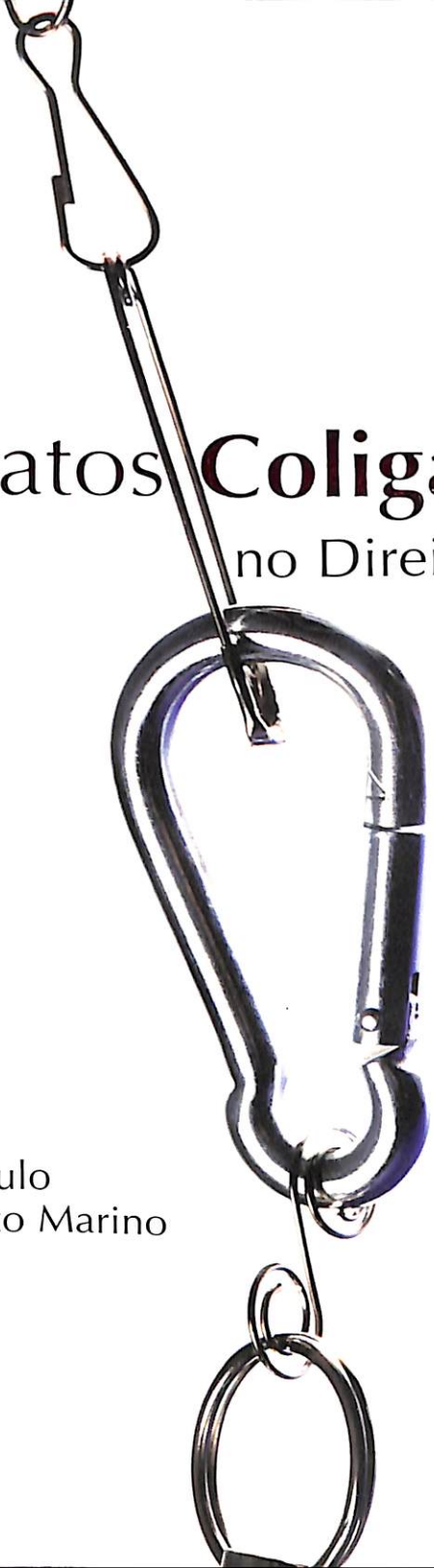




Contratos **Coligados**

no Direito Brasileiro

Francisco Paulo
De Crescenzo Marino



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 255/2-57 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Flôrença Gomes, 670 — Jaqueiranga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG OD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

RIO DE JANEIRO

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 — Barra Funda

Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

ISBN 978-85-02-07538-2

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

Marino, Francisco Paulo De Crescenzo

Contratos coligados no direito brasileiro / Francisco

Paulo De Crescenzo Marino. — São Paulo : Saraiva, 2009.

Bibliografia.

1. Contratos coligados 2. Contratos coligados - Brasil

I. Título.

08-08352

CDU-347.44(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos coligados : Direito civil

347.44(81)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Cunha

Editora Manuella Santos

Assistentes editoriais Rosana Simone Silva

Larissa Casares

Produção editorial Ligia Alves

Clarissa Boraschi Maria Coura

Estagiário Vinicius Azevedo Vieira

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy

Raphael Vassão Nunes Rodrigues

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Sônia de Paiva Lima

Claudirene de Moura Santos Silva

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gargali

Lúcia de Cássia Gonçalves

Setsuko Araki

Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa

Carla Cristina Marques

Ana Paula Mazzoco

Capa Andrea Vilela

Imagem Brick House Pictures/Iconica/Getts Images

Data de fechamento da edição: 1º-9-2008

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

III

CONTRATOS COLIGADOS: CONCEITO, ESPÉCIES E LIMITES

12. CONCEITO DE CONTRATOS COLIGADOS

Contratos coligados podem ser conceituados como *contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca.*

Da noção apresentada podem-se deduzir os dois “elementos essenciais” da coligação contratual juridicamente relevante: (i) pluralidade de contratos, não necessariamente celebrados entre as mesmas partes; (ii) vínculo de dependência unilateral ou recíproca.

A existência de dois ou mais contratos distingue a coligação contratual de algumas figuras de contrato único que podem com ela se confundir (contratos complexos, mistos e plurilaterais), contribuindo para delimitá-la de modo adequado⁴⁷⁶. Já o vínculo contratual possui aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, o que diferencia a coligação em relação à pluralidade de contratos independentes.

O conceito proposto apresenta de modo intencionalmente aberto os efeitos jurídicos próprios da coligação contratual, pois a disparidade de consequências possíveis torna inviável qualquer tentativa de reduzi-las a fórmula rígida. A locução “relação de dependência unilateral ou recíproca” designa, respectivamente, as hipóteses em que um ou todos os contratos sofrem os efeitos da coligação.

⁴⁷⁶ A delimitação dessas figuras por vezes não é realizada de modo claro na jurisprudência, como se vê da ementa do seguinte acórdão, que equipara erroneamente contrato misto e contratos coligados: “O contrato que envolve num único instrumento, locação, comodato, concessão para exploração de negócio comercial e fornecimento de produtos derivados do petróleo (compra e venda mercantil), enquadra-se como misto ou coligado, de forma que os interesses são reciprocamente dependentes entre si para obviar a atividade empresarial, que é a exploração de um Posto de Combustíveis” (Apelação Cível n. 70001639996, 16ª Câmara Cível do TJRS, rel. o Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 04/04/2001).

O vínculo existente entre os contratos coligados pode ser instaurado por força de disposição legal, da natureza acessória de um dos contratos ou, o que é mais frequente, por meio de cláusula contratual expressa ou implícita.

No primeiro caso, tem-se coligação *ex lege*. No segundo, é lícito falar em coligação natural. No terceiro, trata-se da coligação “voluntária”, que pode ser expressa ou implícita. Estas espécies de coligação serão adiante analisadas.

Anote-se, desde já, que a coligação natural, advinda da natureza acessória de um dos contratos componentes do conjunto contratual, também pode ser considerada “voluntária”, uma vez que a celebração de contrato naturalmente acessório implica a vontade de coligá-lo ao principal. Por essa razão, a noção de coligação “voluntária”, no sentido adotado, deve ser construída *a contrario sensu*. Haverá coligação “voluntária” sempre que a relação de dependência não tiver origem na lei nem na natureza acessória de um dos contratos. Feita esta advertência, parece possível separar os aludidos tipos de coligação.

Importa notar, contudo, que as mesmas “fontes” de coligação podem atuar a fim de desvincular negócios jurídicos os quais, *prima facie*, poderiam ser considerados juridicamente coligados.

Primeiramente, há hipóteses nas quais a própria lei estipula a separação negocial. Assim, em geral, nos casos de abstração⁴⁷⁷, como se verifica em algumas normas que desvinculam os títulos de crédito do negócio subjacente (v.g., arts. 888, 906, 915 e 916 do Código Civil). Também será possível analisar, sob o mesmo enfoque, a independência do contrato de mediação em relação aos contratos que o corretor se compromete a obter (art. 725 do Código Civil).

Seria cabível ver a mesma “desvinculação legal” na simulação relativa, hipótese na qual o contrato dissimulado é considerado válido (quando não for, por si, nulo), ao passo que o contrato simulado é declarado nulo (art. 167 do Código Civil).

A questão, nesse ponto, é mais complexa. Há, em tese, duas qualificações possíveis para a simulação: negócio jurídico único ou coligação negocial. A resposta passa, em primeiro lugar, pela delicada questão da natureza jurídica do acordo simulatório ou *pactum simulationis*, sobre a qual não há consenso doutrinário.

Com efeito, para alguns autores o acordo simulatório não consiste em um verdadeiro e próprio negócio jurídico, hipótese em que faltaria, ao menos na simulação absoluta, um dos pressupostos da coligação, isto é, a pluralidade de negócios. Na opinião de MESSINA, o acordo simulatório “não entra no quadro dos atos jurídicos”,

⁴⁷⁷ Lembre-se, contudo, que o direito brasileiro não comporta negócios absolutamente abstratos (ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 139 a 141).

sendo “considerado pelo direito simplesmente como um fato”⁴⁷⁸. Desenvolvendo o ponto, ALBERTO AURICCHIO critica a teoria que vê no *pactum simulationis* um autêntico negócio jurídico. Para o autor, trata-se de “simples preliminar de fato do negócio simulado, privado de uma autonomia de efeitos própria, que o possa fazer qualificar como negócio jurídico autônomo”⁴⁷⁹.

A doutrina majoritária, contudo, admite a natureza negocial do acordo simulatório⁴⁸⁰, argumentando que o referido acordo, destinando-se a neutralizar, a modificar ou a integrar uma vontade negocial, não pode possuir diversa natureza⁴⁸¹. Na doutrina nacional, CUSTÓDIO DA PIEDADE U. MIRANDA entende que o acordo simulatório não é negócio jurídico autônomo, porém possui natureza negocial. Tratar-se-ia de um *pacto*⁴⁸².

Partindo-se da premissa da natureza negocial do *pactum simulationis*, cabe indagar se é possível vislumbrar, na simulação relativa e na absoluta, uma verdadeira coligação negocial. A doutrina mais recente deixa subentendida a possibilidade de qualificar a simulação, em especial a relativa, como coligação contratual, mas não enfrenta a questão. Nesse sentido, ROPPO afirma que o acordo simulatório e o contrato simulado são “componentes, entre si estreitamente relacionados, de uma única operação contratual”, preferindo, contudo, qualificá-los como “elementos contratuais”⁴⁸³.

Mais detalhada e convincente é a construção de MESSINEO. Para ele, a simulação relativa corresponde a uma *fattispecie* ou procedimento complexo, caracterizado pela *sucessão lógica* de três atos: acordo simulatório, contrato simulado e contrato dissimulado. O acordo simulatório possui função preparatória do procedimento, consistindo em um verdadeiro “programa de futura simulação”. Por meio dele, as partes acordam sobre o contrato que efetivamente desejam realizar, bem como sobre o contrato que o encobrirá. Segue-se o contrato simulado (contrato aparente, cujos efeitos não são queridos – ao menos não integralmente – pelas partes) e, finalmente, o contrato dissimulado (contrato oculto, porém efetivamente desejado), o qual incide sobre o contrato simulado, substituindo, modificando ou integrando o seu conteúdo, no todo

⁴⁷⁸ *Simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, volume V, Milano: Giuffrè, 1948, p. 92.

⁴⁷⁹ AURICCHIO, *A simulação no negócio jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 68.

⁴⁸⁰ MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., tomo 2, p. 454; BIANCA, *Il contratto*, cit., volume 3, p. 699 e 700; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 696. Para CARIOTA-FERRARA, o acordo simulatório é “negozio di accertamento” (*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 540, nota 5).

⁴⁸¹ MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., tomo 2, p. 454.

⁴⁸² *A simulação no direito civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 52 a 57.

⁴⁸³ *Il contratto*, cit., p. 695 e 702. Também BIANCA sustenta que contrato simulado e contrato dissimulado são “dois aspectos da mesma operação negocial” (*Il contratto*, cit., volume 3, p. 704).

ou em parte (simulação total ou parcial). Somente mediante esse complexo procedimento é que a simulação atinge o fim pretendido pelas partes⁴⁸⁴.

Tanto o contrato simulado quanto o contrato dissimulado são, portanto, verdadeiros contratos⁴⁸⁵, como, aliás, deduz-se do art. 167 do Código Civil, que distingue claramente os dois negócios jurídicos. Já o acordo simulatório, como se viu, possui natureza negocial, porém propende-se por considerá-lo um pacto ou um elemento contratual, e não propriamente um contrato.

Dessa forma, cabe afirmar que o acordo simulatório instaura um vínculo entre o contrato simulado e o contrato dissimulado. Somente esse vínculo faz com que cada um deles produza os efeitos próprios e, assim, permite que as partes atinjam o fim programado. Trata-se, pois, para MESSINEO, de autêntica coligação contratual⁴⁸⁶.

Na simulação relativa, portanto, haveria uma espécie de “desvinculação legal”, menos intensa do que nas hipóteses de abstração: não obstante a coligação, a lei prevê que a sorte de ambos os contratos seja relativamente independente⁴⁸⁷. Com isso, evidentemente, não se afasta a existência de coligação “voluntária” entre os contratos, mas tão-somente se aplica, dependendo do caso, o princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Ora, a situação é bastante diversa na simulação absoluta. Possui ela, ao contrário, “estrutura simples”: o que há é um só negócio, o qual, por força do acordo simulatório, é aparente ou ilusório, isto é, destina-se a não produzir efeitos⁴⁸⁸. A própria natureza do acordo simulatório, por um lado, e a ausência de conteúdo negocial eficaz do contrato absolutamente simulado, por outro lado, parecem eliminar, na simulação absoluta, tanto a possibilidade quanto a utilidade de qualificá-la como coligação entre acordo simulatório e contrato simulado⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ *Il contratto in genere*, cit., tomo 2, p. 446 a 473.

⁴⁸⁵ “Não é concebível que – admitida, por um só momento, a unidade [entre contrato simulado e contrato dissimulado] – as partes possam, em um mesmo (e único) contrato, *querer e*, ao mesmo tempo, *não querer*; nem obsta, a isso, a circunstância de que, no contrato simulado e no dissimulado, o *material negocial é parcialmente idêntico*. Isso não impede que a vontade das partes *opere diversamente nos dois casos*: em um, para excluir os efeitos do contrato; no outro, para promovê-los” (MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., tomo 2, p. 480).

⁴⁸⁶ *Il contratto in genere*, cit., tomo 1, p. 729; e tomo 2, p. 454, 470, 475, 479 e 482. Em determinada passagem, o autor refere brevemente que o acordo simulatório também seria qualificado como negócio coligado ao contrato dissimulado (ob. cit., p. 478).

⁴⁸⁷ Em sentido semelhante, MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., tomo 2, p. 481.

⁴⁸⁸ MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., tomo 2, p. 464 a 468.

⁴⁸⁹ MESSINEO afirma que o problema da estrutura dúplice ou una “manifestamente não pode pôr-se” na simulação absoluta (*Il contratto in genere*, cit., tomo 2, p. 479).

Em segundo lugar, a natureza contratual permite implicar, também, uma desvinculação em relação a contratos que, em tese, poderiam ser tidos como juridicamente coligados. Bom exemplo é o contrato de garantia autônoma, cuja principal característica é justamente a desvinculação – ainda que se discuta o alcance desta – em relação ao contrato-base⁴⁹⁰. GALGANO observa que, nesse caso, a “coligação econômica” não corresponde uma coligação juridicamente relevante⁴⁹¹.

Por fim, as próprias partes podem estipular a separação entre contratos economicamente coligados, por meio de cláusula expressa nesse sentido. A cláusula contratual estatuinto a separação entre os contratos não possui, entretanto, valor absoluto, devendo ser confirmada pela interpretação dos contratos⁴⁹².

No âmbito dos contratos de consumo ou de adesão, a cláusula de separação poderá ser considerada abusiva e, como tal, nula, pois se traduziria na renúncia antecipada a um “efeito natural” do negócio (art. 424 do Código Civil e art. 51, incisos I e IV do Código do Consumidor). Deve-se analisar, no caso concreto, se a parte prejudicada com a desvinculação entre os contratos obteve alguma vantagem em troca de sua previsão⁴⁹³.

