

CONTRATOS INOMINADOS

INNOMINATE CONTRACTS

FERNANDO SCHWARZ GAGGINI¹

RESUMO:

O presente trabalho apresenta uma caracterização geral dos contratos inominados ou atípicos na legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE:

Autonomia Privada, Contratos Inominados, Liberdade de Contratar.

ABSTRACT:

This paper presents a characterization of innominate contracts in Brazilian legislation.

KEYWORDS:

Private Autonomy, Innominate Contracts, Freedom of Contract.

¹ Advogado. Professor no Curso de Direito da STRONG-ESAGS. Pós-Graduado/Especialista em Direito Mobiliário (Mercado de Capitais) pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Contato: fernando.gaggini@esags.edu.br

1. CONTRATOS INOMINADOS NO CONTEXTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A atividade empresarial encontra-se em permanente evolução e desenvolvimento, movida pelo ímpeto de ampliação de mercados, expansão econômica, pelas inovações tecnológicas, enfim, seus operadores se deparam constantemente com a necessidade de novos instrumentos aptos a viabilizar o exercício da mercancia, dentre os quais figuram os contratos, instrumentos esses de indiscutível importância para as operações empresariais.

Frente a esse cenário, pode-se afirmar que os contratos expressamente previstos pela legislação não são suficientes a preencher todas as necessidades dos empresários. Aliás, é certo que o comércio não admite ser limitado a algumas formas rígidas, visto que, frente às suas novas realidades, está a todo o tempo se reinventando, com base na imaginação, criatividade e necessidade dos empresários². Como nota Rachel Sztajn, “*o tráfico negocial permanece em estado fluido e em constante evolução, enquanto o tipo legal quase se estratifica(...)*”³.

Partindo do pressuposto de que os empresários, ao realizarem seus negócios e desenvolverem suas contratações, estão evidentemente mais interessados no efetivo alcance de seus interesses negociais do que em se manter estritamente em acordo com as figuras contratuais reguladas, é natural consequência o aparecimento de figuras

diferenciadas, criadas de forma específica para a solução de demandas empresariais.

Nesse sentido, menciona Juan M. Farina que “*las renovadas necesidades del tráfico mercantil y el cambio que día a día se opera en todos los órdenes de la vida, determinan la aparición y proliferación de relaciones contractuales no previstas por los textos legales y que dan nacimiento a nuevas figuras contractuales*”⁴.

Desta forma, se verifica que os empresários desenvolvem a todo o tempo novos instrumentos negociais, aptos a solucionar as necessidades cotidianas.

No campo dos contratos, essa constante inovação e adaptação é possível, mediante a criação dos chamados contratos inominados ou atípicos, que são contratos admitidos pela lei, embora não possuam regulamentação própria. Esses contratos, que personificam a liberdade de contratar e manifestam a autonomia privada⁵ são, no dizer de Messineo, o sinal mais seguro de que a vida jurídica não se fossiliza em formas imutáveis, mas ao contrário, está em constante movimento e evolução⁶.

Ainda conforme Messineo, o contrato inominado ou atípico é consequência de uma situação mais geral, pois o direito legislado está sempre em certo atraso com respeito à realidade, em razão de que os institutos jurídicos têm sua origem não na imaginação dos juristas ou dos legisladores, mas nas criações dos empresários⁷.

Assim, através dessa liberdade na contratação, os empresários dispõem de ferramenta legal que os habilita a criar ou adaptar os instrumentos jurídicos às necessidades específicas de seus negócios⁸.

2 Nesse sentido, inclusive, Juan M. Farina relaciona essa característica ao próprio desenvolvimento histórico do Direito Comercial, nos seguintes termos: “*(...) Por otra parte, ésta fue la nota caracterizante y la explicación histórica del derecho comercial: los comerciantes han ido creando su propio derecho sobre la base de costumbres, cuando las fórmulas del derecho clásico resultaron insuficientes para dar adecuada solución a los nuevos problemas que el intenso tráfico comercial fue originando a parte de la segunda mitad del medievo.*”, cf. FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p.290.

3 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.13.

4 FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 289.

5 Menciona Rachel Sztajn que “*A liberdade de contratar se manifesta especialmente através da liberdade de celebração dos contratos, da liberdade de fixação do conteúdo contratual e da liberdade de eleição do tipo contratual*”, conforme SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5. Com base nessa ideia, é possível constatar que os contratos inominados ou atípicos revelam-se manifestação extrema dessa liberdade, visto que ela é exercida através de forma contratual livremente criada pelas partes para satisfação de suas necessidades específicas.

6 MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 3.ed. Milão: A. Giuffrè, 1948, p. 215.

7 MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 3.ed. Milão: A. Giuffrè, 1948, p. 215.

8 Sob tal aspecto, menciona Juan M. Farina que: “*(...) aunque la ley prevea y regule determinados tipos de contratos, cuando la*

2. ASPECTOS CONCEITUAIS

2.1 Considerações Iniciais – O Contrato Inominado ou Atípico como Decorrência da Liberdade de Contratar

Aos particulares é assegurado o poder de criarem direitos e obrigações, destinados a regular suas relações de uns para com os outros. Funda-se, tal poder, na autonomia privada, que é o resultado do reconhecimento, pelo direito, da propriedade privada⁹.

Essa autonomia, assegurada de forma explícita em outros ordenamentos jurídicos (como o italiano e português) assegura às partes, observados os limites da lei, o exercício de ampla liberdade de contratar. No Brasil, não obstante a expressão da autonomia privada não seja tão explícita, é possível identificar sua existência, observados alguns dispositivos legais, tais como o artigo 5o da Constituição Federal, que em seu inciso II assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A esse respeito, afirma Rachel Sztajn que *“com o reconhecimento da autonomia privada, é dado aos particulares o poder de autorregular seus interesses. Como afirma Messineo, o contrato, como instrumento jurídico, é reflexo da propriedade privada, representando o veículo para a circulação da riqueza dos particulares. Esse poder de autorregulação privado se manifesta, no campo dos contratos, através do princípio da liberdade de contratar, que significa a possibilidade de que os particulares criem*

*livremente direitos e obrigações para reger sua conduta em suas relações uns com os outros”*¹⁰. Por outro lado, como menciona Orlando Gomes, *“as pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos em lei”*¹¹.

Portanto, com base nessa liberdade, é autorizado aos particulares a livre celebração de contratos, nos moldes que melhor se adequem às suas necessidades (desde que observados os limites legais, evidentemente), podendo para tanto utilizar-se dos tipos contratuais expressamente definidos em lei ou, ainda mais, podendo criar livremente novos modelos contratuais que se adaptem melhor às necessidades das partes. Assim, constata-se que a possibilidade de criação ou utilização de contratos atípicos ou inominados representa a extrema manifestação da autonomia privada, assegurando aos contratantes o direito de livre adoção do modelo contratual adequado¹², até mesmo absolutamente inovador, se necessário ao caso concreto.

