

## OBRAS DA AUTORA

- Código Comercial, Código Civil (excertas), Código de Processo Civil, Constituição Federal, Normas do mercado de crédito e de valores mobiliários, Legislação selecionada.* 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010 (Org.).
- Coleção de mercado de crédito e de valores mobiliários.* São Paulo: Ed. RT, 2006 (Org.).
- Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007 (Coautora).
- Contratos.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- Direito Empresarial I. O empresário e seus auxiliares. O estabelecimento comercial. As sociedades.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- Direito Empresarial II. Sociedade Anônima. Mercado de Valores Mobiliários.* 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009 (em coautoria com Rachel Sztajn).
- Falência e recuperação da empresa em crise. Comparações com as posições do Direito europeu.* São Paulo: Campus, 2008 (em coautoria com Rachel Sztajn).
- Teoria geral do contrato (civil e empresarial). Confronto com o direito europeu futuro.* São Paulo: Ed. RT, 2011.

COPYLUX Copiadora  
XI de Agosto  
P38T 12 FIs. 13

FV

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Franco, Vera Helena de Mello  
*Teoria geral do contrato : confronto com o direito europeu futuro / Vera Helena de Mello Franco.* - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ISBN 978-85-203-3936-7

1. Contratos (Direito civil) 2. Direito civil 3. Direito civil - Brasil 4. Direito empresarial Brasil I. Título.

10-13854

CDU-34:338.93:347(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos no direito europeu : Direito civil e empresarial 34:338.93:347(81)

Vente 4

Vera Helena de Mello Franco

# TEORIA GERAL DO CONTRATO

*Confronto com o direito europeu futuro*

Prefácio  
ARNOLDO WALD

EDITORIA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Já para Orlando Gomes,<sup>43</sup> em se tratando de promessa de venda, ajustada em caráter irrevogável e irretirável, criaria direito real. Nesta linha, os defensores da possibilidade de execução específica, principalmente, com relação à promessa de venda ou compromisso de compra e venda de bens imóveis, sustentavam cuidar-se de uma obrigação de dar, a saber, a outorga da futura escritura definitiva, e destarte susceptível de execução compulsória.

Em que pese as discussões que advêm desde o Dec.-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, atribuindo ao promitente comprador, uma vez cumprido os requisitos legais, a possibilidade de obter a execução compulsória do ajustado de molde a obter a escritura definitiva, o certo é que a disciplina atual, consubstanciada nas normas dos arts. 462-466 do CC/2002, afastou maiores debates.

#### 10.1.5.5 Forma

Quanto à forma, admite-se possa agora ser feito por instrumento particular, somente se exigindo que o contrato preliminar contenha todos os requisitos essenciais à feitura do contrato definitivo (art. 462 do CC/2002). Não se confunda, todavia, esta dispensa com a exigência que à forma se faz na norma do parágrafo único do art. 463 que se segue.

Aqui a forma é exigida, não para validade do contrato preliminar, mas tão somente para que valha perante terceiro. Assim, em se cuidando de compromisso de compra a venda de bens imóveis o registro será feito no Registro de Imóveis de onde estiverem localizados. Para os bens móveis, o órgão competente é o Registro de Títulos e Documentos.

Uma vez cumpridos os requisitos específicos, estabelecidos na norma do art. 463, *caput*, CC/2002 (assim a inexistência da cláusula de arrendimento), tem o promitente comprador o direito de obter o aperfeiçoamento do contrato definitivo dentro do prazo que for estipulado (art. 464 CC/2002), valendo-se para tanto do procedimento que lhe assegura o CPC nas normas dos arts. 461 e ss..

A obrigação somente se converterá em perdas e danos, se a isto se opuser a natureza da obrigação (art. 464 CC/2002) ou quando o credor não manifestar interesse na sua execução (art. 465, CC/2002), circunstância esta que autoriza ao devedor pleitear a rescisão do contratado, acrescida de perdas e danos. Note-se que as obrigações decorrentes do contrato preliminar passam para os herdeiros (tanto do promitente credor, quando do promitente devedor) e, em regra, salvo a que se cuida de prestação personalíssima, pode ser objeto de cessão *inter vivos*.

43. Aut. e op. cit., a p. 138.

## 11

### CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Sumário: 11.1 Contrato bilateral e unilateral – negócio jurídico unilateral: diferenças – 11.2 Contratos onerosos e gratuitos – 11.3 Contratos consensuais e reais – 11.4 Contratos solenes e não solenes – 11.5 Contratos principais e acessórios – 11.6 Contratos de execução instantânea, diferida e sucessiva – 11.7 Contratos comutativos e aleatórios – 11.8 Contratos típicos ou nominados e atípicos ou inominados: 11.8.1 A teoria da combinação; 11.8.2 A teoria da absorção; 11.8.3 A teoria da aplicação analógica; 11.8.4 Coligação de contratos – 11.9 Contratos por adesão e dirigismo contratual – Contratos normativos (coletivos) e contratos tipo: 11.9.1 Antecedentes; 11.9.2 Os contratos por adesão e os contratos de adesão; 11.9.3 O contrato regulamentado ou dirigido; 11.9.4 O contrato tipo; 11.9.5 Os contratos normativos – 11.10 Contratos plurilaterais – 11.11 O autocontrato ou contrato consigo mesmo.

#### 11.1 Contrato bilateral e unilateral – Negócio jurídico unilateral: diferenças

Todo contrato é um negócio jurídico bilateral, pois resulta sempre de um acordo de vontades que se forma quando à proposta se segue a aceitação. Mas quando se tem em vista os seus efeitos, verifica-se que nem todo contrato é bilateral, pois somente o são aqueles contratos em que se criam obrigações para ambas as partes.

Quando, porém, em que pese a presença do acordo de vontades (portanto negócio jurídico), somente se criam obrigações para uma das partes, o contrato é unilateral.

Não se confunda o contrato unilateral com ato jurídico em sentido estrito ou com negócio jurídico unilateral.

No ato jurídico *stricto sensu*, há manifestação volitiva, mas os efeitos têm lugar independentemente de serem perseguidos pelo agente. Já nos negócios jurídicos os efeitos são aqueles queridos pelo agente e podem tanto decorrer da manifestação de vontade de uma única parte, quanto da de duas ou mais partes.

Lembramos aqui que a noção de parte não se confunde com aquela de pessoa, posto que numa parte podem-se ter várias pessoas. No primeiro caso,

fala-se em negócio jurídico unilateral. Aqui o resultado decorre da manifestação de vontade de uma parte única, a qual pode tanto ser composta por uma única pessoa (univoluntário singular); como por diversas pessoas (univoluntário plural).<sup>1</sup>

Quando *plurivoluntário* (mais de uma vontade) são negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, os quais resultam da conjugação da vontade de pelo menos duas partes ou mais.

Os contratos são sempre negócios jurídicos bilaterais, decorrente de um acordo de vontades, e, conforme o nosso entendimento, de conteúdo patrimonial.

Conforme os contratos (negócios jurídicos bilaterais) gerem obrigações para uma ou para ambas as partes eles são classificados como contratos unilaterais ou bilaterais.

Os contratos unilaterais resultam igualmente do acordo de vontades, portanto podem ter duas ou mais partes, mas, quanto a seus efeitos, somente produzem obrigações *ex uno latere*, vale dizer, para uma delas.

