

1ª edição – 1959
26ª edição – 2007

© Copyright
† Orlando Gomes

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Gomes, Orlando	
G615c	Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
Bibliografia.	
ISBN 978-85-309-2520-8	
1. Contratos. I. Título.	
342.14	CDU – 347.4

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – 1º e 2º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Capítulo 1

INTRODUÇÃO

Sumário: 1. Conceito de contrato. 2. Formação histórica e pressupostos ideológicos. 3. O contrato no Direito contemporâneo. 4. O contrato no Direito das Obrigações. 5. Concepções de contrato. 6. O contrato como norma. 7. O contrato em novo contexto. 8. A declaração de vontade dos contratantes. 9. Aspecto material e documentação do contrato. 10. Significado do contrato. 11. Função econômica do contrato.

1. Conceito de contrato. A renovação dos estudos jurídicos e a convicção crescente da necessidade de completá-los com os subsídios de outras ciências humanas, notadamente a Sociologia, a Política e a Economia, induzem tratamento novo dos institutos jurídicos tradicionais que distinguem o Direito Privado, dentre os quais o *contrato*. Tanto significaria o abandono da *posição manualística*¹ assumida nos compêndios e cursos adotados nas escolas de ensino jurídico, até mesmo os de elaboração mais recente. Justifica-se até certo ponto essa orientação dos autores de tais textos por ser verdadeira a observação de que ainda nos encontramos na época da ciência jurídica que se inicia com Savigny.² O modelo teórico sobre o qual trabalham, sugerido pela disciplina legal codificada, continua a ser, a despeito das alterações que o deformam, aquele traçado pelos expoentes da escola das Pandectas. Não é possível afastá-lo inteiramente numa obra didática, mas cumpre descrevê-lo à luz dos fatos que têm concorrido para a deformação, fazendo, quando menos, *ortopedia* do instituto que se analisa, se a natureza da obra desaconselha tratamento puramente crítico.

1 Barcelona, "Diritto Privato e Processo Economico", *passim Stato e Giuriste*, com a colaboração de Couture.

2 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, na tradução italiana: *Storia del Metodo nella Scienza Giuridica*.

O conceito de *contrato* é, conforme o ensinamento dessa escola, o de uma categoria geral e abstrata reduzida à unidade no sistema conceitual, segundo as regras da lógica formal. O *sistema* assemelha-se a uma pirâmide em cujo vértice se encontra um conceito generalíssimo ao qual se reconduzem os restantes conceitos, como outros tantos tipos e subtipos, levando esse método do pensamento formal à *jurisprudência dos conceitos*.³ Na seqüência desse pensamento, Puchta estabelece a conexão lógica dos conceitos como a suprema tarefa do jurista, explicando que, para possuir a *consciência sistemática*, é preciso estar em condições de acompanhar em sentido ascendente e descendente a proveniência de qualquer conceito através de todos os termos médios que participam de sua formação.⁴

A escala na genealogia do conceito de *contrato* sobe ao *negócio jurídico*, (RA) conceito adotado pelo Código Civil,⁵ muito embora sem definição legislativa expressa, daí para o ato jurídico⁶ e, por fim, (RA) para o fato jurídico.

Nessa perspectiva, o *contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas *partes*. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*.

Da conexão entre os dois conceitos, o de contrato e o de negócio jurídico, segue-se que o daquele contém todas as características do outro, por ser um *conceito derivado*. Eis por que as noções comuns a todos os negócios jurídicos, bilaterais ou unilaterais, se estudam na parte geral ou introdutória do Direito Civil⁷ naqueles sistemas, como o nosso, em que os conceitos fundamentais da matéria, a exemplo do Código Civil alemão, são

3 Larenz, ob. cit., p. 21.

4 O exemplo que dá de tal *escala conceitual* é o conceito de servidão de trânsito, que é em primeiro lugar um *direito subjetivo*; em seguida, um *direito real*, e depois um *direito real sobre a coisa alheia, de gozo*, e assim por diante, conf. *Manuale delle Pandette*, t. I, p. 21.

5 (RA) Arts. 104 e segs. (RA).

6 (RA) O Código Civil não se referia ao negócio jurídico, mas sim ao ato jurídico. Este vinha conceituado no (RA) art. 81, *in verbis*: "Todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico."

7 V., do autor, *Introdução ao Direito Civil*, pp. 297 a 515. A categoria do negócio jurídico é objeto atualmente de reservas por ser considerada de escassa utilidade para a dogmática do Direito e porque as suas principais figuras (contrato, testamento, casamento) têm regulamentação diferente. Allara, *La Teoria Generale del Contratto*, p. 12.

sistemizados em artigos que precedem os livros especiais. Onde o *negócio jurídico* (ato jurídico) não é instituto acolhido no Direito Positivo, a coisa não tem cabimento.

O tratamento do contrato sob esse enfoque não significa, porém, a aceitação do método da jurisprudência dos conceitos. Nem que os institutos jurídicos concentrados em torno do contrato sejam apreciados apenas em função da sua posição na escala de conceitos em que se insere ou de sua base ético-jurídica, mas, sim, de conformidade com o seu fim e com o seu conteúdo lógico, ético, sociológico, político-social.⁸

O contrato e seus tipos esquematizados na lei serão estudados como instrumentos jurídicos para a constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica.

8 Larenz, ob. cit., p. 24. Atormentado pela dificuldade de que um direito subjetivo possa subsistir também independentemente da vontade real do titular, Windscheid sustenta que a vontade dominante não é a do titular do direito, mas a do ordenamento jurídico, acentuando desse modo a predominância da *pretensão*, de tal modo que divisa na propriedade não a faculdade do proprietário de dispor de uma certa coisa conforme a sua vontade, mas unicamente a possibilidade de manter os terceiros longe dessa coisa (*obrigação passiva universal*). Orlando Gomes, "Significado Ideológico do Conceito de Direito Real", in *Revercor (RA) Estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia (RA)*, pp. 3-15.

