratual que não veio de maneira expressa no Código Civil¹⁷⁸. Essa possibilidade é viável porque as alterações que surgem num microsistema, como o do consumidor, reverberam em todo o ordenamento.

¹⁷⁶AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC ó Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

¹⁷⁷ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert& C., 1899, p. 12.

¹⁷⁸AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 173.

Pode-se utilizar como exemplo o dever de informar previsto no CDC e a sua ideia de que tal dever possui diferentes graus, a depender da situação: i) simplesmente esclarecer; ii) aconselhar; iii) advertir, se houver riscos¹⁷⁹. A medida da intensidade dos deveres dos contratantes (principalmente os secundários) é dada pelo fim do negócio¹⁸⁰. Logo, é plenamente viável que tal raciocínio seja aplicado, portanto, a um contrato que não esteja enquadrado como uma relação de consumo, mas que uma das partes contratuais participe dele com finalidade existencial.

AntonioJunqueira de Azevedo ainda destaca que, nos contratos existenciais, os juízes precisam atentar que as pessoas naturais não são ãdescartáveisõ e suas necessidades fundamentais precisam ser atendidas¹⁸¹. Entre tais necessidades, não deve-se deixar de levar em conta que o lazer ou o puro gozo também estão incluídos, afinal o direito não vai distinguir se alguém compra champagne ou azeite, um quadro ou uma cadeira¹⁸². A noção de condição de vida é relativa, pois o que é parte da vida em sua plenitude, o seu bem-estar, para um, pode ser desprovido de todo o valor para outro¹⁸³. Noutras palavras, cabe a cada um delimitar as suas próprias necessidades.

Em relação aos contratos de lucro, por outro lado, a interferência judicial deveria ser mínima, pois as partes que fossem incompetentes, justamente por estarem atuando num âmbito profissional, deveriam ser ãdescartadasõ ou expulsas do sistema de mercado. Perceba-se que ao contratar com um interesse de aumento patrimonial, o sujeito está inserido em um outro tipo de ãjogoõ em que os riscos são maiores e também que muitas das soluções interpretativas ou dos deveres estão pautados pela lógica do mercado no qual o objeto do negócio jurídico está inserido.

Denota-se, portanto, que as ãcircunstâncias do casoõ, aqui neste estudo podemos usar como exemplo a finalidade existencial ou de lucro, participam da formação do contrato para compor o ambiente geral da espécie contratual¹⁸⁴. Há diferença, por exemplo, num pai que passa num supermercado para comprar postas de peixe para serem cozinhadas no almoço de sua família e na representante de um restaurante que passa no mesmo

¹⁷⁹AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 179.

¹⁸⁰ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 41.

¹⁸¹AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC ó Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

¹⁸² JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert& C., 1899, p. 11.

¹⁸³ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert& C., 1899, p. 69.

¹⁸⁴ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

supermercado para comprar postas de peixe para serem cozinhadas e elaboradas nos pratos do estabelecimento comercial. Em ambos os casos, trata-se do mesmo produto (peixe) e do mesmo tipo contratual (compra e venda), entretanto estar-se-ia, pela classificação proposta pelo professor AntonioJunqueira, diante de um contrato existencial no primeiro caso e de um contrato de lucro no segundo.

Perceba-se, então, que as pessoas são livres para definir com que finalidade desejam contratar, possuem autonomia e liberdade para definir õos escopos que melhor correspondam aos seus interessesö. Contudo, cabe ao ordenamento valorar tais escopos e harmonizá-los de acordo com a sua relevância social¹⁸⁵. Todo negócio, ainda que não revestido pela tutela da ordem jurídica, não deixa de ser um agente da vida privada que, em sentido social, possui uma função prática¹⁸⁶. É por tal razão que cabe à ordem jurídica avaliar e delimitar qual a função prática do tipo e tratá-lo de acordo com essa avaliação. No que tange a essa temática, também vale pontuar que Junqueira de Azevedo já defendeu um direito de realização dos impulsos vitais (em outras palavras õdireito à felicidadeö ou direito ao prazer, a se desenvolver, a ampliar conhecimento, etc.) que é uma característica de alto valor para o mundo jurídico, pois õa verdade é que *ceterisparibus* entre duas situações, uma de satisfação na auto-realização e outra contrária, de renúncia ou sofrimento, nós, como os animais superiores, optamos pela primeiraö¹⁸⁷.

Ainda antes de Antonio Junqueira de Azevedo tratar de suas primeiras lições sobre o dualismo entre contratos existenciais e de lucro, também deve-se destacar que Teresa Negreiros já defendia uma classificação contratual que tomasse por base o õparadigma da essencialidadeö¹⁸⁸. O paradigma da essencialidade seria uma espécie de õmétodo de compreensão do mundoö por meio de um novo critério de classificação contratual¹⁸⁹. Tal critério teria a tarefa de diferenciar os contratos com objetivo de satisfazer as necessidades existenciais daqueles outros cujo objetivo seja a utilização ou a aquisição de bens não essenciais à pessoa humana. Para Negreiros, o paradigma da essencialidade seria verificado a partir da destinação do bem objeto do contrato e de acordo, justamente, com a classificação dos bens em existenciais ou supérfluos¹⁹⁰.

¹⁸⁵ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 104.

¹⁸⁶ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 106.

¹⁸⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao Personalismo Ético da Constituição da República e do Código Civil. Em Favor de uma Ética Biocêntrica. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 26.

¹⁸⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 380.

¹⁸⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 473.

¹⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 453.

O problema de adotar o critério da destinação do bem seria a dificuldade em estabelecer, em juízos *a priori*, um rol de bens existenciais ou supérfluos. Além disto, a própria Teresa Negreiros admite que, sob a ótica do Código Civil de 2002, a destinação dos bens é tratada sem levar em conta a sua função existencial¹⁹¹. Não se pode, contudo, deixar de reconhecer o progresso e a sofisticação da tese defendida por Teresa Negreiros, posto que se trata de uma proposta inovadora que dá ares revigorantes à teoria da interpretação contratual. Por fim, conforme já foi explicado anteriormente, os contratos se pautam com base na ideia de operação econômica e, por isso, o critério mais adequado para uma classificação desta ideia seria, de fato, a verificação da presença ou não do escopo de lucro na celebração do negócio jurídico¹⁹².

Trata-se de aproximar ainda mais o direito contratual da realidade como ela é, fator este que é pressuposto básico para a segurança jurídica¹⁹³. Assim, o negócio jurídico só pode ser considerado perfeito quando a vontade manifestada pelas partes está em conformidade com a correta noção da realidade¹⁹⁴. Não se pode ver a obrigação como uma simples relação entre dois patrimônios e é preciso compreender que neste tipo de relação sempre existiu a submissão de uma pessoa a outra, justamente por isso que a finalidade precisa ser verificada, controlada na sua existência, e na sua execução, tanto pelo legislador como pelo juiz¹⁹⁵. Não se deve, portanto, fechar os olhos e pensar que a regra geral é de um equilíbrio de forças em todo e qualquer tipo de contrato, isto seria regredir para um formalismo violador do próprio equilíbrio contratual pregado pelo nosso ordenamento jurídico.

Ruy Rosado procura juntar as lições, respectivamente, de Teresa Negreiros e Antonio Junqueira de Azevedo, e defende que, nos contratos existenciais, deverá ser adotado o critério do paradigma da essencialidade com base na característica existencial ou não do bem¹⁹⁶. Ele também adota o critério do interesse de lucro exposto que existiria quando uma empresa celebrasse um negócio jurídico com a finalidade de exercer sua atividade econômica¹⁹⁷. Contudo, aqui também se enxerga a mesma dificuldade presente na proposta de

¹⁹¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 449.

¹⁹² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 08.

¹⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

¹⁹⁴ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 379.

¹⁹⁵ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 384.

¹⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista trimestral de direito civil**. vol. 12. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 101.

¹⁹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista trimestral de direito civil**. vol. 12. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 101-102.

Teresa Negreiros, uma vez que não seria possível elencar, em uma classificação estabelecida *a priori*, quais seriam os bens existenciais e quais não seriam.

Assim, há de se concluir que é necessário um aprofundamento ainda maior a respeito da temática dos contratos existenciais e de lucro, justamente para trazer maior segurança jurídica até mesmo para que tais conceitos sejam postos em prática com maior regularidade, contudo já é possível verificar que tal dicotomia está em consonância com a ideologia solidarista. Isto porque, por um lado, em relação aos contratos de lucro, há de se reconhecer o caráter patrimonial dos contratos e a sua importância como instrumento de circulação de riqueza. Por outro lado, os contratos existenciais procuram perseguir o atendimento a um mínimo essencial e se caracterizam por ser um instrumento a serviço da pessoa humana e da concretização deste mínimo existencial¹⁹⁸.

O próprio AntonioJunqueira de Azevedo reconhece como ponto interessante um estudo analítico das diferenças dos efeitos entre os contratos existenciais e de lucro quanto à boa-fé, à função social, ao dano moral, etc¹⁹⁹. Todavia, antes de aprofundar qualquer análise comparativa entre tais modalidades, é imperioso que a forma de enquadrar os negócios jurídicos em tais categorias contratuais seja melhor definida através de ferramentas disponíveis no próprio ordenamento jurídico.

3.2 A Importância da Finalidade na Celebração de Negócios Jurídicos

3.2.1 Considerações iniciais sobre a finalidade contratual

Apesar de AntonioJunqueira de Azevedo adotar o critério do interesse do contratante a satisfazer necessidades existenciais ou de lucrar com a operação do negócio jurídico no momento de contratar, inexistente um maior aprofundamento acerca de como tal critério deve ser verificado. A partir das poucas vezes que o professor Junqueira de Azevedo tratou de tal classificação, é possível apenas extrair apenas algumas diretrizes iniciais, entretanto, inexistente sequer um artigo acadêmico de sua autoria tratando especificamente de tal questão.

¹⁹⁸ MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira de; CARQUI, Vagner Bruno Caparelli. Contrato Existencial como instrumento para a Efetivação do Mínimo Social. **Congresso Nacional do CONPEDI ó UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara**, 2015, p. 207.

¹⁹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC ó Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600-601.

Em outras palavras, ao propor a classificação contratual entre contratos existenciais e de lucro, o professor AntonioJunqueira de Azevedo não aprofundou de maneira suficiente e satisfatória quais critérios um intérprete ou um julgador deverá adotar para verificar se estar-se-ia diante de um contrato existencial ou de um contrato de lucro. Tal questão não é passível de maiores críticas, pois avaliar os casos ou as condições em que os motivos individuais dos contratantes merecem relevância está entre õuma das questões mais difíceis e importantes na teoria e na prática do direito dos contratos²⁰⁰.

Por tal razão, seria importante retomar também o ensinamento de Clóvis do Couto e Silva no sentido de que a finalidade é imprescindível na prática de todo e qualquer ato jurídico²⁰¹. Ela, obrigatoriamente, está no ato constitutivo de qualquer obrigação. Pode-se compreender, inclusive, que a consideração acerca do modo finalista dos comportamentos dos contraentes é decorrência da própria autonomia privada²⁰². Tanto os atos do devedor, como os praticados pelo credor tendem a um fim e é a partir desta finalidade que se pode determinar a própria concepção da obrigação como processo²⁰³. Ela resta inerente ao próprio vínculo obrigacional. Pela formação do contrato constituir o resultado da qualificação de comportamentos humanos, torna-se patente que a sua conclusão não passa dum processo resultante da sequência de determinados atos humanos²⁰⁴. Nesta toada, Paula Forgioni relembra que o contrato deve ser encarado como um filme e não uma fotografia, posto é dinâmico, uma vez que se trata de um õconjunto ordenado de etapas que se estendem no tempo²⁰⁵.

Afinal, os direitos são concedidos ao ser humano para cumprir determinado fim, logo devem ser exercidos animados por um espírito que não os desvie de sua finalidade, sob pena de cometimento de abuso²⁰⁶. Então, a precisão do motivo pelo qual as partes decidiram praticar seus atos se faz necessária e deve ser levada em consideração por parte do julgador. Não se pode desligar a finalidade de sua obrigação e tratá-la como uma simples relação entre dois patrimõnios. Georges Ripert faz uma crítica contundente ao direito civil que

²⁰⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 199-200.

²⁰¹ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 63.

²⁰² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 649.

²⁰³ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20-21.

²⁰⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 85.

²⁰⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 21.

²⁰⁶ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Academica, 1937, p. 235.

adota puramente esta faceta e demonstra que a sociedade inteira corre o risco de, ao ignorar a finalidade dos contratantes, também deixar o sujeito de direito de lado:

A tendência dominante, nestes últimos vinte anos, foi fazer prevalecer no estudo da obrigação civil as concepções técnicas puras. A obrigação foi desligada do objetivo e do objeto passivo e não mais pareceu mais senão como uma relação entre os dois patrimônios. O credor e o devedor não eram mais que os representantes destes patrimônios dos quais um se enriquecia e outro empobrecia. Falava-se de estática e de dinâmica, de pesagem e de força, da equivalência e de equilíbrio, de risco criado e de enriquecimento procurado. O homem desaparecia, separado do consentimento real, e o fato exterior, separado da vontade que o tinha criado.²⁰⁷

Tal finalidade deve ser averiguada a partir do que Pietro Perlingieri chama de *ôindividuar a função* que é a atividade de avaliação circunstanciada e global do fato²⁰⁸. Deve-se, portanto, considerar a natureza dos interesses e a diversa relevância que, em concreto, os atos assumem. Desse modo, Emílio Betti defende que em qualquer negócio existe sempre um interesse objetivo, plausível, socialmente apreciável, controlável e de conteúdo moral tanto da parte de quem manifesta sua vontade em determinado sentido como também do lado de quem se configura como o receptor de tal manifestação²⁰⁹.

Nesta toada, Enzo Roppo explana que por ser um conceito jurídico, o contrato sempre reflete uma realidade de interesses, relações e situações econômico-sociais exterior a si próprio, realidade esta através da qual, ao agregar todos esses elementos, faz com que ele cumpra uma função instrumental²¹⁰. Jhering destaca que o interesse traduz o sentimento que o ser humano tem das condições da vida, logo se alguém se sente interessado por algo é porque sente uma dependência disso sob o ponto de vista de sua existência, do seu bem-estar, de sua satisfação ou de sua felicidade²¹¹. É preciso compreender, portanto, que os interesses dos sujeitos ao realizar o contrato estão diretamente relacionados com a finalidade que deve ser perseguida pelos atos jurídicos praticados.

Para Darcy Bessone, as realidades da vida são suficientes para justificar que *ônão se pode prescindir inteiramente da razão que leva o sujeito a contratar*²¹². Ou seja, não se pode deixar de lado os *ômotivos-fins* ou *ôconcretos* que atuam como fatores determinantes na inserção do sujeito no contrato. Isto porque tais motivos podem ser a única razão pela qual

²⁰⁷ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 383.

²⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 96.

²⁰⁹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 337-338.

²¹⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 07.

²¹¹ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1899, p. 68-69.

²¹² BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 103.

o contratante decidiu realizar o negócio jurídico²¹³. Por isso que até mesmo um negócio jurídico típico (a exemplo do contrato de compra e venda, uma vez que o comprador pode ter no seu cumprimento um interesse inteiramente diverso do dinheiro²¹⁴), a depender da função que ele carrega, pode receber tratamento jurídico diferenciado, pois, na ótica de análise da presente dissertação, conforme exposto no tópico 3.1, poderia ser categorizado como contrato existencial ou de lucro.

3.2.2 A valoração das circunstâncias em torno do negócio jurídico

Constatando que a finalidade do fato deve ser analisada para averiguar a diferenciação entre as duas categorias contratuais propostas por AntonioJunqueira de Azevedo, faz-se também necessário, como já exposto anteriormente, determinar a maneira de verificar tal finalidade. Desde já, é imperioso afirmar que os critérios para tanto não podem ser de ordem subjetiva. Isto porque tanto a exigência de uma expressa declaração de vontade acerca da finalidade do negócio jurídico, como também impor a necessidade de investigar a intenção subjetiva dos contratantes no momento da celebração dos negócios jurídicos se mostra difícil para o intérprete que não é capaz de adentrar na mente das pessoas e descobrir a sua real intenção. Nem seria essa a intenção do direito, que não tem o escopo de investigar o aspecto psicológico das pessoas; aspecto este que só deve ser considerado em termos de eficácia na medida em que transparece e passa a fazer parte integrante do negócio jurídico²¹⁵.

Neste ponto, é elucidativo compreender a distinção entre a manifestação direta e a manifestação indireta da vontade. Segundo Bessone, a manifestação direta tem como fim dar conhecimento da declaração ao interessado e realiza-se de maneira expressa, por palavras, gestos ou sinais. Já a manifestação indireta é consequência dos atos que não possuem a finalidade de levar o conhecimento da declaração ao interessado, mas este pode, não obstante isto, através da análise das circunstâncias da situação que envolve a relação jurídica, conhecer com clareza a vontade de quem o pratica²¹⁶.

Apesar da distinção entre a manifestação direta ou indireta da vontade, entende-se que as partes, através da análise da situação e dos indícios que envolvem o negócio jurídico, possuem a capacidade de compreender o escopo existencial ou de lucro umas das

²¹³ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 199.

²¹⁴ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert& C., 1899, p. 71.

²¹⁵ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 389.

²¹⁶ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 105.

outras, ainda que tal finalidade não tenha sido exposta por uma manifestação direta de vontade. Por exemplo, se uma família aluga um imóvel para nele estabelecer a sua residência fica evidente a finalidade existencial do contrato por parte dos locatários. Entretanto, se um comerciante decide alugar um imóvel para nele montar o seu negócio, resta claro também o escopo de lucro do locatário em exercer sua atividade empresarial no bem.

Acontece que podem surgir situações, a exemplo do contrato com pessoa a declarar presente no art. 467 do Código Civil, em que seja impossível ou muito difícil para um dos contratantes compreender e analisar, até mesmo através das circunstâncias em torno da conclusão do negócio, o escopo de lucro ou existencial da outra parte. Nessas hipóteses, deve-se presumir o intuito de lucro, posto que a ideia de operação econômica está imanente na própria concepção do instituto do contrato.

Como já se disse anteriormente, operação econômica e escopo de lucro são coisas distintas, a primeira é imanente e está presente em todo e qualquer contrato enquanto o segundo está ligado à finalidade do contratante ao celebrar determinado negócio jurídico. Entretanto, apesar da distinção, em *hard cases*, situações que perpassam zonas cinzentas, em que não seja possível aferir se o escopo de um dos contratantes é existencial ou de lucro, há de se interpretar que a regra geral deverá ser a da finalidade de lucro. Isto porque o contrato existe, sobretudo, para garantir que pessoas realizem operações econômicas entre si gerando uma alteração, ainda que mínima, no patrimônio dos contratantes.

Assim, a finalidade existencial não deve ser presumida, mas pode e deve ser identificada através das circunstâncias em torno da formação do negócio jurídico. Desta forma, pode ser que as circunstâncias em torno de um negócio já sejam suficientes, por si só, para presumir que pelo menos um dos contratantes figurará no contrato com finalidade existencial. Por exemplo, na locação de um apartamento em um prédio residencial há de se presumir que, salvo se o promitente locatário expressar ou der indícios que pretende modificar a finalidade do imóvel para comercial, a contratação será para fins residenciais e, conseqüentemente, restará presente o escopo existencial por parte do locatário.

Prosseguindo nesta linha de raciocínio, também não cabe ao julgador se imiscuir (nem haveria como) nos motivos de ordem subjetiva ou intrínseca, posto que estariam confinados à descrição do participante do negócio jurídico. Entretanto, seria possível averiguar se a finalidade visada pelo sujeito está em conformidade com sua utilidade social, com a ordem pública e os bons costumes²¹⁷. Tal circunstância é tão forte que cabe ao julgador

²¹⁷ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 117.

observar a situação contratual de uma maneira que a interpretação dos efeitos contratuais que irão vincular concretamente as partes e determinar as suas posições jurídicas não serão necessariamente os que correspondem à literalidade do regulamento contratual, mas sim aqueles que correspondam ao regulamento conforme ele deva ser interpretado pelo julgador, que o fará com base nas diretivas fixadas pelo ordenamento jurídico²¹⁸.

Não se deve limitar a análise de um negócio como sendo a manifestação de um estado de espírito com uma importância psicológica individual, mas sim que todo negócio reflete um critério de conduta: a vontade do sujeito tem o condão de atribuir o negócio à estrutura de um fato social²¹⁹. A sua posição nessa estrutura sim, pode ser valorada, avaliada e interpretada conforme critérios objetivos a partir do estudo do ambiente e das condições em que o negócio foi concluído e cuja execução se desenvolveu. Por tal razão, seria possível reconstituir e demonstrar uma vontade juridicamente relevante, apesar dela não ter sido declarada ou tornada manifesta²²⁰. Ademais, por óbvio que não se pode exigir que as pessoas motivem os seus atos como os juízes fazem com suas sentenças, entretanto desde que haja a suspeita de que determinado ato é ou pode ser contrário aos interesses sociais, a conduta humana deve ser justificada²²¹. Tal verificação e reconstrução não deve ser feita apenas pelo julgador que poderá atuar na qualidade de intérprete do contrato, mas se mostra também um dever dos próprios contratantes que, ao celebrarem um negócio jurídico e acompanharem a sua execução, devem não somente pensar nos seus interesses, mas também tentar observar qual o interesse ou finalidade da outra parte no negócio.

3.2.3 Os riscos dos contratantes entre a finalidade existencial e de lucro

A diferenciação entre contratos existenciais e de lucro se mostra ainda mais necessária quando se leva em consideração que um contratante com finalidade existencial encontra-se em desvantagem em face do contratante com escopo de lucro. O interesse em satisfazer as necessidades da vida através da consecução de determinados contratos pode levar uma pessoa a se obrigar a uma situação patrimonialmente desvantajosa e fora dos padrões de mercado. Então, se, por exemplo, um dos contratantes só tem a liberdade de contratar ou

²¹⁸ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 169.

²¹⁹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 113.

²²⁰ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 120-121.

²²¹ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 233-234.

não de acordo com as condições fixadas (em sua totalidade ou quase totalidade) pelo outro, é porque está submetido à lei do mais forte²²².

Tal submissão pode estar inserida também dentro do contexto dos contratos de lucro, é verdade, mas a questão é que o contratante com finalidade lucrativa deve ter uma noção muito maior dos riscos do negócio do que o contratante com escopo existencial. Isto porque, no que tange aos contratos de lucro há boas chances de existir uma decisão de submissão a partir de uma análise mais apurada dos riscos do contrato se comparada com a submissão de um contratante que participa do negócio com finalidade existencial. O contratante com escopo lucrativo também deve estar mais disposto a fracassar e incorrer nas consequências negativas do negócio se comparado com um contratante com escopo existencial, posto que este toma uma decisão muitas vezes sem uma noção apurada dos riscos do mercado apresentado para o tipo de negócio celebrado.