Já o contrato bilateral, produz obrigações para ambas as partes.

A doutrina não é concorde quanto à noção de contrato bilateral, como assinala Orlando Gomes.<sup>2</sup>

Para alguns, assim Darcy Bessone,<sup>3</sup> bilaterais são aqueles em que há interdependência recíproca entre as prestações, sendo uma causa da outra, por tal razão, qualifica os bilaterais como sinalagmáticos.

Nestes contratos, as partes são simultaneamente credoras e devedoras, uma das outras, razão pela qual qualquer uma delas somente pode exigir a prestação da outra se cumpriu com a sua. Assim, perante o inadimplemento da outra, pode a parte recusar-se a satisfazer a obrigação que lhe incumbia, valendo-se da *exceptio non adimpleti contractus* ou exceção de contrato não cumprido (art. 476, CC/2002) enquanto esta não a satisfizer. Fundamento aqui é a interdependência das prestações.

Cabe igualmente tal defesa (*exceptio non adimpleti rite contractus*) se a outra parte, embora cumprindo o contrato, não o fez de maneira completa como ajustado. E assim é porque a falha no cumprimento da obrigação, tal como pactuado, equivale à inexecução.

1. Cf. Galvão Telles, op. cit., a p. 20.

2. Aut. e op. cit., a p. 71.

3. Aut. e op. cit., a p. 89.

Porém, como alerta Caio Mario da Silva Pereira,<sup>4</sup> a *exceptio*, em regra, tem lugar nos contratos com prestações simultâneas. Naquelas sucessivas, a exceção somente pode ser invocada pela parte que deveria prestar em segundo lugar, quando a primeira não realizasse sua prestação.

Pela mesma razão da correspondência entre as prestações, a parte lesada pelo inadimplemento pode pleitear a resolução do contrato, presumindo-se em todo contrato bilateral a existência de uma cláusula resolutiva tácita, que pode ser invocada pela parte inocente para resolver por justa causa o contrato, pleiteando perdas e danos (art. 475, CC/2002).

Tais regras, todavia, não se aplicam aos contratos unilaterais, posto que aqui somente uma das partes é devedora e, assim sendo, somente ela tem obrigações a cumprir, nada podendo pretender da outra parte.

Com relação aos riscos, o tratamento entre bilaterais e unilaterais também é diferente, pois enquanto nos contratos unilaterais vigora a regra *res perit creditori* (a coisa perece para o credor), nos bilaterais a regra é *res perit debitori* (a coisa perece para o devedor).<sup>5</sup> Mas cumpre lembrar que quando se cuida de coisa fungível a regra é de que não perecerá nunca, posto que *genus nunquam perit*.

Aventa-se, ainda, a existência dos chamados bilaterais imperfeitos.<sup>6</sup>

Conforme a tese os bilaterais imperfeitos são contratos que de unilaterais no momento da conclusão, quando da execução, em virtude de acontecimentos acidentais ou eventuais passam a admitir, igualmente, obrigações para a parte que não as tinha. Assim por exemplo o depósito remunerado. De qualquer forma estes contratos não deixam de ser unilaterais, posto que assim surgissem no momento de formação do acordo de vontade. Por tal razão, submetem-se à disciplina específica dos contratos unilaterais.

## 11.2 Contratos onerosos e gratuitos

Não se confunda a classificação dos contratos em onerosos e gratuitos, com aquela dos contratos em bilaterais e unilaterais, posto que o objeto é diferente, já que enquanto em uma (assim os gratuitos) se tem em vista o objetivo colimado pelas partes (interessado ou desinteressado), em outra (bilaterais e unilaterais) examina-se o conteúdo da obrigação (um dar, fazer ou não fazer).

Embora, em regra, os contratos bilaterais sejam onerosos, afirma Caio Mario da Silva Pereira<sup>7</sup> existem alguns que não o são como, v. g., o mandato. Da

4. Aut. e op. cit., pp. 160, 161.

5. Orlando Gomes, op. cit., a p. 73.

6. Darcy Bessone, op. cit., a p. 92; Orlando Gomes, op. cit., pp. 71, 72.

7. Aut. e op. cit., a p. 68.

mesma forma existem contratos unilaterais que são onerosos, como ocorre com o mútuo bancário ou feneratício.

Nos contratos gratuitos prepondera o espírito de liberalidade e pode importar num certo sacrifício patrimonial para o seu autor.

Mas, os contratos gratuitos podem importar, igualmente, em alguma contraprestação de menor valor, como ocorre nas doações com encargo, circunstâncias em que se fala em contratos de natureza *mista*.<sup>8</sup>

Ressalva Darcy Bessone<sup>9</sup> que nos contratos gratuitos, em virtude do espírito de liberalidade, algumas regras do direito dos contratos são aplicadas diferentemente. Assim:

"a) sendo, em regra, o benefício destinado a determinada pessoa, o erro sobre a pessoa assume especial importância e conduz, mais facilmente, à nulidade da operação;

"b) não sendo lícito fazer-se generosidade à custa alheia, a ação pauliana, cujo escopo é resguardar da fraude direito de terceiros, depende de requisitos mais simples (cf. art. 158, CC/2002);

"c) tratando-se de ato de generosidade, sem interesse próprio, há maior indulgência na apreciação da responsabilidade, por culpa contratual;

"d) pela mesma razão, não há responsabilidade do autor da liberalidade pela evicção (cf. art. 447, CC/2002) (...)" (remissões ao CC/2002, nossas).

### 11.3 Contratos consensuais e reais

Já mencionamos no Capítulo 1 deste manual que os contratos podem ser consensuais ou reais, assinalando a presença do consentimento em ambos.

O que difere as categorias nesta classificação é que enquanto os consensuais se aperfeiçoam pela mera manifestação de vontades, e a entrega de qualquer bem é ato de aperfeiçoamento e não de execução do contrato, assim, por exemplo, a compra e venda no direito brasileiro; os reais somente se aperfeiçoam com a entrega da coisa, tal como ocorre com o mútuo e com o depósito.

Assim, nos contratos reais, a par do consentimento, a entrega da coisa, a tradição, é de rigor e deve ser considerada elemento constitutivo da convenção.

Em regra os contratos reais são unilaterais, como ocorre no mútuo não feneratício. Já o depósito, embora naturalmente unilateral, quando exercido profissionalmente, implica no pagamento de uma remuneração ao depositário.

8. Darcy Bessone, *op. cit.*, a p. 100.

9. *Ibidem*, pp. 99, 100.

transmuda-se em bilateral e real, pois permanece a exigência para seu aperfeiçoamento da entrega da coisa a ser depositada.

### 11.4 Contratos solenes e não solenes

Em regra, o princípio no direito contratual moderno é o da liberdade de forma, bastando o consentimento e ou a entrega da coisa para que se aperfeiçoem. Por vezes, v. g., a forma escrita poderá ser somente comprobatória do ato (*ad probationem tantum*). Mas, em alguns contratos, pode-se eleger a forma como requisito essencial de validade. Neste caso, a forma e da sua substância (*ad substantia*) e o desrespeito à forma exigida conduz à nulidade do ato (art. 104, III, CC/2002).

Estes são os contratos solenes, cujos efeitos somente poderão advir após a realização da solenidade prescrita (o ato público em cartório ou o arquivamento ou registro no registro público competente). Sem o cumprimento da formalidade exigida o contrato não se aperfeiçoa.