Na doutrina mais recente, tende-se a separar, no conceito de contrato, o *fato* propulsor da *relação* e esta, dantes unilateralmente concebidos. Hoje distingue-se, por outras palavras, o *ato* do *vínculo*, como faziam os canonistas com o matrimônio. Neste, o consentimento dos nubentes era considerado o *fato*, do qual nascia o *vínculo conjugal*, isto é, a relação matrimonial definida na lei, a constituição de uma família, a inserção dos cônjuges num conjunto invariável de poderes, direitos, deveres e obrigações. Nos contratos patrimoniais também sucede essa diferenciação que provoca a aplicação de normas distintas, mas a determinação do conteúdo da relação ainda é grande parte obra dos próprios contraentes, nos limites de sua *autonomia privada*.

Esclarece Trimarchi que a possibilidade de substituição de um tipo contratual por outro, imposta aos contraentes, ou a um deles, admitida atualmente, é uma das manifestações mais expressivas da nova *ideologia jurídica* em matéria de *contrato*. Os fenômenos jurídicos que estão se manifestando na área contratual atestam, como frisa o citado autor, que a função e os valores do *contrato* não podem mais ser representados nos mesmos termos da doutrina oitocentista, pois, no campo da produção econômica organizada, as normas legais têm a função de assegurar uma distribuição eficaz dos recursos produtivos, de golpear as empresas ineficientes e de proporcionar as condições para o rendimento econômico, e a atividade do empresário é considerada em função do interesse econômico da comunidade.

Esta limitação no enfoque não significa desconhecimento de que o conteúdo dos contratos é alimentado também por outras fontes ou que não tenha outras *matrizes*, tais como os *usos normativos*, os *usos interpretativos*, as *cláusulas de estilo*, as normas supletivas, disposições que não se encontram no Código Civil, e as *sentenças judiciais* que integram ou substituem as cláusulas contratuais⁹ como na execução coativa em forma especificante do Código de Processo Civil.

2. Formação histórica e pressupostos ideológicos. O conceito moderno de contrato formou-se em conseqüência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais: *a*) a dos canonistas; *b*) a da escola do Direito Natural.¹⁰

A contribuição dos canonistas consistiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao *consenso*, e, do outro, à *fé jurada*. Em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes.

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influiu na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o consentimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*). Salienta-se, no particular, a contribuição de Pufendorf, para quem o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é de Direito Natural.¹¹ Ressalta-se ainda a influência de Pothier na determinação

9 S. Maiorca, *Il Contratto*, p. 9.

10 Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 87, que destaca também o “voluntarismo jurídico da escolástica tardia”.

11 Cons. Wieacker, *Privatrechts Geschichte der Neuzeit*, na tradução espanhola, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, pp. 272 e segs.

da função do acordo de vontades como fonte do vínculo jurídico e na aceitação do princípio de que o contrato tem força de lei entre as partes, formulado como norma no Código de Napoleão.

Não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina *contrato*, pois, segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*). É certo que o conceito sofreu alterações, e outros romanistas, como Riccobono, sustentam que o contrato era o acordo de vontades, gerador de obrigações e ações, ou que na fase pós-clássica já se admitia que a origem das obrigações se encontrava na declaração da vontade das partes.

A moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção.

O conjunto das idéias então dominantes, nos planos econômico, político e social, constituiu-se em matriz da concepção do *contrato* como *consenso* e da vontade como fonte dos efeitos jurídicos, refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo.¹²

O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto¹³ permitiram fazer-se do *contrato* o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.

O processo econômico caracterizado então pelo desenvolvimento das forças produtivas exigia a generalização das *relações de troca* determinando o esforço de abstração que levou à construção da figura do *negócio jurídico* como gênero de que o contrato é a principal espécie. O *contrato* surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social. Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujei-

12 Barcellona, ob. cit., p. 272.

13 Díez Picazo, ob. cit., p. 89.

tos, se pertenciam ou não a certa classe, se eram ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso mas somente o parâmetro da troca, a equivalência das mercadorias, não se distinguia se o objeto de contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário: tratava-se do mesmo modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa.¹⁴

Se bem que a evolução do Direito nos tempos presentes se encaminhe em sentido contrário, tal é o modelo de *contrato* que ainda se descreve nos compêndios de Direito Civil amarrados ao Código Civil e alheios à exuberante *legislação especial* que o contradiz e contesta.

3. O contrato no Direito contemporâneo. Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato.

A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a *liberdade de determinar o conteúdo* da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, *nova técnica de contratação*, simplificando-se o *processo de formação*, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.

Tais modificações repercutiram no *regime legal* e na *interpretação do contrato*.

Importantes e abundantes leis dispensaram especial proteção a determinadas categorias de pessoas para compensar juridicamente a debilidade da posição contratual de seus componentes e eliminar o desequilíbrio. Desenvolveu-se uma legislação de apoio a essas categorias, com estímulo à sua organização. Determinado a dirigir a economia, o Estado ditou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas, e exigindo, para se formar, sua autorização, atribuindo a obriga-

14 Barcellona, ob. cit., p. 277.

ção de contratar a uma das partes potenciais e mandando inserir na relação inteiramente disposições legais ou regulamentares.

Assinalam-se como principais fatores das transformações ocorridas na *teoria geral do contrato*: 1º) a insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as *partes*, atribuído ao princípio da igualdade formal; 2º) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; 3º) a intromissão do Estado na vida econômica.

O desequilíbrio determinou a técnica do *tratamento desigual*, cuja aplicação tem no Direito do Trabalho o exemplo mais eloqüente.

Dentre as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, salientam-se as que foram impostas pela *massificação* de certos contratos determinante da *uniformização* de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a *despersonalização* dos contraentes.