Assim, é preciso ter um maior cuidado ao analisar o grupo de sujeitos enquadrado nessa categoria existencial, posto que devem ser protegidos na medida de sua fraqueza²²³. Georges Ripert bem explica que a intervenção em favor de uma das partes obrigadas perante um contrato é delicada, pois ela só pode ser exercida em proveito de um contratante à custa do outro e é por tal motivo que o intérprete do direito precisa descobrir antecipadamente qual dos dois lados é o fraco, que roga proteção²²⁴. As vezes, sequer existe a liberdade na alternativa entre contratar ou não, posto que a adesão ao contrato pode ser o único meio de acesso a determinado bem ou serviço indispensável para satisfazer determinada necessidade²²⁵. Seria, na verdade, uma escolha obrigatória.

Desse modo, Georges Ripert traz um relato da luta do legislador para garantir o equilíbrio do contrato e proteger a parte mais fraca:

Vemos assim, na luta contractual, o legislador laçar-se, ora dum lado, ora do outro, como denodado cavaleiro combatendo sempre pelo mais fraco.

Timidamente, ao comêço, procurou determinar, pela análise do contracto, qual era o mais fraco. A qualidade do consentimento, a desigualdade das prestações, as perturbações na situação estabelecida permitiam-lhe discutir a adesão, conservar a lesão, e admitir a imprevisão. Depois mostrou-se mais audacioso. Supôz a fraqueza, em certos contractos, de toda uma categoria de pessoas, e em breve não se deu sequer ao trabalho de justificar a sua intervenção pelo desejo de reparar a injustiça

²²² RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 190.

²²³ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 159.

²²⁴ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 179.

²²⁵ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 317.

proveniente do contracto. A desigualdade dos contractantes foi então presumida pela sua situação jurídica e condição social. A lei abstrata é feita para o operário, para o viajante, para o segurado, para o locatário, para o obrigatário, para o comprador de fundos do comércio.²²⁶

Considerando o relato acima, é imperioso concluir que inexistente qualquer impedimento para a doutrina progredir na interpretação do contrato e considerar a análise da fraqueza contratual conforme o escopo existencial ou de lucro dos contratantes. Ademais, ressalte-se que seria um avanço sofisticado, posto que condizente com o solidarismo contratual e também por elevar o valor dos sujeitos contratantes.

3.2.4 A necessidade de um critério objetivo para aferir a finalidade

Assim como o direito civil optou por dar uma maior atenção à boa-fé objetiva, de mais fácil constatação por analisar o comportamento exteriorizado das partes nas fases contratuais, em detrimento da boa-fé subjetiva, aqui igualmente deve-se ter em conta a necessidade da fixação de critérios objetivos que possam ser capazes de auxiliar o intérprete à averiguação da finalidade existencial ou de lucro de determinado negócio jurídico. Até mesmo porque, como já fora demonstrado nos subtópicos anteriores, a averiguação da finalidade dos contratantes desempenha importante papel na interpretação contratual e também porque a evolução histórica do direito civil não tenciona a, de qualquer maneira, eliminar a investigação acerca da intenção²²⁷.

Apesar de um contratante com escopo de lucro e outro com escopo existencial possuírem, ambos, aptidão para contratar, tal capacidade não passa de uma condição jurídica e, conseqüentemente, não representa uma igualdade de forças. Logo, o estudo da intenção dos contratantes contribui para aferir esta desigualdade, até porque o contratante com maior vantagem irá se mover pelo seu interesse e, por vezes, poderá sacrificar o bem da outra parte para garantir sua própria satisfação²²⁸. Se, por exemplo, uma das partes contratantes tiver interesse de lucrar com a operação contratual, ela precisa ter cautela e agir também para satisfazer o interesse existencial da outra (caso o co-contratante faça parte do negócio jurídico com tal escopo). Cabe ao intérprete indagar até que ponto a conclusão, a execução e a ruptura

²²⁶ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 204.

²²⁷ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 286.

²²⁸ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 180.

do contrato justificariam o interesse econômico dos contratantes²²⁹. É algo que torna-se necessário, uma vez que há um valor moral e até mesmo interesse social no cumprimento contratual nesse sentido.

Contudo, desde já, pontua-se que nem todo contrato precisa ter, necessariamente, a intervenção judicial em favor de uma das partes. É preciso ponderar quando se está diante de uma situação em que os contratantes devem se defender por conta própria²³⁰. Imagine-se, a título exemplificativo, um negócio jurídico em que ambas as partes possuem escopo de lucro e possuem um poder econômico equivalente. A princípio, num caso como esse, não haveria necessidade de intervenção por parte do Judiciário, salvo se houver a verificação de algum cometimento de abuso por uma das partes dentro dos parâmetros fixados pela ótica de mercado do tipo contratual.

Não se pode confundir, a cautela a ser tomada é a de que não se deve deduzir tais critérios de verificação da finalidade a partir do espírito interior do declarante, não é necessário estudar a gênese psicológica da pessoa, mas deve-se sim olhar para o ambiente social externo, no qual a declaração é emitida e é chamada a produzir os seus efeitos e a atingir os seus fins²³¹. Pode-se, portanto, encarar a atividade do julgador como uma fonte de determinação do regulamento contratual²³². Neste sentido, propõe-se a retomada da aplicação de algumas ferramentas da teoria da causa objetiva do contrato, defendida por Torquato Castro, que podem servir para suplantar esta necessidade de critérios objetivos para a descoberta da finalidade contratual.

3.3 A Utilização das Ferramentas da Teoria da Causa Objetiva para Determinar a Finalidade do Negócio Jurídico

O estudo da causa dos negócios jurídicos sempre foi objeto de discussão e polêmica na doutrina, tanto que até a sua noção gera opiniões conflitantes e pensamentos de que trata-se de um conceito perigosamente indeterminado, equívoco, polivalente, indecifrável ou pouco seguro²³³. Entender como a causa deve ser aplicada e interpretada no nosso

²²⁹ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 237.

²³⁰ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 188.

²³¹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 290.

²³² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 173.

²³³ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 218.

ordenamento jurídico está enquadrada como uma tarefa complexa e difícil devido a tantas discordâncias e teorias sobre o assunto.

Darcy Bessone aponta que a imprecisão de tal conceito repercute também no problema doutrinário sobre se a causa se trata de pressuposto ou de elemento do contrato ou se não se enquadraria em nenhuma das duas categorias²³⁴. AntonioJunqueira de Azevedo aponta que a causa estaria relacionada com a função do negócio e, assim sendo, conseqüentemente, se mostraria contraditório se, ao mesmo tempo, ela também fosse considerada um elemento constitutivo do negócio, para ele seria algo que não faria sentido²³⁵.

Emílio Betti, por exemplo, resume a causa como a õfunção de interesse social da autonomia privadaõ²³⁶ ou, de acordo com o aspecto social, como õa função econômico-socialõ com a aptidão para determinar o conteúdo mínimo necessário a um negócio jurídico e caracterizar o seu tipo como fato de autonomia privada²³⁷. Já Enzo Roppo a identifica como a õoperação jurídico-econômicaõ resultante do conjunto de resultados e efeitos essenciais que derivam tipicamente do contrato²³⁸. Desta maneira, a causa da compra e venda seria, por exemplo, a troca da coisa pelo preço.

Bessone aponta que é possível distinguir a causa como *razão de ser* de uma obrigação (causa *stricto sensu*) ou como *motivo-fim* (causa extrínseca), relacionado ao resultado procurado pelas partes através do contrato²³⁹. Já Torquato Castro estabelece tal distinção utilizando outro tipo de vocabulário e chamando de *causa-fontea* procurada em um antecedente ou em um fato concomitante à formação da obrigação e de *causa-finalis* quando o sujeito õparte do âmago da própria causa, para a busca de seus efeitos já então previsíveisõ²⁴⁰. A causa final pode ser comparada a um projeto, a algo que se lança para um fim, para o futuro e a causa-fonte investiga uma relação de anterioridade no tempo ou de antecedente histórico²⁴¹.

Para este estudo, no que tange à causa, é relevante compreender que há doutrinadores que defendem que ela existe na celebração dos negócios jurídicos, mas é juridicamente irrelevante (anticausalistas) porque não seria considerada requisito essencial do

²³⁴ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 98.

²³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 174.

²³⁶ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 350-351.

²³⁷ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 352.

²³⁸ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 197.

²³⁹ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 100-101.

²⁴⁰ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 131.

²⁴¹ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 164.

negócio jurídico²⁴²; os que defendem uma teoria da causa subjetiva e, por fim, os que adotam uma teoria da causa objetiva²⁴³. Essa é, pelo menos, a divisão clássica das principais teorias da causa: uma primeira distinção entre os anticausalistas e causalistas e, depois, uma segunda divisão dos causalistas entre os subjetivistas e os objetivistas.

Paula Forgioni explica que, para os subjetivistas, a causa seria a razão determinante da vontade de contratar, já os objetivistas tratariam a causa como uma espécie de significação social do negócio e sua função sendo algo que nada teria relação com a motivação subjetiva²⁴⁴. Darcy Bessone posiciona-se, por exemplo, no sentido de que a causa do contrato trata-se do motivo que leva o sujeito a integrar-se no contexto da relação contratual, portanto, para ele, a causa seria um elemento subjetivo²⁴⁵. Paula Forgioni também expõe que a teoria objetiva moderna traz uma noção de causa a partir de três dimensões: i) como função econômico-social do contrato; ii) como resultado jurídico objetivo que os contratantes pretendem ao concluir o contrato; iii) como a razão determinante que impulsiona as partes à celebração do contrato²⁴⁶.

Entre os civilistas que defendem a causa objetiva do negócio jurídico, é imprescindível destacar Torquato Castro que, em sua obra intitulada *Da Causa no Contrato*, traz uma série de ensinamentos tanto em relação à parte histórica da discussão, como também expõe fortes fundamentos em favor da causa objetiva.

Em que pese as primeiras noções introdutórias do tema, não é objetivo desta dissertação aprofundar-se nas demais correntes doutrinárias acerca da teoria da causa, motivo pelo qual este tópico irá se restringir à análise de algumas ferramentas da teoria da causa objetiva, desenvolvida e defendida por Torquato Castro, que podem ser diretamente utilizadas para auxiliar a questão da determinação de uma finalidade existencial ou de lucro dos negócios jurídicos. Razão disto é porque para o objeto de estudo do presente trabalho não interessa compreender a função da causa capaz de determinar a licitude ou ilicitude do negócio jurídico ou se a causa deve ser incluída entre os requisitos essenciais do contrato, mas

²⁴² FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 216.

²⁴³ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. n. 58, 2013, p. 156.

²⁴⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 216.

²⁴⁵ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 102.

²⁴⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 221-222.

sim tentar compreender como os estudos sobre a causa do negócio podem contribuir para dar uma direção mais sofisticada e adequada na interpretação contratual²⁴⁷.

Desde o começo de sua obra sobre a causa, Torquato Castro defende que, por o ato jurídico ser essencialmente uma manifestação de vontade, na qualidade de um ato praticado de maneira racional, existe em função de um fim que o agente busca alcançar²⁴⁸. A causa seria, portanto, o fim que o agente procura quando pratica um ato jurídico²⁴⁹.

Na verdade, Torquato Castro admite que, no campo da intenção, não é apenas um único fim, mas vários que, em conjunto, vão ser direcionados a um resultado que o agente procura:

Na ordem da intenção, o agente pode ter vários fins, preordenados a um resultado último, de acordo com os seus desejos, suas necessidades, suas paixões ou suas fantasias. Contrato, por exemplo, a venda do imóvel que me pertence para destinar o produto em dinheiro de tal operação à aquisição de outro bem que desejo possuir, ou que intento doar. Em tal ordem, os fins podem encadear-se indefinidamente a um resultado último remoto.²⁵⁰

O pensamento de Torquato Castro é no sentido de que ao se tratar de õcausa de um atoõ, tal causa deverá ser investigada dentro do próprio ato e o ato praticado, por suas características, em si, é o escopo central que conduziu e subordinou a atividade do agente²⁵¹. É relevante destacar que neste ponto da teoria da causa objetiva há uma divergência em relação à classificação entre contratos existenciais e de lucro. Isto porque, segundo defende Torquato Castro, cada ato tem uma individualidade que dará ensejo a uma causa específica.

Desta maneira, por exemplo, o contrato de compra e venda tem uma única causa e ela é a mesma independentemente de quais agentes celebram a compra e venda e também de quais foram os motivos que lhe direcionaram para a prática de tal ato. Tal raciocínio se mostra incompatível com a dualidade entre contratos existenciais e de lucro, uma vez que um mesmo tipo contratual (compra e venda) pode ser classificado como existencial ou de lucro a depender dos escopos existenciais ou de lucro das partes contratuais.

O contrato seria a operação com a virtude de fixar um õponto de confluênciaõ de duas vontades heterogêneas que se encontram em decorrência de uma finalidade comum, que seria uma razão de ser presente nestas duas vontades²⁵². Por tal razão, Torquato Castro defende que quando duas pessoas celebram um contrato e assumem obrigações diversas,

²⁴⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 216.

²⁴⁸ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 07.

²⁴⁹ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 08.

²⁵⁰ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 13.

²⁵¹ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 13.

²⁵² CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 24.

nenhuma dessas obrigações, deverá, de maneira isolada, ser a causa do contrato porque a causa final de um contrato só pode ser este ponto de confluência de encontro comum das vontades²⁵³. Logo, a vontade de uma das partes isoladamente não tem como determinar a causa contratual. O papel do jurista seria verificar o resultado do encontro de vontades para só então poder encontrar, de maneira objetiva, a causa final do contrato celebrado.

A partir do referencial do agente, a causa seria um motivo psicológico de agir. A causa seria justamente aquele motivo que só será satisfeito com a existência do ato²⁵⁴. Logo, além de precisar ser encontrada no ato, é o seu escopo fundamental a função específica que aquele ato irá ter. Tratando-se da ideia de causa final, não há como dissociar a prática do ato do fim pretendido no futuro.

É de extrema importância entender que o contrato deverá ser definido por um acordo de vontades e tal acordo, por si só, pressupõe uma bilateralidade de consentimento porque tem a presença de, pelo menos, duas distintas declarações de vontade. Tais vontades se encontram e harmonizam-se por conta de uma ideia comum entre as partes: a causa do contrato²⁵⁵.

Para Torquato Castro, a harmonia de vontades existe em vista de um objetivo comum em cada contrato²⁵⁶. Tal objetivo é a causa, a função prática e econômica que o contrato intenta realizar. A causa, portanto, defendida pela teoria da causa objetiva, é o conjunto de elementos específicos do contrato observado dentro de uma unidade conceitual: a causa é o fim ou ideia funcional do contrato e é justamente essa intenção última das partes, uma, comum, indivisível, a garantir ao ato a sua individualidade, a sua unidade conceitual.²⁵⁷

Apesar da teoria da causa objetiva defender que cada contrato típico teria uma única causa que o individualiza, a classificação entre contratos existenciais e de lucro não investigará a verificação do conceito de causa do contrato estabelecido e limitado nesta teoria, mas sim a finalidade enquanto motivo do contrato. Há de se compreender que a proposta de Antonio Junqueira de Azevedo eleva o motivo das partes para contratar a uma importância que, usualmente, não se verifica em outras classificações contratuais porque ele buscará classificar o contexto dos motivos da contratação em uma divisão de duas categorias: contratos com motivos existenciais ou contratos que tenham por motivos o escopo de lucro.

²⁵³ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 28.

²⁵⁴ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 36.

²⁵⁵ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 38.

²⁵⁶ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 40.

²⁵⁷ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 40.

Ainda mais, percebe-se que o momento em que o contrato é celebrado representa também a junção, harmonização, mistura dos motivos que levaram cada um dos sujeitos a participarem do negócio jurídico. Os motivos, sejam existenciais ou de lucro, partem de uma posição individual de cada contratante, entretanto mostra-se inevitável a necessidade de encarar que existe um encontro dos anseios, desejos e interesses destes sujeitos a partir da conclusão do contrato.

Noutro giro, a classificação entre contratos existenciais e de lucro é também inovadora e contra-majoritária porque diversos doutrinadores civilistas²⁵⁸ negam a potencialidade de os motivos produzirem qualquer efeito jurídico no ordenamento jurídico brasileiro ou então deles terem qualquer relevância na interpretação dos contratos. Até mesmo o próprio AntonioJunqueira de Azevedo, em obra da década de 80, chegou a afirmar que ainda que os motivos fossem determinantes, seriam, em tese, irrelevantes para o direito, podendo-se falar em um princípio geral da irrelevância dos motivos²⁵⁹. Na mesma obra, Azevedo defende que a causa não tem a capacidade de servir para determinar o regime jurídico a que obedece o negócio, apesar de, diferentemente dos motivos, não ser juridicamente irrelevante²⁶⁰. Contudo, Paula Forgionibem aponta que essa separação absoluta entre causa e motivo passou a ser refutada, em um momento posterior, por parte da doutrina²⁶¹.

Segundo Enzo Roppo, os motivos são as necessidades particulares individuais que estão além dos efeitos típicos da operação jurídico econômica do contrato²⁶². Estes interesses individuais (motivos) podem ser enquadrados, na classificação feita por AntonioJunqueira de Azevedo, em uma finalidade existencial ou em uma finalidade lucrativa. Por tal razão, é necessário compreender que, ao propor tal classificação entre contratos existenciais e de lucro, entende-se que AntonioJunqueira de Azevedo indica, ainda que indiretamente, que os contratos devem ser classificados de acordo com a finalidade dos motivos dos contratantes.

²⁵⁸ Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, I: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense: 2011, p. 421; RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 212; MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 101; GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 329.

²⁵⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 121.

²⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 172.

²⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 214.

²⁶² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 199.

É relevante, desde já, frisar e esclarecer que, para Torquato Castro, ao fundamentar a teoria da causa objetiva dos negócios jurídicos, os motivos ó não a causa, saliente-se ó seriam externos aos atos jurídicos e, portanto, segundo ele, também não teriam aptidão para produzir quaisquer efeitos, salvo se as partes declarassem expressamente que estes são a razão determinante do contrato²⁶³. Todavia, o próprio Torquato Castro, reconhece posteriormente, em obra da década de 80, que toda solução jurídica está estritamente vinculada ao conjunto de circunstâncias em face do qual foi ditada²⁶⁴. Isto porque o direito se trata de uma experiência do sensível e de nada valeria se tivesse total independência do valor ou da significação do fato do qual ele surgiu²⁶⁵. Ou seja, o direito não vale por si só, posto que é preciso considerar o fato, a circunstância, a realidade que gira em seu entorno.

Enzo Roppo admite que, em relação aos motivos, é necessário ponderar duas importantes considerações: i) é muito difícil, na maioria das vezes, adentrar na íntima esfera das necessidades e interesses individuais dos contraentes a ponto de descobrir os motivos pela contratação. Tal entendimento também é corroborado por Paula Forgioni, pois um posicionamento contrário traria um insuportável nível de insegurança e imprevisibilidade²⁶⁶; ii) por outro lado, os motivos podem ser a razão exclusiva ou essencial pela qual o contrato foi celebrado a ponto de, na ausência deles, a parte nunca ter nem cogitado celebrar o contrato²⁶⁷. Além disso, Forgioni aponta que é possível considerar muitos motivos como objetivos, podendo desta maneira serem identificados pelos participantes do negócio jurídico e relacionando-se intrinsecamente com a sua função econômica²⁶⁸.

Contudo, apesar da posição de Torquato Castro acerca da não importância dos motivos dos contratos, é relevante invocar a teoria da causa objetiva por ser possível importar alguns de seus argumentos para que o intérprete consiga suprir a necessidade de aprofundamento desses critérios que devem ser adotados em uma possível aplicação da classificação entre contratos existenciais e de lucro. Assim, o presente tópico não propugna por uma aplicação direta ou utilização da teoria da causa objetiva como critério para distinguir os contratos entre existenciais ou de lucro, mas sim apoderar-se de algumas de suas técnicas

²⁶³ CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 15.

²⁶⁴ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 01.

²⁶⁵ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 24.

²⁶⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

²⁶⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 199.

²⁶⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

para orientar o intérprete a uma maneira de otimizar e aprofundar a classificação proposta pelo professor AntonioJunqueira de Azevedo na solução de eventuais problemas jurídicos nos contratos.

Uma das maiores dificuldades, quiçá a maior, para o intérprete seria a impossibilidade de investigar a consciência do indivíduo e descobrir os verdadeiros motivos pelos quais determinados atos jurídicos foram praticados. De fato, este é um grande problema, porém não é suficiente para justificar e nem desqualificar a importância que os motivos possuem como fatores determinantes para a celebração de um contrato. Para ultrapassar tal obstáculo, repita-se, deve-se adotar a mesma linha de raciocínio utilizada pela doutrina civilista e que elevou a importância da boa-fé objetiva por conta da dificuldade de averiguação da boa-fé subjetiva dos sujeitos de direito. Um esforço para alcançar um adequado grau de segurança e previsibilidade, além de uma tentativa de evitar o retrocesso²⁶⁹. Em outras palavras, deve-se valorar o comportamento global dos contratantes e as circunstâncias em torno do desenvolvimento da negociação e no cumprimento contratual²⁷⁰.

Neste aspecto, entende-se adequado apontar que a crítica realizada sobre a dificuldade para investigar o íntimo da vontade da mente humana não deve ser compreendida como um total desconhecimento do elemento subjetivo ou uma proposta de regresso ao formalismo. Conforme Emílio Betti expõe, ninguém nega que a vontade é um elemento normal do negócio jurídico, o que se propõe é que a análise da vontade deve ser vista como orientação concreta e tomada de posição, ser possível de ser reconhecida no ambiente social e assim permitir a obtenção da tutela da ordem jurídica conforme as particularidades em que foi manifestada²⁷¹. É importante esclarecer tal questão até porque, como bem aponta AntonioJunqueira de Azevedo, a manifestação de vontade é acompanhada de uma visão social que a projeta como ato dirigido à produção dos efeitos jurídicos visados pelos sujeitos²⁷².

Além disso, também deve-se considerar que a interpretação contratual não precisa verificar as minúcias, todos os detalhes e especificidades dos motivos que levaram alguém a contratar, mas apenas o suficiente para analisar se a finalidade de tal motivação tinha um caráter existencial ou um escopo de lucro. Darcy Bessone, então, defende que a determinação dos motivos pode ser constatada por meio do isolamento dos motivos que podem ser considerados abstratamente em determinado tipo de contrato como próprios de

²⁶⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 257.

²⁷⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 171.

²⁷¹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 133.

²⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 144.

todas as pessoas que o concluem, e independentemente do subjetivismo concreto de um dado contratante²⁷³. Ocorre que, por meio deste raciocínio, Bessone termina por confundir o motivo com o efeito desejado pelos contratantes ao celebrarem o negócio jurídico, tanto que usa como exemplo a afirmação de que todo vendedor quer um preço para transmitir o domínio, como todo comprador quer o domínio, ainda que se sujeitando a pagar o preço avençado. Deve-se evitar tal confusão e sim compreender de qual maneira as partes pretendem se beneficiar com os efeitos visados no contrato. Por exemplo, procurar entender, num contrato de compra e venda, se o comprador deseja o domínio para aplicar o uso da coisa em uma atividade lucrativa ou não.

Desta maneira, será necessário também adotar um critério objetivo para verificar a finalidade dos motivos pelos quais levam alguém a contratar, daí a importância do estudo de possíveis ligações das ferramentas apresentadas pela teoria da causa objetiva com a classificação dicotômica entre contratos existenciais e de lucro inicialmente proposta pelo professor Junqueira de Azevedo. Neste ponto, compartilha-se do raciocínio de Enzo Roppo no sentido de que procurar a comum intenção das partes não é realizar uma tarefa de introspecção mental no momento que o contrato é celebrado, mas sim deverá ser feita uma valoração do comportamento global dos indivíduos²⁷⁴. Assim, o contrato deve se tornar, tanto quanto possível, autônomo em relação a esfera subjetiva dos indivíduos e se sensibilizar, na verdade, com o que é manifestado no ambiente social pelas pessoas²⁷⁵.

Logo, retornando para a análise da classificação proposta pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo, a interpretação das condutas a serem analisadas, desde a fase pré-contratual, inclusive, deve se restringir a observar se o comportamento das partes visa o lucro ou uma causa existencial. Por exemplo, haveria a necessidade de se observar se, ao comprar um imóvel, uma pessoa irá utilizá-lo para a sua moradia (fim existencial) ou para alugá-lo e lucrar com isto (escopo econômico de lucro).

Pode parecer contraditório ao mesmo tempo defender a investigação dos motivos que levaram alguém a contratar e admitir que não se mostra possível compreender o que cada pessoa internamente pensa quando decide participar de um negócio jurídico. Só que é justamente por tal impossibilidade que a delimitação sobre se um sujeito contrata com escopo existencial ou de lucro deve ser realizada a partir da observação do seu comportamento durante as fases contratuais, bem como observar o contexto da situação

²⁷³ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99.

²⁷⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 171.

²⁷⁵ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 309.

concreta na qual os sujeitos estão inseridos também durante essas fases. Para facilitar tal operação interpretativa, propugna-se pela análise de certas técnicas utilizadas na teoria da causa objetiva.

Nesta feita, utilizando-se, de certa maneira, dos instrumentos fornecidos pela teoria da causa objetiva, há de se defender que deve-se também realizar uma investigação desta finalidade dentro do ato. Em outras palavras, a finalidade existencial ou de lucro deve ser investigada a partir do contrato e da maneira que as partes contratuais se comportam em relação ao seu cumprimento e deveres anexos.

A grande contribuição que a teoria da causa objetiva pode dar para a possibilidade de fixação deste conteúdo é a ideia da confluência de duas vontades independentes que se harmonizam e resultam na causa contratual. Importando tal mecanismo para a classificação entre contratos existenciais e de lucro, podemos, a partir da investigação da manifestação de vontade das partes e de seu comportamento, aferir se a confluência de vontades irá resultar numa finalidade lucrativa ou existencial. Afinal, a atividade de pensar o contrato trata-se de identificá-lo como um instrumento de compatibilidade de interesses disponíveis que busca a sua harmonização²⁷⁶. Portanto, seria possível concluir pelas seguintes hipóteses:

i) confluência de duas vontades com finalidade existencial = contrato existencial;

ii) confluência de duas vontades com finalidade lucrativa = contrato de lucro;

Contudo, restará o questionamento acerca da hipótese em que uma das partes celebra o negócio jurídico com finalidade existencial e a outra com escopo de lucro. Nesta hipótese, entende-se pela necessidade da inserção de uma nova categoria contratual na classificação inicialmente proposta por AntonioJunqueira de Azevedo: a categoria dos contratos híbridos. Tais contratos resultariam em uma terceira hipótese:

iii) confluência de uma vontade com finalidade existencial e uma outra vontade com finalidade de lucro = contrato híbrido;

A consideração desta confluência de vontades ganha relevância e ajuda a fixar os parâmetros de interpretação do conteúdo do negócio jurídico, posto que é neste conteúdo que as partes buscam regular os seus interesses, as relações com terceiros e a maneira que o contrato deve ser socialmente valorado²⁷⁷. Logo, ressalte-se que essas questões devem ser

²⁷⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

²⁷⁷ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 333.

aferidas na interpretação contratual a partir do enfoque do resultado dessa confluência dos escopos almejados pelas partes contratantes.

Em um raciocínio que se encaixa com essa ideia de verificação da confluência dos escopos visados pelas partes contratuais, Emílio Betti destaca que cabe à ordem jurídica sistematizar e criar os critérios capazes de formular situações jurídicas congruentes que se aproximam das funções sociais perseguidas dentro do contexto negocial em análise:

O critério de delimitação pode formular-se como segue: é da competência dos indivíduos determinar, nas relações entre eles, os *escopos práticos* a atingir e as *vias* a seguir para regular os seus interesses; é da competência da ordem jurídica separar e avaliar, de acordo com finalidades gerais, as categorias de interesses e escopos práticos que os particulares costumam procurar atingir, prescrevendo para os seus actos as modalidades e os requisitos de validade e de eficácia e ligando a eles situações jurídicas congruentes, isto é, capazes de traduzir em acto, com a maior aproximação possível, as funções sociais que correspondem àqueles escopos²⁷⁸.

Assim, para se compreender os limites do ordenamento jurídico e, por conseguinte, o que pode ou não ser feito, é papel da doutrina identificar o que origina as regras e delimitar os critérios para o reconhecimento de padrões de conduta capazes de vincular as partes²⁷⁹. Tal atividade é justamente o que se tenta realizar no presente tópico, posto que verificou-se que a õimportaçãõ da ideia de confluência de interesses presente na teoria da causa objetiva de Torquato Castro se adequa à deficiência de critérios que faltava na classificação dos contratos com base na dicotomia entre os interesses existenciais e de lucro, inicialmente pensada por AntonioJunqueira de Azevedo.

Dessa forma, através do Direito, é possível agrupar as interações e iterações contratuais segundo a situação dos contratantes²⁸⁰. Por conseguinte, intenta-se aproximar a interpretação contratual da realidade de acordo com as distinções e necessidades de cada relação jurídica. Cabe ao intérprete observar o escopo formado com a declaração das partes, compreender o õespírito do contratoõ que se criou a partir de sua celebração e interpretar os comportamentos dos contratantes conforme os fatos concretos²⁸¹.

Num contrato, tanto existe õcomunidade de interessesõ como também õconflito de interessesõ, Junqueira de Azevedo expõe que o contrato se apresenta na forma de um

²⁷⁸ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 167-168.

²⁷⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

²⁸⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 44.

²⁸¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 258.

o programa acertado entre as partes apto a distribuir os riscos de cada contratante²⁸². Em complemento, traz-se a baila o pensamento de Betti expondo que em qualquer negócio pode ser verificado um regulamento de interesses capaz de explicar a razão prática imanente do contrato, além do seu interesse social objetivo e socialmente verificável resultante de uma autonomia privada que deve servir a função social a que o contrato é destinado²⁸³.

A classificação dividindo os negócios contratuais entre existenciais, de lucro e híbridos ganha relevância também porque possibilita, através dessa análise da confluência entre as vontades das partes, a verificação do grau dos riscos que cada contratante está disposto a correr com a consecução do negócio jurídico. Os riscos do negócio sempre são maiores para aqueles que contratam com intenção lucrativa, posto que seu interesse primordial no contrato é um aumento patrimonial. Desta forma, o que se torna adequado aos sujeitos depende da posição que eles irão se colocar em cada situação, em cada problema de vida e tais questões são variáveis no tempo e no espaço de modo que perfaz-se uma necessidade de sempre adequar a pessoa aos atos externos e às coisas que a circundam²⁸⁴.

Feitas tais ilações acerca da necessidade e importância de uma classificação contratual adequada ao modelo solidarista de contrato como a proposta pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo entre contratos existenciais e de lucro, além das devidas ponderações acerca da teoria da causa objetiva e da inserção de mais uma categoria nesta classificação contratual (contratos híbridos), nos próximos pontos buscar-se-á demonstrar um pouco da utilidade e da qualidade da aplicação desta classificação, além de sua relação com o conteúdo da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

²⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 122.

²⁸³ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 334.

²⁸⁴ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 01.

4. O CONTRATO ENTRE A EXISTÊNCIA E O LUCRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESCOPO EXISTENCIAL, DE LUCRO E SOBRE A PRESENÇA DE AMBOS NA MESMA RELAÇÃO CONTRATUAL

4.1 Do Elemento Existencial: Principais Características de Quem Contrata sem a Intenção de Lucrar

4.1.1 Introdução aos atos existenciais e as lições de AntonioJunqueira de Azevedo sobre contratos existenciais

A noção de atos existenciais não é uma novidade. Foi introduzida no nosso ordenamento jurídico em 1964 também através de Clóvis do Couto e Silva por meio da sua tese *“A obrigação como processo”* escrita para o concurso de cátedra na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Em 1973, VerenaNygaard Becker também chama atenção para os atos existenciais apontando que seriam atos que têm em comum o atendimento às necessidades básicas da pessoa²⁸⁵.

Segundo Couto e Silva, tratam-se de atos ligados às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, etc. e o número de atividades, que se insere na esfera do necessário ou existencial, depende dos usos e concepções de vida de cada povo, havendo, porém, um mínimo comum²⁸⁶. Tais atos jurídicos de caráter existencial terminam por forçar a revisão de conceitos relacionados ao direito contratual e a repensar até mesmo a forma de se ver a autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações²⁸⁷. Assim, Couto e Silva defende que o direito civil deve encarar esta ideia de uma condição mínima existencial como problema relacionado ao acesso às riquezas, à saúde, à educação e à justiça²⁸⁸.

Em que pese tais noções iniciais das décadas de 60 e 70 terem servido como uma espécie de pontapé inicial do assunto no ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de contrato existencial só veio a surgir no direito civil através do pensamento de AntonioJunqueira de Azevedo. A primeira menção encontrada na presente pesquisa se

²⁸⁵ BECKER, VerenaNygaard. A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais. Transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, ano 7-8, 1973/1974, p. 15-16.

²⁸⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 78.

²⁸⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 31.

²⁸⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 102.

referindo a esta categoria contratual foi a do *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, escrito e apresentado em 2005. Na oportunidade, também é interessante notar que Junqueira de Azevedo inicialmente utilizou a nomenclatura *contratos empresariais* ao que, posteriormente, ele vem a se referir como *contratos de lucros*:

Digladiam-se, de um lado, os defensores da segurança jurídica, com os olhos voltados ao mundo empresarial, e, de outro, os defensores das pessoas físicas mal aquinhoadas economicamente, despreparadas para atuar num mercado sofisticado. A nosso ver, o direito brasileiro e, talvez, o direito universal, devesse, no séc. XXI, fazer uma distinção essencial, admitindo expressamente uma nova dicotomia contratual. Essa dicotomia seria a de contratos empresariais e de contratos existenciais.²⁸⁹

Ainda no mesmo relatório, o professor Junqueira tece também algumas ponderações iniciais sobre as principais características do que considera contrato existencial:

O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.²⁹⁰

Em seguida, no ano de 2006, Antonio Junqueira de Azevedo faz uma nova menção a esta dicotomia contratual no parecer sobre a validade e a eficácia de uma carta-renúncia de seções de um aditamento de um contrato de acionistas envolvendo dois grupos empresariais doravante tratados pelo professor por *Opportunity* e *Citigroup*. No parecer, o eminente professor se limitou a uma breve referência à classificação para apontar que, a princípio, a boa-fé objetiva é mais exigente nos contratos existenciais do que entre os demais, denominados dessa vez por ele de *contratos empresariais ou profissionais*.²⁹¹

²⁸⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

²⁹⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

²⁹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99-100.

Há de se perceber que após essas duas primeiras menções à classificação já se torna possível levar em consideração as seguintes conclusões iniciais sobre o pensamento do professor Junqueira no que tange aos contratos existenciais: i) um dos contratantes é pessoa não empresária; ii) inicialmente deve-se averiguar tal categoria a partir de um critério subjetivo ou, se não for possível, subjetivo-objetivo; iii) todos os contratos de consumo, de trabalho, de aquisição da casa própria, locação da casa própria e conta corrente bancária são existenciais; iv) o princípio da boa-fé objetiva atua com mais ênfase nos contratos existenciais.

Foi no ano de 2007, contudo, em uma nota de rodapé com a qual atualizou a obra *Contratos* do professor Orlando Gomes, que Junqueira de Azevedo destrinchou com mais profundidade a sua nova proposta de classificação dividindo os contratos entre existenciais e de lucro:

Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, *contratos empresariais*, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os contratos existenciais ou não-empresariais. Firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana. São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, transporte, *engineering*, consórcio interempresarial, franquias e os contratos bancários, dentre outros. Essa nova dicotomia, que defendemos, é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI, por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra *contrato* sem consciência dessa classificação. Ademais, ela é operacional, os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, v.g., no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração da circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.²⁹²

A partir de tal nota de rodapé pôde-se extrair novas conclusões sobre a linha de pensamento de Antonio Junqueira de Azevedo em relação aos contratos existenciais: i) um não empresário pode participar de um contrato de lucro desde que tenha celebrado o contrato com finalidade lucrativa (até então o professor não tinha deixado clara essa possibilidade); ii) um empresário pode participar de um contrato existencial desde que do outro lado exista um não empresário sem o objetivo de lucro na contratação (trata-se apenas de uma reafirmação do que tem sido proposto pelo professor Junqueira desde o princípio).

²⁹² GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 231-232.

Por fim, em entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil, v. 9, n. 34, na edição de abr./jun. de 2008, AntonioJunqueira de Azevedo respondeu da seguinte maneira uma pergunta acerca dos critérios para balizar a dicotomia que distingue os contratos existenciais e de lucro, além de sobre como tal classificação poderia auxiliar na resolução dos conflitos concretos:

Justamente, estou propugnando por uma nova dicotomia contratual ó contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XXI ó porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais tem basicamente como uma das partes ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são õdescartáveis e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, õdescartadasõ, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força. Infelizmente, nessa entrevista, não temos possibilidade de desenvolver esse tema em toda a sua riqueza, especialmente nas situações limítrofes como as de pessoas naturais, que mesmo fora do exercício profissional visam lucro, ou as de empresas muito pequenas etc.²⁹³

Sem dúvida, apesar de AntonioJunqueira de Azevedo não ter publicado lições específicas sobre essa classificação em nenhum artigo científico específico ou de mesmo não ter publicado uma obra específica tergiversando este tema, a resposta acima dada na entrevista foi a que melhor permitiu enxergar a temática com mais profundidade. É possível também observar que existiu uma evolução da linha de pensamento do professor ao longo dos anos que pode ser analisada a partir das seguintes conclusões: i) os contratos existenciais têm como uma das partes ou ambas as pessoas naturais; sujeitos que estão visando a sua subsistência (ou seja, aqui, passou-se a admitir que os dois polos de um contrato podem contratar com escopo existencial); ii) pessoas jurídicas sem fins lucrativos podem estar incluídas, por equiparação, na qualidade de contratantes com finalidade existencial; iii) deixou-se de adotar a denominação õcontratos empresariaisõ e passou-se a utilizar a expressão õcontratos de lucroõ para dualizar com a categoria dos contratos existenciais; iv) os contratos existenciais estão relacionados com o respeito ao direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc.; v) o tema pode ser desenvolvido para destrinchar situações limítrofes como as de pessoas

²⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC ó Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

naturais, fora do exercício profissional, com finalidade lucrativa e as de empresas muito pequenas.

Infelizmente, o professor AntonioJunqueira de Azevedo veio a falecer no ano de 2009 e não teve como dar continuidade ao desenvolvimento desse dualismo por ele inicialmente proposto dividindo os contratos entre existenciais e de lucro. Todavia, estas lições iniciais foram suficientes para plantar a semente deste assunto tão relevante que o eminente professor qualificava como ãa verdadeira dicotomia contratual do século XXIö.

Assim, o desenvolvimento das características dos contratantes com finalidade existencial não poderia ser feito sem tomar como ãponto de partidaö a digressão do pensamento do professor Junqueira de Azevedo realizada nos parágrafos anteriores. As conclusões de suas primeiras lições sobre a dicotomia contratual entre contratos existenciais e de lucro devem servir, no mínimo, de baliza para o desenvolvimento do tema, ainda que, como se verá adiante, existam discordâncias em alguns pontos.

4.1.2 Ponderações sobre o objeto dos contratos existenciais e o critério negativo da ausência de lucro

Chama-se atenção para a dificuldade por parte da doutrina em apontar o objeto dos contratos existenciais. Neste trabalho, no tópico 3.1, citou-se que Teresa Negreiros, antes mesmo de Junqueira de Azevedo introduzir o conceito de ãcontratos existenciaisö, propôs dividir os contratos por meio do ãparadigma da essencialidadeö. Um critério de divisão contratual a partir da classificação dos bens em existenciais ou supérfluos. Apesar de alguns bens da vida não deixarem dúvida acerca de sua função existencial, tais como os remédios, água, energia, moradia, etc., a própria Teresa Negreiros não consegue estabelecer em um juízo *a priori* uma maneira objetiva de verificar a destinação existencial ou não dos bens.

Ainda sobre o objeto dos contratos existenciais, Rafael Ferreira Bizelli não tem dificuldades em apontar que seu objeto trata-se de um bem da vida destinado à subsistência da pessoa humana e utiliza como exemplo situações que não dão margem para maiores dúvidas quanto ao aspecto existencial (saúde, manutenção da vida, moradia, educação, energia elétrica, etc.)²⁹⁴. Para Bizelli, um contrato só poderia ser categorizado como existencial se, além da ausência de lucro verificada através de um interesse extrapatrimonial, tal interesse

²⁹⁴ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos Existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 6. Rio de Janeiro, 2015, p. 88-89.

também estivesse comprovadamente vinculado às necessidades de sobrevivência digna e de realização da personalidade do sujeito contratual²⁹⁵. Ele também tenta agregar a noção de contrato existencial, introduzida pelo professor AntonioJunqueira de Azevedo, com a ideia do paradigma da essencialidade desenvolvido por Teresa Negreiros defendendo que a caracterização do bem como essencial, útil ou supérfluo é fator determinante para a disciplina contratual²⁹⁶.

No mesmo sentido que Bizelli, Caroline Nogueira Teixeira Menezes aduz que o objeto dos contratos existenciais são õbens e serviços essenciais capazes de fornecer um padrão mínimo de vida digna e o pleno desenvolvimento da pessoa humanaõ²⁹⁷. Entretanto, Menezes reconhece que não é possível definir de maneira abstrata o que compõem as necessidades básicas de cada pessoa, posto que a resposta para um õpadrão mínimo de vida dignaõ pode ter respostas variadas no momento de sua concreção²⁹⁸. Assim, o que comporta essencial para alguns pode não sê-lo para outros, fazendo-se necessária, portanto, em cada caso õuma análise à luz das necessidades de cada um e de seu núcleo familiarõ²⁹⁹.

Seguindo a mesma linha de Bizelli e Menezes, Arthur Pinheiro Basan também irá defender que o elemento objetivo dos contratos existenciais leva em conta a subsistência de uma das partes e precisa ser considerado essencial para a preservação dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana³⁰⁰. Acontece que Basan reconhece expressamente não ser possível decretar de maneira exaustiva ou absoluta õquais são os objetos que, uma vez contratados, formam por si só uma relação contratual existencialõ³⁰¹. Por conta disso, da mesma forma que Bizelli, Basan se atém a exemplos que não dão muita margem de dúvida

²⁹⁵ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato Existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 306.

²⁹⁶ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos Existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 6. Rio de Janeiro, 2015, p. 89.

²⁹⁷ MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira. **Contratos Existenciais: Revisitando os Elementos Contratuais à Luz de uma Hermenêutica Emancipatória**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 137.

²⁹⁸ MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira. **Contratos Existenciais: Revisitando os Elementos Contratuais à Luz de uma Hermenêutica Emancipatória**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 140.

²⁹⁹ MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira. **Contratos Existenciais: Revisitando os Elementos Contratuais à Luz de uma Hermenêutica Emancipatória**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 141.

³⁰⁰ BASAN, Arthur Pinheiro. **Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais** Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 123.

³⁰¹ BASAN, Arthur Pinheiro. **Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais** Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 126.

acerca da situação existencial tratando de negócios jurídicos cujo produto ou serviço tenha relação com moradia, alimentação, educação, saúde, dentre outros³⁰².

Em que pese o respeito pelas posições acima, pede-se vênia para apontar que a doutrina que procurou desenvolver o pensamento do professor AntonioJunqueira de Azevedo acerca dos contratos existenciais parece ter se apegado ao paradigma da essencialidade proposto por Teresa Negreiros e desconsiderado a possibilidade da finalidade existencial poder ser aduzida a partir de um critério negativo, qual seja a ausência de escopo de lucro. Ora, por mais supérfluo que o objeto de um contrato possa parecer (a compra de um sorvete ou até mesmo de uma bebida alcóolica), se o contratante deseja o bem objeto do negócio jurídico sem interesse de lucro é porque deve-se levar em conta a existência de um interesse extrapatrimonial por parte deste contratante.

Neste sentido, Rafael Ferreira Bizelli acerta quando aponta que deve ser levada em consideração a existência de um interesse extrapatrimonial por uma parte contratante, além do interesse patrimonial. Em outras palavras, pode-se considerar que, sempre que a extrapatrimonialidade do objeto é mais importante do que a sua patrimonialidade, estar-se-ia diante de um contratante com escopo existencial³⁰³.

Nesta feita, levando-se em conta essa questão da elevação do interesse extrapatrimonial para prevalecer em detrimento do seu aspecto patrimonial, então a definição de um contratante com finalidade existencial independe de uma classificação de bens entre essenciais ou supérfluos. Até porque ninguém obtém um bem ou adquire um serviço com escopo extrapatrimonial se não sentir que, em algum momento de sua vida, considerou aquele objeto necessário. O que é supérfluo para um pode não ser para outro e não cabe ao direito delimitar isso. Claro que em toda e qualquer sociedade existe certo consenso sobre determinados bens que são universalmente essenciais (daí justamente os exemplos frequentes de contratos existenciais relacionados à medicamentos, moradia, alimentação, água, energia elétrica, etc.), mas não se pode limitar a noção de uma pessoa que contrata com finalidade existencial a tais bens.