### 11.5 Contratos principais e acessórios

Contratos principais são aqueles que têm existência independente e que não necessitam de quaisquer outros contratos para produzirem os seus efeitos normais.

Já acessórios são contratos cuja existência depende da de outro, chamado principal, os quais têm existência independente e autônoma.

Em geral, os contratos acessórios têm em vista garantir alguma obrigação assumida no contrato principal, como ocorre com a fiança, o penhor, a hipoteca. Mas nem todos os contratos acessórios são contratos de garantias.

Assim, por exemplo, o contrato de conta-corrente bancário, cuja existência depende daquele do depósito a vista.

A importância da classificação decorre do fato de que o contrato acessório segue o destino do principal. Assim, se o contrato principal for declarado nulo, o acessório também o será.

### 11.6 Contratos de execução instantânea, diferida e sucessiva

Quanto ao tempo da execução os contratos podem ser classificados em:

a) *Instantâneos*: Nestes contratos as prestações perfazem-se num só instante e a doutrina<sup>10</sup> aqui distingue entre contratos de execução instantânea imediata e diferida.

10. Assim Orlando Gomes, *op. cit.*, a p. 79.

Nos contratos de execução imediata a prestação e a contraprestação realizam-se a um só tempo. Já naqueles de execução diferida a contraprestação pode advir em momento posterior, circunstâncias em que medeia um prazo qualquer entre a prestação e a contraprestação.

Neste caso, conforme o desequilíbrio econômico que possa a vir se instaurar, em virtude de acontecimentos imprevisíveis, é possível a aplicação da teoria da imprevisão ou ainda o recurso à resolução por onerosidade excessiva.

b) *de duração*: estes são contratos cuja duração perdura no tempo (por prazo determinado ou indeterminado) e se subdividem, por sua vez, em contratos de execução continuada e de execução periódica.

Nos primeiros inserem-se aqueles em que a prestação é única e *interrupta*, como ocorre na locação ou no comodato.<sup>11</sup> Já naqueles de execução periódica, também chamados de trato sucessivo; a execução tem lugar mediante prestações que se repetem dentro de períodos previamente prefixados.

De qualquer forma, em ambos, a execução se prolonga no tempo e quando por prazo indeterminado comportam a qualquer tempo a denúncia unilateral (com ou sem aviso prévio, conforme estipulado contratualmente).

Esta faculdade decorre do fato de quem ninguém pode ficar eternamente preso a uma relação jurídica.

### 11.7 Contratos comutativos e aleatórios

Esta classificação vale para os contratos bilaterais, onerosos.<sup>12</sup>

Nos contratos comutativos há certeza da prestação e da contraprestação que são equivalentes entre si. Já nos aleatórios há um elemento de incerteza, a *álea* (risco), podendo vir a faltar uma das prestações, ou ser desproporcional à prestação recebida. Nestes contratos, a prestação de uma das partes está sempre submetida a um acontecimento incerto.

Atualmente, não se inclui aqui, por erro, os contratos de seguros, pois conforme a mais atual doutrina e como já fartamente demonstrado em outro trabalho,<sup>13</sup> é comutativo. Fundamenta a assertiva o fato de que a prestação da seguradora, que é uma prestação de garantia (a de que ocorrendo o sinistro, suas consequências serão afastadas ou pelo menos amenizadas para o segurado), existe desde o momento da contratação. A indenização, que é prestação secundária e eventual, não é a contraprestação do prêmio, mas sim a garantia.

11. Messineo, op. cit., pp. 247, 248.

12. Alvaro Villaça de Azevedo, op. cit., a p. 75.

13. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, RT, S. Paulo, 2009, pp. 275 e ss.

Os contratos aleatórios são sempre contratos bilaterais e sinalmáticos, embora Caio Mario da Silva Pereira<sup>14</sup> negue isto, invocando como modalidades de contratos aleatórios unilaterais a loteria explorada pela administração pública ou por sua concessionária.

A *álea* pode tanto resultar da vontade das partes, como ocorre com o contrato em que o vendedor se libera da garantia pela evicção;<sup>15</sup> quanto da sua natureza, assim a compra de coisa futura (*emptio rei sperata* ou *emptio spei*) em que o adquirente, pagando o preço, arca com o risco da coisa não vir a existir (art. 458, CC/2002) ou de que não venha a existir na quantidade esperada (art. 459, CC/2002). Mas em ambos os casos, para que o preço devido seja pago, o alienante deve atuar sem culpa.

O contrato aleatório pode, ainda, versar sobre coisas cuja existência é atual, mas está sujeita a risco, ainda que a coisa não mais exista no momento do contrato (art. 460, CC/2002); salvo se deste fato tinha conhecimento o alienante (art. 461, CC/2002). Assim por exemplo, o contrato de dinheiro a risco em que o capitalista emprestava uma determinada quantia ao armador, a qual seria devolvida com juros caso o navio e a mercadoria voltassem intactos ao porto de origem. Se a embarcação ou a mercadoria se perdessem, nada seria devido. São aleatórios, igualmente, os contratos diferenciais praticados em Bolsa.

A classificação apresenta interesse, à medida que não se aplicam aos contratos aleatórios os institutos das arras e dos vícios redibitórios<sup>16</sup> e tampouco aqui se pode invocar a teoria da imprevisão.

### 11.8 Contratos típicos ou nominados e atípicos ou inominados

Na lição da doutrina<sup>17</sup> as expressões *tipo* e *conceito* não se confundem em que pese o recurso à abstração na construção de ambas as categorias.

Na construção do conceito geral abstrato, colocam-se em evidência, mediante um processo de generalização, todos os elementos essenciais comuns a todos os elementos do grupo e deixam-se de lado diferenças não essenciais.

Já na construção do tipo, o processo abstrativo difere significativamente daquele utilizado no conceito, posto que aqui a intuição tenha papel preponderante.

E assim é porque os dados característicos são colocados em evidência em função de um quadro abrangente construído mediante a intuição e no qual não

14. Aut. cit., a p. 68.

15. Messineo, op. cit. a p. 243.

16. Orlando Gomes, op. cit., a p. 75.

17. Giorgio de Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, pp. 126, 127.

é necessária a presença de *todos* os elementos essenciais do grupo de referência, os quais são reunidos de forma a expressar o conjunto visado.

Assim, enquanto o conceito é a soma dos elementos característicos, o tipo é mais do que a soma das suas partes, realçando não as características singulares de cada elemento, mas o conjunto que daí resulta. Por outro lado, enquanto os elementos constitutivos do conceito o são em número determinado e todos necessários, os traços característicos do tipo não constituem um número fechado e, inclusive, podem faltar em parte sem que isto desnature o tipo.

A consequência é que, enquanto o conceito pode ser definido, o tipo somente pode ser descrito. Assim, para o tipo o que interessa não são as características isoladamente, nem o quadro geral traçado, mas a intensidade maior ou menor com que se apresentam no caso concreto as características típicas.

Vale dizer, conforme a maior ou menor intensidade com que as características típicas se apresentam no caso em concreto, é possível reconduzir a espécie ao tipo descrito na lei, o que torna o tipo mais maleável do que o conceito.

