

# Atualidades

## INTERVENÇÃO DO ESTADO NA LIBERDADE CONTRATUAL: ANÁLISE DA TEORIA DA UTILIDADE NEGOCIAL

UNIE CAMINHA

ELISBERG FRANCISCO BESSA LIMA

*1. Evolução do contrato diante da transformação do Estado Liberal em Estado Social: 1.1 Dos ideais liberais para os sociais: reflexos na função dos contratos; 1.2 Evolução dos princípios e das classificações contratuais. 2. Concepção econômica dos contratos: eficiência e custo de transação 3. A Teoria da Utilidade Negocial como instrumento de desqualificação de contrato para fins fiscais. Conclusão.*

O presente artigo tem por escopo aferir os reflexos do extremismo da atual concepção social dos contratos, ressaltando os riscos de um retrocesso nas relações entre o Poder Público e os seus cidadãos. Demonstra-se que direitos e garantias individuais passam a ser relativizados em nome de uma ordem social, promovendo desmedidas intervenções estatais na autonomia privada do cidadão.

A evolução histórica da ordem contratual brasileira evidencia a natureza cultural do instituto jurídico denominado *contrato*, ou seja, atribui-lhe valor gerado pelos dinâmicos anseios e interesses sociais. Após a superação do liberalismo econômico instituidor do Estado Liberal do século XIX, por não mais condizer com a aspiração da sociedade do século XX, instauram-se a ordem social e suas vertentes, fundando-se, com isso, o Estado Social.

Os reflexos dessa alteração são incorporados pelo Direito, especialmente em sua ordem contratual, na qual passa a prevalecer a função social dos contratos, em

detrimento da sua essência jurídico-econômica. Nesse contexto, critérios legais não bastam para aferir a validade de um contrato por parte do Poder Público, necessariamente, além de sua legalidade, passa a ser exigida a sua legitimidade.

As manifestações de vontade dispostas nos contratos passam a se submeter a análises que vão além do aferimento da legalidade, estabelecendo-se, também, subjetivos critérios de legitimidade social das disposições acordadas.

Exemplifica-se a presente problemática com a Teoria da Utilidade Negocial, aplicada pelo Poder Público no exercício do seu poder de tributar, pela qual são desqualificados contratos, em razão da alegada falta de propósito comercial e de exclusivo interesse de promover elisão fiscal, o que, na ótica do fisco, o instrumento contratual ilegítimo.

Sendo assim, no decorrer deste trabalho, analisam-se a atual concepção social do contrato e seus reflexos para a ordem econômica e para a relação entre o Poder

Público e o cidadão, especialmente na seara tributária. Citam-se algumas indagações orientadoras: a transformação histórica dos anseios sociais gerados pela gradativa evolução do Estado Liberal para o Estado Social influenciou nas concepções e nos princípios da ordem contratual brasileira? Qual a implicação da preponderância da função social dos contratos à ordem jurídica e econômica? A relação entre os sujeitos tributários sofre alguma influência em razão da relativização das disposições contratuais promovida pelo aferimento da legitimidade social dos contratos? Para tanto, o presente trabalho é desenvolvido pelos tópicos abaixo descritos:

Inicialmente, busca-se evidenciar o contrato como valor cultural, ou seja, fruto das transformações sociais e das relações intersubjetivas, em que a dinamicidade das necessidades humanas promove-lhes diversas concepções: social, econômica, política e jurídica. Para tanto, explana-se acerca das concepções dos contratos, partindo do Estado Liberal para o Estado Social, com objetivo de evidenciar a atual preponderância da função social dos contratos em detrimento das suas características jurídico-econômicas.

Evidenciam-se, também, os reflexos da atual predominância da função social dos contratos nos princípios e nas classificações contratuais, ressaltando as suas características e os seus institutos jurídicos.

Discorre-se, ainda, sobre a concepção econômica dos contratos e a sua relação com o princípio da função social, notadamente diante de uma acentuada publicização do ordenamento civil brasileiro. Os impactos dessa socialização dos contratos são analisados sob a perspectiva dos custos de transação negociais.

Última-se o presente trabalho exemplificando os riscos gerados por uma acentuada concepção social dos contratos, mediante a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial por parte do Estado no exercício do seu poder de tributar, mesmo sem qualquer respaldo legal.

Por conseguinte, este trabalho visa ressaltar o necessário comeditamento na integração das funções social e econômica dos contratos, em respeito à natureza jurídica destes, resguardando os direitos e garantias individuais, especialmente a livre iniciativa e a liberdade contratual e de contratação.

### *1. Evolução do contrato diante da transformação do Estado Liberal em Estado Social*

As instituições contratuais de uma determinada sociedade espelham os traços socioculturais nesta existentes. As relações intersubjetivas são amparadas por regramentos, sejam de ordem pública ou privada, compostos de ideais caracterizadores dos mutantes anseios vividos em cada época, por cada coletividade.

O caráter instrumental do contrato que o torna uma ferramenta de realização dos interesses dos indivíduos faz deste instituto espelho da realidade social, econômica e política na qual ele é desenvolvido. Os cambiantes valores culturais, por expressarem evolução das vontades humanas, tornam o contrato um instituto jurídico necessariamente dinâmico.

A instrumentalidade do contrato guarda uma perspectiva variante, pois é concebida pelo determinismo cultural, adaptando-se às instáveis necessidades socioeconômicas dos homens. Se o domínio cultural de uma coletividade é o religioso, necessariamente feições religiosas terão os contratos; se é o econômico, características econômicas neles prevalecerão; se é social, funções sociais por eles serão assumidas.

Tal realidade se torna mais evidente a partir da concepção de contrato, aparentemente simplista, porém clarividente, de Jefferson Daibert (1977, p. 16), quando expressa: "Concluimos, pois que o que caracteriza [o contrato] é o acordo simultâneo de vontades, seja qual for a maneira destas

se manifestarem”. Percebe-se, pois que, nessa expressão, assume o contrato o instrumento que reflete a maneira como os indivíduos interagem entre si, espelhando assim os traços socioculturais do ambiente em que disciplina.

Jorge Mosset Iturraspe (1998, p. 11), baseando-se no Código Civil argentino, conceitua contrato: “El contrato, definido en el artículo 1.137 del Código Civil como el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, es una de las especies dentro del género acto o negocio jurídico”. Ou seja, o autor define o contrato como acordo de vontade comum destinada a reglar seus direitos, sendo uma das espécies dentro do gênero negócio jurídico. Ressaltando semelhantes características, como negócio jurídico e manifestação da vontade, Silvio Rodrigues (2002, p. 9) conceitua contrato da seguinte forma: “Negócios jurídicos bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade. (...) Foi o que fez Clóvis Beviláqua, nem sempre com aplausos de todos, ao afirmar que ‘o contrato é acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar, ou extinguir direitos’. Por conseguinte, cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades, encontramos na presença de um contrato, que é, pois o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”.

