

COORDENADOR

Giovanni Ettore Nanni

Comentários ao CÓDIGO CIVIL

DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO

AUTORES

- Alexandre Dartanhan de Mello Guerra • Cristiano de Sousa Zanetti
- Diogo Leonardo Machado de Melo • Ênio Santarelli Zuliani
- Fabiano Menke • Fernando Rodrigues Martins
- Francisco José Cahali • Giovanni Ettore Nanni
- Guilherme Calmon Nogueira da Gama • Ivo Waisberg
- Manoel de Queiroz Pereira Calças • Marcelo Benacchio

2019

saraiva **jur**

7.1.105
Cristiano Zanetti

Civil, realizada em 2006. Da mesma forma, é de se presumir a nulidade de cláusula que afaste o direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias no contrato de locação, previsto no art. 35 da Lei n. 8.245/91, conforme concluído pelo enunciado 40, aprovado na V Jornada de Direito Civil, realizada em 2011.

Presunção simples

A presunção fundada no dispositivo sob análise é simples e, portanto, admite prova em contrário.

A título ilustrativo, a cláusula que confere ao predisponente o poder de alterar a mercadoria a ser entregue é tendencialmente nula, por ferir o equilíbrio inicialmente avençado. Entretanto, na hipótese de se tratar de bem sujeito a aprimoramento tecnológico, a presença da cláusula é justificável e, portanto, válida. Afinal, certamente interessará ao lojista que aderiu a certo contrato de distribuição receber a última versão de dado telefone celular para revendê-lo aos seus consumidores.

Limites ao controle

O controle de conteúdo serve a tolher a validade de cláusulas que privem o aderente de direitos inerentes ao negócio celebrado. Seu emprego não pode chegar ao ponto, todavia, de modificar a relação de equivalência entre prestação e contraprestação originalmente pactuada. O escopo do dispositivo em comento é preservar a natureza do negócio e não o de defini-la.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Tipo contratual

O tipo contratual é um modelo de operação econômica, julgado relevante pelo direito²³. A compra e venda, a doação e a locação são exemplos de tipos contratuais.

Contratos legalmente típicos

As operações econômicas mais recorrentes costumam se encontrar disciplinadas na lei. Na maioria das vezes, os tipos são forjados pela prática e depois considerados e regrados pela legislação. No Código Civil, os tipos legais encontram-se relacionados no Livro IV, Título VI, do Código Civil, ilustrativamente qualificado como "das várias espécies de contrato". Há também tipos legais previstos na legislação extravagante, como vêm a ser o compromisso de compra e venda, a franquia e a distribuição de veículos automotores, regidos, respectivamente, pelo Decreto-Lei n. 58/37, pela Lei n. 8.955/94 e pela Lei n. 6.729/79.

Os tipos contratuais legais às vezes são divididos em subtipos, igualmente disciplinados pela legislação. A retrovenda, a venda a contento, a venda sujeita à prova, a venda com reserva de domínio e a venda sobre documentos são subtipos do contrato de compra e venda e, assim, estão sujeitas a algumas regras particulares. Da mesma forma, o transporte de coisas e o transporte de pessoas são subtipos do contrato de transporte.

Finalidade

Qualificar dado contrato como típico serve a lhe determinar o regime jurídico aplicável.

A compra e venda seguirá as regras constantes dos arts. 481 e s.; a doação será regida pelos arts. 538 e s.; a locação observará o previsto nos arts. 565 e s., todos do Código Civil, e assim por diante.

²³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 397.

Por vezes, a disciplina de certos tipos é subsidiária à de outros. Isso se dá, por exemplo, no contrato de comissão, cujo regramento é integrado pelas normas que cuidam do mandato, nos termos do art. 709 do Código Civil.

Contratos socialmente típicos

Há modelos de operações econômicas que são reiteradamente praticados, não obstante lhes falte disciplina legal própria. São os contratos socialmente típicos²⁴. Nesses contratos, os usos e costumes são importantes fontes de integração do regramento convencional.

No direito brasileiro, a distribuição é um contrato socialmente típico, caracterizado pela aquisição reiterada de certos bens, para posterior revenda no mercado. Trata-se de um modelo conhecido e muito praticado. Dele não se ocupa, no entanto, a legislação, pois a disciplina constante dos arts. 710 a 721 do Código Civil somente se aplica à representação comercial, negócio de conteúdo distinto²⁵.

O *leasing* também é um contrato socialmente típico. A disciplina constante da Lei n. 6.099/74 cuida essencialmente de seus aspectos tributários e, portanto, não basta à determinação de seu regramento, de modo a afastar sua caracterização como contrato legalmente típico²⁶.

