

DOS CONTRATOS ATÍPICOS

Paulo J. da SILVA PINTO

SUMÁRIO: I. *Preliminares*. II. *Dos contratos propriamente atípicos*. III. *Direito Romano*. IV. *Importância da classificação*. V. *Caracterização dos contratos atípicos*. VI. *Disciplina jurídica*. VII. *Dos contratos mistos*. VIII. *Diferenciações*. IX. *Da categoria dos contratos*. XI *Da classificação dos contratos mistos*. XI. *Da disciplina jurídica dos contratos mistos*. XII. *Bibliografia*.

I. PRELIMINARES

O direito é uma força de equilíbrio social. É um conjunto de normas de conduta, dotadas de sanção eficaz e que visam a estabelecer a harmonia entre os vários elementos componentes do grupo social, atribuindo a cada um certa esfera de atividade, de modo a tornar possível a vida em sociedade. A lei é hoje a fonte principal, expressa e evidente, do direito. Ela, a fonte primária, tem de evoluir com a consciência jurídica que ela revela, da mesma forma que esta tem de acompanhar as mutações da vida social no tempo e no espaço. Esse paralelismo inevitável, que tem de ser atendido para que a lei possa servir à sua finalidade, foi sempre observado insensivelmente enquanto os usos e costumes iam sedimentando, lenta e imperceptivelmente, as normas jurídicas, fundadas na necessidade social e na consciência jurídica dos povos. A codificação representou um imenso processo do ponto de vista da facilidade de conhecimento das regras a observar, da certeza e da segurança jurídica; por outro lado trouxe ela, em parte, a petrificação do direito constituído, cuja evolução, no sentido de atender às novas necessidades, passou a requerer as reformas, mais ou menos insuficientes e sempre lentas e tardias. Assim foi no direito romano, quando a codificação justiniana veio tirar à equidade e à jurisprudência, à atividade interpretativa do pretor e às respostas valiosas dos grandes juriconsultos, boa parte da força que até então tinham como fontes vivas do direito. Não nos cabe, porém, reacender aqui a longa controvérsia que a esse respeito se feriu, nos dias de apogeu da escola histórica, entre Savigny e Thibau.

Para obviar ao inconveniente da estabilização das fontes, novos recursos se foram impondo, para que a lei escrita permanecesse com suas incontáveis vantagens e, ao mesmo tempo, pudesse atender aos inúmeros casos que o progresso social foi suscitando. Não só as reformas se foram processando, como as fontes subsidiárias se mantiveram em constante elaboração. Os usos e costumes continuaram seu lento trabalho de sedimentação, servindo à interpretação da lei, completando-lhe as lacunas, derrogando-a mesmo muitas vezes quando já insuficiente ou antiquada. Agiu também a jurisprudência e a analogia foi o vasto recurso de que se valeram os intérpretes para sanar as inevitáveis falhas da legislação. Não só os dispositivos previstos para certas hipóteses eram aplicados aos casos análogos, mas também todo o corpo harmônico da legislação, formando um vasto organismo, voltando-se sobre si mesmo por meio do processo lógico da "analogia juris", conseguia preencher as próprias lacunas.

Assim foi, também, no domínio dos contratos, que é o que nos preocupa. Nesse terreno a codificação não acarretou qualquer paralisação do comércio jurídico, graças ao moderno princípio de liberdade de convenção, em oposição ao sistema adotado pelo direito romano clássico, que só atribuía ações e proteção jurídica a certas classes de contratos previstas e disciplinadas. Em sua maior parte, as hipóteses contratuais previstas pelos códigos modernos são ainda as mesmas já estabelecidas pelo direito obrigacional dos romanos. Alguns outros tipos de contrato, de tal forma se impuseram, de tal forma se repetiram na prática jurídica, exigidos que eram por inadiáveis necessidades do comércio jurídico, que acabaram por ser recebidos no seio das legislações modernas. Muitos outros, porém, permanecem ainda fora do âmbito do direito constituído, muito embora as muitas facetas da nossa vida econômica e a infinita pluralidade de relações que se originam do aproveitamento intensivo de todos os meios de produção, em uma era de profunda elaboração industrial e intelectual, cada vez mais os tragam à cena no teatro jurídico contemporâneo. Mais cedo ou mais tarde outros tantos contratos típicos passarão a figurar nos códigos. Até lá, no entanto, tem o jurista de se preocupar com a sua caracterização, para que se lhe dê a disciplina jurídica mais conveniente.

Nada mais louvável do que o constante esforço dos verdadeiros juristas que, a todo custo, procuram manter inalterada a sólida construção que herdamos da intuição jurídica dos romanos e dos longos séculos de experiência e de elaboração científica que nos precederam. Contrasta agradavelmente esse esforço com a preguiça ou indiferença daqueles que comodamente procuram lançar, logo à primeira dificul-

dade, qualquer tipo de contrato menos conhecido ou ainda não perfeitamente caracterizado, na já imensa classe dos contratos chamados inominados, como se fosse esse um meio de tornar desnecessária a construção teórica em torno da nova espécie de convenção. Atribui-se assim à já vastíssima categoria dos contratos atípicos uma elasticidade que ela não tem e não pode ter. Muitas vezes se trata de um contrato típico a que uma pequena mutação nos elementos constitutivos não chega a alterar a substância; outras vezes está o jurista em face de uma convenção já acolhida pela legislação extravagante, que a fixou e que lhe atribuiu características próprias e inconfundíveis. Assim, o que pode parecer simples amor à tradição ou apêgo a ultrapassado conservantismo é, muito ao contrário, um utilíssimo trabalho de elaboração doutrinária, permitindo que a teoria dos contratos se estabeleça sobre bases fixas e impedindo construções apressadas ou o condenável abandono de contratos nominados na grande série mal fixada dos contratos atípicos. Não se irá, todavia, ao extremo de negar, como querem alguns, a necessidade da classe dos contratos atípicos. Ela precisa existir, para compreender as várias hipóteses de convenções que resistem ao esforço dos doutrinadores, escapando ao enquadramento possível entre as modalidades previstas pela lei. Mas só em última instância se deverá relegar tais contratos à imprecisão dos contratos atípicos.

A caracterização, a classificação, a disciplina jurídica dos contratos atípicos — esse é o objetivo deste rápido estudo. O problema só recentemente tem preocupado os juristas, e isso mesmo sobretudo na doutrina alemã e italiana. É, no estanto, tão antigo como a codificação e nasceu necessariamente do contraste entre a evolução constante da realidade social, viva e palpitante, e a rigidez do direito codificado, apenas suscetível de transformações lentas e distanciadas. O legislador não pode prever todas as hipóteses e atender às necessidades futuras, ainda que elabore um código com dezenas de milhares de artigos. Só com o tempo a vida social patenteia suas novas exigências. E essas novas exigências vão sendo atendidas por meio do princípio universal da liberdade das convenções, dando origem a inúmeros *negotia nova*, saindo não recebidos e disciplinados pela lei. Algumas delas, por sua repetição constante, de tal forma se impõem que a doutrina completa sua caracterização e a legislação acaba por abranger estas novas formas de contratos, definindo-as e disciplinando-as. Assim se deu com certas convenções conhecidas no passado apenas em forma mais ou menos embrionária. São exemplos os contratos de seguros, de edição, de transporte, de trabalho na acepção moderna, e tantos outros.

Contratos atípicos são acordos de vontade nascidos das novas exigências da prática jurídica e da vida econômica, ainda não previstos por lei.

Fundam-se no princípio de liberdade das convenções. Tais contratos pedem uma disciplina jurídica e são sempre lícitos, desde que atendam aos requisitos do art. 82, exigidos pelo Código Civil Brasileiro para a generalidade dos atos jurídicos. A liberdade de convenção permite a imensa multiplicação das hipóteses, ainda que ultimamente, com a crescente socialização do direito e com a intervenção do Estado, cada vez mais intensa, esta liberdade se venha gradualmente restringindo.

Muitas vezes é suficiente a modificação de um elemento de um contrato típico, a eliminação de algumas de suas partes constitutivas ou o abandono de outros elementos acidentais. Mas nem sempre é isso bastante; às partes é livre construir formas contratuais radicalmente novas, desde que tenham em vista os requisitos de todo ato jurídico. Podem ainda as partes combinar, em um só contrato, elementos vários de contratos díspares. Variam, assim, ao infinito, as modalidades de contratos atípicos.

Podemos, no entanto, reduzi-los, em geral, a duas grandes classes: 1ª, contratos atípicos propriamente ditos ou contratos atípicos em sentido estrito, geralmente chamados contratos inominados; 2ª, contratos atípicos de conteúdo complexo ou contratos mistos.

II. DOS CONTRATOS PROPRIAMENTE ATÍPICOS

Como vimos, os contratos atípicos são convenções não reguladas por lei e que são formadas livremente pelas partes, em virtude do princípio de liberdade das convenções. São os contratos menos comuns na prática jurídica e que satisfazem exigências menos prementes da vida econômica. Justamente por isso o legislador não se preocupa com sua caracterização e disciplina especializada. Os contratos mais usados, correspondendo a necessidades mais constantes, foram previstos pelo legislador e assim se tornaram típicos ou nominados, já que a lei os define e lhes dá denominação própria.

Os contratos atípicos são chamados geralmente "inominados". Planiol, com certa razão, criticou essa denominação que nos faz lembrar os contratos inominados do direito romano, em tudo diferentes daqueles que temos em vista neste momento. Embora Démogue (*Traité des obligations*, III, pág. 908) julgue mais cômoda a denominação tradicional, parece-nos mais técnica a denominação "contratos atípicos", aliás preferida pela doutrina alemã. Fica assim mais nítida e precisa a dife-

renciação. Veremos ser possível dar razão a Planiol, quanto à inexistência dos contratos inominados no direito moderno, embora tenhamos de defender a necessidade teórica da classe dos contratos atípicos na classificação geral dos contratos.