Assim, o tipo é "aberto", porque a sua descrição não exige estejam presentes todos os elementos típicos, o que o torna mais próximo da realidade.<sup>18</sup>

Destarte, os contratos típicos (ou contratos nominados no Direito Romano) são aqueles aos quais a lei dá uma denominação própria, descrevendo-lhes os elementos essenciais. I. é as características necessárias e suficientes de um determinado tipo contratual, detalhando-lhe a disciplina específica, tal como ocorre com a compra e venda, a locação, o mandato, o mútuo etc.

Com este teor, contratos típicos são aqueles previstos nos códigos e em leis especiais.

Mas, o sistema dos tipos contratuais não é estático, podendo se alterar em decorrência da evolução socioeconómica, a qual pode fazer surgir um tipo legal contratual novo que, inclusive, induza à alteração da disciplina dos tipos vizinhos e uma nova regulamentação de seus limites.

18. Idem, aut. e op. cit., a p. 128, *verbis*, "Riassumiamo le caratteristiche del tipo in senso tecnico, quali il confronto con il concetto ha evidenziato. Innanzitutto, il tipo è aperto: è un complesso di caratteristiche elastico, un insieme di dati individuati che possono presentarsi con intensità variabile, finò alla assenza di uno o più dati, senza che per questo fenomeni fra loro distinti da confini sfumati, e consente quindi un'appartenenza maggiore o minore, appunto graduata. È dotato di significatività ed organicità, perché i singoli dati tipicanti vengono reuniti, nel processo di elaborazione, in funzione della loro correlazione, e non vengono meramente sommati, ma ricondotti a struttura unitaria. È infine pregnante, perché i tratti caratteristici, dato il modo di rivelamento e la loro funzione, son numerose e, con esigua perdita di segni rispetto alla realtà (...)."

Este é o caso, por exemplo, do contrato estimatório, atualmente regulado como modalidade de compra e venda autônoma nas normas dos arts. 534-537 do CC/2002, anteriormente cuidado dentre as normas da comissão mercantil, nos arts. 165-190, na parte revogada do antigo CCo. e no direito romano como uma variante da *missio* e não da *emptio et venditio*.

Outros, porém, ainda não encontraram sua acolhida na regulamentação vigente. Fala-se então em contratos atípicos.

Contratos atípicos (inominados no Direito Romano) são aqueles que, embora não disciplinados expressamente na lei, são permitidos com fundamento na autonomia privada. Vigora aqui o princípio do consensualismo. Vale dizer, liberdade de contratar e de estabelecer o conteúdo dos contratos, permitindo às partes criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações, desde que lícitas e não contrárias à lei.

Estes contratos surgem da prática em virtude de necessidades ditadas pelo comércio jurídico, tendo em vista a impossibilidade de o legislador prever todas as situações em que pode ocorrer o processo de circulação e intercâmbio de riquezas. Nestes contratos, a causa é sempre atípica, pois correspondente a uma situação nova, diferente daquelas já reguladas pelos contratos típicos.

A distinção tem relevo tendo em vista que, enquanto nos contratos típicos, as partes podem se reportar à dogmática legal, somente dispondo quanto ao que diz respeito exclusivamente à vontade das partes (vg. preço, prazo, quantidade etc.); nos atípicos devem regulamentar até as minúcias dada a ausência de determinações legais para regular as omissões.

Os contratos atípicos podem se formar com elementos originais ou resultar da fusão de elementos próprios de outros contratos, com a finalidade de atender a interesses ainda não regulados em lei.

A mudança pode decorrer, ainda, tanto da modificação dos elementos característicos dos contratos tipos, como pela eliminação de algum de seus elementos secundários. Podem derivar, ademais, de uma disciplina livremente estabelecida pelas partes, buscando regulamentar novas relações, decorrentes do tráfico econômico, ainda não previstas e regulamentadas.

Em outras situações estes contratos atípicos resultam da justaposição de prestações típicas de diversos outros contratos tipificados, combinados de uma nova forma. Neste caso é a conexão econômica, por subordinação ou por coordenação, entre as diversas prestações, o que vai dar unidade ao novo contrato.

As combinações, aqui, podem ser as mais diversas possíveis. Pode-se construir um contrato atípico mesclando um contrato tipificado com elementos mais simples ou prestações típicas de outros. Pode-se ainda construir um novo contrato recorrendo a prestações específicas de diversos contratos típicos.

Conforme a diversidade da sua composição, os contratos atípicos podem se subdividir em *atípicos propriamente ditos e mistos*.<sup>19</sup>

Os mistos, por sua vez, subdividem-se em *contratos múltiplos, geminados, cumulativos e complementares* ou, como pretende Orlando Gomes,<sup>20</sup> em: *gêmeos, duplícies e mistos stricto sensu*.

Nos contratos múltiplos (ou gêmeos na classificação de Orlando Gomes), mediante a sobreposição de vários elementos, obtêm-se uma multiplicidade de funções que correspondem a contratos distintos, conjugando-se vários contratos que ali se unificam.

Assim, por exemplo, o contrato de hospedagem em que as diversas prestações correspondem a contraprestações distintas, como de alojamento pago em dinheiro e trabalho.<sup>21</sup>

Já os contratos geminados (duplícies para Orlando Gomes) formam-se com "a contraposição de obrigações características de contratos diversos (...)"

Vale dizer, cada uma das partes obriga-se com prestações típicas pertencentes a contratos distintos. Assim o contrato entre o dono de um imóvel e um porteiro, o qual presta serviços em troca da habitação recebida.

Este contrato é assim um contrato *"bifronte"* que se ajusta a duas qualificações. No caso concreto, contrato de trabalho ou contrato de arrendamento, embora somente se ajuste por inteiro ao primeiro tipo contratual, posto que a habitação possa ser forma de remuneração do trabalho.<sup>22</sup> Mas de qualquer forma, jamais se poderá qualificar como arrendamento, pois neste a retribuição é sempre em dinheiro.

Os cumulativos (ou mistos *stricto sensu* de Orlando Gomes<sup>23</sup>) correspondem ao que se conhece como *negócios jurídicos indiretos*, agrupando funções características de dois contratos típicos, mediante a estrutura típica, própria de só um deles, de molde a atingir finalidade específica de outra modalidade contratual, cujo exemplo é, v. g. o *negotium mixtum cum donatione*.

In *casu* há um misto de gratuidade e onerosidade. Mas na sua apresentação exterior o negócio é oneroso.

Todavia, para alguns, na modalidade ter-se-ia um contrato simulado e não propriamente um contrato misto.<sup>24</sup>

19. Assim, Orlando Gomes, op. cit., pp. 103, 104.

20. Aut. e op. cit., a p. 105.

21. Orlando Gomes op. cit., a p. 105.

22. Idem, aut. e op. cit., a p. 387.

23. Aut. e op. cit. a p. 105.

24. Orlando Gomes, op. cit., a p. 105.

Por final nos complementares existem prestações subordinadas que atuam como complemento de uma prestação principal, ao contrário daqueles múltiplos que envolvem uma pluralidade de prestações principais, colocadas no mesmo plano.

Todavia, como estes contratos não têm uma regulamentação legal específica, há dificuldades em determinar quais as regras legais aplicáveis, além dos princípios gerais do direito contratual.