2.2 Evolução Histórica

Aponta a doutrina¹³ que o conceito de contrato inominado tem suas origens no Direito Romano. Inicialmente, havia uma característica essencialmente formal em relação aos contratos, no sentido de somente se reconhecer e assegurar direitos aos contratos-tipos estipulados taxativamente em lei. Os contratos não incluídos nesse rol ficavam à margem de proteção jurídica.

pauta legal no es suficiente, la voluntad de los contratantes determinará el contenido del contrato, ya que éste es la ley para ellos. El fundamento económico de esta regla se encuentra en la necesidad de adaptación del contrato a los fines prácticos de las partes. Las figuras contractuales clásicas previstas por nuestros códigos son hoy, más que nunca, figuras rígidas y vacías, y por ello el contrato, como herramienta de las transacciones, debe adaptarse a las necesidades del tráfico de bienes y servicios (finalidad de los contratos) y, sobre todo, del tráfico masivo, característico de nuestra época”. Cf. FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 293.

9 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.3.

10 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.4.

11 GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 102.

12 Razão pela qual Caio Mario da Silva Pereira, citando Josserand, os chama de “contratos sob medida”, em oposição aos contratos típicos, que seriam os já confeccionados, cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil - vol III*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.60.

13 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 128 e seguintes; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano vol. II*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.213 e seguintes; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil - vol III*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 59 e FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 291.

De acordo com Álvaro Villaça Azevedo, essa maneira rígida de tratamento dos contratos persistiu até a época do Imperador Justiniano. Segundo o referido autor, “os mencionados tipos clássicos de contratos eram garantidos cada um por sua respectiva ação civil, que levava o mesmo nome do contrato que assegurava. No entanto, a criação de novas figuras contratuais, nascidas das necessidades socioeconômicas, no passar dos tempos, desencadearia o processo de abrandamento do rigor do antigo quadro qurritário dos contratos. Plantava-se, assim, a semente da liberdade de contratar e contratual, que viria revolucionar o mundo dos negócios”¹⁴.

Ainda com base nas lições do mencionado autor, a consequência desse processo é que os contratos inominados¹⁵ passaram a ser reconhecidos pelo direito e receberam tratamento jurídico¹⁶. Nesse aspecto, diferentemente dos contratos nominados, que eram expressamente reconhecidos pelo direito e por consequência tinham um nome específico e uma ação própria, os inominados, não contemplados explicitamente na legislação, não detinham uma ação específica que assegurasse seus efeitos, mas passou-se a adotar uma ação geral (*praescriptis verbis*), destinada a assegurar a força obrigatória dos contratos inominados.

No decorrer da história até os dias presentes, os contratos inominados assumiram função de indiscutível importância, como forma de adaptação dos contratos às necessidades dos contratantes, em especial para as questões mercantis. Nesse sentido, “a importância dos

contratos atípicos tem sido cada vez maior à medida que a velocidade com que se processam as modificações socioeconômicas aumentam, pois os contratos atípicos normatizam esse processo”¹⁷.

2.3 Conceito, Origem Etimológica e Questão Terminológica

2.3.1 Conceito

O contrato inominado, ou também chamado “contrato atípico”, é aquele que se caracteriza por não ter suas características reguladas em lei, sendo que seus contornos são criados livremente pelos contratantes, a partir de tipos previamente estabelecidos ou mesmo criando figuras novas, em razão da liberdade de contratar.

Na doutrina, semelhantes conceituações são identificadas, tal como a proposta por Álvaro Villaça Azevedo, pelo qual “(...) os contratos são típicos, quando possuem regulamentação específica na lei, e atípicos, quando não a possuem”¹⁸. Rachel Sztajn, por sua vez, os define do seguinte modo: “(...) ao lado dos contratos típicos encontram-se aqueles cuja disciplina legal não é predeterminada e particularizada. Ditos atípicos, tais contratos devem subordinar-se, à falta de tipicidade legal, aos princípios gerais das obrigações e contratos”¹⁹; “contratos típicos são os contratos nominados, aqueles que têm nome jûris, têm individualidade e regras próprias,

14 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.128.

15 Que, a título de curiosidade, eram denominados por Ulpiano como “contractus incerti” (contratos incertos).

16 Acerca do processo de reconhecimento desses contratos, ensina Caio Mario da Silva Pereira que: “O Direito Romano dividia-os em duas largas classes: nominados e inominados. Aqueles se compunham de figuras contratuais identificadas por suas linhas dogmáticas precisas e definidas, e designados por seus próprios nomes(...). Dai chamarem-se nominados. Eram espécies contratuais completas, geradoras de direitos e obrigações em sua plenitude. Revestidos de ações, desenvolviam todo o plano existencial em frases dotadas de amplos efeitos, desde sua origem, quando nasciam por uma das modalidades de formação normal a que Gaius alude (*verbis, litteris, re aut consensu*), até a *solutio* espontânea ou coativa. Mas a complexidade da vida romana opôs-se à contenção dos negócios dentro de tais esquemas. Outras convenções apareceram, com aspecto contratual, não enquadradas, porém, nos modelos conhecidos e denominados, aos quais não se podia reconhecer uma *actio*, o que nem por isso autorizava se considerarem desprovidas de efeitos, já que habilitavam o interessado a exigir a contraprestação por via de uma *condictio*. A estes, de princípio *simples pacta*, não se pode recusar a categorial contratual. Apelidou-os o direito justinianeu de contratos inominados, e a eles foi atribuída uma ação – *actio praescriptis verbis*. Dai os romanistas dividirem as várias espécies de contratos romanos em duas grandes classes: a dos nominados e a dos inominados, os primeiros revestidos de todos os efeitos, e os segundos somente admitindo-os por via indireta”, cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil - vol III*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 59-60.

17 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 7.

18 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 138.

19 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 6.

típicas. Contratos atípicos ou inominados são os que não contam com essa disciplina específica e se subordinam às disposições gerais aplicáveis ao negócio visado (...)”²⁰.

Waldírio Bulgarelli assim os conceitua: “Além dos contratos que têm seus requisitos intrínsecos específicos, devidamente disciplinados pela lei (ditos, por isso, nominados ou típicos), outros há que, com base na autonomia privada, são livremente concebidos pelas partes; por isso, são chamados inominados ou atípicos”²¹.

Ainda, Silvio Rodrigues assim ensina: “Inominados ou atípicos são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico”²².

2.3.2 Origem Etimológica

A nomenclatura atribuída a esses contratos se justifica em razão de que, sendo chamados de nominados, seriam eles contratos com nome próprio e específico estabelecido pela lei, ao passo em que os inominados seriam contratos sem uma nomenclatura específica prevista na legislação.

Por outro lado, estes contratos também são chamados de típicos ou atípicos, hipótese em que, como afirma Álvaro Villaça Azevedo, teriam a significação de presentes ou ausentes do ordenamento jurídico, na medida em que “a palavra “típico” advém do termo latino *typus*, i,

que significa tipo, modelo, molde, original, retrato, forma, exemplar, imagem, classe, símbolo, cunho, representação, que serve de tipo, de característico, e *typus* vem do grego *typos* (o que foi forjado, batido) (...)”²³.

2.3.3 Questão Terminológica

Como visto, por vezes os contratos não regulamentados são tratados, de forma indistinta, como sendo inominados ou atípicos, opostos aos nominados ou típicos.

