

15

ABR/JUN 2023

Vol. 04 Nº 15

Coordenadores

Flávio Tartuce

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Conselho Editorial

Anderson Schreiber

Angélica Carlini

Carlos Nelson Konder

Carlos Roberto Gonçalves

Cláudia Lima Marques

Ênio Santarelli Zuliani

Eroulths Cortiano Jr.

Everilda Brandão

Giselda Maria F. Novaes Hironaka

Gustavo Andrade

Gustavo Tepedino

Heloisa Helena Barboza

Jones Figueirêdo Alves

José Fernando Simão

José Luiz Gavião de Almeida

Luis Felipe Salomão

Maria Helena Diniz

Marília Pedrosa Xavier

Maurício Bunazar

Nestor Duarte

Paulo Dias Moura Ribeiro

Paulo Lôbo

Silmara Juny de Abreu Chinellato

Sílvio de Salvo Venosa

Zeno Veloso (*in memoriam*)

Revista Brasileira de

Direito Contratual

LEX MAGISTER

IBDCONT

Revista Brasileira de Direito Contratual

Ano IV – Nº 15

Abr-Jun 2023

Coordenadores

Flávio Tartuce – Pablo Malheiros da Cunha Frota

Conselho Editorial

Anderson Schreiber – Angélica Carlini – Carlos Nelson Konder
Carlos Roberto Gonçalves – Cláudia Lima Marques – Ênio Santarelli Zuliani
Eroulths Cortiano Jr. – Everilda Brandão – Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Gustavo Andrade – Gustavo Tepedino – Heloisa Helena Barboza
Jones Figueirêdo Alves – José Fernando Simão – José Luiz Gavião de Almeida
Luis Felipe Salomão – Maria Helena Diniz – Marília Pedroso Xavier
Maurício Bunazar – Nestor Duarte – Paulo Dias Moura Ribeiro – Paulo Lôbo
Silmaria Juny de Abreu Chinellato – Sílvio de Salvo Venosa – Zeno Veloso (*in memoriam*)
Andrea Signorino Barbat (Uruguai) – Andrés Mariño López (Uruguai)
Andrés Varizat (Argentina) – Angelo Viglianisi Ferraro (Itália)
Arturo Caumont (Uruguai) – Cristián Banfi Del Río (Chile)
Enrique Varsi (Peru) – Fernando Araújo (Portugal)
Gabriel Jayme Vivas Diez (Colômbia) – Paula Vaz Freire (Portugal) – Roger Vidal (Peru)

Colaboradores deste Volume

Carlos Eduardo Lataliza Barcelos – Cecília Patrícia Mattar – Eveline Denardi
Júlia Ribeiro de Rezende – Julyana Martins Soares Bugalho – Luisa Bistene
Márcia Walquiria Batista dos Santos – Raif Daher Hardman de Figueiredo
Ricardo dos Santos Castilho – Robert Wagner Conceição Simões
Tarcísio Almeida Corrêa – Victor Willcox

LEX MAGISTER



Revista Brasileira de Direito Contratual

Publicação trimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

Revista Brasileira de Direito Contratual

v. 1 (out./dez. 2019)– Porto Alegre: Magister, 2019.

Trimestral.

v. 15 (abr./jun. 2023)

Coordenadores: Flávio Tartuce e Pablo Malheiros da Cunha Frota

ISSN 2674-967X

1. Direito Contratual – Periódico.

CDU 347.4(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

Capa: Editora Magister

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20

Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Apresentação

Apresento o décimo quinto número da nossa *Revista Brasileira de Direito Contratual* (jan./mar. 2023) com nove artigos e duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, com assuntos que interessam a quem trabalha/estuda com o Direito Contratual.

Luisa Bistene e *Eveline Denardi* cuidam da homologação de sentença estrangeira no STJ, a partir dos requisitos da ordem pública e da soberania.

Raif Daher Hardman de Figueiredo trabalha com o tema do regulamento do *disclosure* nas relações de *franchising* em um estudo comparativo entre a *Franchise Investment Law* da Califórnia (EUA) e o Direito brasileiro.

Tarcísio Almeida Corrêa e *Eveline Denardi* abordam como a autonomia privada é afetada pela contratualização dos direitos reais sob o prisma da extrajudicialização do direito das coisas.

Júlia Ribeiro de Rezende e *Ricardo dos Santos Castilho* fazem uma historicidade acerca dos limites e das possibilidades da autonomia da vontade e da liberdade de contratar.

Márcia Walquiria Batista dos Santos e *Robert Wagner Conceição Simões* refletem sobre a possibilidade de o(a) consumidor(a) escolher entre a arbitragem e os juizados especiais cíveis para a resolução de conflitos.

Cecília Patrícia Mattar estuda como a mediação profissional pode colaborar para um adequado acordo de acionistas.

Victor Willcox trata dos contratos atípicos no Direito brasileiro e apoiado “em precedentes jurisprudenciais, pretende-se estabelecer critérios de interpretação e integração dos contratos atípicos, bem como definir os limites à liberdade contratual à luz da legalidade constitucional”.

Carlos Eduardo Lataliza Barcelos reflete sobre as sempre presentes condições gerais contratuais abusivas em contratos bancários.

Julyana Martins Soares Bugalho lida com a repercussão jurídica do contrato de namoro no Direito pátrio.

O acórdão do STJ, AgInt no AREsp 1.728.279, cuidou de contrato de cartão de crédito e a responsabilidade da instituição financeira pela falha no dever de segurança, pois “não é possível afastar a responsabilidade da instituição financeira, notadamente quando descumpriu o respectivo dever de segurança ao não obstar a realização de compras por cartão de crédito em

estabelecimento comercial objeto de suspeita em transações anteriores, na mesma data, pois latente que o perfil de compra da agravada discrepava do volume das transações fraudulentas efetivamente engendradas”. E, fechando a seção de jurisprudência, o AgInt-EDcl-REsp 1.491.537 define que “A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015”.

A miríade de temas e de autores e de autoras de várias partes do país neste número de nossa Revista consolida o intuito do IBDCONT em dialogar com a comunidade acadêmica e profissional, cujo objetivo é elevar qualitativamente o debate sobre o Direito Contratual no Brasil. Excelente leitura.