Neste terreno, foram aventadas algumas teses na busca de solução. Dentre elas vale mencionar:

### 11.8.1 A teoria da combinação

Esta parte da ideia de que há uma relação intrínseca entre os elementos de cada contrato típico e as normas que lhe traçam a disciplina jurídica. Disto decorre ser possível decompor e isolar elementos de quaisquer contratos atípicos, aplicando-lhes a correspondente regulamentação da disciplina legal. O contrato misto, desta forma, submeter-se-ia às várias regras predispostas para cada um dos vários elementos.

Assim, por exemplo, assinala Messineo,<sup>25</sup> "na compra e venda é possível distinguir os elementos: preço, transferência da propriedade, obrigação de entrega, obrigação de garantia etc. e a cada um destes elementos corresponderia outras tantas normas ou grupos de normas, isoladas das outras (...)." Com base nestes dados pode-se construir um conjunto de normas para regular os diversos elementos dos contratos mistos, mediante aplicação direta e sem recurso à analogia.

Mas a tese é insatisfatória posto que, como afirma, os diversos elementos do contrato típico não se encontram um ao lado do outro, mas sim compenetrados formando uma unidade orgânica, pois cada contrato "não é uma soma mas uma síntese" dos vários elementos.

Por tal razão as normas que se aplicam a um contrato típico não se referem a cada elemento, mas sim ao contrato como um todo e atuam diferentemente, justamente por fazer parte do conjunto. I.é da disciplina de um determinado contrato.

Esta mesma afirmação vale para os contratos atípicos que surgem, igualmente, como uma unidade orgânica e que não pode ser decompostos em seus elementos isoladamente.

25. Aut. e op. cit., a p. 228.

### 11.8.2 A teoria da absorção

A tese aqui é a de que em todo contrato atípico existe um elemento que prevalece sobre os outros, absorvendo os elementos secundários. Conforme a teoria, seria possível regulamentar o contrato atípico conforme as normas do contrato típico correspondente ao elemento preponderante que tivesse a mesma função económica.<sup>26</sup>

Porém, nem sempre pode se assinalar a presença de um elemento preponderante num contrato misto. Não é raro que em um contrato misto se encontrem elementos equivalentes entre si, o que impediria a absorção de uns pelos outros.

Nos contratos mistos a relação entre os diversos elementos é de coordenação e por vezes não se pode assinalar a presença de um elemento que, por sua importância, se distinga dos demais.

Por outro lado, ainda quando seja possível detectar um elemento que se sobreponha aos outros, pode ocorrer que tal elemento não esteja tipificado.

### 11.8.3 A teoria da aplicação analógica

A sugestão aqui é a de que se aplique ao contrato inominado o processo analógico de interpretação, perquirindo, dentre os contratos típicos, aquele que mais se aproxime daquele atípico em concreto. Se tal recurso não for suficiente, a solução é recorrer aos princípios gerais do direito contratual.<sup>27</sup>

Porém, o recurso à analogia é insuficiente posto não permitir uma tutela jurídica adequada a todas as possíveis combinações de elementos que podem dar lugar a um contrato atípico.

A sugestão preconizada por Messineo<sup>28</sup> é a de que, por primeiro, além da aplicação direta dos princípios gerais do direito contratual, se aplique analogicamente as normas específicas de um determinado contrato tipificado, que surja como o mais adequado àquele contrato atípico e por final à autodisciplina, regulamentando com minudência a espécie em concreto.

Isto, porém, desde que respeitado os limites impostos por normas cogentes à liberdade contratual.

Não se confunda, todavia, contratos mistos com contratos coligados ou união de contratos ou agrupamento de contratos.

26. Idem, aut. e op. cit., a p. 227.

27. Cf. Orlando Gomes, op. cit., a p. 107.

28. Aut. e op. cit., a p. 229.

Nos contratos coligados, cada contrato conserva a sua individualidade e não se fundem como ocorre com os contratos mistos em que há fusão dos vários elementos para dar lugar a uma unidade.

### 11.8.4 Coligação de contratos

A doutrina assinala três possibilidades de coligação ou união de contratos:

#### 11.8.4.1 Por união externa ou extrínseca

Circunstâncias em que se celebram dois contratos simultaneamente e no mesmo instrumento, mas entre eles inexistente qualquer interdependência, posto que cada um deles tenha suas próprias regras, inexistindo qualquer relação de complementaridade entre eles.

#### 11.8.4.2 União com dependência

Aqui se unem, quer em virtude de imposição legal (união genética ou necessária), quer pela vontade das partes (união voluntária) igualmente, dois ou mais contratos completos, mas entre eles há uma relação de dependência, surgindo um como causa do outro. Os contratos aqui se apresentam como um todo, formando uma unidade económica, inexistente reciprocidade e a dissolução de um implica na do outro.<sup>29</sup>

Esta dependência tanto pode ser bilateral, quanto unilateral. Será bilateral se os contratos dependem reciprocamente uns dos outros e unilateral se apenas alguns dependem dos demais, circunstâncias em que um se subordina ao outro.<sup>30</sup>

#### 11.8.4.3 União alternativa

Aqui se celebram dois contratos, dos quais um subsistirá, mediante o advento de uma determinada condição, circunstâncias em que se aplicará o direito relativo ao contrato que subsiste.<sup>31</sup>

Nas palavras de Cunha Gonçalves:<sup>32</sup> "(...) a união de contratos depende de condição. E podem conceber-se duas hipóteses, que não é costume discriminar (...); ou ambos os contratos ficam em suspenso, ou um entra logo em vigor,

29. Cf. Orlando Gomes, op. cit., a p. 104.

30. Cunha Gonçalves, *Tratado do direito civil: em comentário ao código civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1930, a p. 395.

31. Cf. Orlando Gomes, op. cit., pp. 104, 105.

32. Aut. e op. cit., a p. 397.



embora a título, precário, e fica suspenso o restante. Na primeira hipótese, a verificação do fato futuro é condição suspensiva de um outro dos contratos; a não verificação desse fato é condição suspensiva do outro. Na segunda hipótese, a verificação do fato futuro é simultaneamente, condição resolutiva de um dos contratos e condição suspensiva do outro (...)."

## 11.9 Contratos por adesão e dirigismo contratual – Contratos normativos (coletivos) e contratos tipo

### 11.9.1 Antecedentes

Perante a doutrina clássica, conforme mencionado nos capítulos iniciais deste trabalho, os contratos baseavam-se em dois princípios fundamentais:

- a) o da liberdade de contratar;
- b) o da paridade jurídica dos contratantes.

A expressão "liberdade de contratar", comportava diversas acepções, exprimindo-se com maior rigor, como a autonomia das partes em fixar livremente o conteúdo do regulamento contratual.

Em decorrência da aplicação deste princípio:

- a) nenhuma das partes poderia impor, de maneira unilateral, o conteúdo ou as cláusulas do contrato à outra. O contrato era, sempre, o resultado da atuação da vontade de ambas as partes contratantes;
- b) o conteúdo do regulamento contratual, poderia ser livremente fixado pelas partes e seria sempre objeto de livre apreciação;
- c) era deferido às partes o poder de derogar as normas supletivas ou dispositivas;
- d) era específico dos contratos que as partes se encontrassem em pé de igualdade, pelo menos do ponto de vista jurídico.

E esta paridade jurídica manifestava-se:

- a) na tutela com igual intensidade para ambos os contratantes;
- b) em vedar que qualquer uma das partes impusesse unilateralmente o conteúdo do contrato.