À exceção dos casos de cláusula de separação inserida em contratos de consumo ou de adesão, parece mais adequado considerá-la somente ineficaz, toda vez que for apurada, por meio de interpretação dos contratos coligados, a existência de conflito entre a referida cláusula e os demais elementos indicadores da existência de uma coligação contratual. Do ponto de vista dogmático, tratar-se-á de *interpretação contratual corretiva*, realizada com base no art. 113 do Código Civil. Detectada uma ambigüidade latente ou extrínseca⁴⁹⁴, entre a cláusula de separação e o contexto

⁴⁹⁰ MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 115 a 117; PAOLO TAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano: Giuffrè, 1999, p. 17 a 25.

⁴⁹¹ *Il negozio giuridico*, cit., p. 101 e 102.

⁴⁹² GIORGIO LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 20 e 21, nota 54.

⁴⁹³ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 390; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 96 e 97.

⁴⁹⁴ De acordo com JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN e MARC BILLIAU, a ambigüidade de uma cláusula contratual pode ser *intrínseca* ou *extrínseca*. A *ambigüidade intrínseca* ocorre quando uma palavra ou expressão possui mais de um sentido possível, e não há delimitação quanto ao sentido em que foi empregada. Já a *ambigüidade extrínseca* assume várias formas, podendo surgir, por exemplo, da conjugação de uma cláusula, por si só clara e precisa, com outras disposições das partes, com o seu comportamento posterior ao contrato ou mesmo com “atos materialmente distintos, porém concorrentes para o mesmo objeto”, tais como a oferta relativa ao contrato celebrado (*Traité de droit civil, Les obligations*, parte 2 (Les effets du contrat), 2ª edição, Paris: LGDJ, 1994, p. 28 e ss.). De modo análogo, na doutrina inglesa apontam-se dois tipos de ambigüidade: (i) ambigüidade patente (*patent ambiguity*), conceituada com o aquela que surge da linguagem do instrumento contratual; e ambigüidade latente (*latent ambiguity*),

contratual, deverá o intérprete, à luz do princípio da boa-fé e dos usos, corrigir a declaração contratual.

Além de cláusula expressa, o comportamento posterior das partes também é suscetível, conforme o caso, de revelar a desvinculação entre contratos *a priori* coligados. A pretensão a fazer valer a união dos contratos poderá representar, então, violação à boa-fé objetiva e ao princípio que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Analisemos, então, as três grandes espécies de coligação contratual, conforme a origem do vínculo que une os contratos coligados.

13. COLIGAÇÃO CONTRATUAL *EX LEGE*, NATURAL E “VOLUNTÁRIA”

13.1. COLIGAÇÃO *EX LEGE*

Muito embora o reconhecimento de toda e qualquer coligação juridicamente relevante dependa de sua compatibilidade com a lei (em sentido amplo), referem-se aqui as hipóteses de coligação em que o vínculo contratual vem expressamente estipulado em lei, seja por conta de referência direta à coligação, seja pela previsão de um ou de mais efeitos da coligação.

Para CLÁUDIA LIMA MARQUES, no direito brasileiro a coligação entre fornecimento para consumo e financiamento é determinada por lei⁴⁹⁵. Ao contrário do direito europeu, entretanto, não há no Código do Consumidor norma expressa disciplinando os efeitos da coligação entre fornecimento para consumo e financiamento⁴⁹⁶.

Parte da doutrina entende que a coligação derivada da lei “não é um verdadeiro e próprio coligamento”, pois “o ordenamento é livre para estabelecer entre dois negócios o nexa mais conveniente à espécie”, o que impediria a formulação de uma única categoria, a qual possuiria, no máximo, valor descritivo⁴⁹⁷.

Há, aqui, uma supervalorização da disciplina legal da coligação. Nos poucos casos de coligação *ex lege*, a disciplina é freqüentemente incompleta. Outrossim, o fato

tida como aquela que somente surge quando a linguagem é aplicada à situação fática, isto é, quando se consideram as circunstâncias que envolveram o negócio (KIM LEWISON, *The interpretation of contracts*, London: Sweet & Maxwell, 1989, p. 155 e ss.).

⁴⁹⁵ CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

⁴⁹⁶ O tema será abordado no item 25.3, para o qual remetemos.

⁴⁹⁷ DI SABATO, “Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)”, cit., p. 429 e 430, nota 46.

de a lei expressamente disciplinar alguns contratos pertencentes a determinada categoria doutrinária não é obstáculo para incluí-los nessa categoria, ao lado dos casos não previstos em lei.

O problema da distinção entre coligação *ex lege* e demais casos de coligação relaciona-se apenas ao maior ou menor grau de facilidade da interpretação contratual e, conseqüentemente, da determinação da existência e intensidade da coligação. Desse modo, parece absurda a afirmação de que a coligação *ex lege* “não é um verdadeiro e próprio coligamento”⁴⁹⁸.

13.2. COLIGAÇÃO NATURAL

A expressão “coligação natural” é preferível a “coligação necessária”, de certo modo equivalente. Justifica-se.

Em primeiro lugar, a expressão “coligação necessária” é equívoca. *OPPO*, o pai da dicotomia “coligação necessária” e “coligação voluntária”, designava com aquela expressão a coligação derivada da natureza ou da função de um ou de ambos os contratos coligados.

CARIOTA-FERRARA opôs o liame de negócios “com base na natureza ou função” e “com base na vontade das partes”⁴⁹⁹. A partir dos exemplos dados pelo autor, contudo, pode-se afirmar que o liame de negócios “com base na natureza ou função” caracteriza-se também (e, de certo modo, principalmente) pelo fato de referido nexo ser determinado pela lei. Difundiu-se, após isso, verdadeira confusão entre coligação legal e coligação advinda da natureza dos contratos⁵⁰⁰.

Ora, é preciso separar os casos de coligação *ex lege* das hipóteses de coligação advinda da própria natureza acessória típica de um dos contratos envolvidos na coligação. Essa coligação, contudo, nem sempre será “necessária”, na acepção estrita da palavra, pois o vínculo, não obstante natural, poderá perfeitamente surgir acidentalmente, sem que fizesse parte do programa contratual inicial das partes⁵⁰¹. Nesse sen-

⁴⁹⁸ DI SABATO, “Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)”, cit., p. 429 e 430, nota 46.

⁴⁹⁹ *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 318 a 324.

⁵⁰⁰ Incorrem em confusão DI SABATO (“Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)”, cit., p. 428) e ARNALDO VENDITTI (“Appunti in tema di negozi giuridici collegati”, *Giustizia civile*, tomo I, 1954, p. 265 e 268).

⁵⁰¹ Lembre-se, ademais, que do ponto de vista da teoria do negócio jurídico um elemento categorial (“natural”) pode ser derogável ou inderrogável. Sobre os elementos categoriais derogáveis e inderrogáveis, vide ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 34.

tido, uma subempreitada pode ser coligada à empreitada que lhe serve de contrato-base em ao menos dois sentidos: a subempreitada pode vir desde o início contemplada pelas partes, sendo expressamente prevista no contrato-base (coligação “necessária”); ou pode vir a ser celebrada no curso da empreitada, diante de uma circunstância imprevista (coligação “acidental”)⁵⁰².

Feita essa observação, verifica-se que diversos casos de coligação têm origem na natureza acessória de um dos contratos coligados. São exemplos de coligação natural: união entre contrato-base e subcontrato; entre contrato principal e contrato de garantia típico (fiança, seguro-fiança, contratos de hipoteca, penhor e anticrese etc.); entre contrato preliminar e definitivo. Trata-se, normalmente, mas não necessariamente, de coligação com dependência unilateral, visto que também o principal pode, conforme o caso, seguir o acessório.

Por vezes, configurar-se-á adequado derivar a coligação da “natureza” da operação econômica subjacente, vista como um todo, já que nenhum dos contratos, individualmente considerado, parece implicar ou pressupor a existência de outro. Nesses casos, não obstante, é preferível qualificá-los como coligados pela vontade das partes. Com efeito, o que distingue a coligação natural é o fato de o próprio tipo contratual pressupor, por sua natureza, um ou mais contratos a ele relacionados. Em se tratando de operações econômicas complexas, que requerem a combinação de diversos contratos cuja natureza típica não pressupõe coligação, haverá, pois, coligação “voluntária”.

Alguns autores excluem a coligação natural do âmbito da coligação juridicamente relevante. Subjaz a essa posição a suposta exigência de restringir a figura da coligação, bem como a desnecessidade de recorrer à teoria da coligação para solucionar os respectivos casos.

Não há, todavia, razão suficiente para inadmitir essa forma de coligação. A noção ampla de coligação contratual (abrangendo a legal, a natural e a voluntária) justifica-se por motivos de ordem teórica e prática. Teórica, pois a doutrina que pretendia circunscrever a coligação em sentido técnico aos casos de coligação “voluntária” não logrou demonstrar de modo convincente a distinção entre as formas de coligação apontadas. Prática, pois todas as formas de coligação são utilmente analisadas à luz de uma teoria ampla, apta a delinear os seus principais efeitos jurídicos.

13.3. COLIGAÇÃO “VOLUNTÁRIA” EXPRESSA OU IMPLÍCITA

Parte da doutrina aponta, ao lado da pluralidade de contratos e do nexo que os une, aquele que seria um “terceiro elemento” da coligação: o *elemento subjetivo*. Nesse

⁵⁰² Sobre essas duas formas de coligação no subcontrato, ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 600 e 601.

sentido, GIORGIANNI refere, como elementos característicos da coligação em sentido próprio, o *nexo econômico ou funcional* entre os negócios (elemento objetivo) e a *intenção de coordená-los em direção a um escopo comum* (elemento subjetivo)⁵⁰³.

A vontade de estabelecer o nexo entre os contratos coligados não se põe, no entanto, como novo elemento do conceito de coligação contratual, mas concerne, mais propriamente, à *fonte* do nexo existente entre os contratos coligados e, portanto, à fonte da própria coligação.

A coligação “voluntária” fica, assim, reservada às hipóteses em que o nexo não deriva da lei nem da natureza acessória de um dos contratos coligados.

A união “voluntária” entre contratos pode advir de cláusulas contratuais que expressamente disciplinem o vínculo intercontratual (“coligação voluntária expressa”), ou pode ser deduzida a partir do fim contratual concreto e das circunstâncias interpretativas (“coligação voluntária implícita”)⁵⁰⁴.

Não obstante a posição contrária de parte da doutrina⁵⁰⁵, não se vê motivo para excluir a coligação expressa do âmbito do coligamento em geral. Com efeito, o nexo expressamente previsto não difere, em natureza, daquele implícito, pois ambos reconduzem-se aos contratos, com a particularidade de que a coligação implícita remete ao conteúdo contratual implícito⁵⁰⁶.

A distinção traduz-se em um problema de interpretação, dado que, nos casos de coligação implícita, será necessário recorrer a um processo interpretativo mais profundo a fim de delimitar o vínculo existente entre os contratos⁵⁰⁷.

Ademais, a previsão expressa da coligação não afasta o surgimento de problemas típicos da figura, para cuja solução a respectiva teoria deve ser aplicada. À exceção de casos-limites, dificilmente verificáveis na prática, tais cláusulas tratarão apenas de algum ou de alguns efeitos do nexo contratual.

A coligação contratual pode ser prevista de diversos modos e com diversas intensidades. A hipótese de previsão mais completa diz respeito às operações econô-

⁵⁰³ “Negozi giuridici collegati”, cit., p. 58.

⁵⁰⁴ Em sentido semelhante, já OPPO, *Contratti parasociali*, cit., p. 77.

⁵⁰⁵ DI SABATO, “Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)”, cit., p. 428; GIORGIO LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 1, 2 e 43, nota 24. ANA LÓPEZ FRIAS afirma que, nos casos de conexão pactuada, não há conexão funcional entre os contratos, mas sim atuação do princípio da autonomia da vontade (*Los contratos conexos*, cit., p. 288). Não se entende a razão de semelhante afirmação.

⁵⁰⁶ Preciso, quanto ao ponto, SCOGNAMIGLIO (“Collegamento negoziale” (verbete), cit., p. 380 e 381).

⁵⁰⁷ Para essa questão, *vide* o item 20.2.

micas pluricontratuais nas quais há um “contrato-mãe”, cuja finalidade é determinar as regras gerais e traçar a moldura da operação (*master agreement, umbrella agreement*). Também é freqüente a celebração de acordo especificamente destinado a disciplinar a ligação entre dois ou mais contratos, contendo cláusulas que lhes sejam comuns, estabelecendo regras para harmonizar as disposições e fixando critérios para situações de incompatibilidade. Um tipo de contrato inserido em uma coligação, cujo objeto é disciplinar uma “corrente de negócios”, é o contrato-quadro (*contrat cadre*), cuja ligação com os contratos subseqüentes (*contrats d'application*) é bastante estudada pela doutrina francesa⁵⁰⁸.

A vinculação pode existir independentemente da celebração dos referidos contratos, bastando que haja, por exemplo, cláusula estipulando que a extinção de um contrato acarretará a extinção de outro; cláusula estabelecendo que o inadimplemento das obrigações assumidas em um contrato implicará o inadimplemento de outro contrato, ligado ao primeiro (inadimplemento cruzado ou *cross-default*)⁵⁰⁹; ou cláusula prevendo a necessidade de cumprir determinada disposição contratual sempre que a obrigação correlata de outro contrato for adimplida⁵¹⁰.

A coligação expressa pode advir de cláusula que condicione a eficácia de um contrato a outro. O emprego do mecanismo condicional não exclui a verificação da coligação, a qual poderá produzir os seus efeitos além dos limites da cláusula condicional⁵¹¹.

Esclarecida a noção de contratos coligados a ser utilizada no presente trabalho, passemos ao exame dos elementos da coligação e dos seus correlatos limites.

14. NEGÓCIOS JURÍDICOS COMPLEXOS

A coligação contratual pressupõe pluralidade de contratos, não necessariamente coexistentes. Surge, então, o imperativo de tratar, ainda que brevemente, da classificação dos negócios jurídicos conforme a estrutura.

⁵⁰⁸ FRÉDÉRIC POLLAUD-DULIAN, ALAIN RONZANO e ARNAUD REYGROBELLET, “Le contrat-cadre en France”, in *Le contrat-cadre, 1 – Exploration comparative: France, Allemagne, Italie, Angleterre, États-Unis* (coord. ALAIN SAYAG), Paris : Litec, 1995, p. 81 a 91.

⁵⁰⁹ JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEL, “Contratos coligados”, cit., p. 124.

⁵¹⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 181.

⁵¹¹ PAOLO TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, cit., p. 160 a 162. GAETANO PETRELLI observa que a condição pode funcionar como “instrumento para a realização de uma função complexa, no âmbito de uma operação mais ampla da qual o negócio condicional é somente um componente: isso se verifica na *fattispecie* dos contratos coligados, nos quais o coligamento seja realizado mediante condicionamento de um desses ao aperfeiçoamento ou à eficácia do outro” (*La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 85).

PONTES DE MIRANDA distinguiu claramente a unidade da pluralidade negocial⁵¹². A unidade negocial – sustenta o autor – não advém da mera existência de um só *instrumento negocial*, nem do fato de a parte ou as partes do negócio serem formadas por um só figurante, tampouco da “dependência recíproca das manifestações de vontade” (pois há coligações negociais com semelhante dependência)⁵¹³.

A unidade do negócio jurídico manifesta-se “em relação ao trato do negócio jurídico”, sendo único também o contrato em que se combinam elementos de tipos contratuais diversos, “subordinados à especificidade preponderante e ao fim comum do negócio jurídico complexo (= misto)”⁵¹⁴.

