

CONTRATO: ampliação conceitual à luz da função e do papel da vontade

CONTRACT: conceptual expansion in view of the function and role of the will

Felipe Ramos Ribas Soares¹

Louise Vago Matieli²

RESUMO

O presente artigo visa investigar a tutela conferida pelo ordenamen-

1 Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Ex-Professor Substituto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), entre 2018 e 2019. Professor de cursos de pós-graduação. Autor de artigos publicados em revistas especializadas e obras coletivas. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Advogado com experiência em resolução de controvérsias civis e empresariais, com atuação em arbitragens nacionais e internacionais.

2 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Integrante do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil). Sócia no escritório Marlan Marinho Jr. Advogados Associados.

Artigo recebido em e aprovado para publicação em.

to jurídico brasileiro a situações que geram obrigações, mesmo sem a manifestação expressa de vontade de se vincular a um negócio jurídico por parte dos sujeitos envolvidos naquela relação jurídica, tal como ocorre com as relações contratuais de fato e as situações de comportamento social típico. Para tanto, analisou-se inicialmente o conceito de negócio jurídico, a partir das suas teorias expansivas e restritivas. Em seguida, verificando-se os possíveis problemas das teorias que tentam explicar as relações decorrentes de comportamento social típico, a partir da noção de negócio jurídico, passou-se a averiguar o enquadramento de tais situações a partir de uma releitura do conceito de contrato, desvinculando-o do conceito formal e abstrato de negócio jurídico.

Palavras-chave: Direito Civil. Negócio Jurídico. Teoria expansiva e restritiva. Contrato. Vontade.

ABSTRACT

This article aims to investigate the protection granted by the Brazilian legal system to situations that generate obligations, even without the express declaration of will to be bound to a legal transaction by the parties involved in that juridical relation, as it occurs with contractual relations in fact and situations of typical social behavior. To this end, the concept of legal business was initially analyzed, from its expansive and restrictive theories. Then, after verifying the possible problems of the theories that try to explain the relations resulting from typical social behavior, from the notion of legal transaction, it was proceeded to investigate the framing of such situations from a re-reading of the concept of contract, detaching it from the formal and abstract concept of legal transaction.

Keywords: Civil Law. Legal transaction. Expansive and restrictive theory. Contract. Will.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 50, Karl Larenz já previa a possibilidade de uma relação obrigacional ser criada a partir de um comportamento social típico, isto é, independentemente de manifestação de vontade de uma das partes (2006). A tese defendida pelo autor – e inspirada na teoria anteriormente desenvolvida por Haupt – foi forjada a partir de uma situação cotidiana de qualquer cidade alemã àquela época: a utilização do serviço de transporte por bondes.

“*Um homem entra em um bonde bastante cheio*”, inicia Karl Larenz, mas, apesar de usufruir do serviço a ele disponibilizado, declara veementemente, quando lhe é cobrado o valor da passagem, que não celebrou e nem pretende celebrar qualquer contrato de transporte. Ora, se não há manifestação de vontade no sentido de firmar uma relação obrigacional – e, no caso extremo do exemplo, a manifestação é, até mesmo, em sentido contrário a qualquer vinculação –, não se poderia, ao menos em linha de princípio, sustentar que entre as partes se estabeleceu um contrato.

Como, então, obrigar o homem a pagar a passagem? Afinal, sob o ponto de vista estritamente técnico, se inexistente o contrato por ausência de vontade, sequer se poderia cogitar inadimplemento.

O homem a nada se obrigou e, por tal, nada pode ter deixado de cumprir. Essa análise, contudo, não satisfaz os anseios da sociedade, em que se espera que aquele que utilize um serviço pague por ele, ainda que tal pagamento não decorra da sua mais pura e íntima vontade.

Assim o é porque todos que sobem em bondes e deles se valem para se locomover pelas cidades precisam pagar a passagem, querendo ou não. Trata-se de regra comezinha, amplamente aceita e referendada por todos e que prestigia a igualdade daqueles que usam os transportes públicos. Se a intenção for não pagar pelo serviço de transporte, a solução seria não subir no bonde – diria qualquer usuário a quem se fizesse tal pergunta.

Neste contexto, o homem do exemplo de Karl Larenz deve ser compelido a pagar a passagem, ou seja, a contraprestação pelo transporte que usufruiu. E com base em quê essa cobrança poderia ser feita? Certamente, à primeira vista, não com base em um contrato, vez que negada, de forma categórica, a vontade para a celebração do vínculo contratual pelo próprio homem, mas sim com fulcro em uma relação obrigacional que se formou a partir de um comportamento social típico, no sentido de que aqueles que usam os bondes devem pagar por isso.

Admitia-se, já àquela altura, a existência de relações obrigacionais que independem de manifestação de vontade, mas que se estabelecem e se fazem presentes porque assim impõe um determinado comportamento social típico. O papel da vontade, sempre tão

relevante como fonte criadora de obrigações, tem sua força mitigada na formação de contratos, entendidos como espécie de negócio jurídico.

Ao longo dos anos que se passaram desde a década de 50 até os dias atuais, pode-se afirmar que a vontade também sofreu outros golpes. Um deles é a ampla aceitação da teoria da aparência, sobretudo para reconhecer a validade e a eficácia de negócios jurídicos inexistentes justamente por ausência de manifestação de vontade³.

Em julgado emblemático, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior (BRASIL, 2000), afastou a alegação de inexistência de contrato firmado em nome de pessoa jurídica, mas por quem não tinha poderes para tanto (BRASIL, 2017). Tal contrato havia sido assinado por apenas um dos dirigentes da pessoa jurídica, quando, em seu estatuto, constava previsão expressa de que o Vice-Presidente Financeiro também deveria subscrever a avença. O acórdão se fundamentou na teoria da aparência e no princípio da boa-fé objetiva, além de ressaltar que conclusão diversa afrontaria o princípio da razoabilidade.

De outra ponta, também não se pode negar a validade e a eficácia de inúmeras relações obrigacionais que se formam, todos os dias, pela Internet – através de sites, redes sociais e até mesmo aplicativos para telefones celulares –, as quais, muitas vezes, prescindem de manifestação de vontade, decorrendo, em algumas situações, da mera utilização de serviço ou produto. Ou ainda, de relações em que

³ Para mais detalhes sobre a teoria da aparência, ver BIRENBAUM, Gustavo. **Teoria da Aparência**. Porto Alegre: Fabris, 2012, passim.

a aferição acerca da própria presença e da validade da manifestação de vontade é nenhuma, inclusive por razões de ordem prática e pela fugacidade da vida contemporânea.

Se Karl Larenz já estava preocupado com as consequências da massificação das relações obrigacionais na sociedade industrial moderna, os juristas de hoje devem estar ainda mais atentos para as nuances que o desenvolvimento tecnológico agregou a esta evolução.

De fato, qualquer investigação sobre a situação atual das relações obrigacionais e de suas fontes deve passar, necessariamente, pelo estudo do papel da vontade. É esta a proposta deste trabalho, asseverando-se, desde já, que a vontade será examinada sob o ponto de vista do negócio jurídico e do contrato, verificando-se a sua importância hoje em cada um desses institutos.

Outrossim, pretende-se analisar aquelas situações – evidentemente jurídicas, e não apenas de fato – que geram obrigações, não porque as partes, para tanto, declararam a sua vontade, mas por conta de uma correlação da conduta entre diversos centros de interesses, produzindo efeitos que são aceitos a partir de uma avaliação social do ato neste sentido. O enquadramento jurídico dessas situações, tanto do ponto de vista estrutural quanto funcional, também será objeto de estudo no presente trabalho.