Assim, deve-se concluir que não há razão para dificultar ou tornar complexa a averiguação da finalidade existencial de um contratante: a verificação do critério negativo da ausência de lucro já se mostraria suficiente. Esta também parece ser a mesma linha de pensamento adotada por AntonioJunqueira de Azevedo que, em momento algum, a relacionou

³⁰² BASAN, Arthur Pinheiro. **Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais** Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 127.

³⁰³ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos Existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 6. Rio de Janeiro, 2015, p. 90.

com o paradigma da essencialidade de Teresa Negreiros e chegou a afirmar, tanto no Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant quanto na nota de rodapé da atualização do livro *Contratos* de Orlando Gomes, que todos os contratos de consumo são existenciais. Ora, se para Junqueira de Azevedo, toda relação de consumo é existencial, então seria enquadrada nesta categoria desde a compra de alimentos da feira do mês de uma família até a compra de um carro de luxo ou de uma bebida alcoólica.

Trata-se de uma adequação ao raciocínio até mesmo ao princípio da autonomia da vontade. A categorização contratual parte da averiguação do escopo de lucro ou existencial dos contratantes e não da determinação pelo direito sobre se determinados bens são essenciais ou supérfluos. Não cabe ao ordenamento jurídico apontar ou decidir pelos sujeitos quais bens são essenciais e quais não são, mas sim cada pessoa, em sua autonomia, que tem o poder de definir o que é necessário para a própria vida.

Ainda sobre esse assunto, também é relevante perceber que não existe um terceiro escopo contratual: ou há escopo lucrativo ou não há. Então, conseqüentemente não existe uma finalidade contratual não lucrativa e também não essencial. Não haveria nem sequer como categorizar esse tipo de contratante, assim acredita-se que a pedra de toque do pensamento do professor Junqueira se restringe a, justamente, delimitar se o contratante celebrou o negócio jurídico com intenção de lucrar (maximizar seu patrimônio) ou não e se não teve escopo de lucro é porque contratou a fim de satisfazer uma necessidade extrapatrimonial.

4.1.3 O reconhecimento de níveis de caráter existencial e a vulnerabilidade do contratante com escopo existencial

É preciso destacar, contudo, um detalhe: não é porque a ausência do interesse de lucro enquadraria a finalidade contratual como existencial que todos os contratos em que participe um sujeito com escopo existencial irão receber o mesmo tipo de tratamento. Assim como é preciso ponderar o nível de *expertise* e profissionalismo (se for o caso) dos contratantes com interesse lucrativo, conforme será visto no tópico 4.2, aqui também se faz necessário reconhecer que também existe uma espécie de grau de caráter existencial.

Desse modo, ao se deparar diante de um negócio jurídico em que um dos contratantes tem finalidade existencial, o intérprete não pode deixar de considerar que há

contratos cujo objeto é mais importante à subsistência humana que outros³⁰⁴. Por tal razão quanto maior o caráter existencial do objeto da relação jurídica, mais incisiva deve ser a tutela do sujeito com escopo existencial³⁰⁵. Por óbvio, por exemplo, que deve existir uma maior proteção ao contratante que adquire um remédio para tratar de uma doença crônica do que ao contratante que compra ingressos para ir ao cinema, apesar de se reconhecer que ambos celebram contratos com finalidade existencial.

Outro aspecto a ser considerado pelo intérprete diz respeito às características do contratante com finalidade existencial. Em relação a este ponto, deve-se, em primeiro lugar compreender que numa relação contratual em que uma das partes contrata com interesse de lucro e a outra com escopo existencial, o interesse extrapatrimonial desta faz com que ela se encontre numa posição de vulnerabilidade em relação ao contratante que objetiva lucrar com o contrato³⁰⁶. É justamente por tal razão que, quando identifica-se um contratante que celebra um negócio jurídico com finalidade existencial, é possível que o atributo econômico sofra ponderações razoáveis frente ao valor da vida humana³⁰⁷.

Para Arthur Pinheiro Basan, o contratante com escopo existencial é um hipervulnerável em relação ao que almeja maximizar seus ganhos com o negócio jurídico³⁰⁸. Assim sendo, Basan defende que haveria a predisposição de uma manifestação de vontade desigual, pois o escopo existencial faz com que o contratante se encontre em um ópatamar desfavorável frente às barganhas da contratação, exigindo ainda maior tutela jurídica³⁰⁹. No mesmo sentido, Caroline Nogueira Teixeira Menezes advoga que a vulnerabilidade do contratante existencial vai, inclusive, além do âmbito consumerista, porque este tipo de contratante não teria suas condições mínimas garantias, não teria autonomia ou sequer dignidade, levando-o a uma posição de desigualdade³¹⁰.

³⁰⁴ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e Hipossuficiência no Contrato Existencial de Consumo. **Revista Scientia Iuris**, vol. 21. Londrina, 2017, p. 179.

³⁰⁵ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e Hipossuficiência no Contrato Existencial de Consumo. **Revista Scientia Iuris**, vol. 21. Londrina, 2017, p. 180.

³⁰⁶ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e Hipossuficiência no Contrato Existencial de Consumo. **Revista Scientia Iuris**, vol. 21. Londrina, 2017, p. 178.

³⁰⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 281.

³⁰⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. O Contrato Existencial: Análise de Decisão Judicial que Assegura a sua aplicação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 7. Rio de Janeiro, 2016, p. 25.

³⁰⁹ BASAN, Arthur Pinheiro. **Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais** Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 140.

³¹⁰ MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira. **Contratos Existenciais: Revisitando os Elementos Contratuais à Luz de uma Hermenêutica Emancipatória**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado, p. 133.

Há de se concordar que num contrato em que um dos lados participa com escopo existencial e o outro com finalidade lucrativa, a parte que o celebrou com objetivos existenciais está sim numa situação de maior vulnerabilidade, uma vez que prioriza interesses extrapatrimoniais relacionados ao objeto do contrato em detrimento de interesses patrimoniais. Acontece que os doutrinadores acima citados, quando trataram do tema, data vênua, pareceram desconsiderar a possibilidade de um negócio jurídico em que os dois polos participem com intenção existencial. Na entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil supracitada, AntonioJunqueira de Azevedo deu a entender que haveria essa possibilidade quando afirmou que ambas as partes contratantes poderiam ser pessoas naturais visando a sua subsistência³¹¹.

Não seria difícil visualizar um exemplo de negócio jurídico em que os dois polos o celebram com intuito existencial, basta pensar num apartamento em que o comprador pretende adquirir para fins residenciais e o vendedor pretende usar a quantia arrecadada com a venda do imóvel na compra de outro apartamento que será destinado também para sua moradia. É necessário que o intérprete esteja atento a esta possibilidade para não incorrer no erro de presumir, sem analisar detidamente as circunstâncias do caso concreto, que numa conjuntura, como a do exemplo acima, o comprador esteja numa situação de maior vulnerabilidade em relação ao vendedor. É igualmente por tal razão que as características e a análise do comportamento dos contratantes na relação contratual deve ser considerada de maneira tanto individualizada (considerando a finalidade existencial ou de lucro do contratante) como também harmonizada com a situação jurídica das demais partes no contrato. A interpretação contratual deve ocorrer, então, a partir da centralidade do caso, por meio da verificação das vicissitudes em torno dos escopos dos contraentes na concreção e no cumprimento do contrato³¹².

Diante de um negócio jurídico, portanto, em que todos os polos contratam visando satisfazer necessidades relacionadas a sua própria subsistência ou a de terceiros, ganha importância também a consideração do grau do caráter existencial de cada contratante. Isto porque ambos participam do negócio deixando o interesse patrimonial em segundo plano. Logo, para aferir qual dos lados contratuais está numa situação de maior vulnerabilidade, torna-se necessário que o intérprete investigue em qual das partes

³¹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC 6 Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

³¹² BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato Existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 313.

contratantes o caráter existencial se faz presente de maneira mais incisiva. Não sendo possível definir tal questão, deve-se presumir que há equilíbrio contratual, mas sem deixar de levar em consideração que o objeto do contrato servirá para satisfazer necessidades dos contratantes que estão além do fator patrimonial.

4.2 Do Lucro: os Principais Elementos dos Contratantes com Finalidade Lucrativa

Após tantas ilações sobre a importância de uma classificação contratual em que fosse verificada a finalidade ou não lucrativa da pessoa no momento da celebração de um contrato, torna-se imprescindível também o desenvolvimento de um tópico para, ao menos, reunir as características ou os principais elementos que se espera dos contratantes inseridos nesta categoria.

Por ser uma proposta de classificação renovadora da teoria geral dos contratos, há uma escassez de doutrina especializada no estudo específico de contratos de lucro. Todavia, mostra-se plenamente possível conhecer a finalidade de lucro a partir de lições da doutrina acerca dos contratos interempresariais. Por tal razão, beber-se-á de tal doutrina para o desenvolvimento deste tópico, sempre com as devidas adequações à noção dos contratantes com escopo de lucro.

4.2.1 A superação da divisão contratual de acordo com o ramo empresarial ou civil

De início, há de se concordar com Gladston Mamede quando ele afirma que a adoção da teoria da empresa está ultrapassada, servindo apenas para justificar mais uma distinção e um tratamento jurídico diferenciado entre atividades empresariais e atividades simples, sendo, entanto, mais útil ôdar um passo ainda mais ousado e criar um Direito Negocial ou Direito da Atividade Negocial [...]ö³¹³. Tal insatisfação faz sentido porque termina existindo desigualdade para os próprios sujeitos de direito, forçando-os a regimes de tratamento diferenciados quando ambos praticam atos jurídicos com intuito lucrativo com a diferença de que um se qualifica como empresário e outro não.

Uma das vantagens de uma classificação contratual cujo critério se limita a analisar o escopo lucrativo para inserir o negócio jurídico nas categorias contratuais é

³¹³ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24-25.

justamente o fato de que a diferença entre atividades empresariais e simples não é o fator determinante para a categorização dos contratantes. Em outras palavras, tanto uma sociedade empresarial como uma pessoa física não comerciante ou uma sociedade simples, por exemplo, podem ser categorizados como contratantes com finalidade de lucro e receberem um tratamento semelhante no que tange à maneira que o negócio jurídico deverá ser interpretado.

Ressalte-se que a crítica apontada por Gladston Mamede não se trata de um posicionamento isolado, pois Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Júnior Galeski também apontam que tratar os sujeitos considerados empresários e os agentes não empresários que desempenham atividade lucrativa de maneira distinta pode trazer incongruências e incertezas para a sistemática legal³¹⁴. Nesta feita, no que se refere à interpretação contratual, seria mais congruente dar o mesmo tratamento dado aos sujeitos de contratos empresariais àqueles que, embora excluídos do conceito de empresariedade atribuído diretamente pela Lei, exercem atividade econômica de forma profissional³¹⁵.

Dessa maneira, o pensamento acima se aproxima da ideia de categorizar em um mesmo grupo os contratantes que celebram negócios jurídicos com finalidade de lucro independentemente de eles estarem enquadrados na definição de empresário estipulada pela teoria da empresa ou não. Neste sentido, Hugo Tubone Yamashita afirma que a classificação do professor Antonio Junqueira de Azevedo, propondo a dualidade entre contratos existenciais e de lucro, parece se aproximar mais da realidade empresarial do que o tratamento conferido tradicionalmente aos contratos empresariais e aos contratos civis³¹⁶. Paula Forgioni aduz que a dicotomia proposta pelo professor Junqueira de Azevedo talvez seja a mais importante do século atual³¹⁷, pois se trata de uma sistematização tão funcional para o nosso século quanto foi no século passado a distinção entre os contratos paritários e os contratos de adesão³¹⁸.

4.2.2 A economicidade final do contratante, o mercado e o peso dos usos e costumes

³¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 22-23.

³¹⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24.

³¹⁶ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 45.

³¹⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

³¹⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

No que terversa o escopo de lucro, um dos fatores que o dota de características singulares é a economicidade final do comportamento do contratante³¹⁹. Caso se trate de um contrato de lucro propriamente dito, em que todos os partícipes decidem entrar no negócio jurídico com finalidade lucrativa, tais características singulares relacionadas à economicidade final ficarão ainda mais acentuadas.

Para esta categoria de sujeitos que almeja aumento patrimonial a partir do escopo lucrativo, o contrato representa nada menos do que um instrumento capaz de atingir esse fim maior. Não fosse por isso, como vem sido defendido durante todo este trabalho, a lógica e as características que marcariam a operação econômica traduzida no contrato seria diversa, posto que as partes ãseriam impelidas pela busca da satisfação de outras necessidades³²⁰. É por tal razão que o fenômeno econômico não pode ser considerado indiferente às manifestações do fenômeno contratual no funcionamento das sociedades humanas³²¹. Como bem destaca Fernando Araújo, a análise econômica seria complementar à análise jurídica de modo a ressaltar o escopo utilitário que preside a deliberação de contratar e dando uma especial atenção aos efeitos geradores de riquezas³²².

Prosseguindo com o raciocínio de que o contrato se traduz numa ferramenta para o contratante atingir a sua finalidade lucrativa, evidencia-se imprescindível apontar que o ambiente no qual o tipo contratual está inserido também exerce poder sobre os negócios jurídicos, condicionando-os³²³. Em outras palavras, o sujeito que opta por entrar num òjogo contratualõ com escopo de lucro, precisa ser diligente o suficiente para compreender que tal maneira de celebrar negócios está inserida em um òambiente institucionalõ.

Tal ambiente institucional necessariamente precisa ser melhor conhecido pelos contratantes com escopo de lucro do que pelas pessoas que celebram negócios jurídicos com finalidade existencial. Isto porque os contratantes que almejam lucrar com o contrato também deveriam estar dispostos a assumir, pelo menos de forma mais contundente, os riscos inerentes ao negócio, que podem ser compreendidos como a possibilidade de perder o capital (parcial ou totalmente) ou a energia empreendida com o contrato³²⁴. Ademais, não se deve

³¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 108.

³²⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 109.

³²¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econõmica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

³²² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econõmica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

³²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

³²⁴ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 52.

descartar que está sempre presente o risco dos ganhos obtidos com a operação econômica realizada através do contrato não serem suficientes para cobrirem as despesas, posto que o contratante deve estar apto a selecionar quais condições negociais podem trazer melhores resultados ou não³²⁵.

Paula Forgioni expõe que o risco, dentro deste contexto, é inevitável, pois contratar é prever ou empreender sobre o futuro e, como o futuro é indefinido, mostra-se quase impossível evadir todas as possibilidades de perda³²⁶. Isso é o que Fernando Araújo chama de *superior riskbearer* que é a ideia de que sempre vai existir um suporte residual do risco contratual (risco que sobrevive a todas as medidas preventivas)³²⁷. Em razão disso, Forgioni expõe que cada transação corresponde a riscos típicos inerentes à natureza do negócio ou, como prefere a doutrina italiana, que se situam dentro de sua *moldura típica*³²⁸.

Ou seja, na medida em que um contratante se propõe a utilizar o contrato como ferramenta para obter um ganho patrimonial, ele também deve ser capaz de compreender que se trata de um instrumento com riscos inerentes e, por isso, deve ter a consciência de que tudo pode dar errado, seja totalmente ou parcialmente. O erro se mostra fundamental para o funcionamento do sistema e é resultante das estratégias equivocadas ou enganos permitidos no jogo concorrencial entre os sujeitos com intenção de lucrar com o negócio³²⁹.

O ambiente institucional acima referido também pode ser compreendido como o mercado e é ele que dá força às transações, pois as regras e a praxe comercial dentro de um ambiente de concorrência é o que proporciona amplo espaço às contratações³³⁰. O mercado condiciona o negócio jurídico, portanto, na medida que dispõe de regras específicas de funcionamento que devem ser respeitadas pelos que se inserem nele com fulcro lucrativo³³¹.

Assim, o contrato também não se vê livre da interferência de fatores exógenos decorrentes também de questões de mercado, como, por exemplo, a alteração de preços

³²⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182.

³²⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 145.

³²⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 298-299.

³²⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 146.

³²⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 147-148.

³³⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

³³¹ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 72.

provocada pelo excesso ou carência de oferta³³². É por tal razão que Forgioni expõe que o mercado é informado pelas regras exógenas e não por suas próprias determinações³³³.

Ainda sobre a temática do ambiente do mercado, não se pode deixar de ressaltar a relevância dos usos e costumes, pois é em decorrência deles que se pode garantir uma força uniformizadora dos comportamentos no sistema mercantil³³⁴ e, por conseguinte, eles terminam por ter uma importante função como fator de diminuição dos custos de transação³³⁵.

Apenas a título exemplificativo, para melhor compreendermos o papel que os usos e costumes desempenham dentro de um ambiente institucional, podemos observar a venda de camarão pelos ambulantes em algumas praias do litoral nordeste brasileiro. Tais vendedores passam por toda a extensão da praia carregando uma bacia cheia de camarões e, quando um cliente decide comprar uma porção, os vendedores não utilizam balanças para calcular o peso ou o tamanho da porção. Isto porque carregar uma balança pela praia, além de aumentar o desgaste físico do vendedor por conta do peso, aumentaria também os custos de transação desse tipo de comércio. Então, uma maneira sofisticada, mais leve e muito mais barata encontrada pelos ambulantes para calcular o tamanho das porções de camarão consiste em encher meia garrafa pet, geralmente cortada ao meio e inteiramente vazia, com os camarões da bacia e depois despejá-la no saquinho onde ficará a porção do cliente. É interessante porque os usos e costumes dessa atividade comercial nessa região do Brasil terminou por delimitar uma maneira de medir que não é de acordo com o peso do produto numa balança, mas sim através do preenchimento dos camarões no espaço de garrafas vazias. A prática se consolidou de tal maneira no ambiente onde é praticado esse tipo de comércio que novos vendedores ambulantes de camarão já iniciam suas atividades utilizando a garrafa como unidade de medida das porções e não balanças.

Em suma, os usos e costumes servem para garantir a uniformização do comportamento de determinado tipo contratual, gerando uma maior previsibilidade e segurança nas relações negociais e, assim, permitindo que os contratantes que conheçam o mercado possam calcular os riscos do negócio de maneira mais eficiente e procurar diminuir as despesas necessárias à operação econômica a ser realizada pelo contrato. Há, portanto, uma

³³² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44-45.

³³³ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 110.

³³⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

³³⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 136.

espécie de efeito cascata que interfere em toda uma gama de um tipo contratual inserido em determinado contexto do mercado.

Todavia, é também necessário compreender que os usos e costumes estão sujeitos a diversas variáveis que os fazem atuar nos segmentos do mercado de maneira diferente, conforme bem expõe Hugo Tubone Yamashita:

Em matéria de práticas comerciais, é ainda relevante destacar a importância do ambiente institucional para a exata compreensão do programa contratual. Isso porque os usos e costumes podem variar de local para local, como também de grupo para grupo, além de se alterarem com o tempo, em uma realidade bastante dinâmica. Os usos e costumes, portanto, devem ser considerados de acordo com o segmento de mercado específico em que o contrato foi celebrado, valendo ressaltar que uma mesma empresa pode atuar em segmentos distintos do mercado e, assim, exercer papéis, igualmente, diferentes.³³⁶

4.2.3 A racionalidade econômica no interesse de maximização patrimonial

Outra característica relevante, própria dos contratantes com finalidade lucrativa, trata-se da racionalidade econômica. Para melhor compreendê-la, é necessário entender que quando alguém celebra um negócio jurídico com escopo lucrativo, o faz com a intenção de maximizar seus ganhos, agindo de forma racional. Deste modo, as condições econômicas no momento da contratação podem se alterar a ponto de ser mais interessante para o contratante o descumprimento contratual, e a sua consequente pena, do que cumpri-lo com maior prejuízo³³⁷.

É por conta dessa forma de pensar que o princípio do *pacta sunt servanda* continua a ter força em sua aplicação quando trata de um contratante com finalidade lucrativa se comparado ao intervencionismo em relação às obrigações de um contratante com escopo existencial. Isto porque tal princípio mostra-se necessário ao giro mercantil em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos³³⁸.

Essa interpretação do dogma da força obrigatória dos contratos está inserida na proteção legal que as instituições (leis e Poder Judiciário) possuem para incentivar que os contratantes cooperem entre si e cumpram suas obrigações contratuais. Todavia, vale frisar que tal cumprimento, na ótica dos contratantes com finalidade lucrativa, não passa de um

³³⁶ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais**: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 73.

³³⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 152.

³³⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 109.

juízo de probabilidade que irá variar ãconforme seja maior ou menor a possibilidade legal de exigir o seu cumprimentoã³³⁹. Tendo tal pensamento em consideração, torna-se necessário entender que a ideia de inadimplência tradicional não se enquadra com perfeição numa visão econômica do contrato³⁴⁰.

Sob a ótica de uma análise econômica, Marcia Carla Pereira e Irineu Júnior Galeski apontam que o contratante só irá dar sequência às negociações ou até mesmo ao cumprimento contratual se, apesar de eventuais circunstâncias desfavoráveis e onerações em torno do contrato, ainda for possível obter retorno financeiro. Caso contrário, é possível que o contratante opte por desistir do contrato³⁴¹. Assim, a continuidade do negócio jurídico termina por ficar diretamente ligada à capacidade de adaptação de seu contratante diante das externalidades dos negócios e de sua consideração acerca de um cenário negativo por conta do inadimplemento contratual.

Este leque de características envolvendo os sujeitos com finalidade de lucro e exigindo um conhecimento maior acerca da maneira como o contrato é visto para esta categoria de contratantes sempre deve ser levado em consideração pelo julgador ao interpretar o contrato. É preciso considerar tais aspectos, principalmente a racionalidade econômica, para que seja evitada a tomada de decisões que fujam da racionalidade própria deste tipo de contratante, cabendo ao direito, claro, fixar e fiscalizar se estão sendo cumpridos os parâmetros da boa-fé e assegurar a tutela da legítima expectativa do sujeito em relação ao negócio jurídico³⁴². O intérprete tem de levar em conta que o inadimplemento contratual para o contratante que pratica atos negociais com finalidade lucrativa passa, sobretudo, por um cálculo matemático sobre se o inadimplemento é mais ou menos vantajoso financeiramente. Captar a característica da racionalidade econômica, é captar que o sujeito contratual estará apto a adotar esse tipo de comportamento.

4.2.4 A variável do nível de *expertise* como fator para a interpretação contratual

³³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

³⁴⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 152-153.

³⁴¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 196-197.

³⁴² FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 247.