O uso destas nomenclaturas é utilizado tradicionalmente em diversas legislações, e muitas vezes (quase sempre) com a ideia de se tratarem dos mesmos institutos, expressando equivalência de significado.

Nesse sentido, exemplificativamente, verificamos que o Código Civil brasileiro se utiliza da expressão contratos atípicos. A lei argentina, por sua vez, para tratar do mesmo instituto, faz menção a contratos nominados e inominados^{24 25}.

Diversamente, o Código Civil italiano não utiliza nenhuma das nomenclaturas específicas, fazendo somente referência à possibilidade de celebração de contratos não regulamentados em lei, mesma postura adotada pelo direito português e espanhol. Não obstante, é comum na literatura jurídica dos referidos países a adoção das nomenclaturas atípicos e inominados.

Entretanto, verifica-se na doutrina questionamentos quanto à nomenclatura mais adequada a ser empregada a esses contratos²⁶

20 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 14.

21 BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 85.

22 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil v. III*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

23 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 137.

24 Código Civil argentino, Art. 1143. “Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designe o no, bajo una denominación especial”.

25 Criticando o emprego da nomenclatura nominados e inominados, Farina comenta que: “La doctrina jurídica actual critica la terminología contratos nominados y contratos innominados, por resultar inapropiada. Se señala que esta denominación empleada por el Código Civil no es correcta, pues la moderna doctrina ya no habla de contratos nominados e innominados, sino de típicos y atípicos. Conforme a este criterio, contratos típicos son aquellos que tienen su regulación en la ley, que los precisa y les otorga una disciplina en cuanto a su contenido, sus efectos e, incluso, sus requisitos formales. Contratos atípicos son aquellos no regulados por la ley, surgidos a la vida jurídica en razón de la libertad de contratación (...) Por ello, lo relevante no es que la ley otorgue o no un nombre al contrato – expresa Spota- sino que éste tenga su regulación propia(...)”. Cf. FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 293.

26 Nesse sentido, dentre outros, afirma o professor Waldírio Bulgarelli: “Já vimos que a denominação de atípicos é mais apropriada, de vez que essa classificação refere-se ao fato de a lei não ter consagrado o seu tipo”, cf. BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 85.

27. De fato, o uso da expressão “típico”, tende a ser mais abrangente que a expressão “nominado”. Isso porque, nominado, no sentido literal do termo, se restringe à existência de um nome previsto em lei, ao passo que os termos “típico/atípico” envolvem a existência ou não de parâmetros e regras que regulem o contrato dentro do ordenamento jurídico. Portanto, tomando por conceito desses contratos a existência ou não de regras específicas em lei, soaria mais apropriada, sob um prisma eminentemente técnico, a utilização da nomenclatura contratos típicos e atípicos, por ilustrarem mais adequadamente o alcance do conceito proposto. Até porque, dentro dessa análise, é plenamente possível que um contrato tenha um nome estipulado em lei (sendo, nesse contexto, nominado), sem que, entretanto, a lei lhe atribua tratamento legal específico (sendo, nesse aspecto, atípico). Entretanto, como dito, é tradição de longa data a utilização indistinta de ambos os termos para identificação de um mesmo instituto²⁸, sem apego às minúcias técnicas acima mencionadas, razão pela qual assim faremos ao longo do presente trabalho.

Abordando tal questão, Messineo, citado por Álvaro Villaça Azevedo, aponta que “*a expressão contrato inominado equivaleria a um contrato que não tem nome no sistema legal; mas, definitivamente, o não possuir um nome depende, a seu turno, do fato de que o referido contrato não está sujeito a disciplina própria; e é este último o exato conceito de contrato inominado*”²⁹.

3. CLASSIFICAÇÕES APLICÁVEIS AOS CONTRATOS INOMINADOS

Diversos autores apresentam propostas de classificação para os contratos inominados ou atípicos. Frente a isso, façamos uma análise de parte dessas classificações.

Álvaro Villaça Azevedo classifica-os em duas grandes categorias, quais sejam, (i) os contratos atípicos singulares (atípicos individualmente considerados) e (ii) os contratos atípicos mistos. A primeira categoria caracteriza-se pela singularidade, criando uma nova forma individualizada, ao passo que os atípicos mistos são contratos que podem envolver a mistura entre elementos de contratos típicos, formando um novo contrato, ou entre elementos de diferentes contratos atípicos, ou ainda mediante a mescla entre formas típicas e atípicas³⁰.

No direito comparado, observa-se semelhante classificação, tal como propõe Francesco Messineo³¹, ao dividir os contratos em (i) inominados puros (inominados em sentido estrito) e (ii) inominados mistos. Os primeiros (contratos inominados puros) seriam caracterizados pelo conteúdo absolutamente estranho aos tipos contratuais existentes ou pela inserção de elementos estranhos aos tipos legais, ao passo que os segundos (contratos inominados mistos) seriam contratos compostos por elementos conhecidos, oriundos de figuras contratuais típicas, mas dispostos de maneira diferenciada, formando uma combinação distinta, sendo, portanto, um contrato unitário composto por elementos de diferentes contratos, uma união diferenciada

27 Observando esse mesmo fato, Caio Mario da Silva Pereira afirma que “*mais recentemente, a doutrina inclina-se pela substituição da nomenclatura tradicional por esta outra – contratos típicos e contratos atípicos – atendendo a que não é a circunstância de ter uma designação própria (nomen iuris) que preleva, mas a tipicidade legal*”, cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil - vol III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 60. E Farina conclui que: “*Hoy no interesa tanto que los contratos tengan una denominación, sino si están regulados o no por la ley; de onde se explica por qué los autores actuales prefieren hablar de contratos atípicos antes que de contratos innominados*” cf. FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p.292.

28 E sob esse enfoque, plenamente aplicável, ao direito atual, a lição de José Carlos Moreira Alves, destinada ao Direito Romano: “*Quando se denominam essas convenções contratos inominados, não se pretende, com isso, significar que elas não tenham ou não possam ter nome próprio (...) mas, sim, que são contratos atípicos, isto é, contratos não reconhecidos (...) como figuras singulares*”, cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano vol. II*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.214.

29 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2004, p.138.

30 Semelhante classificação é proposta também por Orlando Gomes, que propõe a divisão entre (i) contratos atípicos propriamente ditos (que se caracterizam pela originalidade) e (ii) contratos mistos (que compõem-se de elementos de outros contratos).

31 MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 3.ed. Milão: A. Giuffrè, 1948, p. 226.

de qualquer tipo contratual regulado. Ainda na mesma linha de pensamento, Pedro Pais de Vasconcelos classifica os contratos atípicos distinguindo entre (i) os contratos atípicos puros (que são completamente diferentes dos tipos contratuais legais) e (ii) os contratos atípicos mistos (construídos a partir de um ou mais tipos contratuais combinados ou modificados em razão do interesse e necessidade das partes contratantes), ressaltando que, na prática, quase todos os contratos atípicos são mistos³².