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Coordenador da Revista Brasileira de Direito Contratual

Sumário

Doutrina

1. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: Procedimento do STJ, Ordem Pública e Soberania Nacional
Luisa Bistene e Eveline Denardi 7
2. Regulamento do *Disclosure* nas Relações de *Franchising*: Análise Comparativa entre a *Franchise Investment Law* da Califórnia (EUA) e o Direito Brasileiro
Raif Daher Hardman de Figueiredo..... 28
3. A Extrajudicialização do Direito das Coisas: os Reflexos da Contratualização dos Direitos Reais na Autonomia Privada das Partes
Tarcísio Almeida Corrêa e Eveline Denardi 49
4. Uma Análise sobre o Histórico e os Limites do Princípio da Autonomia da Vontade e a Liberdade de Contratar
Júlia Ribeiro de Rezende e Ricardo dos Santos Castilho 72
5. Direito do Consumidor e a Escolha entre a Arbitragem e os Juizados Especiais para Solução de Conflitos
Márcia Walquiria Batista dos Santos e Robert Wagner Conceição Simões..... 92
6. O Acordo de Acionistas e a Mediação Profissional
Cecília Patrícia Mattar..... 119
7. Contratos Atípicos no Direito Brasileiro: Breves Reflexões
Victor Willcox..... 130
8. Cláusulas Abusivas nos Contratos Bancários
Carlos Eduardo Lataliza Barcelos 155
9. Contrato de Namoro e a Repercussão no Ordenamento Jurídico
Julyana Martins Soares Bugalho 169

Jurisprudência

1. Superior Tribunal de Justiça – Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito Cumulada com Indenização por Danos Materiais e Morais. Compras Realizadas por Terceiro. Uso do Cartão de Crédito e de Débito. Falha no Dever de Segurança da Instituição Financeira. Agravo Interno Desprovido
Rel. Min. Raul Araújo 190

2. Superior Tribunal de Justiça – Exceção de Pré-Executividade. Título Executivo. Iliquidez. Honorários Advocatícios Sucumbenciais. Marco Temporal para a Incidência do CPC/2015. Prolação da Sentença. Agravo Interno Desprovido <i>Rel. Min. Raul Araújo</i>	199
Diretrizes para Submissão de Artigos Doutrinários	203

Contratos Atípicos no Direito Brasileiro: Breves Reflexões

VICTOR WILLCOX

Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ;
e-mail: victorwillcox@gmail.com.

RESUMO: O trabalho pretende examinar os contratos atípicos, sem previsão legal expressa, e trazer contribuições para a sua disciplina. Com apoio em precedentes jurisprudenciais, pretende-se estabelecer critérios de interpretação e integração dos contratos atípicos, bem como definir os limites à liberdade contratual à luz da legalidade constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Atípicos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Função do Tipo Contratual no Processo de Qualificação. 3 Interpretação e Integração dos Contratos Atípicos. 4 Limites à Autonomia Negocial nos Contratos Atípicos. 5 Considerações Finais: um Olhar para o Futuro. 6 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

A autonomia negocial¹ – isto é, a prerrogativa dos indivíduos de regulamentarem os seus próprios interesses e determinarem os efeitos de seus atos – é constantemente conformada por elementos externos à vontade das

1 Tradicionalmente, entende-se como *autonomia privada* “a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 335). Modernamente, contudo, tem-se preferido a utilização da terminologia *autonomia negocial*, tal como proposto por Perlingieri: “(...) a locução ‘autonomia privada’ pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo ‘privada’ corre-se o risco de gerar sérios equívocos. Quanto à expressão, bastante difusa, autonomia contratual, essa acolhe exclusivamente aquela atividade que se manifesta com a realização de um negócio bi ou plurilateral de conteúdo patrimonial; de modo que a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de ‘autonomia negocial’, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial. Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual, porém) negocial mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas, pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338).

partes, notadamente os valores e princípios constitucionais². Há uma espécie de simbiose entre a autonomia negocial e o ordenamento constitucional. Nas palavras de Perlingieri,

“(...) a autonomia dita privada, em termos de efetividade, integra-se com os outros poderes e se conflui, como parte ora atuante e conformada, ora criativa e constitutiva, no ordenamento global, como conjunto de princípios e de regras predispostas e realizadas com a função de ditar ordem na sociedade. Também a autonomia, exercida *iure privatorum*, é síntese de valores escolhidos e de valores impostos, é auto e hetero-regulamentação. Ao ser atuante e criativa, contribui para alimentar o ordenamento, ao mesmo tempo que dele extrai a fonte primária da própria legitimação, que exige e justifica mesmo um confronto com a efetiva harmonização entre os valores livremente escolhidos, as regras livremente estabelecidas e os valores proeminentes e, por vezes, inderrogáveis, indicados no quadro de referência constitucional.

A unidade do ordenamento não exclui, portanto, a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade tem o seu momento unificador no ordenamento que ela própria ajuda a produzir.”³

A autonomia negocial não é, pois, hermética: ela, a todo tempo, dialoga com o ordenamento jurídico, na medida em que, por um lado, as normas jurídicas servem para reger as relações jurídicas entre as partes e, por outro lado, a criatividade humana, expressada na autonomia negocial, também contribui para retroalimentar o ordenamento.

Nesse cenário dinâmico, de constante progresso econômico e tecnológico, é comum que a disciplina oferecida pelo legislador para determinados tipos de contratos não seja bastante para atender efetivamente aos interesses das partes⁴. Surge, então, a necessidade de celebrar contratos atípicos, que, se-

2 A incidência das normas constitucionais sobre as relações privadas tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do seguinte julgado: “O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais” (STF, RE 201.819/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 11.10.05).

3 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 309-310.

4 “La libertà di fare contratti atipici è un aspetto della più generale libertà contrattuale riconosciuta ai privati, e si basa su forti ragioni di opportunità sociale. Essa consente ai privati di organizzare le proprie operazioni contrattuali nei modi più conformi alle proprie esigenze, e quindi più idonei a garantire l'efficienza della loro azione. Di fronte a esigenze nuove, indotte dai progressi della tecnologia e dell'economia, può infatti accadere che nessun tipo legale offra risposte soddisfacenti; di qui la necessità di uscire dai tipi, di fare un contratto atipico.” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 400)

gundo Pedro Pais de Vasconcelos, “são o domínio por excelência da inovação”⁵, vislumbrando-se neles, de forma mais contundente, a expressão da criatividade dos indivíduos no exercício de sua liberdade contratual. O presente trabalho pretende trazer algumas contribuições para a disciplina dos contratos atípicos, de modo a auxiliar a solução das controvérsias que deles podem advir.

2 A Função do Tipo Contratual no Processo de Qualificação

Os contratos *atípicos*, diferentemente dos *típicos*, são aqueles que não se amoldam, com precisão, a nenhum esquema contratual previamente definido pelo legislador. Na síntese de Álvaro Villaça Azevedo, “tipicidade significa presença, e atipicidade ausência, de tratamento legislativo específico”⁶. Dentro dos contratos ditos atípicos, encontram-se os contratos *mistos*, consistentes em arranjos negociais moldados a partir da modificação de determinado tipo ou da aglutinação de mais de um tipo contratual, de modo a satisfazer os interesses almejados pelas partes no caso concreto⁷.

Quando as partes resolvem aderir a determinado tipo, fazem-no co-tejando o objetivo que pretendem alcançar com o contrato com a disciplina legislativa aplicável àquele tipo específico. Se, diferentemente, o regramento legal aplicável ao tipo for inapropriado para se atingir o escopo do contrato, poderão as partes, fugindo do esquema legislativo, celebrar um contrato atípico⁸. Para alguns, um exemplo de avença atípica seria o contrato complexo denominado *EPC – Engineering, Procurement & Construction*, que guarda pro-

5 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 333.

6 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 129.