A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o *contrato*, na sua cidadela, ao restringir a *liberdade de contratar*, na sua tríplice expressão de *liberdade de celebrar contrato*, da *liberdade de escolher o outro contratante* e da *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.

Três modificações no regime jurídico do contrato revelam outras tantas tentativas para a correção do desequilíbrio. A primeira consistiu na promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica ou socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A segunda patenteia-se na legislação de apoio aos grupos organizados, como os sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte. A terceira, no *dirigismo contratual*, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder público.

Surgem, em consequência, figuras anômalas, como a do contrato, cujo conteúdo é imperativamente alterado por lei superveniente, seja substituindo suas cláusulas principais, seja amputando-o, ou do contrato em que uma das partes foi obrigada a contratar, ou do contrato que tem fonte legal, e assim por diante, até mesmo o que, sem ser concluído, produz efeitos por mandamento judicial, como a adjudicação compulsória.

Passa-se a dissociar a *relação contratual do acordo de vontade*, com o propósito de explicar certas anomalias, como a prorrogação legal das locações, e justificar a diversidade de critérios de interpretação e a repartição dos riscos.

A mais importante consequência dessas transformações é a mudança nas preocupações do legislador quanto à rigidez do contrato. Em relação ao

contrato nos moldes clássicos, empresta maior significação às normas *sobre o acordo de vontades*, detendo-se na disciplina cuidadosa da declaração de vontade e dos *vícios* que podem anulá-la, e limitando a proteção legal aos que não têm condições de emití-la, livre e conscienciosamente (menores, enfermos). Em relação aos contratos nos moldes contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos *aderentes* (contratos de adesão), mediante normas legais que proibam cláusulas iníquas, até porque as regras sobre a declaração da vontade e os vícios do consentimento quase não se lhe aplicam. (RA) Os arts. 423 e 424 do Código Civil estipulam regras de proteção dos aderentes (RA).

4. O contrato no Direito das Obrigações. A idéia de contrato aplica-se em todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, seja qual for a sua modalidade ou a sua eficácia. Pode ser limitada, não obstante, ao campo do Direito Privado, designando-se por esse vocábulo o negócio jurídico bilateral que se apresenta em todas as partes do Direito Civil: no Direito das Obrigações, no Direito de Família, no Direito das Coisas e no Direito das Sucessões.

Ao estudo dessas *relações jurídicas* dedica-se esta obra.

Os principais contratos típicos são: a compra e venda, a troca, (RA) o contrato estimatório (RA), a doação, a promessa de venda, a locação, (RA) a prestação de serviços (RA), a empreitada, o transporte, o empréstimo, o depósito, o mandato, a comissão, (RA) a agência, a distribuição, a corretagem (RA), a representação dramática, a constituição de renda, o seguro, a fiança, a transação, os contratos bancários e os de incorporação imobiliária.

Novas figuras contratuais estão penetrando no mundo dos negócios, algumas já tipificadas na *legislação especial*, outras ainda sem tratamento legal específico. Dentre essas figuras, reclamam uma vista de olhos: o contrato de alienação fiduciária em garantia, o *leasing*, o *know-how* e alguns mais outros tantos (Capítulo 44).

Emprega-se o vocábulo *contrato* em sentido *amplo e restrito*. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial.

Para nomear os negócios jurídicos plurilaterais em geral, usam alguns o termo *convenção*, nele incluindo todos os acordos, estabeleçam, ou não, vínculo obrigacional. A *convenção* compreenderia não só os negócios plurilaterais destinados a criar obrigações, mas também a modificar ou ex-

tinguir obrigações preexistentes,¹⁵ enquanto o contrato seria idôneo exclusivamente à criação de obrigações. Teria, para outros, sentido especial, compreendendo apenas os acordos normativos. A questão é, no entanto, puramente terminológica. Interessa, assim mesmo, fixar o exato sentido da palavra *contrato* porque a outras modalidades do concurso de vontades não se aplicam as regras que o regem. Deve ser observada para designar o negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.¹⁶

No Direito moderno, o termo *pacto* significa a cláusula aposta em certos contratos para lhes emprestar efeito especial. Pacto não é mais, como no Direito Romano, a convenção desprovida de sanção.

Na prática emprega-se a palavra *contrato* em acepções distintas, ora para designar o *negócio jurídico bilateral gerador de obrigações*, ora, o *instrumento* em que se formaliza, seja a escritura pública, o escrito particular de estilo, simples missiva, ou um recibo. Na linguagem corrente, essa sinonímia está generalizada a tal ponto que os leigos supõem não haver contrato se o acordo de vontades não estiver reduzido a escrito. O contrato tanto se celebra por esse modo como oralmente. Não é a *forma* escrita que o cria, mas o encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas no propósito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua.

Contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.

Os sujeitos da relação contratual chamam-se *partes*. *Parte* não se confunde com *pessoa*. Uma só pessoa pode representar as duas *partes*, como no *autocontrato* ou *contrato consigo mesmo*, e uma só *parte*, compor-se de várias pessoas, como na locação de um bem por seus condôminos. *Par-*

15 Capitant, *Vocabulaire Juridique*; Eduardo Espínola, *Contratos Nominados*, p. 8.

16 Devem qualificar-se também como contratos, segundo tendência modernamente acolhida em algumas legislações, como o Código Civil da Itália, o Código polonês das Obrigações e o Código Civil venezuelano, negócios jurídicos bilaterais translativos (a cessão), modificativos (a novação) ou extintivos (a remissão) de obrigações. O alargamento da categoria vem se dando por sua extensão a outros segmentos de Direito Civil, que não o das obrigações, e a outros campos distintos do Direito Civil. Há contrato real, contrato familiar e contrato sucessório, assim como contrato processual e contrato de Direito Público. Alguns destes não são, na verdade, contratos, como observa Allara, ob. cit., pp. 15 e segs.

te é, em síntese, um *centro de interesse*, indicando-se com essa expressão a posição dos sujeitos em face da situação na qual incide o ato.¹⁷

O mecanismo de formação do contrato compõe-se de declarações convergentes de vontades emitidas pelas *partes*. Para a perfeição do contrato, requerem-se: em primeiro lugar, a existência de duas declarações, cada uma das quais, individualmente considerada, há de ser válida e eficaz; em segundo lugar, uma *coincidência de fundo* entre as duas declarações.¹⁸ Por conseguinte, acordo de vontades para a constituição e disciplina de uma relação jurídica de natureza patrimonial. O fim do acordo pode ser também a modificação ou a extinção do vínculo.