Divergindo dos autores acima, Arnaldo Wald afirma que os contratos mistos não seriam modalidade de contrato atípico, de forma que, em sua concepção, a classificação se daria entre três distintas categorias, ou seja, os típicos, os atípicos e os mistos, sendo portanto os dois últimos categorias distintas, diversamente do alegado pelos doutrinadores anteriores, que enxergam neles uma relação de gênero e espécie. Wald enfatiza sua posição ao mencionar que *“o contrato misto se distingue do atípico pois utiliza a regulamentação e a estrutura de contratos nominados, mas realiza uma fusão de diversos figurinos ou moldes num contrato só”*³³, em contraposição aos atípicos, que *“não têm estrutura fixada pela lei e dependem exclusivamente da convenção das partes para assentar os direitos e obrigações deles decorrentes”*³⁴.

Pontes de Miranda, ao tratar do tema em seu Tratado, também diferencia os negócios mistos dos contratos atípicos, sob a justificativa de que o negócio misto envolve o emprego do conteúdo de dois ou mais tipos dentro de uma unidade negocial concreta, mas que, a despeito da fusão, ficaria ressaltada a tipicidade. Diversamente, trata dos contratos atípicos em tópico diverso, como sendo aqueles que não podem ser insertos em contrato típico ou em uniões de contratos típicos³⁵.

Partindo de um ponto de vista distinto em relação aos autores acima (e fazendo crítica quanto à utilidade prática da classificação³⁶ entre contratos puros e mistos), o autor argentino Juan Farina propõe uma classificação diversa dos contratos atípicos, sob o seguinte aspecto: (i) contratos atípicos sem tipicidade social e (ii) contratos atípicos com tipicidade social (ou consuetudinária). Os primeiros seriam criações originais das partes, inovadoras, sem ter bases nos usos e costumes, sendo, portanto, desconhecidos. Já os segundos (atípicos com tipicidade social) seriam contratos não regulamentados em lei, mas com reiterado uso prático, formando um modelo assentado nos usos e costumes. Na interpretação desse contrato, deve se observar os costumes, a doutrina e a jurisprudência, formados em razão do uso constante do tipo contratual. Nessa hipótese, apesar de legalmente atípico, o contrato não constitui uma criação/ inovação das partes, pois se adota um modelo que foi moldado pelo costume e pela prática, possuindo características e regras de ampla aceitação social.

Consequentemente, pelo raciocínio do autor, a tipicidade contratual, por sua vez, poderia ser classificada em tipicidade legal (que se funda na lei) e tipicidade social (que se funda nos costumes).

4. DISCIPLINA DOS CONTRATOS INOMINADOS

4.1 Os Contratos Inominados ou Atípicos na Legislação

Conforme mencionado anteriormente, os contratos inominados ou atípicos, em razão de permitirem uma melhor adequação do contrato às necessidades específicas das partes, representam uma realidade que se impõe face ao

32 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 212-213.

33 WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 11.ed. São Paulo: RT, 1994, p. 179.

34 WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 11.ed. São Paulo: RT, 1994, p. 178.

35 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial – Tomo XXXVIII*. 2ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962, p. 367 e 369.

36 FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 295-296.

direito. De fato, como comentado por ocasião do tratamento histórico, mesmo o Direito Romano, que originalmente não aceitava tais contratos, se viu diante da iminente necessidade de reconhecê-los, dada a imposição destes frente às exigências cotidianas, em especial para as relações comerciais.

No Brasil, da mesma forma, os contratos inominados são instrumentos de comum utilização, razão pela qual são admitidos já há tempos. Não obstante, o Código Civil de 1916 não os contemplou expressamente, apesar do tratamento doutrinário e jurisprudencial.

O Código Civil de 2002, inovando sob este aspecto, tratou expressamente do tema, embora em apenas um artigo. Nesse sentido, o texto do artigo 425 dispõe: *“É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”*.

Desta forma, a legislação atual se limitou a uma norma ampla, sem maiores minúcias, assegurando somente a liberdade de contratação de contratos atípicos, que deverão observar as normas gerais previstas no Código Civil. De fato, tal norma, como assevera Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *“era desnecessária, uma vez que os contratos inominados ou atípicos desde muito vêm sendo livremente celebrados no Brasil com fundamento nos princípios constitucionais da liberdade das convenções e de iniciativa, expressões da autonomia privada (CF art. 5o, II e 170, caput)”*³⁷. Ou seja, em um primeiro plano e sob um prisma eminentemente prático, a autorização da celebração de contratos atípicos pelo referido artigo em nada inovou, visto que somente reconheceu uma realidade há muito estabelecida em nosso país. Por outro lado, referido dispositivo indicou o regime jurídico à que se submetem tais contratos, informando que deverão observar as normas gerais fixadas no Código.

Verifica-se que a posição adotada no ordenamento brasileiro não difere substancialmente da posição de outros ordenamentos. Nesse sentido, o Código Civil argentino é, tal qual o brasileiro, bastante

sucinto ao tratar da matéria. De fato, o artigo 1.143 do Código argentino se limita a uma definição legal, ao determinar que *“Los contratos son nominados, o innominados, según la ley los designe o no, bajo una denominación especial”*, sendo que só volta a tratar do tema dos inominados no artigo 2180, referindo-se aos efeitos dos vícios redibitórios.

O Código Civil italiano, por sua vez, se refere ao instituto da seguinte forma (e sem adotar uma denominação expressa): *“Art. 1322 Autonomia contrattuale - Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*; *“Art. 1323 Norme regolatrici dei contratti - Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo”*.

O Código português igualmente não utiliza expressamente a nomenclatura *“atípicos”* ou mesmo *“inominados”*, mas assegura sua liberdade de contratação, através do artigo 405 (que trata da liberdade contratual), que dispõe que *“1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”*.

O Código espanhol assegura também a liberdade de contratação em seu artigo 1255, ao dispor que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*.

Assim, como visto, a legislação brasileira, que é sucinta como a maioria da legislação

37 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, vol. 126, 2002, p.31.

estrangeira apresentada no que concerne ao tema, se limitou a assegurar o direito de celebração de contratos atípicos, determinando a observância das regras contratuais gerais. Frente a isso, passaremos, no tópico a seguir, a tratar sobre as regras aplicáveis a esses contratos.

4.2 Conteúdo dos Contratos Inominados e Regras Gerais a Serem Observadas na Sua Contratação

Como visto, o Código Civil reconhece expressamente a possibilidade de celebração de contratos inominados ou atípicos, determinando que eles devem observar as regras gerais dos contratos. É certo que tal ideia, embora somente agora explicitada em lei, já era aceita mesmo na vigência do código de 1916.

Assim, nos contratos inominados, as partes poderão criar, por meio do contrato, as regras específicas da relação. É certo que a lei prevê regras contratuais gerais, que devem ser observadas, mas dada a ausência de normas legais específicas ao tipo contratual, em razão do contrato não ser regulamentado, fica atribuída às partes a criação dessas regras especiais aplicáveis ao caso concreto. Logo, frente à inexistência de regras legais especiais sobre o tipo contratado, as partes ficam submetidas apenas às regras contratuais que estipularem. As cláusulas criadas pelas partes são, portanto, a princípio válidas, na medida em que inexistem regras delimitadoras ou restritivas instituídas em lei. Atribui-se grande força ao conteúdo contratado, visto que em relação a ele a lei não cria limites específicos ou restrições.