2 O PAPEL DA VONTADE NOS CONCEITOS TRADICIONAIS DE NEGÓCIO JURÍDICO E DE CONTRATO

O instituto do negócio jurídico foi desenvolvido pelos civilistas alemães no século XVIII com a finalidade de ser o modelo típico de uma estrutura que acolhesse a manifestação da vontade do sujeito de direito. A ideia era criar uma categoria genérica e abstrata, que se encaixasse na parte geral do BGB, então em elaboração (GODOY, 2008, p. 393).

Como se coaduna com sua própria origem, o negócio jurídico constitui instrumento da autonomia da vontade, já que permite que a vontade do sujeito de direito produza os efeitos jurídicos por ele desejados (ABREU FILHO, 1995, p. 337). Assim, Francisco Amaral, a exemplo de diversos outros doutrinadores, conceitua o negócio jurídico como “*declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece*” (AMARAL, 2003, p. 371). A identificação entre o negócio jurídico e a vontade é tamanha que o próprio conceito daquele instituto, como se vê, se confunde com a manifestação volitiva⁴.

A predominância do papel da vontade no âmbito do negócio jurídico sempre foi defendida pela teoria voluntarista ou subjetiva. Segundo esta teoria, a vontade seria o elemento básico e fundamental do negócio jurídico, restando em segundo plano a sua declaração e subsequente conformação com o ordenamento jurídico. A vontade, por si só, isto é, sem atentar para requisitos e exigências legais, já seria capaz de gerar efeitos jurídicos, “*como se a vontade fosse va-*

⁴ Caio Mário da Silva Pereira faz a seguinte observação: “E tão relevante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria ideia conceitual com a declaração de vontade, constituindo-se desta forma a sua definição”. (2004, p. 477).

lorada juridicamente sem que como e enquanto declarada” (GODOY, p. 391).

Neste contexto, em hipótese de conflito entre a vontade e a sua declaração, a primeira sempre prevaleceria. Por conseguinte, seria necessário perquirir a vontade interna do agente – ou a sua vontade real, conforme afirmado por Caio Mário da Silva Pereira ao citar Savigny e Windscheid (2004, p. 481) –, a qual, quando de sua manifestação ao exterior, teria se corrompido ou perdido a sua motivação inicial. No retorno à origem, garantir-se-ia que o negócio jurídico seria firmado em estrita observância à real intenção das partes.

Muito embora privilegie a vontade original que motivou as partes a celebrar o negócio jurídico, a teoria voluntarista acaba por abrir grandes espaços para o subjetivismo na relação jurídica negocial. Averiguar, no íntimo de cada parte, a sua real intenção ao celebrar o negócio jurídico certamente traz insegurança ao avençado, além de inviabilizar o tráfego jurídico⁵, principalmente na contemporaneidade.

Crítico voraz da teoria voluntarista, Emilio Betti sustenta que a vontade, *“como fato psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, e pertence, unica-*

5 De acordo com o Vicente Ráo, ao expor as críticas feitas à teoria voluntarista: “Tal é, em síntese, o conteúdo substancial da teoria subjetiva, contra a qual, precedentemente, se disse e vem dizendo que, levada até às conseqüências extremas, faria depender, sempre, o valor dos atos jurídicos do elemento interno constituído pela volição do agente, com sacrifício do accipiens, da declaração e da segurança do comércio jurídico, motivo pelo qual os autores, mesmo os que seguem esta noção subjetiva, procuram atenuar-lhe a rigidez”. (1997, p. 164).

mente, ao foro íntimo da consciência individual” (2003, p. 80). Para o referido autor, a vontade até pode ser a origem do negócio jurídico, mas apenas lhe seria possível atribuir efeitos jurídicos na medida em que fosse reconhecida socialmente e respaldada pelo ordenamento jurídico. Essa verificação de adequação à lei, feita a posteriori, dependeria, portanto, da declaração, pois se dá fora do âmbito do agente⁶.

Vale dizer, uma vez declarada, a vontade perderia o seu papel central, a ser assumido pelo vínculo estabelecido entre as partes a partir das declarações emitidas e da confiança gerada por aquelas manifestações de vontade, referendadas pelo ordenamento.

Estas são as bases para a teoria preceptiva ou objetiva, que se contrapõe à voluntarista. O negócio jurídico é visto como um preceito da autonomia privada (GOMES, 1980, p. 81), cuja eficácia decorre do ordenamento jurídico a partir das declarações manifestadas, independentes da intenção original dos seus agentes.

Assim, para os partidários da teoria preceptiva, a vontade deixa de ser o foco do negócio jurídico, atribuindo-se tal papel à declaração, que prevalecerá em casos de conflito. Para corroborar o

6 Confira-se a lição de Orlando Gomes, ao tratar da teoria objetiva do negócio jurídico: “Pouco importa, segundo essa teoria, que a declaração corresponda exatamente ao querer interno, que lhe traduza fielmente o conteúdo. Não é, portanto, a vontade que constitui a essência do negócio jurídico, sua força criadora. (...) A vontade interna não chega a ser sequer um elemento componente do negócio jurídico, porque não passa de fase passageira na sua gênese, sendo apenas uma causa e não um de seus elementos constitutivos. Assim, na interpretação dos negócios jurídicos, não importa a intenção propriamente dita, mas, sim, o sentido normal da declaração.” (1980, p. 12).

seu argumento, os declaracionistas, assim chamados por José Abreu Filho, se fundamentam na confiança que a declaração de vontade gera em seu destinatário (ABREU FILHO, p. 59), confiança esta que merece tutela do ordenamento jurídico.

As posições defendidas de maneira radical pelas teorias voluntarista e preceptiva podem ser conciliadas. Roberto de Ruggiero sustenta que pouco importa verificar se os efeitos jurídicos decorrem da vontade pura e simples ou da lei, uma vez manifestada a vontade ao mundo externo (Apud ABREU FILHO, 1995, p. 35):

O momento central e prevalente é a vontade. Se eu quero satisfazer um interesse e conseguir um fim e o ordenamento dá eficácia a essa minha vontade, obtendo o fim desejado, reconhecendo nascida a nova relação ou, extinta ou modificada, uma relação já existente. Se é a própria vontade ou a lei que produz esse efeito, é uma questão em meu entender ociosa, visto que nem só a vontade o podia produzir sem a tutela do ordenamento, nem este o podia fazer sem que do indivíduo tivesse partido uma iniciativa.

Caio Mário da Silva Pereira defende posição semelhante e reconhece que a vontade e a lei se completam reciprocamente para a criação do negócio jurídico (2004, p. 480).

Sem adentrar no mérito de qual teoria se revela mais adequada, fato é que a teoria preceptiva ou objetiva desempenhou importante função ao mitigar a relevância do papel da vontade na seara

dos negócios jurídicos. Até então soberana, motivadora da própria criação da categoria do negócio jurídico, a vontade passou a ser questionada e até mesmo relegada a segundo plano⁷.

Com este avanço, foi possível cogitar de outras fontes para a criação de relações obrigacionais, que, assim como ocorre com a vontade, repercutissem no ordenamento de forma a gerar os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. Basta considerar a teoria do comportamento concludente, cujo desenvolvimento no Direito Português, por exemplo, foi impulsionado pelo artigo 234 do Código Civil daquele país⁸.

Apesar de não detalhar essa questão, o próprio Emilio Betti reconhece a importância dos comportamentos, ao afirmar que *“só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela [a vontade] passa a ser um fato social, susceptível de interpretação e de valoração”* (2003, p. 80).