Já sob a concepção econômica do contrato, Pinheiro (2007, p. 113) evidencia a incorporação dos valores da segurança jurídica e da eficiência econômica para a efetivação da função contratual na sociedade, conforme se expressa abaixo: “Apenas por meio dos contratos é que se podem realizar investimentos com vistas a reduzir riscos no futuro, tema de que vamos nos ocupar mais adiante. A natureza do contrato é a promessa de cumprimento recíproco – prometer vem do latim *promittere*, que significa ‘atirar longe’, obrigar-se verbalmente ou por escrito a fazer ou dar. Só há eficiência em uma economia quando é

possível assegurar que tais promessas serão cumpridas. Ou seja, nos exemplos acima, só valeriam como verdadeiros contratos se pudessem ser de alguma forma liquidados ou, em oposição, se não houvesse o cumprimento de promessa, se algo pudesse ser feito para induzir aquele que prometeu a cumprir a palavra”.

Em todas as referidas abordagens acerca de contrato, a manifestação de vontade é evidenciada como característica inerente a este instrumento. Logo, para uma substancial compreensão dos contemporâneos institutos da teoria contratual, especialmente dos seus princípios e das suas concepções econômicas, faz-se necessária uma breve análise histórica das manifestações das vontades que contextualizaram o contrato na passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

### *1.1 Dos ideais liberais para os sociais: reflexos na função dos contratos*

O processo evolutivo dos contratos é reflexo das transformações sociais, econômicas e políticas vividas pela civilização humana, particularmente a partir do século XVIII, quando a influência do medievo religioso cede espaço para valores que comporiam as forças capitalistas, como a liberdade econômica e a institucionalização do lucro.

Rodrigues Junior (2002, p. 27), acerca da superação das concepções medievais, que gerou o denominado Estado Moderno, afirma que: “O Feudalismo e seus espectros, dentre os quais a ideologia da Igreja, as lições da Escolástica e da Patrística, a vedação à usura e ao anatocismo, são lentamente expurgados ou combatidos no panorama europeu. O ponto de culminância de todo esse processo é a Revolução Francesa de 1789, quando o absolutismo deixa de ser útil aos capitalistas. O rei, após disputar com forças feudais e unificar o estado, perde sua importância, pois não mais interessavam à burguesia a manutenção das cor-

porações de ofício e a intervenção direta nos assuntos econômicos”.

Os rígidos ditames aristocráticos, característicos do absolutismo monárquico, foram superados pela era do valor individual e da acumulação de riqueza, fortalecendo as bases para que, no século XIX, o Liberalismo atingisse o seu apogeu.

Nessa transição, dois fatos marcaram a história da humanidade, a Revolução Industrial, aproximadamente, do ano de 1740 e a Revolução Francesa de 1789, mediante os quais novos paradigmas foram instituídos e arcaicas concepções foram transformadas em nome de um ideal liberal-burguês. Saldanha (2000, p. 74) assim ressalta essas transformações revolucionárias: “As revoluções liberal-burguesas situaram um modelo de esquema revolucionário, do qual se alimentaram os conceitos posteriores, e neste ponto a experiência francesa foi de fato o modelo principal. Não mais apenas a ‘resistência’ como nos tempos de Manegold ou nos de Hotman: não mais apenas, também, a idéia platônico-polibiana de um rodízio de formas de governo ou a concepção aristotélica de mutações nas instituições. Doravante se entenderia como revolução a mudança de estrutura e de perspectiva no todo da sociedade, estando a mudança política em compromisso com a mudança no domínio de classe, ou nos valores, ou em algo bastante essencial, e mais: sendo as mudanças algo definitivo, algo a que o entendimento hegeliano oportunamente aplicaria o conceito de *Aufhebung*: superação-incorporação”.

A tais transformações sociais, políticas e econômicas não poderia o Direito ficar inerte. A evolução normativa se fazia necessária, pois valores foram superados e outros foram incorporados, especialmente pela valorização do individualismo liberal. A liberdade individual e autonomia da vontade foram incorporadas às regras, o que gerou, no âmbito contratual, a doutrina voluntarista.

A liberdade econômica fazia-se a expressão do ambiente sociopolítico da épo-

ca. Nos contratos, a doutrina voluntarista fez nascer a idéia de que os homens têm o direito de fazer o que desejar com o que lhes pertencer. As imposições e limitações régias não mais poderiam oprimir a autonomia da vontade de cada indivíduo.

Mediante batalhas e revoluções, o pêndulo social da história se voltaria para a proteção da liberdade humana, deslocando-se de um extremo, Estado Monárquico-absolutista, para o outro, Estado Liberal-burguês. Para tanto, evidencia Santos (2004, p. 34) acerca dessa transformação social e o seu impacto na seara contratual: “Uma seqüência de acontecimentos políticos, com repercussão na atividade econômica, ocorrida entre os séculos XVI e XIX, modificou a civilização européia. Em substancial trabalho, Valespinos traça o arcabouço do contrato na Idade Moderna, aduzindo que o triunfo da autonomia da vontade como concepção soberana de todos os direitos e obrigações surgiu com tamanha força naquela época [*séculos XVI a XIX*], que o sistema contratual recebeu impulso tão transcendente que passou a ser o centro de todo o regime jurídico. Para manter esse extremo da autonomia da vontade, foi necessária a conjunção de numerosos fatores que, junto ao espírito rebelde da época, destruíram todo o sistema político, social e econômico medieval implantando-se individualismo jurídico baseado nas idéias de liberdade”.

O contrato, na fase áurea do liberalismo econômico, tornou-se um instrumento de maior representatividade da liberdade civil. O ambiente de plena autonomia da vontade privada contribuiu para evolução nos institutos contratuais, pois as pessoas estavam livres para manifestar as suas vontades, mediante disposições contratuais feitas e realizadas exclusivamente nos termos dos seus interesses.

No entanto, extremismos e exacerbações, provocadas por concepções clássicas trazidas pelo Estado Liberal, tais como: individualismo sem limites, senso de igualdade plena dos contratantes e autonomia

privada absoluta, evidenciaram-se a ponto de transparecer a necessidade de uma intervenção do Estado nas convenções particulares.

Em meados do século XX, as atenções se voltam para o dirigismo contratual e para o protecionismo social, pois o liberalismo econômico se demonstrou falho e incapaz de gerar equilíbrio social. As concepções político-econômicas do Estado Liberal passam a ter outro foco, o interesse social, tendo como objetivo a realização da segurança jurídica social.

O Estado volta-se para a sua concepção social, em que a liberdade contratual se torna limitada, em nome do protecionismo do interesse coletivo e de um substancial equilíbrio entre os contratantes. A subordinação econômica dos contratos é demonstrada, sob o argumento de que a igualdade jurídica não pode prevalecer diante da desigualdade fático-econômica. Logo, necessário se tornaria o dirigismo contratual por parte do Poder Público, para assegurar equilíbrio de forças entre os particulares.