Deste modo, estando presentes os requisitos de validade do negócio jurídico, ou seja, sendo as partes capazes, o objeto do contrato lícito e a forma não violando a lei, atribui-se às partes liberdade de fixação do conteúdo contratual.

Entretanto, essas regras específicas, passíveis de livre escolha pelas partes, devem

limitar-se, adequar-se, às regras gerais dos contratos. Pode-se, aqui, utilizar a figura da moldura, invocada por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa³⁸, pela qual as regras gerais seriam uma “moldura fixa”, dentro da qual as cláusulas contratadas representam um novo conteúdo, substituível a cada contratação, de acordo com os interesses e necessidades das partes. Seriam, essas regras gerais, moldes genéricos, que devem ser ajustadas aos moldes específicos de cada contrato atípico individualmente concebido.

Assim, constatando a livre possibilidade de celebração de contratos atípicos, mas submetidos à observância de princípios gerais impostos pelo Código Civil, notamos a presença de duas tendências, já citadas por Arnoldo Wald. Isto porque, referido autor, de um lado, cita a tendência à crescente utilização dos contratos atípicos, mencionando que “a tendência do direito se manifesta no sentido de permitir às partes a criação de número ilimitado de contratos atípicos ou inominados que somente se regulam pelos princípios gerais referentes aos contratos e, supletivamente, por normas jurídicas referentes a algum contrato típico análogo”³⁹. Mas, paralelamente, observa também a tendência de maior interferência nas relações contratuais. Nesse sentido: “a atual tendência do direito para uma maior interferência nos contratos visa a ampla proteção para o elemento economicamente fraco, não pretendendo todavia reduzir ou limitar o número de contratos inominados e a liberdade que os contratantes têm de criar novos tipos de contratos(...) O que a lei pretende estabelecer são as condições mínimas de ordem pública em relação a todos os contratos a fim de evitar o enriquecimento sem causa, a usura, a coação econômica”⁴⁰.

Desta forma, observamos que, se hoje é expressamente assegurada a celebração de contratos atípicos, por outro lado esses contratos devem se submeter a diversas normas

38 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, vol. 126, 2002, p.32.

39 WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 11.ed. São Paulo: RT, 1994, p.178.

40 WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 11.ed. São Paulo: RT, 1994, p.180.

gerais impostas pela lei, visando equilibrar as relações e estipular regras mínimas de justiça.

Logo, os contratos inominados ou atípicos, embora não sejam objeto de normas específicas, devem observar as diversas regras e princípios gerais imputadas aos contratos pela legislação.

4.3 Atipicidade Legal (Normativa)

A partir dos diversos conceitos obtidos da doutrina nacional e estrangeira, a definição de contrato atípico ou inominado está diretamente vinculada à existência ou não de tratamento legal específico. Portanto, de acordo com a doutrina majoritária, a tipicidade somente se dá mediante a existência de texto legal que discipline regras específicas para um determinado tipo contratual. Em sentido inverso, a caracterização da atipicidade é decorrente diretamente da inexistência desse texto, o que caracteriza a chamada atipicidade legal ou atipicidade normativa.

4.4 Atipicidade Padronizada (Atípicos Socialmente Típicos)

Relativizando a ideia exposta no item anterior, parte da doutrina entende que a tipificação pode decorrer também dos usos e costumes, da prática reiterada, aceita amplamente pela sociedade. Nesse caso, estaríamos diante dos contratos que são legalmente atípicos (por não possuírem previsão em lei), mas socialmente típicos, por estarem assentados na prática reiterada, nos usos e costumes⁴¹.

Frente a essa ideia, alguns autores, como Juan Farina, defendem inclusive o emprego de uma nova terminologia para descrever os contratos típicos, dividindo-os em contratos com tipicidade legal e contratos com tipicidade

social (ou consuetudinária)⁴². Na posição desta corrente, certos contratos oferecem tipicidade em virtude dos usos e da prática reiterada, antes mesmo que o legislador os recolha e dê tratamento legislativo.

Nessa linha de pensamento, Pedro Pais de Vasconcelos argumenta que *“a atipicidade contratual coloca-se em dois planos: no plano legal e no plano social. São realidades diferentes os contratos legalmente típicos e os contratos socialmente típicos, os contratos legalmente atípicos e os contratos socialmente atípicos. Os contratos, quando se ajuíza da sua tipicidade ou atipicidade, podem pois dividir-se em três campos: o dos contratos legalmente típicos, o dos contratos legalmente atípicos mas socialmente típicos e o dos contratos legal e socialmente atípicos”*⁴³.

Esse fenômeno da tipificação social já foi observado pela doutrina brasileira. Rachel Sztajn fez menção a ele, denominando-o de *“atipicidade padronizada”*⁴⁴, que tem origem na tipicidade social (que não se confunde com a tipicidade normativa). Isto porque, as características do contrato seriam decorrentes de um padrão imposto pela prática, algo bastante comum no comércio. De fato, como observa Silvio Rodrigues, *“A utilização constante e reiterada de determinado tipo de negócio se difunde, de modo que tende a padronizar-se, estabilizando regras que se inculcam nos costumes e merecem o beneplácito da jurisprudência”*⁴⁵.

Dessa forma, diferenciariam-se os contratos legalmente atípicos mas com tipicidade social, aos quais, na sua interpretação, seriam empregados os usos e costumes, a doutrina e a jurisprudência, dos contratos atípicos inovadores, sem tipicidade social. Para os primeiros, o julgador pode buscar parâmetros, decorrentes da prática e da aceitação social,

41 Contrariamente a essa ideia, sustenta Marcos Paulo de Almeida Salles: *“O contrato é típico ou atípico, não por força de sua utilização em maior ou menor quantidade, portanto não depende dos usos e costumes para se tipificar, mas somente do ordenamento jurídico, que, com seu reconhecimento expresso àquele negócio, procura criar-lhe condições reguladoras e integrativas especiais”*, cf. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *O contrato futuro*. São Paulo: Cultura, 2000, p. 108.

42 FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 294.

43 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 1.

44 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8.

45 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil v. III*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

o que para os segundos é inviável, dada a novidade que os caracteriza, trazendo elementos desconhecidos e inovadores.

Nesses contratos atípicos com tipicidade social, um elemento ideal o justifica, sendo a causa comum para a repetição de condutas por diversas pessoas, que adotam a utilização de um mesmo padrão não previsto em lei. A tradição no uso do modelo cria sua identificação.

Logo, as partes que adotam um contrato assim qualificado nada estão criando e tampouco inovando, mas apenas pautando-se em regras já estabelecidas, ainda que costumeiras. Foi o costume que moldou os contornos contratuais, criando um fator de aceitação social de suas regras e condições.