O negócio jurídico único pode ser *simples* (“unitário”) ou *complexo*. O critério mais usual para julgar a simplicidade (“unitariedade”) ou complexidade negocial é aquele pelo qual se diz *complexo* o negócio jurídico em que são complexos ou o sujeito, ou o objeto, ou a manifestação de vontade⁵¹⁵.

Desse modo, o negócio jurídico, apesar de único, pode ter suporte fático complexo, sendo tal complexidade caracterizada por *pluralidade de sujeitos* (complexidade subjetiva), *pluralidade de objetos ou prestações*⁵¹⁶ (complexidade objetiva) ou *pluralidade de manifestações de vontade* (complexidade volitiva).

A pluralidade de sujeitos implica a *complexidade negocial*, e não a pluralidade de negócios, quando as diversas pessoas “prometem a mesma prestação”, ainda que em momentos distintos, por impossibilidade de estarem juntas no mesmo ato; quando as prestações dos diversos figurantes “estão intimamente ligadas em todo econômico”⁵¹⁷; e quando a natureza do negócio assim o impõe⁵¹⁸.

No tocante à pluralidade de prestações, o critério relevante diz respeito ao “fim e à importância econômica das duas ou mais prestações”. Se uma das prestações desempenhar “papel simplesmente facilitador”, tal como a construção ou a feitura da coisa, na compra e venda de coisa futura ou sob encomenda, ter-se-á negócio único e unitário⁵¹⁹.

⁵¹² *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 173 e ss.

⁵¹³ *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 173 e 174.

⁵¹⁴ *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 174.

⁵¹⁵ *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 175.

⁵¹⁶ A equiparação entre *objeto e prestação*, nesse contexto, é expressamente feita pelo autor (*Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 174).

⁵¹⁷ O critério, por si só, evidentemente não satisfaz. Em muitos casos de coligação contratual, as prestações deduzidas em contratos diversos formarão um “todo econômico”.

⁵¹⁸ *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 174.

⁵¹⁹ *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 187. O autor não qualifica expressamente tais casos, mas essa qualificação é deduzida do fato de os contrapor aos negócios “normalmente mistos”.

Em outras hipóteses, haverá negócio objetivamente complexo⁵²⁰.

Por fim, a pluralidade de manifestações de vontade (pluralidade volitiva) é compatível tanto com a complexidade quanto com a simplicidade negocial. Dá-se quando há manifestações de vontade do mesmo sujeito, desde que diversas, ou quando mais de um sujeito realiza distintas manifestações de vontade. Na hipótese de mais de um sujeito concorrer para a mesma manifestação de vontade, haverá pluralidade subjetiva, porém simplicidade (unitariedade) volitiva, isto é, uma só manifestação de vontade. É o caso das deliberações em assembléia, que não são contratos, porém atos coletivos⁵²¹.

Concebendo-se os *accidentalia negotii* como elementos volitivos não essenciais do suporte fático⁵²², haverá, com a inclusão de um *accidentale*, nova manifestação de vontade. No exemplo dado pelo autor, a doação com encargo e cláusula de inalienabilidade será negócio jurídico único porém complexo, dada a pluralidade de elementos volitivos e, conseqüentemente, de manifestações de vontade. A pluralidade negocial fica afastada, pois tais manifestações de vontade "*coagulam-se*", "*fundem-se*"⁵²³.

15. CONTRATO COMPLEXO E CONTRATO MISTO

Passando ao plano contratual, importa adaptar a lição de PONTES DE MIRANDA, a fim de distinguir os contratos coligados (pluralidade contratual) dos contratos complexos e mistos (unidade contratual).

Em todo contrato há, por definição, mais de uma parte. Por essa razão, há que designar *contrato subjetivamente complexo* aquele em que ao menos um dos pólos contratuais (centros de interesses) é formado por mais de uma pessoa. Da mesma forma, também sempre há pluralidade volitiva no campo contratual, na medida em que a cada parte corresponde, no mínimo, uma manifestação de vontade. Contrato complexo, portanto, do ponto de vista *volitivo*, pode ser definido como aquele no qual ao menos uma das partes realiza mais de uma manifestação de vontade, sendo diversas as mani-

⁵²⁰ Exemplos dados pelo autor: contrato em que, no mesmo ato, duas casas são vendidas por determinado preço total; contrato de transporte em que o transportador também presta alimentação e dormitório, mediante contraprestação única; contrato de locação de quarto mobiliado com prestação de serviços domésticos; contrato de locação de imóvel com contraprestação correspondente à prestação de serviços de portaria ou zeladoria; e contrato de compra e venda de máquinas com prestação de serviços de montagem e manutenção (*Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 176, 177, 179, 185 e 186).

⁵²¹ *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 171, 178 e 179.

⁵²² *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 65 e 66.

⁵²³ *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 178.

festações de vontade. Do mesmo modo, nos contratos bilaterais sempre haverá pluralidade de prestações (assim como nos contratos unilaterais onerosos, em que há prestação constitutiva⁵²⁴). *Contrato objetivamente complexo* será, pois, aquele no qual ao menos uma das partes realiza uma pluralidade de prestações, ou no qual as prestações das partes correspondem a tipos contratuais distintos.

Afigura-se possível, à luz dessas observações, distinguir contrato misto de contrato complexo. Enquanto o *contrato complexo* pode sê-lo do ponto de vista subjetivo (ao menos uma das partes é subjetivamente complexa), volitivo (ao menos uma das partes realiza diversas manifestações de vontade) ou objetivo (ao menos uma das partes efetua diversas prestações, ou as prestações das partes correspondem a tipos contratuais distintos), o *contrato misto* diz respeito, por um lado, somente à complexidade objetiva e, por outro, a uma hipótese específica de complexidade objetiva, na qual as prestações das partes aludem a tipos contratuais distintos⁵²⁵.

O contrato misto é definido, de modo quase unânime na doutrina atual, como o *contrato em que se combinam elementos próprios de tipos contratuais diversos*. Muito embo-

⁵²⁴ Ao lado de um sinalagma *stricto sensu*, correspondente à bilateralidade de obrigações simultâneas e contrapostas (também dito *sinalagma em sentido técnico* ou comutativo), pode-se também vislumbrar um *sinalagma com prestação constitutiva*, no contrato de mútuo oneroso (EMILIO BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, volume III, Milano: Giuffrè, 1954, p. 70). Neste último e mais amplo sentido, o sinalagma coincide com a correspondência de prestações.

⁵²⁵ Importa notar, contudo, a existência de grande flutuação terminológica no tocante à expressão “contrato complexo”. Analisando a evolução do sentido de “contrato complexo” nas decisões da Corte de Cassação italiana, GIANLUCA SICCHIERO observa que inicialmente a expressão indicava a coligação contratual, mas, devido a uma sucessiva alteração de sentido, hoje se distingue a coligação contratual do contrato complexo, tido como sinônimo de sentido, hoje misto (*Il contratto con causa mista*, Padova: CEDAM, 1995, p. 44 e 45). No tocante à doutrina moderna, a maior parte dos autores parece equiparar o contrato complexo ao misto, definindo-os como o *contrato em que se combinam elementos de tipos contratuais diversos* (ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 427; e SACCO/DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo 2, p. 449). Outros adotam o referido conceito em relação ao contrato misto, mas sem equipará-lo ao contrato complexo (BIANCA, *Diritto civile*, volume 3, cit., p. 478 e 479; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 139). Por fim, a posição de CATAUDELLA é peculiar e incompatível com as premissas estabelecidas no presente trabalho. Para o autor, no contrato misto há “combinação de elementos próprios de uma pluralidade de contratos nominados”. Já no contrato complexo “combinam-se integralmente os componentes de mais de um esquema típico”, isto é, há combinação de tipos contratuais, e não de meros elementos. O autor entende que, “se as partes pretenderam realizar um regramento de interesses unitário e incindível, a função é única e único deve ser o contrato”. Desse modo, circunscreve-se o campo da coligação contratual aos casos (raros) de coligação *ex lege* e às hipóteses “em que a combinação entre os tipos contratuais não tenha caráter de essencialidade, mas desempenhe função acessória, de modo que não seja possível configurar um regramento de interesses incindível e unitário” (*I contratti*, cit., p. 173 a 179).

ra tais elementos normalmente se traduzam em distintas prestações, isso poderá não se verificar, dado que nem sempre o tipo contratual é configurado com base na natureza da prestação⁵²⁶. O importante, no contrato misto, é que o conteúdo contratual seja formado por elementos típicos de vários contratos.

O que garante a unidade do contrato misto é que os elementos dos diversos tipos contratuais se subordinam à *mesma causa* (fala-se em unidade de causa⁵²⁷ e em “causa mista”⁵²⁸), ou, no dizer de PONTES DE MIRANDA, subordinam-se “à especificidade preponderante” e ao “fim comum” do contrato⁵²⁹.

Ainda que sob as mais diversas denominações, usualmente os contratos mistos são classificados em três espécies. É clássica, também nesse ponto, a tripartição de ENNECERUS e LEHMANN, que distinguem (i) *contratos combinados ou gêmeos*, em que a várias prestações principais, próprias de vários tipos contratuais, corresponde uma contraprestação unitária (v.g., prestação de transporte somada à prestação de um dormitório e à prestação de alimentação, em troca de contraprestação global); (ii) *contratos mistos em sentido estrito*, em que o contrato contém um elemento que representa ou implica um contrato de outro tipo (v.g., o *negotium mixtum cum donatione*; contrato de transação em que a concessão de uma das partes corresponde à venda de certa coisa por preço inferior ao de mercado); e (iii) *contratos de duplo tipo*, nos quais o “conteúdo total do contrato se encaixa em dois tipos distintos de contrato” (v.g., a cessão de uso de um quarto em troca da prestação de aulas de piano ou da realização de uma obra, ou a habitação em troca da prestação de serviços de portaria)⁵³⁰.

⁵²⁶ Sobre os diversos traços distintivos do tipo contratual, vide DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 84 e ss. ROPPO também observa que a natureza da prestação nem sempre se presta a identificar o tipo, exemplificando com o contrato de transação, em que o tipo se caracteriza pelo “pressuposto do contrato (a existência de uma lide entre as partes) e pelo seu fim (extinguir a lide, fazendo recíprocas concessões)”, podendo o tipo abarcar as mais diversas prestações (*Il contratto*, cit., p. 427).

⁵²⁷ ORLANDO GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 121.

⁵²⁸ GINO DE GENNARO, *I contratti misti*, cit., p. 110.

⁵²⁹ Por fim comum entende-se “aquele fim a que os elementos dos dois ou mais negócios jurídicos servem: na locação com serviços domésticos, é o fim de substituição do lar pelo quarto ou apartamento com serviços comuns a dois ou mais quartos ou apartamentos; no contrato de serviços de portaria pela habitação, é ter alguém fixado no prédio que preste serviços de portaria; no contrato de transporte com comida, é a viagem longa sem pequenas escalas” (*Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 174 e 186).

⁵³⁰ ENNECERUS/LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 7 a 10.

A doutrina dominante conceitua o contrato misto como atípico⁵³¹. Alguns autores, contudo, entendem possível configurar contratos mistos típicos, em que a própria disciplina legislativa do tipo prevê a possibilidade de mistura. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA admite a existência do que denomina “negócios jurídicos normalmente mistos”⁵³². São exemplos a empreitada mista (arts. 610, § 1º, e 611 do Código Civil); o contrato de sociedade em que o sócio integraliza a sua quota do capital social sob a forma de prestação de serviços ou transmissão de domínio, posse ou uso (arts. 1.005 e 1.006 do Código Civil)⁵³³; e o contrato de transporte com prestação acessória de custódia (arts. 751 e 753, § 4º, do Código Civil)^{534 e 535}.

Outra questão sobre a qual não há consenso diz respeito à inclusão, na categoria dos contratos mistos, daqueles que ENNECERUS denominou “contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie”. Segundo ele, esses contratos diferem dos

⁵³¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, volume 3, cit., p. 478 e 479; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 139; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 213 (“Na maior parte dos casos, os contratos atípicos não são puros; são construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos. Na prática, quase todos os contratos atípicos são mistos. Os contratos mistos não são um ‘tertium genus’ em relação aos contratos típicos e aos atípicos, nem uma categoria intermédia; contratos mistos são atípicos, embora estejam mais próximos dos típicos do que os contratos atípicos puros.”); RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, cit., p. 49.

⁵³² *Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 187. Vide ainda MESSINEO (*Il contratto in genere*, cit., p. 703) e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES (*Manual dos contratos em geral*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 469 e 470).

⁵³³ Exemplos dados pelo autor (*Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 179, 186 e 187).

⁵³⁴ O fato de, nessas hipóteses, a lei remeter à disciplina do depósito não torna o contrato de transporte atípico, tampouco caracteriza coligação contratual.

⁵³⁵ Afigura-se igualmente possível vislumbrar, conquanto com menor clareza, mistura inerente ao próprio tipo legal no contrato de mútuo a risco (arts. 633 e seguintes do Código Comercial), em que parece haver elemento típico do contrato de seguro, pois embora o mutuante corra o risco de não receber nem a quantia emprestada nem o prêmio, há a assunção de um risco por parte do mutuante, em troca de uma contraprestação específica, ainda que de recebimento incerto (o “preço do risco”, cf. art. 634, inciso II do Código Comercial). E também no subtipo de contrato de fretamento (arts. 566 e seguintes do Código Comercial) em que à locação da nave (nua ou armada e equipada) soma-se a transferência dos contratos com o comandante e a equipagem. PONTES DE MIRANDA parece corroborar essa qualificação, ao afirmar: “A transferência da posição subjetiva nos contratos de trabalho cria, aparentemente, concurso de contratos, mas isso de modo nenhum desnatura o contrato de fretamento, nem lhe é essencial”; “O contrato de fretamento do navio, da aeronave, ou de outro veículo, é contrato de locação de coisa. Se o acompanha a transferência do contrato de comando e de equipagem, isso apenas introduz elemento à parte, que se integra no contrato de locação” (*Tratado de direito privado*, cit., tomo XLI, p. 381 e 391).

contratos mistos, pois “seu conteúdo principal, globalmente considerado, encaixa-se somente dentro de um único tipo contratual (o tipo básico). Mas de todo modo obriga também a uma prestação subordinada ao fim principal, regulada dentro de outra espécie de contrato [...]”. A esse respeito, o autor menciona a locação de imóvel para habitação com prestação subordinada de serviços domésticos e a compra e venda de grãos com prestação subordinada de concessão de uso de sacos para embalá-los⁵³⁶. Tais contratos, portanto, seriam típicos, e não mistos⁵³⁷.

A categoria é por ele dividida em duas classes. Na primeira, o próprio tipo contratual normalmente traz prestação subordinada ao fim principal, tal como o contrato de sociedade, que pode envolver aportes em forma de compra e venda, prestação de serviços e locação, entre outros. Na segunda, a prestação subordinada tem origem apenas no acordo entre as partes. Haverá subordinação, então, quando a prestação se manifesta “como secundária em relação ao fim principal do contrato” (é o caso dos serviços domésticos, acessórios em relação à locação do quarto; e da prestação de serviços de segurança, acessória em relação à utilização do cofre bancário), ou quando a prestação “não tem importância por si só, tendendo unicamente a possibilitar ou a facilitar a prestação principal, ou seja, quando somente se manifesta como meio para a realização daquela” (u.g., a compra e venda de coisa a ser fabricada pelo vendedor com material próprio; e a empreitada com fornecimento de material)⁵³⁸.