Sobre a referida substituição da ordem liberal clássica pela concepção social do Estado e evidenciando a necessidade de uma intervenção estatal nos contratos em nome da legitimidade social, Santos (2004, p. 43) ressalta que: “As conseqüências da subordinação econômica dos contratos clama pela revisão de sua doutrina clássica, porque existe igualdade jurídica, mas forte desigualdade econômica; a liberdade jurídica diante de subordinação econômica e o excessivo individualismo de épocas anteriores, perante as exigências da solidariedade social e funcionalismo no exercício das prerrogativas individuais, especialmente no que atende à faculdade de contratar ou não contratar. Por isso, atualmente, se fala em solidariedade, ou em princípio da sociabilidade. Também se deve falar em humanização do direito de probidade no cumprimento do contrato, ou seja, *fair play*, jogo limpo”.

Com esse contexto tendente à sociabilidade, em resposta ao individualismo exacerbado do período clássico-liberal, o direito positivo brasileiro determinou, por intermédio do Código Civil de 2002, a função social do contrato, especialmente em seu art. 421, em que expressa: “A Liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por conseguinte, evidente foi a incorporação, na vertente contratual do Ordenamento Jurídico Brasileiro, dos valores amparados pela segurança jurídica social, quedando-se, em segundo plano, a individualidade e a autonomia da vontade. No entanto, ainda persistem questionamentos e inquietações acerca do impacto da ordem social dos contratos, nos seus princípios e na sua precípua função econômica.

### *1.2 Evolução dos princípios e das classificações contratuais*

Os princípios básicos do direito contratual são o da autonomia da vontade, o da força vinculante do contrato e o da relatividade das convenções. As transformações sociais, econômicas e políticas dos últimos três séculos provocaram formas diferenciadas de interpretação e aplicação dessas bases contratuais.

O princípio da autonomia privada está baseado na faculdade que têm os indivíduos de criar relações jurídicas entre si, determinando direitos e deveres mútuos, com a finalidade de ter satisfeita a sua vontade. Para Veras (2005, p. 45), a autonomia privada poder ser caracterizada da seguinte forma: “O princípio da autonomia da vontade traduz-se no princípio da autodisciplina dos próprios interesses de maneira que a liberdade de contratar é uma faculdade que as partes têm de contrair ou não vínculo obrigacional, ao passo que a liberdade contratual possibilita estruturar o conteúdo do contrato de maneira a atender aos interesses das partes interessadas em determinado negócio”.

Percebe-se que a autonomia privada, ou mesmo, autonomia da vontade, tem por fundamento a autodisciplina, ou seja, a prerrogativa dos particulares de disciplinarem as suas relações intersubjetivas, sem a intervenção estatal. Tal regramento impõe-se no Ordenamento Jurídico Brasileiro especialmente pelo art. 5º, *caput*, da vigente Constituição Federal do país, como se evidencia: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”.

A liberdade, portanto, é enaltecida no supracitado princípio constitucional, dando-lhe uma formatação consubstanciada na individualidade e no interesse particular. Por esta razão, a autonomia da vontade teve, no Estado Liberal, o ambiente perfeito para o seu apogeu. A liberdade humana tendente a sua plenitude, como pregava o liberalismo econômico do século XIX, equiparou a autonomia da vontade à lei.

No entanto, com a historicamente comprovada incapacidade do Estado Liberal de harmonizar interesses pessoais em prol da coletividade, o princípio da autonomia da vontade sofre limitações, em nome do interesse social. Santos (2004, p. 47), argumenta que tal princípio não foi, nem mesmo na sua concepção liberal, absoluto, assim descrevendo: “Apesar de imbricar o econômico como direito positivo, é observado que a autonomia da vontade como algo intangível sempre teve relevância no aspecto filosófico. No que toca ao direito positivo, ela sofre temperamentos, afastando aquela rigidez dos canonistas, teólogos, economistas e filósofos. A soberania da vontade sempre recebeu flexibilidade. A onipotência da vontade nem sempre é tão onipotente assim, quando se está diante da exigência de que o contrato tenha objeto lícito, que o contratante seja capaz e que as convenções não afetem a moral e os bons costumes. O legislador sempre considerou

que a soberania da vontade não era tão rígida como dá a entender à primeira vista”.

A flexibilidade do princípio da autonomia privada se torna ainda mais evidente no Estado Social, no qual a ilimitada proteção de interesses difusos e sociais inibiu a concepção de liberdade individual. Não apenas as normas cogentes passariam a ter esta função mitigadora, mas também valores principiológicos, como o da boa-fé, o da moral e o dos bons costumes.

Por conseguinte, flexibilidade deste princípio é patente na hodierna ordem social dos contratos, resta saber até que ponto a individualidade pode ser submissa à coletividade. Nessa ordem, vislumbra-se um certo extremismo das ações estatal, em nome da famigerada função social dos contratos, ceifando valores individuais conquistados com grandes sacrifícios.

O enaltecimento dos valores sociais nas instituições contratuais não pode ter o condão de gerar insegurança nas relações intersubjetivas, sob pena de retroceder a períodos em que arbítrios eram cometidos. A exacerbação da concepção social dos contratos pode ser tão prejudicial quanto foram os extremismos cometidos no Estado Liberal.

Diante das novas exigências sociais em relação à função dos contratos, os princípios da força vinculante dos contratos e o da relatividade das convenções também são alterados.

A força vinculante dos contratos apresentava-se de forma absoluta, desde que respeitados os requisitos mínimos legais, no liberalismo do século XIX, período em que se estabelecia a idéia de que as partes contratavam de forma livre e consciente, logo sujeitas estariam às regras acordadas. Rodrigues Junior (2002, p. 18), lecionando acerca da concepção clássica desse princípio, expressa: “O liberalismo do século XIX justifica o princípio na idéia de que, se as partes alienaram livremente sua liberdade, devem cumprir o prometido, ainda que daí lhes advenha considerável prejuí-

zo. Pois, quem diz contratual, diz justo. O princípio da obrigatoriedade das convenções encontra um limite na regra de que a obrigação se extingue se vier a se impossibilitar por força maior ou caso fortuito. Mas, dentro da concepção clássica, essa é a única limitação à norma da obrigatoriedade do contrato”.

Com essa concepção clássica da obrigação contratual, o liberalismo econômico especialmente do século XIX, tornava absoluta a força vinculante dos contratos, fazendo com que as partes se sujeitassem obrigatoriamente às cláusulas contratuais, sem espaço para alterações. Estabelecia-se, assim, a aceitação do *pacta sunt servanda*, ou seja, pactos devem ser cumpridos na literalidade de seus termos.