No Brasil, a título de exemplo, nos parece que podemos observar essa situação na figura do contrato de *factoring*. Esse contrato, embora não possua uma legislação específica (ressalvadas eventuais menções na lei visando regular questões de ordem tributária), tem plena aceitação social e doutrinária⁴⁶. De fato, é característica do *factoring*, assentada nos costumes e expressamente reconhecida na doutrina, a impossibilidade de regresso do faturizador contra o faturizado em caso de não pagamento do título transferido. Sendo o título de crédito transferido por endosso, a legislação especial prevê a possibilidade do endossante se tornar coobrigado pela dívida, o que viabilizaria o regresso. Mas o *factoring* tem como regra própria a assunção do risco de crédito pelo faturizador, vedando o regresso. Essa regra, devidamente assentada nos costumes (tendo sido até matéria de questionamento em exame da Ordem dos Advogados do Brasil⁴⁷), demonstra claramente uma situação de padronização de

um contrato atípico, com base nos costumes e na prática socialmente estabelecida.

Por outro lado, dentro do contexto dessa análise, a doutrina compreende também a possibilidade de existência de contratos legalmente típicos, mas socialmente atípicos, visto que, embora regulados em lei, não tem utilização efetiva na prática.

4.5 Nominatividade X Tipicidade

Outro enfoque, proposto por alguns autores⁴⁸, diz respeito à questão da diferença entre a nominatividade de um contrato em relação à sua tipicidade. Ou seja, se, diversamente da ideia comum e tradicional de terminologias sinônimas, tomarmos por base um conceito restrito de contrato nominativo (sendo aquele ao qual a lei atribui um nome próprio), distinto do conceito de contrato típico (aquele com regulamentação específica em lei), teríamos situações diversas. Isto porque, observaríamos contratos aos quais a lei não atribui nome nem regramento especial (sendo, portanto, inominados e atípicos). Porém, por outro lado, poderíamos imaginar contratos aos quais a lei até atribui um nome próprio (e aí seriam nominados), mas sem determinar suas regras específicas (portanto atípicos).

Pedro Pais de Vasconcelos defende tal posição, afirmando que *“hoje em dia é possível distinguir e é útil que a distinção seja feita (...) A distinção entre contratos nominados e inominados deve ser reservada, no direito actual, para os casos em que o contrato tem, ou não tem um nome na lei. A distinção entre os contratos típicos e atípicos deve ser reservada para os casos em que o contrato tenha, ou não*

46 Nesse sentido: Fábio Konder Comparato (Factoring, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 6, 1972, p. 59-60), em que afirma expressamente que, no *factoring* “(...) há, também, uma garantia contra o risco de inadimplemento dos créditos transferidos(...) com efeito, a transferência de crédito se opera de modo definitivo, sem direito de regresso”; Fran Martins (*Contratos e obrigações comerciais*, 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 474), que explicita que “é princípio da essência do contrato de faturização o fato de não responder, o faturizado, ao ceder os seus créditos, pela solvência do devedor, no caso o comprador, correndo, assim, por conta da empresa de faturização o risco do não recebimento já que a mesma não pode se voltar contra o faturizado para que esse satisfaça a obrigação não cumprida pelo comprador”; Arnaldo Rizzardo (Factoring, 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 134) e Orlando Gomes (*Contratos*, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 580), entre outros.

47 Exame da OAB/SP número 117.

48 Nesse sentido, o autor argentino Hector Masnatta, cf. MASNATTA, Hector. *El Contrato atípico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 20, e o autor português Pedro Pais de Vasconcelos, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p.208.

*tenha, na lei ou na prática, um modelo típico de disciplina própria*⁴⁹.

Não obstante esse enfoque proposto pelos autores mencionados, relembramos que no Brasil prevalece a utilização das terminologias de forma equivalente, desprezando o aspecto técnico que diferenciaria os termos em favor da tradição no emprego comum das nomenclaturas.

4.6 Teorias sobre a Aplicação de Normas aos Contratos Inominados

Visando a interpretação e aplicação de normas aos contratos inominados ou atípicos (em especial os contratos atípicos mistos, criados com elementos oriundos de outros contratos), a doutrina desenvolveu diferentes teorias.

Uma primeira é a “Teoria da Combinação”, pela qual seria possível isolar os elementos presentes em um contrato atípico, de modo a se aplicar as regras jurídicas próprias daquele elemento (previstas na regulamentação do contrato típico de origem do elemento). Logo, nesse contexto, o contrato atípico seria regulado pela combinação de diferentes normas de cada contrato típico de onde se tenha obtido elementos.

Uma segunda hipótese é a “Teoria da Absorção”, pela qual o contrato atípico teria um elemento preponderante, que se destacaria dentre os elementos contratuais, subordinando os demais. Assim, em razão do elemento preponderante, o contrato seria absorvido pelo contrato típico detentor do elemento preponderante.

Terceira ideia é a “Teoria da Aplicação Analógica”, pela qual o interprete deve procurar o contrato típico com maior semelhança ou proximidade para aplicar as suas regras ao contrato atípico.

Não obstante essas diferentes ideias, a doutrina (como defendida por Orlando Gomes e Juan Farina) entende que nenhum desses três enfoques é plenamente suficiente para solução da interpretação dos contratos atípicos de forma satisfatória.

Ainda, existem doutrinadores que enfatizam também o papel dos usos e costumes na interpretação dos contratos atípicos, em especial para os contratos com a chamada “tipicidade social” (como mencionado no ponto 4.4).

Assim, verificam-se diferentes propostas tentando solucionar o problema das regras aplicáveis na interpretação dos contratos inominados, sem que nenhuma seja acolhida unanimemente entre os doutrinadores. Relembre-se, ainda, que a lei brasileira, por sua vez, acerca do regime jurídico aplicável, silenciou a esse respeito, limitando-se a determinar a observância das regras gerais contratuais.

4.7 Contratos Inominados e Contratos Coligados

Os contratos inominados (ou atípicos) diferenciam-se dos contratos coligados. Isto porque, os contratos inominados, ainda que formados, exclusivamente, por elementos inovadores, ou mesmo pela união de elementos inovadores com elementos já conhecidos, ou ainda exclusivamente pela união de elementos contratuais conhecidos, têm por característica uma unidade de causa, ou seja, o resultado é um contrato único. Diversamente, os contratos coligados são diversos contratos (pluralidade de contratos), do qual o resultado pretendido se dará mediante a soma dos resultados individuais. Nessa hipótese, cada contrato envolvido não perde sua individualidade, sua autonomia.

4.8 O Fenômeno do Recolhimento ou Transformação do Contrato Inominado ou Atípico

É tendência que, havendo o uso reiterado de um determinado contrato atípico ao longo do tempo⁵⁰, busque o legislador dar-lhe regulamentação específica, visando oferecer aos contratantes maior segurança jurídica e

49 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p.208.

50 Como observa Arnoldo Wald, “*com o decorrer do tempo os contratos atípicos se transformam em contratos típicos*”, cf. WALD, Ar-

previsibilidade⁵¹. Havendo tal regulamentação, passará o contrato a possuir regras próprias. Assim, verificar-se-á o fenômeno do recolhimento ou da transformação do contrato inominado ou atípico, hipótese em que o contrato, até então não contemplado no conjunto de tipos previstos em lei (e, portanto, atípico ou inominado), passa a integrar a categoria dos contratos típicos/nominados, com regras próprias e específicas.