Para outros autores, tal categoria deve ser classificada como espécie de contrato misto⁵³⁹ e ⁵⁴⁰. Entretanto, deve-se observar que parte desses casos se refere a tipos

⁵³⁶ ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 11.

⁵³⁷ Lembre-se que para ENNECCERUS e LEHMANN os contratos mistos são sempre atípicos. RUI PINTO DUARTE igualmente opina pela exclusão dos contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie da categoria dos contratos mistos, observando: “[H]á que retirar do âmbito dos contratos mistos aqueles contratos que correspondem a um tipo, embora apresentem um conteúdo excessivo relativamente a ele. Se esse excesso não impede a qualificação [como contrato típico], não há razão para autonomizá-los dos típicos; todo o concreto é excessivo por relação ao abstracto (ou ao geral) e nunca há lugar a encaixes perfeitos daquele neste” (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*, cit., p. 48).

⁵³⁸ ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 12 a 14. Vê-se que alguns destes exemplos de contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie são qualificados por PONTES DE MIRANDA como negócios normalmente mistos, precisamente pelo fato de o autor aceitar a existência de mistura *ex lege* (a empreitada mista e o contrato de sociedade em que a quota do capital social é integralizada sob a forma de prestação de serviços ou transmissão de domínio, posse ou uso).

⁵³⁹ Em revisões posteriores da obra de ENNECCERUS, LEHMANN teria adotado tal construção (cf. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 44 e 45). Ao expor a doutrina de ENNECCERUS, ADRIANO VAZ SERRA inicialmente inclui os contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie dentre os contratos mistos,

contratuais nos quais a prestação subordinada de outro tipo vem prevista no próprio modelo legislativo (i.g., a empreitada mista e a sociedade com integralização em bens ou em serviços), ao passo que em outros não há previsão legal nesse sentido. Por conta disso, a aludida categoria somente poderá ser totalmente integrada à dos contratos mistos por quem admite a existência de contratos mistos típicos. Os demais autores poderão, quando muito, reconduzir aos contratos mistos as hipóteses em que a prestação subordinada de outro tipo não vem prevista no próprio modelo legislativo do tipo contratual subordinante.

16. FALSOS CASOS DE COLIGAÇÃO CONTRATUAL. O LIMITE ENTRE CONTRATO ÚNICO E CONTRATOS COLIGADOS

A doutrina da coligação contratual preocupa-se, desde o início de sua formulação, com os critérios distintivos entre contrato misto e coligamento contratual. Contudo, nem sempre qualificar dada *fattispecie* como contrato único ou pluralidade de contratos coligados significa optar entre contrato misto e coligação contratual. Figure-se um exemplo. Se todos os condôminos de determinado edifício decidem locá-lo ao mesmo locatário, tal operação econômica poderá ser estruturada sob a forma de um único contrato de locação, tendo por objeto o prédio como um todo, ou de vários contratos de locação, cada qual celebrado entre a locatária e o proprietário de uma das unidades autônomas. Na primeira hipótese, ter-se-á contrato único, típico e complexo (do ponto de vista subjetivo e volitivo), mas não se tratará de contrato misto.

Da indevida redução de todos os problemas envolvendo a separação entre unidade e pluralidade contratual à alternativa entre contrato misto e coligação entre contratos resulta a insuficiência de alguns dos critérios propostos pela doutrina, adequados (se tanto) somente para solucionar a segunda questão referida.

Feita essa advertência, importa destacar que, por vezes, surgem dificuldades de qualificação de alguns negócios *prima facie* passíveis de configuração tanto como contra-

porém ao final acaba por afirmar que tais contratos “*distinguem-se dos contratos mistos*” (“União de contratos. Contratos mistos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 91, dezembro de 1959, p. 14 e 102).

⁵⁴⁰ Subdividindo os contratos mistos em contratos de tipo múltiplo e de tipo modificado, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS aparenta enquadrar os contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie dentre os mistos de tipo modificado. Sua posição a esse respeito, entretanto, não é clara, pois ele equipara os contratos de tipo modificado somente aos contratos mistos *stricto sensu* da classificação de MENEZES CORDEIRO, deixando de referir os “contratos mistos mentares”, expressão com a qual este autor designa os contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie (*Contratos atípicos*, cit., p. 226 e 227).

tos únicos quanto como coligações contratuais. Se o transportador se obriga a fornecer acomodação e alimentação ao viajante; se o locador e o vendedor se obrigam a prestar serviços de conservação e manutenção da coisa locada ou vendida; se determinado contrato de compra e venda ou de depósito é celebrado com escopo de garantia; se várias coisas são vendidas ou alugadas contemporaneamente; se dada operação de troca envolve prestações recíprocas previstas em instrumentos contratuais distintos e executados em momentos diferentes, haverá, nesses casos, contrato único ou contratos coligados?

O problema não é novo. Diversos critérios foram propostos na doutrina, porém questões ideológicas prejudicaram o debate, resumido à disputa entre partidários de teorias “subjetivas”, “objetivas” e ecléticas. Por diversas vezes, a preocupação maior foi rotular determinado autor como subjetivista ou objetivista, para então repelir ou adotar sua teoria, ao invés de analisar os resultados da aplicação do critério proposto.

A doutrina italiana da coligação, que tanto se ocupou do tema, procurou ver, em muitos casos tidos até então como de contratos mistos, verdadeiros contratos coligados. Nesse sentido, entendendo que somente há unidade contratual quando se apresenta *jurídica e economicamente impossível* obter determinado resultado sem o concurso de todas as prestações envolvidas no negócio (como se dá, por exemplo, na utilização de cofre bancário), GIORGIANNI vislumbra casos de coligamento, por exemplo, na compra e venda em que o vendedor também realiza o transporte da coisa vendida; no contrato de empreitada em que há cessão, ao empreiteiro, de local para habitação; na locação de quarto com cessão de uso dos móveis que o guarnecem; na compra e venda de grãos, vinho ou cerveja com cessão de uso do respectivo recipiente; na concessão de venda com exclusividade; no transporte marítimo de pessoas com fornecimento de alimentação; e no contrato de transporte com coleta da mercadoria no domicílio do remetente⁵⁴¹.

Afigura-se, entretanto, excessivo e desnecessário qualificar tais casos como coligação entre contratos. A prevalecer tal critério, até mesmo a empreitada com fornecimento de material (dita “mista”) seria, em tese, qualificada como coligamento entre empreitada e compra e venda.

Ora, se é certo que a doutrina mais antiga dos contratos mistos (tal como se vê em DE GENNARO), por desconhecer os próprios efeitos da coligação⁵⁴², enquadrou como pertencentes àquela categoria diversas hipóteses hoje pacificamente qualificadas como coligações contratuais, é igualmente certo inexistir, modernamente, razão para ignorar ou para esvaziar as figuras do contrato misto e do contrato complexo.

Nos primórdios da doutrina dos contratos coligados, a gama de casos de coligação era infinitamente menor do que a hoje existente. No contexto atual, cresce a necessidade de circunscrever a figura de modo a não misturar hipóteses, que somen-

⁵⁴¹ “Negozi giuridici collegati”, cit., p. 24, 25, 40 e 41.

⁵⁴² Vide o que foi dito acerca da primeira fase da doutrina italiana da coligação no item 7.

te com base nela podem ser corretamente compreendidas e tratadas, com outros casos nos quais a existência de partes subjetivamente complexas, ou a pluralidade de prestações a cargo de uma ou de ambas as partes, podem perfeitamente enquadrar-se no modelo dos contratos complexos ou mistos. Os próprios tipos contratuais ganham, hoje, em complexidade, no que configura verdadeira tendência a admitir tipos contratuais de conteúdo cada vez mais intrincado. Tal tendência se reflete na própria definição de novos tipos contratuais⁵⁴³.

Em certa perspectiva, é lícito afirmar, portanto, que a teoria dos contratos coligados nasce como contraposição à teoria dos contratos mistos, que ignorava a possibilidade de vínculos entre contratos combinados. Contudo, acabou pecando pelo excesso. Hoje parece possível reequilibrar os dois pólos, restituindo à categoria dos contratos complexos e mistos casos indevidamente deslocados pelos autores da doutrina da coligação contratual, e reservando a esta as hipóteses em que ela se afigura de maior utilidade.

Com base nessas premissas, entendemos que os exemplos aludidos acima, dados por GIORGIANNI e retomados pelos autores que o sucederam, tais como GASPERONI⁵⁴⁴, SCOGNAMIGLIO⁵⁴⁵, DI SABATO⁵⁴⁶ e MESSINEO⁵⁴⁷, devem ser tidos como casos de contrato único⁵⁴⁸.

⁵⁴³ Vide, por exemplo, a definição do contrato de transporte multimodal de cargas, contida na Lei n. 9.611/98: "Art. 3º. O Transporte Multimodal de Cargas compreende, além do transporte em si, os serviços de coleta, unitização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, bem como a realização dos serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação e desconsolidação documental de cargas."

⁵⁴⁴ O autor refere, dentre os casos de coligação: a compra e venda com transporte da coisa, por conta do vendedor; o transporte com fornecimento de alimentação; e o contrato de trabalho em que há uma locação entre o empregador e o empregado (presumivelmente de local para moradia deste último) ("Collegamento e connessione tra negozi", cit., p. 381, nota 73).

⁵⁴⁵ SCOGNAMIGLIO qualifica como casos de coligação "voluntária" a compra e venda em que o vendedor também assume a obrigação de transportar a coisa vendida, ou de tê-la em depósito até a retirada por parte do comprador; a locação de imóvel com a cessão de uso de móveis; e o transporte com o fornecimento de alimentação ao viajante ("Collegamento negoziale" (verbe- te), cit., p. 380).

⁵⁴⁶ O autor considera haver "coligação com conteúdo prevalentemente material" no caso de compra e venda de máquinas com obrigação de manutenção por parte do vendedor, bem como de locação de imóvel com o fretamento de barco para locomoção até ele ou a partir dele ("Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)", cit., p. 433).

⁵⁴⁷ MESSINEO arrola, dentre os casos de coligação, "o transporte da mercadoria vendida, a ser efetuado, pelo vendedor, ao local indicado pelo comprador" (*Il contratto in genere*, cit., tomo 1, p. 728).

⁵⁴⁸ PONTES DE MIRANDA já qualificara como contratos únicos o transporte com alimentação, a locação de quarto mobiliado com a prestação de serviços de limpeza, a venda de máquina com montagem e manutenção e a locação de imóvel com contraprestação em serviços de portaria (*Tratado de direito privado*, cit., tomo III, p. 176, 185 e 186).

O reconhecimento de contrato único, nessas hipóteses, normalmente vem atrelado à existência de contraprestação unitária. Com efeito, a diversidade de contraprestação permite, conforme o caso, levar à configuração de contratos coligados. Assim, quando uma das prestações é meramente facultativa, como no transporte em que o transportador oferece alimentação aos viajantes, mediante pagamento à parte, não seria exagero qualificá-lo como transporte coligado a compra e venda. Em outras hipóteses, entretanto, a pluralidade de contraprestação assemelha-se menos decisiva, como no caso do locatário de um quarto de pensão que pague mensalmente determinada quantia a título de aluguel e determinada quantia a título de pagamento pela utilização da mobília.

Haverá, igualmente, contrato único, *v.g.*, nas hipóteses de contratos de viagem turística, em que à prestação do adquirente correspondem múltiplas prestações de natureza distinta (transporte, hospedagem, passeios, alimentação etc.⁵⁴⁹), as quais, muito embora possam estar a cargo de sujeitos distintos, originam uma unidade econômica (o “pacote turístico”)⁵⁵⁰, bem como as avenças celebradas entre empresas gestoras de fundos de investimento e seus clientes, tendo por objeto prestações interligadas (gestão de fundos, treinamento de mão-de-obra, licença de uso de banco de dados, dentre outros), ainda que a contraprestação venha prevista de modo fracionado.

Não deve surpreender o fato de, em algumas dessas hipóteses, a prestação principal de determinado modelo contratual desempenhar papel secundário ou concorrente. As prestações contratuais caracterizadas de modo menos rígido, tal como a prestação de serviços, prestam-se com maior facilidade à transposição para outros tipos contratuais. São as chamadas *prestações transpícas*⁵⁵¹. O caso da prestação de custódia é

⁵⁴⁹ Estabelece o art. 2º da Diretiva 90/314/CEE: “Para os efeitos da presente directiva, entende-se por: 1. Viagem organizada: a combinação prévia de pelo menos dois dos elementos seguintes, quando seja vendida ou proposta para venda a um preço com tudo incluído e quando essa prestação exceda vinte e quatro horas ou inclua uma dormida: a) Transporte; b) Alojamento; c) Outros serviços turísticos não subsidiários do transporte ou do alojamento que representem uma parte significativa da viagem organizada. A facturação separada de diversos elementos de uma mesma viagem organizada não subtrai o operador ou a agência às obrigações decorrentes da presente directiva.”

⁵⁵⁰ Afirma PONTES DE MIRANDA que a “heterogeneidade não desfaz a unitariedade, que se estabelece por necessidade técnica do negócio com fim turístico único” (*Tratado de direito privado*, cit., tomo XLV, p. 19). Sobre a qualificação do contrato de viagem e a responsabilidade da empresa de turismo, vide ainda GUSTAVO TEPEDINO, “A responsabilidade civil nos contratos de turismo”, *Temas de direito civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: 2001, p. 217 e ss. Para JOSÉ MIGUEL DE SA MIRANDA, o objeto do contrato é a viagem organizada, “entendida como um todo orgânico, resultado de uma determinada combinação de diversos serviços”, e não os serviços singulares nela compreendidos (*O contrato de viagem organizada*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 43).

⁵⁵¹ Em sentido semelhante, ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 426 e 427.

emblemático. O dever de custódia, embora essencial ao contrato de depósito, também se encontra presente, *v.g.*, no penhor (cabendo então ao credor ou ao devedor pignoratício, conforme o subtipo contratual), no comodato, no transporte (existindo durante o transporte e, eventualmente, também antes e depois dele), na locação e na alienação fiduciária em garantia.

17. PARÂMETROS PARA DISTINGUIR A COLIGAÇÃO CONTRATUAL DO CONTRATO ÚNICO

17.1. LIMITES DOS TIPOS CONTRATUAIS DE REFERÊNCIA

A distinção entre unidade contratual e pluralidade contratual unida é delicada, havendo mesmo quem renuncie à elaboração de critério preciso⁵⁵². Tendo em mente, contudo, as considerações acima feitas, afigura-se viável apontar as três seguintes ordenadas, a fim de qualificar determinada *fattispecie* contratual como contrato único ou coligação entre contratos: (i) os limites dos tipos contratuais de referência, sejam eles legislativos ou sócio-jurisprudenciais; (ii) a participação de diversos centros de interesse na relação jurídica ou nas relações jurídicas envolvidas; e (iii) unidade ou diversidade instrumental, temporal e de contraprestação⁵⁵³.

Haverá, então, a princípio, contrato único quando o tipo contratual for suficientemente flexível a ponto de abarcar as diversas prestações contratuais em jogo; quando figurem somente duas partes ou, figurando mais de duas, quando o interesse de todas elas for indissociável e disser respeito à operação econômica subjacente como um todo; quando houver compatibilidade temporal entre as prestações, bem como, secundariamente, unidade de contraprestação.

