

os seus efeitos. Assim, o sucessor, a título universal de um contra tante, embora não tenha participado da formação do contrato, terceiro não é, porque a sua posição jurídica deriva das partes, como tal devendo ser tido.

Há contratos que, fugindo à regra geral, estendem efeitos a outras pessoas, quer criando, para estas, direitos, quer impondo obrigações. Tais são, dentre outros,

a estipulação em favor de terceiro, o contrato coletivo de trabalho, a locação em certos casos e o fideicomisso "inter vivos".

O princípio da relatividade dos contratos não se aplica somente em relação aos sujeitos. Incide, igualmente, no objeto, enunciando-se do seguinte modo: o contrato

tem efeito apenas a respeito das coisas que caracterizam a prestação. Se o objeto da prestação, recebido pelo credor em virtude de contrato comutativo, tem defeito

oculto que o torna impróprio ao uso a que é destinado ou lhe diminui o valor, ou se dele vem a ser privado em virtude de sentença que reconheça o direito de outrem, a eficácia do contrato estará comprometida."

Consideradas as pessoas em cuja esfera jurídica podem incidir efeitos finais de contrato, é de ressaltar a noção de oponibilidade, distinguindo três categorias de

terceiros: 1) os que são estranhos ao contrato, mas participantes do

interesse, cuja posição jurídica é subordinada à da parte, como os subcontratantes e os mandatários; 2a) os que são interessados, mas têm posição independente e

incompatível com os efeitos do contrato; 3a) os que são normalmente indiferentes ao contrato, mas podem ser legitimados

a reagir quando sofram particular prejuízo

dos efeitos do mesmo contrato, como os credores.

NOTA

O princípio da obrigatoriedade dos contratos se limita pelo princípio da relatividade, de maneira que a força de lei que a convenção adquire somente se manifesta

entre os próprios con

tratantes e seus sucessores. "A obrigatoriedade não atinge terceiros, contra os quais não podem ser invocadas as

obrigações contratuais em que não intervieram. É,

a respeito deles, res inter

alias acta" (Arnaldo Rizzardo, Contratos, Rio de Janeiro, Aide, 1988, vol. I, n° 8.5, p. 36). Há casos, porém, em que nem

mesmo aos herdeiros se manifesta a força

contratual. São os chamados contratos personalíssimos, como o mandato (Cód. Civ., art. 1.316, II), a locação de serviços

(idem, art. 1.226, VIII), a fiança (idem,

art. 1.501) etc.

Capítulo 3

PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

Sumário: 23. Distinção entre pressupostos e requisitos. 24. Capacidade das partes. 25. Icloneidrcdc do objeto. 26. Legitimação. 27. Consentimento. 28. Classificação das declarações. 29. Modos de consentir. 30. Consentimento /velo silêncio. 31. Declaração direta e indireta. 32. Consentimento expresso e tácito. 33. Forma. 34. Causa e objeto.

23. Distinção entre pressupostos e requisitos

Requer o contrato, para valer, a conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos. A doutrina moderna distingue-os sob os nomes, respectivamente, de pressupostos e requisitos.

Pressupostos são as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato (Ferrara). Agrupam-se em três categorias, conforme digam respeito: 1°) aos sujeitos; 2.°) ao objeto; 3°) à situação dos sujeitos em relação no objeto.? Todo controlo pressupõe:

a) capacidade das partes;

b) idoneidade do objeto;

c) legitimação para reali,-.tí-lo.

Esses pressupostos devem estar presentes no momento em que o contrato se realiza ou alcança vigor (Betti). São, portanto, extrínsecos, embora se integrem posteriormente na relação contratual. Mas, não bastam. A lei exige outras condições para o contrato cumprir sua função econômico-social típica. São requisitos complementares, considerados elementos intrínsecos indispensáveis à validade de qualquer contrato:

a) o consentimento;

b) a causa;

c) o objeto;

d) a forma.

Porque os pressupostos e os requisitos se completam, confundem-se, apesar de serem elementos diversos. Por simplificação, diz-se que são requisitos essenciais à validade do negócio jurídico: a capacidade do agente, a possibilidade do objeto e a forma, esta quando prescrita em lei. Sendo o contrato negócio jurídico bilateral, a vontade dos que o realizam requer

exame à parte, por ser particularização que precisa ser acentuada. Assim, o acordo das partes adquire importância especial entre os elementos essenciais dos negócios jurídicos bilaterais. É, de resto, sua força propulsora.

24. Capacidade das partes

Todo negócio jurídico pressupõe agente capaz, isto é, pessoa apta a realizá-lo. As regras da capacidade aplicam-se indistintamente aos negócios jurídicos unilaterais e bilaterais.'

Não se deve confundir incapacidade jurídica com a incapacidade natural. Pressuposto do contrato é a capacidade legal de agir. A incapacidade natural afeta, sem dúvida, a validade do negócio jurídico, mas não porque falte um de seus pressupostos. O aspecto mais interessante sob que se apresenta o problema é o da celebração de contrato por insano mental não interdito. Tem capacidade jurídica, mas lhe falta capacidade natural. Nesse caso há que admitir a nulidade do contrato, já que existe a mesma ratio juris determinante da incapacidade dos interditos. Não pode valer contrato que se estipule com pessoa que não está no uso da razão, mas, como o contrato é negócio jurídico bilateral, a invalidade só se justifica se o outro contratante sabia que contratava com doente mental.

25. Idoneidade do objeto

O contrato é acordo destinado a regular interesses. Necessário, portanto, que tenha objeto lícito e possível. Imprescindível, ainda, a adequação do objeto ao fim visado pelos contratantes.

A idoneidade do objeto pode ser excluída por motivos técnicos ou razões de política legislativa e se apresenta em termos absolutos ou relativos.

A inidoneidade por motivos técnicos ocorre quando as partes utilizam contrato que não comporta o objeto, como o comodato de coisas consumíveis ou o penhor de imóveis. Dir-se-ia melhor que, nesses casos, o contrato tem falsa causa, visto que há desvio em sua função econômica.

Outras vezes, razões de política legislativa levam o legislador a proibir que certos interesses sejam objeto de relação contratual. Não se permite, por exemplo, que a herança da pessoa viva constitua objeto de contrato. Diz-se que há impossibilidade jurídica. Objeto inidôneo são ainda os bens sobre os quais o titular não tem o poder de dispor (inalienáveis).

A inidoneidade do objeto é estabelecida, geralmente(em termos absolutos, mas há formas de inidoneidade relativa.

Uma vez que a idoneidade do objeto é pressuposto de validade, a consequência de sua falta é a nulidade do contrato.

Se bera que a idoneidade do objeto seja elemento extrínseco, a ser apreciado no momento da formação do contrato, a inidoneidade superveniente, verificada antes que seus efeitos se produzam, compromete sua validade.

26. Legitimação

A doutrina moderna distingue capacidade de legitimação.

A distinção veio do Direito Processual. Para exercer o direito de ação, não basta ao titular ser capaz. Requer-se ainda que seja parte legítima, isto é, idônea, para movimentar a relação processual por ter interesse a ser protegido. Pode alguém ser capaz, mas não ter legitimidade ad causam.

Este conceito foi trazido para o campo do Direito Privado. Pessoa plenamente capaz de exercer os atos da vida civil vê-se proibida de praticar alguns em virtude da posição em que se encontra relativamente a seu objeto. Trata-se de pressuposto diverso do de capacidade, porque a impossibilidade de agir é circunstancial. No problema da capacidade, o que se discute são as qualidades intrínsecas da pessoa, que a habilitam ou não, ao exercício dos atos da vida civil, enquanto no problema da legitimação o que conta é a posição da pessoa em relação a determinados bens que podem ser objeto de negócios jurídicos em geral, ou em relação às especiais categorias de negócios.' O conceito da legitimação tende, porém, a ampliar-se, para abranger casos nos quais não se apresenta como um dos aspectos da idoneidade do objeto, a que se reduziria, se entendido como simples posição do sujeito em relação ao objeto do contrato. Assim, um contrato celebrado por alguém que não pode ter interesse na coisa que constitui seu objeto é estipulado por parte ilegítima, e, sob esse fundamento, inválido, sem que seu objeto seja impossível.

A legitimação pode ser direta ou indireta.

A legitimação direta, também chamada ordinária, cristaliza-se na competência de toda pessoa capaz para regular seus próprios interesses, dispondo de seus direitos e contraindo obrigações. Interessa distinguir os atos aquisitivos, dispositivos, vinculativos e liberatórios.' Toda pessoa pode adquirir direitos, salvo se está em posição que constitui obstáculo à aquisição de algum. Em relação aos atos aquisitivos, exige-se apenas a intervenção, direta ou indireta, daquele a quem aproveitam. Os atos dispositivos decorrem do poder geral que a ordem jurídica outorga às pessoas capazes, pelo qual ao titular de qualquer direito, que não seja inalienável, é facultado dele dispor, livremente, por ato entre vivos, ou mortis causa. Está legitimado para tanto. Proibições existem, no entanto, que o inabilitam à disposição de alguns, faltando-lhe, nesses casos, legitimação para agir. Autorizada, também, está a pessoa capaz para praticar qualquer ato vinculativo, contraindo as obrigações que lhe aprouver, mas somente ela própria tem poder para obrigar-se. Da vontade de outrem não pode nascer obrigação para ninguém. Não há, pois, legitimação para a prática de atos vinculativos que obriguem terceiro. Por fim, o poder de praticar atos liberatórios, como os de extinção das obrigações, não corresponde apenas ao devedor. Qualquer interessado no ato liberatório é parte legítima para praticá-lo.

A legitimação indireta existe quando o ato é praticado por alguém investido nos poderes necessários à sua realização. Os interesses de uma pessoa, nesse caso, são dispostos por outra, que adquire legitimidade para agir, porque lhe é delegada pela lei ou pelo próprio interessado. A legitimidade indireta configura-se por meio da representação" e da autorização.

A legitimação pode ser real ou aparente. É aparente quando, havendo erro comum, alguém figura como titular de direito e interesses que, verdadeiramente, não lhe correspondem.

Distingue-se também a legitimação ativa da passiva. Caracteriza-se esta pela "inexistência de uma relação com a coisa ou com a pessoa", como, por exemplo, no caso de compra de coisa própria.

27. Consentimento

Emprega-se em duas acepções a palavra consentimento, ora como acordo de vontades, para exprimir a formação bilateral do negócio jurídico contratual, ora como sinônimo da declaração de vontade de cada parte do contrato. Admitida nesta última acepção, fala-se em mútuo consentimento, expressão considerada redundante, porque em um dos termos - consentimento - está contida a idéia que o outro - mútuo - exprime.

No exame dos elementos constitutivos do contrato, o consentimento apresenta-se como requisito típico, conquanto exigido, igualmente, na formação dos outros negócios jurídicos bilaterais. No contrato, porém, singulariza-se pela circunstância de que as vontades que o formam correspondem a interesses contrapostos.

Na acepção lata, o consentimento significa a integração das vontades distintas. Na acepção restrita, a vontade de cada parte. Integradas as vontades, dá-se o acordo, que consiste, pois, na fusão de duas declarações, distintas e coincidentes. As declarações são independentes. Sujeita-se, cada qual, às regras que regulam as manifestações individuais de vontade. Emitidas de harmonia com os requisitos exigidos, é preciso que se encontrem. Indispensável, portanto, que cada parte leve sua vontade ao conhecimento da outra. A comunicação é condição necessária à formação do consentimento, pertencendo a proposta e a aceitação à categoria das declarações receptícias ou recipiendas de vontade. para a conclusão do contrato, é preciso o

intercâmbio das duas declarações precedido, freqüentemente, de negociações preliminares. A troca de declarações não é, entretanto, suficiente. Necessário se toma que as duas declarações se ajustam, integrando-se uma na outra.

A vontade de cada interessado na conclusão de um contrato há de ser manifestada com o propósito real de realiza-lo. A que se declara por *gracejo - ludendi gratia* - não possui valor jurídico.

Não vale, outrossim, a declaração em que, de todo, falta a vontade, como a que se faz sob coação física (*vis absoluta*), ao contrário da que se emite sob *vis compulsiva*, que apenas torna anulável o contrato por vício de consentimento.

Para o consentimento ser perfeito, não basta que a vontade de celebrar o contrato seja livre e séria. Inexiste propósito de contratar in abstracto. A declaração de vontade há de ser emitida em correspondência ao conteúdo do contrato que o declarante tem em vista, atento ao fim que o move a contratar. Muitas vezes ocorre divergência entre a vontade real e a declarada. Quando se origina de certa causa, diz-se que o consentimento é viciado. São vícios do consentimento o erro, o dolo e a coação.

28. Classificação das declarações

A manifestação da vontade, nos contratos, verifica-se mediante declaração receptícia.

A- .declaração pode ser:

- a) verbal, escrita ou simbólica;
- b) direta ou indireta;
- c) expressa, tácita ou presumida.

A declaração simbólica compreende a declaração mímica e a declaração por sinais.

Modalidade especial da declaração indireta é a declaração implícita.

O silêncio não participa da natureza de uma declaração, pois esta caracteriza-se pelo próprio notificador, que não pode existir num estado de absoluta inércia. Admite-se, contudo, que, em certas circunstâncias, o silêncio vale como vontade positiva. Nesses casos, é forma de consentimento, por implicar aceitação, mas, embora equivalha a uma declaração, não pode ser como tal considerado. Não obstante, muitos o incluem entre as declarações tácitas.

29. Modos de consentir

Declaração é a exteriorização da vontade destinada a levar ao conhecimento de outrem a intenção de provocar determinados efeitos jurídicos. Configura-se, em síntese, pelo propósito notificador.