Mostra-se, por fim, imprescindível ponderar algumas considerações acerca do nível de *expertise* e profissionalismo (este último apenas se for o caso) do contratante com escopo de lucro. Isto porque é possível enquadrar como um sujeito que celebra um negócio jurídico com finalidade lucrativa desde um leigo que almeja auferir os frutos de um imóvel por meio de um contrato de locação até uma multinacional milionária com forte atuação em todo o país.

Em primeiro lugar, vale frisar que, como foi aludido no início do presente capítulo, utilizar o escopo lucrativo como o critério para inserir os sujeitos contratantes numa mesma categoria eleva a interpretação contratual a um nível de sofisticação que tradicionalmente não é adotado. Isto porque a dicotomia entre os contratos interempresariais e os contratos civis, apesar de bastante útil, pode ensejar situações que numa ótica de mercado não fazem sentido.

Por exemplo, um contrato entre uma sociedade empresarial que presta serviços de publicidade e outra sociedade que trabalha com a venda de automóveis seminovos pode ser enquadrado como interempresarial, enquanto um contrato entre um escritório de advocacia e essa mesma sociedade que trabalha com a venda de automóveis seminovos estaria categorizado como um contrato civil pelo simples fato de que escritórios de advocacia obrigatoriamente precisam ser constituídos sob a forma de sociedade simples. O mesmo raciocínio se aplica quando se trata de contratos que envolvem profissionais liberais. Ora, não haveria razão para regimes contratuais distintos se em todos estes casos os contratantes atuam com profissionalismo no mercado e detêm *expertise* quanto ao objeto contratado.

Nesta toada, também não enxerga-se razão em considerar que o leigo com escopo de lucro estaria na mesma situação que o leigo com escopo existencial. O primeiro, apesar de não ser um profissional no ramo, deve ser diligente o suficiente para compreender a ótica do mercado, quais os seus limites e parâmetros, e, dessa maneira, procurar maximizar seus ganhos. O segundo também deve ser diligente, contudo há de se considerar que o sujeito não está buscando aumentar seu patrimônio e sim satisfazer uma necessidade da vida.

Em segundo lugar, considerando que há variações de conhecimento (ou *expertise*) entre os sujeitos que contratam com finalidade lucrativa, não se pode cair na ilusão de que, em se tratando propriamente da categoria dos contratos de lucro (em que todos os contratantes participam com finalidade lucrativa), as partes estão em pé de igualdade e que sempre haverá um equilíbrio contratual. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Júnior Galeski apontam que tal presunção de equilíbrio pode ser desfeita pela mesma razão que levou à

necessidade de tratamento desigual dos contratantes de uma relação de consumo ou de trabalho: a diversidade de poder das partes³⁴³.

Desse modo, ainda que se esteja diante de um contrato de lucro em que todas as características descritas no presente tópico estejam presentes em relação a todos os contratantes do negócio jurídico, o intérprete também não pode deixar de levar em consideração o poder econômico ou de conhecimento de uma parte do contrato em relação a outra. A título exemplificativo, pode-se pensar que é provável que exista equilíbrio entre duas empresas de pequeno porte, entretanto é improvável que se tenha o mesmo tipo de equilíbrio em um negócio jurídico entre uma sociedade empresária que domina o mercado e uma microempresa ou um microempreendedor individual.

É claro que o direito não pode ser usado para corrigir os erros eventualmente praticados pelo contratante que almeja lucrar com determinado tipo de negócio e fracassa. Até porque há de se perceber que contratantes com finalidade lucrativa podem presumir que seus parceiros comerciais detêm aptidão para realizar negócios com plena consciência das eventuais consequências negativas que podem surgir³⁴⁴. Por causa disso, também é possível prever que haverá certo egoísmo por parte dos contratantes, posto que eles perseguirão antes seu próprio interesse do que os do outro ou dos outros contratantes³⁴⁵.

Apesar disso, certo cuidado na interpretação contratual também se faz necessário, uma vez que a dependência econômica de uma parte em relação a outra pode dar margem para o cometimento de abusos que não devem ser aceitos pelo ordenamento jurídico, sob pena de restar consagrada a igualdade meramente formal³⁴⁶.

4.3 Entre a Existência e o Lucro: a Categoria dos Contratos Híbridos

Neste ponto, antes de qualquer ponderação, vale relembrar que, apesar do pensamento do professor AntonioJunqueira de Azevedo tratar de uma dicotomia contratual, dividindo os contratos em um dualismo entre duas categorias (existenciais e de lucro), a

³⁴³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

³⁴⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

³⁴⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

³⁴⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

presente pesquisa ousou propor no tópico 3.3 a criação de uma nova e terceira categoria: a dos contratos híbridos.

Entende-se que tal categoria tornou-se necessária a partir do momento em que AntonioJunqueira de Azevedo passou a admitir a possibilidade de um negócio jurídico em que todos os contratantes participem com escopo existencial. Em suas primeiras lições sobre o tema³⁴⁷, o professor Junqueira apresentava o contrato de lucro (ou empresarial, conforme denominação inicialmente adotada na classificação) como aquele em que ambas as partes celebram com intuito lucrativo e o contrato existencial como o negócio jurídico em que para uma das partes haveria escopo de lucro, mas para a outra prevaleceria a finalidade existencial (ou ausência de lucro). Por tal razão, com base nesta linha de raciocínio, todos os contratos de consumo, por exemplo, estariam enquadrados na categoria dos contratos existenciais.

Contudo, como já foi apontado no tópico 3.1, na entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil, Junqueira de Azevedo inclui na categoria de contratos existenciais também o negócio jurídico celebrado entre, pelo menos, dois sujeitos não-empresários que contratam entre si sem intuito lucrativo. Em outras palavras, também estaria incluído na categoria dos contratos existenciais os negócios jurídicos em que todos os contratantes participariam com escopo existencial.

Conforme foi desenvolvido no tópico 2.3, a técnica de confluência de interesses parece ser a mais adequada para melhor empregar nesta classificação inicialmente proposta pelo professor AntonioJunqueira de Azevedo. Isto porque, além das razões já elencadas nos tópicos anteriores, não parece razoável enquadrar numa mesma categoria os contratos resultantes da confluência de duas vontades com finalidade existencial e também os resultantes da confluência de uma vontade com finalidade existencial e uma outra vontade com finalidade de lucro. As características desses dois grupos de contratos podem ser bem distintas, tendo em vista que o comportamento esperado do contratante com finalidade lucrativa é bem diferente do comportamento esperado do sujeito que contrata com escopo existencial, de acordo com o que já foi ponderado também nos tópicos 3.1 e 3.2.

Assim, diferente do que foi proposto pelo professor Junqueira, os contratos de consumo e todos os demais tipos que resultem da confluência de uma vontade com finalidade existencial com uma vontade com fins lucrativos não deveriam ser enquadrados na categoria de contratos existenciais, mas sim considerados como contratos híbridos. Propõe-se, portanto,

³⁴⁷Referência ao *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant* apresentado em 2005 e ao parecer sobre a validade e a eficácia de uma carta renúncia de um aditamento de um contrato de acionistas de 2006, ambos detalhados no tópico 4.1.

que a categoria dos contratos existenciais fique restrita aos negócios jurídicos que resultam da confluência de duas vontades com finalidade existencial.

Vale lembrar também que AntonioJunqueira de Azevedo já apontou que a aplicação de sua classificação resultaria no desenvolvimento de uma exposição analítica dos efeitos entre essas categorias de contrato, chegando inclusive a propor uma releitura de alguns institutos clássicos da teoria geral dos contratos³⁴⁸ para serem estudados à luz dessa dicotomia entre contratantes com interesse existencial e contratantes com interesse de lucro³⁴⁹.

Nesta toada, poderia restar a dúvida sobre qual seria a melhor maneira de interpretar esta terceira categoria dos contratos híbridos. Em um primeiro momento, o intérprete deve considerar as características e o comportamento distinto dos contratantes com finalidade de lucro e dos contratos com finalidade existencial inicialmente explanadas, respectivamente, nos tópicos 3.1 e 3.2. Tal exercício é necessário para melhor compreender a maneira que os contratantes agem conforme a sua finalidade no contrato (existencial ou de lucro).

Em um segundo momento, é preciso levar em conta qual instituto contratual será adotado como parâmetro para a análise da exposição analítica (a boa-fé, por exemplo) e, só então, partir para um estudo de sua aplicação tanto na categoria dos contratos existenciais como na categoria dos contratos de lucro.

Numa terceiraetapa, cabe ao intérprete ponderar que a peculiaridade dos contratos híbridos resulta num tratamento distinto para os contratantes de acordo com a natureza de sua finalidade, então para o contratante com escopo existencial deve-se aplicar os critérios e parâmetros dos contratos existenciais e para o sujeito com finalidade de lucro deve-se aplicar os parâmetros dos contratos de lucro. Simultaneamente, o intérprete não pode deixar de levar em consideração o natural desequilíbrio desta categoria contratual, uma vez que o sujeito com finalidade existencial estará numa situação de maior vulnerabilidade em relação ao outro contratante.

O reconhecimento da existência dos contratos híbridos na qualidade de uma nova e distinta categoria da classificação mostra-se relevante também por dois aspectos: i) há uma valorização e aprofundamento das características em torno dos sujeitos contratantes antes de se partir para a interpretação da categoria contratual propriamente dita; ii) a distinção entre a categoria dos contratos híbridos e a dos contratos existenciais permite uma maior

³⁴⁸ A exemplo da boa-fé, da função social e do dano moral.

³⁴⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC ó Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600-601.

versatilidade na aplicabilidade da classificação, uma vez que o campo de objeto dos contratos existenciais termina por ficar restrito às peculiares e especiais situações onde é reconhecida a presença do escopo existencial em ambos os polos da relação jurídica.

Sem a pretensão de exaurir o desenvolvimento da temática, no próximo capítulo procurar-se-á demonstrar a aplicação dos princípios da boa-fé e da função social aos contratos existenciais, de lucro e híbridos. Deste modo, igualmente será possível uma melhor compreensão acerca da aplicação do método proposto neste tópico.

5 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO TRIALISMO DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS, DE LUCRO E HÍBRIDOS

Considerando a devida limitação da proposta dessa dissertação, há de se destacar que, apesar do estudo comparativo deste capítulo restringir-se à análise apenas da aplicação da classificação em relação à boa-fé objetiva e à função social do contrato, esta classificação contratual tem ampla abertura para um aprofundamento ainda maior em relação a diversas outras diferenças e comparações igualmente relevantes, tais como estudá-la em relação à teoria da imprevisão, teoria da onerosidade excessiva, responsabilidade civil, etc.

5.1 A Boa-fé Objetiva nos Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos

5.1.1 Considerações iniciais sobre a boa-fé objetiva

Judith Martins-Costa ao tratar da distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva afirma que aquela diz respeito à tutela do estado psicológico e da consciência do indivíduo e que a boa-fé objetiva procura fixar uma espécie de *standard* de comportamento que deve ser observado pelas partes contratuais e está diretamente relacionado com a correção, probidade, lealdade e honestidade³⁵⁰. Ela também aponta para três fatores que justificam uma maior atenção na aplicação da boa-fé: i) trata-se de um instituto jurídico derivador distintas manifestações com diversas funções; ii) a expressão õboa-féõ, pelo seu alto grau de vagueza semântica, exige critérios para a sua concreção; iii) trata-se de uma õcláusula geralõ que atua na ordem prática a partir de uma voz juridicamente autorizada a atribuir-lhe eficácia³⁵¹.

Em outras palavras, a boa-fé está ligada às legítimas expectativas que uma pessoa pode criar a respeito dos efeitos contratuais e da maneira que a outra parte irá conduzir a execução do negócio jurídico. Ademais, tal raciocínio está conectado à confiança que os

³⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. TEPEDINO, Gustavo (coord). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 81.

³⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 277-278.

sujeitos possuem quanto ao cumprimento do negócio jurídico³⁵². É necessário que exista uma colaboração dos sujeitos visando possibilitar o adimplemento, que só poderá ser eficazmente atingido se todos agirem em vista do interesse contratual³⁵³. A atuação conforme a boa-fé, implicitamente, se traduz num dever de não prejudicar o outro contraente e é preciso tomar cuidado, principalmente se o contrato for regulado por condições negociais gerais, para que atitudes desproporcionalmente prejudiciais não sejam praticadas³⁵⁴.

Desta forma, a boa-fé e a confiança agem de maneira coligada para fiscalizar e impedir condutas que possam violar uma legítima expectativa de confiança que as partes contratuais criam ao contratar³⁵⁵. Judith Martins-Costa destaca que nesta relação existe um dever de coerência que exige um agir segundo os fins do contrato, correspondente à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos impedindo surpresas desleais que possam ser causadas por contradição e instabilidade comportamental³⁵⁶. Assim, é relevante ressaltar que, a depender da categoria contratual (existenciais, de lucro ou híbridos), é possível estabelecer *standards* de conduta diferenciados.

Para Menezes Cordeiro, os fatos decorrentes da situação contratual em que o sujeito está inserido possuem em comum a verificação de um relacionar entre duas ou mais pessoas, através de uma dinâmica que pressupõe uma conjugação de esforços que transcende o estrito âmbito individual, de modo que os contraentes precisam adotar um padrão comportamental visando os propósitos do negócio³⁵⁷. Isso deve ocorrer porque, como já se viu, todo negócio jurídico é finalista, uma vez que as partes se vinculam porque visam atingir um fim regulado pelos seus próprios interesses³⁵⁸. Assim, é uma decorrência lógica a compreensão de que o comportamento esperado dos sujeitos contratuais varia conforme o escopo que o levou a contratar.

³⁵² MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. TEPEDINO, Gustavo (coord). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 82-83.

³⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 236.

³⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 659.

³⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. TEPEDINO, Gustavo (coord). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83.

³⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 254.

³⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 646.

³⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 503.

Então, o *standard* de comportamento que se deve esperar de uma parte que celebra um contrato com uma finalidade existencial e suas expectativas quanto aos efeitos e a importância do contrato são completamente diferentes dos padrões de comportamento e das expectativas dos indivíduos que contratam com a intenção de lucrar. Tal percepção acerca da boa-fé e sua diferenciação se adapta ao modelo solidarista, posto que busca observar o que AntonioJunqueira de Azevedo defende pela necessidade do equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo nas relações contratuais³⁵⁹. Trata-se, também, do reconhecimento de que a boa-fé promove uma ponderação õmais fina das realidades em jogo, sublinhando os seus aspectos materiais³⁶⁰. Tal fato é derivado de um papel re-estruturante da boa-fé, de atuar, desde as suas origens, como mecanismo que faculta novas soluções em áreas e problemas que carecem de regras específicas ou quando há uma inadequação às regras existentes³⁶¹.

5.1.2 A boa-fé objetiva nos contratos existenciais

Para a determinação da função existencial da categoria dos contratos existenciais, a fim de complementar a definição dada por AntonioJunqueira de Azevedo³⁶², é imperioso compreender que os valores existenciais estão estritamente ligados à pessoa e que o direito civil caminha rumo à uma superação do patrimonialismo³⁶³.

Desta maneira, a concepção que se deve ter acerca de relações contratuais existenciais é de uma incidência direta da boa-fé resultando num fortalecimento ainda maior de que a relação jurídica contratual é uma ordem de cooperação³⁶⁴. Assim, a manifestação da boa-fé objetiva ocorre a partir de um aumento de deveres, inclusive, além dos que estão estipulados no instrumento acordado³⁶⁵. Tais circunstâncias ocorrem porque o intérprete

³⁵⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado ó Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento ó Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. vol. 750. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

³⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1.255.

³⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1.255-1.256.

³⁶² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC ó Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

³⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32-33.

³⁶⁴ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 97.

³⁶⁵ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

precisa ter a noção e saber distinguir que as partes têm de cumprir deveres que decorrem da vontade, mas também os deveres derivados da própria boa-fé³⁶⁶.

Todos os que participam do contrato devem cooperar em face do objetivo comum do negócio jurídico³⁶⁷. O objetivo comum do negócio só é atingido por completo se ambas as partes cumprem certos atos preparatórios necessários a satisfazer a pretensão umas das outras desde a fase pré-contratual, além também, a depender da circunstância, de ser possível que existam deveres que precisem ser observados e perdurem ainda após o adimplemento e fim da execução do contrato³⁶⁸.

Em relação à finalidade existencial que os contraentes possuem ao celebrar o contrato, é importante que ela seja perceptível à outra parte. Não haveria necessidade de uma declaração expressa no sentido de õirei contratar com finalidade existencialö, entretanto seria necessário que ao menos a outra parte contratante fosse capaz de verificar tal finalidade a partir da conduta e do comportamento do contraente com finalidade existencial, desde as tratativas do negócio jurídico.

A proteção dada pela boa-fé objetiva, principalmente nos contratos existenciais, é decorrente de uma moral que, conforme ensina Georges Ripert, está presente nas obrigações³⁶⁹. Dessa maneira, seria também uma decorrência da verificação da boa-fé, analisar o equilíbrio e a igualdade nas prestações dos contratos onerosos. Não se trataria de uma igualdade absoluta das prestações ou dos contratantes, contudo, o intérprete deve verificar, de igual maneira, que uma desigualdade acentuada das prestações deve ser destacada porque tal negócio jurídico irá resultar em uma injustiça³⁷⁰. Menezes Cordeiro também adota posição semelhante ao afirmar que o Direito não visa uma igualdade negocial absoluta, tanto que nosso ordenamento admite a figura dos negócios gratuitos, entretanto, é preciso que o desequilíbrio seja sempre esclarecido e livremente querido por quem o sofre³⁷¹. Do contrário, é grande a probabilidade de se identificar abuso quando há desigualdade no negócio.

É necessário aferir se a conduta dos contratantes levou a um abuso que tenha sido resultado de um dolo ou duma lesão. Isto porque, tais atos, quando uma das partes se

³⁶⁶ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 38.

³⁶⁷ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

³⁶⁸ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 38.

³⁶⁹ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 24.

³⁷⁰ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 132.

³⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 651.

aproveita de um engano da outra ou de uma falsa percepção da realidade para explorar a outra, além da violação à boa fé, resulta também numa violência moral³⁷².

Logo, a boa-fé, a moral, a necessidade de observar a obrigação como um processo, tal conjunto que vai acarretar em uma série de deveres que acompanham as partes desde as tratativas e podem perdurar até após a execução e o adimplemento do contrato, tudo deve ser direcionado para a conclusão de que a obrigação não é uma simples relação entre dois patrimônios. A obrigação sempre foi a submissão de uma pessoa a outra e que é permitida pelo nosso ordenamento, porém também deve ser regulada e controlada, ainda mais em relações contratuais com uma finalidade existencial³⁷³.

Há de se perceber que o padrão de conduta esperado dos contratantes com uma finalidade existencial pauta-se numa relação contratual que, apesar de ser eminentemente patrimonial pela sua própria natureza contratual, está mais preocupada com a consecução dos efeitos contratuais que irão satisfazer o interesse existencial das partes naquele negócio jurídico.

Desta maneira, mostra-se necessário observar que se trata de uma conduta em que a confiança e as legítimas expectativas das partes são bem elevadas, além disso existe um interesse social, em decorrência do valor que se dá à finalidade existencial em detrimento dos aspectos patrimoniais, de que tal tipo contratual seja constituído com um equilíbrio de prestações para evitar, justamente, que uma das partes termine por explorar a outra.

A título exemplificativo, podemos considerar, regra geral, que os contratos gratuitos devem ser categorizados como existenciais. A seguir, analisemos alguns exemplos:

i) no contrato de doação, o doador pratica o ato de doar visando garantir o benefício de uma outra pessoa em detrimento de uma redução em seu próprio patrimônio. Via de regra, contratos de doação são feitos com fins altruísticos para garantir uma melhora na situação de vida de uma pessoa física, ou, caso o donatário seja uma pessoa jurídica, para garantir que ela possa cumprir os seus fins sociais que normalmente não são fins voltados para o lucro e sim destinados ao cumprimento de algum papel social.

ii) no contrato de transporte gratuito, a exemplo de uma carona, procura-se auxiliar alguém a chegar em seu destino com uma maior facilidade sem qualquer interesse em contraprestação patrimonial. Há de se perceber também que o beneficiado com o transporte deverá envidar esforços para cumprir as condições da carona (a exemplo do horário e do local

³⁷² RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cívicas**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 133.

³⁷³ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cívicas**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 384.

do encontro para o transporte) no intuito de também facilitar o cumprimento contratual por parte do transportador.

iii) não há grande dificuldade em perceber o escopo existencial nos trabalhos voluntários, posto que são desempenhados visando contribuir para uma finalidade ainda maior que a patrimonial. A partir do momento em que alguém se dispõe a gastar seu tempo e energia em um trabalho integralmente voluntário, seus interesses não patrimoniais, seja no sentido de adquirir experiência ou de garantir uma sensação de bem-estar por ter ajudado ao próximo, se sobrepõem a qualquer aspecto monetário.

iv) o contrato de fiança celebrado de forma gratuita é um dos maiores exemplos do mais elevado grau de confiabilidade que pode existir numa relação contratual. A partir do momento em que um sujeito aceita ser fiador de outro sem exigir nenhuma contraprestação patrimonial, deve-se considerar que há uma elevada confiança no afiançado de modo que a quebra dessa confiança por evidente má-fé ensejaria uma indenização ainda maior do que se se tratasse de uma fiança onerosa. Por tal razão, a maior parte dos contratos de fiança gratuitos são feitos apenas entre pessoas próximas.

v) o contrato de mandato gratuito também é outro ótimo exemplo para demonstrar que o nível de confiança nas relações contratuais existenciais é ainda mais elevado do que nas demais categorias. Isto porque, de um lado, o mandatário aceita receber poderes para praticar atos jurídicos de outra pessoa sem qualquer finalidade patrimonial e, do outro, o mandante precisa eleger alguém de alta confiança para praticar um ato em seu nome com absoluta diligência.

É importante perceber que em tais exemplos de negócios jurídicos gratuitos inexistem o fator lucro como impulsionador das condutas das partes. Os atos jurídicos de tais relações não são praticados com a intenção de ganho patrimonial, mas sim por questões altruísticas, de bem-estar social ou de confiança entre as partes.