A contrario sensu, nas hipóteses mais nítidas de contratos coligados encontra-se presente ao menos um dentre os três fatores seguintes: (a) *incongruência ou insuficiência*

⁵⁵² Nesse sentido, ANDREAS VON TUHR, ao tratar da unidade e pluralidade do negócio jurídico, observa que “[e]m matéria de identidade e unidade de figuras jurídicas não existe um critério seguro”. Não obstante, considera que, no campo dos negócios jurídicos inter vivos, “a unidade do ato não implica necessariamente a unidade do negócio; requer-se também que os efeitos jurídicos que foram estabelecidos contemporaneamente, por seu fim e significação econômica se relacionem intimamente entre si” (*Derecho civil*, volume II, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 173).

⁵⁵³ Ao tratar da qualificação dos elementos acessórios ao contrato de sociedade como cláusulas ou contratos acessórios, OPPO emprega, embora de modo não totalmente sistemático, os critérios da compatibilidade do tipo societário com os elementos acessórios, da diversidade de partes e da unidade documental (*Contratti parasociali*, cit., *passim*, e “Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società”, cit., p. 522).

dos tipos contratuais envolvidos, isoladamente considerados, em relação à operação econômica subjacente; (b) figurantes que somente participam de um ou de alguns dos contratos ligados; e (c) diversidade temporal, de contraprestação ou instrumental (previsão de cláusulas específicas para cada um dos contratos).

Analisemos brevemente cada um dos três parâmetros apontados. Em primeiro lugar, há determinados tipos de coligação contratual em que a qualificação como contrato único é afastada, de plano, tão só em virtude dos *limites do tipo ou dos tipos contratuais de referência*. Tais limites variam, porquanto há tipos com maior ou menor elasticidade, isto é, com alta ou baixa definição⁵⁵⁴.

Assim, se dado negócio de atribuição patrimonial é celebrado com escopo de garantia, de custódia ou de administração, configurando negócio fiduciário, o acordo entre fiduciante e fiduciário, por meio do qual se estipula que este exercerá com determinado escopo as posições jurídicas constituídas por força do negócio de atribuição patrimonial (dito contrato fiduciário ou *pactum fiduciae*) não poderá ser tido como mera cláusula ou parte deste contrato. A impedi-lo estará o próprio limite dos aludidos tipos contratuais, que não consentem com a inclusão de semelhantes cláusulas, exceto nas hipóteses legais expressas. Distinguem-se, então, os negócios “fiduciários” típicos (somente ditos “fiduciários” em sentido amplíssimo), dos verdadeiros negócios fiduciários, estruturados por meio de uma coligação entre negócio de atribuição patrimonial e contrato fiduciário (*pactum fiduciae*), sendo esse último contrato necessariamente atípico.

Algo semelhante ocorre na coligação com escopo fraudulento, muito embora nesta última possa haver contratos sucessivos, característica que por si só afastaria a qualificação de contrato único (é o caso de vendas sucessivas de imóvel com partes distintas, realizadas com o escopo de elidir norma proibitiva de aquisição da coisa por aquele que, no segundo contrato, figura como comprador).

Deve-se notar, contudo, que a incongruência entre o fim prático e a função típica não acarreta a necessidade de construir um negócio jurídico autônomo, cujo conteúdo seja o acordo quanto ao novo fim prático almejado pelas partes, e, portanto, não é suficiente para justificar a existência de dois negócios jurídicos⁵⁵⁵. Basta assinalar que o negócio indireto pode vir estruturado sob a forma de negócio único ou de coligação contratual.

O critério da incompatibilidade entre o tipo contratual de referência e a operação econômica subjacente também desempenha papel relevante no caso de acordos parassociais que contêm prestações incompatíveis com o tipo societário adotado.

⁵⁵⁴ Nesse sentido, ROPPO, *Il contratto*, cit., 425 a 427.

⁵⁵⁵ AURICCHIO, *A simulação no negócio jurídico*, cit., p. 56.

Em outros casos, não obstante inexistir verdadeira incompatibilidade entre os tipos contratuais de referência e a operação como um todo (ou parte dela), nenhum daqueles é, isoladamente considerado, suficientemente amplo para regular todos os elementos do conteúdo contratual que são próprios de outro tipo. Via de regra, presentes dois contratos típicos (do ponto de vista legislativo ou sócio-jurisprudencial), e não meras prestações isoladas, não haverá contrato único, ainda que um dos contratos possa ser dito, no caso concreto, preponderante, e não seja incompatível com a prestação principal do outro contrato. Os casos de contratos de franquia ligados a contratos de locação ou sublocação, por exemplo, não obstante algumas manifestações no sentido de uma unidade negocial, vêm sendo corretamente qualificados pela jurisprudência nacional como contratos ligados⁵⁵⁶. Isso porque, além da existência de contratos típicos, há leis específicas regulando-os, o que praticamente impossibilita a configuração de contrato único.

A consideração dos tipos contratuais e de sua potencialidade expansiva, além de vir ao encontro da moderna doutrina do tipo, torna mais realista a qualificação dos casos concretos. Muito embora do ponto de vista técnico seja sustentável, por exemplo, qualificar a relação jurídica instaurada entre o vendedor e o comprador de determinado bem acondicionado em embalagem ou vasilhame (que deverá ser retornado uma vez consumido o bem) como contrato de depósito, tal qualificação parece artificial⁵⁵⁷. Havendo compatibilidade entre a compra e venda e a prestação acessória de custódia da embalagem, celebrados os contratos entre partes idênticas e com unidade temporal, afigura-se mais correto qualificar a *fattispecie* como contrato típico de compra e venda com prestação subordinada de outra espécie (contrato único, ainda que complexo).

Pelas mesmas razões, também parece preferível qualificar como contrato único casos como o do contrato de locação em que parte do aluguel é paga por meio de reforma realizada pelo inquilino ou antecipadamente entregue ao locador, que em contrapartida compromete-se a reformar o imóvel⁵⁵⁸ (outra possibilidade seria qualificar a *fattispecie* como coligação contratual formada por contrato de locação e contrato de empreitada ou financiamento da obra). Tratar-se-á de contrato único, simples ou, quando muito, misto⁵⁵⁹. A prestação que o locador se obrigou a realizar, em troca

⁵⁵⁶ Vide o item 21.2.

⁵⁵⁷ A qualificação criticada foi dada por FÁBIO KONDER COMPARATO, em conhecido parecer sobre contrato de venda de bebidas ao consumidor ("Qualificação do contrato relativo a vasilhames e engradados, na distribuição e na venda de bebidas a consumidor. Concorrência desleal na sistemática destruição de vasilhames e bebida fabricada por concorrente", *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 335).

⁵⁵⁸ Caso referido por CASTIGLIA, "Negozi collegati in funzione di scambio", cit., p. 398 e 399.

⁵⁵⁹ Sobre as locações mistas, vide GIANLUCA SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., p. 68 e ss.

da antecipação do pagamento de alguns aluguéis, tem cunho nitidamente preparatório em relação à prestação principal, típica do contrato de locação, estando, pois, a ela subordinada.

17.2. PARTICIPAÇÃO DE MAIS DE DOIS CENTROS DE INTERESSE. COLIGAÇÕES CONTRATUAIS E CONTRATOS PLURILATERAIS

Em segundo lugar, pode ser decisiva para a caracterização da coligação contratual a participação de mais de dois centros de interesse na relação jurídica ou nas relações jurídicas envolvidas.

Trata-se da coligação com partes distintas, tal como se dá, *u.g.*, no financiamento de venda para consumo, no *leasing* financeiro e na relação entre contrato-base e subcontrato. Nessas hipóteses, o fato de um ou mais figurantes participarem somente de um ou de alguns dos contratos ligados parece implicar a impossibilidade de configurar contrato único⁵⁶⁰. Nesse ponto, atinge-se a fronteira entre os contratos ligados e os contratos plurilaterais.

Contratos plurilaterais são aqueles eficazes perante três ou mais partes. Normalmente, têm escopo associativo, como o contrato de sociedade e o contrato de consórcio interempresarial. Modernamente discute-se a possibilidade de configurar contratos plurilaterais de troca. Controverte-se tanto sobre a admissibilidade da figura⁵⁶¹ quanto sobre algumas de suas possíveis hipóteses. O tema ainda pende de desenvolvimento na doutrina, o qual, ao que nos parece, somente poderá ser realizado a contento mediante a análise paralela dos casos de contratos eficazes perante terceiros.

Casos relativamente pacíficos de contratos plurilaterais (cuja subespécie é o contrato trilateral), quer se os entenda como contratos associativos ou como contratos de troca, são: cessão de posição contratual⁵⁶², contrato de transação com mais de duas partes, contrato de divisão de bens com mais de duas partes e alguns contratos imobiliários com mais de duas partes, envolvendo construção de imóvel e permutas sucessivas.

⁵⁶⁰ Acerca da estrutura do *leasing* financeiro, vide o item 5.2, *supra*.

⁵⁶¹ Admitem a existência de contratos plurilaterais de troca, não associativos ou sem “comunhão de escopo” GIANROBERTO VILLA (*Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., p. 25 e ss.) e FABIO VALENZA (*Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, cit.). Em sentido contrário, ROPPO sustenta que todo contrato plurilateral tem comunhão de escopo, pois “a presença de três ou mais partes impede a configuração da troca, ou, ao menos, de configurá-la com a nitidez que esta assume entre duas partes” (*Il contratto*, cit., p. 441). MESSINEO também nega a possibilidade de configurar contratos plurilaterais sem comunhão de escopo (*Il contratto in genere*, cit., tomo 1, p. 604 e ss.).

⁵⁶² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 193 a 195, nota 2.

Mais problemática, contudo, a qualificação do contrato de depósito em garantia e do contrato de transporte de mercadorias, ambos qualificáveis como contratos trilaterais ou como contratos a favor de terceiro⁵⁶³.

De qualquer modo, o certo é que a categoria dos contratos plurilaterais é bastante restrita, dependendo de uma comunhão de interesses entre todas as partes a qual, ainda que não configure uma “comunhão de escopo” no sentido associativo, reflete uma posição de certo modo equidistante das partes em relação ao negócio, dificilmente verificável nos casos de coligação com partes distintas. Pense-se, por exemplo, nos casos de financiamento de venda para consumo, nos quais, não obstante a “atuação concertada” das partes que não figuram em ambos os contratos coligados (o financiador e o vendedor), a participação de cada uma reflete interesses claramente distintos.

Ademais, já se criticou a tendência a qualificar hipóteses claras de coligação envolvendo mais de duas partes como contratos únicos trilaterais, sob a bandeira do “contrato-operação econômica”, analisando-se, então, os casos emblemáticos do *leasing* financeiro e do financiamento de venda para consumo⁵⁶⁴. Lembre-se aqui que o modo mais fiel e congruente de representar a realidade das operações econômicas trilaterais, notadamente quando não há comunhão de escopo (em sentido estrito), é por meio da consideração da existência de uma coligação contratual⁵⁶⁵.

Parece útil, por fim, referir determinadas espécies de contrato de transporte. Se o viajante ou o proprietário da coisa a ser transportada celebra contrato tendo por objeto o transporte da pessoa ou da coisa ao longo de um percurso em que haverá presença de transportadores sucessivos (seja transporte por um único meio, seja o chamado transporte misto ou multimodal), poder-se-ia indagar se se trata de contrato único (eventualmente plurilateral) ou de contratos de transporte coligados.

Para alguns autores, cada contrato de transporte representará uma etapa da operação global, havendo, portanto, contratos coligados⁵⁶⁶.

⁵⁶³ Sobre esta modalidade de depósito, vide FABIO KONDER COMPARATO (“Depósito em garantia de terceiro em armazém geral”, *Ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 361 a 371). Sobre a qualificação do contrato de transporte de mercadorias como “contrato trilateral assíncrono”, vide FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias. Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 236 e ss.

⁵⁶⁴ Vide os itens 5.2 e 5.3.

⁵⁶⁵ COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova: CEDAM, 1999, p. 215 a 224.

⁵⁶⁶ É a posição de TEYSSIE, para quem a indivisibilidade da operação acarreta a indivisibilidade do conjunto contratual (*Les groupes de contrats*, cit., p. 102 a 105).

Para outros, se todos os transportadores se vinculam de modo unitário ao contratante (contrato plurilateral), o que normalmente se dá em virtude de o primeiro transportador representar os demais⁵⁶⁷, haverá *transporte cumulativo*, caracterizado pela “unicidade de contrato e pluralidade de transportadores”⁵⁶⁸. Já na hipótese de um dos transportadores (via de regra o primeiro) assumir a obrigação de realizar o transporte em determinado trecho, bem como de contratar, por conta do cliente, outros transportes, haverá *transporte combinado*, caracterizado pela combinação entre contrato de transporte e contrato de expedição⁵⁶⁹.

No âmbito do transporte multimodal de cargas, a Lei n. 9.611/98 procurou resolver expressamente a questão, dispondo que o transporte em questão “é regido por um único contrato”, no qual o operador de transporte multimodal atua “por meios próprios ou por intermédio de terceiros” (cf. arts. 2º, *caput* e 5º, *caput*)⁵⁷⁰.

Na hipótese de o operador de transporte multimodal atuar por intermédio de subcontratados, haverá coligação entre o contrato de transporte multimodal e os subtransportes, verdadeiros subcontratos. O subtransportador responde solidariamente na hipótese de “a perda, dano ou atraso na entrega da mercadoria ocorrer em um segmento de transporte claramente identificado” (art. 17, § 5º, da Lei n. 9.611/98). Em se tratando de coligação unilateral⁵⁷¹, o contrato de transporte multimodal não deverá sofrer influência dos subcontratos.

17.3. CRITÉRIOS SUBSIDIÁRIOS: DIVERSIDADE INSTRUMENTAL, TEMPORAL E DE CONTRAPRESTAÇÃO

Em terceiro lugar, surgem alguns critérios “subsidiários”, porém não menos importantes, a fim de qualificar determinado contrato *in concreto* como coligação contratual ou como contrato único.

⁵⁶⁷ O Código Civil prevê que, na hipótese de transporte cumulativo, todos os transportadores (partes do contrato único) respondem pelo dano causado, ressalvada a apuração da responsabilidade entre eles (cf. art. 756).

⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., tomo XLV, p. 27 e 28.

⁵⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., tomo XLV, p. 25 a 27.

⁵⁷⁰ Dispõe a lei: “Art. 2º. Transporte Multimodal de Cargas é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal. [...]” O art. 5º, *caput*, define o operador de transporte multimodal como “a pessoa jurídica contratada como principal para a realização do Transporte Multimodal de Cargas da origem até o destino, por meios próprios ou por intermédio de terceiros”.

⁵⁷¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O subcontrato*, cit., p. 197.

Dentre tais critérios, destacam-se a *diversidade instrumental*, a *temporal* e a *de contraprestação*.

A diversidade instrumental, por si só, não acarreta a pluralidade contratual. Sabe-se que um único contrato pode ser celebrado mediante diversos instrumentos contratuais, na medida em que esses dizem respeito somente à forma do contrato. Muitas vezes, no entanto, a diversidade instrumental traduz a separação das cláusulas próprias de cada um dos contratos envolvidos no negócio, de modo a praticamente descartar a possibilidade de unidade contratual. Diversidade instrumental corresponderá, então, não à mera existência de mais de um instrumento contratual, mas à segregação de porções do conteúdo do negócio, de modo que cada uma delas tenha um sentido e uma dinâmica própria, isto é, *autonomia estrutural*. No caso de negócios solenes, a diversidade formal poderá ser um fator ainda mais relevante.