Nome do contrato

O nome atribuído pelas partes ao contrato não basta a lhe determinar o respectivo tipo. Naturalmente, trata-se de um elemento interpretativo importante, pois, como regra, o nome designa o tipo contratual. Ninguém há de confundir uma compra e venda com uma doação, por exemplo. Não raro, no entanto, há dificuldade em se proceder à exata qualificação do negócio e as partes acabam por empregar um título impróprio para o negócio que celebraram. A título exemplificativo, não pode haver locação sem remuneração, ainda que as partes assim tenham qualificado o contrato de comodatário que pactuaram.

Por vezes, o recurso a denominações imprecisas ou mesmo genéricas, como acordo global, acordo comercial ou acordo operacional, visa obviar a dificuldade de qualificação do negócio. Nessa hipótese, caberá ao intérprete determinar a natureza do contrato, para, em seguida, definir o respectivo regime jurídico.

Contratos atípicos

Contratos atípicos são aqueles que não se enquadram nem em um tipo legal, nem em um tipo social. A possibilidade de celebrá-los é corolário do reconhecimento da liberdade contratual. O texto legal é expresse: as partes podem criar uma relação jurídica e, portanto, vinculante, que não se ajuste aos modelos previstos em lei ou praticados no mercado.

Contratos inominados

Não raro, os contratos atípicos são qualificados como inominados. Trata-se de um resquício histórico a ser abandonado. No direito romano, os contratos eram qualificados como nominados ou inominados, conforme contassem com uma ação específica no álbum do pretor²⁷. Nos dias de hoje, não é essencial saber se um contrato tem ou não um nome. O fato, inclusive, de o contrato ser nominado na lei não o torna típico. Para tanto, exige-se, em adição, que o negócio seja legal ou socialmente disciplinado.

²⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. 2, t. 2, p. 192.

²⁵ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005, p. 94-97 e ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de Distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51-52.

²⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 108.

²⁷ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino: UTET, 2003, p. 481.

Espécies de contratos atípicos

Os contratos atípicos costumam ser divididos em duas espécies: os contratos mistos e os contratos atípicos em sentido estrito²⁸.

Contratos mistos

Contratos mistos são aqueles compostos por estipulações próprias a dado tipo contratual e estipulações que lhe são estranhas. Exemplo de contrato misto é o negócio por meio do qual as partes prevejam que caberá ao locador, antes de transferir a posse do imóvel, pintar as paredes e reformar o encanamento. Há aqui, elementos da locação e da empreitada. Também se pode pensar no contrato por meio do qual se preveja a cessão do uso e a fruição de dado imóvel residencial, em troca de lições de piano. O contrato, agora, é formado pela combinação de elementos da locação e da prestação de serviços²⁹.

Contratos atípicos em sentido estrito

Contratos atípicos em sentido estrito são aqueles compostos por regras que não se enquadram em qualquer tipo contratual. São negócios raros, dado que, na maioria das vezes, os contratos são resultado da combinação de estipulações próprias aos tipos conhecidos e, portanto, passíveis de serem qualificados como mistos³⁰. A título ilustrativo, pode-se pensar em um negócio por meio do qual duas universidades se comprometam a envidar seus melhores esforços para promover o intercâmbio de docentes e estudantes, bem como a fomentar a realização de pesquisas conjuntas.

Regime dos contratos atípicos

A liberdade de celebrar contratos atípicos está sujeita à observância das normas aplicáveis aos contratos e aos negócios jurídicos em geral. Segue-se daí que, nos termos do art. 104 do Código Civil, sua validade reclama capacidade das partes, licitude do objeto e observância da forma eventualmente exigida pela legislação.

Em adição, seja típico, seja atípico, as estipulações que compõem dado contrato devem ser consideradas em seu conjunto, pois todas foram ajustadas entre as partes. Trata-se de advertência particularmente importante quando se tem um contrato atípico diante dos olhos. Como já se afirmou com propriedade, o contrato atípico não é um quebra-cabeça composto por peças soltas, oriundas dos diversos tipos legais³¹.

A determinação da disciplina do contrato atípico deve, portanto, partir da finalidade perseguida pelas partes. Trata-se do critério central para aferir a possibilidade de recurso analógico às normas cogentes e dispositivas previstas para os contratos legalmente típicos³², bem como aos usos e costumes próprios aos contratos socialmente típicos.

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Conceito

Contrato sucessório é aquele que disciplina o destino do acervo hereditário de pessoa que ainda se encontra viva.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. 2, t. 2, p. 209.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. 2, t. 2, p. 209-215, para os conceitos e os exemplos.

³⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, v. 2, t. 2, 2010, p. 209 e 247.

³¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. 2, t. 2, p. 244.

³² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. 2, t. 2, p. 245-248.