Existem *acordos* patrimoniais que não são considerados *contratos* porque não originam, para as *partes*, obrigações que modifiquem a situação preexistente, mas se limitam a estabelecer regras a serem observadas se os interessados praticam os atos prefigurados, como os *acordos normativos*, ou a tornar certa uma situação jurídica incerta, como a *transação*. Esses negócios jurídicos são, porém, autênticos contratos.

Há contratos que não se formam com o só e simples *consentimento das partes*. Tais são, por exemplo, o depósito e o empréstimo, que só se tornam perfeitos e acabados com a entrega da coisa por uma das *partes* à outra. Outros requerem *forma solene* para o acordo de vontade, não valendo, se preterida.

A *coincidência* das declarações é essencial à formação do contrato. Chamemo-la consenso, para designar, com uma só palavra, este requisito característico da perfeição dos contratos. Se não ocorre, há *dissenso*. A coincidência é necessária nos pontos essenciais e decisivos para a formação do contrato, segundo a vontade de uma ou das duas partes. Sempre que faltar, o contrato não nasce, ou será ineficaz.

O *dissenso* pode ser *manifesto* ou oculto. Quando *manifesto*, não há *acordo* porque a coincidência de vontades não se verifica conscientemente em relação a pontos decisivos.¹⁹ Quando *oculto*, as partes supõem que houve acordo, mas, em verdade, não houve. No *dissenso oculto*, o contra-

17 Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 12.

18 Oertmann, *Introducción al Derecho Civil*, p. 200.

19 Assim, como exemplifica Enneccerus, se ao concluir um contrato de compra e venda as partes se puserem de acordo sobre a coisa e o preço, mas ainda não concordarem sobre quem deve suportar as despesas com o transporte, e, conforme a declaração de uma delas ou de ambas, se tiver que estipular acordo sobre isso, o contrato, antes desse acordo, ainda não está concluído, in *Tratado de Derecho Civil*, tomo 1º, p. 168.

to é anulável; no *dissenso manifesto*, não se forma. É que, sendo oculto o dissenso, as declarações coincidem exteriormente, dando a aparência de negócio eficaz.

Pode o *dissenso* revelar-se à luz de interpretação das declarações de vontade, ocorrendo em dois casos principais: 1º) as declarações não coincidem exteriormente; 2º) as declarações coincidem exteriormente, mas têm objetivamente sentido diverso, e cada parte dera e podia dar significação distinta à sua declaração.²⁰

Em suma, o dissenso é manifesto, se as partes estão conscientes da sua existência, e oculto, no caso contrário.

Traço característico do contrato é a *plurititularidade*, isto é, a co-participação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos. A contraposição é essencial, não passando o contrato, assim, de uma *composição*.

A noção de *parte* como *centro de interesses* esclarece a distinção entre *contrato* e outros *atos plurilaterais*, como o *negócio plurilateral* e o *ato coletivo*, sem maior relevância prática por se lhes aplicarem as normas do Direito Contratual.

O *contrato plurilateral* suscita efeitos em distintas relações jurídicas que envolvem vários sujeitos.

Os *atos coletivos* compõem-se de várias declarações de vontades voltadas para o mesmo fim, emitidas por diversos sujeitos com interesses distintos, como na rescisão de um arrendamento pelos dois ou mais arrendatários. Resultam da soma de várias declarações de vontades emitidas conjuntamente. A doutrina alemã denomina-os *Gesamtakte, atos conjuntos*.²¹ Nesses negócios não há intercâmbio de declarações de vontade emitidas por partes contrapostas. As declarações são paralelas para a formação de uma declaração comum da mesma parte composta de várias pessoas.²² O *ato conjunto* não é negócio jurídico bilateral.

É também unilateral o *ato colegial*, como a deliberação de uma assembléia de acionistas. Para ser tomada, os participantes declaram, singularmente, a própria vontade, concorrendo desse modo para a formação de vontade do grupo. Não há pluralidade de declarações, mas uma só, porque

20 Enneccerus, ob. cit., p. 169

21 Enneccerus, ob. cit., p. 71; Von Thur, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, p. 102.

22 A esse ato de concorrência de várias vontades para a formação de uma só, a doutrina alemã chama *beschluss*, termo intraduzível para o vernáculo.

as vontades particulares desaparecem para dar lugar à vontade geral. Não têm natureza contratual tais *deliberações*. Regem-se por normas distintas. Não requerem, como o contrato, a unanimidade de pronunciamentos, bastando, para se formar, a vontade da maioria de votos, que prevalece e se impõe à vontade da minoria.

O concurso de atividade é outra característica do contrato. O ato praticado por um só sujeito é unilateral, mesmo que exija a ciência, mas não a atividade, de outro, como na declaração receptícia de aviso prévio a um empregado.

Com o contrato não se deve confundir o ato praticado por sujeitos distintos, para o qual a declaração de um deles teve de ser integrada na do outro, como o de pessoa relativamente incapaz e do seu assistente. O ato é de *parte composta*, mas *unilateral*.