Esse fenômeno é bastante comum e atesta a importância dos usos e costumes na criação dos contratos típicos. Isso porque, como ensina Rachel Sztajn⁵², a origem dos tipos legais está no tráfico econômico, construído a partir dos usos e costumes, nas formas de comportamento social. A prática, entre os empresários, de padronizar cláusulas e condições acaba ganhando a conotação de comportamento socialmente aceito e de conduta reiterada, que se mantém ao longo do tempo e cria um tipo social. Quando esses contratos, socialmente aceitos, são incorporados à legislação, passam a integrar o rol de tipos legais. Verifica-se então o recolhimento do tipo, transformando-o em um novo contrato nominado ou típico.

Desse modo, podemos até mesmo considerar que a tipicidade social (atipicidade padronizada) de um contrato é quase que um estágio prévio à tipificação legal, tendo em vista que raros são os tipos legais criados originalmente pela imaginação do legislador, sem uma prévia padronização costumeira. Essa observação é também feita por Pedro Pais de Vasconcelos em sua obra, mencionando que *“os catálogos de modelos de contratos que o direito privado coloca à disposição das pessoas para que os utilizem nas suas relações recíprocas não são, na maioria das vezes, inventados pelo legislador”* *ex novo*

noldo. Obrigações e contratos. 11.ed. São Paulo: RT, 1994, p. 180.

51 Ou mesmo buscando outra finalidade, como nota Pedro Pais de Vasconcelos, ao mencionar que eventualmente a tipificação tem por fim tornar o contrato uma base para incidência de impostos, ou mesmo para proibir certas práticas, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p.23.

52 SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 11-12.

53 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 22.

54 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, vol. 126, 2002, p. 32.

55 Observação também feita por Pedro Pais de Vasconcelos: *“Quando configura e constrói os tipos legais a partir dos tipos sociais, o legislador não é obrigado a respeitá-los na íntegra. Pode modificá-los e usualmente modifica-os”*, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 63.

*e correspondem à recolha que é feita na lei daquilo que é característico dos contratos que com maior frequência se celebram na prática. A maior parte, senão a quase totalidade, dos tipos contratuais legais nasceram da prática na contratação”*⁵³.

Porém, como notado por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁵⁴, por vezes a tipificação do contrato é feita de modo imperfeito ou incompleto⁵⁵, hipótese em que caberá aos contratantes utilizar-se da estrutura contratual tipificada e a partir dela efetuar eventuais ajustes, mediante a inserção de elementos de interesse das partes, desde que admitidos pela legislação.

5. CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DE UM CONTRATO INOMINADO

5.1 Análise Dos Critérios Propostos

Uma das dificuldades que se verifica a partir dos estudos dos contratos inominados ou atípicos é o estabelecimento de um critério para determinar se um contrato é típico/nominado ou atípico/inominado. Não obstante o conceito de tipicidade/atipicidade seja relativamente simples na teoria, na prática se observam constantes discordâncias entre autores, no que concerne à definição de um determinado tipo contratual como sendo tipificado ou não. Nesse aspecto, tomo como exemplo o contrato de franquia. Para parte da doutrina, esse contrato é um contrato típico, enquanto outra corrente o define como atípico. Mesma situação do contrato de leasing (arrendamento mercantil).

Observamos, portanto, a utilização de critérios distintos para efetivação da referida classificação.

Um dos critérios verificados envolve a questão da nominatividade. Ou seja, pelo critério da nominatividade (que eu chamaria de conceito amplificado de tipicidade), basta que um contrato seja mencionado em lei, ou seja, que a lei lhe atribua nominatividade, independentemente de efetiva regulação estrutural, para que ele seja considerado um contrato nominado/típico. Sob a ótica desse critério, tanto o contrato de franquia como o de leasing seriam considerados, no Brasil, contratos típicos.

Um segundo critério envolve a questão da regulamentação do contrato propriamente. Nesse caso (que eu chamaria de um conceito restrito de tipicidade), não bastaria a previsão de um nome em lei para o contrato ou mera menção legal ao instituto, mas a tipicidade demandaria uma efetiva regulamentação e disciplina do contrato (possibilitando o que Pedro Vasconcelos se referiu como contratação por referência, em razão da existência de uma referência legal para o contrato). Nesse sentido, comenta o referido autor: *“Não basta que a lei se refira a um tipo contratual para que ele exista como tipo contratual legal. É necessário que na lei se encontre um modelo regulativo, pelo menos tendencialmente completo, de tal modo que seja possível contratar por referência, sem que as partes tenham de clausular o fundamental do contrato, e que possa servir de padrão, não só na contratação, mas também na integração e na decisão de casos controvertidos”*⁵⁶. Sob o contexto desse critério, o contrato de franquia, no Brasil, seria um contrato inominado ou atípico (vide as considerações do ponto seguinte). Esse critério, portanto, em comparação com o anterior, demonstra extrema diferença em relação aos limites e ao alcance do conceito de tipificação.

Orlando Gomes apresenta um terceiro critério, que é o critério da causa ou função econômico-social, pela qual o contrato atípico há de ser proveniente de causa única, e que deve coincidir com o escopo que as partes

pretendem alcançar (o que desejam obter em termos de interesse econômico)⁵⁷, formando figura singular que não se enquadra nos tipos previstos em lei.

Álvaro Villaça Azevedo, por sua vez, propõe critério alternativo⁵⁸, consubstanciado na análise das prestações, de modo a observar se as prestações do contrato em análise correspondem a prestações de algum contrato típico. Não havendo a correspondência aludida, o contrato será atípico.

Assim, verifica-se que não existe um padrão para caracterização dos contratos atípicos, sendo apresentadas aqui algumas propostas ou critérios mencionados na doutrina para delimitação dos contratos atípicos.

5.2 Questões Controvertidas

A partir da dificuldade de se definir os critérios para a delimitação do conceito de atipicidade, surgem algumas questões controvertidas quanto à plena compreensão do enquadramento de um contrato como nominado/típico ou inominado/atípico e consequências desta classificação. Para visualizar a problemática, exponho a seguir algumas dessas questões.

Um primeiro exemplo, já mencionado anteriormente, é o contrato de franquia, onde se verifica discussões doutrinárias quanto à sua classificação como contrato típico ou atípico, em razão de que, embora exista uma “lei de franquia” (o que lhe atribui um nome), referido texto não destinou especial atenção às disposições do contrato, mas cuidou especialmente da fase pré-contratual, dando minuciosas referências ao instrumento de Circular de Oferta de Franquia, mas sem igual atenção ao contrato de franquia propriamente dito. Assim, diante de tal cenário, parte da doutrina entende que essa lei foi suficiente para configurar a tipificação, enquanto outra parte defende que o diploma em comento não tipificou o contrato, por não conferir elementos

56 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina. 1995, p.8.

57 Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 156-157.