7 “Na maior parte dos casos, os contratos atípicos não são puros; são construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos. Na prática, quase todos os contratos atípicos são mistos.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 217)

8 “A celebração de contratos atípicos implica sempre o repúdio por parte dos contratantes de um ou mais tipos contratuais legais. Este repúdio é motivado pela constatação da inconveniência dos tipos contratuais legais disponíveis para a satisfação do interesse contratual, ou da sua inabilidade para assegurar as finalidades que movem as partes a contratar. Por uma razão ou por outra, o regime dos tipos contratuais legais disponíveis é considerado indesejável. É preciso, então, construir um contrato diferente. A construção de um contrato diferente, de um contrato atípico, é feita, ou pela modificação de um ou mais tipos que sejam susceptíveis de, uma vez modificados, satisfazerem o interesse contratual, ou através da construção *ex novo* de um contrato que não resulte da adaptação dos tipos existentes. O repúdio do tipo legal tem sempre a ver com o carácter indesejável para as partes da disciplina jurídica que resultaria da sua adopção.

A selecção do tipo contratual a partir das vantagens ou inconvenientes do seu regime jurídico próprio é uma constante do direito dos contratos e da prática contratual. As partes escolhem o tipo contratual que mais lhes convém tendo em atenção as circunstâncias, os objetivos que pretendem alcançar e as vantagens e desvantagens implicadas.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 353-354)

ximidade com a empreitada, tendo como função precípua a entrega da obra em termo certo⁹.

A função do tipo contratual consiste precipuamente em facilitar – sem, contudo, esgotar – a escolha das normas que disciplinarão determinado contrato. Por outro lado, devido à impossibilidade de o legislador prever todos os possíveis esquemas negociais que as pessoas porventura queiram celebrar, faculta-se aos indivíduos que celebrem outros contratos, conforme lhes convier¹⁰. A celebração de contratos atípicos é expressamente admitida no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 425 do Código Civil¹¹.

O processo de regulamentação dos tipos contratuais pelo legislador não acompanha, com a mesma velocidade, o surgimento de novos esquemas negociais no tráfico social. Como observa Caio Mário da Silva Pereira, “a imaginação humana não estanca (...). Ao contrário, cria novos negócios, estabelece novas relações jurídicas, e então surgem outros contratos afora aqueles que recebem o batismo legislativo (...)”¹².

É comum que a disseminação de determinado esquema negocial atípico ganhe notoriedade a ponto de dar ensejo, posteriormente, à sua tipificação

9 “Trata-se (...) de contratos extremamente complexos em relação aos quais é questionável a aplicação, mediante simples subsunção e sem os devidos temperamentos, dos dispositivos de lei referentes à empreitada. Independentemente, contudo, da qualificação desses contratos como empreitada *tout court* ou como contrato atípico, o certo é que as suas principais características em muito se assemelham, permanecendo como prestação principal a entrega da obra em termo certo.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2. p. 347)

Na jurisprudência: “O contrato sob regime *turnkey*, embora não previsto expressamente na legislação civil brasileira, assemelha-se em muito ao contrato de empreitada integral, porquanto a contratada assume a execução e o gerenciamento de todas as etapas do projeto, incumbindo-lhe a entrega da obra finda, testada e em condições de imediata operabilidade, daí o termo ‘chave na mão’, em tradução literal, visto que, uma vez ultimado o serviço, basta ao dono da obra ingressar no empreendimento” (TJRJ, Apelação 0149775-04.2011.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 18ª Câmara Cível, j. 11.12.2019).

10 “A classificação dos contratos em típicos e atípicos diz respeito à aptidão do contrato para ser reconduzido a determinado modelo previsto pelo legislador, que lhe reserva normas específicas. A esse modelo teórico dá-se a denominação de *tipo*, noção frequentemente utilizada no âmbito dos contratos para facilitar o processo de qualificação, com a conseqüente determinação das normas aplicáveis. Dessa forma, os contratos que puderem ser incluídos em um modelo abstrato são considerados típicos, o que conduz à aplicação das normas específicas para aquele tipo contratual. Isso não afasta a liberdade para celebrar contratos que não possam ser assimilados em um modelo geral preexistente, como prevê o art. 425 do Código Civil. Observados os requisitos e princípios gerais aplicáveis aos contratos, serão eles válidos e igualmente vinculantes, não havendo, nessas hipóteses, indicação *a priori* de normas específicas aplicáveis. Os tipos contratuais se prestam, assim, a facilitar o processo de determinação das normas aplicáveis ao contrato. Diante da impossibilidade de prever a enorme gama de possibilidades de regulamentos de interesses a que a autonomia privada pode dar origem, o legislador elege os modelos mais frequentes no tráfico jurídico, oferecendo subsidiariamente a disciplina jurídica aplicável, caso as próprias partes não estabeleçam regras de forma específica.” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 67-68)

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

12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 24. ed. Revisão de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 55.

expressa pelo legislador. Enquanto isso não ocorre, o contrato situa-se na zona cinzenta da chamada *tipicidade social*: não obstante a ausência, até então, de tipificação pelo legislador, a utilização do arranjo contratual em larga escala auxilia a determinação das normas aplicáveis à hipótese¹³.

A atuação do legislador, ao regulamentar determinado tipo contratual, exerce papéis distintos, mas igualmente relevantes. Em primeiro lugar, uniformiza-se o tratamento a ser dispensado a determinado arranjo contratual, promovendo a isonomia e a segurança no tráfego negocial. Em segundo lugar, criam-se normas cogentes, a serem observadas, de forma mandatória, por todos os contratantes que aderirem àquele tipo contratual¹⁴. Nesse aspecto, a disciplina do tipo tende a limitar a autonomia negocial, conformando-a aos valores do ordenamento¹⁵.

Frequentemente, o enquadramento do contrato como típico ou atípico não é uma tarefa trivial, devendo o intérprete ter como norte a função concreta perseguida pelas partes. Essa classificação, ainda assim, é insuficiente para fins de qualificação do contrato, tal como advertem Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira:

“Mais importante do que esse esforço de categorização é refletir sobre sua utilidade como instrumento de qualificação dos contratos, para a identificação da solução normativa adequada. A conclusão de que certo contrato é típico, por poder ser reconduzido a determinada categoria, não esgota o processo de qualificação, já que diversas peculiaridades do caso

13 “Sem retirar o papel importante que tem o legislador nesse processo de tipificação, deve-se reconhecer que a maioria dos tipos tem origem em construções sociais espontâneas, fruto da riqueza da vida cotidiana, da diversidade de interesses em jogo e da complexidade das operações econômicas, que conduzem os particulares, no exercício da sua autonomia, a recorrerem a novos modelos e formas que se revelem mais adequados para a satisfação das finalidades que buscam atingir. Assim, a grande maioria dos tipos contratuais já existiu como praxe social antes de sua expressa previsão legislativa. Alude-se, por tal circunstância, à *tipicidade social* do contrato, ao lado da sua tipicidade legal.” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*: contratos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 68-69)

14 “A atuação legislativa serve a garantir igualdade de tratamento e viabilizar a intervenção estatal: ao modificar os tipos, o legislador disciplina condutas, impondo, estimulando ou proibindo determinadas estruturas, de modo geral disciplinando seus efeitos jurídicos, conformando o ato de autonomia à realização dos princípios fundamentais do ordenamento. Em outras palavras, a disciplina tipificada pelo legislador também atua como mecanismo de intervenção na autonomia privada, seja indiretamente, padronizando certos modelos de intercâmbio de maneira uniforme, seja diretamente, cominando normas cogentes no interior de certos tipos contratuais, como ocorre, por exemplo, ao determinar a nulidade da compra e venda cujo preço fique a puro arbítrio de uma das partes (CC, art. 489), a revogabilidade da doação por ingratidão do donatário (CC, art. 557) e a garantia do empreiteiro pela solidez e segurança do edifício (CC, art. 618).” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*: contratos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 69).