Daí se extrai o segundo contributo relevante da teoria preceptiva: é o que Emilio Betti (2003, p. 79) denomina de “exigência

7 Emilio Betti não deixa dúvidas acerca do papel que entende ocupar a vontade: “O teor de um negócio qualquer mostra bem que nele ocupa o primeiro plano o regulamento de interesses disposto para o futuro, ao passo que a vontade apenas está em segundo plano, como dirigida à função prática daquele: ela pertence, efetivamente, à gênese, mas não ao conteúdo do ato de autonomia como fato social” (2003, p. 84).

8 Artigo 234 do Código Civil Português – Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta. Sobre o tema na doutrina portuguesa, ver, por todos, PINTO, Paulo Mota. Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico. Coimbra: Almedina, 1995, *passim*.

de recognoscibilidade”, a ser imposta a todo fato social, inclusive ao negócio jurídico. Nota-se, então, que o negócio jurídico é tutelado enquanto tal pelo ordenamento porque é um fato reconhecido e aceito socialmente.

Indubitavelmente, aqui se tem uma aproximação com a teoria do comportamento social típico de Karl Larenz: o comportamento social só se torna típico e fonte de obrigações em razão de uma avaliação social do ato neste sentido. A vontade e sua manifestação são prescindíveis. Deste modo, o homem que se utiliza do serviço de transporte público deve pagar a passagem do bonde porque esta é a convicção jurídica da sociedade sobre tal questão, ainda que o homem tenha declarado a sua vontade em sentido contrário.

Antônio Junqueira de Azevedo também incorpora o enfoque social ao negócio jurídico e registra que tal instituto não é definido apenas pela sua gênese (a vontade, conforme defendido pela teoria voluntarista) e nem só pela sua função (teoria preceptiva) (GODOY, 2008, 392). O aludido autor reconhece que o negócio jurídico é preceito, é autorregramento da vontade, mas acentua que “*o negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente*” (AZEVEDO, 2002, p. 21). E mais. O negócio jurídico seria “*manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos*” (AZEVEDO, 2002, p. 20).

Diante do exposto, é possível perceber que a vontade, muito embora ainda exerça papel relevante no âmbito dos negócios jurí-

dicos, é cada vez mais debatida e vem perdendo espaço como fonte única das relações obrigacionais. Se a vontade ainda pode ser considerada a gênese do negócio jurídico em seu conceito tradicional, não se discute, por outro lado, que tal vontade deve se compatibilizar com o ordenamento jurídico e ser referendada do ponto de vista social. A atribuição de efeitos jurídicos àquela declaração de vontade – já externa, portanto – depende do reconhecimento social enquanto ato gerador de eficácia.

Essa nova percepção da vontade também atinge o instituto do contrato, pois, de acordo com o seu conceito tradicional, o contrato nada mais é do que “*acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos*” (PEREIRA, 2005, p. 07). Trata-se de conceito forjado, inegavelmente, a partir da noção de negócio jurídico. Diante disso, indaga-se se ainda subsiste hoje a plena identificação entre o conceito de negócio jurídico e de contrato.

Com efeito, como será desenvolvido neste trabalho, o negócio jurídico e o contrato são institutos jurídicos diversos, que não se sobrepõem, e merecem uma releitura a partir da importância atribuída hoje à vontade, enquanto fonte de obrigações, bem como atentando à função desenvolvida no trânsito jurídico pelos contratos. De um conceito tradicional em que a vontade está sempre presente – até mesmo como elemento fundamental –, pretende-se ir além, para um conceito revisto, em que se admita no escopo contratual relações que independam da volição.

3. EXTENSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E AS SITUAÇÕES LIMÍTROFES: relações contratuais de fato; comportamentos sociais típicos e atividade

A demarcação dos limites do negócio jurídico – e, conseqüentemente, a existência de situações limítrofes – depende da percepção que se faz do conteúdo da vontade e de sua declaração⁹. Conceitos mais ou menos amplos de manifestação de vontade poderão levar – ou não – ao reconhecimento de determinado fato social como negócio jurídico.

Nesse contexto, delineiam-se duas teorias quanto à extensão do conceito de negócio jurídico, no que diz respeito à importância da vontade em sua delimitação, quais sejam: teoria extensiva e teoria restritiva.

Para a teoria extensiva, há que se levar em consideração as legítimas expectativas dos envolvidos e a confiança estabelecida entre as partes para a formação de vínculos negociais, mesmo que não haja uma orientação volitiva inequívoca para o estabelecimento daquela relação negocial (ALMEIDA, 1992, p. 99). Assim, ainda que não exista a efetiva declaração expressa das partes para a conclusão do negócio jurídico, é possível que se fale em declaração de vontade como consciência da declaração, dispensando o direcionamento voluntário da conduta (*id.*, 1992, p. 54).

9 Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida: “Para a delimitação do território próprio do negócio jurídico, renascem as querelas sobre o valor da vontade e da declaração (ou da confiança), sobre a gênese e o fundamento dos efeitos negociais e, em geral, sobre a posição relativa do negócio jurídico no conjunto das fontes criadoras de efeitos jurídicos”. (ALMEIDA, 1992, p. 26).

Sobre as teorias extensivas, destaca Juliana Pedreira da Silva que a força motriz é a declaração da vontade, cujo parâmetro é objetivo e normativo, razão pela qual a declaração de vontade poderia advir de qualquer expressão ou conduta humana (SILVA, 2011, p. 24). A interpretação é ampliativa. Nessa hipótese, poder-se-ia pensar nas situações limítrofes (relações contratuais de fato, comportamento social típico e atividade) como abarcadas por esta linha conceitual de negócio jurídico, já que qualquer comportamento ou coordenação de atos com finalidade comum poderia ser incluído no amplo conceito de declaração de vontade.

Todavia, há equívocos na utilização das teorias extensivas: deixa-se à margem de investigação a finalidade pretendida pelas partes, vez que, mesmo em harmonia com o ordenamento, nem todas as condutas terão potencial para a produção de negócios jurídicos. Além disso, passa-se a desconsiderar que o encontro de interesses, somente se regulados e orientados pelos protagonistas da relação, pode se traduzir em negócio jurídico (*id.*, 2011, p. 25). Arremata-se, por fim, que a adoção da teoria extensiva afasta a vontade psicológica como critério do negócio jurídico, o que não justifica atenuar o papel volitivo na formação da declaração para a vinculação a um negócio jurídico (*id.*, 2011, p. 28).

Por seu turno, as teorias restritivas exigem, para a configuração do vínculo negocial, a manifestação de uma vontade dirigida especialmente para a produção de determinados efeitos jurídicos (ALMEIDA, 1992, p. 40), isto é, se faz necessária uma manifestação de vontade qualificada negocialmente.

Com efeito, verifica-se que a diferença entre ambas as teorias reside no fato de que, para a teoria extensiva, o comportamento humano pode ser compreendido como declaração de vontade, independentemente de informações mínimas e razoáveis no exercício volitivo. Por outro lado, as teorias restritivas somente encaram o comportamento como declaração de vontade se o contexto e as informações permitam a formação da vontade e sua posterior declaração (*id.*, 1992, p. 30).

Se a distinção pode parecer um tanto quanto teórica à primeira vista, a sua relevância prática consiste em assumir que determinados fatos sociais criam relações obrigacionais e geram efeitos jurídicos independentemente de serem enquadráveis no conceito tradicional de negócio jurídico ou mesmo de contrato. O apego à estrutura, condenado por Pietro Perlingieri¹⁰, não pode servir de justificativa para se negar tutela jurídica a situações cada vez mais

10 Segundo o autor, “Todo fato juridicamente relevante e, em particular, todo fato humano voluntário, todo ato de iniciativa privada tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento nos esquemas típicos, ou é modelada pela iniciativa dos sujeitos. A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante”. (PERLINGIERI, 2002, p. 96). Na doutrina nacional, ver: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: Uma Concretização da Função Social da Propriedade. *In*: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). **Direito das Relações Patrimoniais: Estrutura e Função na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 17: “Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer, deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos).”

presentes no cotidiano da vida contemporânea.