III. DIREITO ROMANO

O princípio de liberdade contratual, permitindo que se conclua validamente convenção não prevista pela lei, veio dar ao campo dos contratos atípicos uma vasta extensão, distanciando-se assim da teoria das obrigações do direito romano, que só dava proteção jurídica e sanção efetiva aos contratos que, tendo recebido uma denominação especial, eram compreendidos numa das quatro classes de contratos reais e consensuais reconhecidas pelo *jus civile*. Daí a diferença entre os modernos contratos atípicos e os contratos inominados do direito romano. Tinham, então, os contratos inominados especial importância, porque eram sancionados no direito justinianeu por aquilo que os compiladores chamaram *actio praescriptis verbis*, classificada no Digesto. A jurisprudência criou essa ação por meio da qual a parte, que se locupletava com uma prestação feita por força de contrato inominado, era compelida a satisfazer a prestação que prometera. Até então não se reconheciam os contratos inominados e não se lhes atribuíam uma ação; ao prejudicado só restava o direito de reclamar por uma *condictio* o enriquecimento sem causa, que proporcionara a outrem. Desde a época das ações da lei, só se lhe reconhecia esse direito de reaver aquilo de que o mesmo prejudicado se desfizera sem causa, por meio da *condictio causa data causa non secuta*. Parece ter sido a *actio praescriptis verbis* inventada por Labeão para todas as hipóteses em que houvesse um contrato, sem que se pudesse estabelecê-lo e caracterizá-lo devidamente. Depois, foi essa ação estendida a todas as convenções que se sabia não se enquadrarem nos contratos reconhecidos. Pode-se afirmar, diz Girard, que o sistema completo dos contratos inominados data do reinado de Justiniano, que, para o construir, compôs, especialmente, um texto do Digesto. Aquele que tinha executado a sua prestação pedia a execução da contraprestação por meio da *actio praescriptis verbis*, que visava, esta, não a obtenção da contraprestação, mas a restituição da prestação já feita. A *actio praescriptis verbis* fundava-se em um contrato e só podia ser movida quando os requisitos gerais dos contratos eram observados. A *condictio*, ao contrário, fundava-se na noção de enriquecimento indébito, podendo produzir efeito, mesmo quando não se reuniam as condições dos contratos, sempre que a prestação cumprida fosse suscetível

de restituição. No sistema de Justiniano, todas as convenções sinalagmáticas, executadas por uma das partes e que não fossem obrigatórias nem como contratos reais nem como consensuais, eram uniformemente sancionadas por meio da ação *praescriptis verbis*. Girard cita como exemplos a troca, a partilha, a convenção de restituição de dote, a doação *sub modo*, a transação e o precário.

A distinção entre contratos nominados e inominados tinha, assim, em Roma, um valor prático pela ação que se aplicava, genericamente, a esses últimos. Se, por um lado, o consensualismo veio quebrar o sistema contratual rígido dos romanos e com ele a necessidade da classe dos contratos inominados, por outro lado, aplicou a classe dos contratos atípicos pela infinita extensão da liberdade de contratar.

IV. IMPORTÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO

Essa importância foi negada por Planiol (*Traité*, II, 1.532 bis; *Revue Critique*, 1.904). Nega ele que seja possível formar um número indefinido de contratos, porque os elementos específicos, que servem para formar os vários contratos, são pouco numerosos, só permitindo formar “combinações” em número limitado. Todas as prestações têm por objeto, coisas, trabalho ou direitos. De Gennaro (*I contrail misti*, pág. 11), no entanto, dá-nos exemplos de contratos inteiramente novos, resultando de casos absolutamente desconhecidos pela lei: contratos de publicidade, de concorrência, etc. Arcangeli (“Il servizio bancario”, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1.905, I, 197), toma por base a causa ou função econômica quas as novas formações exercem. Se elas satisfazem a uma necessidade inteiramente nova, o contrato será, também, de espécie inteiramente nova. Distingue esse autor contratos inominados verdadeiros, a que correspondem as necessidades inteiramente novas, e contratos inominados impróprios, que são espécies modificadas de um tipo já existente e do qual se distinguem por falta de um qualquer elemento a ele essencial. Aí, a necessidade que os cria não é nova, mas dá-lhes um aspecto particular. Os contratos inominados próprios são destinados a formar um tipo novo de contrato, ao passo que os impróprios se confundirão com um dos tipos já existentes, como um sub-tipo deste.

Planiol considera a classe dos contratos inominados verdadeiro contrasenso, em face do moderno princípio de liberdade de convenção, porque, em direito romano, esses contratos representavam uma possibilidade de criar novos contratos que não entravam nos quadros estabelecidos. Por meio dos contratos inominados, os romanos multi-

plicaram suas maneiras de se obrigar, processo que foi modernamente ultrapassado de longe pelo sistema dos contratos consensuais. O que nos leva a falar de contratos inominados, diz o civilista francês, é "un souvenir importun du droit romain".

Em verdade, não mais existem os contratos inominados na acepção em que eram tomados pelo direito romano. Por issomesmo, para evitar confusões e para nos mantermos fiéis à tradição histórica, será preferível usarmos da expressão "contratos atípicos", para assim designarmos a grande classe dos contratos não previstos pela lei. É esta classe não pode deixar de existir, porque são inúmeras as novas espécies de contratos, como é fácil observar na prática e ao simples exame da legislação. Do fato de se aproximarem de contratos típicos, não se infere que alguns contratos deixem de ser inominados, pois não foram em seu todo provistos pela lei. Além disso, há alguns que correspondem a necessidades inteiramente novas. Formam assim uma classe à parte, requerendo a elaboração de princípios gerais que regulem sua disciplina jurídica. Isso basta para demonstrar a importância dessa classe de contratos.

Tendo em vista o estreito conceito das maneiras de se obrigar, que nos oferece Planiol, a importância da distinção entre contratos nominados e atípicos perde, em verdade, muito de importância com o consensualismo, com a possibilidade de se aperfeiçoarem os contratos *solo consensu*, desde que se abandonou o sistema rígido e limitado dos romanos. No entanto, por outro lado, com o estabelecimento desse mesmo princípio do consensualismo, muito se alargou o campo dos contratos atípicos. De page (*Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, págs. 7 e seguintes), tendo em vista o consensualismo e a autonomia da vontade, chega mesmo, através de interessante exposição, à conclusão de que o contrato atípico é a regra e o contrato típico ou nominado a exceção. Isso porque as partes são livres para criar qualquer convenção. A vontade das partes é soberana. O contrato é válido como tal, independentemente de seu conteúdo, desde que não ofenda a ordem pública ou os bons costumes; pouco importa que corresponda ou não a alguns dos tipos previstos em lei. Ainda que, como já assinalamos, a liberdade de contratar venha sendo progressivamente restringida com a socialização do direito e com a crescente intervenção do Estado, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, não deixa de ser impressionante a opinião do eminente jurista belga, demonstrando sobejamente a importância dos contratos atípicos, a que os tratadistas costumem dedicar apenas algumas linhas em suas alentadas obras.

V. CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS

Esta caracterização requer do jurista especial cuidado, para que se não arrisque a considerar atípico um contrato que no fundo não passa de nominado, atribuindo-lhe assim uma disciplina que não lhe convém. O intérprete precisa desvencilhar-se de pernicioso comodismo que o leva a considerar atípicos contratos já previstos pela lei, procurando evitar, assim, o trabalho de observação e de estudo da espécie em vista. É que em muitos casos a simples alteração, diminuição ou acréscimo de um elemento essencial não é suficiente para que se modifique a substância do contrato atípico.

Também é forçoso distinguir os contratos atípicos propriamente ditos ou tomados em sentido estrito, dos contratos mistos, de que cuidaremos em tempo e que são fusões de elementos contratuais típicos, fusões essas não previstas em lei. Essa distinção entre as duas grandes classes de contratos atípicos *lato sensu* é imprescindível para que se possa proceder à sua disciplina jurídica. Os contratos mistos distinguem-se dos atípicos *stricto sensu*, porque são combinações não previstas pela lei, mas formadas por elementos por ela regulados.

Muitos contratos atípicos têm uma fisionomia própria, surgem por imposição de novas exigências e nem são formados por uma combinação de elementos legais. Como mostra De Page, podem ter eles como ponto de partida algum dos contratos típicos, mas sua especificidade se demonstra nitidamente, de tal sorte, que não podem mais ser disciplinados pelo legislador, tomando assim forma expressa e específica os preceitos que lhes convêm. Assim se deu com os contratos de edição, de seguro e de transporte, que evoluíram de tal forma, passaram a envolver uma tal complexidade de formas, que a regulamentação, tomada de empréstimo ou por meio do processo sempre impreciso da analogia, se tornou de todo insuficiente, forçando o legislador a deles cuidar, dandolhes forma específica e típica.

VI. DISCIPLINA JURÍDICA

Os contratos atípicos são os que se apresentam em maior número por força do princípio de liberdade de convenção. Têm eles uma autonomia, são específicos, embora não se revistam ainda da forma precisa que dá a lei às várias espécies contratuais. Estão no estado mais ou menos confuso das formas ainda não de todo evoluídas. Vivem, atualmente, em estado inorgânico, como diz expressivamente De Page. A regulamentação legal os fixará e definirá, depois que se tornem tão usuais

que o interesse da harmonia social passe a exigir que lhes sejam dadas normas precisas dentro das quais as partes contratantes limitem sua vontade, de um modo mais prático e seguro. A imprecisão cederá, assim, lugar à certeza, em benefício da segurança das relações jurídicas. Até lá, porém, essas convenções permanecerão obscuras entre a massa vaga dos contratos atípicos, que nem pelo fato de não terem sido previstos pelo legislador perdem sua autonomia e sua especificidade, passando a requerer, em consequência, uma disciplina jurídica própria e adequada.