15 “(...) [A] tipificação dos contratos não se limita a suprir os silêncios da vontade para conveniência das partes, mas atende igualmente à realização de imperativos determinados pela principiologia constitucional” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*: contratos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 69)

podem justificar a modificação da normativa aplicável, bastando pensar, por exemplo, numa compra e venda ou numa empreitada típicas que, contudo, ante a vulnerabilidade de uma das partes, atraem a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Tampouco a caracterização como atípico relega o contrato a algum tipo de lacuna ou vazio legislativo: a identificação da causa concreta do contrato, compreendendo, sob perspectiva funcional, a síntese dos efeitos essenciais do ajuste, permite ao intérprete raciocínio analógico com os demais enunciados normativos típicos, na construção, à luz da unidade axiológica do sistema, do ordenamento do caso concreto.”¹⁶

Dois precedentes do STJ podem corroborar a insuficiência do tipo para definir as regras que regerão a relação contratual. O primeiro deles envolve uma compra e venda de imóvel na planta, em que a incorporadora se havia comprometido a entregar o apartamento com determinada metragem. O imbróglio surgiu quando o apartamento entregue ao consumidor possuía dimensões inferiores àsquelas que haviam sido prometidas pela incorporadora.

Em sua defesa, a incorporadora pretendeu eximir-se de responsabilidade, alegando que, em se tratando de compra e venda *ad corpus*, “a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada” (CC, art. 500, § 1º), de modo que o consumidor não faria jus à resolução ou ao abatimento proporcional do preço.

Todavia, por se tratar de relação de consumo, devido à vulnerabilidade do consumidor, o STJ entendeu inaplicável àquela *fattispecie* a regra estabelecida no art. 500 do Código Civil¹⁷, que isenta o vendedor de responsabilidade na hipótese de a diferença de área ser inferior a 5%:

“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL REGIDO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REFERÊNCIA À ÁREA DO IMÓVEL. DIFERENÇA ENTRE

16 TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 69-70.

17 “Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. § 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio. § 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso. § 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expreso, ter sido a venda *ad corpus*.”

A ÁREA REFERIDA E A ÁREA REAL DO BEM INFERIOR A UM VIGÉSIMO (5%) DA EXTENSÃO TOTAL ENUNCIADA. CARACTERIZAÇÃO COMO VENDA POR CORPO CERTO. ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. VENDA POR MEDIDA. MÁ-FÉ. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA.

A referência à área do imóvel nos contratos de compra e venda de imóvel adquiridos na planta regidos pelo CDC não pode ser considerada simplesmente enunciativa, ainda que a diferença encontrada entre a área mencionada no contrato e a área real não exceda um vigésimo (5%) da extensão total anunciada, devendo a venda, nessa hipótese, ser caracterizada sempre como por medida, de modo a possibilitar ao consumidor o complemento da área, o abatimento proporcional do preço ou a rescisão do contrato.

A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual.

O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva.

Basta, assim, a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC.

O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento.

Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória.

Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem.”¹⁸

18 STJ, REsp 436.853/DF, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, 3^a Turma, j. 04.05.06. Há entendimento doutrinário no mesmo sentido: “As regras deste artigo [art. 500 do Código Civil] não se aplicam à compra e venda envolvendo incorporadora na qualidade de fornecedora de produto e o consumidor adquirente de unidade autônoma, pois a cláusula assim posta será considerada abuso da posição contratual perante o contratante vulnerável. A presunção da área meramente enunciativa se aplica apenas ao direito comum, em que os contratantes se encontram em pé de igualdade. A oferta pública de determinada área vincula completamente o fornecedor, sendo legítima a pretensão

Outro exemplo a elucidar a insuficiência do tipo no processo de qualificação se refere a um empréstimo contraído por pessoa analfabeta junto a certa instituição financeira. Ao julgar o caso, o STJ entendeu aplicável o requisito de validade estabelecido no art. 595 do Código Civil com relação a *outro* tipo contratual¹⁹, consistente na assinatura do instrumento contratual a rogo e na sua subscrição por duas testemunhas – muito embora o legislador não tenha estabelecido requisito de validade dessa natureza, especificamente aplicável ao contrato de mútuo. O acórdão possui a seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO FIRMADO COM ANALFABETO. (...) VALIDADE DE CONTRATO FIRMADO COM CONSUMIDOR IMPOSSIBILITADO DE LER E ESCREVER. ASSINATURA A ROGO, NA PRESENÇA DE DUAS TESTEMUNHAS, OU POR PROCURADOR PÚBLICO. EXPRESSÃO DO LIVRE CONSENTIMENTO. ACESSO AO CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS E CONDIÇÕES CONTRATADAS. (...)”

3. A liberdade de contratar é assegurada ao analfabeto, bem como àquele que se encontre impossibilitado de ler e escrever.

4. Em regra, a forma de contratação, no direito brasileiro, é livre, não se exigindo a forma escrita para contratos de alienação de bens móveis, salvo quando expressamente exigido por lei.

5. O contrato de mútuo, do qual o contrato de empréstimo consignado é espécie, se perfaz mediante a efetiva transmissão da propriedade da coisa emprestada.

(...)

8. Nas hipóteses em que o consumidor está impossibilitado de ler ou escrever, acentua-se a hipossuficiência natural do mercado de consumo, inviabilizando o efetivo acesso e conhecimento às cláusulas e obrigações pactuadas por escrito, de modo que a atuação de terceiro (a rogo ou por procuração pública) passa a ser fundamental para manifestação inequívoca do consentimento.

deduzida individualmente, ou mediante tutela coletiva de interesse individual homogêneo, buscar o abatimento do preço se não for possível a entrega da área prometida (...)” (SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 299).

19 “Art. 595. No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.”

9. *A incidência do art. 595 do CC/02, na medida em que materializa o acesso à informação imprescindível ao exercício da liberdade de contratar por aqueles impossibilitados de ler e escrever, deve ter aplicação estendida a todos os contratos em que se adote a forma escrita, ainda que esta não seja exigida por lei.*²⁰

O mesmo entendimento foi seguido, recentemente, em outro precedente da Corte:

“6. Noutra toada, na hipótese de se tratar de contrato escrito firmado pela pessoa analfabeta, é imperiosa a observância da formalidade prevista no art. 595 do CC/02, que prevê a assinatura do instrumento contratual a rogo por terceiro, com a subscrição de duas testemunhas.