Em outras palavras, a diversidade instrumental, quando reflita a intenção de segregar porções do conteúdo do negócio, sob *nomen iuris* próprio e com cláusulas distintas, traduzirá uma opção consciente e estratégica das partes, desejosas de estruturar a operação econômica subjacente por meio de dois ou mais tipos contratuais conhecidos, com as vantagens daí advindas.

Com efeito, nas operações de maior vulto econômico, em que as partes normalmente se valem de profissionais experientes e até mesmo especializados para assessorá-las, a diversidade instrumental (no sentido acima referido) deverá ser interpretada como opção consciente pelos tipos contratuais envolvidos. Muitas vezes, há um instrumento cuja única função é regular a relação entre os diversos contratos integrantes do negócio.

As razões para a escolha de uma determinada estrutura contratual variam. Como nota D'ANGELO, a configuração de uma operação econômica mediante pluralidade de contratos pode ser devida, por exemplo, à oportunidade de regular estas frações da operação por meio do regime jurídico típico de cada contrato adotado, ou à intenção de segregar determinada porção negocial, dotando-lhe de "*um certo grau de autonomia*", com o objetivo de reforçar determinada posição jurídica frente à contraparte ou frente a terceiros⁵⁷². Em ambos os casos, como se vê, tais razões deverão ser preservadas pelo intérprete, exceto quando houver razão para considerar a estrutura dada pelas partes, como na ocorrência de fraude, de simulação e de abuso do poder contratual (notadamente em casos de contratos de consumo e de contratos de adesão, em geral).

Assim, por exemplo, em diversos casos de fornecimento de combustíveis e comodato celebrados mediante instrumentos separados, cada qual com cláusulas pró-

⁵⁷² *Contratto e operazione economica*, cit., p. 90 a 92.

prias e distintas (v.g., cláusula penal), o Supremo Tribunal Federal decidiu estar diante de coligação entre contratos⁵⁷³.

O critério da diversidade temporal, por sua vez, mostra-se decisivo nas coligações entre contratos de execução instantânea e contratos de duração, ou entre contratos com prazos distintos. Nestas hipóteses, dificilmente poder-se-á falar em contrato único.

Por fim, no tocante à unidade ou à diversidade de contraprestação, é preciso relativizar a afirmação, por vezes encontrada, no sentido de que tal critério é apto a decidir a qualificação de uma situação de fato concreta enquanto contrato único ou pluralidade de contratos.

Conquanto não se descarte que a unidade de contraprestação, aliada às demais circunstâncias relevantes, leve a interpretar e a qualificar determinado contrato como único, por vezes o modo de fixação da contraprestação será absolutamente irrelevante. Isso acontecerá, exemplificativamente, quando a contraprestação for determinada pelo predisponente (no caso de contratos formados mediante adesão a cláusulas contratuais predispostas), ou quando a unidade ou a diversidade de contraprestação for contrariada pelo fim contratual concreto.

O exemplo do contrato de viagem turística é interessante. Afigura-se irrelevante, para fins de qualificação do contrato, que a contraprestação a ser paga pelo consumidor do pacote seja fixada de modo global (v.g., o pacote turístico por x), ou que haja referência a valores relativos às diversas contraprestações (v.g., transporte aéreo, hospedagem e passeios, integrantes do pacote turístico por a , b e c , respectivamente, totalizando x).

No âmbito do direito europeu, o art. 2º da Diretiva 90/314/CEE estipula que o contrato de viagem organizada se caracteriza pela combinação de, ao menos, dois dentre determinados elementos previstos pela lei, “quando seja vendida ou proposta para venda a um preço com tudo incluído”. A referência ao “preço com tudo incluído” parece qualificar a unidade de contraprestação como elemento essencial do contrato. JOSÉ MIGUEL DE SÁ MIRANDA acertadamente afirma, contudo, que o “preço com tudo incluído não é, como tal, mais do que um índice da existência do elemento ‘combinação’, ou organização, da viagem e, em consequência, da sua natureza unitária”⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Vide o item 21.3.

⁵⁷⁴ O contrato de viagem organizada, cit., p. 114 a 117. Aduz o autor: “Permitir que o preço global fosse uma característica essencial do conceito de viagem organizada, seria dar a possibilidade às agências de viagem de alterarem a forma de publicitação, facturação ou negociação das viagens e, em lugar de um único preço, estabelecerem os preços individuais dos vários serviços, alegando que não existia um preço com tudo incluído e, logo, não estando a viagem sujeita ao regime especial das viagens organizadas. Entendemos, pois, que, ainda que não seja vendida a um preço global, fazendo o cliente o pagamento individual dos diversos serviços, poderemos estar na presença de uma viagem organizada, desde que verificados os restantes requisitos essenciais da sua existência” (ob. cit., p. 117).

Por fim, o critério da contraprestação põe-se no que diz respeito às vendas cumulativas de imóveis⁵⁷⁵. Quando celebradas entre as mesmas partes e no mesmo instrumento contratual, aquele parece ser o único parâmetro capaz de orientar a qualificação como compra e venda única ou como pluralidade de compras e vendas, cada qual tendo por objeto um dos imóveis. Não obstante, igualmente importante, a nosso ver, é a análise de todas as circunstâncias interpretativas relevantes (art. 112 do Código Civil), dentre as quais se afiguram pertinentes, *a priori*, o comportamento anterior e posterior das partes (aí incluídas as tratativas e a fase pré-contratual), a localização dos imóveis e o seu verdadeiro valor de mercado.

18. AUTONOMIA ESTRUTURAL E NEXO EXISTENTE ENTRE CONTRATOS COLIGADOS

Tendo-se discorrido acerca do primeiro elemento característico da coligação (a pluralidade de contratos), bem como definidos os limites da figura pertinentes a tal elemento (o contrato único, em suas diversas modalidades), cabe prosseguir com o estudo do nexo contratual, sem o qual não há união entre contratos.

O vínculo existente entre contratos coligados é usualmente qualificado como *funcional*. Delineia-se, assim, certa contraposição entre autonomia estrutural e nexo funcional, a permear diversos aspectos da doutrina da coligação contratual. A fim de evitar interpretações superficiais sobre essa dicotomia, importa apontar alguns dos significados usualmente atribuídos às expressões “estrutura contratual” e “função contratual”, partindo do âmbito do negócio jurídico em geral.

18.1. ESTRUTURA E FUNÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E DO CONTRATO

Há uma vasta gama de sentidos da palavra “estrutura”⁵⁷⁶. De origem etimológica

⁵⁷⁵ MESSINEO, referindo-se ao art. 1.540 do *Codice Civile*, sustenta que a venda cumulativa de imóveis, não obstante a pluralidade de prestações (de mesmo tipo, mas com objeto múltiplo), é unitária, na hipótese de contraprestação única e unidade instrumental (*Il contratto in genere*, cit., tomo 1, p. 703). O aludido dispositivo preceitua: “Art. 1.540. Venda cumulativa de imóveis. Se dois ou mais imóveis são vendidos com o mesmo contrato por um só e mesmo preço, com a indicação da medida de cada um deles, e se descobre que a quantidade é menor em um e maior no outro, faz-se a compensação até a concorrência devida; o direito ao suplemento ou à diminuição de preço cabe em conformidade das disposições acima estipuladas.” No original: “Art. 1540. Vendita cumulativa di più immobili. Se due o più immobili sono stati venduti con lo stesso contratto per un solo e medesimo prezzo, con l'indicazione della misura di ciascuno di essi, e si trova che la quantità è minore nell'uno e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza; il diritto al supplemento o alla diminuzione del prezzo spetta in conformità delle disposizioni sopra stabilite.”

⁵⁷⁶ Para uma rica discussão em diversos ramos científicos, vide ROGER BASTIDE (coord.), *Usos*

latina, o termo deriva do verbo *struere*, “construir”, a indicar seu primeiro sentido, próprio da arquitetura e, como tal, relativamente concreto. No século XVII, o vocábulo passa a ser empregado na anatomia e na gramática e, no século XIX, expande-se à quase generalidade das ciências. Parece possível, contudo, identificar um núcleo significativo comum do termo, correspondente a “conjunto de partes” e “relação das partes no todo”⁵⁷⁷.

ROGER BASTIDE aponta dois “sentidos gerais” de estrutura. O primeiro, que pode ser dito concreto ou realista, é próprio das “ciências sociais ‘concretas’” (psicologia, direito, economia política) e “faz da estrutura uma definição do objeto”, tornando-a parte dele. Já o segundo, abstrato ou idealista, “faz dela [da estrutura] uma construção conformadora do objeto”, isto é, um modelo intelectual das relações latentes no objeto (opostas às relações reais). Nesse último sentido, estrutura designa modelo ou sistema de relações⁵⁷⁸.

No campo do direito, o termo é usualmente empregado no sentido de “organização”, em antítese com “função” ou “funcionamento”. É o que esclarece JEAN CARBONNIER, aduzindo: “Estrutura” é como a anatomia em oposição à fisiologia: pensa-se nos órgãos endurecidos pela dissecação em contraste com os movimentos da vida. Surge daí uma antítese, que se tornou corrente nas exposições jurídicas, entre estrutura e funcionamento, onde estrutura é sinônimo de organização (por exemplo, estrutura e funcionamento da tutela)”⁵⁷⁹.

Em uma primeira aproximação, portanto, a idéia de “estrutura do contrato” liga-se à sua composição, isto é, à análise de suas partes ou elementos⁵⁸⁰. O estudo analítico, não pode, contudo, descuidar da unidade estrutural do negócio jurídico⁵⁸¹.

e sentidos do termo “estrutura” – *Nas ciências humanas e sociais*, São Paulo: Herder e Editora da USP, 1971. Vide ainda MASSAUD MOISÉS, “Estrutura” (verbetes), in *Dicionário de termos literários*, 4ª edição, São Paulo: Cultrix, 1985, p. 211 a 217.

⁵⁷⁷ BASTIDE, “Introdução ao estudo do termo ‘estrutura’”, in *Usos e sentidos do termo “estrutura”*, cit., p. 1 a 3.

⁵⁷⁸ “Introdução ao estudo do termo ‘estrutura’”, cit., p. 8 a 11.

⁵⁷⁹ “As estruturas em direito privado”, in *Usos e sentidos do termo “estrutura”*, cit., p. 74. Aduz o autor que, mediante a introdução do conceito de estrutura contratual, em substituição a “figura” ou “perfil” contratual, “na descrição do fenômeno jurídico se acrescenta uma terceira dimensão, uma espécie de sentido de profundidade” (ob. cit., p. 72 e 73).

⁵⁸⁰ MARIA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA define estrutura contratual como a “composição interna do contrato”, dizendo ela respeito à “maneira de estar composto ou formado o contrato: a cada um dos elementos que a lei considera necessários para que se possa falar dele” (*Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona: Bosch, 1979, p. 693 e ss., em especial p. 698 e 701). Vide, ainda, a delimitação dos elementos do negócio jurídico exposta por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., *passim*).

⁵⁸¹ Ao iniciar o estudo da “estrutura do negócio jurídico”, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO alerta que o “método analítico”, caracterizado pelo estudo separado dos elementos do negócio, encer-

Essa constatação, entretanto, é insuficiente. Cumpre atentar para o fato fundamental de que “estrutura” denota uma *unidade indissolúvel resultante da fusão de forma e conteúdo*⁵⁸². BETTI esclarece o ponto, com a profundidade habitual: “A estrutura do negócio jurídico compreende, assim, tanto a forma como o conteúdo. Forma é o modo como o negócio é, ou seja, como se apresenta diante dos outros na vida de relação; a sua figura exterior. Conteúdo é aquilo que o negócio é, intrinsecamente considerado; a sua *fattispecie* interior, que é ao mesmo tempo fórmula e idéia, palavra e significado: termos, esses, cuja coligação é tarefa da interpretação”⁵⁸³.

Nem todo elemento do negócio jurídico é elemento de sua estrutura. Há, como nota ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de um lado elementos constitutivos ou intrínsecos, que poderiam ser ditos “estruturais” e, de outro, elementos “que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência [...]”. Estes últimos são os chamados “elementos gerais extrínsecos” e correspondem ao agente, ao lugar e ao tempo⁵⁸⁴.

Nesse sentido, por vezes é dito que a parte ou as partes do negócio (ou as partes do contrato) não são elementos, porém *termos* entre os quais o negócio se forma⁵⁸⁵. Para os autores que distinguem o conteúdo do objeto negocial, este também

ra o perigo de obscurecer a unidade do negócio, “pois à aludida unidade orgânica de sua função corresponde a de sua estrutura”, daí a necessária cautela em relação à “consideração exclusivamente anatômica do negócio” (*El negocio jurídico*, reimpressão da edição de 1971, Madrid: Civitas, 1997, p. 56).

⁵⁸² Tratando da noção de “conteúdo” no âmbito literário, MASSAUD MOISES esclarece: “Sinônimo de/ou tomado na acepção de ‘essência’, ‘matéria’, ‘fundo’ (Francês *fond*), ‘mensagem’, ‘doutrina’, ‘assunto’, ‘pensamento’, ‘ideologia’, etc., o vocábulo ‘conteúdo’ encerra um sentido que, termos se implicam mutuamente, de modo que equacionar o significado de um pressupõe considerar o do outro. Em abstrato, é possível dissociá-los com nitidez; na prática, porém, tendem a confundir-se inextricavelmente, estabelecendo uma unidade indissolúvel, por alguns denominada ‘estrutura’, entendida como ‘todo sistema de signos ou estrutura de signos que serve a determinado fim estético’ (*René Wellek e Austin Warren*, Teoria Literaria, tr. esp., 2ª ed., 1959, p. 167)” (“Conteúdo” (verbetes), in Dicionário de termos literários, cit., p. 96 e 97).

⁵⁸³ *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 125. Nota-se como, na teoria geral do negócio jurídico, as diversas teorias implicam diversas concepções sobre a estrutura do negócio. Para os voluntaristas, o negócio jurídico é, do ponto de vista estrutural, a declaração de vontade, correspondendo a declaração à forma, e a vontade ao conteúdo negocial. Já para os objetivistas o negócio jurídico será o ato de autonomia privada, ou ato de regramento de interesses, sendo o ato a forma e o regramento (ou arranjo, *assetto*) de interesses o conteúdo (BETTI, ob. cit., p. 55).

⁵⁸⁴ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 32 e 33. Note-se que o autor emprega o termo objeto como sinônimo de conteúdo, e arrola, como elementos intrínsecos (estruturais), a forma, o objeto e as circunstâncias negociais (ob. cit., p. 32).

⁵⁸⁵ FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª edição, reimpressão, Napoli: Jovene, 1997, p. 129.

não seria elemento (da estrutura) do negócio. Por objeto entende-se, então, a matéria ou o *quid* sobre o qual opera a regulação negocial⁵⁸⁶, podendo, enquanto tal, ser definido como os interesses regulados por meio do negócio⁵⁸⁷ ou como o bem em sentido amplo, isto é, o “ponto de referência objetivo” do interesse tutelado⁵⁸⁸.

O negócio jurídico possuiria, assim, termos subjetivos e termos objetivos⁵⁸⁹, inconfundíveis com a sua estrutura.