Onde não existe uma regulamentação legal, mais necessário se torna o esforço do juiz, a quem cabe, por meio de processos de interpretação e de aplicação da lei, suprir as inevitáveis lacunas dos códigos. Não pode o juiz eximir-se de sentenciar e, para julgar da espécie, facultar-lhe a lei o recurso aos amplos processos da aplicação analógica e dos princípios gerais do direito. Pode assim o magistrado aplicar a uma espécie não prevista uma disposição prevista para um caso análogo, estendendo o âmbito de ação do dispositivo legal a todos os casos em que haja a mesma razão. Da mesma forma pode, num recurso ainda mais amplo, valer-se dos princípios gerais do direito, fornecidos pelos códigos na organicidade de seu conjunto harmônico, donde promanam regras gerais, e até em último caso pode recorrer às regras universais do direito, estabelecidas pela doutrina e pelas legislações dos povos civilizados. Na maior parte dos casos, é suficiente o recurso à analogia, aplicando-se ao contrato atípico as regras concernentes ao contrato nominado mais próximo. Como vimos, na gama imprecisa dos contratos atípicos, avultam em número aquelas convenções que nada mais são do que modificações dos contratos conhecidos, por meio de pequenas mutações nos seus elementos, sem completa alteração de sua substância. Aí são as normas previstas para os contratos típicos quase inteiramente aplicáveis. Tenham-se em vista os contratos de fornecimento e de assinatura, que são verdadeiros contratos de compra e venda, com pequenas transformações na forma do pagamento ou da prestação do objeto da convenção.

Os contratos atípicos, obviamente, estão submetidos, como todos os contratos, às regras gerais das obrigações, aplicáveis a todas e quaisquer convenções. Forçosamente têm de se sujeitar aos requisitos de todos os atos jurídicos e aos princípios estabelecidos nas disposições gerais sobre os contratos.

Deve, também, o Juiz ter em vista a vontade das partes, para melhor disciplinar a convenção que dela nasce. Como bom intérprete, não pode perder de vista a necessidade, que deu origem à convenção, analisando-a pelo prisma do interesse social.

Essa é a disciplina conveniente à generalidade dos contratos atípicos, àqueles que Arcangeli ("Il servizio bancario delle cassette forti di custodia", *Riv. di Diritto Commerciale*, 1.905, I. pág. 197), chama contratos inominados impróprios e que se deven regular sobretudo à semelhança dos tipos contratuais de que se aproximem. No que escapar à aplicação analógica e em tudo o que não foi previsto pelas partes, deve o Juiz usar dos princípios gerais do direito. Mas é preciso ter sempre em vista, como mostra Hahnemann Guimarães ("Conceito de contrato no direito romano e no direito moderno", revista *Justitia*, 1934, pág. 90) que, embora o contrato se aproxime de um dos tipos configurados pela lei, não fica subordinado a todas as normas reguladoras da forma típica, mas unicamente àquelas que se harmonizem com a sua finalidade. Então se fará necessária a acuidade do juiz. Cita Hahnemann Guimarães como exemplo o absurdo que haveria em se admitir o penhor legal no caso das caixas fortes que se alugam nos bancos, porque o fim do contrato é, além da guarda segura dos valores, permitir a disponibilidade deles a qualquer momento. A finalidade do contrato, sua função econômica, sua causa, é esse o elemento que lhe empresta especificidade, que o distingue do contrato atípico de que se aproxima, que lhe dá autonomia, exigindo para ele uma disciplina própria.

Resumen-se assim a três processos a disciplina da generalidade dos contratos atípicos. Na síntese de Jossierand (*Cours de droit civil positif français*, II, pág. 10, n. 18), são esses contratos regidos: 1º, pelas regras aplicáveis a todos os contratos; 2º, pela vontade das partes, na medida em que ela se afirmou; 3º, subsidiariamente pelas regras aplicáveis ao contrato típico mais próximo.

No entanto, outra terá de ser a disciplina dos verdadeiros contratos atípicos, daqueles que De Page chama especificamente autônomos e que Arcangeli denomina contratos inominados próprios. São contratos com fisionomia própria e que não podem ser, simplesmente, submetidos às regras previstas para os típicos. Aqui ainda mais necessário se torna averiguar a função econômica do contrato, que lhe dá autonomia e que o diferencia das demais convenções, típicas ou atípicas. Aplicam-se em primeiro lugar as regras gerais dos contratos. Mas em tudo o mais, como dis De Page, o papel do Juiz será plenamente criador. A ele caberá fazer o que o legislador já fez em relação ao contrato típico: analisar, observar a extensão e o conteúdo da espécie, procurar-lhe a função econômica para lhe dar disciplina conveniente. O juiz se substituirá ao legislador. É aqui que melhor se demonstra a autonomia da classe dos contratos atípicos e sua independência em relação às con-

venções previstas pela lei, em que pese à opinião de Planiol. O juiz se valerá de todos os processos usuais de interpretação: buscar a função econômica do contrato, a intenção das partes, tácita ou expressa, e poderá mesmo valer-se da aplicação analógica, desde que essa não chegue ao ponto de prejudicar a sua autonomia ou de lhe destruir a especificidade por imposição de regras de empréstimo, que repugnarão à essência do contrato a disciplinar e contrariariam a função a que ele se destina.

É, na fase de De Page, uma obra plenamente criadora, obra de arte e de bom senso, temperada pelo conhecimento dos princípios gerais do direito, mas não por ele limitado.

VII. DOS CONTRATOS MISTOS

O contrato misto é formado de elementos típicos de vários contratos, reunidos em um único, num conjunto harmônico em que seus elementos se coordenam e se fundem em função de uma causa única. São formados de partes cuja disciplina foi estabelecida pela lei, mas cuja combinação não foi por ela prevista. Para que exista contrato misto é necessário que as causas das várias prestações se fundam em uma só causa, a causa do contrato complexo; não há contrato único com pluralidade de causas. Para isso é preciso que o conjunto de elementos formadores tenha uma função única. Dentre os contratos atípicos só podem ser considerados mistos aqueles em que duas ou mais prestações autônomas, queridas cada uma em função típica, se acham reunidas por conexão econômica suficiente para determinar a unidade do contrato, que tem assim uma causa mista. Os vários elementos mantêm entre só uma relação de coordenação e não de subordinação e estão todos submetidos à finalidade econômica do contrato complexo em seu conjunto. Para que exista o contrato misto é imprescindível que se apresente como um único e não como uma união de dois ou mais contratos e além disso é indispensável a complexidade objetiva do negócio jurídico. Os contratos mistos exigem uma pluralidade de prestações em uma só convenção. Trata-se de contratos com conteúdo complexo. Os vários elementos contratuais se apresentam fundidos em perfeita coordenação para exercerem uma só função econômica que é a causa do contrato e que possui virtude informativa do tipo, dando-lhe ao mesmo tempo a unicidade que o caracteriza.

Este é o conceito moderno de contrato misto e parece o mais acertado e o único aceitável. Foi ele elaborado por De Gennaro em sua

magnífica monografía sobre o assunto (*I contrati misti*, págs. 105 e segs.), onde este conceito é apresentado, depois de longa e profunda fundamentação teórica. Demonstra De Gennaro os erros em que incidiram os autores germânicos a quem se deve a elaboração doutrinária acerca dos contratos mistos, por se terem preocupado quase exclusivamente com a disciplina jurídica, mas que não pode ser encarado convenientemente antes de se ter firmado sua conceituação e caracterização teórica. Os autores alemães se limitaram a uma conceituação empírica, que veio, depois, prejudicar o desenvolvimento de suas obras. Lotmar chegou à sua teoria da absorção depois de ter procedido à determinação jurídica de uma só prestação, atribuindo a essa uma função de subordinação em relação às outras e contrariando, portanto, a verdadeira noção de contrato misto, que é incompatível com a subordinação e, por conseqüência, com o princípio da absorção. Hoeniger oferece um conceito demasiadamente extenso, considerando contratos mistos todos aqueles em que se dá a união de vários elementos contratuais regulados por regras diversas, devendo sua disciplina resultar da combinação das várias normas previstas para os diferentes elementos que os compõem, pois cada tipo previsto pela lei é regulado por si mesmo, devendo ser em qualquer circunstância submetido às regras para ele estabelecidas. Não exige Hoeniger a fusão dos vários elementos para que se apresente contrato misto. Por outro lado, no entanto, o conceito de Hoeniger é mais estreito que o de De Gennaro, porque o autor alemão nega a possibilidade de intervenção de elementos extralegais no contrato misto, ao passo que De Gennaro a julga possível, atribuindo assim ao campo dos contratos mistos uma amplidão que nos parece perigosa e condenável.

Schreiber, por sua vez, nega a relação abstrata entre as várias partes constitutivas dos contratos e as normas legais que os regulam. Exige ele, para a aplicação direta das normas legais, que esses elementos se apresentem na mesma união orgânica prevista pela lei, constituindo o tipo por ela estabelecido. Assim a aplicação direta não é possível no contrato misto, que passa a ter a mesma disciplina adequada aos contratos atípicos "stricto sensu".

A excessiva extensão do conceito de contrato misto na doutrina germânica permitiu a incorporação a esta classe de muitos contratos simplesmente atípicos, acarretando a sua sujeição a uma disciplina que não lhes convém. Assim se demonstra a primordial necessidade de se fixar antes de tudo o exato conceito da espécie de que agora tratamos.

A fusão dos vários elementos componentes constitui a verdadeira característica dos contratos mistos. Como bem mostra De Gennaro, não

basta a união de várias prestações reguladas pela lei. O que distingue um tipo contratual não é a sua exterioridade, mas a função econômico-jurídica da convenção, a causa do contrato, elemento dotado de virtude informativa do tipo e que constitui o melhor instrumento de avaliação jurídica.

Chega assim De Gennaro ao seu conceito de contrato misto, verdadeiramente aceitável; o que caracteriza esse contrato é o concurso de várias causas contratuais, formando o que se pode chamar uma causa mista. Há uma causa única de um contrato único, compreendendo várias prestações previstas pela lei. É preciso que a conexão entre os vários elementos seja tão íntima que se possa falar em unidade da convenção, de modo a poder se afirmar que as partes não queriam as prestações separadamente.