A artificialidade com que as teorias extensivas tratam o escopo do negócio jurídico é confirmada pelo estudo das situações limítrofes, isto é, daquelas hipóteses que não se adequam perfeitamente ao conceito adotado de forma tradicional pela doutrina, muito embora gerem efeitos amplamente reconhecidos socialmente. As relações contratuais de fato, os comportamentos sociais típicos e a atividade até podem ser, afinal, entendidos como negócio jurídico, mas apenas mediante um exercício de – permita-se repetir – artificial alargamento do conceito de tal instituto, mediante extensão desmedida da vontade, presumindo-a quase que de forma ilimitada.

Como será exposto ainda neste trabalho, não parece ser essa a solução mais adequada. Para que se chegue a esta conclusão, todavia, mister que se debruce, ainda que brevemente, sobre as situações limítrofes acima indicadas.

3.1 RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO E COMPORTAMENTOS SOCIAIS TÍPICOS

A doutrina das relações contratuais de fato foi desenvolvida por Günther Haupt, como “*possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais*” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p.

555). Para Haupt, seriam três as hipóteses de relações contratuais de fato: (i) aquelas que surgem a partir de contatos sociais; (ii) aquelas travadas em virtude de coletividades fáticas; e (iii) aquelas criadas em razão de uma obrigação de prestar social.

No primeiro grupo das relações contratuais de fato, estariam inseridos, entre outros, os deveres de cuidado e consideração que surgem entre partes que estão em vias de ou têm a intenção de estabelecer uma relação obrigacional. É o que Juliana Pedreira da Silva identifica como “*contato social que antecede a eventualidade da celebração de um contrato*” (SILVA, 2011, p. 31), e é comumente estudado pela doutrina como responsabilidade civil pré-contratual ou pré-negocial.

Exemplos deste tipo de relação de fato não são incomuns, haja vista que a celebração de um negócio jurídico ou de um contrato pressupõe, via de regra, uma aproximação entre as partes. Aliás, eis uma dicotomia da vida contemporânea: ao mesmo tempo em que o tráfego comercial intenso e tecnológico gera situações em que relações obrigacionais são firmadas sem que tenha havido sequer manifestação de vontade¹¹, existe, em contrapartida, espaço cada vez maior para contratações de natureza complexa, que envolvem até mesmo redes contratuais¹² e exigem uma série de acertos prévios

11 Conforme ressaltado por Menezes Cordeiro, Haupt já sublinhava que “no tráfego moderno de massas, chega-se, muitas vezes, a situações obrigacionais sem que tenha havido a troca prévia da proposta e aceitação contratuais”. (2011, p. 555).

12 Para aprofundamento sobre a matéria, ver, por todos, KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

entre as partes para a consecução do objetivo final.

Não por outro motivo, é difundido o entendimento de que os contratos se formam progressivamente, em etapas, mediante obrigações assumidas de maneira paulatina. Clóvis Couto e Silva já afirmava, na década de 60, que a relação obrigacional deve ser compreendida como um processo, porquanto várias fases se sucedem até que se atinja o objetivo final daquela relação com a satisfação dos interesses das partes (SILVA, 2006).

É possível, neste contexto, que determinada relação nascida em uma das fases pré-negociais ou pré-contratuais ganhe autonomia e seja capaz de vincular as partes com efeitos obrigacionais por si só¹³, sem que se mostre necessário, inclusive, que o negócio jurídico que inicialmente se intentava estabelecer venha a se concretizar.

Basta imaginar, por exemplo, que duas partes pretendem firmar contrato de engenharia para fixação de estacas em determinado terreno, cuja complexidade exige, antes da própria formalização do instrumento contratual, uma série de estudos de solo e viabilidade técnica. Neste ínterim, contudo, a parte que pretende ser contratada inicia a limpeza do terreno, até então ocupado por entulho de outras obras.

13 A propósito, eis a lição de Juliana Pedreira da Silva: “Todavia, a fase pré-negocial pode se revelar ainda mais complexa, uma vez que determinados comportamentos humanos, observados nessa fase, embora não configurem verdadeiras declarações de vontade, a ponto de concluírem um negócio jurídico, podem ser considerados típicos e correspondentes, no sentido de que, conforme as condições gerais do tráfico, tais comportamentos estarão ligados a uma consequência obrigacional”. (2011, p. 35).

Por razões de ordem técnica, o contrato de engenharia não evoluiu. Ainda assim, pode-se afirmar que entre as partes se estabeleceu uma relação contratual de fato quanto à limpeza do terreno, que não só deve ser finalizada como devidamente remunerada pela parte que se beneficiou do serviço. Apesar de não ter havido específica manifestação de vontade de parte a parte, é indiscutível que seus comportamentos materiais – oriundos do contato – criaram um vínculo com eficácia obrigacional, o qual encontra respaldo na convicção social geral de que os serviços devem ser corretamente prestados e remunerados.

O segundo grupo de relações contratuais de fato indicado por Haupt diz respeito às coletividades fáticas. Conforme esclarecido por Menezes Cordeiro, tais relações exigiriam que o indivíduo se incluísse em uma “*situação comunitária*”, da qual seriam exemplos a sociedade comercial e o trabalho (2011, p. 556). Na primeira hipótese, tem-se a eficácia dos negócios jurídicos firmados por sociedade em comum, irregular, isto é, aquela não devidamente registrada junto ao Registro Público de Empresas Mercantis, porquanto a sua conduta, ao atuar em seu nicho empresarial, seria socialmente típica.

Já a segunda hipótese impede que se deixe de remunerar o trabalhador pelos serviços prestados, mesmo em caso de se constatar a invalidade do contrato de trabalho. Tanto o primeiro quanto o segundo exemplos se balizam em fundamentos de justiça e de vedação ao enriquecimento sem causa (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 556.), além de ressaltar a necessidade do reconhecimento social daquele fato como verdadeiramente capaz de gerar efeitos jurídicos.

Poder-se-ia cogitar, inclusive, de uma visão embrionária da teoria da aparência.

O último grupo das relações contratuais de fato de Haupt decorre da obrigação de um prestar social. O principal exemplo é aquele já referido na introdução do presente estudo: o serviço público de transporte, posto à disposição de qualquer indivíduo. Em casos tais, consoante se viu, a relação contratual se estabelece antes mesmo – ou até contrariamente – à manifestação de vontade do usuário.

A teoria de Günther Haupt foi criticada por Karl Larenz por conta de dois aspectos principais. Em primeiro lugar, afirmou Larenz que Haupt reuniu, sob o conceito único de relações contratuais de fato, hipóteses bem diversas, falha que não teria sido superada pela classificação proposta pelo autor. Em segundo lugar, a própria expressão “*relação contratual de fato*” foi alvo de críticas por parte de Larenz, ao fundamento de que levaria à “*equivocada conclusão de que se trata de processo extrajurídico*” (SILVA, 2011, p. 35/36).

Karl Larenz desenvolve, então, a teoria do comportamento social típico, já apresentada na introdução ao presente trabalho. Tal teoria deve ser examinada com a ressalva de que o próprio Larenz reviu sua posição na terceira edição de sua obra sobre Direito das Obrigações. A partir de então, passou a acompanhar a doutrina alemã majoritária e a explicar o comportamento social típico como

expressão da vontade presumida^{14,15}.