5. Concepções de contrato. Duas concepções antagônicas de *contrato* em relação ao *conteúdo* dividem os juristas: a *subjetiva* e a *objetiva*.

Para os adeptos da concepção subjetiva, o conteúdo do contrato é composto pelos direitos e obrigações das partes. O contrato é, por definição, fonte de *relações jurídicas*, sem ser exclusivamente, no entanto, o *ato* propulsor das relações obrigacionais.

Para os prosélitos da concepção objetiva, o conteúdo do contrato é composto de *preceitos*. As disposições contratuais têm substância normativa, visando a vincular a conduta das partes. Na totalidade, constituem verdadeiro *regulamento* traçado de comum acordo. Tal, em suma, sua estrutura. É o contrato, portanto, fonte de *normas jurídicas*, ao lado da lei e da sentença.

Na concepção tradicional, o *contrato* é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional.²³

O contrato distingue-se da lei, na lição de Savigny, por ser *fonte de obrigações* e direitos subjetivos, enquanto a lei é fonte de direito objetivo (*norma agendi*).²⁴ É uma ação humana de efeitos voluntários, praticada

23 O contrato é uma categoria jurídica que está a se alargar no próprio campo do Direito Civil; além de ser fonte de obrigações, na sua função tradicional atribuída no Direito Romano, opera, em alguns sistemas jurídicos, na esfera das *relações reais*, constituindo e transferindo *direitos reais*. Admite-se, demais disso, que o contrato não é apenas *constitutivo* de obrigações, mas também *modificativo e extintivo*.

24 Messineo, *Il Contratto in Genere*, t. I, p. 84.

por duas ou mais *partes*, da qual o ordenamento jurídico faz derivar um vínculo. Encarado no primeiro aspecto, o da *formação*, é um ato de criação; no segundo, o conjunto de obrigações e direitos que condicione necessariamente a conduta das partes, tal como quiseram defini-la.

O modo de estabelecer os direitos e obrigações contratuais dá a impressão de que o contrato, devido à sua aparência legislativa, tem natureza normativa, constituído o seu conteúdo de preceitos que regem a relação criada e vinculam o comportamento das partes. Os partidários da concepção tradicional não admitem, entretanto, que tais normas pertençam ao mesmo *genus* da lei, infensos à idéia de lei concreta e individual. Sustentam que o contrato só pode criar relações jurídicas e direitos subjetivos, jamais normas de direito objetivo, mesmo quando estabelece regras abstratas para o futuro, como nas *condições gerais de contrato (contratos de adesão)* que, pelo modo de formulação e forma abstrata, apresentam certa semelhança com o direito objetivo, mas não contêm realmente norma alguma de Direito, senão cláusulas que se limitam a criar entre a parte que as estatui e os clientes uma *relação jurídica*, para que a estas também se subordinem no futuro os fatos previstos nas referidas *condições*, e seus efeitos.²⁵ Em suma: o contrato é um *pressuposto* de fato do nascimento de *relações jurídicas*, uma das principais, senão a mais importante, *fontes* ou causa geradora das obrigações, o *título* de criação de nova realidade jurídica, constituída por direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus, encargos.

Além de ser causa eficiente desse complexo de direitos e obrigações, o contrato tem de ser encarado como *vínculo* ou resultado que produz, a *relação jurídica* a que dá nascimento, os efeitos que provoca entre as partes. Em síntese: *conteúdo e eficácia*.

6. O contrato como norma. Ao analisar especificamente o *contrato* do ponto de vista da *teoria pura do Direito*, Kelsen²⁶ observa que a definição tradicional que o tem como um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos tendente a criar ou extinguir uma obrigação e o direito subjetivo correlato passa por alto uma de suas funções mais importantes, que é a *função criadora de direito*. Ao celebrar um contrato, as partes não se limitariam a aplicar o direito abstrato que o rege, mas estariam criando também *normas indivi-*

25 Von Thur, *Tratado de las Obligaciones*, t. I, p. 101.

26 *El contrato y el Tratado*.

duais que geram obrigações e direitos *concretos* não existentes antes de sua celebração. Essas *normas individuais*, que compõem o *conteúdo do contrato* e exigem determinada conduta dos contratantes, teriam a mesma substância normativa da regra *pacta sunt servanda*, que aplicam ao celebrar o contrato. Desse modo, o produto jurídico do contrato, ou seja, a consequência que lhe atribui o ordenamento jurídico, é a norma que cria, individual e concreta porque não obriga a número indeterminado de indivíduos nem se aplica a número indeterminado de casos, tal como sucede com a norma ou lei.

A explicação de Kelsen coincide com as idéias sistematizadas na teoria denominada *preceptiva*. Já Von Bulow definira o negócio jurídico, de que o contrato é uma das espécies, como um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico atribui efeito vinculante. A declaração de vontade teria natureza preceptiva, e o conteúdo do contrato seria representado por diversas e sucessivas regras de conduta pertencentes ao mesmo *genus*. Tal seria, em síntese, a *lex contractus*.²⁷

Nesse contexto, o contrato é ato criador de direito objetivo, até porque para alcançar o fim apontado pelos sequazes da concepção tradicional, qual seja, o da *constituição de relações*, não pode deixar de estabelecer *normas*,²⁸ eis que dever jurídico não pode existir sem correspondente comando. Explica Ferri que o tecido da sociedade é formado de normas ou comandos objetivos, concorrendo os particulares para tecer essa tela com os seus contratos, o que implica ter de reconhecer que a *regra contratual* é também *norma jurídica*.²⁹

A despeito dos esforços dos adeptos da concepção preceptiva para justificá-la como a explicação correta do conteúdo do contrato, ponderosas têm sido as críticas dos seus opositores. Diz-se que a controvérsia se reduz a uma questão semântica, visto que os preceptivistas atribuem à expressão *norma jurídica* um significado amplíssimo, impróprio ou supérfluo, como assinala Cariota Ferrara.³⁰ Uma vez se conceitue a norma jurídica como uma regra geral e abstrata, é manifesto que normas não são as *cláusulas*

27 Formam essa corrente, dentre outros, na Alemanha: Von Bulow e Larenz; Betti e Ferri, na Itália. *Cons.* a propósito na literatura brasileira: Vicente Ráo, *O Ato Jurídico*; Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*; e, do autor, *Introdução ao Direito Civil e Transformações Gerais do Direito das Obrigações*.