Como se vê, esse conceito assenta fundamentalmente na noção de causa do contrato. É esta uma das questões mais debatidas no campo das controvérsias doutrinárias do direito. Em tal questão não se chegou até hoje a uma solução definitiva. Desde a doutrina tradicional do código de Napoleão, com o conceito lançado por Domat e Pothier, lançando as bases da teoria subjetiva, até se chegar à moderna teoria objetiva da causa, muitos autores se preocupam com esse angustioso problema. Longo seria acompanhá-los em suas divagações. Fugiríamos assim à finalidade deste trabalho. De Gennaro expõe e critica em sua monografia as diversas teorias sobre a causa das obrigações e dos contratos e acaba por adotar a teoria objetiva, considerando como causa a função econômico-social do contrato. Esse é, realmente, o elemento que permite a caracterização do contrato e lhe dá autonomia e especificidade, devendo orientar o juiz em sua interpretação e em seu esforço para dar ao pactuado uma disciplina conveniente, interpretando-o socialmente, à luz das necessidades econômicas que o exigem e o moldam. A causa é a função econômica imediata do contrato; mas ela não se identifica com o objeto. A causa e o objeto são elementos intimamente conexos. São manifestações diversas de um mesmo elemento. A indicação desses elementos não pode ser independente, pois um serve para integrar o outro.

Ascarelli ("Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione", *Riv. di Diritto Commerciale*, 1930, II, pág. 462) considera elemento preponderante o coligamento, na vontade das partes, dos vários escopos por elas visados. Para que haja um negócio único é necessária a unidade de fonte, isto é, da manifestação de vontade de que resultou o negócio. Há um negócio único quando os intentos econômicos visados pelas partes são estreitamente conexos. Como se vê,

ainda que fundado em base mais subjetiva, o critério de Ascarelli pouco difere do que adotamos.

Contrato misto é, portanto, um contrato complexo em que se observa uma pluralidade de prestações, típica cada uma de um contrato nominado, reunidas e coordenadas em um único esquema contratual por ação de uma única causa mista.

VIII. DIFERENCIAÇÕES

Como já vimos, o contrato misto requer como condição essencial o concurso de uma pluralidade de prestações típicas de vários contratos em um contrato único. É imprescindível a fusão dos elementos dos vários tipos contratuais, como consequência da fusão das várias causas. Daí resulta um só contrato, caracterizado pela complexidade objetiva. A fusão das várias em uma só causa é indispensável para que se configure o contrato misto. Distingue-se ele, portanto, como contrato único que é, das várias formas de união de contratos e de concurso de negócios. Esta diferenciação se impõe como uma necessidade prática, para que se evitem confusões comuns, a que poderia levar um exame apressado dessas espécies complexas.

Quando se apresenta uma pluralidade de prestações, é necessário verificar se ela corresponde a um concurso de negócios, a uma pluralidade de convenções caracterizada cada uma por uma prestação, ou se constitui o objeto complexo de um contrato único. A pluralidade de prestações não é elemento suficiente ao contrato misto, porque se pode dar uma mera união de contratos, correspondendo cada prestação a um contrato distinto, embora es sejam todas ligadas exteriormente, mas sem uma fusão íntima e perfeita.

Continuando a fundamentação já adotada, e ainda aqui de acordo com De Gennaro, podemos afirmar que a unidade da relação contratual só pode derivar da íntima conexão econômica das diferentes prestações. Para que haja um só contrato, é preciso que as múltiplas prestações nasçam todas ao influxo de uma só causa, de uma única função econômica. Necessário se torna que todas elas tendam à mesma finalidade econômico-social. À unidade de causa, atestada pela unidade econômica das várias prestações, corresponde a unidade do contrato.

Também nesse terreno a doutrina não é pacífica. Alguns autores recorrem ao direito romano, valendo-se do princípio "tot res . . . quot stipulationes", condenado por De Gennaro, porque os textos a respeito não concordam inteiramente e porque nesta questão a mentalidade romana devé aser inteiramente diversa da nossa. No entanto, está de

acordo a grande maioria dos autores no sentido de que a unidade ou pluralidade de documento não tem importância para a elucidação da unidade ou pluralidade do contrato. Um só documento pode conter vários contratos, como um só contrato pode ter como fonte no sentido formal vários documentos. Quando muito será esse fato um indicio ou mera presunção da unidade ou pluralidade das convenções. Da mesma forma, em nada auxilia à indagação a circunstância de se ter o contrato formado em um só momento ou em momentos sucessivos.

Não representa também um critério seguro a unidade ou pluralidade da contraprestação, do correspectivo devido às várias prestações típicas de diversos contratos. As partes são livres para determinar um só preço ou contraprestação para contratos inteiramente distintos e à natureza do contrato misto, que se caracteriza pela coordenação e fusão de várias prestações em face de uma só finalidade econômica, não repugna a convenção de um correspectivo em relação a cada uma das prestações coordenadas. Mas, como mostra De Gennaro, o preço pode oferecer na prática um elemento muito probatório porque em geral as partes fazem corresponder a determinação do correspectivo ao seu modo de pensar em relação à unidade ou pluralidade do contrato. Na prática, se foram estabelecidas contraprestações distintas, pode-se afirmar a pluralidade de contratos, salvo se da própria modalidade do acordo se possa concluir de modo seguro a respeito da unidade da convenção, com a certeza de que o fracionamento do correspectivo se fez unicamente visando a comodidade. A determinação de um correspectivo único ou de tantos correspectivos quantas são as prestações, oferece claramente um prático indicio da vontade das partes.

IX. DA CATEGORIA DOS CONTRATOS MISTOS

O que mais nos importa é a distinção entre contrato misto e simples união de contratos, em que cada prestação corresponde a um contrato típico e autônomo, sem que haja fusão de causa e de objeto, mas uma mera conexão econômica. A fusão das causas é que distingue o contrato misto. As uniões de contratos têm a concorrência de várias prestações típicas, mas sem essa fusão de causas. Só são mistos aqueles contratos atípicos que compreendem uma pluralidade de prestações independentes e autônomas, queridas pelas partes cada uma em sua função típica e que se acham juntas por vontade dessas mesmas partes e por uma evidente conexão econômica entre as várias prestações, conexão essa resultante da fusão das várias causas dos elementos contratuais associados. As prestações mantêm entre si uma relação que é de coordenação.

denação e não de subordinação, permitindo essa coordenação a unidade do contrato, que passa a ter uma causa mista.

Nas uniões de contratos não se dá a fusão que caracteriza os contratos mistos; cada um dos contratos associados ou conexos mantém sua autonomia e sua independência. Com essas uniões se preocupou Ennecerus (*Derecho de obligaciones*, trad. da 35ª ed. alemã, 1935, II, § 100), que as estudou e classificou. Há três casos de união de contratos, de acordo com a classificação do autor alemão: 1º, união meramente exterior; 2º, união com dependência bilateral ou unilateral; 3º, união alternativa.

X. DA CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS MISTOS

1. Na união meramente exterior há vários contratos completos que só estão unidos externamente, no ato de sua conclusão, sem dependência de um em relação ao outro. Dá Ennecerus como exemplo a compra de um relógio com a imediata estipulação da retribuição de outro. Nesse caso cada contrato segue exclusivamente as regras que lhe são próprias, carecendo a união meramente exterior de qualquer importância. Vários contratos são concluídos na mesma ocasião, mas sem relação de dependência, por exemplo na mesma escritura.

2. União por dependência entre contratos autônomos. Esta dependência pode ser unilateral ou recíproca. A dependência é unilateral quando um dos negócios não carece do outro para existir; os contratos são unidos exteriormente, mas um só é querido como um todo. Assim, no exemplo de Ennecerus, o caso do indivíduo que vende um motor e se obriga a montá-lo, mediante remuneração. A dependência é recíproca quando as partes têm a intenção de realizar dois negócios ligados e que não podem ser separados. É o caso comum das companhias que fabricam cerveja e emprestam aos vendedores geladeiras, obrigando-se estes a comerciar com certa cerveja, comprando-a à companhia por determinado preço. A intenção das partes no sentido de estipular a dependência pode ser expressa, como no caso em que se convence que os contratos devam existir ou desaparecer um com o outro. Mas essa intenção pode ser inferida seguramente da conexão econômica entre as prestações. Cada contrato é regulado pelas normas que lhe são próprias. Mas, uma vez que se estipula a dependência, a validade de um contrato está em função da do outro e a revogação de um acarreta a do outro.

3. União alternativa. Aí os contratos estão unidos de tal forma que segundo se cumpra ou não determinada condição, vigorará um ou outro

dos contratos conexos. Assim a compra e venda e a locação, como mostra Ennecerus, no caso do oficial que se compromete a comprar um cavalo, na hipótese de ser promovido, ou a alugá-lo por certo tempo, no caso de não o ser. Dos dois contratos só um vigorará, por efeito do adimplemento da condição convencionada. Verificando-se a condição, um dos contratos se considera efetivado, excluindo o outro. Esta espécie de união se encontra mesmo no direito romano. Refere-se Gaio acaso da concessão de escravos ao empresário de espetáculos de circo, estipulando-se um preço diferente para o caso do escravo ser restituído ou morrer: no primeiro caso haveria uma locação e no segundo uma compra e venda. Do mesmo modo, em certa forma de compra e venda com pacto de prova, pela qual se estipula que o comprador tome a coisa para prová-la, restituindo-a no caso de não agradar, mas pagando uma certa quantia a título de aluguel. A união alternativa não é rara, sobretudo entre a locação e a compra e venda: assim no caso de qualquer objeto deteriorável ou frágil, que é dado em locação e considerado vendido no caso de sofrer algum dano. Também se pode encontrar essa união entre a locação de serviços e a empreitada, quando não há segurança em se obter a obra completa e o trabalhador exige uma remuneração do seu tempo e trabalho para o caso de não conseguir a realização da obra e de não fazer assim jus à recompensa oferecida pela obra completa.

Em todos esses casos só tem eficácia um dos contratos e só são aplicáveis as normas relativas ao contrato que se considera concluído com o adimplemento da condição. Por isso, acha De Gennaro impróprio falar nessas hipóteses de união de contratos, porque não há coexistência de duas figuras, pois uma exclui a outra, embora o adjetivo "alternativa" venha afastar qualquer equívoco possível.

É preciso também distingüir dos contratos mistos aqueles que Ennecerus chama "contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie". O contrato misto, como vimos, requer um concurso de prestações que mantêm entre si uma relação de coordenação, sendo elas todas enfeixadas sob a ação de uma única causa mista. Já no tipo de contrato a que nos referimos agora há uma prestação principal a que se subordinam as demais; impera aí uma relação de subordinação. Há prestações subordinadas à causa principal e que são previstas pela lei em tipos contratuais vários. As prestações subordinadas, por isso mesmo que o são, não alteram a natureza geral do contrato. Dá-nos Ennecerus o exemplo da locação de uma casa com a prestação subordinada de serviços domésticos. Uma prestação é fundamental e as demais são acessórias e não influem na estrutura jurídica do contrato. Como ensina

Ennecerus, na disciplina deses contratos temos de nos valer em primeiro lugar das normas previstas para o tipo básico; mas a título subsidiário podem-se também aplicar as disposições concernentes ao tipo de contrato a que correspondam, desde que o fim do conjunto contratual o permita.