Não obstante, o estudo da teoria do comportamento social típico se mantém pertinente, na medida em que vislumbra uma fonte de obrigação independente da vontade. Trata-se, portanto, de reconhecer que a vontade não detém o monopólio sobre a constituição das relações obrigacionais, o que se revela um inegável avanço.

Ao se admitir que um comportamento social típico gera efeitos obrigacionais por assim ser reconhecido pela convicção jurídica geral, o regramento sobre a capacidade e os vícios de consentimento

14 A posição que passa a ser adotada por Karl Larenz não é infensa a críticas. O próprio exemplo por ele explorado em seu artigo sobre comportamento social típico (2006), isto é, o do homem que faz uso do serviço de bonde, já é suficiente para afastar a aplicação do conceito de vontade presumida *in casu*. Afinal, não se pode admitir a presunção de vontade em situações em que a conclusão do negócio jurídico ou do contrato é expressamente recusada. Segundo o próprio Karl Larenz, “Mas então é necessário, segundo a interpretação geral, algum ato no qual seja possível reconhecer a vontade de concluir o contrato. (...) Como reconhecê-la se a pessoa declara logo ao embarcar que deseja andar no bonde, mas não quer concluir nenhum contrato de transporte?” (2006, p. 56).

15 Para ilustrar a dificuldade de se enquadrar as relações contratuais de fato ou comportamentos sociais típicos no conceito de vontade presumida, vale mencionar famoso julgado na Alemanha, citado por Larenz e Massimo Bianca. A Prefeitura de Hamburgo destinou parte de uma área pública para funcionar como um estacionamento pago. Diariamente, determinado indivíduo estacionava seu veículo na área e declarava ao vigilante do local, expressamente, que recusava a vigilância e que não iria pagar a taxa de estacionamento. O seu argumento é de que a área era de uso comum. A questão foi judicializada e a Corte Alemã deu razão à sociedade empresária privada que operava o estacionamento, ao fundamento de que a relação obrigacional se estabelecia pela simples colocação de fato do veículo no estacionamento. Vê-se, portanto, que o comportamento prevaleceu sobre a declaração de vontade do indivíduo, justamente por ser um comportamento valorado socialmente como relevante. (BIANCA, 1987, p. 40/43).

se torna despidiendo¹⁶. No entanto, Karl Larenz remarca que, muito embora a capacidade de fato seja irrelevante para a caracterização do comportamento social típico, é essencial que o agente seja capaz de reconhecer “o significado social típico de seu ato”, isto é, de reconhecer a avaliação social que é atribuída ao seu ato (2006, p. 61). Esta exigência diferencia o comportamento social típico, por exemplo, do ato-fato, para cuja prática não é necessário que o agente tenha consciência¹⁷.

O mais interessante acerca da teoria desenvolvida por Karl Larenz, contudo, é a proposição de um conceito mais amplo de contrato. Dessa maneira, Larenz foge da crítica feita à Haupt no sentido de que a relação contratual de fato mais pareceria uma categoria extrajurídica. Para Larenz, pensando-se em um conceito amplo, seria viável abarcar dentro da estrutura contratual tanto os “*verdadeiros contratos*” (2006, p. 62), ou seja, os negócios jurídicos bilaterais, quanto os comportamentos sociais típicos. Em comum, o papel de fonte geradora de relações obrigacionais e, mais pontualmente, contratuais, o que representaria a visão funcional do instituto.

16 Trata-se de ponto sensível na teoria do comportamento social típico, eis que, ao desconsiderar as regras de capacidade para fins de verificação de validade da manifestação de vontade, por exemplo, reconhece-se uma relação obrigacional que pode ser prejudicial aos incapazes. Afinal, não se pode olvidar que o regramento das incapacidades tem um viés protetivo.

17 “Os atos-fatos têm como pressuposto necessário uma atuação lícita de alguém, mas não se exige que o agente tenha consciência do que está fazendo. Os seus efeitos são independentes da circunstância de haverem sido praticados com consciência da ação, por isso não se exige neles capacidade jurídica do agente, nem lhes são aplicáveis os preceitos gerais sobre vícios de vontade e do consentimento”. (NORONHA, 2013, p. 405).

Aí reside a principal distinção entre os posicionamentos de Haupt¹⁸ e Larenz, conforme sintetizado por Carlos Ferreira Almeida (1992, p. 28/29):

Enquanto que para Haupt e os seus seguidores as relações que chama ainda de contratuais podem ter dois fundamentos (o contrato propriamente dito, negócio jurídico bilateral formado por proposta e aceitação, e situações meramente fácticas, que não são contratos), para Larenz e para a doutrina que seguiu os seus passos trata-se principalmente de enquadrar diferentes modelos para a conclusão do contrato (o processo normal mediante declarações de vontade e a relevância, como aceitação, de comportamentos sociais típicos).

Apesar de posteriormente descartada, a teoria do comportamento social típico na forma como moldada por Karl Larenz, dentro do escopo contratual, é de extrema valia para que se defenda uma ampliação das fontes geradoras das relações contratuais, em total consonância com a realidade atual.

18 Antônio Junqueira de Azevedo se aproxima de Haupt ao analisar uma relação contratual de fato em parecer referente a estacionamento gratuito de supermercado. A hipótese sub examine é de responsabilidade civil por assalto, seguido de morte, em que o meliante abordara a vítima no estacionamento privado do supermercado. O aludido autor critica, contudo, a expressão relação contratual de fato, por entender que o contrato sempre pressupõe declaração de vontade. Exatamente por isso, ao analisar a relação estabelecida entre o supermercado e a pessoa que estaciona veículo em seu pátio, Antônio Junqueira de Azevedo vislumbra ali uma “relação sinalagmática em tudo semelhante à contratual”, mas não verdadeiro contrato (AZEVEDO, 1997, p. 124).

Promover uma releitura do contrato neste sentido, o que será examinado ainda neste trabalho, também traz o benefício de se afastar a artificialidade das teorias que buscam aumentar o campo de incidência da vontade e, por conseguinte, o espectro dos negócios jurídicos.

3.2 ATIVIDADE

Outra situação limítrofe que merece destaque no presente trabalho é a chamada atividade. Trata-se de noção desenvolvida primeiramente no Direito italiano, por Tullio Ascarelli, e que se traduz em uma série de atos coordenados entre si e dirigidos a uma finalidade comum. A coordenação dos atos é essencial para a caracterização da atividade, pois é justamente nesta conjugação que a atividade se distancia de cada ato praticado de forma singular (NORONHA, 2013, p. 422).

Desta forma, a atividade atrai qualificação jurídica própria, apurável a partir da função que desempenha no ordenamento jurídico. De se notar que a valoração da atividade se dá, então, a partir de sua finalidade, deixando em segundo plano o aspecto volitivo tanto dos atos praticados singularmente quanto da coordenação. Para Tullio Ascarelli, a atividade constitui em si mesma um fato, para cuja relevância jurídica a vontade do sujeito é indiferente, não só quanto às consequências que legalmente dele derivem, mas quanto à sua própria subsistência¹⁹.

19 No original: “La actividad efetivamente desarrollada constituye, como

Está-se diante, mais uma vez, de uma fonte de obrigações que independe da manifestação da vontade, a exemplo do que se demonstrou acerca das relações contratuais de fato e dos comportamentos sociais típicos. Se a atividade existe a partir da coordenação de atos jurídicos e é qualificada pela função que desempenha no ordenamento, poderá muito bem assumir a função de gerar uma relação obrigacional.