No entanto, desequilíbrios foram evidenciados com essa concepção clássica da força vinculante dos contratos, pois seus pressupostos, quais sejam: liberdade contratual absoluta e igualdade entre as partes não resistiram aos fatos.

Diante de uma realidade em que uma parte não estaria plenamente livre para impor sua vontade nos contratos, pois encontraria, em outra, força suficiente para desequilibrar a relação contratual, a liberdade e igualdade das partes foram desconsideradas. Geravam-se, pois, desequilíbrios obrigacionais e injustiças, deturpando a natureza conciliatória do contrato.

Invocam-se, com isso, novos valores orientados por uma ordem jurídica em que o contrato deve exercer a sua função social e, portanto, não pode ter conteúdo que provoque desequilíbrios. Assim, a força vinculante dos contratos fora cedendo espaço para a necessidade de adequação social, mesmo que para isso, fosse necessária a revisão do que inicialmente fora pactuado.

Os contratos passam a vincular às partes de forma relativa, pois se houver alterações substanciais da situação dos contratantes, alheias às suas vontades, geradoras de desequilíbrios e submetidas à im-

previsão, possível seria a sua revisão. A cláusula *pacta sunt servanda* cede espaço para a cláusula *rebus sic stantibus*. Neste passo, expressa Santos (2004, p. 47): “A obrigação perpétua é inconcebível socialmente. Os contratos cativos, de trato sucessivo ou de duração indeterminada, podem ser rescindidos unilateralmente, preenchidas certas condições quando previstas em lei. As regras que disciplinam a lesão como motivo para anulação e revisão dos contratos, a onerosidade excessiva, a boa-fé, que é princípio geral de direito e foi erigida a grau de positividade jurídica, como se vê nos arts. 133 e 422 do Código Civil de 2002, e a função social do contrato, que não pode ser aludida pela parte, sob o pretexto de que o contrato é claro o suficiente e que a parte aceitou cláusula que vulnerou dito princípio [CC, art. 2.035, parágrafo único]”.

Conseqüentemente, o princípio da relatividade das convenções, que Rodrigues Junior (2002, p. 16) afirma ser “a idéia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros”, recebe novos contornos diante dos valores sociais a que os contratos hodiernamente estão sujeitos. Para a concepção contemporânea, os efeitos contratuais, ainda que indiretamente, atingem a sociedade, não apenas as partes contratantes, ampliando-se assim a abrangência do princípio da relatividade dos contratos.

Conclui-se, assim, que as transformações sociais, econômicas e políticas que originaram a passagem do Estado Liberal, pautado pelo liberalismo econômico, para o Estado Social, provocaram novas concepções nos princípios contratuais, tornando-os propensos aos interesses sociais e coletivos, em detrimentos da autonomia privada. No entanto, a concepção econômica do contrato não deve ser deturpada, por sua função social, sob pena de ser descharacterizada a sua natureza de instrumento de circulação de riqueza.

## **2. Concepção econômica dos contratos: eficiência e custo de transação**

A acepção contemporânea das normas contratuais torna prevalentes ditames de ordem social, em detrimento dos interesses dos particulares. Tal realidade, se não for conduzida com razoabilidade, notadamente pelas autoridades públicas, poderá ensejar desequilíbrios socioeconômicos, pois se desvirtuaria a concepção precípua dos contratos que é de ordem econômica.

O contrato é o instrumento de harmonização dos interesses dos agentes econômicos, estabelecendo entre estes ligações pontuais, que formarão, em uma perspectiva macro, a estrutura econômica de um determinado mercado. Portanto, o contrato é a ferramenta que viabiliza a própria economia, pois é meio pelo qual os agentes econômicos estabelecem troca de interesses.

Acerca da concepção econômica do contrato Pinheiro (2005, p. 112) expressa, “a noção do contrato como um acordo de vontades tem sua acepção econômica em três processos diferentes: a oferta e a contrapartida da oferta, a aceitação da oferta e da contrapartida, e a liquidação da promessa”.

Percebe-se, pois, que, em um primeiro momento, o acordo de vontades está no encontro de interesses aparentemente antagônicos, ou seja, uma manifestação de vontade interage com outra, mediante a oferta e a sua contrapartida. Seria o vendedor interagindo com o comprador, cujas vontades estariam satisfeitas se houver o cumprimento das promessas de ambos.

Nesse aspecto, entende-se o contrato como meio de incentivo às interações econômicas, por viabilizar o encontro das antagônicas manifestações de vontades dos agentes econômicos. Haveria a compra e venda, por exemplo, por se estipular, em um contrato, a forma com que se dará a oferta, a sua contrapartida e, especialmente o cumprimento de ambas.

Ao expressar acerca da concepção econômica dos contratos e dos componentes circunstâncias para a sua efetivação, Sztajn (2005, p. 104) assim leciona: “Sob a ótica da Economia das Organizações, um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção. A teoria da escolha contratual prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes atingirem objetivos predefinidos. Os arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento das promessas”.

Observa-se que a autora expressa algumas condicionantes para que os agentes econômicos se sintam incentivados a interagir entre si e cumprir com as suas promessas. Além dos arranjos institucionais, ou seja, o conteúdo do próprio contrato como meio de motivação, haveria também os ambientes em que eles estariam envolvidos.

Não basta, portanto, contrato economicamente eficiente, ou seja, capaz de motivar a interação entre os agentes econômicos, deve haver, também, um ambiente institucional que incentive às relações econômicas, especialmente por parte Poder Judiciário, que tem a função de fazer cumprir as determinações contratuais. Nesse passo, expressa Pinheiro (2005, p. 118): “Os contratos são promessas que contêm um componente do ambiente institucional para aplicar sanção na hipótese de descumprimento. São contratos somente aquelas relações humanas que o sistema jurisdicional (o Poder Judiciário e as Leis) entende e às quais pode aplicar sanção, caso necessário”.

Por conseguinte, o Poder Judiciário, como importante componente do ambiente institucional da concepção econômica do contrato, concorreria para a eficiência contratual, se atuasse na aplicação de sanções nos casos de inadimplência das obrigações contratuais.

O incentivo dos agentes econômicos nas relações de trocas está amparado na possibilidade de as promessas contratuais serem cobradas e cumpridas, ou seja, está baseada na eficiência contratual.

Tal eficiência seria a razão da existência do contrato, sobre o qual afirma Masten (1998, p. 4): “Beyond this basic commitment-enhancing function, contract theorists generally associate three broad motives with contracting: risk transfer, incentive alignment, and transaction cost economizing”. Isso significa que além da básica função de acentuar confiança, teóricos do contrato geralmente associam três principais motivos à contratação: transferência de risco, alinhamento de incentivos e economia dos custos de transação.