58 Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 157.

que permitam a chamada contratação por referência, atribuindo às partes a definição das disposições contratuais.⁵⁹

Um segundo caso, bastante curioso, é o do contrato de distribuição e a questão da nominatividade. O contrato de distribuição, antes da vigência do Código Civil de 2002, era conhecido como um contrato que tinha por característica a compra de mercadorias pelo distribuidor para posterior revenda (distribuição) no mercado. Dada a ausência de tratamento legislativo específico, referido contrato poderia ser considerado inominado ou atípico. Entretanto, curiosamente o Código Civil tipificou um contrato de distribuição, que não corresponde à ideia anteriormente associada. Frente a isso, temos que o antigo contrato continua atípico, dada a ausência de regras próprias ao tipo, não obstante o Código Civil tenha tipificado (e nominado) um contrato de distribuição, vide artigo 710 e seguintes, cuja estrutura não corresponde ao que antigamente assim se denominava. Logo nos deparamos na atualidade com uma estrutura contratual nominada e típica (Distribuição do Código Civil) e outra atípica (o “tradicional” contrato de distribuição), o que leva inclusive alguns autores a propor diferentes nomes para distinguir esses contratos e solucionar a confusão terminológica criada pelo Código Civil, tal como faz Fábio Ulhoa Coelho, ao referir-se aos contratos como “Distribuição-Aproximação” (que seria o contrato típico previsto no Código Civil) e “Distribuição-Intermediação” (o contrato tradicional, atípico por não possuir regulamentação própria).

Um terceiro caso verifica-se em relação ao enquadramento do “contrato futuro”, utilizado vastamente para negociação em mercados organizados. Embora decorra do contrato de compra e venda, o contrato futuro possui diversos elementos característicos, como os ajustes diários, os depósitos de margem, a liquidação por diferença, entre outros. Frente

a isso, verifica-se discussão na doutrina e jurisprudência quanto a classificação desse contrato como típico ou atípico. Nesse sentido, se verificou argumentos classificando-o como atípico (como já defendido pelo Ministro Sidney Sanches, citado por Rachel Sztajn⁶⁰). Nessa corrente, justificaria a atipicidade argumentos como a diversa função econômica e causa em relação à compra e venda (visto que teriam finalidade de garantia financeira – *hedge*, e não de transferir um bem mediante o pagamento de preço). Por outro lado, autores como Marcos Paulo de Almeida Salles e Rachel Sztajn o definem como contrato típico, na realidade uma compra e venda, com a adição de elementos atípicos^{61 62}.

Um quarto caso possível de ser mencionado é o dos contratos de aluguel em *shopping center*. Embora reconhecidos em lei (vide artigo 54 da Lei n. 8.245/91, que o denomina expressamente como “contrato de locação” – portanto nominado nesse aspecto), a própria lei determina sua atipicidade quanto ao conteúdo contratual, tendo em vista que o caput do artigo 54 estipula que prevalecem as condições livremente pactuadas nos contratos entre locador e locatário. Logo, apesar de nominado como “locação”, é atípico, dada a falta de uma estrutura legal que permita a contratação por referência, sendo válidas, portanto, as cláusulas estipuladas. Frente a isso, inclusive, verifica-se constante reivindicação de lojistas em favor da tipificação desse contrato, como forma de restringir os limites contratuais e evitar o que alguns lojistas entendem por exigências abusivas decorrentes desses contratos (que se tornaram elementos comuns na prática – tal como o “13o aluguel”, cobrado em grande parte dos *shoppings* no mês de dezembro, o aluguel percentual, incidente sobre o faturamento do lojista, entre outros itens).

Enfim, os casos acima mencionados, dentre outros tantos possíveis, demonstram, a título de exemplo, a dificuldade de se obter um

59 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124.

60 SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps*. São Paulo: Cultural Paulista, 1999, p. 210.

61 SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *O contrato futuro*. São Paulo: Cultura, 2000, p. 111.

62 SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps*. São Paulo: Cultural Paulista, 1999, p. 212.

critério unânime para classificar os contratos (e delimitar o que permitiria a “contratação por referência”), o que leva aos reiterados debates quanto à classificação de diversos contratos como nominados/típicos ou inominados/atípicos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema dos contratos inominados ou atípicos é objeto de pouca atenção por parte dos estudiosos no Brasil. Ressalvadas algumas poucas obras específicas sobre o tema, a grande maioria da doutrina se limita a uma análise breve do assunto, no contexto das diversas classificações aplicáveis aos contratos em geral. Nota-se, assim, que não obstante a relevância prática que tais contratos possuem no cotidiano (em especial para a realização dos negócios empresariais, visto que representam o instrumento que permite aos empresários adaptar contratualmente suas necessidades negociais específicas), a mesma importância não se reflete na atenção doutrinária dada ao tema.

Essa afirmação é possível a partir da análise majoritária dos estudos brasileiros, em que se verifica uma limitação de seu escopo estritamente ao aspecto da existência ou não de legislação específica para o tema.

Frente a esse quadro, o presente trabalho pretendeu ampliar a análise dos contratos inominados, abordando outros aspectos, identificados pela doutrina estrangeira, e com especial enfoque nos contratos empresariais.

Para tanto, buscou-se transmitir, inicialmente, um quadro conceitual e histórico, para permitir a identificação do tema dos contratos inominados. Frente a isso, observamos as diferentes classificações que a doutrina oferece sobre os contratos inominados e o seu tratamento legislativo no Brasil e em outros países, passando em seguida a analisar as diversas peculiaridades dos contratos inominados, com especial realce, nesse aspecto, para uma visão diferenciada oferecida pela doutrina estrangeira que, além de identificar a

tipicidade ou atipicidade contratual como uma situação decorrente da expressa previsão legal de um contrato, entende também a existência da caracterização da tipicidade em função de um fenômeno social, decorrente da aceitação e repetição do uso de contratos não previstos em lei. Assim, verifica-se que, para parte da doutrina estrangeira, a análise da tipicidade dos contratos pode ser feita sob a ótica legal ou social.

Ainda dentro da proposta de realizar uma análise mais ampla dos contratos inominados, buscou-se abordar as visões doutrinárias acerca das teorias quanto às normas aplicáveis a esses contratos, bem como discutir os próprios critérios identificadores do que sejam contratos inominados, situação em que nos deparamos com uma dificuldade prática na definição de tais critérios, utilizados de forma diversa pela doutrina, o que demonstramos, inclusive, a partir da análise da situação de alguns contratos e as controvérsias quanto à sua classificação.

Como resultado, o presente trabalho pretendeu oferecer uma visão geral do instituto, abordando diversas visões doutrinárias distintas, a respeito dos contratos inominados ou atípicos.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano vol. II*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial 3*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Factoring. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, vol. 6, 1972.

DINIZ, Souza. *Código Civil Italiano*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961.

FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MASNATTA, Hector. *El Contrato atípico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 3.ed. Milão: A. Giuffrè, 1948.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial – Tomo XXXVIII*. 2ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil - vol III*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil v. III*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *O contrato futuro*. São Paulo: Cultura, 2000.

SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Futuros e swaps*. São Paulo: Cultural Paulista, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, vol. 126, 2002.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 11.ed. São Paulo: RT, 1994.