Aliás, os exemplos indicados por Tullio Ascarelli revelam esta conotação, a saber, as atividades empresarial e laborativa. Mesmo que inexista a declaração de vontade em consonância com a atividade – coordenação de atos com finalidade comum –, esta existirá e produzirá os seus efeitos no ramo empresarial ou trabalhista. E é certo que, para que surta seus efeitos, a função da atividade deverá ser juridicamente relevante, como esclarece Fernando Noronha (2013, p. 422).

Aquilo que Fernando Noronha identifica como “juridicamente relevante” é reconhecido por Juliana Pedreira da Silva como valoração social, apta a referendar a função exercida por determinada atividade. Segundo a autora, “*a coordenação dos atos será objetivamente valorada de acordo com as exigências do tráfego jurídico, o que configurará também uma relação jurídica ou uma atividade*” (2011,

ha sido puesto de relieve, un ‘hecho’, y un hecho para cuya relevancia jurídica la voluntad del sujeto es indiferente no sólo respecto de las consecuencias que legalmente derivan de él, sino respecto de los actos que integran la actividad (y, veremos, por cuanto concierne la actividad calificada empresarial, respecto del propósito de dichos actos; a su vez deberá ser valorada objetivamente a dichos efectos, independientemente de la voluntad del sujeto, la existencia de la organización).” (ASCARELLI, TULLIO, 1964, p. 147).

p. 15).

Tem-se aqui mais um ponto de aproximação entre as noções de atividade e comportamento social típico, uma vez que ambos dependerão de uma valoração social para que sejam reconhecidos como fontes geradoras de relações obrigacionais, independentemente da vontade.

O caráter limítrofe da noção de atividade é inegável, pois, da maneira como cogitadas as figuras do negócio jurídico e do contrato, não haveria espaço para que se tutelasse tal coordenação de atos que desempenham função juridicamente relevante. A rigidez de uma análise meramente estrutural acabaria por impedir que situações cada vez mais comuns fossem reguladas pelo ordenamento, o que não se pode admitir, sobretudo porque o Direito deve acompanhar os anseios da sociedade.

O conceito de atividade é tão fluido e atual que Juliana Pedreira da Silva propõe que se parta dele para uma releitura do contrato, de forma a desvincular este tradicional instituto jurídico do papel da vontade e extremá-lo da noção de negócio jurídico.

4 NEGÓCIO JURÍDICO VS. CONTRATO: pressuposto e ampliação do contrato

Diante das teorias extensivas e restritivas sobre o conceito do negócio jurídico, de acordo com a extensão do que é compreendido por

vontade, além das situações limítrofes expostas no tópico anterior, necessário se faz a qualificação das relações decorrentes da atividade ou do comportamento social típico para sua correlata tutela por parte do ordenamento.

Assim, o que se proporá nesse tópico é seu enquadramento como relação contratual, com base no descolamento entre os conceitos de negócio jurídico e contrato, muito embora, de forma maciça, tenha-se em consideração o contrato como espécie do gênero negócio jurídico (SIRENA, 2013, p. 96)²⁰.

Importante esclarecer que não se pretende demonstrar a inexistência de total identificação entre contrato e negócio jurídico, mas, sim, conferir uma análise funcional ao contrato, relendo-o a partir do atual contexto social em que se insere – especialmente de volubilidade e massividade das relações sociais – com o viés de ampliar sua delimitação, abarcando, com isso, as relações contratuais de fato, os comportamentos sociais típicos e a atividade.

Conforme já explicado, a “lacuna” deixada pelas teorias restritivas torna evidente a existência de situações limítrofes – destacadas no tópico anterior – e que dão ensejo à repaginação do conceito de contrato, ampliando-o para além da identificação do conceito de negócio jurídico.

20 Para demonstrar a identificação do contrato para com o negócio jurídico, em que o contrato é considerado como espécie do negócio jurídico, essencial o posicionamento de Orlando Gomes: “Contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos, de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral” (1995, p. 04).

Desse modo, o negócio jurídico trataria das relações em que há manifestação de vontade para a produção daquele negócio jurídico propriamente dito, enquanto o contrato abarcaria não só situações em que há negócio jurídico fundante, mas iria além, cuidando de relações fáticas socialmente típicas merecedoras da devida tutela pelo ordenamento jurídico.

E assim se justifica em razão da modificação do contexto em que se forjou o contrato na era moderna – a era dos códigos – para o atual contexto social²¹. Isso porque, verifica-se que o contrato, na era moderna, plasmou-se efetivamente sobre o dogma da vontade, influenciado pela matriz do pensamento kantiano segundo a qual somente a vontade individual seria fonte de todas as obrigações jurídicas, como forma de afirmação do ideal de liberdade e igualdade de cada homem frente aos demais (NALIN, 2008, p. 108).

Portanto, o contrato acabava por traduzir o interesse individual, manifestado através da expressão da vontade. Com efeito, sua pactuação era fruto da escolha livre dos próprios interessados, da manifestação de suas vontades, tomada por iniciativa autônoma. Por esse motivo, tinha cabimento a perfeita identificação entre os conceitos de contrato e negócio jurídico (SIRENA, 1995, p. 44).

Ocorre que as sociedades ocidentais, como já apontado, sofreram transformações profundas de ordem econômica, social e po-

21 Nas palavras de Paulo Nalin: “Toma-se como premissa fundamental, a superação do conceito moderno de contrato, baseado na vontade individual dos contratantes o que não mais se encontra exata ressonância na realidade fática” (2008, p. 25.).

lítica, modificando a caracterização e configuração do contrato, vez que os institutos são historicamente modificáveis, tendo sempre que se fazer a sua adequação à realidade em que se inserem²².

A produção em grande escala decorrente do processo de industrialização e a conseqüente necessidade de escoamento da larga produção acabaram por gerar a massificação e volatilidade das relações sociais. Nesse contexto, o panorama de negociação de contratos em que as partes se encontravam em patamar de igualdade (ainda que meramente formal) e chegavam a conclusões de vínculos formados com a expressa manifestação da vontade acabaram por ruir. A própria padronização contratual observada, por exemplo, nos contratos de adesão, acaba por enfraquecer a ideia de manifestação de vontade, sobre a qual se fundamentaria o contrato.²³

22 Sobre a variação do conceito e da função desenvolvida pelos institutos no decorrer da história, destaca Pietro Perlingieri: “As categorias (direito subjetivo, direito potestativo, interesse legítimo, negócio bilateral, procedimento, *fattispecie*) devem contribuir para o conhecimento, e não representar rígidos paradigmas nos quais a realidade é deformada.(...) Com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais.” (2008, p. 139/141).

23 Sobre o tema, vide, Enzo Roppo, que evidencia o processo de crise do contrato em seu contexto clássico: “Mas uma tal teoria e disciplina jurídica das transferências de riqueza se resulta adequada a um sistema econômico indivi-dualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo caráter <peçoal> - não podia satisfazer as exigências da moderna economia de massa, caracterizada pelo extraordinário incremento do vo-lume das trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores de seus produtos e os utentes dos seus serviços) e sua crescente standartização e <impessoalidade>. Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de garantir a celeridade das contratações, a segu-rança e a estabilidade das relações; mas estes objetivos requerem, justamente, que

De igual forma, as relações de fato estabelecidas pelo contato social dos viventes também manifestam o descompasso entre o contexto clássico em que foi forjado o contrato ligado à ideia de negócio jurídico e a realidade das coisas. A realidade aponta para a aceitação social de determinado comportamento, à revelia da efetiva manifestação da vontade expressa para este fim, isto é, ao revés da exigência específica da manifestação da vontade qualificada para a formação do vínculo. E é exatamente este o caso do exemplo exposto na introdução, trazido por Larenz, e que narra a pessoa que entra no bonde, se locomove, mas que manifesta vontade contrária à contratação do serviço de transporte.