Se a forma do negócio jurídico é, *grosso modo*, a declaração, e o seu conteúdo corresponde ao regramento de interesses, a definição do negócio a partir destes dois elementos não apanha, todavia, o instituto em sua totalidade, pois não considera a *função do negócio jurídico*.

Para BETTI, a estrutura negocial, representada pela forma (o “como”) e pelo conteúdo (o “que coisa”) do negócio, é estática, ao passo que a função negocial (o “porquê”), por ele equiparada à “causa” do negócio, à sua razão de ser, prende-se à consideração dinâmica da autonomia privada. Afinal – prossegue o autor –, o negócio jurídico não é um fim em si mesmo; ao contrário, com ele almeja-se sempre “um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesses que entram em contato na vida social [...]”. Em qualquer negócio, analisado em seu conteúdo, pode-se distinguir logicamente um regramento de interesses nas relações privadas, e, concretizada nele – quando, como é normal, não tenha sido cortada –, uma razão prática típica a

⁵⁸⁶ “Do conteúdo deve distinguir-se o objecto; este tem a ver não com a regulação em si, mas com o *quid* sobre que irá recair a relação negocial propriamente dita. Por exemplo, celebrado um contrato de compra e venda, verifica-se que: – as regras aplicáveis, por via dele, às partes, constituem o seu conteúdo; assim, a transmissão da propriedade e as obrigações de entrega da coisa e do preço [...]; – a coisa ou o direito transmitidos formam o seu objecto” (MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, volume I, tomo 1, 2ª edição, 2000, p. 480).

⁵⁸⁷ BETTI entende preferível falar em interesse pois mesmo quando o negócio jurídico tem por objeto coisas estas não são tomadas em abstrato, mas sim relacionadas aos sujeitos e analisadas conforme a sua aptidão para atender às necessidades da vida social (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 81 e 232).

⁵⁸⁸ É a posição de GIOVANNI BATTISTA FERRI, para quem o termo “bem” compreende não somente a coisa, mas também todos os outros valores e utilidades, normalmente econômicos, aptos a servir de ponto de referência objetivo do negócio jurídico (*Il negozio giuridico tra libertà e norma*, reimpressão corrigida da 5ª edição, Rimini: Maggioli, 1995, p. 178 a 181).

⁵⁸⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 129 e 130. Em sentido semelhante, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO considera que os sujeitos e o objeto da relação jurídica não estão integrados em sua estrutura, correspondendo esta ao “conteúdo” ou “cerne” da relação. Aduz o autor, com maior precisão, que o conteúdo da relação jurídica constituiria a sua “estrutura interna” (*Teoria geral do direito civil*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 168 e 169).

este imanente, uma 'causa', um interesse social objetivo e socialmente controlável, ao qual deve corresponder"⁵⁹⁰.

O que confere unidade ao todo, isto é, ao conjunto dos elementos constitutivos da estrutura contratual, é precisamente a *função*. Todos os elementos se subordinam à "totalidade e à *unidade funcional* do todo de que fazem parte: unidade, a qual somente pode constituir aquela razão justificativa que se busca"⁵⁹¹.

Destarte, atentando-se para a estrutura e a função, o negócio jurídico é definível como o "ato mediante o qual o indivíduo regula, por si, os próprios interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social que lhe caracteriza o tipo ([função econômico-social] típica nesse sentido)"⁵⁹².

Já no que diz respeito ao contrato enquanto categoria geral, a *forma* corresponde às declarações contratuais unidas em acordo (acordo de declarações, não de vontades⁵⁹³); o *conteúdo* corresponde ao regramento de interesses posto pelas partes, isto é, o conjunto de preceitos ou regras estabelecidos pelas partes, sejam eles constantes das declarações contratuais (*conteúdo expresso ou declarado*), sejam eles revelados por meio da interpretação, porém não explicitamente previstos nas declarações contratuais (*conteúdo implícito ou não declarado*)⁵⁹⁴; e a *função* alude ao resultado econômico-social almejado pelas partes.

18.2. NEXO FINALÍSTICO ENTRE CONTRATOS COLIGADOS

As noções de estrutura e função negocial podem ser transpostas para o âmbito do tipo contratual e do contrato *in concreto*. Nesse último situa-se a contraposição

⁵⁹⁰ *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 170 a 172.

⁵⁹¹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 180 e 181.

⁵⁹² BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 55.

⁵⁹³ "Na realidade, o que gera o preceito contratual não é um 'encontro' oculto, ou uma mística 'fusão dos quererés', mas a troca das respectivas declarações (oferta e aceitação) e a sua consciente congruência (que é o chamado acordo ou consenso), ou a intencional reciprocidade e congruência dos respectivos comportamentos. [...] Onde falte a consciente congruência destes [declarações ou comportamentos] (o acordo), falta a própria *fattispecie* do contrato e é inútil procurar saber se terá havido, acidentalmente, uma 'intenção comum', que seria totalmente irrelevante" (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 63 e 64).

⁵⁹⁴ Ao lado do conteúdo do contrato haveria, ainda, o conteúdo da regulação objetiva, compreendendo não só o regramento de interesses estabelecido pelas partes, como também a regulação advinda do sistema jurídico, mediante o processo de integração dos efeitos contratuais (*Derecho civil. Parte general*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 750). Já tivemos oportunidade de escrever sobre o tema (*Interpretação do negócio jurídico: panorama de Direito da USP em 2003*, p. 29 a 38).

entre autonomia estrutural e nexa funcional dos contratos coligados. *Autonomia estrutural* significa, então, que cada um dos contratos coligados conserva a própria estrutura, isto é, a própria forma⁵⁹⁵ (ainda que documentalmente unidos) e o próprio conteúdo. Por *nexa funcional* entende-se que a coligação visa a um determinado resultado econômico-social.

Vale acrescentar uma observação de sorte a permitir compreender melhor o “vínculo funcional” existente entre contratos coligados. Ocorre que, na transposição dos planos abstratos (contrato enquanto categoria geral e enquanto tipo contratual) ao plano concreto, o interesse econômico-social típico cede lugar ao interesse individual, concreto. Para sinalizar tal alteração de perspectiva, distingue-se, a nosso ver utilmente, função contratual e *fim contratual*.

Nesse sentido, afirma-se que a função é um “dato prevalentemente sociológico”, ao passo que o fim ou escopo possui natureza “técnico-jurídica”⁵⁹⁶. A função seria algo de abstrato, enquanto o fim seria algo de concreto ou empírico, mais especificamente o *resultado ou o efeito prático* almejado, em conformidade com os *interesses concretos* das partes⁵⁹⁷.

O *fim do contrato* unifica a relação contratual *in concreto*, tornando-a “uma estrutura unitária e funcional”. É essa a precisa observação de MOTA PINTO, para quem “o fim contratual provoca uma síntese das várias partes componentes da relação obrigacional complexa numa ‘unidade mais elevada’, constituindo a relação contratual um ‘todo unitário’”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ O próprio SACCO, para quem os contratos coligados constituem, do ponto de vista lógico, “um único contrato”, observa que “os requisitos de forma são impostos aos fragmentos de contrato, não já ao contrato” (*Il contratto*, tomo 2, cit., p. 89).

⁵⁹⁶ “As fórmulas recordadas (função e escopo, ou finalidade) são normalmente empregadas de forma promíscua, mas talvez a substância desses termos não seja idêntica, porque a finalidade (ou escopo) é um dato técnico-jurídico; este alude ao resultado [esito] que a utilização do contrato permite às partes determinar; ao invés, a função é um dato prevalentemente sociológico, o qual exprime a relação estabelecida entre o contrato e o sistema legislativo em geral (ou ordenamento jurídico), porque se reporta à necessidade [bisogno] econômica, ou interesse, que o próprio contrato satisfaz” (MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 112).

⁵⁹⁷ “Por ‘fim do contrato’ deve-se entender o propósito a que o contrato serve dentro da vida real, quer dizer, o resultado empírico ou prático que, ordenado aos próprios e peculiares interesses, pretende-se alcançar” (LUIS DIEZ-PICAZO, prólogo a VICENTE ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid: Tecnos, 1968, p. 10).

⁵⁹⁸ *Cessão da posição contratual*, cit., p. 291 e 379. Aduz o autor: “Ao realizarem um qualquer negócio jurídico (nominado ou inominado), têm as partes interesse na realização de determinado escopo. Ora, é este escopo ou fim contratual que conforma o conteúdo da relação contratual emergente do negócio. Não se trata do interesse correspondente à estrutura negocial típica utilizada (no caso dos negócios nominados), considerado em abstrato. Não poderia

Outra distinção possível entre função e fim, de certo modo relacionada à oposição entre social/abstrato e individual/concreto, diz respeito ao fato de que, em dado sentido, a função é o meio para alcançar determinado fim⁵⁹⁹. De fato, sempre que as partes buscam um fim distinto daquele típico, isto é, sempre que se verifica aquilo que BETTI denomina *divergência entre a causa típica e o fim prático*⁶⁰⁰, abre-se caminho para considerar que a função econômico-social típica se torna meio para a consecução de um fim ulterior, "atípico".

A independência do fim em relação à função típica encontra-se presente na clara lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, para quem o fim do negócio jurídico corresponde ao "resultado que, hipoteticamente, o negócio jurídico atingiria, se todos os efeitos, dele decorrentes, se concretizassem", isto é, ao "efeito dos efeitos do negócio", como se dá na compra e venda fraudulenta, cujo fim é o prejuízo dos credores do vendedor⁶⁰¹.

Com base nessa noção de fim contratual, é válido afirmar que o vínculo entre os contratos coligados possui *índole funcional* (normalmente⁶⁰²) e *finalística*. Na coligação unilateral, este fim tem como principal ponto de referência o contrato principal, ao qual o acessório se liga. Na coligação com dependência recíproca, o fim tende a ser equidistante em relação aos contratos coligados.

São os interesses concretos das partes que determinam o nexo existente entre os contratos coligados, constituindo a chave para a sua interpretação e qualificação.

nunca se tratar dum interesse tipicizado abstrato, correspondente à função econômico-social do negócio (a *causa negotii*), sabido, como é, ser o tipo negocial uma expressão esquemática de caracteres normais e constantes duma categoria de atos humanos que, exprimindo a normalidade, tem na sua concreta utilização uma ampla elasticidade e serem possíveis atividades negociais desprovidas de tipicidade legal, apenas socialmente típicas ou desprovidas até de qualquer tipicidade (legal ou social). Havemos de partir do negócio concreto e ater-nos a ele, considerado na sua veste de ato individual. Não será, porém, qualquer móbil ou objetivo individual que adquirirá relevância, mas apenas o fim prosseguido pelas partes, dotado das exigências de objetividade ou cognoscibilidade necessárias para, segundo o direito vigente, se projetar no ordenamento negocial" (ob. cit., p. 315 e 316).

⁵⁹⁹ "Função é um termo polissêmico. Em sentido lógico-matemático, função é a relação de correspondência entre os domínios de duas variáveis; em sentido orgânico, função é cada uma das partes constituintes de uma estrutura; em sentido instrumental (que é o mais utilizado na linguagem comum e também na linguagem jurídica tradicional), função significa o meio para atingir uma finalidade ou essa mesma finalidade" (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, cit., tomo I, p. 441).

⁶⁰⁰ *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 393 e 394.

⁶⁰¹ *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 107 e 108.

⁶⁰² Não se pode descartar que o fim almejado pelas partes não tenha relevância do ponto de vista da função econômico-social (v.g., fim fútil ou ostentatório).

Deve-se observar, no entanto, que cada contrato coligado desempenha certa função no contexto da coligação. Um exemplo simples diz respeito à coligação formada por contrato de locação e contrato de garantia (fiança pessoal, fiança bancária, caução real, seguro de fiança locatícia etc.). O contrato de garantia desempenha a função de reforçar a posição jurídica do locador, instituindo a seu favor nova relação jurídica acessória da relação locatícia principal. Ora, ao lado da própria forma e do próprio conteúdo, o contrato de garantia mantém a função que lhe é característica, o mesmo podendo ser dito acerca do contrato de locação.

Tem-se outro exemplo na coligação formada por contrato de locação de imóvel destinado a abrigar ponto de revenda de combustíveis, celebrado entre distribuidor e revendedor, e o contrato de fornecimento daqueles produtos. Tanto o contrato de locação como o contrato de fornecimento mantêm a função econômico-social que lhes é peculiar, não obstante a respectiva inserção no conjunto negocial.

A partir dessa constatação, abre-se caminho para considerar que, não obstante o *nexo funcional e finalístico* característico da coligação, cada negócio tende a produzir os efeitos que lhe são típicos. Por outro lado, tendo em vista não se tratar de mera soma de contratos, mas sim de uma síntese, verifica-se aqui o mesmo fenômeno existente na composição do texto de cada contrato, correspondente ao surgimento de efeitos irredutíveis aos contratos isoladamente considerados. Estes são os efeitos jurídicos próprios da coligação contratual.

Assim, por exemplo, a posição jurídica ativa conferida ao consumidor de um produto financiado (crédito para consumo), correspondente à oponibilidade do inadimplemento do vendedor perante o financiador, é efeito decorrente não de um ou de outro contrato isoladamente considerado, mas da vinculação funcional e finalística entre a compra e venda e o financiamento.

Isso posto, é lícito concluir, com BETTI, que cada um dos negócios coligados, por conservar a própria autonomia, produz aqueles efeitos jurídicos conformes à sua finalidade; contudo, "os negócios, na sua síntese, são produtores de conseqüências jurídicas que não coincidem com as de cada um deles, isoladamente considerado". O nexo existente entre negócios jurídicos coligados mostra-se, portanto, dependente da "congruência entre as respectivas funções"⁶⁰³.

18.3. O FIM CONCRETO E SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO A OUTRAS NOÇÕES

A importância do fim contratual para a determinação da existência e da intensidade da coligação (mormente nos casos de coligação "voluntária") é pos-

⁶⁰³ *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 298.

ta em relevo desde o início da doutrina da coligação, ainda que sob fórmulas distintas.

Assim, NICOLÒ afirma que “decisivo para a construção e a disciplina da coligação é um momento tipicamente intencional, um particular animus das partes”, qualificando tal momento como “intento” ou “vontade das partes dirigida a um escopo prático tido como presente de modo unitário”⁶⁰⁴. GIORGIANNI retoma a lição de NICOLÒ e emprega a noção de escopo ou intento (*Absicht*) empírico, afirmando que nos negócios coligados a declaração negocial possui, além do escopo prático próprio, o *escopo de coligar*⁶⁰⁵. OLPO considera que, na ausência de previsão expressa de coligação, deve-se recorrer ao “intento empírico, entendido não como motivo individual do *contrahere*, mas como escopo comum atribuído em concreto pelas partes ao negócio mesmo para além do esquema causal típico”, sendo o escopo comum o “fim econômico a que ambos os contraentes dirigem o negócio”⁶⁰⁶.

Caminha-se, pois, na direção da irrelevância do *motivo* e da relevância de um *fim*, *escopo* ou *intento* (dito empírico, prático ou concreto), comum às partes e sobreposto aos contratos individualmente considerados (daí ser qualificado como “completo” ou “ulterior”)⁶⁰⁷.

Cabe aqui, portanto, brevíssima referência à noção de causa contratual, com a única finalidade de iluminar a noção de fim do contrato e relacioná-la a estas fórmulas freqüentemente utilizadas⁶⁰⁸.