As declarações pressupõem processo de comunicação. Fazem-se mediante palavras, gestos ou sinais. Conforme o meio empregado, são verbais, escritas ou simbólicas.

São verbais as declarações por meio de palavras ouvidas pela pessoa a quem se dirige, nada importando a distância em que se encontre o destinatário. Se o declarante utiliza processos mecânicos para a transmissão de sua voz, como o telefone, a declaração é verbal.

Declarações escritas são as que constam de instrumento, ou documento, cujo contexto pode ser do próprio punho do declarante, ou de outrem, assumindo a forma manuscrita, e, também, datilografada ou impressa. Para que a vontade declarada por escrito se considere autêntica, exige-se que o instrumento contenha a assinatura do declarante, autógrafa ou hológrafa, permitindo-se, em alguns casos, sua substituição pela impressão digital.

Diz-se simbólica a declaração por meio de gestos ou sinais. A que se faz através de gestos chama-se declaração mímica. Assim, a inclinação da cabeça para a frente é tida como expressão de assentimento. Significativo, igualmente, o gesto de levantar o braço. De resto, outros gestos, mediante os quais se exprime a vontade por modo a ser entendida por qualquer pessoa. Podem ser utilizados, ainda, certos sinais convencionais, como os semafóricos.

As declarações verbais podem ser dirigidas a pessoa presente ou ausente. Entre presentes consumam-se com a emissão, dado que são ouvidas à medida que se proferem, palavra por palavra. Requer-se apenas que o destinatário possa entendê-las. Vale, em consequência, a declaração imediatamente traduzida por intérprete.

A declaração verbal feita a quem não pode ouvir a voz declarante, dita simplesmente declaração verbal a ausente, é a que se comunica por intermédio de nuncio ou mensageiro. Nesse caso, o destinatário toma conhecimento da declaração através das palavras do intermediário, reprodutivas da vontade do declarante. Trata-se de declaração verbal emitida por uma pessoa e transmitida por outra. Considera-se também declaração verbal a ausente a que se faz a pessoa que certamente a transmitirá por suas ligações com o destinatário, sejam de parentesco ou decorrentes de um vínculo de subordinação, como os empregados.

As declarações escritas constituem a forma de manifestação da vontade de quem não pode, pela distância, ou por outra razão, ser interlocutor do destinatário. Contudo, fazem-se freqüentemente entre presentes, porque mais vantajosas: *verba volant, scripta manent*.

A vontade de contratar declarada por escrito não produz efeito se não chega ao conhecimento do destinatário. Pertence à categoria das declarações receptícias. Atormenta-se a doutrina com o problema de determinação do exato momento em que se há de presumir seu conhecimento por destinatário que crie obstáculos à recepção. É de se admitir que se consuma quando, para obtenção real do conhecimento de seu conteúdo, só falta a atividade que é de esperar daquele a quem é dirigida."

Interessante distinção faz-se entre declaração enunciativa e declaração preceptiva, aquela visando a fazer conhecer algo a outrem e esta a lhe dar ordem..

30. Consentimento pelo silêncio

A declaração pressupõe exteriorização da vontade. Porque necessária à formação do contrato, tem-se indagado se o silêncio de uma das partes pode ser considerado declaração de vontade.

A questão é muito discutida." Solução simplista encontra apoio no aforismo do Direito Canônico: *qui tacet consentire videtur, quem cala consente*. Assim não dispunha, entretanto, o Direito Romano, segundo o qual *qui tacet non atque fatetur, sed tamen verum est eum non negare;*" isto é, quem cala nem sempre consente, mas também é certo que não nega. Em princípio, pois, o silêncio não valia como vontade positiva ou negativa.

Contudo, as leis modernas atribuem-lhe valor em determinadas circunstâncias, admitindo que o silêncio significa consentimento quando quem cala tem o dever de falar. Contesta-se que haja obrigação jurídica de falar, mas, em verdade, existe em casos especiais, que se resumem aos seguintes: 1º) por presunção legal; 2º) por anterior acordo entre as partes, no qual lhe atribuem significado de aceitação.

A doutrina moderna distingue o comportamento omissivo do fato concludente e da inércia, todas, figuras dantes compreendidas na categoria da declaração tácita. Deixou-se, assim, de confundir o silêncio circunstanciado com a atuação da vontade."

Sejam quais forem, porém, as circunstâncias em que se deva atribuir valor jurídico ao silêncio, é fora de dúvida que, em todos os casos, mais do que vontade efetiva, o que há, segundo a justa observação de Coviello, é uma presunção de vontade. Aceita-se, atualmente, a doutrina do silêncio circunstanciado, segundo a qual o silêncio vale como vontade positiva ou negativa, conforme as circunstâncias, inferido o consentimento, pelo intérprete, do comportamento omissivo da parte.

Vários são os casos de consentimento pelo silêncio: na locação, a recondução tácita; na doação pura, quando o donatário se cala no prazo fixado pelo doador; no mandato, nos casos em que o mandatário deve declarar a recusa para que não se presuma ter aceito; na gestão de negócios, quando, ao ter conhecimento, o dominus não desaprova os atos do gestor.

No Direito pátrio, prevê-se expressamente a possibilidade de formação do contrato com o silêncio de uma das partes. Prescreve com efeito, "se o negócio for daqueles que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa". Não significa aceitação, o silêncio de quem recebe proposta acompanhada de cláusulas cominatórias, como a de que se considera aceito o objeto remetido se não for devolvido dentro em certo lapso de tempo.

Não se deve confundir o silêncio com certos modos de comportamento que implicam atuação da vontade. Procedendo de certa forma, a pessoa manifesta sua vontade. A manifestação, assim dada, é indireta, pois a vontade se deduz da conduta. Na terminologia jurídica, o vocábulo silêncio não se emprega apenas no sentido de inatividade de um sujeito.

31. Declaração direta e indireta

Não há critério que possibilite distinguir com absoluta segurança a declaração direta da indireta. Preferem alguns, como traço distintivo, a intenção do declarante. Se a declaração é emitida para determinado fim, diz-se direta. Caso contrário, indireta. Para outros, o que importa é o comportamento. Declaração indireta é a que se deduz da conduta do declarante. Na declaração direta, não é necessária a ilação, pouco importando a forma de expressão, desde que a vontade se exteriorize em direção imediata ao fim a que visa.

De acordo com essa noção, a declaração indireta consubstancia-se nos *facta concludentia*. A vontade é inferida de comportamento concludente.

A declaração indireta resulta, assim, tanto de simples ação do indivíduo como de outra declaração. Desta se deduz, algumas vezes, que o declarante não quis apenas o que de modo explícito declarou, pois a emitiu em termos tais que, por dedução lógica, se verifica ter sua vontade maior compreensão. Diz-se, nesse caso, que há declaração implícita, intencional ou não.

Posto comumente confundidas, não há coincidência entre declaração indireta e tácita. Para distinguir a declaração expressa da tácita o que se considera é a forma de expressão, como se verá a seguir.

32. Consentimento expreso e tácito

Nos contratos, a declaração de vontade pode ser tácita, quando a lei não a exigir expressa. O que a distingue é a forma de expressão.

Entretanto, a doutrina vacila entre dois critérios distintivos. Conforme o critério subjetivo, havendo intenção de emití-la, a declaração é expressa. Faltando, tácita. Pelo critério objetivo, declaração expressa é a que se emite por palavras, gestos ou sinais que exteriorizam, inequivocamente, a vontade. Declaração tácita, a que resulta de circunstância indicativa da vontade.

Declaração expressa não se confunde, como visto, com declaração direta. A distinção parece sutil, mas não é. A declaração expressa caracteriza-se pela forma de expressão da vontade. Há de ser feita por palavras; gestos ou sinais, eis por que são expressas as declarações verbais, escritas e simbólicas. Pode haver, porém, declaração direta que não seja expressa, como acontece quando se cala quem deve falar, admitido, é claro, que há declaração no silêncio.

Não se deve confundir, por outro lado, declaração tácita com declaração implícita, nem com declaração presumida.

A declaração implícita é declaração indireta, contida numa declaração direta, que pode ser expressa. Não se deduz das circunstâncias; admite-se como consequência lógica de uma declaração explícita. Quase sempre, porém, as declarações tácitas correspondem a manifestações indiretas da vontade.

De se distinguir, ainda, a declaração tácita da declaração presumida. Consiste esta na conduta que, segundo preceito legal, deve ser considerada como a vontade de quem, podendo emití-la, para produzir efeitos jurídicos diversos dos previstos na lei, não faz declaração." Presumida é também a declaração quando a determinado comportamento da parte a lei atribui certo efeito, como a extinção da dívida pela restituição do título, ou a recondução tácita na locação ou no contrato de trabalho.

33. Forma

Requisito essencial à validade dos negócios jurídicos em geral é a forma pela qual devem ser realizados. Para os contratos, vigora o princípio da forma livre. Os contratos formais ou solenes constituem exceção, mas, como é óbvio, os que devem ser estipulados por forma prescrita na lei não valem se não for observada. A invalidade somente se decreta se a forma prescrita for da substância do contrato. Quando exigida apenas para sua prova - *ad probationem tantum* - não o invalida. A distinção entre formalidades "*ad solemnitatem*" e "*ad probationem*" perdeu, porém, sentido, pois a forma somente tem relevância jurídica quando exigida para a validade do contrato. Nulo é, por exemplo, o contrato de compra e venda do bem imóvel de valor superior a certa quantia se não celebrado por escritura pública.

Embora não exigida para a maioria dos contratos, a forma escrita é preferida. Sua superioridade sobre a forma verbal é manifesta, principalmente no que diz respeito à prova do contrato. Ordinariamente, os contratos celebram-se por instrumento particular. Para valer, é preciso que seja assinado por pessoa que esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo necessário, ainda, que seja subscrito por duas testemunhas. A assinatura pode ser autógrafa ou holografa. No primeiro caso, é do próprio punho. Quando o contratante não sabe ou não pode assinar seu nome, a outrem, a seu rogo, é permitido fazê-lo. Diz-se, então, que a assinatura é holografa, ou, vulgarmente, a rogo. Se, porém, o contratante é analfabeto, a assinatura a rogo deve ser aposta em instrumento público. Substitui-se em alguns contratos, como o de trabalho, pela impressão digital.

NOTA

Se se exige forma escrita para o contrato civil é impossível admitir sua assinatura a rogo, pois tal equivale a mandato verbal, que a lei proíbe em atos jurídicos da espécie (Código Civil, art. 1.291). Então, será obrigatória a constituição de procurador por escritura pública ou a lavratura do próprio contrato em notas de tabelião.

Quanto à autenticidade do contexto de um contrato escrito, presume-se a lei em relação aos signatários. A presunção é *juris tantum*. O instrumento pode ser autenticado pelo reconhecimento das firmas, por tabelião, reforçando-se a autenticidade das declarações mediante sua transcrição no registro público.

Podem as partes optar por outra forma, convencionando-a no próprio contrato ou em documento antecedente. A forma voluntária, uma vez adotada, é condição para a validade do contrato.

34. Causa e objeto

Prestigiosa corrente doutrinária entende que se deve incluir a causa entre os elementos do contrato. Sua conceituação é, no entanto, tão controversa, e sua utilidade tão discutida, que não poucos a repelem.

A primeira dificuldade a vencer é a confusão entre causa da obrigação e causa do contrato. A corrente objetivista concorreu, todavia, para tornar mais inteligível a distinção, ao esclarecer a noção de causa do contrato. Por três modos diversos, é conceituada. Pelo primeiro, a causa é a função econômico-social do contrato. Pelo segundo, o resultado jurídico objetivo que os

contratantes visam a obter quando o estipulam. Pelo terceiro, a razão determinante da ação que move as partes a celebrar determinado contrato. Identifica-se a causa, outrossim, como a unidade teleológica das prestações, isto é, como o reflexo dos interesses que as partes querem satisfazer ou como síntese dos efeitos essenciais do contrato e determinação do seu conteúdo mínimo.

O conceito de causa com função ou fim econômico-social do contrato, está mais difundido, por ter recebido consagração legal no Código Civil italiano. Contudo, não é imune a críticas. Se a causa é o fim típico de contrato, sua função prática não pode ser um de seus elementos intrínsecos. Será, quando muito, elemento extrínseco, o que não resolve o problema. Considerada nesses termos, viria, por outro lado, a confundir-se com o esquema objetivo do contrato, com seu conteúdo específico, mas, assim sendo, além de conceito inútil, daria a idéia de que não é possível invalidar um contrato por não ter causa, ou por ser ilícito, uma vez que o esquema objetivo do contrato está predisposto na lei. Não obstante, tem-se admitido a utilidade da noção, sobretudo na proteção legal dos contratos atípicos.

Pretende-se completar a conceituação objetiva com a subjetiva, segundo a qual a causa seria o motivo típico do contrato. Esta noção aproxima-se da terceira concepção objetivista. Os subjetivistas mais não fazem do que integrar no processo volitivo dos contratantes a causa-função." O motivo típico não se confunde com os motivos individuais, de variação extrema, que levam as pessoas a realizar contratos. Os motivos individuais são juridicamente irrelevantes, salvo quando a lei lhes atribui valor. O motivo típico, doutra parte, não é causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato. Mas esse fim não é o que cada contratante tem em vista pessoalmente quando contrata. Pouco importa que motivo determinante da conduta de quem emprestou a outrem determinada quantia, seja o de ajudá-la ou de tirar proveito lícito. A razão que o levou a emprestar, o móvel de sua ação, não se projeta de sua mente no campo jurídico. O que tem relevância para o Direito é o fim imediato, o motivo típico do contrato. Se alguém utiliza um contrato para alcançar fim que não pode ser conseguido por seu intermédio, ou para obter fim ilícito, diz-se que esse contrato é nulo por ter falsa causa ou causa ilícita.