Não se confundem, portanto, com os contratos mistos esses casos de contratos em que uma prestação que é efeito principal de um contrato é usada em outra convenção como meio para obtenção do fim que visam os contratantes. Há aí uma subordinação, que pode ser necessária ou voluntária. Dá-se a subordinação quando a prestação se revela secundária em relação ao fim principal, como no citado exemplo da locação de uma casa com prestação de serviços domésticos. Da mesma forma há uma prestação subordinada quando esta não tem existência independente, mas visa facilitar ou possibilitar a prestação principal, ou simplesmente aumentar-lhe as vantagens. Nesse caso a prestação subordinada não é mais do que um meio para a realização da prestação principal. Ennecerus nos dá como exemplo desse tipo de subordinação o caso da empreitada com fornecimento de materiais.

Entre as prestações secundárias estão as não prometidas por não terem sido expressamente estipuladas na convenção e que no entanto são devidas, como consequência legal ou da boa fé do contrato estabelecido entre as partes. São prestações não convencionadas, mas igualmente devidas, obrigatórias não por si mesmas, mas como acessórios da prestação principal visada pelo contrato. Da mesma forma são subordinadas ainda as prestações preparatórias, aquelas que têm de ser forçosamente cumpridas para que possa ser realizada a prestação principal. Assim, o trabalho do comerciante que se encarrega de mandar vir o objeto e cuida do seu transporte para, depois, vendê-lo. São todas elas prestações secundárias. Algumas delas são fixadas em lei, como, por exemplo, a obrigação de guarda em todo contrato que acarrete a transferência temporária da posse da coisa. Todo contrato que tenha por fim a tradição de uma coisa requer uma atividade preliminar daquele que a transfere, no sentido de pô-la em condições de ser transferida, depois, ao alcance daquele que dela vai tomar posse. São essas mesmo verdadeiras obrigações previstas na lei, que atribui ao vendedor as despesas do transporte e da tradição (Cód. Civil, art. 1.129).

Para a determinação da prestação principal não é suficiente a indagação da importância econômica das várias prestações: é um critério quantitativo e de pouca precisão, que daria lugar necessariamente à maior arbitrariedade. Além disso, como bem mostra De Gennaro, seria necessário admitirmos, a adotar um tal critério, que a natureza de um

mesmo negócio, resultante do concurso de duas prestações, possa mudar nos vários casos, conforme seja prevalente um elemento ou outro. As mesmas fundadas objeções se podem fazer ao critério baseado no interesse econômico que os contratantes têm nas várias prestações, e aí ainda com maior razão, porque esse interesse é de difícilíssima averiguação, dando à indagação da prestação principal uma incerteza quase absoluta. Além disso, e ainda é De Gennaro que o demonstra, o resultado poderia ser completamente diverso, conforme se encara esse interesse do ponto de vista de um ou de outro dos contratantes. Para um mesmo contratante a importância econômica atribuída a cada uma das prestações pode variar constantemente. Este é, pois, como diz aquele autor, um critério empírico, quantitativo e pouco apto a permitir seguras aplicações práticas.

Essa questão é de grande importância porque a indagação da prestação principal é essencial à aplicação do princípio da absorção de Lotmar, por muitos aceito como princípio determinante da disciplina jurídica dos contratos mistos e que, no entanto, não se coaduna com a natureza jurídica destes, como temos indicado desde a conceituação que fizemos desses contratos. O princípio da absorção pressupõe e noção de subordinação que, como vimos, repugna ao contrato misto. Fornece-nos Lotmar um critério aceitável para a fixação da prestação principal, considerando secundárias aquelas que servem para tornar possível ou para completar uma outra, que é a prestação principal. Esse critério foi fornecido por Lotmar com uma extensão limitada, rígida, impedindo uma elasticidade capaz de permitir perigosas arbitrariedades. Nem mesmo compreendia ele como secundárias as prestações que servem para aumentar as vantagens da principal, o que constituiria, na opinião de De Gennaro, uma condenável extensão. A limitação e o cuidadoso critério na determinação da prestação principal são indispensáveis à boa aplicação do princípio da absorção. Não se pode considerar arbitrariamente como principal uma prestação, para bitolar toda a disciplina do contrato pelas normas previstas para o tipo contratual. É preciso observar cuidadosamente todas as prestações para depois concluir a respeito da relação funcional que entre elas existe, verificando-se assim a ascendência de uma e a relação de subordinação em que mantêm as demais.

De Gennaro nos oferece muitos exemplos de prestações secundárias como a concessão de um lugar, de iluminação e de aquecimento no transporte de pessoas; o ato de pesar a carga, levá-la ou apanhá-la a domicílio, operações de embalagem, etc., no transporte de coisas; o transporte da coisa vendida por parte do vendedor; o recebimento pelo ad-

vogado de documentos para o andamento do processo, etc. Todas essas prestações são absorvidas pela principal em cada contrato, porque servem para torná-la possível, para completá-la e, numa extensão que podemos admitir, para torná-la mais vantajosa.

Distinguem-se também claramente dos contratos mistos aqueles casos em que aos elementos contratuais típicos se reúnem elementos regulados pela lei na disciplina de certos contratos, mas que não possuem virtude informativa do tipo a que pertencem. É, por exemplo, comum a introdução pelas partes em outros contratos de certos elementos previstos pela lei para as modalidades de venda: despesas da tradição de coisa vendida a cargo do vendedor, pacto de prova, etc., que nada impede possam ser estipuladas na locação, no mútuo ou em qualquer outro contrato que acarrete a transmissão da posse de uma coisa. Da mesma forma, o modo ou encargo previsto para a doação pode ser adaptado a outros contratos gratuitos. Estes elementos são levados aos contratos típicos por arbítrio das partes e nem sequer levam consigo as características essenciais dos contratos de que foram desligados. No contrato típico de que passam a fazer parte não se fundam com as demais prestações típicas nem com elas mantêm relação de coordenação; daí não ser possível considerar contratos mistos aqueles em que eles intervêm. Falta-lhes afusão de causas e de elementos típicos que é essencial ao contrato misto.

Ainda no capítulo em que procuramos fazer a distinção entre o contrato misto e as demais modalidades contratuais, é indispensável fazer ressaltar que não podem ser considerados contratos mistos —que constituem uma ampla subclasse dos contratos atípicos— aqueles contratos que, parecendo realizar a fusão de causas, que é características do contrato misto, não podem, todavia, ser classificados como tal. São eles certos contratos previstos pela lei, que requer para a verificação dessas convenções presença de várias prestações coordenadas. A lei estabelece a necessidade do concurso dessas prestações sem que no entanto elas demonstrem aquela fusão íntima dos tipos que caracteriza os contratos mistos. Assim nos casos dos contratos de sociedade, de transporte e de empreitada com fornecimento de materiais pelo empregado.

Não nos cabe examinar aqui detalhadamente essas formas contratuais. O contrato de sociedade constitui uma categoria especial de contrato típico com conteúdo complexo. Alguns autores, como Hoeniger e Schreiber chegaram a considerá-lo contrato misto. Não se nota, aí, todavia, uma fusão perfeita das várias causas e a coordenação de várias prestações igualmente importantes, que são características do

contrato misto. Dá-se uma subordinação de todas as prestações e de todas as causas parciais a uma causa preponderantemente, não mista, que é a finalidade econômico-jurídica do contrato de sociedade: o conagraçamento de esforços e de recursos no interesse comun dos sócios. Há no contrato de sociedade uma verdadeira subordinação necessária das prestações consistentes nas entradas realizadas pelos sócios, a uma finalidade comun. É uma subordinação necessária, pois resulta da própria natureza do contrato típico, ao contrário da subordinação voluntária, que é a convencionada pelas partes. Sem a realização de entradas subordinadas ao fim social, não há contrato de sociedade, em face da definição do art. 1.363 do Cód. Civil Brasileiro.

A empreitada com fornecimento de materiais é também entre nós um contrato típico (Cód. Civil, art. 1.237, 1.238, 1.245, 1.246). Não cabe aqui a discussão que há longo tempo, desde o direito romano se travou a respeito da natureza jurídica desse contrato. Entre nós, uma tal controvérsia tem mero interesse teórico. Muito se tem discutido a respeito, reconhecendo-se a existência de duas prestações típicas: uma de empreitada e outra de venda. Mas o empreiteiro se compromete a entregar a obra pronta e essa é a prestação principal do contrato; é ela que realiza a essencial função econômico-jurídica diretamente querida pelas partes. A compra dos materiais e a confecção da obra não são mais do que meios para a realização dessa entrega, que é o fim essencial do contrato. Devem, portanto, ficar subordinadas a essa finalidade principal as várias prestações típicas da locação de serviços e da venda. Há assim um contrato típico, ainda que de conteúdo complexo, mas que não satisfaz os requisitos conceitualmente exigidos para que se verifique a hipótese do contrato misto.