Por esse motivo, visa-se à revisão do conceito de contrato, alcançando, assim, ao invés da “morte do contrato”²⁴, sua readequação. Apega-se não ao formalismo pelo qual se caracteriza o contrato em sua modulação clássica, mas à manutenção de sua função de garantir o trânsito jurídico nas relações sociais.

as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua objetividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade” (ROPPO, 2009, p. 298). Também sobre o tema, v. Paulo Nalin: “Eis que o modelo clássico de contrato, emoldurado em um sistema jurídico que não mais reflete a realidade fática, por força da abrupta mudança na maneira de contratar.” E, em seguida, remata o autor: “A projeção desse novo modo de pensar não se limita a aspectos meramente sociopolíticos (...) e a ideia de acaso atinge o contrato, enquanto momento do sistema codificado. A crise e até a ‘morte do contrato’ (Grant Gilmore) estão inseridos nesse contexto, em que a desconstrução dos dogmas se apresenta como inevitável” (NALIN, 2008, p. 113/114).

24 Vide: GILMORE, Grant. **La morte del contratto**. Tradução de Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1988.

Essa necessidade de preservar a função econômica desenvolvida pelo contrato é esclarecida por Enzo Roppo (2009, p. 310):

O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica em cada época prevalente. Mas, justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquele que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica.

A adaptação ou modificação de determinados conceitos jurídicos não é novidade, vez que, conforme ressaltado, o direito é dotado de historicidade e conseqüente relatividade de seus conceitos. Apenas a título de exemplo de modificação da tutela conferida pelo direito, pode-se citar o que ocorre com a própria proteção da família, cujo elemento fundador era o casamento (instrumento formal constituidor das relações familiares).

A tutela da família, portanto, baseava-se na formalidade de sua constituição, presa à sua estrutura. Com o desprendimento da estrutura e análise da função dos institutos, iluminados pelos valores constitucionais, conferiu-se novo viés à família, não mais em razão do casamento, com os efeitos produzidos pelas relações familiares. Nesse contexto, passou-se a tutelar as famílias, desde que desenvolvessem o seu papel de possibilitar a promoção da personalidade, pri-

vilegiando, assim, a dignidade da pessoa humana. Tornou-se possível, então, sem perder de vista o conceito de família e a importância do casamento, desenvolver a tutela de relações familiares monoparentais, multiparentais, homossexuais e relações de poliamor²⁵.

Propor a ampliação do conceito de contrato, a fim de que alcance, com isso, a tutela jurídica das situações de fato não significa e nem implica a “morte do contrato”. Ao contrário, verificar a dualidade conceitual, pela sua aplicação para além dos limites do negócio jurídico, importa em lhe garantir função relevante no desenvolvimento das relações sociais e na afirmação como instituto que possibilita o trânsito das relações patrimoniais e econômicas na sociedade moderna.

Logo, não é que se perca a importância da noção de contrato como encontro entre duas declarações de vontade aptas a produzir efeitos jurídicos, cujo elemento fundador seria exatamente a vontade negocial. Mas, ao lado dessa caracterização de contrato, observa-se o contrato decorrente do contato social, em que a potencialidade de formação do vínculo, analisada pelo comportamento socialmente tutelado, é aceita, consubstanciando o contrato em ações conscientes sobre determinada atividade, sem a necessidade de expressar a vontade negocial (SILVA, 2011, p. 80).

A bem da verdade, como esclarece Hugo Sirena, não é que

25 Sobre o tema, vide: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai/ago, 2013. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/download/2705/pdf>. Acesso em 17 de abril de 2015.

haja completa desvinculação da vontade, vez que todo ato praticado pressupõe a vontade de praticar tal ato; o que se afasta é a necessidade da caracterização de uma vontade negocialmente dirigida para a determinada concretização de um negócio jurídico (2012, p. 224). Noutros termos, o aspecto volitivo é analisado no momento da concatenação dos atos praticados pelos contratantes (SIRENA, 2013, p. 95).

Assim (SIRENA, 2012, p. 219),

[r]econhecer a juridicidade dos contratos fáticos, portanto, nada mais é do que promover um elastecimento das fontes das relações contratuais, não sendo reconhecer sua configuração para além da mera vinculação derivada da vontade. Assim, os contratos passariam a ter origem em dois fundamentos basilares: i) os negócios jurídicos bilaterais, embasados na expressão da vontade e na máxima da autonomia privada; e ii) as condutas socialmente típicas, deflagradas por dois ou mais centros de interesse.

Em suma, o que se propõe é a caracterização de um contrato decorrente de condutas socialmente típicas, importando em expressão de livre iniciativa econômica das partes, sem a exigência de efetiva manifestação de vontade para sua caracterização. Sua exigibilidade e sua caracterização residem, assim, no conjunto de características do tráfego social (SIRENA, 2013, p. 94/95).

Logo, “*o contrato, como baluarte das relações jurídicas patri-*

moniais, deve ser entendido como atividade, isto é, como coordenação objetiva de atos ou comportamentos deflagrados por centros de interesses” (SILVA, 2011, p. 15).

Surgem, diante da conceituação ampla de contrato os seguintes questionamentos: como identificar quais as atividades seriam tuteladas como contratos? Quais seriam seus elementos constitutivos?

Segundo Juliana Pedreira da Silva, ao invés de se identificar o contrato a partir dos elementos típicos do negócio jurídico – manifestação de vontade, objeto e forma – deveria ocorrer a verificação dos seguintes elementos:

(a) de dois ou mais centros de interesse; (b) da coordenação entre condutas entre os centros de interesse que deflagra a mínima unidade de efeitos, ou seja, a causa; e (c) do cumprimento da função social da atividade desenvolvida, sem o que não há legitimidade no comportamento capaz de tipificá-lo socialmente. (SILVA, 2011, p. 84).

Desta forma, o conceito de contrato seria capaz de, ao lado de regular as relações contratuais fundadas em negócio jurídico, oferecer tutela jurídica às relações nascidas diretamente das situações limítrofes, isto é, das atividades, dos comportamentos socialmente típicos e das relações contratuais de fato.

A título de exemplo, poder-se-ia citar o caso de termos e condições de uso e política de privacidade de sites cuja vinculação do usuário se dá a partir da mera utilização do site²⁶. Assim, a aplicação da sua política de privacidade e das regras atinentes à sua utilização independeriam de expressa manifestação de vontade por parte do usuário – independeria, inclusive, do efetivo conhecimento pelo usuário –, decorrendo da própria e da mera utilização do site.

Que tutela jurídica é dada a tais instrumentos? Seria possível enquadrá-los no conceito de contrato, baseando-se na função de regulação da relação estabelecida entre usuário e provedor de conteúdo?