É precisamente em razão da possibilidade de torná-lo nulo por esses fundamentos que se pretende justificar a utilidade da noção de causa.

A dificuldade de conceituar a causa tem levado alguns juristas a substituí-la pela noção de móvel, l' que incita a parte a concluir o contrato.

Apesar da obscuridade, não se pode eliminar dos contratos a causa. Doutra modo, não se terá fundamento próprio para invalidá-los, quando desviados da sua função típica, ou quando repugnem à consciência jurídica.

São manifestamente úteis as noções de falsa causa e causa ilícita.

Se o propósito negocial é contrário à lei ou à moral, a invalidação do contrato se justifica por ter causa ilícita ou imoral. Esse propósito contamina o contrato, segundo Federico Castro, lhe dá sentido, como na doação em recompensa de serviços ilícitos, no pagamento de preço menor pelo receptor, no empréstimo para o jogador continuar jogando.

É óbvio que, nos contratos típicos, a causa existe sempre, mas quando qualquer destes contratos é utilizado como instrumento para regulação de interesses concretos de particulares, pode faltar total ou parcialmente, desde a celebração ou supervenientemente, ou na sua execução. "Falta totalmente, desde a origem, quando o contrato não pode desempenhar sua função típica pela ausência de um dos seus elementos estruturais ou funcionais, como no caso do seguro sem risco. Falta parcialmente, desde a origem, quando há desproporção entre os interesses que as partes sacrificam respectivamente, 19 como numa troca em que uma das coisas é falsa. Falta na execução do contrato, quando se verifica o inadimplemento da obrigação de uma das partes, ou a impossibilidade da prestação. A falta original de causa torna nulo o contrato, se total, dando lugar à rescisão, se parcial, e à resolução, se superveniente. Nos contratos atípicos, pode a causa ser ilícita.

A causa se confundiria com o objeto do contrato se a noção do objeto se confundisse com a de conteúdo, como tal se entendendo, com Betti, o complexo de todos os elementos do contrato, do comportamento negocial ao resultado potencial. Se objeto do contrato fosse tudo isso e abrangesse até a causa final, nele entraria toda modificação da situação jurídico-social que deriva do contrato, e, assim, tudo estaria compreendido no elemento objetivo.

O objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa. O objeto deve ser, como em todo negócio jurídico, possível, lícito, determinável.

Capítulo 4

FORMAÇÃO DO CONTRATO

Sumário: 35. Generalidades. 36. A formação de um contrato. 37. A proposta. 38. Proposta obrigatória. 39. Proposta a ausente. 40. Caducidade da proposta. 41. A aceitação, atos de execução e de apropriação. 42. Dissenso. 43. Contraproposta. 44. Aceitação tardia. 45. Retratação. 46. Obrigação de aceitar. 47. Contratos mediante correspondência. 48. Sistemas. 49. Lugar da formação do contrato.

35. Generalidades

O contrato consensual torna-se perfeito e acabado no momento em que nasce o vínculo entre as partes.

Para sua formação, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se encontrem emitidas por duas ou mais partes, ou a atuação da vontade de oblato.

As declarações devem ser coincidentes. Se a lei não exige que seja expressa, a declaração da vontade pode ser tácita. Importa, apenas o intercâmbio, a concurso, a acordo de vontades.

Por vezes, as declarações se emitem sem se poder determinar a precedência, formando-se o contrato instantaneamente. Outras vezes medeia entre uma e outra um lapso de tempo, mesmo entre presentes.

Cada declaração de vontade toma, na formação do contrato, denominação peculiar e é submetida a regras específicas.

A declaração inicial, que visa a suscitar o contrato, chama-se proposta ou oferta. Quem a emite é denominado proponente ou peticitante. A declaração que lhe segue, indo ao seu encontro, chama-se aceitação, designando-se aceitante ou oblato o declarante.

Proposta e aceitação não constituem negócios jurídicos, classificando-se como atos pré-negociais, de efeitos prefigurados na lei.

São, entretanto, declarações receptícias de vontade, somente eficazes no momento em que chegam ao conhecimento da pessoa a quem se dirigem.

O vínculo contratual nasce quando a proposta e a aceitação se integram.

Nos contratos reais, o momento da conclusão é o da entrega da coisa e nos contratos solenes o da declaração da vontade no instrumento exigido para sua validade. Bem é de ver, no entanto, que o acordo das partes é, nas duas hipóteses, essencial. Nos contratos plurilaterais, quando possível o conhecimento da aceitação por todas as partes, salvo se a participação de qualquer delas não for substancial, como no seguro de vida. O contrato plurilateral forma-se com a aceitação de todas as partes, se essencial a participação de cada qual.

O contrato só se torna perfeito e acabado quando o acordo entre as partes se verifica quanto a todas as cláusulas, principais ou acessórias:

36. A formação de um contrato

Um corte transversal no processo clássico e normal de formação de qualquer contrato de certa expressão econômica revela que sucessivos atos se praticam antes que os interessados o concluam.

Os atos preparatórios tendentes direta e imediatamente à constituição do vínculo contratual apetecido começam pelas negociações preliminares, ou tratativas freqüentemente reduzidas a escrito em um instrumento particular chamado minuta, que pode, ou não, ser assinada pelos negociadores. A minuta não passa de simples projeto de contrato, sem eficácia vinculante, como é sabido.

A luz dessas noções elementares, não existe ainda contrato se, nas tratativas, limita-se o ajuste a ser documentado, para facilitar, numa simples minuta. Contrato por enquanto não existe.

A formação de qualquer contrato pode ser precedida de negócios jurídicos tendentes a levá-la a bom termo em virtude da determinação vinculante de seus dados objetivos e elementos subjetivos.

No exame dessas figuras negociais, interessa definir as seguintes vinculações ou compromissos preparatórios:

- a) opção;
- b) contrato preliminar;
- c) acordo provisório e preparatório.

A opção é o contrato por via do qual se confere a uma das partes a faculdade de criar, por iniciativa própria, uma relação obrigacional já definida em seus pontos essenciais. Por esse negócio jurídico, uma das partes se reserva a liberdade de aceitar proposta, completa e inalterável, da outra, com tal eficácia que, para formar o contrato sucessivo, basta declarar a aceitação, necessária não sendo outra manifestação da vontade do proponente ou peticitante.

Para haver opção, a proposta da outra parte tem de ser em tais termos que a aceitação do optante - isto é, daquele que tem o direito potestativo de formar, com a sua aceitação, o contrato - baste à conclusão imediata do vínculo contratual de que foi compromisso preparatório. Deve, por conseguinte, ser completa, precisa, inequívoca e determinada, quer nos pontos principais quer nos secundários que forem importantes, pois um contrato só se tem por celebrado quando as partes houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo, como disse excelentemente o legislador português.

Sendo a opção a declaração de aceitação de uma proposta firme, bastante por si só para aperfeiçoar um contrato, não pode ter essa eficácia, e portanto não é opção, acordo soldado pela aceitação que tem por objeto unicamente pontos secundários do contrato que assim se concluiria. No Código alemão encontra-se, aliás, uma regra que traduz com felicidade a solução para os casos de proposta incompleta, a do art. 154, na conformidade do qual o acordo das partes sobre alguns pontos particulares não basta para as vincular, mesmo quando seguido de um projeto (minuta) escrito.

Algumas legislações admitem expressamente a vinculação preliminar de pessoas interessadas na estipulação de certos contratos através de um "pacto de contrahendo" em virtude do qual uma dessas pessoas se obriga a prestar seu consentimento para a sua conclusão. A esse negócio jurídico designa-se com a expressão promessa unilateral de contrato ou contrato preliminar unilateral.

Todo contrato preliminar tem sua causa na preparação de um contrato definitivo, sendo, portanto, seu efeito específico a criação da obrigação de contraí-lo. No caso, v. g., da promessa unilateral de venda, obriga-se o promitente-vendedor a prestar seu consentimento para a realização do contrato definitivo de venda e compra, se a outra parte o exigir.

Ao contrário do que sucede com a opção, no contrato preliminar é necessária a conclusão de outro contrato, o definitivo, com prestação de novo consentimento. Desse modo, só se estrutura um contrato preliminar unilateral quando uma das partes se compromete a concluir outro contrato a este coligado funcionalmente.

Na promessa unilateral, a outra parte fica com a liberdade de celebrar ou não o contrato definitivo, por isso que só é vinculante para o promitente.

O contrato preliminar já deve conter os elementos essenciais do contrato definitivo bem como os que podem influir na vontade e intenção de chegar a este.

A prática revela que no iter formativo de um contrato ocorrem entendimentos que resultam na fixação irrevogável de determinados pontos ou cláusulas do eventual contrato que os negociadores venham a celebrar. Querem eles ter firmes e inalteráveis certos pontos a cuja discussão não tenham de voltar, se chegarem a um acordo total e deliberarem realizar o contrato.

Essa "determinação gradual e progressiva das cláusulas de um contrato" em negociação é utilizada geralmente na venda do controle acionário de uma sociedade, no trespasso de uma empresa, nos negócios que demandam, em suma, demorada apuração de dados ou investigação técnica das verdadeiras condições de uma universalidade. É do interesse de quem se propõe a adquirir um acervo dessa natureza fixar desde logo algumas cláusulas do contrato que está inclinado a concluir, mas, do mesmo passo, é da sua conveniência não celebrar imediatamente o contrato, não realizar de logo o negócio, porque quer melhor se informar sobre dados para sua avaliação, vantagem, utilidade, e até mesmo oportunidade. Que faz? Estipula diversas condições que integrarão o conteúdo do futuro contrato se este vier a ser concluído. Esses acordos provisórios não obrigam a formação do contrato de cujo conteúdo, se concluído, farão parte. Cada qual das pessoas que o firmaram tem a liberdade de não celebrar o contrato, sem qualquer responsabilidade. Esse comportamento é lícito e lógico em razão da eventualidade da vinculação contratual e da provisoriedade do acordo feito na fase das negociações preliminares.

Têm tais acordos, com efeito, tríplice finalidade:

a) assegurar aos que o estipulam, liberdade para ulteriores negociações;

b) permitir a fixação irrevogável de cláusula do eventual contrato que decidam tornar perfeito e acabado;

c) ensejar a interrupção e a inoperância das negociações preliminares, ao fazer da finalização do contrato mera eventualidade.

Podem os interessados na venda e compra de ações de uma sociedade fixar até, por acordo provisório e preparatório, o preço unitário de cada ação para o caso de virem a celebrar o respectivo contrato, deixando, entretanto, de o concluir porque tenham fracassado as ulteriores negociações ou porque o eventual comprador o considerou exagerado em função de novos elementos obtidos, ou ainda porque o eventual vendedor, alertado para a carga valorativa do controle que detém, repete baixo o preço, e assim por diante.

Tais acordos consubstanciam-se em renúncias convencionais ao poder de revogação que têm as partes no curso normal das tratativas ou negociações preliminares relativamente a determinados pontos ou cláusulas do conteúdo do contrato que estão tentando estipular.

Se bem que não estejam previstos no Código Civil, os acordos provisórios e preparatórios são admissíveis no contexto da autonomia privada e naquela faixa em que a liberdade contratual se apresenta como a possibilidade de criar concretas espécies de contrato que não correspondem a um esquema contratual típico.

Admitida essa figura negocial, como é irrecusável, salienta a doutrina, no exame dos seus efeitos, uma característica essencial, tanto mais interessante quando serve para distingui-la do contrato preliminar. Tal característica é que o nascimento do vínculo obrigacional é eventual, só surgindo, realmente, se for concluído o contrato em vista. Nessa eventualidade reside o traço que a diferencia do contrato preliminar porque este é, ao contrário, um vínculo, que obriga à formação do contrato definitivo. A eventualidade é, em síntese, um elemento próprio congênito, peculiar dessa figura existente na fase preparatória de um contrato.

De resto, é comum fazer preceder à proposta de entendimentos destinados à sua melhor formulação, chamados negociações preliminares. Debatem os interessados as condições que podem tornar o contrato viável, prolongando-as com o objetivo de verificarem se o negócio realmente lhes convém. Chegam, não raro, a elaborar um projeto do futuro contrato, redigindo, de comum acordo, a minuta, que servirá de roteiro, para a redação do competente instrumento, cujo texto, via de regra, a reproduz. Outras vezes, as negociações preliminares registram-se em simples apontamentos, utilizados posteriormente para precisar a vontade dos interessados quanto ao conteúdo do contrato. Seja qual for, porém, a forma que assumam, as negociações preliminares constituem atividade que, embora não seja propriamente contratual, possui, em certas circunstâncias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para a realização de contratos, não se confundindo com as negociações contratuais propriamente ditas.

Por mais completas, não têm força vinculante. É por todos reconhecido que não obrigam. O objetivo de cada interessado ao manter esses entendimentos consiste em averiguar se lhe é possível realizar contrato vantajoso. Nenhum deles entretém essas negociações com o propósito de, para logo, vincular-se ao outro. Até se redigem minuta; estão apenas, a elaborar, como observa Messineo, esquema meramente hipotético. Dessas negociações não lhes advém, por conseguinte, a obrigação de contratar.

Mas, se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a experiência de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma responsabilidade pré-contratual.