Muito se tem discutido também a respeito do contrato de transporte, que muitos consideram misto de empreitada, locação de coisa e depósito. Este é hoje um contrato típico, com fisionomia fixada na lei, que lhe destina uma disciplina própria. Ainda que se tenha de reconhecer o louvável esforço de todos aqueles que procuram reduzir todas as modalidades contratuais aos tipos clássicos que nos foram legados pelo direito romano, seria hoje absurdo negar autonomia e independência a este contrato, que forma atualmente uma categoria distinta, com disciplina peculiar, embora se manifestasse ele originariamente como um conglomerado de prestações várias. Se, no entanto, nos fosse lícito discutir ainda a natureza jurídica desse contrato, poderíamos afirmar que nele se manifesta como principal a prestação de um serviço pronto, de um resultado estipulado, que é a realização do transporte das mãos do remetente ao poder do destinatário, com a garantia da segurança

e da integridade da coisa. A locação da coisa, o gôzo de um lugar no veículo transportador, não têm no caso grande importância e normalmente não entra mesmo na cogitação das partes; nem sequer há a transferência de posse da coisa ao locatário, que é condição essencial da locação. Há a utilização de um espaço que o carregador nem sequer conhece e que normalmente não é objeto de convenção, salvo se exige um veículo especial ou um lugar determinado, mais seguro ou mais cômodo, em determinado veículo. Também a responsabilidade pelos danos causados à coisa e pela sua guarda pode ser considerada secundária e quase sempre é compreendida na realização da obra, do serviço completo que caracteriza a empreitada e que é no caso a entrega da coisa ao destinatário no mesmo estado em que foi recebida do carregador, responsabilizando-se, portanto, o transportador empreiteiro por qualquer dano ou perda. Não há aí mais do que indenização devida pelo não cumprimento ou pelo cumprimento parcial e imperfeito de uma obrigação assumida. O mesmo se pode dizer, com inteira aplicação, em relação ao transporte de pessoas.

Ainda que o contrato de transporte não fosse uma convenção típica expressamente regulada em numerosos dispositivos legais, não se poderia, por conseguinte, afirmar a configuração de um contrato misto, dada a evidente subordinação das várias prestações à realização de uma obra ou resultado completo visado pelas partes e que consitui a verdadeira função econômico-jurídica desse contrato.

Não seria possível terminar este esboço de distinção entre o contrato misto e outras modalidades contratuais, que dele se aproximam, sem fazer ligeira referência ao negócio indireto.

Como nos mostra Ascarelli ("O Negócio indireto", *Revista de Direito*, 1.941, pág. 25), há contratos em que cláusulas acessórias ou simples circunstâncias de fato permitem às partes conseguir o intento que visam e há também outros contratos com várias prestações da mesma importância. Mas mesmo aí a causa do contrato indireto é sempre individuada em relação à do negócio direto. A concorrência de outras intenções não é bastante para quebrar o nexo entre o negócio indireto e o negócio direto. As partes querem realmente o negócio posto em prática, embora visem um fim ulterior, indiretamente. Esse fim ulterior permanece estranho ao contrato, sendo um motivo contratual. A disciplina do negócio indireto é a do negócio diretamente querido, sendo estranhas as sucessivas finalidades.

No negócio indireto não há concurso de prestações típicas que dá lugar à fusão de causas contratuais que caracteriza o contrato misto. A causa é uma só, a do negócio direto e o fim ulterior das partes fica

na esfera dos motivos, como mostra De Gennaro. As cláusulas particulares eventualmente estipuladas não fazem surgir a obrigação de prestações típicas de outro contrato, mas são compatíveis com o escopo típico do negócio adotado. O contrato misto requer o concurso de várias prestações típicas de outros contratos e a fusão de várias causas, o que não se dá com o negócio indireto. A causa do negócio é aquela posta em evidência pela vontade das partes ao executar a relação jurídica, de modo que o negócio indireto não forma uma categoria própria a requerer uma disciplina específica. Já os contratos mistos formam uma categoria especial, requerendo, portanto, uma disciplina peculiar. Os negócios indiretos não formam uma categoria isolada com regulamentação própria porque o fato de visarem as partes um fim indireto não causa uma modificação na disciplina jurídica do negócio direto. Aplica-se sempre a disciplina do negócio direto, mesmo nos casos em que o escopo indireto visado pelas partes seja típico de uma figura de contrato prevista em lei.

XI. DA DISCIPLINA JURÍDICA DOS CONTRATOS MISTOS

Chegamos finalmente, depois de indispensáveis considerações a respeito da conceituação da caracterização e da classificação dos contratos mistos, ao problema da sua disciplina jurídica. Este é o aspecto de maior importância prática. Uma solução feliz nesta questão de primordial relevância, requer, no entanto, um preliminar assentamento teórico da natureza jurídica do contrato misto. Impossível nos seria dedicar-lhe uma disciplina jurídica que lhe convenha, sem ter antes estabelecido o conceito de contrato misto e feito ressaltar os traços que compõem a sua fisionomia, distinguindo-o dos demais casos em que se apresenta o concurso de múltiplas prestações. Chegamos que fomos à construção do contrato misto como constituindo uma categoria própria, imprescindível se torna que lhe dediquemos uma disciplina peculiar, diversa da regulamentação usada nos contratos nominados ou da disciplina dos contratos atípicos *stricto sensu*. O princípio a adotar na disciplina jurídica dessas convenções tem de resultar forçosamente da elaboração teórica em torno de sua natureza jurídica. Este é o único método aceitável. Por isso mesmo, chegaram a conclusões falsas a este respeito muitos autores que, numa condenável inversão de método, se preocuparam, antes de tudo, com o problema mais saliente da disciplina jurídica para, só depois, oferecer uma teoria geral dos contratos mistos, já então falsamente fundada em um ponto de partida apressadamente estabelecido.

Como é sabido, três teorias principais surgiram no terreno da disciplina jurídica dos contratos mistos: a teoria da absorção, a da combinação e a da aplicação analógica. Passemos ao rápido exame destas doutrinas propostas por autores alemães e universalmente discutidas.

A) A teoria da absorção foi proposta por Lotmar e recomenda que, em cada caso, se procure o elemento principal e dominante, para a ele submeter as demais prestações reputadas secundárias, sujeitando o contrato em seu conjunto à aplicação das normas relativas à prestação principal. A aceitação da *absorptionstheorie* resulta, portanto, na negação da categoria dos contratos mistos por sua assimilação a um dos contratos típicos, a cuja disciplina é submetido (acima, III, nº 3).

Já vimos, no entanto, que o próprio conceito de contrato misto repele a aplicação da teoria da absorção. Insistimos detidamente no fato de resultar o contrato misto de uma relação de coordenação entre as várias prestações e da fusão das várias causas contratuais em uma única causa mista. Procuramos demonstrar a nítida diferença entre os contratos mistos e os contratos típicos com prestação subordinada de outra espécie. Só a estas modalidades contratuais se aplica com propriedade o princípio da absorção.

Alega-se a favor desse princípio a presteza na disciplina dos contratos mistos e as grandes vantagens que ele traria em benefício da certeza e da segurança jurídica. Mostramos, todavia, as dificuldades quase insuperáveis encontradas pelos autores para apurarem qual a prestação principal a cuja regulamentação se subordine a das demais. Vimos mesmo o absurdo que existe no desesperado esforço dos sustentadores da teoria da absorção para encontrar uma prestação principal, mesmo nos contratos em que se verifica a troca de duas prestações típicas, o que claramente vem evidenciar sua equivalência. Um critério que, à primeira vista, parece ser uma preciosa contribuição para a segurança jurídica, vem, muito pelo contrário, oferecer oportunidade ao exercício das maiores arbitrariedades. A sua maior qualidade, que seria a da certeza na disciplina dos contratos mistos, rui assim pela base, dadas as imensas dificuldades e incertezas na determinação da prestação principal.

A maior objeção a esta teoria é, contudo, de ordem teórica. Apesar de todas as dificuldades, é o princípio da absorção o aplicável aos contratos em que se evidencia a presença de uma prestação subordinante em fase de outras secundárias. Mas, absolutamente, não tem cabimento a teoria da absorção em face dos contratos mistos, simplesmente porque onde se apresenta uma prestação principal, não há contrato misto. Como muito bem afirma De Gennaro, em oposição à teoria prevalente

na Itália, que é a da absorção, “a aplicação do princípio da absorção nos leva fora do campo dos contratos mistos, para a esfera dos tipos legais de contrato”.

Esta é, aliás, a disciplina conveniente às uniões de contratos e aos contratos atípicos com prestações subordinadas. Aos contratos em que se apresentam prestações secundárias, sejam elas preparatórias, sem virtude informativa do tipo, ou visem tornar possível, completar ou aumentar as vantagens da prestação principal, aplicar-se-á a teoria da absorção, com as ressalvas feitas para a disciplina das prestações secundárias. Só o contrato no seu todo será regulado pelas normas relativas à prestação principal; as prestações secundárias em si mesmas consideradas serão reguladas por meio de um recurso aos princípios gerais do direito e à aplicação analógica. Isso mostra como a aplicação dessa teoria não impede completamente a insegurança jurídica, pelo menos no que diz respeito às prestações secundárias.

A teoria da absorção tem assim aplicação em todos os casos em que há pluralidade de prestações, mantendo estas relação de subordinação, em face de uma prestação principal. O que sobretudo impede a aplicação da *Absorptionstheorie* ao contrato misto é uma razão de ordem teórica, fundada no conceito mesmo do contrato misto, por uma impossibilidade material, dada a falta de prestação principal. Aos demais casos de pluralidade de prestações, poderá ela ser aplicada, com as restrições indicadas. Ao contrato misto nunca, pois neste impera a coordenação e não a subordinação.

B) Deve-se a teoria da aplicação analógica a Otto Schreiber. Negou esse autor a possibilidade da aplicação direta das normas previstas pela lei para os tipos contratuais aos elementos desses contratos típicos encontrados em outros contratos devem-se regular os contratos mistos pela aplicação analógica das normas previstas pela lei para os contratos de que eles mais se aproximam. Chega-se assim também à negação da categoria dos contratos mistos distinta dos contratos atípicos *stricto sensu*. A disciplina dos contratos mistos não é específica, mas se aproxima em tudo da disciplina dos contratos propriamente atípicos. Tanto uns como outros são subordinados aos princípios gerais das obrigações e à aplicação analógica das normas relativas aos contratos semelhantes. Nega Schreiber a base da teoria da combinação, que é o princípio da correspondência abstrata entre os casos previstos na lei e as normas por ela estabelecidas. Afirma ele que a lei previu os complexos normativos para um determinado caso e essas normas se tornam inaplicáveis sempre que a espécie a regular não coincida exatamente com o caso previsto em lei, para o qual foram criadas as normas. Não há, na

sua opinião abstrata entre os vários elementos jurídicos por ela atribuídos a esses elementos. Negam Schreiber e os autores que o seguiram o caráter e o valor abstrato dos tipos legais de contrato. A lei previu simples exemplos concretos de contratos, cujos complexos normativos constituem regulamentação de casos concretos e não são aplicáveis desde que o caso a regular não coincida perfeitamente com a hipótese prevista pela lei. Em qualquer caso em que inexista uma identidade perfeita, só a aplicação analógica será possível. Isso impede em sua opinião a aceitação da teoria da combinação, que propõe a aplicação direta das normas legais aos contratos mistos.