28 Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, p. 9.

29 *Lezioni sul Contratto*, p. 20.

30 *El Negocio Jurídico*.

de um contrato, eis que a sua aplicação é restrita aos contraentes. Até nos chamados *contratos normativos* as disposições respectivas regem unicamente as relações daqueles que se lhes querem submeter. Se normas fossem, não seriam autônomas, mas subordinadas à lei vigente em qualquer momento de sua existência, interpretadas conforme os critérios aplicáveis à exegese dos comandos legais; ao contrário disso a revogação da lei vigente ao tempo de conclusão de um contrato não acarreta a das disposições contratuais e, na sua interpretação, aplicam-se regras peculiares.³¹ Têm-na aversão a maioria dos escritores do próprio país de origem, todos acusando a sua artificialidade quando assimila à norma (*dado objetivo*) o produto de um comportamento (*dado subjetivo*) e quando despreza a *função dispositiva* do contrato.

Colocado o problema na perspectiva dos pressupostos ideológicos das duas concepções antagônicas, observa-se que o recrudescimento do interesse de defender e reforçar a autonomia privada, em crescente progressão depois da guerra, tem contribuído para o descrédito da idéia de que o contrato tem caráter normativo. Afirma-se, ademais, que essa idéia está a serviço do capitalismo liberal³² porque racionaliza a dominação dos privilegiados pelo emprego de um instrumento jurídico de inspiração liberal do crivo de princípios, como o da boa-fé e da condenação ao abuso de direito, na medida em que se objetiva tornando-se norma autônoma, isto é, desligada das partes que o adotaram, como se verifica mais agressivamente no *contrato de adesão* (condições gerais de contrato).

7. O contrato em novo contexto. No novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o *contrato* sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função: 1) deixa de ser simplesmente expressão da *autonomia privada*; 2) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos).

Desde o delineamento da figura do *negócio jurídico* pelos jusnaturalistas alemães nos fins do século XVIII e, em seguida, pelos pandectistas, o *contrato*, tido então como a sua principal espécie, passa a

31 Federico de Castro, *El Negocio Juridico*, p. 33.

32 Federico de Castro, ob. cit., p. 32.

ter um *significado* e uma *função* correspondentes aos pressupostos culturais da época. Elevado à altura de principal motor da vida econômica, significa atuação da *liberdade* do indivíduo na esfera do Direito, e meio para o exercício do *poder* de autodeterminação individual. Era, em suma, o grande instrumento da *autonomia privada*. As relações patrimoniais tinham, nesse *poder* atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico, a sua fonte exclusiva. Entre esse *poder* de autodeterminação do indivíduo e o contrato há, nesse enfoque, uma conexão que explica a redução da sua estrutura ao puro acordo de vontades. Em tal contexto, o tratamento doutrinário do contrato é simples, limitando-se à explicação dos seus pressupostos e requisitos, do modo por que se forma e se dissolve, de sua classificação, de sua nulidade e de seus tradicionais esquemas típicos.

Sucedee, porém, que o fenômeno da contratação evolui ao ponto de alterar profundamente esse quadro conceitual.³³ O movimento evolutivo não se caracteriza unicamente pelo aparecimento de numerosas *inovações técnicas*, nem pela consagração em princípios jurídicos de suspeitas motivações para justificar a direção e o controle da economia pelo Estado. Dirige-se no sentido de uma reconstrução do próprio sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo.³⁴ A nova concepção atenta para o dado novo de que, em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes.³⁵ Disciplinados por uma *legislação avulsa* que abandonou a postura tradicional do Código Civil, passam a ser, na explicação de Rodotà, um ponto de referência de interesses diversos, uma estrutura aberta que é preenchida não apenas por disposições resultantes do acordo de vontades, mas também por prescrições da lei, imperativas e dispositivas, e pela equidade. (RA) O Código Civil consagrou a boa-fé enquanto fonte de integração do contrato no art. 422 (RA). Do *contrato de adesão à programação contratada* ou con-

33 Barcellona, *Diritto Privato e Processo Economico*, p. 254; *idem*, *Intervento Statale e Autonomia Privata*; Rodotà, *Le Fonti di Integrazione del Contratto*, v. estudos do mesmo autor, de Miguel Vasseur e N. Lipari, in *Il Diritto Privato nella Società Moderna*, ensaios colecionados por S. Rodotà. Cons. as obras de Ripert e Savatier; Ferri, *Lezione sul Contratto*.

34 Rodotà, ob. cit.

35 Barcellona, ob. cit., p. 257.

trato de programa, é toda uma gama de tipos contratuais que ultrapassam os bordos da moldura clássica em que se encaixilhava o contrato na sua configuração pandectista. Já alguns contratos esquematizados nos Códigos, como a compra e venda de determinados bens, a locação, o transporte, o seguro e certas operações bancárias, colocam-se nessa perspectiva nova – o que justifica este esclarecimento preambular e a indicação de figuras que a ciência tradicional, detectando uma crise da noção de contrato, considera teratológicas. Seria imperdoável ignorar hoje, mesmo num manual, esses novos aspectos da teoria geral do contrato. Os limites tradicionais da *autonomia privada* são a *ordem pública* e *bons costumes*, mas o seu exercício é também restringido pelo expediente da *tipicidade* dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio típico (**RA**), bem como pela atuação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, dentre outros estudados no Capítulo 2, da proibidade (**RA**).