Ora, se baseado no conceito tradicional de contrato vinculado à ideia de negócio jurídico, dependente da manifestação válida de vontade, não seria possível conferir tutela jurídica a tal prática, re-

26 Tais tipos de licenças são denominados em doutrina por licenças tipo *browse-wrap*. Sobre o tema, vide: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (*shrink-wrap* e *click-wrap*) e dos termos e condições de uso (*browse-wrap*)**: um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. 673f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Há inclusive dificuldade de se enfrentar o enquadramento de tal tipo de documento a qualificação do mesmo como contrato, como se observa do próprio título que separa os termos de uso dos contratos de adesão eletrônico, bem como da seguinte passagem: “No entanto, a sociedade de informação pós-moderna busca, constantemente, a aceleração do tempo. Em outras palavras, na rede mundial de computadores, tudo deve acontecer muito rápido, sob pena de espantar os interessados. Nesse contexto, insere-se uma nova prática contratual, em que o adquirente acessa a página na internet do fornecedor, vinculando-se aos termos e condições de uso fixadas discretamente em um hiperlink no canto inferior do site (“*browse-wrap*”). Diferentemente das figuras anteriores, esta técnica caiu em descrença, pois o fornecedor nem ao menos da aconhecimento da existência dos termos de forma clara e de fácil constatação, o que inviabiliza a real convergência das declarações de vontade (“*meeting of the minds*”).” (*Ibidem*, p. 4).

manescendo sua regulação, sua validade e o controle de merecimento de tutela a um limbo jurídico. A mera negação da qualificação de tais documentos do site Youtube.com como contratos não afasta a efetiva e reiterada relação entre milhares de usuários e os fornecedores de conteúdo existentes na rede.

Ao revés, partindo da noção de contrato como atividade, poder-se-ia conferir tutela contratual a tais documentos, ante a identificação de centros de interesse (usuário e provedor de conteúdo), com estabelecimento de uma relação fática em que se observa coordenação de condutas entre esses centros de interesse dotada de causa (utilização de um serviço prestado a partir da utilização do site, com remuneração indireta através da veiculação de publicidade direcionada), cumprindo uma função social (comportamento socialmente aceito, haja vista o reconhecimento cada vez maior da importância das redes de computadores para o desenvolvimento de relações jurídicas e sociais).

O reconhecimento de contrato estabelecido por estas relações cotidianamente reiteradas pela quase totalidade da população é essencial para atrair a tutela contratual, inclusive com a garantia de aplicação de instrumentos típicos do direito dos contratos, como o cumprimento específico da obrigação. De igual forma, pode-se argumentar sobre a aplicação protetiva do Código de Defesa do Consumidor como meio de proteger o usuário de possíveis abusividades eventualmente previstas pelos termos e condições de uso e política de privacidade, pela aplicação do art. 51 da Lei 8.078/90.

Verifica-se, então, a relevância da aplicação do conceito de contrato sem negócio jurídico, e mais do que isso, a viabilidade da convivência harmônica do conceito de contrato vinculado à noção de negócio jurídico, ao lado do contrato entendido como atividade fática, cuja produção de efeitos práticos merece tutela jurídica.

5 CONCLUSÃO

A partir das ideias lançadas no presente trabalho, pode-se concluir que, ante a alteração no contexto social em que se forjaram as figuras do contrato e do negócio jurídico, toda a teoria que fundamentou tais institutos já não é mais suficiente para os fatos sociais ocorridos na atualidade, em especial no que diz respeito à função da vontade na formação de tais vínculos, tal qual a situação do homem no bonde narrada por Karl Larenz e trazida à introdução.

Demonstrou-se que contrato e negócio jurídico se fundaram eminentemente na vontade expressa e direcionada à formação do vínculo, como reflexo do contexto negocial em que as partes se encontravam em plena igualdade para manifestação de seus interesses. Todavia, o processo de industrialização, com a massificação e volatilidade das relações sociais, fez com que o papel da vontade fosse cada vez mais questionado, de modo que sua exigência acabou por representar obstáculo à proteção de situações subjetivas merecedoras de tutela.

Por esse motivo, apresentou-se uma proposta de revisão do

conceito de contrato atenta não mais apenas à sua estrutura, aos seus dogmas, mas à sua função, qual seja: possibilitar o trânsito patrimonial, inclusive de atividades que, muito embora reconhecidas socialmente, não contavam com a efetiva manifestação de vontade negocial.

Para tanto, se desvinculou o conceito de contrato do conceito de negócio jurídico, tendo por premissa a necessidade constante de revisitação dos conceitos e institutos do direito civil, advinda da constatação da historicidade e da relatividade deles. Isso porque o Direito, vez que inserido em uma determinada sociedade em período específico, tem institutos que, com a alteração do contexto geográfico e/ou temporal, passa a exercer funções completamente distintas, a despeito de manterem o mesmo nome.

Assim, buscou-se evidenciar que, melhor do que meramente assistir ao declínio do contrato, seria atentar à sua função para abarcar situações que não se enquadram no conceito de contrato baseado exclusivamente no negócio jurídico, que, por sua vez, dependem da manifestação de vontade.

Como exemplo dessas situações, demonstrou-se o desenvolvimento das chamadas relações contratuais de fato, do comportamento social típico e da atividade, situações cuja ocorrência e reconhecimento pelo meio social tornam necessária sua tutela por parte do direito.

Com essas premissas, atentando para as relações fáticas, cuja coordenação de condutas entre centros de interesse desenvolve-se

por meio de efeitos essenciais decorrentes da própria atividade das partes, socialmente reconhecida pelo meio inserido, buscou-se entender o contrato, para além dos seus limites tradicionais: o contrato passa a ser visto como uma atividade.

O contrato entendido como atividade não decorre mais da vontade negocial, ou seja, manifestação expressa – e essencial – na formação de um negócio jurídico. O elemento volitivo na formação do contrato sem negócio jurídico é verificado pela própria atividade, quer dizer, vontade quando da prática de determinados atos coordenados entre centros de interesse.

Concluiu-se, outrossim, que os elementos identificadores dos contratos que não decorrem de negócios jurídicos são: (i) coordenação de condutas entre centros de interesses (ii) dotado de uma causa (síntese de efeitos essenciais), (iii) preenchendo uma função social.

Diante do exposto, vislumbrou-se a qualificação de comportamentos sociais típicos, relações contratuais de fato e atividade como efetivas relações contratuais. Por esse motivo, aplicam-se também ao contrato como atividade os remédios típicos cabíveis às relações contratuais, em especial a possibilidade de se exigir tutela específica, ao invés de solucionar desequilíbrios patrimoniais porventura advindos da relação com instrumentos como a responsabilidade civil aquiliana.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 1992.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCARELLI, TULLIO. **Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil**. Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España em Bolonia, 1964.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Responsabilidade Civil – Assalto em estacionamento de supermercado – Estacionamento gratuito como caso de “relação contratual de fato” – Admissão da prova de não-culpa – Estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte – Falta de relação de causalidade adequada**. Revista dos Tribunais, volume 735. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./1997.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Campinas: LZN, 2003.

BIANCA, Massimo. **Diritto Civile**. Volume 3. Milão: Giuffrè Editore, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 115.966/SP**. Recorrente: Espólio de Oswaldo Magalhães Recorrido: Antônio de Toro. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 17 de fev. de 2000. Diário de Justiça, Brasília – DF, 24 de abr. de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 681.856/RS**. Recorrente: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Recorrido: Sport Club Corinthians Paulista. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 12 de jun. de 2007. Diário de Justiça da União, 06 de ago. de 2007, p. 497.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Dos Fatos e do Negócio Jurídico. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito as Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). *Revista de Direito GV* 3, volume 2, nº 1. São Paulo: FGV, jan./jun. 2006.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. 673f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 20ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERINLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato**. São Paulo: Atlas, 2011.

SIRENA, Hugo Cremonez. **Direito dos contratos: relações contratuais de fato e princípio da boa-fé**. In: Revista jurídica da Pro-

curadoria Geral do Estado do Paraná, n. 5, pp. 193/239, 2012.

SIRENA, Hugo Cremones. **Do contrato ao contato: um estudo sobre as relações contratuais de fato**. 172f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná. 2013.