O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa "in contrahendo". Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, ao interesse contratual negativo - *negativertrag interest* -, de acordo com a explicação de Ihering. Em síntese: deixando de contratar, age culposamente, o que, até certo ponto, implica reconhecer que, pelo menos em determinadas circunstâncias, as negociações preliminares obrigam. Justificam outros a obrigação de ressarcir os danos, nos limites, evidentemente, do interesse contratual negativo, fazendo apelo à teoria do abuso de direito. Romper caprichosamente as negociações preliminares seria comportamento abusivo que deve sujeitar o agente ao pagamento de indenização. Não se esclarece, porém, qual o direito exercido irregularmente. Sustenta-se, por último, que a obrigação de indenizar decorre do princípio, expresso em alguns sistemas jurídicos, segundo o qual os interessados na celebração de um contrato devem comportar-se de boa-fé, procedendo com lealdade recíproca. Do contrário, sua conduta considera-se culposa. Aplicam-se, conseqüentemente, as regras que disciplinam a culpa extracontratual.

Sejam quais forem, porém, as conseqüências que se vinculem à frustração das negociações preliminares, não devem ser confundidas com a proposta e a aceitação. Estas não são meros atos preparatórios do contrato sem caráter vinculativo, mas, sim, declarações de vontades capazes de formar a relação contratual.

37. A proposta

Proposta é a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público.

Para valer, é preciso ser formulada em termos que a aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Não deve ficar na dependência de nova manifestação da vontade, pois a oferta, condicionada a ulterior declaração do proponente, proposta não é no sentido técnico da palavra.

Exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da aceitação, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento do oblato implique a formação do contrato.

Por outro lado, o propósito de contratar há de resultar do conteúdo da declaração de vontade do proponente. Não têm, pois, caráter de proposta as comunicações nas quais o declarante se mostra propenso apenas a realizar contratos, querendo simples aproximação. O convite a fazer oferta também não é proposta. Quem o faz, quer, precisamente, receber proposta, como no caso de alguém desejar comprar determinada mercadoria que escreve às casas fornecedoras, convocando-as a que façam oferta. Suscita-se a proposta. Quem assim procede fica na posição de oblato, não de proponente.

A proposta pode ser indeterminada em alguns pontos. Ao proponente permite-se, por exemplo, deixar ao arbítrio do oblato a quantidade de mercadoria que lhe oferece por preço unitário.

Não é imprescindível, por outro lado, que seja feita a pessoa determinada. Admite-se seja determinável. O tipo por excelência da proposta "ad incertam personam" é a oferta do público. Alguns escritores consideram-na simples convite a fazer oferta, mas predomina o entendimento de que é proposta, se observados os requisitos de sua validade. O convite a fazer oferta não é pré-negocial nem tem relevância jurídica.

38. Proposta obrigatória

A proposta obriga, antes da aceitação, se não for simples oferta, enquanto correr o prazo da resposta. Só é, entretanto, obrigatória em três hipóteses: 1) se o contrário não resultar dos seus termos; 2) se a natureza do negócio reclama obrigatoriedade; 3) se as circunstâncias do caso presumem-na.

Afora esses casos, pode a proposta ser irrevogável por vontade do polícitante. Nada obsta, realmente, que ele próprio se comprometa a não revogá-la, se não é obrigatória. A natureza desse compromisso é controvertida. A cláusula de irrevogabilidade não é simples modalidade acessória da declaração de proposta, com ela formando declaração unitária, mas um negócio jurídico unilateral que cria, na fase preparatória do contrato, uma obrigação para o proponente, por alguns escritores identificada como de renúncia à revogação.'

A mais importante conseqüência da irrevogabilidade da proposta é que a morte, ou a incapacidade superveniente do proponente, não extingue sua eficácia, a menos que a excluam a natureza do negócio ou as circunstâncias do caso.

A proposta feita com prazo é obrigatória. O prazo pode resultar de termo implícito.

39. Proposta a ausente

A oferta pode dirigir-se a quem não tenha condições materiais de dar resposta imediata ao proponente. Nesse caso é necessário determinar o momento de sua eficácia. Não será, evidentemente, o de sua formulação, porque o proponente pode destruí-la, sem que o oblato venha a saber de sua existência. Não basta, outrossim, sua expedição, porque é declaração receptícia de vontade. Necessário que a pessoa a quem é dirigida tome conhecimento do seu conteúdo. O momento em que se firma deve ser, por conseguinte, da sua recepção pelo eventual aceitante.

Não há solução única para as modalidades de proposta a pessoa ausente, que são:

15 proposta sem prazo;

25 proposta com prazo;

35 proposta a que se segue retratação.

Deixa de ser obrigatória a proposta se, feita sem prazo a pessoa ausente, decorre tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente. Se o oblato retarda a aceitação, o proponente desobriga-se.

Fixado prazo para a resposta, deixa de ser obrigatória se a aceitação for expedida depois que expire. Justifica-se plenamente a regra. A determinação de prazo para a aceitação indica que ao proponente só interessa o contrato até o termo final.

Se a retratação do proponente chega ao conhecimento do oblato antes de ele ter expedido a resposta, ou ao mesmo tempo, a proposta não obriga.

40. Caducidade da proposta

A proposta a ausente caduca se o proponente morre ou se torna incapaz antes da aceitação. Algumas legislações prescrevem, entretanto, que o contrato se forma se o aceitante ignora a morte do polícitante, concluindo-se, ainda, que o óbito tenha ocorrido antes da expedição ou da recepção, conforme o sistema adotado. A solução é inaceitável. Se com a simples aceitação ainda não há contrato, não pode formar-se, se deixou de existir uma das pessoas que nele figuraria como parte. Defunto não contrata. Contrato somente há quando se integram duas ou mais vontades. Quando o contrato já se formou, pela expedição da resposta os herdeiros do polícitante, ficam obrigados a lhe dar execução.

A proposta a presente sujeita-se, conforme o caso, a diferentes regras. Pode ser feita com ou sem prazo. Se feita com prazo, caduca, se nele não for aceita. Ser feita sem prazo, aceitação deve ser imediata. Caso contrário, deixa de ser obrigatória. O proponente não é obrigado a mantê-la, mas pode tornar eficaz a aceitação tardia, se imediatamente comunica ao oblato esse propósito.

41. A aceitação, atos de execução e de apropriação

Aceitação é a aquiescência a uma proposta.

O aceitante integra sua vontade na do proponente, emitindo declaração expressa, realizando atos que exteriorizam, ou, até, silenciando, quando deveria falar.

Quando, por solicitação do proponente, pela natureza do negócio ou conforme os usos, deve o contrato se formar sem respostas, mas pelo começo de execução, a aceitação não consiste numa declaração de vontade, não se justificando o entendimento de que há nesse comportamento uma declaração tácita.

A declaração do aceitante precisa, para ser eficaz, chegar ao conhecimento do proponente, real ou presumido. É declaração receptícia de vontade, mediante a qual o oblato exerce o direito potestativo de concluir o contrato proposto. Vez por outra, a aceitação se expressa através de atos de cumprimento. O começo de execução tem esse significado. Do mesmo modo, o silêncio circunstanciado. Assim, a declaração da vontade, nos contratos, pode ser tácita quando a lei não a exigir expressa.

O conhecimento da aceitação não precisa ser efetivo. Exige-se apenas que seja provável, presumindo a lei a sua existência, quando há a probabilidade de tê-lo.

A aceitação de uma proposta de contrato não se realiza unicamente mediante declaração de vontade. Verifica-se ainda através de significativa atuação ou comportamento do oblato.

Os atos de aceitação classificam-se em dois grupos, segundo Larenz:

a) atos de execução;

b) atos de apropriação ou utilização.

Com a prática do ato de execução na oferta do público, o interessado em aceitá-la cumpre de imediato a sua obrigação, concluindo, desse modo, o contrato, como sucede a quem compra uma carteira de cigarro em uma máquina automática, eis que, para recebê-la, deposita antes certa moeda. Quando não se trata de proposta desse gênero, como no caso de reserva de aposentos num hotel, a aceitação consiste em pô-los à disposição do polícitante.

Através de um ato de utilização da mercadoria, que lhe foi remetida sem pedido, também se conclui um contrato por simples atuação da vontade, como no caso de receber alguém um livro que não encomendou e abrir para leitura suas páginas. Sempre que, em tais condições, passe o destinatário do objeto a se comportar como seu proprietário, terá aceite a proposta de contrato mediante um ato de apropriação.

O interessante, em todas estas hipóteses, é que a aceitação de proposta para conclusão do contrato não é uma declaração de vontade, porquanto a atuação, ou comportamento, não se destina a manifestar a outrem a vontade de provocar efeitos jurídicos, tendo apenas uma finalidade diretamente prática.

Dentre as modalidades de aceitação de oferta ao público sem declaração de vontade destinada à conclusão de um contrato, destaca Larenz o ato de utilização efetiva da prestação prometida genericamente, que conduz à constituição da relação contratual, por ele mesmo denominado comportamento social típico. Nesses casos, a relação independe, para se formar, de uma declaração de quem quer utilizar o serviço oferecido, o chamado usuário, sabido, como é, que no momento inicial da utilização, "não há ninguém que possa receber aquela, nem a quem se possa considerar dirigida". Não se trata, em tais circunstâncias, da formação de um contrato por ato concludente ou declaração tácita, pois, devendo tal declaração ser receptícia, teria de ser feita a um destinatário, o que, na hipótese, inexistente.

As situações mais correntes de formação do vínculo contratual, através de um comportamento social típico, encontram-se no transporte coletivo e no estacionamento de veículos em parques públicos.

Nem todos aceitam, porém, nesse comportamento o significado de aceitação de contrato. Alguns autores rejeitam a natureza contratual de tais vínculos, inclinando-se para incluí-las na categoria das relações contratuais de fato, delimitada por Haupt e desenvolvida por Simitis.

42. Dissenso

A aceitação produz efeito somente se consistir em adesão plena à proposta. As duas declarações de vontade devem ser coincidentes para que o con

trato se forme. Se divergem ou não se ajustam perfeitamente, há dissenso. A divergência pode manifestar-se em relação a pontos essenciais ou secundários. No primeiro caso, ocorre dissenso manifesto e, à evidência, o contrato não se forma, por necessário que o desacordo se dê em relação a condições decisivas

do contrato. Se ocorre relativamente ao conteúdo das estipulações, ou à sua interpretação, dissenso não há. Do dissenso manifesto distingue-se o dissenso oculto, no qual proponente e aceitante pensam ter concordado sobre proposições em relação às quais realmente discordavam. O dissenso manifesto impede a formação do contrato; o dissenso oculto determina a sua invalidade, atingindo, como terá sido o consentimento, pelo vício do erro.

43. Contraproposta

A aceitação modificativa se dá quando o oblato introduz alterações na proposta, fazendo-lhe adições ou restrições, que impedem a adesão plena. Nesse caso, o contrato não se forma, transformando-se em proposta a resposta ao polícitante. Invertem-se os papéis: o oblato passa a ser proponente e "viceversa".

A declaração com adições, restrições ou modificações chama-se contraproposta.

Não é contraproposta a solicitação do aceitante ao proponente para que faça oferta mais vantajosa.

44. Aceitação tardia

A força vinculante da aceitação atua quando manifestada tempestivamente. A aceitação extemporânea não vincula. Nada impede, todavia, que o proponente a considere, o que depende do seu mero arbítrio, por já estar vinculado da proposta. Algumas legislações não admitem a aceitação tardia, disposto que se converte em nova proposta, partida do aceitante ou oblato.

Se a proposta se dirige a ausente, a resposta tem de ser dada em prazo razoável, determinado pela lei ou pelo próprio proponente. Fixado o prazo, o oblato deve responder antes que se expire, sendo necessário que expeça a resposta tempestivamente. Se feita sem prazo, não é possível determinar rigorosamente até quando deve ser expedida a aceitação, prescrevendo a lei que o proponente se desliga ao decorrer do tempo suficiente para que a resposta chegue ao seu conhecimento. Varia, assim, conforme o meio de comunicação que deve utilizar segundo os usos.

Pode haver atraso, seja na expedição, seja na recepção da resposta. Se expedida fora do prazo ou em tempo que ultrapassa o limite previsto na lei, não tem eficácia. Pode acontecer que, embora expedida em tempo hábil, chegue tardiamente ao conhecimento do proponente, por circunstância imprevista. Não terá força vinculante, mas o proponente fica obrigado a comunicar a ocorrência ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos. Nada obsta, por fim, t que se considere a aceitação tardia nova proposta, embora entendam algum escritores que o atraso determina caducidade.

45. Retratação

Retratação é a declaração lícita do polícitante para obstar os efeitos da proposta. A retratação só se torna eficaz ao chegar ao conhecimento do oblato antes de expedida a aceitação. O conhecimento pelo aceitante é necessário, porque a retratação, tal como a proposta, é declaração receptícia de vontade. Seu destinatário deve receber a comunicação antes de ter aceito a proposta e expedido a resposta. Se chega depois, é ineficaz. Impõem-se, entretanto, distinções: 1º) a retratação pode chegar depois de conhecida a proposta, mas antes de formado o contrato porque o aceitante não expedira ainda a resposta; 2º) a retratação pode chegar em momento no qual o contrato já se formara. A solução varia conforme o caso. Se o contrato não se formou, não pode mais se formar, mas o proponente poderá ser responsabilizado pelos prejuízos decorrentes da retratação. Esta responsabilidade explica-se pela culpa in contrahendo, devendo o proponente indenizar os danos negativos, isto é, os prejuízos que o oblato sofreu por haver confiado na realização do contrato. Não é contratual, mas pré-contratual, eis que o contrato não chegou a se formar.

Na hipótese de já se ter formado o contrato, a retratação é inválida, significando recusa de cumprir o contrato. Responde o proponente pelos danos positivos, resultantes da inexecução. A responsabilidade é então contratual.