La Lumia ("Contratti misti i contratti innominati" Riv. Dir. Com., 1.912, I, pág. 719) adere também, em linhas gerais, a essa teoria, embora julgue insuficiente o recurso a analogia e aos princípios gerais das obrigações.

A verdade é que se indubitavelmente as legislações modernas formam organismos donde promanam princípios gerais, permitindo a aplicação analógica, é também inegável que elas contêm complexos de normas dotados de um valor abstrato, que a teoria de Schreiber nega fundamentalmente. E por isso mesmo basta à aplicação das normas legais previstas pela lei para um determinado caso a outras hipóteses idênticas de contrato que esta outra hipótese englobe os elementos essenciais do contrato regulado e que contenha prestações típicas, com virtude informativa do tipo contratual disciplinado legalmente. Além disso, com a aceitação das considerações expostas pelos adversários da teoria da combinação, a parte especial dos códigos chegaria a um mínimo de aplicação, porque, em face do amplo princípio de liberdade de contratar, raros são os negócios em que não se modifique ligeiramente o paradigma legal com a modificação de um ou outro elemento acessório por meio de inclusão de uma cláusula que melhor atenda ao interesse das partes. Por uma pequena alteração que não atingiria os elementos típicos do contrato nem atingiria a sua essência, deixaria ele de ser regulado por meio da direta aplicação das normas para ele previstas, com grande prejuízo para a certeza e para a segurança jurídica. Porque é impossível negar o quanto há de oscilante, instável e impreciso na aplicação analógica. Esta só se deve aplicar aos contratos atípicos *stricto sensu*, com os quais, por sua natureza, não se coaduna a aplicação direta e combinada das normas legais previstas para casos essencialmente diversos.

A relação abstrata entre as normas legais e os fatos por elas regulados e, sobretudo, a natureza do contrato misto, no qual se mantém a autonomia das prestações típicas em uma ampla coordenação reali-

zada com fusão de causas, nos levam a tender mais logicamente para a teoria da combinação, que passaremos agora a examinar.

C) A teoria da combinação foi apresentada por Henrique Hoeniger, que partiu de princípios enunciados por Rümelin em seus estudos sobre a locação de serviços em face do Cód. Civil Alemão. Afirma Rümelin que as normas previstas para a locação de serviços se aplicam a todos os casos em que se verifique essa modalidade contratual, mesmo quando existam elementos concorrentes. Foi Rümelin quem primeiro sustentou o princípio básico da teoria da combinação, que é aquela correspondência abstrata entre os casos previstos na lei e as normas por esta estabelecidas. E ele afirma a aplicação desse princípio não só em face do contrato de trabalho, mas também em outros contratos, permitindo sempre a aplicação das normas mesmo fora do campo estrito para o qual foram estabelecidas. Nessas considerações, baseou Hoeniger sua teoria sobre a disciplina dos contratos mistos, permitindo a aplicação das normas legais aos casos por ela previstos, mesmo quando neles concorrem elementos novos. Vimos já que Hoeniger ofereceu um conceito demasiadamente extenso de contrato misto, admitindo como tal mesmo as convenções em que concorram elementos não típicos.

A teoria da combinação sustenta essencialmente que todas as formações contratuais que não produzem exatamente o paradigma legal, para o qual foram estabelecidas normas especiais, mas que resultam da coordenação e combinação de vários elementos típicos dos contratos legais, devem ser reguladas pela aplicação direta e combinada das normas legais estatuídas para cada um desses elementos coordenados. Como se vê, essa teoria pressupõe uma relação entre elementos de fato e elementos jurídicos, relação de caráter abstrato que permanece mesmo nos casos em que esses elementos se encontram em contratos que não reproduzem exatamente os tipos legais e em coordenação com outros elementos. A lei, regulando os vários elementos de fato, estabelece normas adequadas a cada um deles, normas essas aplicáveis a esses elementos onde quer que eles se encontrem, desde que mantenham sua tipicidade. Essa teoria foi aceita, entre muitos, por Ennecerus, Oertmann, Messina e De Gennaro.

Os sustentadores da teoria da aplicação analógica afirmam que entre os casos previstos na lei e as hipóteses a disciplinar há apenas uma mera afinidade; os adeptos da teoria da combinação afirmam, pelo contrário, uma identidade, que permite a aplicação direta dos dispositivos legais a estas combinações não previstas pela lei.

De Gennaro, com razão, exige para que se possa usar da aplicação direta, não só a perfeita coincidência entre os casos considerados, mas

ainda que o elemento legal se apresente, no caso concreto, revestido de sua função típica, sem qualquer subordinação funcional em relação a qualquer outra prestação. Nos casos de subordinação, a função não é típica, não tem virtude informativa do seu tipo, não é querida em si mesma mas como um meio para realizar ou aumentar as vantagens de uma outra prestação típica; aí se justificará plenamente, como vimos, a aplicação do princípio da absorção. É preciso que a prestação seja querida em si mesma, em sua tipicidade, com a função econômico-jurídica de acordo com a qual foi prevista pela lei, para que se lhe possam aplicar as normas para ela estabelecidas: sempre que essa prestação se apresente com a sua tipicidade e revelando a sua verdadeira causa legal, então, onde quer que se apresente, poderá ser disciplinada por aplicação dos dispositivos para ela originariamente previstos.

A teoria da combinação repousa, portanto, sobre o fundamental princípio da relação abstrata entre os casos previstos na lei e as normas para eles estabelecidas, permitindo, assim, a aplicação direta dessas normas aos elementos legais, mesmo quando esses se encontrem em concorrência com outros em formações contratuais atípicas. Como afirmou Rümelin, as normas que disciplinam todo elemento legal são particulares a esse elemento mesmo, independentemente do contrato típico em que figura, de modo que o seguem mesmo quando ele se une a elementos legais de outros contratos. Entre um elemento e seus efeitos jurídicos há um liame abstrato, tendo o mesmo elemento sempre os mesmos efeitos.

É necessária, no entanto, uma limitação; a aplicação direta das normas só será possível quando as prestações mantenham um caráter típico e continuem com a função econômico-jurídica que lhes é própria. Tivemos ocasião de demonstrar mesmo que só pela coordenação de tais prestações típicas e autônomas e pela fusão das várias causas contratuais típicas se verifica a hipótese do contrato misto.

A aplicação direta das normas legais tem, assim, completa aceitação no que diz respeito aos contratos mistos. Constitui mesmo a única disciplina específica possível desses contratos.

A principal crítica à teoria da combinação se firma no fato de serem os contratos mistos organismos cuja unidade impede a decomposição de suas partes. Autores como Schreiber, La Lumia e G. Osti (in "Nuovo Digesto Italiano", pág. 68, ns. 30 e segs.) afirmam que essa teoria parte do conceito falso de individuação e isolamento dos elementos de cada negócio e dos respectivos efeitos jurídicos.

A concepção orgânica dos contratos, afirmada por esses autores, é inegavelmente exata. Afirmam sustentadores da teoria da aplicação

analógica que os contratos típicos não reúnem os seus elementos de fato em uma acumulação de que resulte a autonomia de cada um deles, mas esses elementos perdem sua autonomia para a formação do organismo contratual e são disciplinados como partes dele. Isso significa que seria um erro afirmar a correspondência abstrata entre as normas jurídicas e os respectivos elementos de fato. A disciplina de cada elemento não é assim dependente da natureza do elemento e sim modificada em vista da finalidade complexa de todo o contrato, que é a sua causa.

Mas, como mostra De Gennaro, há pelo menos um elemento que não pode deixar de ser regulado pela lei em si mesmo. É a prestação típica, que caracteriza todo o contrato, constituindo a exteriorização da causa do mesmo. Essa prestação é que dá ao organismo contratual de que nos fala Schreiber a sua natureza, a sua orientação e que contribui mais fortemente para a sua caracterização. Como que o representa onde quer que se encontre. Esse elemento é que informa a organização contratual em sua unidade. E as normas a ele relativas podem ser diretamente aplicadas e combinadas, mesmo quando elas se encontram em concorrência com prestações entranhas em formações atípicas mistas, desde que essas aí apareçam com sua função típica. A tipicidade das prestações concorrentes é, como temos tido ocasião de insistir, um elemento essencial do contrato misto; somente as prestações dotadas de virtude informativa do tipo podem concorrer para a formação de negócios mistos.

Seguimos aqui a razoável limitação imposta por De Gennaro ao amplo conceito de contrato misto oferecido por Hoeniger, que, como vimos, fazia incluir neles quaisquer elementos contemplados pela lei, fossem eles típicos ou não. Assim o conceito teórico de contrato misto passa a ter uma limitação que coincide perfeitamente com a limitação teórica inegável da aplicação do princípio da combinação. As críticas opostas por Schreiber e seus continuadores à obra de Hoeniger têm uma completa e indiscutível procedência. Mas as razões que nos levariam a afastar o princípio da aplicação direta desaparecem desde que nós usemos, na estruturação do contrato misto, de um rígido critério doutrinário, impedindo que se chegue à demasiada elasticidade atribuída por Hoeniger a essas formações atípicas. Desde que se considerem como formadores dos contratos mistos unicamente os elementos típicos, forçosamente se terá de reconhecer a possibilidade de usar do princípio da aplicação direta como o único meio seguro de regulamentação específica dos contratos mistos como uma categoria contratual distinta.

Na disciplina dos simples concursos de várias prestações ou das formações contratuais reconhecidas como atípicas *stricto sensu*, poderá ser usado, nos termos já expostos, o princípio da absorção e poderá ser aplicada a regulamentação geral dos contratos atípicos — princípios gerais das obrigações e do direito e aplicação analógica.