A alocação eficiente de riscos nos contratos, em que se fundamenta a teoria da agência, assume a existência de informações assimétricas, defendendo, portanto, a aferição de riscos e a implementação de ações mitigadoras. Sendo assim, considera objetivos conflitantes entre contratantes, em que um, denominado agente, aloca o risco inerente ao interesse conflitante do outro, que seria o principal. Quanto a essa teoria, assim expõe Pinheiro (2005, p. 108): “A Teoria da Agência foi bem descrita por Berle e Means já em 1933. Em síntese, o problema da agência se resume a uma situação em que os interesses de uma pessoa (o principal) dependem das ações de outra (o agente) – com a qual não compartilha os objetivos –, conforme regulado por um contrato entre as duas. O principal deseja que o agente se comporte de forma a favorecer seus interesses (do principal), mas não possui as informações completas nem para definir exatamente o que o agente deve fazer, nem para monitorar o que ele

de fato faz. Além disso, há incertezas externas à relação entre os dois que afetam o resultado final do agente; por essa razão, o principal não tem como saber se um resultado menos favorável do que ele desejaria se deve a um comportamento não ideal do agente ou a outro fator externo. Isto é, não possibilidade de individualizar o efeito da ação do agente, impedindo o principal de saber com certeza qual foi conduta do agente”.

Diante de tal dificuldade, tornam-se imprescindíveis as estipulações contratuais que visem estimular os contratantes a cumprir com o acordado, mesmo quando aqueles estão impossibilitados de promover uma fiscalização mútua. Tem-se assim a teoria dos incentivos que defende o convencimento, por parte dos próprios contratantes, que é mais economicamente eficiente o cumprimento do contrato nos termos estabelecidos, do que o seu inadimplemento. Nesse passo, evidencia Pinheiro (2005, p. 140): “Portanto, um elemento fundamental no desenho dos contratos é o estabelecimento de incentivos que estimulem as partes a cumpri-lo, em uma situação em que a outra não pode monitorar ou verificar (*ex post*) com precisão se a outra se comportou conforme o prometido. O direito é prescritivo uma vez que estabelece normas de conduta que devem ser seguidas por todos e se vale de mecanismos de coação e sanção no seu descumprimento”.

Percebe-se que tais teorias ressaltam a utilização de mecanismos capazes de promover a eficiência econômica dos contratos. Alocar riscos e estabelecer incentivos são instrumentos que visam o cumprimento contratual, porém de forma compensatória, diante de uma análise de custo/benefício entre o adimplemento e o inadimplemento contratual.

Objetiva-se, com isso, a economia dos custos de transação, ou seja, o contrato estabeleceria disposições determinantes para o seu cumprimento, sendo formalizados meios de coação para a sua realização, com intuito de mitigar riscos para os con-

tratantes e, assim, reduzir os custos de uma determinada operação econômica. Tem-se, assim, análise econômica do contrato enaltecendo a sua primordial função que é instrumentalizar a circulação de riquezas, visando maximizar a satisfação dos agentes econômicos.

No entanto, tal concepção está atualmente ameaçada por uma visão exacerbada da função social do contrato, em detrimento da sua essência jurídico-econômica. Conforme anteriormente visto, o extremismo da preponderância de valores sociais, em nome do distanciamento do Estado Liberal para o alcance do Estado Social e suas vertentes, desfigura a concepção econômica do contrato, afastando-o da segurança jurídica e da economia dos custos de transação.

Ressaltando-se o impacto da prevalência da ordem social sobre a ordem jurídica, notadamente quando diz respeito a alterações do Direito Civil na seara contratual, ditadas pelos contemporâneos valores que enaltecem a legitimidade, em detrimento da legalidade, expressa Fachin (2003, pp. 95 e 225):

“O Direito vai progressivamente se abrindo para uma certa porosidade, no sentido de apreender essas relações, dar relevância jurídica, inclusive na lacuna da lei e, às vezes, até mesmo contra o sentido literal da regra, quando aplicação desse sentido não conduz a resultado justo e razoável num caso concreto.

“(…)”

“Nos contratos, há a valorização de elementos como boa-fé e confiança, os quais revelam uma transformação dessa ordem de idéias. A tutela da aparência confronta-se com aquele ideal abstrato de segurança jurídica que o sistema perseguia, no qual, só excepcionalmente, se admitia a relevância da aparência, em hipóteses previamente regulamentadas como a do credor putativo. Porém, quando a aparência, na verdade, espelha também um estado interior e está recoberta pela boa-fé, a prote-

ção coloca-se acima da suposta segurança jurídica que emana de regras gerais e abstratas.”

Constata-se, com isso, que a declaração da vontade dos contratantes está sujeita, com a denominada porosidade do Direito da era do Estado Social, não só aos regramentos positivamente preestabelecidos, mas também a valores e conceito indeterminados de legitimidade e boa-fé. O extremismo dessa concepção pode acarretar graves conseqüências à segurança jurídica das relações contratuais, especialmente quando o subjetivismo passa a interessar a parte detentora de maior poder.

Tal problemática pode ser evidenciada nas desqualificações, exercidas pelo próprio Estado no exercício do seu poder de tributar, de negócios jurídicos realizados entre partes contratantes plenamente capacitadas, sob a alegação de falta de legitimidade da relação contratual, mesmo sendo esta lícita.

O Estado-fisco, amparado pela hodierna preponderância dos valores sociais do contrato, invade a esfera dos seus cidadãos-contribuintes, para desconsiderar negócios lícitos, porém ilegítimos, segundo a sua subjetiva óptica de legitimidade.

Passa-se, assim, a analisar a Teoria da Utilidade Negocial, aplicada pelo Estado-fisco em nome da socialização do direito privado, para desqualificar contratos estabelecidos por seus cidadãos-contribuintes, como reflexo da atual predominância da concepção de legitimidade social dos contratos, em detrimento da sua natureza jurídico-econômica.

### **3. A Teoria da Utilidade Negocial como instrumento de desqualificação de contrato para fins fiscais**

A problemática da socialização exacerbada da ordem contratual brasileira, que enfraquece o acordado entre os particulares em nome da subjetiva noção de legitimidade social, é evidenciada nas relações

entre os sujeitos tributários. De um lado, o direito à liberdade contratual do cidadão-contribuinte; do outro, o Estado-fisco no exercício do seu poder de tributar, ambos se relacionando sob perspectiva não mais adstrita à legalidade, mas alargada por valores abstratos e indeterminados.

A liberdade contratual do cidadão-contribuinte, embora mitigada pela concepção social do Estado, ainda é um direito fundamental contemplado na Ordem Constitucional Brasileira, especialmente assegurado nos valores constitucionais da liberdade, da propriedade privada, da livre iniciativa, da legalidade e da segurança jurídica. A função social não pode ser aplicada em detrimento daqueles valores, mas, sim, para orientá-los, preservando a harmonia entre interesses privados e públicos.