A retratação é inadmissível se o proponente se obrigou a manter a proposta por certo prazo. Tal como a proposta, pode a aceitação ser retratada se chegar ao proponente antes dela ou com ela. O ilogismo desta regra, flagrante diante do sistema da expedição, justifica-se para dar igual tratamento ao aceitante e ao proponente. ,

A retratação da aceitação também é declaração receptícia no sentido de que somente produz efeito, quando chega ao conhecimento do proponente.

46. Obrigação de aceitar

Em princípio, ninguém é obrigado a aceitar proposta de contrato, mas, excepcionalmente, se admite essa obrigação em duas hipóteses que, todavia, não estão isentas de contestação. A primeira configura-se pela existência de um contrato, cuja função consiste, precisamente em criar a obrigação de celebrar o contrato definitivo. A segunda verifica-se nos contratos obrigatórios, isto é, naqueles em que uma das partes não pode recusar-se a contratar. A obrigação de celebrar o contrato é imposta pela lei, não sendo lícita, portanto, a rejeição da proposta, cujo conteúdo está, entretanto, prefixado uniformemente, só havendo obrigação de aceitar a proposta se feita na conformidade de preestabelecido para o contrato.

NOTA

No âmbito das relações de consumo, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que "toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado" (art. 30). A propaganda, na espécie, torna obrigatório o contrato e se o fornecedor se recusar a concretizá-lo, o art. 35 do Código de Defesa do Consumidor lhe dá a alternativa de exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, ou cobrar perdas e danos.

47. Contratos mediante correspondência

Há contratos que se formam instantaneamente e contratos nos quais há intervalo entre a oferta e a aceitação. Segundo expressão consagrada pelo uso, os primeiros chamam-se contratos entre presentes; e os outros, contratos entre ausentes. Motivo não há para conservar essa terminologia. Os progressos da técnica dos meios de comunicação permitiram que pessoas separadas por longa distância celebrem contrato como se estivessem frente a frente. Foi necessário recorrer a uma ficção para dar como presentes pessoas que realmente são ausentes. Assim, considera-se presente quem contrata por telefone ou telex. Em verdade o que importa, para distingui-las, é a possibilidade ou não de resposta imediata.

Nos contratos mediante correspondência epistolar ou telegráfica tal possibilidade não existe. A proposta e a aceitação declaram-se em momentos distintos e sucessivos. Por isso, interessa determinar o instante preciso em que o contrato se forma, a fim de se saber quando começa a sua eficácia.

O problema não está pacificamente resolvido nas legislações. Em dois sistemas básicos encerram-se os critérios adotados: o da informação ou cognição e o da declaração ou agnição.

48. Sistemas

Pelo sistema da informação ou cognição, o contrato mediante correspondência epistolar ou telegráfica forma-se no momento em que o proponente tem efetivo conhecimento da aceitação de sua proposta. Antes, portanto, que leia a carta ou o telegrama do aceitante não estará concluído. Alega-se, em seu favor, que evita o absurdo de ficar alguém vinculado por um contrato sem o saber. Tem, porém, o inconveniente de dificultar a determinação do exato momento em que o contrato se forma, pois ficaria ao arbítrio do proponente procrastiná-lo. Ademais, não seria justo deixar o aceitante na ignorância de que o contrato se aperfeiçoara, o que obrigaria nova comunicação.

O sistema da declaração ou agnição diversifica-se em três teorias: a da declaração propriamente dita, a da expedição e a da recepção.

Pela teoria da declaração propriamente dita, ou da simples aceitação, como outros preferem designá-lo, contrato considera-se formado no momento em que o oblato declara a vontade de aceitar a proposta. Desde então, estará perfeito e acabado, independentemente, portanto, de que a resposta seja expedida ou chegue ao conhecimento do proponente. A comunicação da resposta não constitui, em suma, requisito da perfeição do contrato. Subordinando, porém, simples aceitação do oblato a perfeição do contrato, o momento em que se verifica não pode ser determinado com exatidão, eis que somente o próprio aceitante o saberia. Além disso, teria o poder arbitrário de concluir e desfazer o contrato. Ao escrever a carta de aceitação, concluiria o contrato; destruindo-a, o desfaria; tudo isso sem que o proponente tivesse sequer a possibilidade de saber o que se passa.

Pela teoria da expedição, considera-se formado o contrato quando a aceitação é enviada. Torna-se perfeito no momento em que o oblato expede resposta afirmativa. A vantagem do critério é retirar do poder do aceitante a possibilidade de desfazer, a seu talante, o contrato, como no sistema da declaração propriamente dita, salvo no caso autorizado de retratação. Expedida a resposta, o contrato torna-se perfeito, tomando a aceitação cunho objetivo, que não possui no sistema da declaração propriamente dita. Considera-se, entretanto, a expedição insuficiente, pois a carta pode extraviar-se e se desfazer contrato perfeito e acabado por eventualidade dessa ordem.

A teoria da recepção obvia esse inconveniente, pois se o contrato só se forma quando o proponente recebe a resposta do aceitante, não é necessário tenha conhecimento do seu conteúdo, bastando que esteja em condições de conhecê-la, por ter chegado a seu destino. A teoria da recepção pode ser considerada variante do sistema da cognição, uma vez que a lei presume a reapeção. No momento em que a declaração chega ao destinatário.

49. Lugar da formação do contrato

O contrato entre pessoas presentes forma-se onde elas se encontram. O que se realiza entre pessoas distantes uma da outra, no lugar em que foi proposto. Interessa saber onde os contratos se formam, dentre outras razões, para determinar o foro competente e, no campo do Direito Internacional, a lei reguladora.

A regra aplica-se tanto aos contratos que se formalizam através de correspondência epistolar ou telegráfica, considerados, segundo a terminologia clássica, contratos entre ausentes, como aos contratos por telefone, tidos, por ficção legal, como contratos entre presentes.

Capítulo 5

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Sumário: 50. Classificação. 51. Contratos unilaterais e bilaterais. 52. Importância prática da distinção. 53. Contratos onerosos e gratuitos. 54. Contratos comutativos e aleatórios. 55. Contratos consensuais e reais. 56. Contratos solenes e não solenes. 57. Contratos principais e acessórios. 58. Contratos instantâneos e contratos de duração. 59. Contratos de execução imediata e de execução diferida. 60. Contratos típicos e atípicos. 61. Contratos pessoais ou intuitu personae e contratos impessoais. 62. Contratos civis e mercantis. 63. Contratos individuais, coletivos e normativos. 64. Autocontrato. 65. Classificação pela função econômica.

50. Classificação

Os contratos agrupam-se em diversas categorias, suscetíveis, isoladamente, de subordinação a regras idênticas ou afins. Daí a utilidade de sua classificação.

Interessa distingui-las, pois o conhecimento das suas particularidades é de considerável interesse prático. Há quem lhes atribua valor puramente teórico e considere que sua utilidade é a de uma nomenclatura destinada a tornar mais simples a linguagem do legislador, mas esse juízo não procede em face da importância das qualificações em Direito.

Conforme distintos critérios, os contratos são:

- a) bilaterais ou sinalagmáticos e unilaterais;
- b) onerosos e gratuitos, subdividindo-se aqueles em comutativos e aleatórios;
- c) consensuais e reais;
- d) solenes e não-solenes;
- e) principais e acessórios;
- f) instantâneos e de duração;
- g) de execução imediata e de execução diferida;
- h) típicos e atípicos;
- i) pessoais ou "intuitu personae" e impessoais;

- j) civis e mercantis;
- k) individuais e coletivos;
- l) causais e abstratos.

51. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos

A análise da estrutura dos contratos revela que alguns geram obrigações recíprocas, enquanto outros criam obrigações unicamente para uma das partes. São situações que surgem, exigindo tratamento diverso.

Antes de os distinguir, cumpre dar o significado técnico dos termos, para prevenir confusões ou equívocos. Os qualificativos unilateral e bilateral empregam-se para diferenciar os negócios jurídicos, assim na formação como nos efeitos. Sob o ponto de vista da formação, 'negócio jurídico unilateral' é o que decorre fundamentalmente da declaração da vontade de uma só pessoa, e bilateral o que se constitui mediante concurso de vontades. O contrato é o negócio jurídico mediante concurso de vontades. O contrato é o negócio jurídico bilateral por excelência. Todo contrato, com efeito, é, por definição, negócio bilateral, visto que supõe declarações coincidentes de vontades. Considerado, pois,

no momento de sua formação, seria contra-senso falar-se em contrato unilateral, mas, levando-se em conta os efeitos que esse negócio Jurídico bilateral produz, verifica-se que ora cria obrigações para as duas partes, ora para uma só.

Então, sob esse aspecto, são denomina bilateral no primeiro caso, e unilateral no segundo, porque ali as obrigações nasceram nos dois lados e aqui num só. Assim, na formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, mas, nos efeitos, tanto pode ser bilateral como unilateral. Não se deve confundir, portanto, a bilateralidade da obrigação contratual com a bilateralidade do consentimento.

Dizer-se que um contrato é bilateral porque resulta do acordo de vontades bilateralidade do consentimento -, é desconhecer a acepção técnica da expressão, confundindo a formação do negócio jurídico com a sua eficácia - bilateralidade da obrigação contratual.

Não é pacífica a noção de contrato bilateral. Para alguns, todo contrato que produz obrigações para as duas partes, enquanto para outra a sua característica é o sinalagma, isto é, dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chamá-las contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações.

A dependência pode ser genética ou funcional. Genética, se existe desde a formação do contrato. Funcional, se surge em sua execução o cumprimento da obrigação por uma parte acarretando o da outra.

O contrato é unilateral se, no momento em que se forma, origina obrigação, tão-somente, para uma das partes - ex uno latere. A outra parte não se obriga. O peso do contrato é todo de um lado, os efeitos são somente passivos de um lado, e somente ativos de outro.'

Nos contratos bilaterais as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito da outra. Nos contratos unilaterais, uma das partes tem a condição de credor e a outra de devedor. Um dos contratantes tem direitos, o outro obrigações. A relação jurídica oriunda de contrato unilateral é simples, pois só uma parte se constitui devedora, enquanto a que nasce de um contrato bilateral se apresenta complexa, visto que em ambas os contraentes figuram reciprocamente como sujeito ativo e passivo.

Uma vez que nos contratos unilaterais somente uma das partes se obriga, é impossível conceber qualquer espécie de dependência, mas, em alguns, surge, no curso da execução, determinada obrigação para a parte que tinha apenas direitos. Nesse caso, diz-se que o contrato é bilateral imperfeito. Seria uma categoria intermediária. A melhor doutrina repele-a, mas pode ser mantida por sua utilidade prática, especialmente para o direito de retenção. O contrato bilateral imperfeito não deixa de ser unilateral, pois, no momento de sua conclusão, gera obrigações somente para um dos contratantes. Em verdade, a obrigação esporádica não nasce do contrato, mas, acidentalmente, de fato posterior à sua formação. O contrato bilateral imperfeito subordina-se, com efeito, ao regime dos contratos unilaterais.

52. Importância prática da distinção

A importância da distinção entre contratos unilaterais e bilaterais decorre do trato diverso que lhes dispensa a lei em razão das particularidades que distinguem a estrutura e a dinâmica de cada categoria. Regras atinentes aos contratos bilaterais não se aplicam aos unilaterais e certos institutos do direito das obrigações são peculiares aos primeiros. A mesma questão recebe diferente solução conforme se trate de um ou do outro. As principais diferenças observam-se quanto:

- a) à exceptio non adimpleti contractus; b) à condição resolutiva tácita; c) aos riscos.

Visto que a interdependência das obrigações é da essência dos contratos sinalagmáticos, cada contraente não pode, antes de cumprir sua obrigação, exigir do outro adimplemento da que lhe incumbe. Diz-se que pode opor ao outro, paralisando a execução do contrato, a exceção de inexecução, conhecida como exceptio non adimpleti contractus, literalmente exceção de contrato não cumprido.

Tal exceção é peculiar aos contratos bilaterais. Não se aplica, obviamente, aos unilaterais, pois pressupõe dependência recíproca de obrigações, e nestes há obrigações somente ex uno latere.

Pela mesma razão da interdependência das obrigações, nos contratos bilaterais presume-se a existência de condição resolutiva. O inadimplemento culposo de obrigação por uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato, cuja eficácia está subordinada, por conseguinte, ao cumprimento das obrigações contraídas pela parte que, nas circunstâncias, deve satisfazê-las. No mecanismo dos contratos bilaterais, a obrigação de um dos contraentes é a razão de ser da obrigação do outro. A doutrina clássica o explicava pela idéia de causa, ensinando que, se uma obrigação deixa de ser cumprida, a obrigação correlata perde-a.

A regra não se aplica, evidentemente, aos contratos unilaterais, sua estrutura não a comporta.

Na hipótese de inadimplemento por força maior, é preciso saber quem suporta o risco, isto é, quem com o prejuízo arca. Vigoram regras diferenciais, conforme o contrato seja bilateral ou unilateral. Aos contratos unilaterais aplica-se o princípio res perit creditori - a coisa perece para o credor. E ele quem sofre o prejuízo; o devedor não está obrigado a substituí-la ou indenizar seu valor, salvo em casos especiais. Para os contratos bilaterais, vige, em primeiro, a regra res perit debitori - a coisa perece para o devedor. Suporta, pois, o risco. A rigor, o problema interessa aos contratos bilaterais, pois consiste em saber qual a sorte da obrigação correlata, quando, por força maior, sobrevém a impossibilidade de cumprir a outra. Indaga-se, com efeito, se o devedor da obrigação correlata continua adstrito a cumpri-la, ou se fica exonerado.

O interesse da distinção revela-se, ainda, a respeito da cessão do contrato, da cláusula "solve et repete" e da imprevisão.