7. Embora o referido dispositivo legal se refira ao contrato de prestação de serviços, *deve ser dada à norma nele contida o máximo alcance e amplitude, de modo a abranger todos os contratos escritos firmados com quem não saiba ler ou escrever, a fim de compensar, em algum grau, a hipervulnerabilidade desse grupo social.*

8. Com efeito, a formalização de negócios jurídicos em contratos escritos – em especial, os contratos de consumo – *põe as pessoas analfabetas em evidente desequilíbrio*, haja vista sua dificuldade de compreender as disposições contratuais expostas em vernáculo. Daí porque, intervindo no negócio jurídico terceiro de confiança do analfabeto, capaz de lhe certificar acerca do conteúdo do contrato escrito e de assinar em seu nome, tudo isso testificado por duas testemunhas, equaciona-se, ao menos em parte, a sua *vulnerabilidade informacional*.

9. O art. 595 do CC/02 se refere a uma formalidade a ser acrescida à celebração de negócio jurídico por escrito por pessoa analfabeta (...).²¹

A interpretação austera adotada pelo STJ nos dois precedentes analisados – no sentido de impor um requisito de validade a hipóteses não expressamente contempladas na lei – parece justificável com vistas à aferição do discernimento das pessoas analfabetas, naturalmente mais vulneráveis, e à sua justa inclusão na sociedade e no mercado de consumo, em homenagem à promoção da igualdade substancial (CF, art. 3º, III e IV).

Os exemplos citados convergem no sentido da insuficiência do tipo contratual no processo de qualificação. Em ambos os casos, a vulnerabilidade de uma das partes fez com que o STJ mitigasse o regramento legal aplicável aos respectivos tipos contratuais: no caso da compra e venda, deixou-se de

20 STJ, REsp 1.868.099/CE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 15.12.2020.

21 STJ, REsp 1.907.394/MT, Relª Minª Nancy Andrigli, 3ª Turma, j. 04.05.2021.

aplicar a regra, prevista para aquele tipo contratual, que isentaria o vendedor de responsabilidade, ao passo que, no caso do empréstimo, aplicou-se um requisito formal de validade previsto pelo legislador para outro tipo contratual (prestação de serviços).

Não obstante, os tipos contratuais, ainda assim, são extremamente úteis no tráfego jurídico, na medida em que facilitam a celebração dos contratos. Ao celebrarem contratos típicos, as partes podem, se quiserem, ser concisas em suas estipulações, confiando em que o recurso à disciplina legal aplicável ao tipo bastará para reger, de forma supletiva ou cogente, aquela relação jurídica²².

Diferentemente, nos contratos atípicos, dada a carência de regramento legislativo próprio, as partes precisam, necessariamente, ser mais minuciosas em suas estipulações: “as partes são deixadas quase só consigo próprias”²³, como afirma Pedro Pais de Vasconcelos – circunstância que tende a criar, com mais intensidade, desafios na interpretação e na integração de seu conteúdo, consoante se examinará adiante.

3 Interpretação e Integração dos Contratos Atípicos

Pode-se afirmar que, enquanto a interpretação dos contratos cinge-se à revelação do conteúdo daquilo que está posto, em decorrência do exercício da autonomia negocial pelas partes, culminando na aplicação das estipulações

22 “Nos contratos legalmente típicos, pode contar-se mais com o direito injuntivo ou dispositivo do tipo, estatuído na lei; a estipulação contratual pode reduzir-se a pouco e pode ter um papel quase residual, dado o carácter completo ou quase completo dos modelos regulativos típicos. Embora nada impeça as partes de estipular exaustivamente a disciplina contratual nos contratos legalmente típicos, tal não é, em princípio, necessário. A disciplina do tipo supre, na generalidade dos casos, suficientemente a estipulação das partes, precisamente porque é típica. Nos contratos legalmente atípicos mas socialmente típicos, o modelo regulativo típico não se encontra na lei, mas sim nos usos e costumes, e na cultura jurídica.

(...)

Os contratos atípicos, ao contrário dos típicos, não têm modelos regulativos contratuais que possam suprir a falta de estipulação. As partes só podem contar então, em princípio, com as próprias estipulações e com a disciplina heterônoma consubstanciada nas regras gerais da lei, principalmente sobre os ‘contratos em geral’, com os princípios jurídicos, como o da equivalência, com as cláusulas gerais, como a da boa-fé, com a equidade.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 368-370)

23 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 370. Na doutrina brasileira, Caio Mário da Silva Pereira adverte: “A celebração de um contrato atípico exige-lhes o cuidado de descerem a minúcias extremas, porque na sua disciplina legal falta a sua regulamentação específica” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 24. ed. Revisão de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 55).

negociais no caso concreto²⁴. Por outro lado, na integração, vai-se além: integrar consiste em *adicionar, colmatar, completar*²⁵.

A integração pressupõe a construção do regulamento contratual com base em fontes heterônomas, isto é, externas àquilo que as partes pactuaram²⁶. Os componentes externos à autonomia negocial, provenientes do ordenamento jurídico, são de extrema relevância para a regulamentação dos interesses das partes: ora suprem lacunas deixadas pelas partes, ora até mesmo vão de encontro àquilo que as partes expressamente convencionaram²⁷.

Não há, em geral, regras específicas de interpretação e integração que se apliquem especificamente aos contratos atípicos; sucede apenas que, nestes, os desafios hermenêuticos se impõem com maior complexidade²⁸. A fonte primária dos contratos atípicos reside na própria estipulação contratual, bem

24 Transcreve-se, a esse respeito, a clássica lição de Carlos Maximiliano: “*Interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. (...)”

Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 9-10).

25 “Integrazione significa aggiungere, colmare, completare. (...)”

Le parti non sono vincolate soltanto a quanto esse stesse hanno stabilito: il negozio è suscettibile di numerosi interventi dall'esterno; e quanto è interpretato dal giudice, il regolamento riceve un significato che non si sa se corrisponda effettivamente a quel che ciascuna parte pensava, ma è quello che risulta oggettivamente e che può dare al negozio qualche effetto. Vi è quindi un divario tra il voluto dalle parti e gli effetti che il negozio realizza. Divario che si accentua nella integrazione, quando per effetto di legge, degli usi, o della equità, il negozio riceve modificazioni. Integrazione significa completamente: quando le parti hanno lasciato incompleto il regolamento negoziale, la legge può intervenire (...). Ma integrazione significa anche modificazione di clausole che le parti hanno inserito nel negozio in contrasto con norme imperative (...).” (ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006. p. 94-95).