Mas, a realidade até então refletidas nestes princípios foi alterada pelo desenvolvimento do capitalismo, com uma nova realidade econômica, decorrente da acumulação de capitais e da concentração de empresas, e o surgimento de uma economia de massa, que levou a uma situação de desequilíbrio entre as partes quando da formação do regulamento contratual.

Por outro lado, os movimentos sociais impuseram a proteção do contraente débil, o qual, em virtude da necessidade, não poderia se recusar a contratar, só o fazendo nas condições já determinadas. A conclusão foi a de que a liberdade de contratar deixava de existir dada a impossibilidade da existência de um acordo livre entre forças desiguais.

Nesta linha, o recurso aos princípios da equidade e da solidariedade, a par da tendência humanizadora do Direito, norteados por um ideal de justiça,<sup>33</sup> levaram à intervenção do Estado no conteúdo do contrato, quer mediante o legislador, quer pela atuação do juiz, com a finalidade de:

- a) por um lado, proteger, em determinados contratos, a parte mais fraca;
- b) por outro, orientar em determinada direção a economia nacional, eliminando dos contratos todas as disposições que as pudessem contrariar, circunstâncias em que se fala em dirigismo econômico.

Desta natureza são, por exemplo, as leis de tabelamento de preços ou aquelas que ordenam os empréstimos compulsórios em determinados contratos.

Com a mesma intenção, multiplicaram-se as medidas restritivas de ordem pública, reveladas, tanto pela criação e extensão, de um novo setor dos serviços públicos, a saber, aqueles com forma comercial ou industrial, retirando-se do domínio do Direito Comercial, determinados contratos, cujo conteúdo passou a ser inteiramente submetido ao Direito Administrativo.

Exemplo é o que ocorreu com a antiga *Light – Serviços de Eletricidade S/A*, pessoa jurídica de Direito Privado, criada em 1889, que atuou, mediante concessão do governo federal desde o início do século passado até 1970, quando foi estatizada, passando o seu controle acionário para a *Eletrobrás S/A*.<sup>34</sup>

Passado semelhante teve a atual telefonia, originalmente companhia canadense privada (a *Telephone Company*), a qual com nome nacional a partir de 1923 – *Companhia Telefônica Brasileira – CTB* – foi nacionalizada em 1956, pelo governo Juscelino Kubitschek, passando para as mãos do Estado em 1966. O processo culminou com a criação da *Telebrás* (Lei 5.972, sancionada em 11 de julho de 1972), reservando-se o monopólio das telecomunicações para o Estado. Esta situação perdurou até 1998, quando então a *Telebrás* foi privatizada.<sup>35</sup>

33. V. Darcy Bessone, op. cit. pp. 44 e ss.

34. Posteriormente, a *Light* foi privatizada pelo programa federal de desestatização mediante leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 21 de maio de 1996, situando-se dentre os compradores diversos consórcios.

35. Cf. História do Telefone, in: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/historia-do-telefone/historia-do-telefone-3.php>>.

Paralelamente, ocorreu o aumento nas limitações e interdições à liberdade contratual mediante:

a) Interdição à inclusão de determinadas cláusulas contratuais, visando favorecer aos trabalhadores ou aos inquilinos. Ou ainda aquelas que limitavam os juros a um determinado montante, como as leis de usura; ou a vedação de cláusulas consideradas abusivas como ocorre atualmente com o chamado Código do Consumidor;

b) Inclusão obrigatória de determinadas disposições no conteúdo do contrato ou de determinados efeitos (vg., o contrato de representação comercial autônoma);

c) Obrigação de contratar em determinados casos, como ocorre no seguro obrigatório;

d) O estabelecimento do conteúdo do contrato mediante condições gerais, estabelecidas com precedência pela administração pública, como ocorre com os contratos de seguros em que as condições das futuras apólices são impostas pela Susep (Superintendência de Seguros Privados), ou com os contratos bancários que se devem submeter às condições emanadas da autoridade normativa do CMN (Conselho Monetário Nacional).

Igual manifestação da decadência do individualismo contratual ocorreu em diversos setores, revelada mediante:

a) A elevação dos debates formadores do contrato do plano individual para o plano coletivo (sindicatos, associações, grupos econômicos). Como ocorre com os *contratos coletivos* (ou normativos) de trabalho, nos quais as condições (concluídos sob a vontade da maioria) que irão regular todos os futuros contratos de uma categoria são fixadas *a priori*;

b) os *contratos tipos*, impostos pelo Poder Público ou por uma das partes, nos quais as condições apresentam-se padronizadas e assim iguais para todos;

c) os *contratos por adesão*, nos quais foi eliminada a fase de livre discussão das cláusulas contratuais, sendo o conteúdo do contrato obra da predeterminação de só uma das partes.

### 11.9.2 Os contratos por adesão e os contratos de adesão

Nos contratos por adesão foi eliminada a fase de *punctuação* ou de discussões preliminares. Vale dizer, no contrato por adesão o seu conteúdo é predeterminado por uma das partes sem que lhe preceda a livre discussão do futuro regulamento a ser estabelecido. Não se admitem modificações.

Ou a parte aderente aceita em bloco todas as cláusulas, ou não. Com isto a parte adere a uma situação jurídica que já se encontra definida em todos os seus

termos. O consentimento nada mais faz do que afirmar a sua aceitação àquele conteúdo preestabelecido. Mas o contratante tem absoluta liberdade para contratar e adere ao pactuado porque lhe convém.

Normalmente o *contrato de adesão* atua sob o predomínio do contratante economicamente mais forte, assim aquele que exerce um *monopólio de fato ou de direito sobre determinada atividade ou produto*, o qual impõe determinadas cláusulas gerais (ou o inteiro esquema do contrato) que são unilateralmente predispostas. Tem este teor, em síntese, a norma do art. 54 da Lei.8.078 de 11.09.1990 (Código do Consumidor).

O aderente, sendo economicamente débil, não tem outra opção que não a de aceitar as cláusulas ou o esquema; em regra invariáveis, ou desistir de contratar. Vale dizer, a capacidade de consentir ou não lhe é suprimida. Ele é compulsoriamente obrigado a contratar.

Tendo em vista a disparidade de forças na conclusão do contrato, a lei no intuito de tutelar o aderente e de restaurar a paridade contratual, ordena na hipótese de dúvidas ou ambiguidades, a interpretação a seu favor (art. 423, CC/2002). A par disto a norma que se segue no art. 424, CC/2002 considera nulas quaisquer cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente ao direito resultante da natureza do negócio.

*In casu*, o que sobreleva, aliado ao fato do conteúdo contratual ser predeterminado pela vontade única de uma das partes e não da livre negociação entre as partes, é a situação de monopólio (de fato ou de direito) que retira do aderente a possibilidade de opção.

Na prática, a modalidade encontra larga aplicação nos contratos em que há oferta permanente como ocorre com os serviços de fornecimento de gás, energia elétrica, água, telefonia e transportes. Ou se adere, ou não se tem estes produtos ou atividades.

Outra é a situação dos contratos por adesão. Aqui não há o monopólio de fato ou de direito de uma determinada atividade ou produto. O aderente não está obrigado a contratar, mas o faz por que lhe convém ou é do seu interesse.

É o que ocorre, v.g., numa economia de massa, quando os produtos e serviços são distribuídos em larga escala, não existindo espaço, pela celeridade das contratações para a elaboração de contratos individuais.