Para além disso, também é possível apontar para exemplos de contratos onerosos que podem ser categorizados como existenciais pela presença do escopo existencial em ambos os polos do negócio jurídico:

i) no contrato de compra e venda de um imóvel em que o adquirente o deseja para fins de sua própria moradia e o vendedor almeja destinar o produto da venda unicamente para a aquisição de um novo imóvel também para fins de moradia. Percebe-se que a preocupação com a moradia sobrepõe-se ao interesse de lucro neste exemplo, de forma que a legítima expectativa de alcançar o fim existencial, em ambas as partes, termina por exigir um cooperativismo maior dos contratantes em face desse objetivo comum do negócio.

ii) o contrato de locação de um imóvel em que o locatário objetiva destiná-lo para sua moradia e o locador utiliza o valor do aluguel para pagar a parcela do financiamento de outro imóvel que também o usa para sua própria moradia também é um exemplo interessante. Trata-se de uma outersituação em que o interesse existencial de ambos os contratantes se sobrepõe a um escopo de lucro na operação, exigindo, da mesma maneira, um maior nível de confiança, cooperação e uma legítima expectativa de que o cumprimento contratual por parte de ambos propiciará essa garantia da moradia para os contraentes.

iii) o contrato de troca ou permuta, via de regra, quando não é exercido com habitualidade ou com fins profissionais, também pode ser enquadrado na categoria dos existenciais. Isto porque o interesse dos contratantes, normalmente, não é propriamente em lucrar com a operação com um aumento patrimonial, mas sim em se desfazer de um bem em troca de um outro com uma maior utilidade. Perceba-se, nesse exemplo, a necessidade de um maior equilíbrio nas prestações no sentido de que, como não há escopo de lucro presente no contrato, a troca termina por ser entre bens com valores equivalentes.

Além desses casos, podemos citar como exemplos de contratos existenciais os casos de contratos envolvendo shows, apresentações ou campanhas beneficentes, cujo produto da arrecadação é destinado integralmente a causas sociais; os contratos envolvendo campanhas de *crowdfunding* ou de financiamento coletivo que financiam pesquisas ou projetos 100% destinados a causas sociais; projetos e campanhas que visam a reconstrução de entidades que tenham um papel social relevante, a exemplo da campanha em torno da recuperação da Associação Chapecoense de Futebol e das famílias das vítimas após o trágico acidente no dia 28 de novembro de 2016.

Por fim, perceba-se que todos os exemplos citados são de grande relevância para a sociedade devido ao papel social que desempenham e que o escopo lucrativo não se faz presente de maneira substancial em nenhum dos casos. Dá-se, por outro lado, uma importância muito maior ao cooperativismo em torno dos objetivos existenciais dos contratantes, há um grau de confiança mútuo bastante elevado e, por fim, existe também uma legítima expectativa na consecução dos objetivos existenciais. A verificação da quebra da boa-fé contratual se dá, justamente, pela análise dessas três balizas: i) confiança mútua e elevada; ii) legítima expectativa da finalidade existencial; iii) cooperativismo de ambos os polos visando objetivo comum do negócio.

5.1.3 A boa-fé objetiva nos contratos de lucro

Devido à ausência de um estudo aprofundado acerca dos contratos de lucro em nossa doutrina, para estudar a sua finalidade e a aplicação da boa-fé objetiva adota-se como base a doutrina acerca dos contratos interempresariais. Nesta toada, a finalidade de lucro desta segunda categoria contratual é consoante aos ensinamentos de Paula Forgioni, no sentido de que o contrato deve se revelar como manifestação da atividade do ente produtivo³⁷⁴.

O escopo econômico marca o contrato de forma incisiva, pois a parte contratual tem toda a sua atividade voltada para o lucro³⁷⁵. Também deverá ser levada em conta a visão de Ricardo Lupionno raciocínio de que, em relação a este tipo contratual, o direito deve exigir um esforço adicional da parte contratual, por tratar-se de um contratante que tem ou podia ter tido suficiente informação sobre o conteúdo contratual e poderia prever ou furtar-se aos seus efeitos se desejasse³⁷⁶. Neste tipo contratual, o conteúdo do negócio jurídico deve ter uma força vinculante ainda maior porque está inserido para premiar as decisões acertadas e penalizar as equivocadas³⁷⁷.

A partir destas iniciais ponderações acerca dos contratos de lucro, o padrão de comportamento da boa-fé objetiva nos contratos de lucro exigiria que o contraente porte-se de acordo com as regras de mercado do ambiente em que ele estiver inserido³⁷⁸. Nesses contratos, diferentemente dos existenciais, não há a preocupação com a existência da pessoa humana e o ponto nuclear objetivado pelas partes é a busca pelo lucro³⁷⁹.

Outro fator relevante, ao se observar um contrato de lucro, consiste no dever inerente à prestação de informações à contraparte. Enquanto nos contratos existenciais e nos contratos híbridos, para as partes com finalidade existencial, a legítima expectativa de comportamento do contraente seria a de receber todas as informações detalhadas acerca de todos os aspectos da relação contratual, nos contratos em que ambas as partes possuem escopo

³⁷⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 38-39.

³⁷⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 39.

³⁷⁶ LUPION, Ricardo. Interpretação dos Contratos Empresariais ó Sem Fobia e Sem Idolatria. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 135. Porto Alegre, 2014, p. 412.

³⁷⁷ LUPION, Ricardo. Interpretação dos Contratos Empresariais ó Sem Fobia e Sem Idolatria. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 135. Porto Alegre, 2014, p. 409.

³⁷⁸ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 80.

³⁷⁹ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 87.

de lucro há de se esperar que os contratantes adotem todas as cautelas necessárias para adquirir todas as informações que poderiam ter adquirido ao decidir contratar³⁸⁰.

A observância do *standard* de comportamento da boa-fé nesta categoria contratual irá servir para diminuir os custos de transação, facilitar os negócios e estimular o fluxo de relações econômicas. O agir de acordo com a boa-fé representa a adoção do comportamento esperado pelas pessoas que estão inseridas no contexto de determinado mercado e em um nicho específico³⁸¹. A construção desse padrão de conduta ocorre no mercado, por meio das jogadas anteriores de diversos agentes que já atuaram neste ambiente e formam o que se denomina memória de experiência. Tal memória de experiência deve ser conhecida e esperada pelos contratantes que celebram negócios jurídicos com escopo econômico³⁸².

Imperioso afirmar que, para existir uma legítima expectativa no sentido de que, em um contrato de lucro, ambas as partes irão pautar a sua conduta conforme as regras do jogo, não é necessário que nenhum dos agentes tenha participado de experiências anteriores com contratos de lucro e tenham aprendido o comportamento conforme a boa-fé. Ao atuar em um mercado, cabe ao indivíduo se preparar e saber, de antemão, os deveres decorrentes da boa-fé objetiva no âmbito dos contratos de lucro³⁸³.

Há de se concluir que, diferentemente da boa-fé objetiva no âmbito dos contratos existenciais, o respeito ao princípio da boa-fé objetiva, aplicados nos contratos de lucro, não deve levar em conta uma excessiva proteção a uma das partes e o erro de cálculo dos contratantes é decorrência do ambiente de mercado que premia a eficiência do outro contratante que não errou³⁸⁴.

Pode-se pensar, a título exemplificativo, na possibilidade de aplicação de todas essas balizas, nos chamados contratos de colaboração, nos contratos de sociedade, nos contratos de fornecimento, na compra e venda complexa, na locação comercial, dentre outros tipos contratuais. Independentemente de ambas as partes contratuais estarem no pleno exercício de atividade empresarial ou não, vale lembrar que a inserção na categoria dos

³⁸⁰ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 80.

³⁸¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 121.

³⁸² YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 80.

³⁸³ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 123.

³⁸⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 124.

contratos de lucros se dá quando se verifica, em ambos os polos contratuais, a presença do escopo de lucro.

Em todos os exemplos acima enumerados, deve-se considerar que as partes contratuais possuem amplo conhecimento acerca do objeto do contrato com a habilidade de utilizar o negócio jurídico conforme as regras do mercado, sem a necessidade de experiências passadas ou de um maior dever de informação. É claro, é preciso ter em conta a variável do nível de *expertise* dos contratantes para ponderar a sofisticação de seu comportamento, mas é necessário pressupor que há o elemento da *expertise* em ambos os polos contratuais. Desse modo, o comportamento de ambos é pautado numa racionalidade econômica em que um vai tentar se aproveitar e ganhar mais do que o outro sem cometer abuso de direito.

Analisemos um contrato de representação comercial, por exemplo, em que a representada é uma sociedade anônima com ampla atuação em todo o mercado nacional e o representante é uma pessoa física que irá trabalhar em uma pequena zona determinada. Na interpretação de tal tipo contratual, não se pode deixar de lado o fato de que a representada possui um poder econômico e *expertise* muito maior do que o representante, gerando uma espécie de subordinação entre as partes. Apesar disso, o intérprete precisa considerar que tal subordinação é *õ*conscienteõ por parte do representante, uma vez que ele está disposto a exercer sua atividade visando o lucro. Assim, ele deve deter informações básicas sobre o negócio, inclusive saber atuar conforme as expectativas do mercado, e também deverá corresponder às legítimas expectativas da representada garantindo-lhe lucro através da venda de seus produtos para terceiros. Todo este comportamento por parte do representante ainda é presumido, independentemente de ele já ter atuado em experiências anteriores na qualidade de representante comercial. Para finalizar, neste caso, não caberia, a princípio, por exemplo, ao representante alegar que a representada agiu de má-fé por ter delimitado a sua atuação a uma zona determinada e de difícil venda de produtos ou por não ter fornecido informações suficientes sobre o funcionamento da área do mercado em que o produto deverá ser vendido.

5.1.4 A boa-fé objetiva nos contratos híbridos

Considerando que esta terceira categoria (contratos híbridos) é uma proposta inovadora e original, será necessário estudar a sua finalidade e características a partir de doutrinadores inseridos na seara consumerista. Isto porque, apesar de nem todos os contratos híbridos necessariamente serem contratos de consumo, a regra geral é de que os contratos de

consumo se enquadrem na categoria de contratos híbridos, podendo as diretrizes de sua interpretação servir para fixar os parâmetros desta categoria. Desta maneira, propõe-se alinhar ao pensamento de Cláudia Lima Marques para auxiliá-la na interpretação e aplicação que se deve dar à boa-fé objetiva nesta categoria contratual.

Conforme já informado nos diversos tópicos anteriores, a boa-fé objetiva significa agir conforme um padrão de comportamento que corresponda às legítimas expectativas de que o outro contraente terá seus direitos, agindo com lealdade e sem causar lesão ou desvantagem excessiva³⁸⁵.

Neste sentido, o princípio da boa-fé objetiva terá uma forte aplicação em três principais funções: i) como fonte criadora de novos deveres gerais de conduta; ii) como fonte limitadora de abusos de direito; iii) na interpretação e concretização contratual³⁸⁶.

Em relação aos contratos híbridos, há de se destacar a necessidade de uma harmonização de interesses e de partes com finalidades bem distintas no momento da celebração do contrato. Enquanto uma das partes busca uma finalidade existencial, a outra domina mais informações e tem uma superioridade técnica ou deveria ter, justamente por se lançar no negócio jurídico com escopo de lucro. Então, de certa forma, a interpretação e os padrões de conduta esperados por cada um dos polos contratuais é diferente e deve ser realizada almejando a busca pelo reequilíbrio de tal relação jurídica.

Inclusive, há também um interesse social na interpretação e no equilíbrio de tais relações contratuais. Isto porque, enquanto a parte contratual com finalidade existencial merece ser tutelada para que sua proteção e seu equilíbrio sejam garantidos, o contratante com a finalidade de lucro também desempenha um importante papel social, posto que o escopo lucrativo, regra geral, está diretamente ligado à ideia de progresso e desenvolvimento econômico³⁸⁷.

Por resultarem da confluência de vontades com finalidades distintas, pode-se afirmar que os contratos híbridos possuem a peculiaridade de estabelecerem um tratamento distinto para cada uma das partes. Em sua interpretação, inclusive, o intérprete deverá realizar a devida ponderação levando-se em conta essa distinção esperada de cada um dos polos contratuais. Em relação à boa-fé objetiva, o caráter híbrido desta categoria contratual resulta

³⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

³⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 221.

³⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 904.

também na importação dos *standards* de comportamento dos contratos existenciais e dos contratos de lucro para apô-los nas condutas esperadas nos contratos híbridos.

Interessante notar que as legítimas expectativas do padrão comportamental de um dos contraentes em relação ao outro são diferentes e, por isso, a boa-fé objetiva aplicada aos contratos híbridos deve considerar essa diferença para impor um tratamento distinto aplicado a cada uma das partes.

Em relação à parte que contrata com finalidade existencial, há um alto grau de confiança, decorrente de um viés protetivo, pois, considerando que sua postura estará mais preocupada com a consecução dos efeitos contratuais que irão satisfazer um interesse diretamente relacionado com a tutela da dignidade da pessoa humana, existe um elevadíssimo grau de confiança que é colocado ao outro contraente que, mesmo com objetivo de lucro deverá satisfazer tais expectativas. Já quanto a parte que está na relação contratual com escopo de lucro, por pautar seu comportamento de acordo com as regras de mercado, existirá, portanto, a presunção de um maior número de informações e cuidados tomados em relação ao aspecto patrimonial.

É uma categoria contratual que tende a possuir um natural desequilíbrio, pois, para uma das partes, o fator monetizador ou patrimonial do negócio jurídico está em segundo plano porque o que mais lhe interessa serão os benefícios existenciais que os efeitos do negócio jurídico poderão lhe fornecer. Por outro lado, em relação a outra parte, deve haver a presunção de que, por ter colocado o escopo econômico como prioridade, exista uma maior observância em relação ao aspecto patrimonial, garantindo-lhe uma maior gama de informações e maior vantagem na relação.

Então, a boa-fé objetiva aplicada aos contratos híbridos servirá para a criação e necessidade de observância de deveres anexos, principalmente ligados à obrigatoriedade do contratante com escopo de lucro de fornecer todas as informações claras, precisas e relevantes para a outra parte, bem como atentar para a necessidade de um equilíbrio econômico na relação contratual, apesar do desejo de sempre almejar um lucro cada vez maior.

Os deveres anexos não precisam estar diretamente expressos no instrumento contratual e se relacionam essencialmente com informação, cuidado, segurança e colaboração³⁸⁸. Quanto à observância do equilíbrio contratual, há uma direta ligação com uma

³⁸⁸ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 344.

necessidade de fiscalização e imposição de limites para impedir arbitrariedades e abuso de direito, principalmente da parte que celebrou o negócio jurídico com finalidade lucrativa³⁸⁹.

Desta feita, em decorrência da boa-fé, veda-se qualquer cláusula que imponha desvantagem exagerada ao indivíduo que contrata com finalidade existencial, isto porque utilizar-se da posição privilegiada de ser o contratante com uma maior capacidade técnica e de informação para explorar o outro traduz em uma clara violação à boa-fé objetiva. Apesar de o contrato, por sua natureza de negócio jurídico, ser um instrumento para a satisfação de lucros, deve-se buscar a justiça social e coibir quaisquer abusos contratuais³⁹⁰.

Os exemplos mais comuns de contratos híbridos são os contratos de consumo, mas, como já foi pontuado anteriormente, esta categoria contratual não se restringe às relações de consumo. A mesma lógica interpretativa explanada nos parágrafos anteriores pode ser aplicada, por exemplo, no contrato de locação por temporada de uma casa de praia feito diretamente entre um casal de namorados e o proprietário do imóvel que também é pessoa física e não atua com profissionalidade no ramo de corretagem imobiliária. O raciocínio acerca da boa-fé neste tópico também pode restar presente, via de regra, nos contratos de prestação de serviços, transporte, mandato oneroso, fiança onerosa e compra e venda, por exemplo, bastando que um dos polos da relação contratual esteja contratando com escopo existencial e o outro com escopo de lucro, independentemente de sua atuação no mercado ser na qualidade de fornecedor ou não.

5.2 A Função Social nos Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos

5.2.1 Considerações iniciais sobre a função social dos contratos

Conforme já apontado no tópico 2.3.2, a noção moderna de função social, na qualidade de princípio, está ligada ao dever imposto às partes de perseguição dos deveres socialmente relevantes ao lado dos interesses individuais. Álvaro Villaça Azevedo, por exemplo, aponta que a função social é uma das bases de integração do contrato na sociedade e

³⁸⁹ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 345.

³⁹⁰ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 364.

que ela serve de fundamento para que o julgador proteja o polo contratual mais fraco de condutas abusivas impostas por meio de cláusulas contratuais³⁹¹.

Desde o início da vigência do Código Civil, Miguel Reale apontava que a função social do contrato, expressamente mencionada no art. 421 do Código Civil, se tratava de uma exigência ética e diretamente ligada ao imperativo da socialidade³⁹². Tal imperativo se traduz num constante objetivo do Código Civil de 2002 em superar o caráter manifestamente individualista do modelo liberal anterior³⁹³. Trata-se da compreensão de que todo indivíduo é social e que o telos da individuação só pode ser alcançado socialmente³⁹⁴. Nesta toada, vale destacar que propugna-se que tal princípio atua também de forma restritiva à liberdade de contratar visando a conformidade entre os meios e os fins do contrato com a Justiça Social, para que o contrato continue a exercer funções tais como a de instrumento de circulação distributiva de riquezas e a de mantenedor da igualdade formal e material das partes³⁹⁵.

Entretanto, já cabe-nos pontuar a advertência de Judith Martins-Costa no sentido de que, apesar da função social estar em consonância com a diretriz da socialidade, trata-se de um princípio bastante abrangente que se estende sobre um território tão vasto quanto acidentado³⁹⁶. Assim como no estudo do princípio da boa-fé objetiva, é igualmente imperioso ter uma maior cautela ao se analisar a função social dos contratos para que terrenos muito abstratos de argumentação excessivamente genérica e com pouco fundamento moral sejam evitados. A observância da função social dos contratos precisa se dar de uma maneira harmônica e compreensiva, a partir de conceitos integradores de compreensão ética que permitam uma atualização do direito civil pelo Código e assim viabilizar o seu desenvolvimento³⁹⁷. É nesse sentido que Luciano Benetti Timm destaca que o conteúdo e a extensão do artigo 421 do Código Civil só podem ser corretamente compreendidos se forem

³⁹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Análise Histórico-Comparativa da Cláusula *Rebus sic stantibus*, no Direito Brasileiro e Espanhol ante o Fenômeno da Bolha Imobiliária. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas em Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 54.

³⁹² REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ. Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I**. Rio de Janeiro, 2003b, p. 41.

³⁹³ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ. Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I**. Rio de Janeiro, 2003b, p. 40.

³⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. **Revista DireitoGV**. v. 1, n.1, São Paulo, 2005, p. 46-47.

³⁹⁵ LOBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos do direito privado patrimoniais, sob o viés da funcionalização. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos. **A Função Social nas Relações Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 32.

³⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. **Revista DireitoGV**. v. 1, n.1, São Paulo, 2005, p. 41-42.

³⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção. **Revista de informação legislativa**. v. 35, n. 139. Brasília, p. 41-42.

examinados conforme o paradigma do solidarismo jurídico³⁹⁸. Também segue essa mesma lógica o pensamento de Fabíola Albuquerque Lobo ao apontar que o princípio da função social age como elo de harmonização entre os direitos individuais e sociais condicionando a ordem econômica e repercutindo em diversas searas do direito privado patrimonial³⁹⁹.

Em primeiro lugar, precisa-se compreender que a liberdade contratual está situada num meio ambiente na qual ela é desenvolvida: a comunidade. Assim, a função social dos contratos é permanentemente influenciada pelos valores assumidos na comunidade, que por si só já é uma dimensão histórico-social⁴⁰⁰. Fixado este parâmetro inicial de que a liberdade contratual está inserida dentro de um quadro amplo e delineado pela sociedade, há de se constatar que sua atuação na ordem-jurídico social perpassa por diretrizes que buscam garantir tanto o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, como também o progresso da livre iniciativa econômica⁴⁰¹.

É este também o sentido adotado pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo quando advoga no sentido de que qualquer contrato tem importância para toda a sociedade e que a função social do contrato seria extraída a partir do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/1988) sendo õ[...] a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais⁴⁰².

Em segundo lugar, com base nessas premissas anteriormente fixadas, pode-se estabelecer que, com fulcro na função social dos contratos, é possível: i) a repressão de condutas que expressam a supremacia injustificada do poder de uma parte sobre a outra; ii) reprimir condutas que expressam desvirtuamento da finalidade econômico-social do negócio; iii) a fixação de deveres negativos para além dos expressamente previstos na lei, frutos de construção doutrinária e jurisprudencial⁴⁰³.

³⁹⁸ TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismocontractual. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. v. 3, n. 1. 2008, p. 01.

³⁹⁹ LOBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos do direito privado patrimoniais, sob o viés da funcionalização. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos. **A Função Social nas Relações Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 33.

⁴⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. **Revista DireitoGV**. v. 1, n.1, São Paulo, 2005, p. 45.

⁴⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. **Revista DireitoGV**. v. 1, n.1, São Paulo, 2005, p. 46.

⁴⁰² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado ó Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento ó Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. vol. 750. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 116.

⁴⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. **Revista DireitoGV**. v. 1, n.1, São Paulo, 2005, p. 49.

Por fim, antes de partirmos para o estudo específico da função social em cada categoria contratual, deve-se ressaltar que tal princípio atua tanto na dimensão intersubjetiva, relacionando os sujeitos contratuais entre si e por estar diretamente relacionada com a liberdade contratual, como também numa dimensão transubjetiva. Isto porque as obrigações pactuadas dentro da seara contratual terminam por reverberar, como dito anteriormente, no ambiente no qual ele está inserido, interferindo também, conseqüentemente, na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados⁴⁰⁴.

5.2.2 A função social dos contratos existenciais

De início, é imperioso compreender que, pelo fato dos valores existenciais estarem diretamente ligados à pessoa e do direito civil caminhar para superar a excessiva valorização do patrimonialismo⁴⁰⁵, é nesse contexto que também deverá estar inserida a função social da categoria dos contratos existenciais. Entretanto, com efeito, ensina Georges Ripert que a intervenção no òjogo contratualö em favor de uma das partes é bastante delicada, pois é necessário intervir a favor da parte mais fraca e frágil na situação contratual apresentada⁴⁰⁶. Para tanto, seria preciso averiguar, diante do caso concreto, a diferença entre as necessidades das partes do contrato⁴⁰⁷.

Desta maneira, a concepção da função social dos contratos existenciais, por tratar, regra geral, de situações inerentes à própria subsistência do indivíduo que deixa, na maior parte das vezes, de lado o caráter patrimonial da relação jurídica, permite ao juiz uma maior intervenção com a finalidade de garantir o equilíbrio contratual. Contudo, como explicado acima, se ambas as partes celebram o negócio jurídico com propósitos existenciais, é preciso uma maior cautela por parte do julgador, pois nem sempre restará evidente qual delas se encontra numa situação de maior fragilidade e a intervenção judicial só pode ser exercida em òproveito dum à custa do outroö⁴⁰⁸.

O caminho lógico traçado por uma visão clássica e patrimonialista do contrato seria realizar tal averiguação por meio do resultado econômico que o contratante obteve.

⁴⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. **Revista DireitoGV**, v. 1, n.1, São Paulo, 2005, p. 50.

⁴⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32-33.