26 “L'integrazione del contratto è la costruzione del regolamento contrattuale ad opera di fronti eteronome, cioè diverse dalla volontà delle parti.” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 457)

27 “Il regolamento contrattuale può avere la sua fonte non soltanto nell'autonomia, ma anche in altre componenti (esterne) che hanno la funzione di 'integrare' il regolamento di fonte privata (...). I rapporti tra le fonti concorrenti vanno chiariti. Talora le fonti esterne sono dirette ad 'integrare' quella privata nel senso di 'supplire' alle sue 'lacune'; altre volte la integrano nel senso che sovrappongono, modificano o sostituiscono alla logica delle parti una logica eteronoma, svolgendo così un ruolo di contestazione delle scelte operate dall'autonomia, che prescinde dalla presenza di lacune.” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 425)

28 “(...) [N]ão existem regras próprias para a interpretação e a integração que se apliquem aos contratos atípicos e não aos típicos, ou vice-versa. As regras são as mesmas. Os contratos atípicos suscitam todavia diferentes intensidades problemáticas nas diversas questões levantadas pela interpretação e pela integração.

Nos contratos atípicos, o intérprete tem de contar mais com as estipulações negociais e pode contar menos com o direito dispositivo. (...) A interpretação integradora tem nos contratos atípicos um campo mais amplo de aplicação e uma maior importância (...).

(...) A importância relativa da estipulação é pois inversa nos contratos típicos e nos atípicos. Nos típicos, a declaração negocial serve para completar ou para alterar o modelo regulativo típico; nos atípicos, serve para constituir o próprio modelo regulativo. Neste sentido, a estipulação, nos contratos típicos, tem um papel relativamente secundário na formação do conteúdo contratual, enquanto que nos atípicos tem um papel principal. A regulação contratual, nos contratos típicos, reside principalmente no tipo enquanto que nos atípicos se encontra principalmente nas estipulações negociais.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 379-380)

como nas regras aplicáveis aos contratos em geral²⁹, consoante já decidiu o STJ em relação aos contratos de concessão comercial, considerados atípicos pela Corte:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO (CONCESSÃO COMERCIAL). ATIPICIDADE. ARTS. 710 E SEQUENTES DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. RELAÇÃO EMPRESARIAL. PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. DEVER DE OBSERVÂNCIA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA. LEI Nº 6.729/73 (LEI FERRARI). INAPLICABILIDADE. (...)

(...)

3. Necessidade prévia de estabelecer as distinções entre o contrato de distribuição autêntico – também denominado ‘contrato de concessão comercial’ – e o contrato de representação comercial.

4. Enquanto a atividade do representante comercial fica limitada ao agenciamento de propostas ou pedidos em favor do representado, sendo a respectiva remuneração normalmente calculada em percentual sobre as vendas por ele realizadas (comissões), age o distribuidor em seu próprio nome adquirindo o bem para posterior revenda a terceiros, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de venda e aquele pago ao fornecedor (margem de comercialização).

5. A despeito de ter o legislador utilizado a expressão ‘distribuição’ para nomear uma das modalidades dos contratos disciplinados pelos arts. 710 e seguintes do Código Civil de 2002, tais preceitos não se aplicam aos contratos de concessão comercial, conforme compreensão firmada na I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal (Enunciado nº 35).

6. A Lei nº 6.729/79 (Lei Ferrari), não obstante dispor sobre concessão comercial, tem seu âmbito de aplicação restrito às relações empresariais estabelecidas entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Precedentes.

7. *Tratando a hipótese de contrato atípico, deve a pretensão recursal ser analisada com base nas regras ordinárias aplicáveis aos contratos em geral, devendo prevalecer*

29 “As regras legais atinentes aos contratos, negócios jurídicos e obrigações aplicam-se diretamente aos contratos atípicos, ao contrário do que sucede com as regras constantes dos modelos regulativos dos tipos contratuais legais, que se lhes aplicam apenas por analogia.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 330)

o princípio da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda), notadamente por se tratar de relação empresarial.”³⁰

A estipulação negocial deverá ser interpretada à luz da intenção das partes, tal qual consubstanciada na declaração de vontade (CC, art. 112)³¹. Lembre-se também que, nos termos da lei, “as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução” (CC, art. 421-A, I) e “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada” (CC, art. 421-A, II) – premissas que possuem grande relevância na disciplina dos contratos atípicos.

Em caso de lacunas, os usos e costumes – consistentes em normas não escritas que determinado contexto social observa constantemente à medida do tempo, como se se tratasse de normas efetivamente vinculantes³² – poderão desempenhar papel relevante na construção do regulamento negocial dos contratos atípicos, especialmente daqueles arranjos que, conquanto legalmente atípicos, sejam socialmente típicos³³.

O Código Civil prevê, no art. 113, *caput*, que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Em reforço ao disposto no *caput*, o § 1º do mesmo dispositivo, em

30 STJ, REsp 1.799.627/SP Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 23.04.2019.

31 “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

A esse respeito, confira-se a lição de Pontes de Miranda à luz do art. 85 do Código Civil de 1916: “Objeto da interpretação não é a vontade interior, que o figurante teria podido manifestar, mas sim a manifestação de vontade, no que ela revela da vontade verdadeira do manifestante. É preciso que o querido esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico; o simples propósito, que se não manifestou, não pode servir para a interpretação. A vontade, ainda que buscada segundo o art. 85, há de estar dentro, não fora, nem, com maioria de razão, contra o que se manifestou” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. Tomo 3. p. 375-377).

Tal critério de interpretação tem sido referendado pela jurisprudência: “A principiologia adotada no art. 85 do CC/1916 – no que foi reafirmada de modo mais eloquente pelo art. 112 do CC/02 – visa conciliar eventuais discrepâncias entre os dois elementos formativos da declaração de vontade, quais sejam, o objetivo – consubstanciado na literalidade externada –, e o subjetivo – consubstanciado na internalidade da vontade manifestada, ou seja, na intenção do agente” (STJ, REsp 1.013.976/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 17.05.2012).

32 “Gli usi normativi o consuetudine sono quelle norme non scritte che un ambiente sociale osserva costantemente nel tempo come norme giuridicamente vincolanti (I, n. 56). In generale la consuetudine trova applicazione nelle materie non regolate da leggi o regolamenti ovvero quando essa sia richiamata da tali norme (...)” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3. p. 517)

Na doutrina brasileira, segundo a lição clássica de Carlos Maximiliano, o costume consiste em “norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 172).

33 “Sempre que os contratos atípicos sejam socialmente típicos, quer dizer, quando, embora não tipificados na lei, sejam já típicos na prática, o tipo social, materializado nos usos e costumes, desempenha na interpretação, na integração e na concretização um papel análogo ao que é desempenhado pelas regras do tipo legal no caso dos contratos típicos.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 324)

seguida, dispõe que “a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (...) II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”.

O recurso aos usos e costumes como fontes heterônomas de integração dos contratos legitima-se em virtude da própria vida em sociedade, levando a crer que, se as partes se omitiram sobre determinado ponto, teriam querido submeter-se às práticas reiteradas da coletividade. Em outras palavras: se as partes deixaram em aberto determinada lacuna, é razoável supor que, caso ocorrido o evento não expressamente contemplado no instrumento, elas quereriam regulamentar os seus interesses da mesma forma como o restante da sociedade³⁴.

Nos contratos atípicos, sempre que determinada composição contratual seja vastamente adotada no tráfego jurídico – pense-se nos exemplos da cessão de posição contratual³⁵, do acordo de confidencialidade (*non-disclosure agreement*)³⁶ ou mesmo da conta-corrente bancária³⁷ –, os usos e costumes poderão ter grande valia na determinação da disciplina da relação jurídica.