Todavia, em que pese a utilização da denominação de contratos feitos com base em condições gerais, para a maioria dos casos em que existem condições preestabelecidas e contratos de adesão é necessário distinguir entre as situações.

Nas condições gerais o conteúdo do contrato vem previamente estabelecido e uniformizado com bases nas condições gerais preestabelecidas e por elas

são eliminadas, antecipadamente, todas as negociações prévias entre as partes. Com isto, o conteúdo preestabelecido mediante as condições gerais vai constituir regra geral, a que se deverão ater todas as relações contratuais singulares e isto pode valer tanto para os contratos *por adesão*; quanto *de adesão*.

Mas a elaboração destas condições gerais pode decorrer tanto da vontade de ambas as partes, de uma só delas ou da autoridade administrativa e somente podemos falar em contrato *por* ou *de* adesão quando o conteúdo, com base nas condições gerais, é obra de apenas uma das partes contratantes (e não de ambas), nada mais restando à outra que aceitar. Isto, porém com a ressalva de que no contrato *de* adesão se tem um monopólio de fato ou de direito o que não ocorre no contrato *por* adesão, em que pese a predeterminação do conteúdo contratual por obra de uma das partes. Vale dizer, na modalidade a concorrência foi eliminada.

O que caracteriza o contrato *por* adesão é, igualmente, a preponderância da vontade de uma das partes na elaboração do regulamento contratual, mas sem a postura monopolista, facultado ao aderente diligenciar para obter o serviço ou o produto de outro ofertante.

### 11.9.3. O contrato regulamentado ou dirigido

Quando as condições gerais advêm da autoridade administrativa, têm-se mais uma variável, tendo em vista a ingerência do poder público no conteúdo do contrato.

As condições gerais derivadas da autoridade administrativa têm natureza normativa e são autênticas leis em sentido material,<sup>36</sup> advêm de uma autoridade externa e a ela devem se submeter ambas as partes. Estas terão eficácia especial "quando e na medida em que a lei atribua à administração o poder regulamentar sobre a matéria (...)".<sup>37</sup> Assim, v. g., o que ocorre com as condições gerais dos contratos de seguro.

Neste caso, mas não só neste, pois a pré-regulamentação do conteúdo contratual impondo a redação de determinadas cláusulas ou vedando a inclusão de outras, pode advir igualmente da lei, têm-se uma fonte concorrente, ao lado da vontade das partes, na formação do regulamento contratual. *In casu*, a da autoridade administrativa ou do legislador.

Assim, é necessário distinguir quanto à disciplina do conteúdo contratual, e aquela do momento da formação do contrato.

36. Manuel Garcia-Amigo, *Condiciones Generales de los Contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, a p. 118.

37. Federico de Castro y Bravo, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Editorial Civitas S.A., 1975, a p. 15.

Quando presente o conteúdo derivado de imposição de cláusulas ou vedação de outra, por parte da administração pública ou de disposição especial expressa em lei, estar-se-á perante um contrato *regulamentado* ou dirigido, o qual poderá ser tanto *de*; quanto *por* adesão.

Assim, por exemplo, o contrato representação comercial autônoma é um contrato regulamentado, tendo em vista o fato de o legislador ordenar a inclusão de determinadas cláusulas obrigatórias (vg. art. 27, lei 4.886/65); mas somente será *por* adesão se uma das partes pré-determinar o conteúdo contratual, não regulamentado, impondo-o a outra.

Já o contrato, cujo conteúdo advém de condições gerais impostas pela autoridade administrativa, será um contrato regulamentado, mas, ao mesmo tempo podendo ser, *de* ou *por* adesão, conforme o conteúdo não regulamentado já venha ou não predeterminado e conforme se tenha uma situação de monopólio de fato ou de direito.

### 11.9.4. O contrato tipo

A modalidade diz mais respeito à forma e é, igualmente, uma necessidade ditada por uma economia de massa, consubstanciada a expressão externa de uma técnica contratual.

Quando elaborado por apenas uma das partes, será um contrato *por* ou *de* adesão, conforme exista ou não a situação de monopólio.

Mas pode, igualmente, resultar da elaboração conjunta de duas partes (categorias ou entidades) que têm interesse em estabelecer uma padronização ou uniformidade com relação aos contratos futuros, agilizando as negociações.

Em que pese a predeterminação do conteúdo contratual, todavia, como alerta Darcy Bessone,<sup>38</sup> o contrato tipo não é um *pactum de contrahendo*, como o contrato preliminar, mas um *pactum de modo contrahendo*, vale dizer um modo de contratar.

Com este teor, os contratos tipo (padronizados) seriam forma de expressão dos contratos coletivos. Mas diferem destes, à medida que, enquanto nos contratos normativos as disposições que irão regular os futuros contratos são estabelecidas em abstrato; o contrato tipo já apresenta, em concreto, o conteúdo dos contratos individuais futuros, de molde a que basta para os contratantes a sua subscrição.<sup>39</sup>

O contrato tipo será *por* adesão, quando o conteúdo contratual é estabelecido por somente uma das partes. Será regulamentado quando as condições que

38. *Aut. e op. cit.*, a p. 78.

39. Orlando Gomes, *op. cit.*, a p. 127.

o integram advenham daquelas gerais ou de cláusulas de inserção obrigatória, ditadas pela administração pública. Assim, por exemplo, o contrato de seguro será um contrato tipo, regulamentado e por adesão.

### 11.9.5. Os contratos normativos

O contrato normativo, ao contrário do contrato tipo, contém prescrições genéricas, destinadas a reger para o futuro e que vão se aplicar a toda uma categoria ou generalidade de pessoas, servindo de modelo obrigatório para os contratos individuais.<sup>40</sup>

Duas são as teses que vigoram neste terreno. Para os defensores da corrente *contratualista*, ter-se-ia aqui um verdadeiro contrato; já para a corrente *normativista*, cuidar-se-ia de fonte de direito, um ato criador de normas jurídicas.

Para uma última teoria, a inistria inexistiria incompatibilidade entre a ideia de contrato e aquela de norma. Conforme esta última o contrato como causa de efeitos jurídicos, teria dentre estes efeitos a criação da norma.<sup>41</sup>

Perante esta última tese, embora na maioria das vezes o contrato crie preceitos individuais, nada impede que estes revistam natureza genérica, caindo-se assim, no terreno dos contratos normativos.<sup>42</sup>

Em regra, os contratos normativos são concluídos entre "representantes" (no sentido de representação política e não jurídica) de diferentes categorias (v. g. patrões e trabalhadores); em nome próprio; mas no interesse de todos os que integram a categoria, circunstâncias em que se inserem os contratos coletivos. Isto, todavia, não veda a que as partes estipulem cláusulas secundárias, admissíveis à medida que não violem alguma daquelas normativas.

### 11.10. Contratos plurilaterais

Ao lado do contrato bilateral, cujo núcleo reside na presença do conflito de interesses ou interesses contrapostos, harmonizados mediante concessões mútuas visando obter um consenso quando da sua execução, situam-se os associativos, nos quais o conflito está ausente.

Nestes segundos, a finalidade é um objetivo comum, visado por todas as partes e é nesta comunhão de objetivos, diferença essencial perante os contratos com prestações recíprocas, que reside a essência dos contratos associativos.