No entanto, percebe-se que, com o pressuposto de ser instrumento de socialização dos contratos, o Estado-fisco desrespeita o exercício lícito da liberdade contratual e da livre iniciativa do cidadão-contribuinte, ao desqualificar negócios jurídicos realizados, sob o argumento de serem objetos de ilegítimo planejamento tributário. A administração tributária invoca para tal fim, a Teoria da Utilidade Negocial como instrumento de combate à economia de tributo, ainda que esta seja realizada por meio de contratos lícitos.

Antes de se prosseguir com a análise jurídica da referida teoria e a sua contextualização na atual ordem contratual, necessário se faz conceituar planejamento tributário e distinguir a elisão fiscal da evasão fiscal.

Planejamento tributário é o exercício da liberdade dos contribuintes de se auto-organizarem, mediante ato comissivo ou omissivo que vise à concreção de negócios jurídicos com o menor custo tributário possível. Logo, trata-se de economia lícita de tributo, fundada na autonomia privada e na livre manifestação da vontade dos sujeitos passivos da tributação. Define Fabretti (2005, p. 152) planejamento tributário nos seguintes termos:

“Planejamento tributário é atividade que estuda a priori os atos e negócios jurídicos que o agente econômico (empresa, instituição financeira, cooperativa, associação) pretende realizar. Sua finalidade é obter a maior economia fiscal possível, reduzindo a carga tributária para o valor realmente exigido por lei.

“Devem-se pesquisar, antes de cada operação, suas conseqüências econômicas e jurídicas, porque uma vez concretizadas, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos (art. 116 do CTN), surgindo a obrigação tributária.

“Portanto, devem-se estudar e identificar todas as alternativas legais aplicáveis ao caso ou a existência de lacunas ‘brechas’ na lei, que possibilitem realizar a operação pretendida, da forma menos onerosa possível para o contribuinte, sem contrariar a lei.”

Entende-se, com a referida explanação, que o planejamento tributário tem por objeto o estrito cumprimento das obrigações tributárias acessórias, bem como a eficiência no adimplemento das obrigações tributárias principais, valendo-se do princípio da estrita legalidade tributária para economizar custos com a tributação. Cumprir rigorosamente a lei ou fazer o que esta não proíbe é parâmetro basilar da licitude do planejamento tributário.

Destaca-se, assim, que a diferença entre o planejamento tributário lícito e o ilícito, denominados doutrinariamente de elisão e evasão fiscal respectivamente, é evidenciada nos aspectos da licitude e da legalidade. Enquanto na evasão fiscal existe a sonegação de tributos, ou seja, a ilicitude; na elisão tributária, há economia lícita de tributos, mediante o estrito cumprimento das regras que a norma tributária exige. Expressa Huck (1997, p. 326) tal diferenciação: “A evasão é sempre ilegal. A fuga do imposto devido, manifestada sob a forma de fraude, simulação ou embuste de qualquer natureza, sofre condenação em todos os sistemas jurídicos nacionais. Eli-

são, elusão ou evasão lícita é a subtração ao tributo de manifestação de capacidade contributiva originalmente sujeita a ele, mediante a utilização de atos lícitos, ainda que não congruente como objetivo da lei. Em essência, surge como uma forma jurídica alternativa, não prevista na lei tributária, de alcançar o mesmo resultado negocial originalmente previsto, sem o ônus do tributo”.

Pacificado, doutrinária e jurisprudencialmente, está o entendimento acerca do instituto da elisão fiscal como planejamento tributário lícito, e da evasão fiscal como ofensa à legislação tributária. Não há, portanto, divergências substanciais quanto à concepção da legalidade que diferencia tais institutos; há, sim, discussões acadêmica e forense em relação à conceituação de elisão fiscal ilegítima. Quanto à análise da legitimidade de planejamentos tributários, Abraham (2007, p. 229) assim determina: “De fato, o planejamento tributário pode se dar através da adoção de variadas formas, maneiras configurações, utilizando-se do sistema tributário nacional ou internacional, segundo as necessidades, os interesses e as condições do contribuinte, seja ele uma pessoa física ou uma pessoa jurídica. Conforme o seu desenho e posterior resultado, ganhará uma denominação: evasão fiscal; elisão fiscal ilícita ou; elisão fiscal lícita. Nos extremos, temos, de um lado, os atos ilegais e do outro os plenamente lícitos, enquanto que no meio termo uma área controvertida e que ora será analisada, debatida e testada, a fim de efetivamente configurá-la de maneira correta”.

É por esse “meio termo” expresso pelo citado autor, que o Estado-fisco invoca a Teoria da Utilidade Negocial, para desqualificar contratos lícitos; porém, segundo sua subjetiva análise, socialmente ilegítimos. Tudo em nome da arrecadação, mesmo que haja ofensa a direitos fundamentais do cidadão-contribuinte, como o da liberdade contratual, legalidade tributária estrita e segurança jurídica.

A Teoria da Utilidade Negocial teve origem no Direito norte-americano e no Direito suíço e prevê, fundamentalmente, que, ao realizar um contrato que proporcione uma redução da carga tributária deve o cidadão-contribuinte demonstrar que o propósito do negócio jurídico realizado não era, exclusivamente, a economia fiscal, mas sim a concreção de um intento mercantil. Necessário, portanto, seria provar a finalidade comercial do contrato realizado, sob pena de ser considerado ilegítimo para efeitos fiscais. Fossati (2006, p. 91) assim expressa acerca desse instrumento antielisivo: “Também conhecida como *Business or Corporate Purpose Theory*, esta doutrina foi desenvolvida no Direito suíço e no Direito norte-americano. Postulava que, como justificativa da prática elisiva, o contribuinte deveria demonstrar necessariamente a existência de intenção, propósito ou utilidade do negócio de natureza material ou mercantil, ou seja, o simples objetivo de evitar ou de reduzir o tributo – buscando a economia fiscal – incidente na operação, não seria suficiente para legitimar a conduta elisiva”.

Percebe-se que o elemento subjetivo e intencional da realização do contrato é aferido pelo Estado-fisco, que passa a exigir não apenas a legalidade ou licitude do contrato realizado, mas a legitimidade da sua motivação. Somente se fossem preenchidos os critérios objetivos de licitude e os subjetivos de legitimidade é que o planejamento tributário teria o caráter de elisão fiscal para as autoridades fazendárias.

A autoridade fiscal, por essa doutrina, teria o poder de intervir na autonomia privada do cidadão-contribuinte, não apenas verificando a legalidade de suas ações, mas também a sua vontade substancial. Agrega-se, com essa teoria, um forte instrumento antielisivo ao Estado-fisco, qual seja: poder de desqualificar contratos, mediante o aferimento da real vontade do cidadão-contribuinte na realização de um instrumento contratual.