⁴⁰⁶ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 179.

⁴⁰⁷ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 180.

⁴⁰⁸ RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937, p. 179.

Contudo, Jhering faz bem ao questionar o fato do direito valorizar excessivamente a proteção patrimonial em detrimento dos demais bens capazes de satisfazer as necessidades da vida⁴⁰⁹. Segundo Rudolf Von Jhering, tais bens possuem o mesmo direito que o patrimônio de apresentar-se perante o juiz para serem protegidos por si mesmos; são além disso indispensáveis para a vida de um povo civilizado⁴¹⁰.

Assim, considerando que, na categoria dos contratos existenciais, ambas as partes buscam satisfazer seus interesses com uma finalidade não patrimonial, a sua função social estará presente quando os contratantes cooperam em face do objetivo comum do negócio jurídico⁴¹¹. Ousa-se ampliar tal lição no sentido de que terceiros que não fazem parte do negócio jurídico, mas que estão inseridos no contexto da comunidade na qual o contrato fora celebrado, não só estão proibidos de interferir negativamente no natural cumprimento do contrato, mas também devem colaborar com as partes para que tal cumprimento ocorra. As partes do contrato também precisam cumprir certos atos preparatórios necessários a satisfazer a pretensão umas das outras desde a fase pré-contratual, além também, a depender da circunstância, de ser possível que existam deveres que devem ser observados por perdurarem ainda após o adimplemento e fim da execução do contrato⁴¹².

Acontece que a presença da finalidade existencial deverá ser perceptível para todos e o negócio jurídico terá cumprido a sua função social quando existir uma conjunta cooperação em prol do equilíbrio contratual. Os contratantes não devem agir com o intuito de tirar proveito do fato da contra-parte com quem contrataram participar na relação jurídica com um fim existencial. Dessa forma, é preciso compreender que o padrão de conduta esperado por todos os contratantes deve se pautar numa maior preocupação com a consecução dos efeitos contratuais capazes de satisfazer o interesse existencial de todos no negócio jurídico em detrimento de intenções lucrativas e patrimoniais⁴¹³.

Por outro lado, viola a função social dos contratos existenciais o negócio jurídico firmado entre duas partes com fulcro existencial que: i) contém cláusulas capazes de trazer um evidente desequilíbrio material das prestações; ii) uma das partes se comporta de maneira abusiva e prejudicial à outra, aproveitando-se da fragilidade da contra-parte com quem contratou por conta do fim existencial perseguido; iii) impeça, de alguma maneira, o

⁴⁰⁹ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1899, p. 10.

⁴¹⁰ JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1899, p. 12.

⁴¹¹ SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

⁴¹² SILVA, Clóvis do Couto e Silva. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 38.

⁴¹³ VIANA, Raphael Fraemam Braga. **Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos entre a teoria da causa objetiva e a boa-fé**. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Boa-fé e sua aplicação no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 127.

exercício da dignidade da pessoa humana e da igualdade material; iv) não esteja em consonância com as características do solidarismo jurídico; v) o seu cumprimento ou a modificação de suas cláusulas deixe de atender a finalidade existencial perseguida por alguma das partes ao celebrar o negócio jurídico.

Ao constatar algum tipo de violação à função social dos contratos existenciais, o julgador não deve se abster porque a tutela das situações jurídicas existenciais possui inquestionável interesse público. Desse modo, chega-se, inclusive a defender que, nas relações jurídicas existenciais, o julgador tem a prerrogativa para agir de ofício com o intuito de reprimir condutas que expressem uma superioridade injustificada de uma das partes, declarar a nulidade de cláusulas contratuais que violem diretamente a função social do contrato, impor deveres negativos e de estabelecer o campo de atuação com as capacidades, limites e poderes dos contratantes no caso concreto.

Nesta feita, é viável visualizar a aplicação de todas as lições dos parágrafos anteriores aos exemplos expostos no ponto 5.1.2, podendo-se apontar que todos eles, apesar de não serem celebrados visando o lucro, são essenciais para o bom funcionamento da sociedade e, justamente por tal razão, seus objetivos devem ser concretizados através de uma cooperação não só das partes, mas também de terceiros indiretamente envolvidos com o cumprimento contratual. Há de se reconhecer a presença do interesse público em tais negócios jurídicos, principalmente os relacionados a grandes projetos sociais, tais como as apresentações, shows e campanhas beneficentes, as pesquisas destinadas a causas sociais por meio de financiamento coletivo e as campanhas de fortalecimento ou reconstrução de entidades com causas relevantes na comunidade. É possível, inclusive, uma maior intervenção judicial neste tipo contratual para garantir a sua funcionalização e que os objetivos existenciais sejam alcançados com equilíbrio e boa-fé. É preciso um esforço da sociedade no sentido de perseguir a finalidade existencial dos negócios jurídicos inseridos nesta categoria contratual.

5.2.3 A função social dos contratos de lucro

Diferentemente dos contratos existenciais, nesta categoria, o escopo lucrativo é indissociável deste tipo contratual e se qualifica como elemento específico da natureza jurídica desta modalidade⁴¹⁴.

Assim, devido ao intuito patrimonial de ambas as partes, a faceta do princípio que irá se destacar nos contratos de lucro se traduz no sentido de que a função social dos contratos também está em consonância com a liberdade de contratar, é necessária para a afirmação da propriedade dos bens de produção e está diretamente ligada ao princípio da função social da propriedade⁴¹⁵. Na verdade, vale lembrar que, antes mesmo de ser considerada um princípio contratual pelo nosso ordenamento jurídico, a função social do contrato já possuía uma direta ligação com a relevância que o contrato tem para a sociedade de uma maneira geral. O contrato serve, antes de tudo, para harmonizar os interesses individuais das partes.

Logo, o enfoque inicial que fora dado pelo nosso ordenamento jurídico para a função social do contrato é o de conciliador de interesses. Tem-se, portanto, que compreender que tal enfoque não se perde com o advento do solidarismo jurídico no nosso ordenamento. Pelo contrário, o solidarismo permitiu que a função social do contrato melhor se desenvolvesse na qualidade de princípio e ganhasse diferentes critérios de aplicação, contudo a ideia inicial sobre a função social do contrato permanece totalmente vigente dentro da categoria dos contratos de lucro. Inexiste, assim, um rompimento com uma noção individualista da função social dos contratos. Na verdade, o aprofundamento trazido pelo solidarismo chega para agregar as lições iniciais.

Desta maneira, por exemplo, permanece viva e atual dentro da função social dos contratos de lucro, a lição de Clóvis Beviláqua de que, numa relação contratual, cada parte tentará extrair da outra a maior soma de utilidades possíveis, em troca da menor quantidade de mercadorias, dinheiro ou de serviço e, se não fosse pela função social garantindo juridicamente o seu cumprimento, poderia até mesmo deixar de existir o interesse, para uma das partes, em continuar a sua execução após já ter recebido todas as vantagens que procurava⁴¹⁶. É, portanto, neste tipo de situação, que subsiste o pensamento do modelo liberal de contrato no sentido de que é necessária a intervenção estatal para que haja o cumprimento do contrato até porque o interesse da sociedade em tal cumprimento é o principal fundamento

⁴¹⁴ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais**: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 49.

⁴¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 259-260.

⁴¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 156.

das obrigações⁴¹⁷. Para poder continuar a se desenvolver e subsistir, a sociedade, através do Estado, deve garantir a execução dos contratos⁴¹⁸.

Os contratos de lucro possuem a importante função de gerar riquezas, aumentar o grau de bem-estar na própria sociedade e contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país. Quando é possível identificar essa série de efeitos positivos a partir de uma relação contratual de lucro, a função social desta categoria contratual está sendo cumprida e respeitada. Ademais, a função social dos contratos de lucro estará presente quando os seus resultados econômicos contribuírem para garantir uma existência digna, comum a todos, com o desenvolvimento livre e justo da sociedade⁴¹⁹.

Todo contrato de lucro, já que tem por objetivo central a geração de riquezas, necessariamente possui uma faceta de sua função social na álea econômica que, objetivamente considerada, sempre será garantir a circulação de bens e serviços⁴²⁰. Assim, como já visto, a função social se projeta internamente, entre as partes, com uma expectativa de cumprimento do que fora acordado na celebração do negócio jurídico e de um padrão de colaboração, mas também cria projeções externas exigindo um desempenho comportamental em simbiose com o normal funcionamento do mercado⁴²¹. A fixação de um *standard* de comportamento nesta categoria contratual servirá para diminuir os custos de transação, facilitar os negócios e estimular o fluxo de relações econômicas.

Para a observação dessas balizas, passemos à análise do contrato de locação comercial. Trata-se de um tipo contratual muito utilizado e que gera uma série de benefícios para a própria sistemática do mercado à medida que garante a geração de riquezas para o locador, que receberá o valor do aluguel, e para o locatário, que deverá buscar a locação de um imóvel em um lugar em que ele poderá exercer a sua atividade lucrativa, ter um faturamento num valor superior ao da despesa de aluguel e também ter lucro ao final do mês. Existe um aumento de bem-estar na sociedade, posto que a própria sociedade se beneficia com o exercício de uma atividade lucrativa, uma vez que produtos e serviços são oferecidos ao público-alvo do locatário. E, por fim, também existe uma contribuição no desenvolvimento econômico e social do país, além do crescimento livre e justo da sociedade, pois quanto mais atividades de lucro forem praticadas dentro de um ambiente institucionalizado (mercado), os

⁴¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 20.

⁴¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 21.

⁴¹⁹ LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 120.

⁴²⁰ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 48-49.

⁴²¹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 17. ed. rev. e atual. por Gustavo Saad Diniz. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 57.

beneficiários desse mercado, que via de regra são os consumidores, irão ter um maior número de opções por conta da concorrência e poderão selecionar um produto de maior qualidade. É dessa maneira que o contrato de locação comercial deve funcionar se todas as suas engrenagens rodarem e a atividade de lucro desempenhada pelo locatário for bem sucedida.

Todavia, não se pode apontar que existe uma violação à função social desse tipo contratual se o locatário não denota de capacidade para encontrar um imóvel adequado suficiente para sua atividade empresarial, se não consegue negociar um preço razoável de aluguel de modo a lhe garantir uma capacidade de lucro ou mesmo se ele é incapaz de desempenhar sua atividade de maneira satisfatória naquele imóvel por conta da concorrência. É importante levantar essa questão porque é necessário perceber que faz parte da função social dos contratos de lucro propiciar os benefícios apontados no parágrafo anterior para aqueles que são bem sucedidos, mas também faz parte dessa mesma função social o fato de que aqueles que não conduzem a atividade de maneira satisfatória tenham prejuízo a ponto de, se for necessário, serem retirados do ambiente do mercado.

É óbvio que todo sujeito contratante que celebra um contrato com escopo de lucro não resolve contratar com o objetivo de perdas patrimoniais, o objetivo é sempre aumentar o patrimônio (seja a curto, médio ou longo prazo), contudo, não cabe ao intérprete contratual o papel de ser um guardião desse objetivo a ponto de interferir nas relações contratuais para garantir esse escopo lucrativo. Não pode o julgador, por exemplo, intervir no preço fixado num contrato de locação comercial para garantir que a atividade desempenhada pelo locatário no imóvel seja rentável, mas sim respeitar a livre vontade das partes no momento em que pactuaram a locação e definiram o preço. Também não se deve confundir esse postulado e achar que se trata de uma carta branca ao princípio do *pacta sunt servanda*, isto porque a intervenção do Estado em contratos de lucro também é possível, só que ela ocorre numa menor frequência e serve para impedir, por exemplo, que abusos de direito sejam cometidos. É possível verificá-la, por exemplo, quando a Lei n. 8.245 de 1991 (Lei de Locação) prevê a possibilidade da Ação Renovatória de Aluguel em seu art. 51 ou então quando a Lei n. 8.955 de 1994 (Lei de Franquia) prevê a obrigatoriedade da entrega da Circular de Oferta de Franquia em seu art. 4º e predispõe detalhadamente qual deve ser o conteúdo desse documento no art. 3º. São situações em que, por exemplo, há uma intervenção direta do Estado nesses tipos contratuais, mas que existem para evitar condutas abusivas e, assim, também garantir o respeito ao princípio da função social dos contratos.

5.2.4 A função social dos contratos híbridos

A função social dos contratos híbridos irá se fazer presente a partir de uma espécie de junção da interpretação e do modo de aplicação do princípio nas duas primeiras categorias (contratos existenciais e de lucro). Assim, de certa forma, a expectativa e a importância do negócio jurídico esperada por cada um dos polos contratuais é diferente a depender se a manifestação de vontade de contratar é feita com escopo existencial ou de lucro.

O interesse social na categoria dos contratos híbridos, por conseguinte, também se faz presente de maneira diversa em relação aos contratos existenciais e de lucro. Enquanto a parte contratual com finalidade existencial merece ser tutelada para que sua proteção e seu equilíbrio sejam garantidos, o contratante com a finalidade de lucro também desempenha um importante papel social, posto que o escopo lucrativo, regra geral, está diretamente ligado à ideia de progresso e desenvolvimento econômico⁴²².

Antes de verificar qualquer violação ao interesse social e de decidir pela aplicação do princípio da função social do contrato para intervir no negócio jurídico de alguma maneira, o julgador deve adotar cautela e realizar uma devida ponderação levando em conta essa distinção da importância do contrato para cada um dos polos da relação contratual. Apenas após considerar essa diferença de que, o contrato possui um sentido e valor social para a parte existencial diferente do sentido e valor social para a parte que almeja o lucro, é que seria possível interferir na relação contratual com fundamento na função social.

Em relação à parte que contrata com finalidade existencial, o julgador teria a possibilidade de interferir de ofício para impedir ou reprimir atos de superioridade da contraparte que contratou com intenção de lucrar. Também seria possível limitar a atuação do sujeito com escopo de lucro, bem como declarar a nulidade de cláusulas abusivas que tenham sido apostas no negócio jurídico para desequilibrar a relação contratual em desfavor do polo que a constituiu com intuito existencial⁴²³. Em suma, é vedada qualquer cláusula que imponha desvantagem exagerada ao indivíduo que contrata com intuito existencial⁴²⁴.

⁴²² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 904.

⁴²³ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 345.

⁴²⁴ VIANA, Raphael Fraemam Braga. **Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos entre a teoria da causa objetiva e a boa-fé**. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Boa-fé e sua aplicação no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 132.

Quanto à parte que está na relação contratual com objetivo de lucro, o julgador deverá verificar se, do negócio jurídico, é possível extrair uma geração de riqueza que não comprometa o bem-estar da contra-parte com finalidade existencial e da sociedade como um todo. Além disso, é necessário que o negócio jurídico, assim como na categoria exclusiva dos contratos de lucro, proporcione o desenvolvimento econômico e social do país, bem como permita a circulação de bens e serviços dentro dos padrões de comportamento projetados pelo mercado.

Há de se perceber que nos contratos híbridos há uma tendência a existir um natural desequilíbrio, pois, por uma das partes estar interessada nos benefícios existenciais que os efeitos do negócio jurídico poderão lhe oferecer, o fator patrimonial fica em segundo plano. Por outro lado, é comum que o polo contratual que celebra o negócio com intenção de lucrar, por ter colocado o escopo econômico como prioridade, participe do contrato com um maior poder informacional acerca do objeto da relação jurídica e, conseqüentemente, celebre o contrato numa situação de maior vantagem⁴²⁵. Apesar de o contrato envolver operações patrimoniais e, por conta disso, ser um instrumento gerador de riquezas, é preciso ter em mente que, principalmente devido à transição do nosso ordenamento ao modelo solidarista, é relevante buscar a justiça social e coibir quaisquer abusos contratuais⁴²⁶.

Neste sentido, vale lembrar, como já foi dito no final do tópico 5.1.4 que, apesar de os exemplos mais comuns de contratos híbridos serem os consumeristas, a categoria dos contratos híbridos não está restrita ao terreno das relações de consumo. Também já mencionado foi no tópico 3.1 que é possível utilizar as lições trazidas no direito do consumidor para tutelar os contratantes que celebram negócios jurídicos com escopo existencial, ainda que não se esteja diante de um contrato híbrido enquadrado propriamente em uma relação jurídica de consumo. Assim, no intuito de demonstrar a aplicabilidade do princípio da função social aos contratos híbridos, é preciso entender que o Código de Defesa do Consumidor é basilar não apenas para os contratos de consumo, mas também pilastra de apoio nos contratos híbridos que não se enquadrem estritamente como uma relação de consumo, como resultado das reverberações proporcionadas pelo próprio microsistema do direito do consumidor.

⁴²⁵ VIANA, Raphael Fraemam Braga. Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos entre a teoria da causa objetiva e a boa-fé. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Boa-fé e sua aplicação no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 131.

⁴²⁶ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 364.

Claudia Lima Marques explica que a construção de um direito privado com função social, e o futuro da justiça para os mais fracos, está a depender do grau de domínio, que os aplicadores da lei conseguirem alcançar neste momento, sobre o sistema de coexistência do direito do consumidor, presente no CDC, e do direito civil e do direito comercial das obrigações, presente no CC/2002⁴²⁷. Trata-se de um raciocínio de especialização, rigor, atenção e estudo em busca de reconstrução do direito privado brasileiro. Paulo Lôbo também expõe que os princípios sociais, a exemplo da boa-fé e da função social, aproximam, e muito, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor de modo que existe uma tendência de um desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo⁴²⁸.

Dessa forma, é plausível e coerente o entendimento de que, por exemplo, através de uma interpretação sistemática no intuito de tutelar a fragilidade do contratante com escopo existencial em detrimento a abusos cometidos pela contra-parte com finalidade lucrativa, a utilização do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor como parâmetro para verificar abuso de direito contratual também em contratos híbridos não enquadrados como consumeristas. Cabe ao julgador, por exemplo, declarar a nulidade de uma cláusula contratual que estabeleça inversão do ônus da prova em prejuízo ao contratante com finalidade existencial ou de outra cláusula que autorize o contratante com escopo de lucro a modificar o conteúdo ou a qualidade contratual de forma unilateral após a sua celebração.

É neste caminho também que Fabíola Albuquerque Lobo defende que são impingidas de nulidade cláusulas contratuais que contenham restrição de responsabilidade, restrição de direitos, inviabilizem interesses sociais e impeçam a realização dos princípios sociais e econômicos⁴²⁹. Também é o mesmo posicionamento de Fábio Siebeneichler de Andrade ao defender que deveria existir uma formulação no Código Civil no sentido de aplicar-se, ao menos subsidiariamente, a lista de cláusulas abusivas na Lei de defesa do consumidor para contratos que não se enquadram na definição de relação de consumo⁴³⁰.

⁴²⁷ MARQUES, Claudia Lima. O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 133.

⁴²⁸ LÔBO, Paulo. Condições Gerais dos Contratos e o Novo Código Civil Brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 549.

⁴²⁹ LOBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos do direito privado patrimoniais, sob o viés da funcionalização. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos. **A Função Social nas Relações Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 32.

⁴³⁰ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O Modelo do Código Civil de 2002 sob a Perspectiva das Funções Atuais da Codificação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo

Por fim, é importante deixar claro que aqui não se está defendendo um aplicação direta e irrestrita do Código de Defesa do Consumidor para todo e qualquer contrato híbrido que não seja também classificado como consumerista, mas sim que é possível a utilização de normas da Lei n. 8.078 de 1990, de maneira sistemática, como parâmetro para tutelar o contratante com escopo existencial também, ainda que ele não seja um consumidor. Tal manobra hermenêutica deve ser feita com parcimônia, levando-se em conta as circunstâncias da situação e também o grau de desequilíbrio existente entre as partes do contrato.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na primeira parte da dissertação, aponta-se que as características do modelo liberal de contrato não foram rompidas com a passagem para o modelo solidarista. Na verdade, as lições da teoria contratual clássica, berço do modelo liberal permanecem como o ponto de partida inicial no estudo do direito contratual, dando o seu valor devido ao princípio da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade.

Foi possível igualmente analisar que antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, tanto a doutrina como a jurisprudência conseguiram se mobilizar num esforço de reconstrução da teoria dos contratos e iniciaram a passagem para o solidarismo contratual antes da mudança de nossa legislação de maneira expressa. Procurou-se identificar tais aspectos ao se destacar que:

i) o Código Civil de 1916 já foi elaborado com a consciência de que seu modelo ideológico inicial (liberal) estava inserido em determinado contexto histórico que seria modificado ao longo do tempo de acordo com as necessidades da sociedade;

ii) dentro da ótica do Código de Civil de 1916 também se falava em cumprimento da função social dos contratos ainda que sob à luz de uma ótica liberal, mas que, com a passagem para o solidarismo, tal prisma não é deixado de lado e sim agregado à noção moderna da função social dos contratos;

iii) ao menos parte da doutrina defendia a aplicação da lesão muito antes de seu surgimento como norma expressa do art. 157 do Código Civil de 2002 para evitar injustiças e desigualdades nos negócios jurídicos;

iv) a cláusula *rebus sic stantibus* se popularizou no direito brasileiro desde 1958 e antes disso, desde a década de 30, já havia decisão judicial determinando a sua aplicação.

Os apontamentos acima serviram como exemplos para demonstrar que a doutrina e a jurisprudência no direito civil brasileiro possuem as ferramentas e a capacidade técnica para reconstruí-lo e melhor adaptá-lo à realidade social independente de uma mudança legislativa expressa. Tais mudanças foram consolidadas com a transição para o modelo solidarista confirmada pela carga simbólica e ideológica do Código Civil de 2002. Entretanto, não se poderia pensar que o direito civil pré-codificação de 2002 estava ultrapassado.

Ocorre que os modelos abertos oferecidos pelo Código Civil de 2002 e a consolidação do modelo solidarista no ordenamento jurídico brasileiro indicavam que o

trabalho de reformulação do direito contratual continuaria de maneira progressiva em busca de melhores critérios para dirimir litígios e injustiças envolvendo disputas contratuais. Todavia, o que se verificou no tópico 2.4 foi a instauração de uma crise na teoria geral dos contratos decorrente de um uso irresponsável e generalizado das cláusulas gerais, dos princípios e dos conceitos abertos apresentados pelo direito contratual pós-codificação de 2002.

Apesar dos atuais obstáculos apresentados na teoria geral dos contratos, caberia ao ordenamento oferecer ferramentas suficientes para que os juristas determinem e explicitem critérios para uma melhor aplicação dos modelos jurídicos abertos de uma maneira mais adaptada à realidade social. A necessidade de tal adaptação, neste aspecto de socialidade, decorre das características do próprio modelo solidarista de contrato.