34 Segundo Pontes de Miranda, “o uso do tráfico entra no suporte fático, como vontade do figurante ou dos figurantes, que, concluindo o negócio jurídico, quiseram como a generalidade sói querer” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Atualização de Cláudia Lima Marques et al. São Paulo: RT, 2012. Tomo 38. p. 174-175).

35 “A cessão de posição contratual é figura admitida pelo ordenamento jurídico, mormente ante o disposto nos arts. 421 e 425 do CC, consubstanciada na transmissão de obrigações em que uma das partes de um contrato (cedente) vê-se substituída por terceiro (cessionário), o qual assume integralmente o conjunto de direitos e deveres, faculdades, poderes, ônus e sujeições originariamente pertencentes àquele contratante original; sendo certa, portanto, a existência de dois negócios jurídicos distintos: (i) o contrato-base, em que se insere a posição a ser transferida; e (ii) o contrato-instrumento, o qual veicula a transferência propriamente dita.” (STJ, REsp 1.036.530/SC, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ o acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 25.03.2014)

36 “É comum em negócios de grande porte as empresas firmarem um acordo de confidencialidade, ou seja, é a garantia de as partes não serem surpreendidas com dados que não teriam conhecimento antes de concluído o negócio, vale dizer, por meio desse acordo as partes se obrigam a revelar e cientificar à outra todas as informações de caráter administrativo, enquanto a outra se compromete a guardar sigilo absoluto das informações que recebe, para que eventuais vazamentos, em caso de não conclusão da avença, não tragam prejuízos ao vendedor. Essa é a primeira etapa de qualquer início de tratativas para grandes empresas. Portanto, quando um acordo dessa natureza é firmado e a empresa se compromete a entregar documentos confidenciais à outra, tal operação não se concretiza de um dia para outro, qualquer auditoria especializada sabe disso, e não precisa ser um especialista para isso, em especial cuidando de um grupo econômico, cuja cadeia de instituições envolve um conglomerado considerável. Assim, o acordo de confidencialidade deve apresentar, para ter um mínimo de credibilidade, diante de obrigações mútuas que são assumidas, um prazo de duração para que esse sigilo perdure, seja durante e até para após a expiração desse acordo caso o negócio não se concretize, requisitos mínimos para que se firme um acordo de confidencialidade (1) rol de documentos a serem apresentados junto com o acordo de confidencialidade e (2) prazo de duração desse acordo (...).” (TRF-3, Apelação 0027614-86.2003.4.03.6100, Relª Desª Fed. Eliana Marcelo, 3ª Turma, j. 28.01.2016)

37 “3. A conta-corrente bancária é um contrato atípico, por meio do qual o banco se obriga a receber valores monetários entregues pelo correntista ou por terceiros e proceder a pagamentos por ordem do mesmo correntista, utilizando-se desses recursos. 4. Há duas espécies de conta-corrente bancária: (i) individual (ou unipessoal); e (ii) coletiva (ou conjunta). A conta corrente bancária coletiva pode ser (i) fracionária ou (ii) solidária. A fracionária é aquela que é movimentada por intermédio de todos os titulares, isto é, sempre com a assinatura de todos. Na conta solidária, cada um dos titulares pode movimentar a integralidade dos fundos disponíveis. 5. Na conta corrente conjunta solidária, existe solidariedade ativa e passiva entre os correntistas apenas em relação à instituição financeira mantenedora da conta corrente, de forma que os atos praticados por qualquer dos titulares não afeta os demais correntistas em suas

Atribui-se também à equidade importante papel na definição do conteúdo dos contratos atípicos³⁸. Ao temperar o rigor da norma, busca-se, com a equidade, encontrar a solução mais justa para o caso concreto³⁹. Na doutrina clássica em matéria contratual, a equidade é comumente referida como exigência de justiça e de equilíbrio no concreto regulamento de interesses⁴⁰. Não se trata, porém, de um mero princípio de justiça moral hábil a substituir os critérios normativos aplicáveis de acordo com o ordenamento⁴¹. Segundo adverte Perlingieri, “não existe uma equidade sem relação com o ordenamento

relações com terceiros. Precedentes. 6. Aos titulares da conta corrente conjunta é permitida a comprovação dos valores que integram o patrimônio de cada um, sendo certo que, na ausência de provas nesse sentido, presume-se a divisão do saldo em partes iguais. Precedentes do STJ.” (STJ, REsp 1.510.310/RS, Relª Minª Nancy Andrihgi, 3ª Turma, j. 03.10.2017)

38 “Para além da Moral e da Justiça, a Equidade dá também um contributo muito importante para a disciplina concreta do contrato. Quer quando chamada *ex ante* pela lei ou por cláusulas contratuais, quer quando invocada *ex post* em arbitragem para a solução de litígios ou controvérsias, a Equidade tem uma aptidão muito própria para a concretização da disciplina do contrato, para a determinação no caso concreto do comportamento devido. Também aqui, os contratos atípicos suscitam uma maior intensidade tendencial na questão.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 326)

39 “Desempenha a Equidade o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à Hermenêutica e à Aplicação do Direito. É, segundo Aristóteles, ‘a mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempo’; no parecer de Wolfio, ‘uma virtude, que nos ensina a dar a outrem aquilo que só imperfeitamente lhe é devido’; no dizer de Grócio, ‘uma virtude corretiva do silêncio da lei por causa da generalidade das suas palavras’. A Equidade judiciária compele os juízes, ‘no silêncio, dúvida ou obscuridade das leis escritas, a submeterem-se por um modo esclarecido à vontade suprema da lei, para não cometerem em nome dela injustiças que não desonram senão os seus executores’. A sua utilidade decorre dos inconvenientes que acarretaria a aplicação escrita dos textos.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 158)

40 “Tradizionalmente l’equità si definisce come la giustizia del caso singolo. Applicata al contratto, essa autorizza il giudice a determinare aspetti del regolamento non contemplati nell’accordo delle parti, né puntualmente definiti da leggi o usi: a determinarli tenendo conto delle circostanze concrete in presenza delle quali il contratto è statto fatto e deve essere eseguito, e nella prospettiva di affermare soluzioni che siano giuste ed equilibrate alla luce dei programmi e degli assetti d’interessi definiti dal contratto” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 462).

Em sentido semelhante: “Inoltre l’equità, a differenza della ragionevolezza, attiene talvolta a una valutazione quantitativa (si pensi all’equità che opera più frequentemente per determinare il quantum del risarcimento piuttosto che il suo an) e a istanze di ‘misura’, di proporzione, di equilibrio ora del giudizio, ora dell’assetto di interessi” (PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015. p. 127).

41 “Quale fonte di integrazione del contratto l’equità non è un principio di giustizia morale che si sostituisce alla regola del diritto positivo per la soluzione della controversia (...). Essa rileva piuttosto come uno dei criteri che secondo la previsione legislativa concorrono a determinare gli effetti giuridici del contratto. Questo criterio esprime l’esigenza dell’equilibrio contrattuale e cioè che i singoli interessi siano contemperati in relazione all’economia dell’affare. Quale principio di integrazione del contratto l’equità é precisamente il criterio del giusto contemperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell’affare. (...)