Para Dória (1977, p. 90), a teoria poderia ser aplicada se: “a) A forma de Direito Civil eleita pelas partes é insólita e não corresponde à situação econômica. b) A tal fato se acresce uma apreciável economia de impostos. c) Ficar patente que tal estado de coisas não tem outra explicação senão a redução da carga fiscal”. Por conseguinte, contratos poderiam ser desqualificados, caso o Estado-fisco entendesse haver incoerência entre a finalidade do negócio jurídico realizado e a realidade econômica por este alcançada.

A aplicação dos referidos critérios da Teoria da Utilidade Negocial pode ser evidenciada em reorganizações empresariais atacadas pelo Estado-fisco, sob o fundamento de não serem duradouras, de não proporcionarem vantagens comerciais e de terem finalidade substancial exclusiva a de reduzir tributos.

Nesse passo, observa-se que a aplicação dessa Teoria no Ordenamento Tributário Brasileiro autorizaria ao Estado-fisco a interpretar as normas tributárias, mediante critérios econômicos, em detrimento de sua natureza estritamente jurídica. A relação tributária está amparada pelo princípio constitucional da estrita legalidade tributária e por sua vertente tipicidade fechada, em razão das quais todos elementos que constituem um tributo devem ser expressos em lei.

Consoante aos supracitados preceitos constitucional e infraconstitucional da tributação brasileira, Fossati (2006, p. 93) expressa o seu repúdio à aplicação da referida Teoria pela administração tributária do Brasil, como abaixo se evidencia: “Consideramos que a doutrina em apreço não tem guarida no Direito brasileiro, porquanto não encontra amparo nos princípios constitucionais e nas garantias fundamentais dos contribuintes. Toda e qualquer tentativa de cercear a livre necessidade de transação e reorganização negocial – desde que sempre nos moldes da legislação permissiva ou não-proibitiva – é inconstitucional e nitidamente prejudicial à econo-

mia e ao desenvolvimento do Estado. Atrelar a viabilidade de operações societárias à formação unicamente de benefícios trazidos à sociedade diversos dos benefícios fiscais é totalmente incoerente ao cerne da sobrevivência e da minimização dos custos operacionais das empresas, bem como representa entrave a qualquer nível de expansão empresarial, seja a título de novas contratações ou a título de intensificação da produção”.

Invoca o supracitado autor que além do prejuízo à ordem jurídica, a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial implica em sérias conseqüências econômicas, pois potencializa os custos de transação no ambiente empresarial brasileiro. A insegurança jurídica gerada aos agentes econômicos, em razão de uma intervenção estatal embasada em critérios subjetivos, desvirtua uma das funções precípuas do direito, qual seja: promover a eficiência econômica.

No entanto, a Teoria da Utilidade Negocial tem sido não só doutrinariamente aceita por alguns juristas, especialmente os vinculados às fazendas públicas, mas também aplicada no Brasil, seja pelo Poder Judiciário ou por órgãos fazendários, mesmo sem respaldo legal, já que tentativas de expressá-la no texto da lei foram infrutíferas, como exemplifica a não conversão em lei do art. 14 da Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, que expressava:

Art. 14. São passíveis de descon sideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º. Para a descon sideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

- I – falta de propósito negocial; ou
- II – abuso de forma.

§ 2º. Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para

os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Na esfera judicial, pode-se destacar o conflito ainda gerado pela desqualificação do contrato de *leasing* exercida por alguns julgadores que teimam em transfigurá-lo em contrato de compra e venda, para efeitos fiscais.

Embora atualmente a Súmula 293 do Superior Tribunal de Justiça expresse que: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”, determinados magistrados ainda interpretam o contrato de *leasing* sob ótica da falta de propósito negocial, em que a real intenção dos cidadãos-contribuintes contratantes seria de vender e comprar determinado bem, não de arrendá-lo.

Ademais, para os defensores da desqualificação do contrato de *leasing*, com cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, em contrato de compra e venda, estar-se-ia utilizando o contrato de *leasing* apenas para diminuir a carga tributária, não sendo substancial para a realização da operação comercial.

Nesse passo, a descaracterização do contrato de *leasing* em nome do contrato de compra e venda é expressa no recente julgado da 14ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Dorval Bráulio Marques, Apelação Cível n. 70024930844:

*Ementa:* Ação Revisional. Arrendamento Mercantil. Aplicação do CDC. Descaracterização do contrato. Juros remuneratórios. Capitalização. Comissão de permanência. Índice de atualização monetária. Encargos moratórios. Compensação e/ou repetição do indébito. Título de crédito. Tarifa de emissão de boleto bancário. Taxa de abertura de crédito. Cadastro de restrição ao crédito. Ma-

nutenção na posse do bem. Autorização para depósito. IOF. Prequestionamento. Honorários advocatícios. I – Agravo retido. Recurso desprovido, as liminares foram mantidas na sentença e é o entendimento da Colenda Câmara que: (...) 2. Descaracterização do contrato. O pagamento antecipado do VRG descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil para compra e venda parcelada. Disposição de ofício (...). 12. Imposto sobre Operações Financeiras – IOF. A cobrança do IOF não é considerada prática abusiva, a vantagem excessiva ostentada pela instituição financeira se dá através da sua forma de cobrança sobre as parcelas do financiamento, pois ao valor cobrado a esse título vêm agregados os demais encargos contratuais, contrariando assim o art. 51, IV, do CDC. Não é de ser conhecido o apelo do banco nesta parte, pela falta de interesse recursal. (...) Agravo retido desprovido, apelo do banco conhecido em parte, e nesta desprovido, apelo do autor parcialmente provido, com disposições de ofício.

Já no ambiente do contencioso administrativo tributário, a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial é evidenciada, especialmente quando a administração fazendária autua determinado contribuinte, fundamentada no aferimento da real intenção dos contratantes em um determinado contrato. Pode-se citar como exemplo, a decisão do Conselho dos Contribuintes do Rio Grande do Sul, em 22 de junho de 2006.

Ministério da Fazenda. 1º Conselho de Contribuintes. 4ª Câmara. Processo n. 11080.008017/2004-11. Recurso n. 145.963. Matéria: IRPF – Ex(s): 2000. Recorrente: Luiz Flaviano Girardi Feijó. Recorrida: 4ª Turma/DRJ-Porto Alegre/RS. Acórdão n. 104-21.675. *Simulação. Conjunto probatório.* Se o conjunto probatório evidencia que os atos formais praticados (reorganização societária) divergiam da real intenção subjacente (compra e venda), caracteriza-se a simulação, cujo elemento principal não é a ocultação do objetivo real, mas sim a existência de objetivo diverso daquele configurado pelos atos praticados, seja ele claro ou oculto.

### *Ausência de motivação extratributária.*

O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática de atos sem motivação negocial, sob o argumento de exercício de planejamento tributário. *Omissão de ganhos de capital na alienação de participação societária. Simulação. Multa qualificada.* Constatada a prática de simulação, perpetrada mediante a articulação de operações com o intuito de evitar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada.