Alega, também, Schreiber que seria trabalho custosíssimo a decomposição dos contratos em seus elementos constitutivos. Esse argumento de ordem prática não parece suficiente para afastar as vantagens também de ordem prática, e essas vultosíssimas, trazidas à certeza e à segurança jurídica pela aplicação direta, material, simples e precisa das normas previstas pela lei e por ela rigorosamente estabelecidas, a todos os contratos mistos, por meio da combinação desses complexos normativos. Fazse simplesmente a aplicação desses complexos normativos aos elementos contratuais típicos, em quaisquer circunstâncias em que eles sejam encontrados em coordenação com outros elementos contratuais igualmente típicos, sob o domínio de uma nova e única causa mista.

Evidentemente essa disciplina dos contratos mistos, extremamente complexa, pressupõe a competência e a habilidade dos juizes que vão realizá-la, mas não menor competência nem menor habilidade se fazem necessárias para que se consiga uma boa aplicação analógica, que, por sua instabilidade, ainda requer maior prudência e mais firme competência, para que se evitem danosas arbitrariedades. A favor da teoria da combinação depõem, portanto, a simplicidade, a certeza e a segurança jurídica, que são sempre os mais alevantados objetivos visados pelo legislador em sua função de preservador da harmonia social.

D) A teoria da combinação é, assim, a que nos parece mais apta a fornecer seguros princípios para uma boa disciplina dos contratos mistos. É preciso decompor o contrato nos vários elementos de que se forma, e depois verificar a que correspondem, aplicando-se então combinadamente as normas referentes a cada uma dessas prestações. O contrato misto se disciplinará assim pela combinação das normas de lei previstas para cada um dos elementos contratuais que concorrem para sua formação.

Mas, como bem mostra De Gennaro, essa aplicação não pode ser mecânica, devendo ser precedida da avaliação do escopo complexo do contrato e da compatibilidade desse com as várias normas. Não se pode aplicar sempre acumuladamente os grupos de normas. Em relação ao cumprimento de cada uma das prestações, a aplicação das normas respectivas será quase sempre livre de dificuldades; mas, em relação à disciplina do contrato em sua generalidade, em relação à sua formação, validade, nulidade, prescrição e garantias legais, não se poderão aplicar

contemporaneamente duas normas contraditórias. Nessas circunstâncias, evidentemente, umas normas terão forçosamente maior influência do que as outras, sobre a disciplina geral do contrato. Mas como preferir, dentre as várias normas, umas mais adequadas, se todas correspondem a prestações que, por definição, têm uma igual importância, contribuindo igualmente, em coordenação, para a obtenção do escopo geral visado pelo contrato misto? Propõe De Gennaro que se prefiram as normas mais rigorosas, principalmente no que se refere à capacidade para contratar, forma, objeto, etc., porque essas normas mais rigorosas foram ditadas por um interesse de ordem pública. Sendo o contrato praticado pelas mesmas pessoas, não seria possível aplicar a umas e outras regras diversas, conforme a prestação de que se encarregasse. Deverá assim, no que diz respeito a essas exigências, ser todo o contrato submetido às normas mais rigorosas, sem que isso signifique uma absorção das demais prestações pela prestação principal e subordinante.

A inobservância dos requisitos exigidos para o tipo contratual sujeito a normas mais rigorosas, como, por exemplo, uma incapacidade mais estrita ou uma forma mais rígida, acarretará a nulidade do contrato misto. Fizemos já salientar a unidade do contrato misto, pela íntima fusão das várias causas que nele concorrem; essa unidade impede que subsistam alguns de seus elementos, sendo prejudicados outros pela nulidade. É isso no que diz respeito a todos os requisitos do ato jurídico, estatuídos em lei; não só no que tange à capacidade e à forma, mas também no que se refere ao objeto, devendo a ilicitude de uma das prestações acarretar a nulidade de todo o contrato. Tal consequência nasce da própria unidade do contrato misto; ou ele valerá no seu todo ou será nulo por completo. Os princípios gerais dos contratos têm plena aceitação. Assim, em tudo o que diga respeito à formação do contrato, à manifestação de vontade, proposta e aceitação, etc. (Cód. Civil Brasileiro, arts. 1.079 e segs.). Do mesmo modo tem inteira aplicação o art. 1.092, referente aos contratos bilaterais. O não cumprimento de uma só das prestações será suficiente para acarretar a rescisão do contrato com perdas e danos ou para que se faça valer a *exceptio non adimple ti contractus*.

A lei civil brasileira não fixa, evidentemente, regras sobre a disciplina dos contratos mistos. Esse é um problema por excelência doutrinário; à doutrina e à jurisprudência cabe estabelecer a orientação a adotar nesse difícil problema jurídico. O anteprojeto de Código das Obrigações, no entanto, parece abrir uma larga oportunidade à futura aplicação da teoria da combinação com base legal. Assim é que diz o art. 70, em termos que não podiam deixar de ser vagos, em matéria

tão incerta: "Contendo o ato partes que quadrem a diversas espécies de contratos, observam-se as regras estabelecidas para cada uma destas, de modo a que a intenção dos contraentes se realize sem contração".

Da competência do juiz e de sua habilidade dependerá, sobretudo, como qualquer problema jurídico, a boa solução da disciplina do contrato misto por uma boa aplicação do princípio da combinação orgânica das normas. Muitas dificuldades surgirão na prática, como surgiriam, também, com aplicação das demais teorias que se quisieram impor nesse terreno. Assim, por exemplo, no que se refere ao problema dos privilégios de que se acha revestido o credor em relação a certos créditos dotados de garantias especiais e que podem concorrer em um contrato misto. Isso principalmente no que diz respeito aos contratos em que se apresentam várias prestações de um lado em face de um correspondente único; quando esse não é pago surge o problema de saber se os privilégios garantirão o pagamento da contraprestação inteira ou se se deverão limitar à parte dessa contraprestação referente àquele elemento contratual em relação ao qual o privilégio foi concedido. Aqui, também, as garantias deverão abranger todo o contrato, por se tratar de um maior rigor da lei; uma descomposição da contraprestação poderia dar lugar a grandes arbitrariedades e seria de difícil avaliação essa parte exatamente correspondente ao elemento contratual especialmente garantido. Quanto aos dispositivos estatuídos em lei com caráter excepcional, devem ser mantidos com esse caráter que a lei lhes presta.

Todas essas dificuldades, certamente imprevisíveis e que surgirão em muitos casos na prática, terão de ser examinadas e resolvidas cuidadosamente pelo juiz, que deverá ter em vista os princípios gerais da disciplina dos contratos mistos, baseando-se em cada caso na natureza especial do contrato para melhor chegar à sua regulamentação.

Em relação aos grupos de normas referentes aos vários contratos combinados, o juiz terá de exercer um profundo esforço de interpretação, fixando a função econômica do contrato misto e dos vários contratos nele concorrentes e estabelecendo a *ratio legis* de cada uma das normas a cuja combinação irá proceder.

A disciplina dos contratos mistos, será, por assim dizer, uma para cada caso ocorrente na prática. Ela exigirá do juiz rara acuidade e profunda competência. Não se pode fixar, nesse terreno cheio de dificuldades e sempre fértil em formações novas, uma orientação aprioristicamente estabelecida, marcando o rumo seguro de todas as soluções.

Nesse campo, mais do que em qualquer outro, serão de alta valia as contribuições da doutrina e da jurisprudência, estabelecendo lentamente um critério norteador, através da sucessão de estudos e de esforços especializados. Mesmo assim, porém, parece que, apesar da instabilidade inerente à matéria, a teoria da combinação, assentando-se em normas já estabelecidas e aplicando-as diretamente, é a que maior certeza oferece. Somos assim levados a acreditar em que com sua mais ampla aplicação mais depressa se chegará nesse árduo problema da disciplina dos contratos mistos a alcançar o velho e nunca apagado ideal da completa segurança jurídica.

XII. BIBLIOGRAFIA

- ARCANGELI, "Il servizio bancario delle cassette forti di custodia", *Riv. di Diritto Commerciale*, 1905, I, pp. 177 e 203.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, ed. 1891, III, p. 34.
- F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile italiano*, 2ª ed., VI, 17.
- Pacifici MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4ª ed., p. 151.
- Roberto DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 7ª ed., III, p. 297.
- Giovani PACHIONI, *Elementi di diritto civile*, 3ª ed., p. 543, nº 45.
- Ch. BEAUDANT, *Cours de droit civil français*, 2ª ed., VIII, p. 34.
- Louis JOSSEMERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, p. 10.
- R. DÉMOGUE, *Traité des obligations*, III, p. 908.
- PLANIOL, "Classification syntetique des countrats", na *Revue Critique de Legislation e Jurisprudence*, ed. 1904, p. 484.
- ESPÍNOLA, *Sistema do direito civil brasileiro*, 1912, p. 584.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 1532 bis.
- GIRARD, *Manuel de Droit Romain*, 3ª ed., pp. 624 e ss.
- Gino DE GENNARO, *I contratti misti*.
- Giovanni BALBI, crítica à obra de De Gennaro. *Rev. di Dir. Privato*, 1935, I, p. 301.
- Giuseppe DONADIO, crítica à obra de De Gennaro. *Rev. di Dir. Com.*, 1935, I, p. 120.
- LA LUMIA, "Contratti misti e contratti innominati", *Rev. di Dir. Com.*, 1912, I, p. 719.
- ASCARELLI, "Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione", *Revista di Diritto Commerciale*, 1930, II, p. 462.
- ASCARELLI, "O negocio indiretto", *Revista de Direito*, 1941, p. 25.
- Giuseppe OSTI, in *Nuovo Digesto Italiano*, IV, p. 68, nº 30.
- ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, trad. da 25ª ed. alemã, II, § 100.

DÉMOGUE, *Traité des obligations*, II, p. 908.

PLANIOL et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, VI, p. 51,
nº 42.

Virgile ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, I, p. 245.

Von THUR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, 1923, p.
218.

Henri PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, p. 3.

Cunha GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, 1931, IV, p. 158.

Hahnemann GUIMARÃES, "Conceito de contrato no direito romano e no
direito moderno", *Rev. Justitia*, julho-agosto de 1934, p. 90.

Honório MONTEIRO, "Contrato misto", *Rev. da Faculdade de Direito
de São Paulo*, 1937, p. 532.