53. Contratos onerosos e gratuitos

Contrato gratuito é o negócio jurídico em que uma só das partes obtém um proveito. Via de regra, à vantagem corresponde um sacrifício. Que a vantagem seja do contraente ou de terceiro, é irrelevante.

O sacrifício nem sempre importa diminuição patrimonial. Há contratos

que não o exigem, se bem que a outra parte seja beneficiada. O comodato e o mútuo, contratos desinteressados, são subespécies dos contratos gratuitos, nada apresentando de especial do ponto de vista prático, mas teoricamente se distinguem dos que implicam diminuição patrimonial, como a doação.

Terceira categoria, admitida por alguns escritores, é constituída pelos contratos de natureza mista, os que podem ser onerosos ou gratuitos, conforme as circunstâncias (o depósito, o mandato).

A distinção entre, contratos onerosos e gratuitos, em que pese às valiosas opiniões em contrário, é de considerável importância prática, que se manifesta a respeito da capacidade dos contraentes, do objeto do contrato e da responsabilidade do devedor. A condenação dos atos praticados em fraude aos credores é mais enérgica se a alienação fraudulenta teve como título um contrato gratuito. A interpretação dos contratos onerosos e gratuitos não se faz do mesmo modo, pois, nestes, é estrita. Em suma, regras diferentes lhes são aplicáveis.

Os contratos onerosos são bilaterais, e os gratuitos, unilaterais, mas a coincidência não é necessária. Todo contrato bilateral é, entretanto, oneroso, por isso que, suscitando prestações correlatas, a relação entre vantagem e sacrifício decorre da própria estrutura do negócio jurídico. Há, porém, contratos unilaterais que não são gratuitos. O mútuo feneratício é, por exemplo, contrato unilateral oneroso.

NOTA

Onerosidade não é sinônimo de bilateralidade. O que toma um contrato bilateral é a sua eficácia geradora de obrigações para ambas as partes do negócio jurídico. Já a onerosidade leva em conta o eventual preço (sacrifício) que a parte deve suportar para usufruir da vantagem proporcionada pelo contrato, seja ele bilateral ou unilateral. Assim, um contrato unilateral pode ser oneroso, se, como no caso do empréstimo, o mutuário tem de pagar juros ao mutuante para se beneficiar da soma que este lhe concedeu.

54. Contratos comutativos e aleatórios

Os contratos onerosos subdividem-se em comutativos e aleatórios.

Nos contratos comutativos, a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações.

Nos contratos aleatórios, há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Os contratos aleatórios expõem os contraentes à alternativa de ganho ou perda. O equivalente, como reza o Código Civil francês, consiste "dans la chance de gain ou de pert par chacune des parties." Aleatório é, em suma, o contrato em que, seguramente, é incerto o direito à prestação, como no jogo, a duração desta, como na renda vitalícia, ou a individualização da parte que vai supri-la, como na aposta (Scordino).

A distinção entre contratos comutativos e aleatórios reside no seguinte: a) nos contratos comutativos, à prestação corresponde uma contraprestação; b) nos contratos aleatórios, uma das prestações pode falhar (M. 1. Carvalho de Mendonça). Acrescente-se: a contraprestação pode ser desproporcional ao valor da prestação.

Nos contratos comutativos pode não haver equivalência objetiva das prestações, exigível, tão-só, nos que podem ser rescindidos por lesão. Basta equivalência subjetiva. Cada qual é juiz de suas conveniências e interesses. O que os distingue não é tanto a correspondência das vantagens procuradas, mas a certeza objetiva das prestações, obtida no ato de conclusão do negócio jurídico. Assim, ao celebrar, por exemplo, um contrato de compra e venda, o vendedor sabe que deverá receber o preço ajustado na medida de sua conveniência, e o comprador, que lhe será transferida a propriedade do bem que quis adquirir.

O Direito romano admitiu os seguintes contratos aleatórios: emptio spei; emptio rei speratae; foenus nauticum; alearum lusus; sponsio. No Direito moderno, há contratos aleatórios por sua própria natureza: o jogo, a aposta e o contrato de renda vitalícia.

Os contratos aleatórios são necessariamente bilaterais.

Há alguma semelhança entre contrato aleatório e contrato condicional, mas não se confundem. Neste, é sua eficácia que fica na dependência de acontecimento futuro e incerto. Naquele, a incerteza ocorre em relação à extensão das vantagens procuradas pelas partes; o risco está na alternativa de ganho ou perda. Não se sabe qual das partes terá a vantagem ou a perda.

Se a alea fica a cargo exclusivo de um dos contratantes, o contrato é nulo. Absurdo admitir-se que uma das partes celebre o contrato na certeza de ganhar.

A certeza esperada da prestação dos contratos comutativos não significa que estejam isentos de toda alea. Há, por assim dizer, uma alea normal em certos contratos que dependem do futuro, sem que percam por isso sua tipicidade comutativa, como na empreitada e no transporte.

Distinguem-se as seguintes classes de contratos aleatórios:

- a) a dos que dizem respeito a coisas futuras, cujo risco de não virem a existir assumo o adquirente;
- b) a dos que dizem respeito a coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade;
- c) a dos que dizem respeito a coisas existentes, mas expostas a riscos assumidos pelo adquirente;
- d) a dos que dizem respeito a fatos que podem não suceder.

Na primeira hipótese, ainda que da coisa nada venha a existir absolutamente, o alienante terá direito a todo o preço, desde que, da sua parte, não tenha havido culpa. Na segunda, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada, o alienante terá direito a todo preço, se também, de sua parte, não concorreu culpa. Na terceira, terá direito ao preço, ainda que a coisa já não existisse em parte, ou de todo, no dia do contrato, salvo se não ignorava a consumação do risco, pois, nesse caso, o contrato seria leonino.

A distinção entre contratos comutativos e aleatórios interessa, principalmente, no que diz respeito à lesão. Somente aos contratos comutativos aplicam-se as regras que a disciplinam, uma vez que, essencialmente, consiste na desproporção entre as prestações.

Em outros pontos, ainda, a distinção tem interesse. Assim a existência de vícios redibitórios somente pode ser invocada nos contratos comutativos. Também as arras não se justificam nos contratos aleatórios.

O chamado contrato de risco não é aleatório.

55. Contratos consensuais e reais

A classificação dos contratos em consensuais e reais não anula o princípio do consensualismo. Em princípio, o consentimento é bastante para formar o contrato, mas alguns tipos contratuais exigem que se complete com a entrega da coisa que será objeto da restituição. Esses contratos são chamados reais, em contraposição aos que se formam solo consensu, os simplesmente consensuais, que se tornam perfeitos e acabados por efeito exclusivo da integração das duas declarações de vontade, como a compra e venda, a locação e o mandato.

Dizem-se reais os contratos para a perfeição dos quais é necessária, ademais do consentimento das partes, a entrega da coisa, feita por uma à outra, como o comodato, o mútuo e o depósito. A vontade é, por si só, impotente para forma-los. Tais contratos são, de regra, unilaterais, pois a entrega da coisa, pressuposto de sua formação, jamais significa, como sustentam alguns, começo de sua execução. Nesses contratos, o simples consentimento dá lugar, quando muito, a um pré-contrato

inominado. O contrato definitivo só se conclui se, isto é, com a entrega da coisa que deverá ser restituída. Se assim não fora, os contratos reais seriam bilaterais, sujeitando-se, em consequência, às regras que disciplinam tal categoria, as quais, em verdade, não se lhes aplicam.

A qualificação de certos contratos como reais é, tecnicamente, importante para a determinação do momento de sua formação, pois, ao contrário dos contratos simplesmente consensuais, só se tornam perfeitos e acabados com a entrega da coisa, formando-se, por conseguinte, somente quando esta se dá. Eles não geram a obrigação de entregar a coisa visto que nascem, precisamente, no momento em que se efetua a consignação. A forma da tradição é indiferente, mas essencial ao nascimento do contrato.

Via de regra, os contratos reais são unilaterais. Nada impede, porém, que a realidade se exija como requisito para a formação de um contrato bilateral, ainda que excepcionalmente. O depósito, no qual o depositante se obriga a remunerar o depositário, é contrato bilateral que, todavia, só se torna perfeito e acabado com a entrega da coisa.

A importância da distinção é grande. Basta atentar nas questões relativas ao momento de formação dos contratos. Nos contratos reais, sua determinação é apurável através de fatos. Demais disso, a admissão da categoria dos contratos reais permite classificá-los entre os contratos unilaterais e subordina-los ao regime a que se submetem tais negócios jurídicos.

A entrega da coisa é colocada fora dos efeitos do contrato, criando dificuldade para o seu enquadramento jurídico. Alguns autores qualificam-na como simples fato jurídico, do qual nasce a obrigação ex lege de restituí-lo; outros, como forma essencial de expressão da vontade das partes, ou elemento de qualificação do contrato, ou, ainda, como um momento substancial da sua estrutura.

Apesar da utilidade dessa construção, parte da doutrina moderna a rejeita sob o fundamento de que a entrega da coisa é simples pressuposto da exigibilidade da obrigação de restituição. A principal razão invocada para conservá-la é que, nos contratos assim qualificados, consistindo a obrigação principal na restituição da coisa recebida, pressupõe sua entrega, sem a qual o contrato não se forma. O argumento é inconsistente, porque são simplesmente consensuais outros contratos mediante os quais uma coisa também é recebida e deve ser devolvida após certo prazo, como é o caso da locação. Objetiva-se ainda que os contratos reais não têm por finalidade, como se afirma, a criação da obrigação de restituir, por isso que esta resulta do fato da posse de coisa alheia, e não do contrato propriamente dito. Dizer-se que se os acordos são lícitos mas só produzem efeitos com a tradição equivale a lhes negar a aplicação da regra *pacta sunt servanda*.

Baseado no princípio do consensualismo, sustenta-se que a construção é artificial, uma vez que o acordo de vontades basta para criar o vínculo, gerando, para uma das partes, a obrigação de entregar a coisa, e o cumprimento desta obrigação seria começo de execução do contrato. A concepção clássica está a exigir realmente uma revisão crítica.

Códigos modernos admitiram como simplesmente consensuais determinados contratos reais, como o comodato, o mútuo e o depósito, t^o mas outros conservam a categoria na sua estrutura tradicional.

56. Contratos solenes e não solenes

Porque prevalece no Direito moderno o princípio da liberdade de forma, os contratos se concluem, via de regra, pelo simples consentimento das partes, seja qual for o modo de expressão da vontade.

Em atenção, porém, à conveniência de dar segurança ao comércio jurídico, a lei exige que certos contratos obedçam a determinada forma, elevando-se à condição de requisito essencial à sua validade. Nesses casos, a vontade das partes não basta à formação do contrato.

Dizem-se solenes os contratos que só se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita na lei. Também denominam-se contratos formais.

A solenidade exigida consiste em serem lavrados por tabelião. Têm como forma a escritura pública. Nos outros, a vontade pode ser declarada verbalmente ou por escrito particular, consistindo do consentimento, muitas vezes, e simplesmente, no começo da execução. Valem independentemente da forma adotada pelos contraentes.

Nada obsta a que um contrato se torne formal pela vontade das partes. Evidentemente, não se converterá, como tipo, em contrato solene, mas se subordinará às regras que o regulam. A inobservância da solenidade convencionalmente determinada determina, também, nesse caso, a invalidade do contrato.

Há contrato solene somente quando a forma é de sua substância. Se exigida apenas para a prova - *ad probationem tantum* -, o contrato se forma, embora sua existência como negócio produtivo de efeito não possa ser judicialmente comprovada, salvo confissão.

A importância prática da distinção entre contratos solenes e não-solenes reside em que os primeiros são nulos, se não obedecida a forma prescrita na lei, por lhes faltar elemento essencial à sua validade.

A nulidade só se decretará, no entanto, se a solenidade se exigir na declaração de vontade. Sempre que a forma é prescrita apenas para efeitos de publicidade, o contrato é válido entre as partes.

NOTA

É importante distinguir forma e prova do contrato. A forma é a maneira pela qual a manifestação de vontade deve exteriorizar-se no momento da realização do contrato, para que o negócio seja válido. A prova é qualquer fato, anterior, posterior ou concomitante à celebração do contrato, que seja hábil a demonstrar a existência do ajuste. Assim, não é solene o contrato para o qual a lei exige apenas a prova por escrito, como acontece, por exemplo, com o depósito e a sociedade (atts. 1.281 e 1.366).

57. Contratos principais e acessórios

Há contratos que dependem da existência de outros. Seria mais correto qualificá-los como contratos dependentes, mas o uso consagrou a expressão contratos acessórios.

Os contratos dos quais dependem chamam-se principais. Têm existência própria, independente, autônoma.

A função predominante dos contratos acessórios é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal, como o penhor, a anticrese, a hipoteca, a fiança e a caução, mas não são apenas acessórios os contratos de garantia, senão todos os que têm como pressuposto outro contrato.

A distinção entre contratos principais e acessórios justifica-se em face da aplicação do princípio geral de que o acessório segue a sorte do principal. A relação de subordinação vincula igualmente tais contratos. Em consequência, a extinção do contrato principal acarreta a do contrato acessório, pois, logicamente, não lhe pode sobreviver, por faltar a razão de ser. Pelo mesmo motivo, se o contrato principal for nulo, também o será, por via de consequência, o acessório.

Da circunstância de depender o contrato acessório da existência do principal e de lhe acompanhar a sorte, não se segue que, sobre ele, não exerça qualquer influência. A regra segundo a qual o credor pode pedir imediato pagamento, se perece ou se deteriora a coisa dada em garantia, comprova essa influência.

Os contratos acessórios podem ser preparatórios, como o mandato; integrativos, como a aceitação do terceiro na estipulação em seu favor; complementares, como a adesão a um contrato aberto.