Mas a diferença não é somente esta. O contrato plurilateral distingue-se ainda daquele bilateral, posto admitir na sua construção duas ou mais partes,

40. Cunha Gonçalves, op. cit., pp. 413, 414.

41. Com esta opinião, Cunha Gonçalves, op. cit., a p. 414.

42. Idem, aut. op. e loc. cit.

manifestando-se como uma estrutura aberta, a qual não se encerra com o cumprimento da prestação avençada.

Vale dizer, é um contrato organizativo que não se exaure com a prestação de qualquer uma das partes, perdurando para a realização de uma finalidade comum. Assim, nele é possível que outras partes adiram ao regulamento pactuado, sem que se tenha de elaborar um novo contrato.

Com este teor é um contrato de constituição sucessiva e execução continuada. Tampouco há qualquer relação de equivalência entre as diversas prestações, as quais podem ser de natureza e montantes diferentes.

Note-se que as prestações realizadas não dão às partes nenhuma vantagem, ou benefício imediato, mas "mediante uma sucessiva utilização acaba por, indiretamente, funcionar em proveito de todas as partes, inclusive daquela que não contribui (...)"<sup>43</sup> (trad. livre nossa).

Esta utilização intermediária das prestações realizadas, que é posterior à sua realização pela parte e antecedente à obtenção da finalidade comum perseguida, é igualmente uma das características significativas da categoria,<sup>44</sup> posto que a função do contrato não se exaure com a execução das obrigações das partes que nada mais é do que premissa de uma atividade ulterior, cuja realização é a finalidade do contrato.<sup>45</sup>

A par disto, no contrato plurilateral, todas as partes têm direitos e obrigações, mas não "para com a outra" e sim "para com todas as outras".<sup>46</sup>

Ademais disto, com relação a estes contratos, pode-se ainda distinguir: um aspecto interno (relativo às relações entre as partes) e um aspecto externo (tendo em vista as relações com terceiros). Vale dizer, a organização constituída com o contrato plurilateral pode ser meramente interna ou, opostamente, externa.<sup>47</sup>

No caso de associação meramente interna, o vínculo associativo não tem nenhum significado perante terceiros, os quais adquirem direitos e obrigações, somente perante a parte com quem contratarão. Um exemplo aqui trazido pela doutrina é o da sociedade em conta de participação, a qual, em que pese ser uma figura bilateral, vai distinguir-se do contrato bilateral, pelo objetivo comum, visado pelo sócio ostensivo e pelo sócio participante, a saber, o proveito comum resultante da atividade.<sup>48</sup>

43. Francesco Galgano, op. cit. a p. 261.

44. Idem, op. aut. op. e loc. cit.

45. Ibidem.

46. Cf. Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas*, 2. Ed., Saraiva, S. Paulo, 1969, a p. 256 e ss.

47. Idem, aut. op. e aut. cit., a p. 293.

48. Galgano, op. cit., a p. 266.

Inserem-se aqui, igualmente, as associações temporárias de empresas, assim as *joint ventures*.

Já nas associações com eficácia externa, as partes apresentam-se perante os terceiros como um grupo unitário, em nome do qual a atividade é exercida.

Em princípio poder-se-ia pensar ser a atribuição da personalidade jurídica, aqui, um atributo essencial à atuação do grupo como unidade. Mas como adverte Ascarelli, embora o contrato plurilateral, mediante a organização criada, seja o substrato de toda pessoa jurídica, nem todas as organizações externas são dotadas de personalidade jurídica.<sup>49</sup>

Assim, pensamos nós, ocorre com os grupos de sociedades formalmente constituídos, os quais, em que pese a existência de uma administração grupal que pode atuar em nome do grupo, não contam com a atribuição da personalidade jurídica.

Todavia, inexistente uma teoria geral, ou um conjunto de princípios comuns específicos para todos os contratos que apresentem esta característica de perseguirem um objetivo comum. E a diversidade é grande, como alerta Galgano,<sup>50</sup> decorrendo essencialmente dos diferentes modos de utilização intermediária das prestações.

Por tal razão, as diversas<sup>51</sup> categorias de contratos com comunhão de objetivos, ao invés de serem reconduzidas a princípios comuns, mantêm-se "sensivelmente diferentes entre si", com um regulamento peculiar a cada uma delas.

### 11.11 O autocontrato ou contrato consigo mesmo

Ao princípio, segundo o qual para a existência do contrato se fazem necessárias duas declarações de vontades, provenientes de partes distintas, constitui exceção a figura do autocontrato ou contrato consigo mesmo.

Neste, a atividade e a declaração de uma só parte, em duas diferentes posições jurídicas, pode dar lugar ao contrato. Assim ocorre, por exemplo, quando

49. Aut. e op. cit., pp. 294, 295.

50. Aut. e op. cit., a p. 266; nos termos seguintes: "Risulta diversa, in particolare, la condizione giuridica nella quale, nel corso dell'attività di esecuzione del contratto, si trovano i beni conferiti dalle parti (ed i loro successive incrementi). Questi possono dare luogo alla costituzione di un fondo comune o essere, invece, l'oggetto di attribuzione di una parte a favore dell'altra; Ed il fondo comune può, a sua volta, sottostare al regime della mera comunione o assumere, invece, i caratteri di un patrimonio autonomo, sottorato all'azione esecutiva dei creditori personali delle parti i vincolato al perseguimento dello scopo comune. L'attività di esecuzione del contratto, può, d'altro canto, essere esercitata in comune dai contraenti o essere, al contrario, la prerogativa di uno solo di essi; e l'esercizio in comune può, a sua volta, manifestarsi nei soli rapporti interni o, oltre che in questi, anche nei rapporti esterni (...)."

51. Idem, aut. op. e loc. cit.

o representante, ocupando, v. g. a posição jurídica de vendedor declara; por um lado e em nome próprio, desejar vender e, por outro, em nome do representado, aceitar comprar.

Todavia, a possibilidade da presença do conflito de interesses, já que é legítima a suspeita de que o representante favoreça o próprio interesse, em detrimento daquele do representado, leva a olhar a figura com suspeita, admitindo que o ordenamento jurídico limite a validade de tais contratos, somente às hipóteses em que inexistam conflitos de interesses.

Mas, assimala Waldirio Bulgarelli, que a doutrina admite a possibilidade inclusive quando exista dupla representação:

Vale dizer, "quando entre duas ou mais pessoas se reúnem duas representações incompatíveis (ou antagônicas entre si) ou, nos casos de representação organista, em que o representante age em nome do representante, de um lado, e em seu próprio nome do outro (...)"<sup>52</sup>

Também, não é difícil vislumbrar a figura, quando a mesma parte ocupa posições jurídicas diferentes.

De qualquer forma, os códigos civis de diversos países admitem a figura do contrato consigo mesmo. Têm este teor o art. 1395 do Codice Civile Italiano,<sup>53</sup> o art. 181 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão),<sup>54</sup> e o art. 261 do Código Civil Português,<sup>55</sup> entre outros.

52. Aut. cit., *Contratos Mercantis*, 13. ed. Atlas, S. Paulo, 2000, a p. 138.

53. Cf. Art. 1395. *Contratto con se stesso. È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi. L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.*

54. Cf. § 181 BGB *Insichgeschäft* – *Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.*

55. Artigo 261.º (Negócio consigo mesmo) 1. É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses. 2. Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação.