Percebe-se que, mesmo não sendo expressa a terminologia Teoria da Utilidade Negocial nas supracitadas decisões, visualiza-se a utilização dos seus fundamentos pelo Poder Judiciário e pela Administração Tributária nacional, para intervir diretamente nas relações privadas, desconsiderando-as, em nome de valores subjetivos e abstratos, afastando-se da objetividade normativa que a relação tributária requer.

Os critérios que embasam a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial, especialmente a falta de razão comercial no contrato realizado e o seu exclusivo interesse fiscal, passam a ser incorporados por determinados julgadores, mesmo diante de patentes desrespeitos aos direitos fundamentais dos cidadãos-contribuintes e inexistência de respaldo legal dessa teoria no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Por conseguinte, é dever dos Tribunais Superiores do país tolher abusos do próprio Poder Público, seja em sua função administrativa ou legiferante, em nome de uma ordem constitucional que preza pela livre iniciativa e pela liberdade individual. A socialização do direito privado, especialmente em sua ordem contratual, não pode fundamentar o tolhimento de direitos individuais constitucionalmente consagrados, sob pena de um retrocesso em que a relação entre os indivíduos e seus governantes deixa de ser jurídica e volta a ser de poder.

### **Conclusão**

Como evidenciado, a atual concepção social dos contratos, no vigente Ordenamento Jurídico, é reflexo da evolução dos ideais da sociedade brasileira, sobretudo quando parte de um individualismo do Estado Liberal para uma desmedida socialização dos institutos privados, especialmente dos contratos.

Tal transformação tende a exageros que põem em risco direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sobretudo pela forma subjetiva com que o Poder Público passa a intervir e limitar a liberdade contratual e a autonomia privada do cidadão. A segurança jurídica é ameaçada em nome do propósito que se diz social, mas que, se praticado em desrespeito à individualidade, poderá promover retrocessos na relação entre o poder estatal e seus administrados.

Ademais, pode-se afirmar que a função econômica do contrato é desconsiderada, pois se sobreleva a sua finalidade social, tornando o contrato instrumento juridicamente inseguro. Tal fato gera custos nas transações negociais, pois a imprevisibilidade no cumprimento contratual passa a ser internalizada no processo decisório dos contratantes, refletindo no valor da operação comercial.

Exemplo dos riscos econômicos e jurídicos provocados pela exacerbada socialização da ordem contratual brasileira pode ser expresso na relação entre os sujeitos tributários, em que a intervenção do Estado-fisco na autonomia privada dos cidadãos-contribuintes passa a ser disciplinada por valores abstratos e indeterminados. A aplicação da Teoria da Utilidade Negocial por parte do Poder Público para desqualificar contratos lícitos, porém ilegítimos na visão do fisco, representa a insegurança jurídica gerada por uma ordem contratual enfraquecida, diante da sobrevalorização função social dos contratos.

Neste contexto, ficou demonstrado, por meio do estudo da concepção social

dos contratos e da intervenção estatal na autonomia privada do cidadão, que extremismos sociais podem ser tão prejudiciais quanto foram os exageros da ordem liberal. Direito e garantias individuais podem ser desrespeitadas em nome de uma subjetiva legitimidade social, notadamente quando o Poder Público atua sem regras objetivas no exercício do seu poder de tributar.

Quanto aos pressupostos norteadores deste estudo, pode-se afirmar que a ordem contratual brasileira incorporou novos valores com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Ademais, entende-se que a preponderância da função social dos contratos, em detrimento dos seus institutos econômicos e jurídicos potencializa os custos de transação no ambiente empresarial brasileiro. E, por fim, conclui-se que a relação entre os sujeitos tributários sofre reflexos em razão da intervenção do Poder Público nos contratos realizados pelos seus cidadãos-contribuintes, conforme evidencia a aplicação da Teoria da Utilidade Negocial para desqualificar contratos, em nome da arrecadação fiscal.

Conclui-se, portanto que a função social dos contratos não pode ser aplicada em detrimento dos institutos econômico-jurídicos destes, sob pena de enfraquecer as relações privadas e fortalecer desregradamente a intervenção do Poder Público na individualidade dos cidadãos. A relação de direitos e deveres estabelecidos entre os particulares deve ser amparada pelo ambiente institucional brasileiro, especialmente diante de objetivos critérios relacionados à tributação, pois só assim o interesse privado promoverá o interesse público.

## Referências

- ABRAHAM, Marcus (2007). *Planejamento Tributário e o Direito Privado*. São Paulo, Quartier Latin.
- BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília, Distrito Federal, Senado.

- (2006). Ministério da Fazenda. Processo administrativo n. 11080.008017/2004-11, 1ª Conselho de Contribuintes. Porto Alegre/RS, 22.6.2006. Disponível em <http://www.conjur.com.br>, acesso 11.10.2008.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 293: *A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil*. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso 15.10.2008.
- \_\_\_\_\_. (2008). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70024930844, 10ª Quarta Câmara Cível, TJRS, Porto Alegre/RS, 10.9.2008. Disponível em <http://www.jus.com.br>, acesso 24.10.2008.
- DAIBERT, Jefferson (1977). *Dos Contratos: Parte Especial das Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense.
- DÓRIA, Roberto Sampaio (1977). *Elisão e Evasão Fiscal*. 2ª ed., São Paulo, José Bushatsky, p. 90.
- FACHIN, Luiz Edson (2003). *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar.
- FOSSATI, Gustavo (2006). *Planejamento Tributário e Interpretação Econômica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- FRABRETTI, Lúdio Camargo (2005). *Fusões, Aquisições, Participações e outros Instrumentos de Gestão de Negócios: Tratamento Jurídico, Tributário e Contábil*. São Paulo, Atlas.
- HUCK, Hermes Marcelo (1997). *Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais*. São Paulo, Saraiva.
- ITURRASPE, J. Mosset (1994). *Contrato*. Buenos Aires, Rubinzal.
- MASTEN, S. E. (2008). "Contractual Choice". *Enciclopedia of Law & Economic*. Michigan, ago./1998. Disponível em [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=142933](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=142933), acesso 6.2.2009.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo (2005). *Direito, Economia e Mercado*. Rio de Janeiro, Elsevier.
- RODRIGUES, Silvio (2002). *Direito Civil: dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. São Paulo, Saraiva.

**RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (2002).** *Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão.* São Paulo, Atlas.

**SALDANHA, Nelson (2000).** *Formação da Teoria Constitucional.* 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar.

**SANTOS, Antônio Jeová (2004).** *Função Social do Contrato.* São Paulo, Método.

**VERAS, Ney Alves (2005).** *Revisão Judicial dos Contratos.* São Paulo, Editora de Direito.

**ZYLBERSTAJN, D.; SZTAJN, R. (2005).** *Direito e Economia.* Rio de Janeiro, Elsevier.