Com a expressão contrato instantâneo ou de execução única, designam-se os contratos cujas prestações podem ser realizadas em um só instante. Cumprida a obrigação, exaurem-se, pouco importando seja imediata à formação do vínculo ou se dê

algum tempo depois. Em qualquer das hipóteses, o contrato será instantâneo, dado que na segunda sua execução também ocorre em um só momento. Distinguem-se, em consequência, os contratos instantâneos de execução imediata dos contratos instantâneos de execução diferida. Não se confundem estes, todavia, com os contratos de duração, que constituem a categoria oposta à dos contratos de execução única.

A conceituação dos contratos de duração não é unívoca. As hesitações da doutrina começam na denominação, estendendo-se à delimitação e à diferenciação de subespécies. A figura é mais conhecida pelo nome de contrato de trato sucessivo. Outros preferem chamá-la de contrato de execução continuada, havendo quem os designe pela expressão contratos de débito permanente para contrapô-los aos de obrigação transitória. Prefere-se atualmente a denominação contratos de duração.

Débito permanente é o que consiste em uma prestação tal que não é possível conceber sua satisfação em um só momento; mas, do contrário, tem de ser cumprida durante certo período de tempo, continuamente. A determinação de sua duração resulta da vontade das partes, mediante cláusula contratual em que subordinam os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e certo, ou da declaração de vontade de um dos contraentes pondo termo à relação (denúncia). São, em consequência, por tempo determinado ou indeterminado.

É a natureza da prestação que determina a existência dos contratos de duração. Tais serão, tão-só, aqueles nos quais a execução não pode cumprir-se num só instante. Por esse motivo, somente há contratos de duração por sua própria natureza. Se as partes renunciarem à possibilidade da execução única, dividindo as prestações no tempo, o contrato não é de execução continuada.

Os contratos de duração subdividem-se em contratos de execução periódica e contratos de execução continuada. Os de execução periódica seriam, propriamente, os contratos de trato sucessivo, expressão que se emprega, aliás, incorretamente, para designar todos os contratos de duração, que se executam mediante prestações periodicamente repetidas.²¹ Os de execução continuada, aqueles em que a prestação é única, mas ininterrupta. Acrescentam alguns terceira classe, constituída pelos contratos de execução salteada, sob solicitação de uma das partes.

A distinção dessas subespécies carece de maior importância prática. Conquanto a melhor denominação seja a de contrato de duração, pode-se usar indiferentemente, englobando todas as subespécies teóricas, as expressões: contratos sucessivos, contratos de execução continuada ou periódica, contratos de prestações repetidas. O que importa é deixar claro que o traço essencial desses contratos é a distribuição da execução no tempo. Sua característica reside no fato de que o tempo, ou melhor, a duração, constitui elemento substancial de determinação das prestações. Em suma, interessa frisar que há contrato de duração quando as duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas em intervalos estipulados, por tempo determinado ou indeterminado.

Entre as duas categorias opostas dos contratos instantâneos e sucessivos põe-se a dos contratos de execução escalonada, contratos que, se bem comportem execução única, convertem-se em contratos de execução continuada ou periódica, porque as partes entenderam de fazer da duração ou da repetição um elemento essencial de seu acordo.

A despeito de ter execução prolongada no tempo, contínua, periódica ou salteada, o contrato de duração não se compõe de sucessivas obrigações. Toda prestação periódica e singular não constitui objeto de obrigação distinta. A obrigação é única; fracionam-se as prestações. Não obstante, aplica-se o princípio da post numerativo, segundo o qual uma das partes não pode exigir da outra que satisfaça a prestação enquanto não houver cumprido totalmente a que lhe incumbe realizar.

É de considerável interesse a distinção entre contratos de execução cínica e contrato de duração. Nos contratos instantâneos, a resolução, por inexecução, repõe as partes no estado anterior, enquanto nos contratos sucessivos os efeitos produzidos não são atingidos. Ocorre a mesma singularidade em relação à anulação, ao menos quando as prestações satisfeitas não podem ser restituídas, como no contrato de trabalho, o serviço prestado pelo empregado. Diz-se, por isso que vigora o princípio da irretroatividade a respeito dos contratos de duração, explicável pelo fato de que os atos singulares de execução são juridicamente autônomos. A prescrição da ação para exigir o cumprimento de prestações vencidas, nos contratos de duração, começa a correr da data do vencimento de cada prestação.

Finalmente, a resolução do contrato, ou o reajustamento de suas prestações, por força de circunstâncias imprevisíveis que acarretam onerosidade excessiva para uma das partes, não tem cabimento nos contratos instantâneos, salvo os de execução diferida. Em síntese, a teoria da imprevisão aplica-se ordinariamente aos contratos sucessivos. Distinguem-se ainda no que diz respeito à simultaneidade das prestações, aos efeitos da força maior e aos da falência.

59. Contratos de execução imediata e de execução diferida

Aos contratos de duração-contrapõem-se os instantâneos ou de execução única, que se caracterizam por serem executados, de uma vez, em um só momento. A execução pode dar-se imediatamente após a sua conclusão, ou ser protraída para outro momento. No primeiro caso, diz-se que são contratos de execução imediata. No segundo, contratos de execução diferida.

Os contratos de execução diferida impõe-se, às vezes, como consequência da natureza da prestação prometida. Casos há, com efeito, nos quais não pode ser satisfeita contemporaneamente à formação do contrato, mas ordinariamente a execução se protraí em virtude de cláusula que a subordina a um termo. Diz-se, por isso, contratos a prazo.

O interesse da distinção reside na circunstância de que os contratos de execução diferida dependem do futuro, aplicando-se-lhes, por conseguinte, as regras deduzidas pela teoria da imprevisão, que, intuitivamente, não cabem nos contratos de execução imediata.

Não se deve confundir o contrato de execução diferida com o de duração; o primeiro é de execução instantânea, enquanto o outro, de execução continuada, seja porque as prestações se repetem periodicamente, se dividem necessariamente no tempo, ou se executam continuamente.

60. Contratos típicos e atípicos

A importância desta classificação, assim do ponto de vista teórico como prático, pede mais demorada atenção nas espécies que compreende. Os contratos típicos também são chamados nominados, e os atípicos, inominados; mas como essas expressões podem induzir a equívoco, porque tiveram significado diverso no Direito Romano, é preferível adotar a outra terminologia, de procedência alemã.

A expressão contratos típicos designa os contratos esquematizados na lei, com denominação própria, formando espécies definidas. Dizem-se atípicos os que não se acham especificamente regulados.

61. Contratos pessoais ou "intuitu personae" e contratos impessoais

A pessoa concreta do contratante é, de regra, juridicamente indiferente. Contudo, há contratos nos quais tem influência decisiva no consentimento da outra parte.²⁰ Importa, assim, distingui-los dos outros.

Um contrato é intuitu personae quando a consideração da pessoa de um dos contraentes é, para o outro, o elemento determinante de sua conclusão." A uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa, porque seu interesse é de que as obrigações contratuais sejam cumpridas por essa pessoa. Por isso, a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato.

Em contraposição aos contratos nos quais é indiferente a pessoa com quem se contrata, os que se realizam intuitu personae podem ser denominados contratos pessoais. Geralmente, originam uma obrigação de fazer, cujo objeto é um serviço infungível, isto é, que não pode ser executado por outra pessoa, ou porque só aquela seja capaz de prestá-lo, ou porque à outra parte interessa que seja executado tão-somente por ela.

Os contratos intuitu personae têm essa qualidade por sua própria natureza, ou circunstancialmente. Contrato pessoal por sua própria natureza é aquele em que a pessoa dos contraentes, ou de um deles, tem de ser levada em conta, havendo sempre uma relação de causalidade. A necessidade de considerar a pessoa do outro contraente apresenta-se nessas condições quando, para a execução do contrato, entra o fator subjetivo de confiança ou a habilidade particular da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer. O contrato é acidentalmente pessoal quando, embora seja indiferente a pessoa de um dos contratantes, determinadas circunstâncias induzem as partes a transformá-lo num contrato intuitu personae."

A distinção entre contratos pessoais e impessoais reveste-se de importância prática em razão das conseqüências lógicas e intuitivas que decorrem da natureza personalíssima da obrigação característica dos contratos pertencentes à primeira categoria.

De fato. Uma vez que essa obrigação é intransmissível, não pode ser cumprida por outrem. Por conseguinte, a morte do devedor é causa extintiva do contrato, pois os sucessores não poderiam executar prestação que era personalíssima. Pela mesma razão, o contrato intuitu personae não pode ser cedido. A substituição do devedor importaria celebração de novo contrato. É claro que essas conseqüências só se afirmam em relação ao contratante cuja atividade pessoal é elemento determinante do contrato.

A mais importante conseqüência concerne à sua anulabilidade por erro. Visto que a determinação da pessoa de um dos contraentes atua como causa do consentimento do outro, o erro in personae é essencial, justificando-se, nesse caso, a anulação do contrato, mas, obviamente, o consentimento somente se considera viciado se o erro se verificar em relação a qualidades essenciais da pessoa. A dificuldade de apuração do erro de pessoa aconselha, em certos contratos, a adoção de um período de prova ou experiência, durante o qual uma das partes observa e aprecia as qualidades pessoais da outra, certificando-se de que não errou na escolha. A vantagem desse processo técnico consiste em eliminar a possibilidade de anulação do contrato por erro, quando se estipule a disposição relativa ao ensaio ou prova como uma das cláusulas do contrato, e não como objeto de contrato preparatório.

Entre as categorias dos contratos pessoais e impessoais, poder-se-ia admitir classe intermediária, na qual se incluiria, dentre outros, o contrato de trabalho. Deste, embora se considere personalíssima a obrigação fundamental do empregado, decorrendo dessa circunstância as conseqüências próprias do contrato intuitu personae, a rigor, não se conclui as mais das vezes, tendo em vista as qualidades pessoais do trabalhador.

62. Contratos civis e mercantis

A distinção entre contratos civis e mercantis enseja controvérsia em razão da dificuldade de caracterizar os atos de comércio. O mesmo contrato, considerado em sua finalidade econômica, pode ser civil ou comercial. Na caracterização influem, igualmente, a qualidade das partes, segundo a tendência subjetiva, que reflui. Daí as dúvidas na fixação do traço característico das duas categorias.

Para os sistemas legislativos que realizaram a unificação do Direito Privado, a distinção, embora persista, perdeu interesse, nos que adotam a dicotomia, a importância prática é manifesta, visto que os contratos se regulam por preceitos diversos, contidos no Código Civil e no Código Comercial.

Assim como há contratos essencialmente civis, por totalmente estranhos às atividades comerciais, outros existem puramente mercantis. A dificuldade da distinção agrava-se quando os contratos são comuns ao Direito Civil e ao Direito Comercial. Interessa distingui-los, não só porque diferentemente disciplinados, mas, também, porque se interpretam conforme preceitos diversos.

A introdução nos códigos da idéia de empresa facilita a caracterização dos contratos mercantis, mas ainda não foi acolhida na maioria das legislações.

63. Contratos individuais, coletivos e normativos

A classificação dos contratos em individuais e coletivos procede de um equívoco. O contrato coletivo não possui verdadeiramente natureza contratual, dado que não cria obrigações para os interessados, limitando-se a estatuir normas que devem presidir à formação dos contratos individuais subordinados, ou determinar alterações no conteúdo de contratos em curso. Do contrato coletivo não nascem relações jurídicas que coloquem as partes nas posições de credor e devedor. É um acordo normativo; não um contrato.

Sua mais importante espécie é a convenção coletiva de trabalho, singular figura jurídica utilizada para organizar relações entre empregados e empregadores.

A singularidade do contrato coletivo não reside, como se supõe, na sujeição que impõe a todos os membros da coletividade a que se refira, inclusive à minoria ausente ou dissidente. A extensão de seus efeitos a empregadores e empregados que não pertencem aos sindicatos convenientes não se dá automaticamente, mas por força de decisão administrativa ou judicial. De particular a circunstância de ser instrumento que possibilita a discussão corporativa, restaurando o equilíbrio entre as partes no contrato individual de trabalho. A convenção coletiva fixa, antecipadamente, mediante normas, cláusulas fundamentais dos contratos individuais do seu âmbito de aplicação. Sendo uma pré-regulamentação de condições de trabalho, não se confunde, evidentemente, com o contrato individual, cuja função de criar as obrigações próprias de uma relação de emprego persiste.

Do contrato individual deve-se distinguir, no campo do Direito do Trabalho, o de equipe e o de trabalho coletivo. Nessas duas modalidades contratuais, a parte que se obriga à prestação do serviço é representada por um grupo organizado ou não de trabalhadores, e não por sujeitos singulares.

O contrato normativo não prefixa, de regra, todo o conteúdo dos futuros contratos individuais. Prescreve, quase sempre, as disposições de maior importância, deixando margem às partes dos contratos singulares para que, em pontos secundários ou variáveis, exerçam a liberdade de estipulação, introduzindo cláusulas que não contradigam ou desvirtuem as disposições normativas. Para a caracterização desses convênios importa que se apresentem sob forma de regulamento, cujas disposições se insiram, inelutavelmente, no conteúdo das relações individuais formadas nos limites de sua eficácia.