8. A declaração de vontade dos contratantes. A atividade convergente *das partes* há de se exercer no mesmo plano, não havendo contrato na integração de declarações que se completam, como a de *autorização* prévia ou sucessiva e a do ato que a requer.

Visto que o contrato pressupõe declarações de vontade coincidentes, a de cada *parte* recebe denominação própria. Uma há de preceder necessariamente à outra. A declaração de quem tem a iniciativa do contrato chama-se *proposta* ou *oferta*. A do outro, *aceitação*. Quem faz a oferta, *proponente* ou *policitante*. Quem a aceita, *oblato* ou *aceitante*.

Consideradas individualmente, a proposta e a aceitação não são *negócio jurídico*, embora a proposta, em certos casos, produza efeitos negociais prescritos na lei. É, entretanto, ato *pré-negocial*.

Há sempre *sucessividade* entre a *proposta* e a *aceitação*, podendo o intervalo ser mais ou menos longo se os interessados se defrontam ou se se comunicam através de correspondência epistolar. A aceitação pode ser imediata. Havendo intervalo maior, surge o problema da determinação do exato momento em que se forma o contrato.

Para que o consenso se forme, proposta e aceitação devem coincidir no conteúdo.

Cada qual precisa ser limitada em relação à outra. Necessária, em síntese, a correspondência entre as duas.

Negócios submetidos às mesmas regras do contrato formam-se através de comportamento material ou negocial dos sujeitos, estando a se di-

fundir novas noções como as de *negócio de atuação, declaração tipificada e comportamento omissivo*.³⁶

9. Aspecto material e documentação do contrato. Sob o aspecto material, o contrato apresenta-se como um conjunto de disposições. A formulação dos interesses recíprocos obedece a normas consagradas pela praxe, que visam a facilitar sua interpretação. Daí a existência de *formulários*, que procuram estilizar, em linguagem apropriada, a redação dos contratos nominados. Posto não seja obrigatória a observância de fórmulas sacramentais, o uso de expressões consagradas é aconselhável para traduzir com mais segurança a intenção das partes. A existência dessas fórmulas, de emprego freqüente, possibilita análise mais objetiva do aspecto externo dos contratos.

O *instrumento* de qualquer contrato compõe-se, essencialmente, de duas partes: o *preâmbulo* e o *contexto*.

No *preâmbulo*, procede-se à qualidade das partes, declara-se o objeto do contrato e, de regra, se enunciam as razões determinantes de sua realização ou objetivo que os contratantes têm em mira. Essas disposições preliminares não têm maior relevância, mas podem, conforme o conteúdo, constituir parte integrante do contrato propriamente dito, adquirindo então valor para sua interpretação.³⁷

O *contexto* de um contrato compõe-se de série ordenada de disposições, que se chamam *cláusulas*, quando escrito. Nos contratos por *instrumento particular*, as cláusulas podem ser datilografadas ou escritas do próprio punho de uma das partes. Nos contratos por *instrumento público*, o tabelião, em livro próprio, recolhe o ditado pelos contratantes, ou copia a *minuta* que lhe apresentem. Não há limitação para o número de cláusulas nem ordem a ser obrigatoriamente seguida, mas convém não avolumar o texto com cláusulas ociosas ou com a inútil reprodução de textos legais e, bem assim, que se procure dar ordenação lógica ao conjunto orgânico das proposições, usando os termos com propriedade e precisão técnica.

36 Mirabelli, *L'Atto non Negoziale*; Federico de Castro, *El Negocio Jurídico*; Santoro Passarelli, *Dottrine Generale del Diritto*; Rica, *Sui Cosidetti Rapporti Contrattuali di Fatto*; do autor *Contrato de Adesão e Transformações Gerais do Direito das Obrigações*.

37 Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 22.

Pothier distinguia três espécies de cláusulas: *essenciais*, *naturais* e *acidentais*. As primeiras são as cláusulas sem as quais o contrato não pode existir, como a que estabelece o preço na compra e venda. As segundas, as que se referem a obrigações peculiares previstas na lei, que não são, no entanto, compulsórias, como a garantia de evicção nos contratos translativos. As terceiras são determinações acessórias para subordinar a eficácia do contrato a evento futuro, como a enunciação de uma data para limitá-la no tempo.

Nos contratos solenizados em escritura pública ou celebrados por instrumento particular impresso, são habituais algumas proposições invariáveis chamadas *cláusulas de estilo*. A validade dessas cláusulas depende de expressa menção, ou de confirmação.

Presumem-se incorporadas ao contrato as cláusulas previstas na lei não ressalvadas pelas *partes*.

Inserem-se automaticamente no conteúdo do contrato, substituindo as que lhe forem contrárias, as cláusulas impostas em preceitos *imperativos* da lei. Integram ainda o conteúdo do contrato os usos contratuais,³⁸ assim entendidas as práticas comumente observadas pelos contratantes, mas se lhes recusa eficácia se não resultarem de acordo para sua aceitação, expresso ou tácito.

Se bem que não estejam compreendidos no instrumento do contrato, integram seu conteúdo os *documentos complementares*, como ocorre, por exemplo, no contrato de empreitada para a construção de um edifício, no qual estipulam as partes que as especificações do material a ser empregado na obra constem de escrito anexo. A fim de que esses documentos se tornem parte integrante do contrato, é preciso que a eles se faça menção e que sejam autenticados pelos contratantes.

Para a validade do instrumento, devem as partes assiná-lo, depois de o datar, exigindo-se também que seja subscrito por duas testemunhas e transcrito no registro público de títulos e documentos, para que seus efeitos se operem a respeito de terceiro.

Nos contratos verbais e nos que se formam por escrito sem o estilo usual, as disposições são englobadas como *condições contratuais*.