Dentre os diversos sentidos da expressão “causa do contrato”⁶⁰⁹, a dogmática

⁶⁰⁴ “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, cit., p. 1.477 e 1.478.

⁶⁰⁵ “Negozii giuridici collegati”, cit., p. 64.

⁶⁰⁶ *Contratti parasociali*, cit., p. 77.

⁶⁰⁷ MESSINEO alude a um “escopo ulterior” característico da coligação “voluntária”, existente para além do escopo típico de cada contrato (*Il contratto in genere*, tomo I, cit., p. 721).

⁶⁰⁸ Sem, contudo, pretensão de trazer algo de novo ao argumento, já abordado na doutrina nacional, dentre outros, por PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, São Paulo: Max Limonad, [s.d.]; TORQUATO CASTRO, *Da causa no contrato*, Recife: Imprensa Universitária, 1966; ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 137 a 159; CLOVIS V. DO Couto e SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 43 a 69; ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 121 a 129; e LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO, *Doação com encargo e causa contratual*, Campinas: Millennium, 2004.

⁶⁰⁹ ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO aponta, em bela síntese, ao menos cinco sentidos diversos do termo “causa”: (i) fato jurídico (*causa efficiens*); (ii) motivo, podendo ser psicológico (*causa impulsiva*) ou objetivo (“justa causa”); (iii) causa da juridicidade dos atos humanos (*causa civilis* ou *causa naturalis*); (iv) causa de atribuição patrimonial (sendo as mais importantes: *causa credendi*, *causa solvendi* e *causa donandi*); e (v) *causa finalis*, ou causa do negócio jurídico

moderna emprega-a em duas acepções principais, ambas de perfil objetivo: *função econômico-social (típica ou abstrata)* e *função individual ou concreta*.

VITTORIO SCIALOJA é tido como o precursor da doutrina da causa-função do negócio jurídico^{610 e 611}. Deve-se a BETTI, contudo, a difusão da teoria da causa como *função econômico-social própria do tipo contratual* (função abstrata ou típica). Para ele, a causa é a *síntese dos elementos essenciais do tipo de negócio jurídico*⁶¹².

A doutrina bettiana da causa-função típica foi muito atacada e hoje constitui verdadeiro lugar-comum propugnar a sua substituição pela noção de *causa concreta*. Tais críticas tiveram, inicialmente, *natureza ideológica*. Isso porque a doutrina da causa-função típica teria servido aos interesses do regime fascista, na medida em que a causa funcionaria como *instrumento de controle da autonomia privada*. Com efeito, para BETTI há, ao lado do *contrato com causa ilícita* (contrato fraudulento, contrário a normas de ordem pública etc.), o *contrato sem causa idônea*. Esta última figura compreende duas hipóteses: (i) contratos típicos que não desempenham, *in concreto*, a sua função econômico-social típica; e (ii) os contratos atípicos que não têm por objeto interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico⁶¹³.

propriamente dita. Pode a última ser entendida como “causa concreta” ou como “causa abstrata”, isto é, causa típica (*Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 128 e 129). Tratamos aqui exclusivamente da causa do contrato, ou *causa finalis*.

⁶¹⁰ GINO GORLA, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, p. 247, nota 5.

⁶¹¹ “É preciso, portanto, distinguir a função, o escopo do negócio jurídico, dos motivos impulsoadores, determinantes da vontade do agente do próprio negócio. O escopo do negócio jurídico deve ser considerado objetivamente: a compra e venda tem por escopo a troca entre mercadoria e dinheiro, e esta troca é tão socialmente útil que deve ser tutelada pelo direito. Quando o nosso olhar se detém neste lado objetivo do negócio jurídico, sobre esta causa (porque esta palavra, que possui muitos significados diversos, nas nossas fontes, serve precisamente para indicar também este escopo, esta função do negócio jurídico), não pode haver confusão entre a causa e os motivos que impelem o agente, motivos que, sendo representações intelectuais internas, não podem certamente apresentar-se sob aquela forma objetiva (exterior frente ao ânimo do agente), sob a qual se apresenta a causa, entendida como escopo, como função do negócio” (SCIALOJA, *Negozi giuridici*, 3ª reimpressão, Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1933, p. 89 e 90).

⁶¹² A causa seria, pois, “uniforme e constante em todos os negócios concretos que pertencem ao mesmo tipo” (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 180 a 183).

⁶¹³ Esta exigência coaduna-se com o item 2 do art. 1.322 do Código Civil italiano: “Art. 1322. Autonomia contratual. – [1] As partes podem determinar livremente o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei. [2] As partes podem também concluir contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular, desde que sejam dirigidos a realizar interesses merecedores de tutela de acordo com o ordenamento jurídico.” No original: “Art. 1322. Autonomia contrattuale. – [1] Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. [2] Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.”

Destarte, um negócio jurídico, seja ele típico ou atípico, cujo escopo prático seja “julgado, de acordo com a consciência social, frívolo, fútil ou improdutivo do ponto de vista da generalidade das pessoas”, não é provido de causa idônea, e portanto não merece tutela jurídica⁶¹⁴.

GINO GORIA insurgiu-se contra a teoria da causa-função típica, afirmando que ela se configura imbuída de espírito de dirigismo econômico, pelo qual o Estado se arroga a posição de controlador da iniciativa privada em vista do bem-estar social. Em sua opinião, admitir uma norma de intervenção na autonomia privada tão genérica quanto a que estipula o controle da “utilidade social” do contrato equivaleria a destruir o próprio contrato e sua função essencial⁶¹⁵.

Mais recentemente, ROPPO sustenta, a nosso ver com razão, serem merecedores de tutela todos os interesses que “o ordenamento jurídico não desaprova como socialmente danosos e, portanto, não qualifica como ilícitos”, conquanto “socialmente fúteis”⁶¹⁶.

Ademais, criticou-se a doutrina da causa-função do ponto de vista técnico. Nesse aspecto, assevera-se que a função típica termina por confundir-se com o próprio tipo contratual, mostrando-se inapta a resolver as principais questões endereçadas à causa e empobrecendo a consideração do contrato *in concreto*⁶¹⁷.

⁶¹⁴ *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 389 e 390.

⁶¹⁵ *El contrato*, cit., p. 265 e 266. Para a raiz histórica da doutrina da função econômico-social, vide ainda GIOVANNI B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 126 e 127.

⁶¹⁶ *Il contratto*, cit., p. 365 e 366.

⁶¹⁷ ROPPO sintetiza tais críticas: “Conceber a causa de modo assim abstrato e tipificado tem um primeiro inconveniente: se a causa é a função típica, quando esta seja em geral aprovada pelo legislador que designa e regula o correspondente tipo contratual – compra e venda, locação, empreitada etc. –, daí derivaria a improponível consequência que os contratos legalmente típicos têm sempre, por definição, causa lícita; e que a possível ilicitude da causa diz respeito somente aos contratos atípicos. Mas há outro inconveniente: deixar de fora do horizonte da causa tudo aquilo que – em relação ao particular contrato de que concretamente se discute – excede as linhas *standard* do tipo, e individualiza a específica operação perseguida, significa *empobrecer e enrijecer a consideração do contrato*, esterilizar elementos que, ao contrário, merecem relevância, e assim precluir o mais adequado tratamento da *fattispecie*. Hoje se considera mais aderente às exigências de uma evoluída teoria e disciplina do contrato conceber a causa como causa concreta: não como razão que abstratamente justifica cada contrato pertencente ao tipo de contrato em exame (troca entre coisa e preço, se se trata de venda); mas como *razão* que concretamente justifica o particular contrato em exame, à luz das especificidades relevantes que o conotam (a troca entre aquela coisa e aquele preço, no particular contexto das circunstâncias e finalidades e interesses em que aquelas partes a programaram)” (*Il contratto*, cit., p. 364).

Propende-se, então, por uma visão “concreta” da causa, enquanto “função econômico-individual”⁶¹⁸ ou “função prática” do contrato⁶¹⁹.

Com a elevação da função concreta ao *status* de causa contratual, surgem três possibilidades terminológicas: referir-se a ambas as figuras como “causas” do contrato (causa abstrata ou típica e causa concreta ou individual); designar a antiga causa-função como função típica e reservar o termo “causa” à causa concreta; e manter o vocábulo “causa” em seu sentido tradicional, de causa típica, substituindo a expressão função concreta por “fim do contrato”. Optamos pela última, com o objetivo de evitar a polissemia do termo “causa” e em homenagem à doutrina que dela faz uso⁶²⁰.

Vale notar, todavia, que a noção de fim contratual não tem o condão de *substituir* a função econômico-social típica, mas, antes, de complementá-la. A função abstrata e o fim concreto reportam-se a objetos distintos (a primeira, ao tipo contratual; a segunda, ao contrato individual), sendo, como tais, *inconfundíveis* e *insubstituíveis*. O papel do fim contratual é *integrativo e corretivo* da função típica, no plano do contrato *in concreto*, e não propriamente *substitutivo* desta⁶²¹.

A função abstrata continua, portanto, tendo “grande importância, na dogmática jurídica e na política legislativa, para boa compreensão de cada instituto e de cada tipo de negócio”⁶²². Ademais, no concernente à interpretação, à qualificação e às hipóteses de divergência entre função típica e fim concreto, será necessário cotejar a função do tipo contratual com o fim do contrato *in concreto*. Alguns dispositivos do

⁶¹⁸ GIOVANNI B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 370 e 371.

⁶¹⁹ BIANCA sinaliza a transição doutrinária e destaca o papel da causa concreta como critério de interpretação, qualificação e adequação do contrato: “Abandonada a referência à causa típica, como função abstrata do negócio, é necessário antes reconhecer na causa a *razão concreta do contrato*. Em tal sentido, é decisivo observar que a noção de causa como função prática do contrato pode ter relevância somente quando se determine a função que o contrato singular está dirigido para atuar. Ora, com respeito ao contrato concreto, o que importa saber é a função prática que as partes efetivamente atribuíram ao seu acordo. Pesquisar a efetiva função prática do contrato quer dizer, precisamente, pesquisar o interesse concretamente perseguido. Não basta, isto é, verificar se o esquema usado pelas partes é compatível com um dos modelos contratuais, mas é preciso pesquisar o significado prático da operação com relação a todas as finalidades que – ainda que tacitamente – integraram o contrato” (BIANCA, *Diritto civile*, volume 3, cit., p. 452 e 453).

⁶²⁰ É a posição, dentre outros, de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 128 e 129.

⁶²¹ O próprio BETTI, a propósito, já observava que “a causa característica do tipo abstrato a que o negócio pertence comporta e exige, em cada negócio concreto, uma especificação ou coloração concreta, adequada ao intento comum de suas partes” (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 185).

⁶²² ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 128.

Código Civil consagram expressamente a importância do *fin do negócio jurídico*, v.g., os arts. 170 e 883.

A doutrina da coligação alude, ainda, aos termos *intento* e *escopo*, ora designando elementos subjetivos muito próximos ao motivo, ora representando elementos objetivos que, por vezes, confundem-se com o fim do contrato.

MESSINEO observa inexistir consenso doutrinário quanto ao conceito de *intento*, apontando os seguintes sentidos: intenção, vontade prática sem relevância jurídica, causa em sentido subjetivo, "persecução consciente de um escopo" e espécie de vontade, necessária para que surjam os efeitos do contrato. Seja como for, o intento é sempre algo *subjetivo*⁶²³, referido aos contratantes. Distinguir-se-ia, contudo, do motivo, pois este corresponderia à força impulsiva que determina a vontade e precede a formação do contrato, ao passo que o intento denotaria um sentido de futuro, uma direção da vontade ao resultado almejado. Assim como a causa, o intento teria índole finalística ou teleológica⁶²⁴.

Ao tratar dos contratos parassociais, OLPO referiu-se ao intento empírico como "escopo comum atribuído em concreto pelas partes ao negócio, mesmo além do esquema causal típico", a integrar necessariamente, ainda que de forma tácita, o conteúdo negocial⁶²⁵. Posteriormente, ao analisar o elemento subjetivo da doação remuneratória, aduziu que o intento corresponderia ao escopo negocial concreto, ao "*escopo perseguido pelas partes com o negócio, função concreta do negócio*"⁶²⁶. De sua lição parece razoável afirmar que a noção de intento correspondeu a *verdadeiro an-*

⁶²³ BETTI, por exemplo, emprega a expressão "*intento prático*" para designar o reflexo subjetivo da causa negocial (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 183).

⁶²⁴ *Il contratto in genere*, cit., tomo I, p. 134 e 135.

⁶²⁵ *Contratti parassociali*, cit., p. 77.

⁶²⁶ *Adempimento e liberalità*, reimpressão, Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1979, p. 174. Acrescenta o autor: "Esta noção de intento, se não está ainda definitivamente estabelecida, nem em si mesma, nem em sua contraposição ao motivo, de um lado, e à causa, do outro, é, contudo, quase imanente à doutrina do negócio jurídico. Desde a *Venda de Bechmann* ['Der Kauf nach gemeinem Recht, II, System des Kauf nach g. R., 1884'], autor que cunhou e introduziu na terminologia jurídica a expressão 'empirische Absicht' [intento empírico], até a recentíssima *Teoria generale del negozio* do nosso Betti, por meio das discussões sobre o intento jurídico e o intento empírico, mediante a teoria da 'construção' jurídica e aquela própria da interpretação, através da doutrina dos negócios indiretos e fiduciários, dos negócios atípicos, do negócio fraudulento, da coligação entre negócios, mediante muitos aspectos da teoria da pressuposição, da superveniência e da simulação, uma noção nitida e corretamente individualizada em suas relações com o motivo, a causa e a própria vontade" (ob. cit., p. 172).

tecessor do fim contratual concreto⁶²⁷. Trata-se, aqui, do intento *commun* e, como tal, objetivado⁶²⁸.

Por último, a noção de “escopo”, de certo modo paralela à de “fim”, adquire vários sentidos, conforme o complemento que a acompanha. Há escopo da parte ou do negócio, escopo concreto ou escopo típico (neste último sentido, equivalente a função típica⁶²⁹). MESSINEO observa que o escopo, em sentido subjetivo, seria sinônimo de intento; já o escopo, em sentido objetivo, seria a finalidade que o contrato está apto a alcançar, por sua conformação típica, independentemente das partes⁶³⁰.

Parece preferível, portanto, dada a polissemia dos termos intento e escopo, fazer uso da noção de *fim contratual*, enquanto distinta da função econômico-social típica (causa do contrato, na acepção tradicional).

⁶²⁷ Nesse sentido, digno de nota que GIOVANNI B. FERRI aponte OPPO, ao lado de BONFANTE, REDENTI, PUGLIATTI, NICOLÒ e GIORGIANNI, como autores que adotam perspectiva semelhante à sua (*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 372, nota 61).

⁶²⁸ O intento é por vezes conceituado como a *vontade dirigida ao escopo ou aos efeitos do contrato* (NICOLÒ, “Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”, cit., p. 1.477; SCOGNAMIGLIO, “Collegamento negoziale” (verbete), cit., p. 381; e SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 215 e ss.). Este conceito é parcialmente distinto do de OPPO, pois acentua o papel da vontade.

⁶²⁹ BETTI refere-se a “escopo prático típico” com o mesmo sentido de função típica do negócio jurídico (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 182).

⁶³⁰ *Il contratto in genere*, cit., tomo 1, p. 112 e nota 66.