64. Autocontrato

Sob o nome de autocontrato ou contrato consigo mesmo conhece o Direito moderno figura curiosa de negócio jurídico bilateral. Tomada ao pé da letra seria absurda. Ninguém pode constituir relação jurídica na qual figure, ao mesmo tempo, como sujeito ativo e passivo. Contratar consigo próprio é, logicamente, impossível. O contrato é, por definição, o acordo de duas ou mais vontades, não se podendo formar intuitivamente, pela declaração de uma só vontade. Tais reparos provêm, entretanto, de manifesta confusão. A primeira, devida à denominação. Em verdade, não há contrato consigo mesmo, porque a figura assim

chamada só se torna possível em função do mecanismo da representação. Podendo o contrato ser concluído por meio de representante, este, em vez de o estipular com terceiro, celebra consigo próprio. Por força da sua condição, reúne, assim, em sua pessoa, dois centros de interesses diversos, ocupando as posições opostas de proponente e aceitante. No fundo, não realiza contrato consigo mesmo, senão com a pessoa a quem representa. A outra confusão decorre da suposição de que a regra da dualidade pessoal de partes não comporta exceção. certo que, para quem não admite a natureza unilateral do autocontrato, há duas partes. A figura do autocontrato é equívoca, porque violenta o princípio da duplicidade de declarações de vontades, o que levou alguns tratadistas a considerá-lo negócio unilateral. Se o contrato é o encontro e a integração de duas vontades, pressupõe duas declarações, não sendo possível admitir-se que resulte de uma só. A essa objeção responde-se dizendo-se que o essencial para a formação do contrato é a integração de declarações animadas por interesses contrapostos. Na formação do autocontrato, o representante emite duas declarações distintas que consubstanciamos interesses dos quais se tornou o ponto de convergência.

Admita-se, ou não, a explicação, aceite-se, ou não, a natureza contratual do autocontrato, a verdade é que, na prática, a hipótese não pode ser ignorada pelo Direito.

Salientam os escritores os graves perigos que encerra em vista da contraposição de interesses conciliados pela mesma pessoa colocada em posições antagônicas. Se esses perigos não justificam sua proibição, contudo, só muito prudentemente se deve permiti-lo. Não é fácil estatuir regra geral que o valide unicamente quando eles não possam existir, mas como orientação pode-se aceitar a norma de que o autocontrato só deve ser lícito quando o representante não tenha possibilidade de determinar o conteúdo da relação jurídica, caso em que não há, propriamente, oposição de interesses. A vontade que declara consiste numa simples adesão ao conteúdo do contrato, preestabelecido pelo representado. Nessa hipótese, tanto faz que a adesão seja dada por terceiro como pelo representante. Assim, se alguém autoriza outrem a vender determinada coisa, estabelecendo todas as condições da venda, nenhum inconveniente há em que a coisa seja comprada pelo procurador do vendedor, pois a adquirirá nas mesmas condições em que seria adquirida por terceiro.

NOTA

Caso típico de autocontrato é o das operações bancárias em que o estabelecimento de crédito, ao pactuar o mútuo, inclui cláusula que confere ao credor ou empresa interligada mandato

Para posterior emissão de cambial em nome do mutuário e em favor do mutuante. Após muita controvérsia em juízo, o STF andou decidindo que, se os limites da outorga fossem bem definidos, em princípio não existiria óbice legal a dito mandato em causa própria. Ressaltou, porém, que a possível incompatibilidade de interesses entre representante e representado, haveria de ser aferida em cada caso, "mediante o exame de extensão dos poderes deferidos ao mandatário e a ocorrência, ou não, de abuso no desempenho do mandato" (RE 106.128-6, Rel. Min. Sydney Sanches, MU, 02.09.88). Já para o STJ a orientação predominante tem sido a de condenar o autocontrato em questão: "A outorga de mandato, pelo mutuário, a pessoa jurídica integrante do grupo do mutuante, em regra, não tem validade, face ao manifesto conflito de interesses, à sujeição do ato ao arbítrio de uma das partes e à afetação da vontade" (STJ, RESP 6.263/MG, 3ª T. Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 10.12.90, DJU, 25.02.91, p. 1.470; RESP 2.266/RJ, 4ª T., Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 06.08.91, DJU, 30.09.91, p. 13.486; RESP 13.996/RS, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 12.11.91, DJU, 09.12.91, p. 18.029; RESP 5.913, 3ª T., Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 04.12.90, DJU, 04.02.91, p. 577).

65. Classificação pela função econômica

Os negócios patrimoniais são os instrumentos jurídicos da vida econômica. A variedade dos interesses dignos de proteção legal não permite que o ordenamento jurídico discipline a todos especificamente, distribuindo-os em classificação exaustiva. Todavia, os interesses de ordem patrimonial podem reduzir-se a categorias gerais, compreendidas nos setores fundamentais da atividade econômica, notadamente nos da produção e circulação da riqueza. Daí a possibilidade de classificar os negócios jurídicos por sua função econômica. Correspondem, com efeito, aos que, principalmente, devem ser praticados para que a vida econômica flua na multiplicidade de suas vicissitudes. Tais são os contratos:

- a) de troca;
- b) associativos;
- c) de prevenção- de riscos;
- d) de crédito;
- e) de atividade.

Os mais importantes e freqüentes contratos realizam-se para a circulação da riqueza. Chamam-se contratos de troca. Caracterizam-se pela permuta de utilidades econômicas, importando sempre deslocamento patrimonial, ou prestação e aproveitamento de serviços. Têm por fim:

- a) dar uma coisa, para receber outra;
- b) conceder o uso de uma coisa, para receber outra;
- c) dar uma coisa, sem nada receber;
- d) conceder o uso de uma coisa, sem nada receber;
- e) dar uma coisa para receber um serviço;
- f) fazer um serviço, para receber uma coisa;
- g) prestar um serviço, sem nada receber;
- h) fazer alguma coisa, para que outrem faça outra.

Todas as combinações resumem-se a: do ut des; do ut facias; facio ut des; factio ut facias.

Os contratos consistentes em dare denominam-se translativos por terem como finalidade a transferência de coisa do patrimônio de alguém para o de outra pessoa. Compreendem os contratos onerosos e gratuitos. Dentre os primeiros, estão os contratos de compra e venda, permuta, fornecimento. Por eles, uma das partes dá uma coisa e, em troca, recebe outra. Mas é também contrato translativo de troca, aquele pelo qual uma pessoa dá outra coisa, sem contraprestação. A doação e o testamento são exemplos clássicos de negócio translativo a título gratuito.

Os contratos translativos requerem o poder jurídico de disposição da coisa objeto da prestação, por importarem transferência potencial de propriedade.

Modalidade interessante dos contratos de troca é aquela em que uma pessoa, em vez de alienar a coisa, apenas concede o seu uso temporário, proporcionando à outra uma utilidade econômica que juridicamente se traduz no direito de gozo. São os contratos translativos de uso. A cessão do direito de uso e gozo pode ser onerosa ou gratuita. Negócio jurídico de cessão onerosa, de uso, é o contrato de locação, a cessão gratuita, o comodato. São, também, contratos de cessão do uso de coisa os que resultam de sucessão constitutiva pela qual se formam direitos reais limitados, como o usufruto, o uso, ou a habitação.

Os contratos de troca em razão dos quais alguém se obriga a remunerar serviço prestado por outrem também são importantíssimos para a vida econômica. Basta considerar que o contrato de trabalho, instrumento jurídico das relações de produção, é negócio integrante da categoria. Em tais negócios, uma das partes contrai obrigação de fazer, havendo troca de

prestação de coisa por prestação de fato. Além do contrato de trabalho, consistem nessa troca a empreitada, a prestação de serviços, a corretagem, o transporte, e o mandato salariado.

Tanto faz dar coisa para receber serviço como prestar serviço para receber coisa. Possível, mantendo-se a relação de troca, preste além serviço a outrem ou pratique atos do interesse deste, sem nada receber. o que ocorre, por exemplo, com o mandato civil, normalmente gratuito. O mandatário presta o serviço sem nada se lhe dar em troca.

Na vida econômica, é mais rara a troca de prestação de fato. Não há negócios típicos que consistam na realização do *facio ut facias*. Entretanto, essa relação de troca pode constituir objeto de contratos atípicos. Assim como nos negócios pelos quais alguém dá uma coisa para receber outra, as prestações, nos negócios *facto ut facias*, têm igual estrutura. Naqueles, prestações de coisas. Nestes, prestações de fatos.

Observam alguns autores que nos negócios dirigidos a um *facere* apenas se atribui o poder econômico de gozo dos bens, enquanto o poder econômico de disposição se conserva no outro contraente.

Os contratos associativos são negócios jurídicos que se distinguem pela coincidência do fim.

São contratos associativos: a sociedade, a parceria e as coalizões econômicas. Nesses contratos, não se verifica a interdependência das obrigações das partes. A prestação de um dos contratantes não é a causa da contraprestação do outro. Têm contudo, causa onerosa. São considerados negócios plurilaterais. Sustentam alguns que não possuem natureza contratual, particularmente a sociedade. Outros os apontam como contratos que têm, ou podem ter, mais de duas partes, entendendo que são até sinalagmáticos," no sentido *lato* da expressão, não coincidente com o de interdependência de obrigações. A Cariota Ferrara parece inequívoca a bilateralidade do contrato de sociedade, ainda que nenhum sócio dê ao outro, ou faça, qualquer coisa, ou nenhuma troca de bens se realize entre os respectivos patrimônios, pois a obrigação ou prestação de cada sócio está ligada à do outro por uma causa.⁴¹ Para justificara existência de várias partes no contrato, diz-se que o interesse dos sócios são egoístas e até contrapostos entre si, no que há manifesto exagero, visto que o elemento característico da sociedade é a *affectio societatis*. Além da necessidade de existir a comunhão de interesses, o próprio fim comum dos sócios não se compadece com a contraposição apontada. Do fato de admitir-se que tem causa onerosa não se deve inferir que seja contrato sinalagmático, até porque a comunidade de fim possui relevância jurídica, sobretudo por eliminar importante consequência do sinalagma entre as obrigações e prestações em seu valor funcional.

A função econômica dos contratos associativos é manifestamente diversa da dos negócios de troca. Basta atentar na circunstância de que os negócios concertados para a realização de fim comum não se destinam a promover diretamente a circulação da riqueza. Atuam, no momento econômico da produção, como os outros contratos que ele qualifica de colaboração ou cooperação. ⁴⁵ Por isso mesmo, os contratos associativos também são chamados contratos de organização.

A atividade concorrente das partes para a realização de fim comum não se realiza somente sob forma associativa. Há negócios destinados a estabelecer a cooperação entre as partes, sem que, entretanto, estas se associem, isto é, assumam os riscos do empreendimento. Nesses negócios, as pessoas não se obrigam, como nos associativos, ao exercício comum de atividade econômica com o ânimo de repartir os lucros ou suportar as perdas. Mas atuam, independentemente, sem vínculos associativos, pelo concurso de atividades.

Tais são, dentre outros, os contratos de mandato, de edição, de representação, de expedição, e de agência.

Ganharam importância na sociedade moderna os contratos destinados a prevenir riscos, notadamente o de seguro.

Generalizou-se com efeito a prática da cobertura dos riscos a que estão expostos os bens e as pessoas. Quanto a estas, a iniciativa particular vem sendo substituída por um sistema de previdência social, que visa a abranger a todas as pessoas. Desenvolve-se a tendência para se alcançar o mesmo resultado dos contratos de seguro e renda vitalícia a contribuição obrigatória para o Estado ou para instituição paraestatal, prevenindo-se riscos através de atos que não possuem natureza contratual. Não obstante, conserva-se larga margem à prática de negócios jurídicos destinados à prevenção de riscos. Os contratos por meios dos quais as partes procuram satisfazer esses interesses são aleatórios.

Além do seguro, nas suas diversas modalidades, incluem-se, na categoria, os contratos de capitalização e constituição de renda. O seguro difunde-se, tornando-se obrigatório para os danos pessoais dos passageiros de aeronaves comerciais, para os proprietários de veículos automotores, construtores de imóveis, bens dados em garantia de empréstimos P para outros casos.

O uso do crédito está largamente difundido na sociedade moderna. Proliferam os negócios jurídicos cuja função econômica consiste precisamente na obtenção de um bem a ser restituído mais tarde, transmitido pela confiança depositada no adquirente e pelo interesse de quem o transfere de retirar uma utilidade econômica dessa transferência.

O contrato de crédito, por excelência, é o mútuo. Na vida comercial, sobrelevam os contratos bancários: o desconto, o depósito, a abertura de crédito em conta corrente, o financiamento, e tantos outros.

São pressupostos do crédito: 1º, o valor dado a crédito há de ser tomado do patrimônio da pessoa que o concede e transferido ao patrimônio da que o recebe; 2º, o valor dado a crédito há de ser transmitido em plena propriedade à pessoa que o recebe; 3º, o valor dado a crédito há de consistir em coisa fungível.

Os contratos de crédito variam conforme a confiança seja depositada na pessoa do devedor ou no valor do objeto sujeito à responsabilidade. No primeiro. caso, diz-se que o crédito é pessoal. No outro, real. O crédito real obtém-se mediante negócios acessórios de garantias, o penhor, a caução, a anticrese, a hipoteca, a alienação fiduciária.

São, finalmente, muito importantes, pela função econômica que exercem, os contratos de atividade.

O principal contrato de atividade é o de trabalho subordinado, também chamado contrato de emprego.

São ainda contratos de atividade: o de prestação de serviços, a empreitada, o mandato, o de agência, a comissão, o de corretagem, e, segundo alguns, o depósito.

Na classificação dos negócios jurídicos pela função econômica não se pode proceder a enquadramento em categorias estanques. O mesmo negócio é incluído em categorias distintas, se exerce dupla função, como acontece com alguns. É que, como observa Messineo, as categorias econômicas não coincidem necessariamente, na importância e no significado, com as categorias jurídicas. Mas, como a disciplina dos negócios se particulariza de acordo com a sua função prática, o conhecimento e a classificação das principais categorias interessam ao jurista para a fixação do regime a que se devem subordinar.