Desta forma, demonstrou-se que a continuidade do desenvolvimento de uma hermenêutica visando uma melhor aplicação do direito contratual seria possível a partir de reconstruções doutrinárias, desde que adaptadas aos parâmetros pré-estabelecidos pelo solidarismojurídico. Entre tais parâmetros, destaque para a conscientização de que o risco contratual é socializado, a ampliação do cooperativismo social com a promoção de uma solidariedade orgânica, a proteção aos desiguais e vulneráveis e para a compreensão do negócio jurídico inserido em estruturas que cumprem expectativas de acordo com os papéis sociais que desempenham.

Na segunda parte da dissertação, a dissociação de que operação econômica não necessariamente representa intenção lucrativa se mostrou essencial para demonstrar a possibilidade e a viabilidade da classificação contratual inicialmente proposta por AntonioJunqueira de Azevedo, dividindo os contratos em existenciais e de lucro. Logo, todo contrato representa uma operação econômica, entretanto a sua celebração pode muito bem ser fruto de interesses não econômicos. Tal raciocínio deu cabo para a discussão sobre a relevância de valores não patrimoniais nas obrigações civis levando-se à conclusão de que os interesses não lucrativos podem ser critério determinante para a classificação contratual, como propôs Junqueira de Azevedo.

Há de se concluir que faz parte, inclusive, da autonomia da vontade permitir que os sujeitos de direito sejam livres para definir se irão contratar com escopo existencial ou de lucro. Para tal finalidade ser verificada, não seria sequer necessário que o escopo contratual fosse manifestado de maneira expressa, mas tal questão teria que ser aferida a partir das circunstâncias em torno do caso em análise.

Apesar da proposta inovadora de classificação contratual por parte do professor AntonioJunqueira de Azevedo, pontuou-se que as lições deixadas acerca da dicotomia entre contratos existenciais e de lucro foram poucas e serviriam apenas como diretrizes iniciais. Nesta toada, no tópico 3.2 justificou-se tanto a importância de uma classificação contratual com base na finalidade como também pela necessidade de sua aferição por meio de um critério objetivo. Isto porque termina-se por concordar com a doutrina que aponta a dificuldade e, até mesmo, impossibilidade de se inserir no psicológico dos contratantes para descobrir o seu pensamento interiorizado no momento da contratação.

Logo, demonstrou-se no tópico 3.3 que, devido à proximidade do estudo da finalidade contratual com as lições da teoria da causa, mais especificamente a teoria objetiva de Torquato Castro, seria possível e útil a importação da ideia de *confluência de vontades* como critério para categorizar os contratos entre existenciais, de lucro e híbridos. Isto porque, além de estar conforme com a utilização do escopo contratual como elemento determinante na interpretação do negócio jurídico, tal instrumento possibilita a harmonização dos escopos dos polos contratuais para determinar a categoria em que o contrato irá ser inserida.

É por conta da *confluência de vontades* também que se permite uma interpretação diferenciada para cada polo contratual, levando-se em conta as peculiaridades decorrentes da finalidade com a qual cada contratante celebra o negócio jurídico. Ademais, é devido a este fator que eleva-se a importância do estudo das características dos contratantes com fins existenciais no tópico 4.1, dos contratantes com escopo de lucro no tópico 4.2 e dos contratos híbridos no tópico 4.3.

Na terceira etapa da dissertação, antes de se adentrar e aprofundar no estudo das categorias contratuais propriamente, procurou-se compreender o comportamento e a ótica do raciocínio de sujeitos tanto com finalidade existencial como com finalidade lucrativa. Só após este estudo individualizado e a partir destas conclusões que se partiu, na quarta etapa, para uma análise própria da aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos nas três categorias contratuais (existenciais, de lucro e híbridos).

Em relação ao sujeito que contrata com finalidade existencial, chama-se atenção para, entre as suas principais características, destacar que a relação entre o contratante, a finalidade e objeto do contrato pode ser aferida por meio do critério negativo da *ausência de lucro*. A verificação sobre se determinado objeto leva em conta a subsistência ou as necessidades básicas de cada sujeito mostrou-se enquadrada como um conceito jurídico indeterminado, uma vez que a própria doutrina que tenciona a tratar dos *contratos*

existenciaisö apresenta dificuldades para encontrar critérios objetivos e rigorosos para tal definição.

Desta maneira, conclui-se que o critério da õausência de lucroö é suficiente e de mais fácil visualização porque, ademais, uma vez identificado que inexistente escopo lucrativo, restará presente a característica da extrapatrimonialidade. Caberia, portanto, a cada sujeito de direito a liberdade de definir quais contratos irá celebrar com finalidade existencial até mesmo porque o que é considerado essencial para uns pode não ser para outros. Também vale pontuar a identificação de níveis de õcaráter existencialö no sentido de que, apesar de não caber ao intérprete escolher pelo sujeito de direito se celebrará um negócio jurídico com caráter existencial ou não, o ordenamento dá ferramentas suficientes para o intérprete ponderar, entre os negócios categorizados como existenciais, quais devem ter um valor maior que os demais.

Igualmente, tornou-se mister reconhecer que o contratante com escopo existencial encontra-se em uma situação de vulnerabilidade por preterir interesses patrimoniais em detrimento dos interesses extrapatrimoniais. Todavia, tratando-se de um contrato existencial, ou seja, em que ambos os polos participam com escopo existencial, cabe ao intérprete estudar o negócio jurídico de maneira harmonizada, de acordo com o nível do õcaráter existencialö do contrato e identificar qual dos polos encontra-se numa condição de maior vulnerabilidade.

Quanto ao contratante que conclui contratos com escopo de lucro, é primordial ponderar que a comparação e o reconhecimento de suas principais características também se demonstraram relevantes para uma melhor adequação deste tipo de sujeito contratual à realidade social. Nesta toada, deve-se aplaudir a não õsegmentaçãoö do sujeito de direito com finalidade lucrativa entre direito civil e empresarial. Tal divisão não fazia mais sentido, pois dava margem para um tratamento diferenciado e, portanto, injusto, entre os que são considerados õempresáriosö e os que, embora excluídos deste conceito, exercem com profissionalidade a sua atividade econômica.

Pontua-se também que a finalidade lucrativa faz com que o sujeito enxergue o contrato como nada mais do que um instrumento para alcançar um aumento patrimonial. Tratar-se-ia de um dos possíveis caminhos para um crescimento do próprio patrimônio e é o que pautaria os rumos da consecução dos negócios jurídicos, logo os fatores extrapatrimoniais terminariam por ser secundários.

Dessa forma, é interessante concluir que o contratante com escopo de lucro parece fazer parte de um õecossistemaö onde o sujeito com finalidade existencial não está

inserido, qual seja a participação em um jogo contratual influenciado por um ambiente institucionalizado (mercado) que sofre constantes modificações por fatores exógenos (a exemplo dos usos e costumes) e com consciência das eventuais consequências negativas se o negócio jurídico não der certo.

Ademais, reconheceu-se também que o intérprete deve realizar uma ponderação do nível de *expertise* do contratante em relação ao objeto do contrato. Isto porque, apesar do sujeito que contrata com fins lucrativos praticar atos por meio de uma racionalidade econômica, ou seja, irá analisar até que ponto o cumprimento do contrato é patrimonialmente vantajoso, é preciso considerar também que pode ser enquadrado como um contratante com escopo de lucro desde a sociedade empresarial multinacional, que exerce amplo domínio sobre o mercado, até o sujeito não empresário, que busca maximizar seu patrimônio por meio de algum negócio jurídico.

A categoria dos contratos híbridos tratou-se de uma proposta originária da presente dissertação por resultar da confluência de vontades, em um negócio jurídico, de contratantes que tenham escopo existencial, de um lado, e de lucro, de outro. Assim as características diferenciadas destes dois tipos de contratantes devem ser consideradas na interpretação do negócio jurídico de acordo com as peculiaridades de cada polo contratual (existencial ou de lucro) seguido também do reconhecimento de que os sujeitos contratuais receberão um tratamento conforme a natureza de sua finalidade.

Na quarta etapa da dissertação foi possível extrair diferenças interpretativas das três categorias contratuais (existenciais, de lucro e híbridos) por meio de um estudo comparativo entre elas tendo como parâmetro a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Por óbvio que, como foi apontado no início do capítulo quatro (tópico 5), é possível aprofundar esta classificação contratual a partir de outros parâmetros, entretanto as conclusões iniciais em torno dos dois mais importantes princípios sociais dos contratos cumpriram bem o papel de demonstrar a aplicabilidade da classificação para a solução de eventuais litígios.

Em relação à classificação estudada, destaca-se que o tratamento jurídico a ser dado entre contratos existenciais, de lucro e híbridos poderia parecer similar ao aplicado à classificação tríplice que divide os contratos entre civis, interempresariais e consumeristas. Todavia, esta última classificação apresenta alguns limites e dificuldades que podem ser superadas a partir de maiores estudos e de um maior aprofundamento acerca da classificação proposta nesta dissertação (existenciais, de lucro e híbridos), justamente por existir uma maior adequação ao modelo contratual solidarista.

Os contratos interempresariais, de fato, estão inseridos no contexto dos contratos de lucro e os contratos consumeristas na categoria de contratos híbridos e há de se compreender que os contratos civis podem conviver entre os que possuam finalidade existencial e os que tenham escopo de lucro. Então, a classificação inicialmente proposta pelo professor AntonioJunqueira, na verdade, ultrapassa a barreira da necessidade da categoria contratual ser limitada necessariamente por determinado ramo jurídico. Tanto seria possível um contrato de lucro civil, quanto um contrato de lucro empresarial, por exemplo.

A diferença é substancial, pois, como pôde ser observado, a distinção entre as categorias contratuais não mais seriam õpropriedadeõ de um ramo jurídico específico do direito privado (direito civil, empresarial ou consumerista), mas sim vinculada à ideia da confluência das vontades dos contratantes que é aferida através das ferramentas que puderam ser importadas da teoria da causa objetiva. Tal circunstância irá permitir a estipulação, por exemplo, de uma aplicação diferenciada, mais aprofundada e mais adaptada às necessidades dos contratantes em relação à boa-fé objetiva. A partir de tal linha de raciocínio, seria possível a criação de técnicas de interpretação contratual de modo que o tratamento dado pelos instrumentos do direito contratual que ganharam maior destaque a partir do modelo solidarista de contrato efetivamente pudesse adquirir contornos de uma nova feição da teoria geral dos contratos.

Quanto à boa-fé objetiva, frise-se que é nos contratos existenciais que o dever de cooperação se faz presente de maneira mais acentuada entre todas as partes do contrato. Ademais, o reconhecimento da finalidade existencial por todos os polos se mostra essencial para a compreensão de que o comportamento contratual resta pautado numa moralidade que não admite distorções no equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico. Tal comportamento também resta mais focado na consecução dos efeitos contratuais que visem a satisfação do interesse existencial (ou seja, extrapatrimonial) do negócio e, por conseguinte, o sentimento de mútua confiança no alcance destes objetivos termina por ser num nível elevado perante ambos os polos. Buscou-se analisar a sua aplicabilidade a partir de exemplos de contratos gratuitos e onerosos, com especial destaque para negócios jurídicos relacionados a causas sociais ou que visem, de alguma outra forma, garantir grandes benefícios para toda a sociedade.

Tratando-se dos contratos de lucro, verificou-se que a presença do escopo econômico faz com que haja uma maior valorização da autonomia da vontade e do princípio da força vinculante dos contratos, uma vez que as partes teriam ou deveriam ter a capacidade de contratar conscientes das informações e dos riscos do negócio. É por causa disso também

que não se espera que ambas as partes forneçam todas as informações detalhadas acerca do objeto do contrato umas para as outras, posto que há de se presumir o conhecimento delas e as cautelas necessárias a serem tomadas pelas partes.

Em tal categoria, não se pode, de maneira alguma ignorar o peso do mercado como o ambiente norteador dos comportamentos a serem seguidos. Ambiente este que é formado por fatores exógenos que independem da vontade das partes contratantes, a exemplo da influência dos mercados internacionais e dos usos e costumes. Este ambiente institucionalizado também precisa ser conhecido pelo contratante com finalidade lucrativa, na verdade presume-se tal conhecimento. Assim, a legítima expectativa acerca do comportamento do contratante com escopo de lucro não estará, necessariamente, relacionada às suas experiências anteriores, mas sim ao conhecimento desse ambiente institucional onde o contrato é celebrado.

No que tange à função social, pôde-se averiguar que na categoria dos contratos existenciais o intérprete precisa ser cauteloso na identificação de qual das partes está numa situação mais vulnerável porque ambos os polos participam da relação contratual com interesses extrapatrimoniais. Pelo caráter patrimonial da operação econômica ficar em segundo plano, o julgador possui o dever de interferir e restaurar o equilíbrio contratual ao constatar a atuação abusiva por uma das partes.

Dessa maneira, nos contratos existenciais, o cumprimento da função social restará satisfeito quando se verificar que todos os envolvidos no negócio jurídico, direta ou indiretamente, contribuem e cooperam entre si para cumprir o objetivo comum do contrato, ou seja, satisfazer o interesse existencial de todas as partes na relação jurídica. Desse modo, vale repetir que o escopo existencial de ambas as partes ganha prioridade em detrimento dos benefícios patrimoniais advindos da relação negocial e a tutela da situação jurídica existencial tem interesse público, sendo possível, inclusive, uma maior intervenção judicial nesta categoria de contratos.

Já a função social dos contratos de lucro não pode ser, de maneira alguma, dissociada do interesse na maximização do patrimônio. Assim, o princípio restará satisfeito nesta categoria ao satisfazer os interesses individuais dos contratantes e não trazer prejuízo para terceiros que não façam parte do negócio jurídico. A noção moderna de função social advinda com o solidarismo jurídico não deixou de lado as lições do princípio da função social dos contratos antes praticados pelo modelo liberal, tais lições prevalecem principalmente na aplicação do princípio à categoria dos contratos de lucro. O instituto da função social, nesta categoria está, portanto, ligado à liberdade de contratar e à função social da propriedade.

A categoria dos contratos de lucro desempenha o importante papel na sociedade de gerar riquezas e permitir que os sujeitos alcancem seus objetivos de aumento patrimonial. Tal aspecto é o motor para o próprio desenvolvimento econômico da sociedade. Então, conclui-se que a prevalência de uma maior força do *pacta sunt servanda* nos contratos de lucro, permitindo, inclusive, que contratantes saiam õperdendoö no õjogo contratualö, faz parte da função social naturalmente desempenhada por tal tipo de contrato, desde que, obviamente, não sejam admitidas condutas abusivas. É mister ponderar, portanto, que tal princípio, nesta faceta, tem suma importância social, uma vez que está diretamente ligado à: i) circulação de bens e serviços; ii) geração de riquezas; iii) aumento de bem-estar na sociedade; iv) desenvolvimento econômico e social do país; v) desenvolvimento livre e justo da sociedade.

Para finalizar essas considerações finais, cabe ponderar que a interpretação da categorias dos contratos híbridos, no que se refere tanto à boa-fé objetiva quanto à função social dos contratos, resulta num exercício de harmonização entre as lições interpretativas dos contratos existenciais e de lucro.

A maneira que os contratos híbridos devem ser encarados permite que o intérprete dê um tratamento diferenciado para cada polo a depender de sua finalidade (existencial ou de lucro). Entretanto, também não pode ser deixado de lado o desequilíbrio natural desta categoria: o contratante com fim existencial se apresenta como parte mais vulnerável e deve ser protegido de eventuais abusos cometidos pelo polo com escopo de lucro. Tal categoria é marcada por um elevado grau de confiança do contratante com finalidade existencial, confiança depositada na sua contraparte, posto que, apesar do contratante que almeja o lucro objetivar, em primeiro lugar, maximizar seu patrimônio, deve também se preocupar em garantir os interesses extrapatrimoniais perseguidos pelo sujeito que contrata com escopo existencial.

Nesta toada, pode-se compreender que, na categoria dos contratos híbridos, no que tange à boa-fé objetiva: i) os padrões de conduta esperados por cada um dos contraentes é variado por conta das diferentes finalidades contratuais; ii) exige-se uma maior fiscalização e cautela por parte do Estado para evitar o cometimento de abusos por parte do contraente com interesse patrimonial, em decorrência do grande número de contratos celebrados que estão inseridos nesta categoria (todos os contratos de consumo, por exemplo); iii) a maior parte dos deveres contratuais existe em relação ao contratante com escopo de lucro.

Em relação à aplicação da função social dos contratos na categoria dos contratos híbridos, também é possível constatar que: i) é necessária uma maior tutela para

proteger o contraente com finalidade existencial, visando a garantia de proteção e equilíbrio contratual; ii) a tutela do contratante com escopo de lucro precisa ser no sentido de garantir o progresso e o desenvolvimento econômico proporcionado pela atividade de lucro desempenhada na sociedade; iii) a extração de riquezas por parte do contratante com escopo de lucro não pode comprometer o bem-estar do contraente com finalidade existencial, do contrário, é possível a intervenção nos contratos híbridos para reprimir os atos de superioridade do contraente que visa o lucro.

A presente dissertação não teve como objetivo dar uma visão completa e acabada acerca da classificação inicialmente elaborada pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo, mas sim aprofundá-la e levá-la adiante na demonstração da viabilidade de sua aplicação. Em um primeiro momento, procurou-se, a partir de um estudo histórico, demonstrar que o modelo solidarista de contrato permite uma re-estruturação na teoria geral dos contratos, de forma lenta e gradual, e, num segundo momento, buscou-se apontar para a importância da finalidade contratual na teoria geral dos contratos no sentido de que seria possível estudar uma classificação contratual pautada nesse critério. Já num terceiro e quarto momentos, buscou-se adentrar de vez na classificação dos contratos existenciais, de lucro e híbridos procurando identificar as principais características dos contratantes dessas categorias contratuais para, em seguida, demonstrar a aplicação e utilidade, por meio de exemplos, inclusive, dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos às três categorias contratuais (existenciais, de lucro e híbridos).

É importante ressaltar que a proposta de classificação objeto desta dissertação não almeja substituir e deixar de lado as clássicas lições da teoria geral dos contratos e sim se apresentar como um modelo subsidiário de classificação contratual que poderá vir a ser utilizado em casos que precisem de uma maior atenção do intérprete ao contexto onde o contrato é ambientado. Busca-se com a divisão dos contratos entre existenciais, de lucro e híbridos melhor adequá-los e aproximá-los às peculiaridades do caso concreto e aos ditames do solidarismo jurídico. Ademais, como já se disse, o que foi trabalhado nesta classificação pode ser ainda mais aprofundado e desenvolvido em futuras pesquisas e trabalhos acadêmicos, até porque este foi o principal objetivo ao se trabalhar o tema: aprofundar as lições já existentes sobre a dicotomia entre contratos de existenciais e de lucro, desenvolvê-las com novos postulados e também deixar espaço para que este tema continue a ser trabalhado, debatido e pesquisado no ambiente acadêmico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista trimestral de direito civil**. vol. 12. Rio de Janeiro: Padma, 2011.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O Modelo do Código Civil de 2002 sob a Perspectiva das Funções Atuais da Codificação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Análise Histórico-Comparativa da Cláusula *Rebus sic stantibus*, no Direito Brasileiro e Espanhol ante o Fenômeno da Bolha Imobiliária. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Acordo de acionistas com cláusula de preferência na aquisição de ações. Contrato *intuitu personae* a ser interpretado em duas fases: procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso da personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao Personalismo Ético da Constituição da República e do Código Civil. Em Favor de uma Ética Biocêntrica. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado ó Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento ó Função

social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. vol. 750. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitan. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC ó Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASAN, Arthur Pinheiro. **Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado.

BECKER, VerenaNygaard. A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais. Transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, ano 7-8, 1973/1974.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio e Livraria Francisco Alves, 1975.

BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato Existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos Existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 6. Rio de Janeiro, 2015.

CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As Quatro Fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPE)**, n. 45. Curitiba: UFPR, 2006.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil II: os contratos**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JHERING, Rudolf Von. **Questões de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1899.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e Sua Aplicação no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica da FA7**. v. 13. Fortaleza, 2016.

LOBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos do direito privado patrimoniais, sob o viés da funcionalização. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos. **A Função Social nas Relações Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LÔBO, Paulo. Condições Gerais dos Contratos e o Novo Código Civil Brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LUPION, Ricardo. Interpretação dos Contratos Empresariais ó Sem Fobia e Sem Idolatria. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 135. Porto Alegre, 2014.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 17. ed. rev. e atual. por Gustavo Saad Diniz. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com uma segurança jurídica dos contratos? **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 5. Rio de Janeiro, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção. **Revista de informação legislativa**. v. 35, n. 139. Brasília, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. TEPEDINO, Gustavo (coord). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: As Três Perspectivas do Direito privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas ó Homenagem a TullioAscarelli**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. **Revista DireitoGV**. v. 1, n.1, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p041_066.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira de; CARQUI, Vagner Bruno Caparelli. Contrato Existencial como instrumento para a Efetivação do Mínimo Social. **Congresso Nacional do CONPEDI ó UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara**, 2015.

MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira. **Contratos Existenciais: Revisitando os Elementos Contratuais à Luz de uma Hermenêutica Emancipatória**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Dissertação de mestrado.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 1. Coimbra: Almedina, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. volume 2. Coimbra: Almedina, 1984.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, 5**: direito das obrigações, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVO CÓDIGO CIVIL: Exposição de motivos e texto sancionado. 2ª Edição. Brasília: Senado Federal, 2005.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro III. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p663.htm>>. Acesso em: 25 out. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Parte Geral de Direito Civil. São Paulo: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, III**: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Alexandre Freire; FERREIRA, João Otávio Rodrigues. Análise Histórico-Comparativa da Cláusula *Rebus sic stantibus*, no Direito Brasileiro e Espanhol ante o Fenômeno da Bolha Imobiliária. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; CUNHA, Leonardo Carneiro da;

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (coordenadores). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual**: Estudos em Homenagem ao Professor Torquato Castro. Salvador: Juspodivm, 2017.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ. Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I**. Rio de Janeiro, 2003b. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_38.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Editora Livraria Academica, 1937.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e Hipossuficiência no Contrato Existencial de Consumo. **Revista Scientia Iuris**, vol. 21. Londrina, 2017.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. n. 58, 2013.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

STAR Wars: thelastjedi. Direção de Rian Johnson. São Francisco: Lucasfilm, 2015, 1 Blu-ray (151 min.), son., color.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismocontractual. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. v. 3, n. 1. 2008. Disponível em: <<http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lacjls>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015.

VIANA, Raphael Fraemam Braga. Contratos Existenciais, de Lucro e Híbridos entre a teoria da causa objetiva e a boa-fé. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Boa-fé e sua aplicação no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

WALD, Arnold. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: LUX Ltda, 1962.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1967.

YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais**: alterações das circunstâncias fáticas e revisão contratual. Curitiba: Juruá, 2015.