10. Significado do contrato. Não é pacífico o entendimento quanto ao significado da categoria designada pelo nome de *contrato*. Será, para alguns, o acordo de vontades necessário ao nascimento da relação jurídica

38 (RA) Art. 113 do Código Civil (RA).

obrigacional; para outros, a própria relação. A aceitação da proposta pelo oblato impulsiona uma relação na qual, em sua forma mais simples, uma das partes assume a posição de *credor* e a outra a de *devedor* quando as duas não tomam, correlatamente, em situação mais complexa, as duas posições. O vínculo obrigacional, assim contraído, perdura, produzindo efeitos. Pretende-se que o contrato seja, tão-somente, o acordo que o ata. Deve distinguir-se da *relação* porque alguns efeitos só se produzem com a sua execução. Assim, nos contratos de duração, como o de trabalho, os direitos do empregado prendem-se à execução do acordo inicial de vontades. Desse modo, a relação se distinguiria do contrato propriamente dito. Para outros, a relação é a situação das partes imediatamente após a perfeição e acabamento do contrato.

Conquanto se venha manifestando a tendência para dissociar o contrato da relação, principalmente para possibilitar a sobrevivência desta ao esgotamento, no tempo, da força vinculante daquele, a verdade é que *acordo* e *relação* se apresentam, respectivamente, como os *aspectos subjetivo* e *objetivo* da mesma entidade jurídica. O alcance do contrato vai da formação à extinção. É, em resumo, uma relação jurídica com todos os seus elementos, e não apenas força propulsora. Não obstante, pode existir relação obrigacional que não resulta de acordo de vontades e este não ser suficiente eventualmente para construir a posição jurídica das partes de um contrato.

11. Função econômica do contrato. A vida econômica desdobra-se através de imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua *causa*.

Considerada a variedade de funções econômicas que desempenham, classificam-se em contratos:

- a) para promover a circulação de riqueza;
- b) de colaboração;
- c) para prevenção de risco;
- d) de conservação e acautelatórios;
- e) para prevenir ou dirimir uma controvérsia;
- f) para a concessão de crédito;
- g) constitutivos de direitos reais de gozo, ou de garantia.³⁹

³⁹ Messineo, ob. cit., p. 20. Em nosso Direito, o contrato não é bastante para constituir direitos reais, indispensáveis sendo, ademais, a *tradição* ou a *transcrição*, esta para os bens imóveis.

Dentre os contratos reservados para promover a circulação da riqueza, encontram-se os de *troca*, que se dirigem, nas suas várias espécies, à realização de um *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. São os de uso mais copioso. Precisa o homem desses instrumentos jurídicos para alcançar fins determinados por seus interesses econômicos. É mediante um desses contratos que se desfaz de um bem por dinheiro ou em permuta de outro bem; que trabalha para receber salário; que coopera com outrem a obter uma vantagem pecuniária; que a outros se associa para realizar determinado empreendimento; que previne risco; que põe em custódia coisas e valores; que obtém dinheiro alheio; em suma, que participa da vida econômica. Se quer comprar um bem que outrem está disposto a vender ou a trocar, a lei lhe oferece instrumento adequado: o *contrato de compra e venda*, ou o de *permuta*. Se pretende, por liberalidade, transferir de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra pessoa, utiliza o contrato de *doação*. Se precisa de casa para morar, pode alugá-la, celebrando contrato de *locação*. Se necessita trabalhar para outrem em troca de salário, estipula *contrato de trabalho*. Se pretende de outrem determinada obra, a encomenda, concluindo contrato de *empreitada*. Se tem necessidade de bem alheio, toma-o por empréstimo, mediante *comodato* ou *mútuo*. Se quer que determinada coisa seja guardada por outrem, durante algum tempo, serve-se do contrato de *depósito*. Se lhe convém que outra pessoa administre seus interesses, confere-lhe poderes bastantes pelo contrato de *mandato*. Se necessita lograr certo fim juntamente com outrem, a este se associa, reunindo esforços e recursos mediante o contrato de *sociedade*. Se entende que o pagamento de uma dívida deve ser garantido por outrem, exige *fiança*, estipulando o respectivo contrato. E assim por diante, cada qual tendo função econômica específica.

A fim de que a vida econômica se desenrole mediante esses instrumentos jurídicos, não bastam, contudo, os contratos definidos e disciplinados na lei. Admitem-se arranjos e combinações, dignos de proteção, ampliando-se, assim, imensuravelmente, a esfera dos contratos, com o acréscimo dos chamados *contratos atípicos*, também chamados *inominados* (RA), aos quais faz referência o art. 425 do Código Civil (RA).

Tamanho é a importância dos contratos como *fato econômico*, que sua disciplina jurídica constitui a estereotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade.

A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função eco-

nômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil. A teoria foi consagrada no Código Civil italiano, conquanto encontre opositores.⁴⁰

Na afirmação de que o contrato exerce uma função social, o que se quer significar, em suma, é que deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela. (RA) O princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, é estudado no Capítulo 2 (RA). Entretanto, o reconhecimento de que todo contrato tem função econômico-social é feito por alguns de modo diverso, os quais destacam a “função típica de cada contrato”, isto é, a função que serve para “determinar o tipo ou os caracteres típicos de cada contrato”.⁴¹ A essa *função típica* dos contratos liga-se a moderna doutrina objetiva da causa.⁴²

40 Cons. Gino Gorla, *Il Contratto*, vol. 1º, pp. 199 e segs.

41 Gorla, *ob. cit.*, vol. 1º, p. 206. Esclarecendo esse sentido em que se emprega a expressão *função social*, Gorla dá o seguinte exemplo: a compra e venda tem a função típica da troca entre dinheiro e bens.

42 Betti, *Teoria General del Negocio Jurídico*; Scognamiglio, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*; Federico de Castro, *El Negocio Jurídico*; Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ver, *infra*, nº 34.