L’equità è un precetto di giustizia contrattuale che ha come destinatari le parti e che trova applicazione al fine di integrare le lacune del regolamento contrattuale. Sebbene la grave inequità possa costituire un limite di validità del contratto, nell’esercizio della loro autonomia contrattuale le parti non sono tenute specificamente ad attenersi al criterio dell’equità. Tale criterio subentra piuttosto a contratto concluso quando rimangono da definire aspetti non determinabili mediante le altre regole d’integrazione.” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3. p. 518-519)

jurídico, considerado na sua unidade e na sua articulada complexidade. A equidade se coloca neste ordenamento e não pode nunca com ele contrastar”⁴².

Além dos usos e costumes e da equidade, o intérprete pode, eventualmente, valer-se de normas aplicáveis a um tipo contratual semelhante para definir a disciplina de determinado contrato atípico⁴³. Pode-se cogitar, por exemplo, da utilização de determinada norma aplicável à empreitada para reger determinado contrato de EPC, em determinadas hipóteses. Em determinado precedente, já se determinou a aplicação da disciplina estabelecida pelo legislador para os contratos de seguro a um acordo associativo atípico, dotado de aleatoriedade, em que se previa sistema mutualista de proteção dos associados⁴⁴.

Não obstante, a utilização de normas aplicáveis a tipos contratuais semelhantes requer parcimônia. Poderá o intérprete tomá-las por empréstimo para definir a disciplina de um contrato atípico apenas se forem compatíveis com o interesse prático almejado pelas partes, devendo-se perquirir, sempre que possível, qual foi a razão que levou as partes a não aderirem ao referido tipo legislativo. Pode haver hipóteses em que a aplicação de norma emprestada de outro tipo seja indesejável, por ir de encontro à vontade das partes⁴⁵.

Sintetizando, em linhas gerais, os recursos delimitados no decorrer deste trabalho, o STJ já afirmou que “os contratos atípicos devem ser apreciados não apenas pela disciplina legal dos contratos afins, mas: primeiro, pela analogia; segundo, de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional

42 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 2008. p. 225-227.

43 “Na solução das controvérsias que surgirem, o julgador ou intérprete terá de invocar em suprimimento do conteúdo das cláusulas próprias os princípios legais relativos ao contrato típico mais próximo, e isto nem sempre é fácil, porque a ocupação de zona grisea, entre mais de um, sugere às vezes aproximações várias, nenhuma das quais dotadas de pura nitidez.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 24. ed. Revisão de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 55)

44 “APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ASSOCIAÇÃO QUE UTILIZA SISTEMA MUTUALISTA DE RATEIO PARA PROTEÇÃO DE VEÍCULOS DOS ASSOCIADOS. RECUSA AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SOB O ARGUMENTO DE INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. ABUSIVIDADE. (...) O contrato celebrado entre as partes não é propriamente um contrato de seguro, já que não foi celebrado por uma seguradora, com autorização e regulamentação de funcionamento na forma que a legislação exige. Contudo, ainda que se trate de um contrato atípico, pode-se vislumbrar que o negócio jurídico celebrado é dotado de aleatoriedade. O contratante/associado não pode antever a vantagem que receberá em troca da prestação que lhe foi imposta, pois depende de evento futuro, possível e incerto, tratando-se, portanto, de contrato aleatório por natureza. Assim, em que pese não ser um contrato de seguro, tal qual previsto no Código Civil, devemos, para interpretá-lo, nos utilizarmos da legislação própria para aquele tipo de contrato civil, eis que semelhante.” (TJRJ, Apelação 0028610-85.2015.8.19.0021, Rel. Des. Wilson do Nascimento Reis, 26ª Câmara Cível, j. 17.08.2017)

45 “Na concretização dos contratos atípicos puros, (...) não há qualquer contributo de tipos contratuais. A referência a modelos contratuais típicos está fora e até contra a vontade contratual. (...) Não são aplicáveis em princípio, nem sequer por analogia, as regulações legais impostas por referência a tipos.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 374)

e contratual; terceiro, pela livre apreciação do juiz”⁴⁶. Cabem, todavia, duas ressalvas a esse respeito.

Primeiro, não parece haver uma hierarquia rígida em relação aos recursos a serem utilizados pelo intérprete. Os contratos atípicos encontram-se sob constante mutação e, por isso mesmo, deve o intérprete dispor de um aparato flexível de instrumentos para definir a disciplina da relação jurídica concreta, à luz de suas peculiaridades⁴⁷.

Segundo, em relação à discricionariedade do intérprete para decidir o caso – que se vislumbra, com mais intensidade, nos contratos atípicos –, qualquer decisão lastreada seja na equidade, seja razoabilidade deve sempre se reconduzir, em última análise, ao ordenamento jurídico, notadamente aos princípios e valores constitucionais. Como afirma Giovanni Perlingieri: “come per la ragionevolezza, il giudizio di equità non si resolve nell’arbitrio, perché il giudice, quando decide secondo equità, lo fa sempre (...) in conformità al diritto positivo, ai principi costituzionali e ai principi regolatori della materia”⁴⁸.

4 Limites à Autonomia Negocial nos Contratos Atípicos

A liberdade das partes para celebrarem contratos atípicos, conquanto ampla, não é absoluta, devendo-se conformar às regras gerais do ordenamento e, em especial, às cláusulas gerais e à tábua axiológica constitucional⁴⁹.

46 STJ, REsp 5.680/SC, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 13.11.90.

47 “O relacionamento recíproco dos vários contributos para a formação da disciplina dos contratos atípicos não é fixo, não é sempre o mesmo, e varia com a feição do contrato e com as circunstâncias. Estes contributos relacionam-se num *sistema móvel*, em que, dependendo da feição e das características de cada contrato, a intensidade de cada um é variável, em que, em concreto, podem nem todos ser chamados a contribuir para a disciplina contratual, e em que, no caso, podem também intervir contributos que, em geral e em princípio, não tenham sido tomados em consideração. (...) A atipicidade contratual vem intensificar ainda mais a mobilidade dos vários contributos para a disciplina contratual. (...)”

Não parece, assim, possível estabelecer uma hierarquia de ‘fontes’ da disciplina contratual que seja suficientemente elástica e suficientemente completa para assegurar um tratamento adequado de todos os contratos atípicos ou, sequer, da sua generalidade, dada a sua grande variedade e diversidade.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 332-333)

48 PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015. p. 125-126.

49 “Sem ter um modelo regulativo na lei que integre a estipulação os contratos atípicos ficam, mais do que os típicos, dependentes de cláusulas gerais, como a boa-fé, dos usos e costumes que integram os tipos sociais correspondentes, quando existam, e das grandes coordenadas axiológicas do ordenamento. O relacionamento recíproco dos vários contributos para a formação da disciplina dos contratos atípicos não é fixo, não é sempre o mesmo, e varia com a feição do contrato e com as circunstâncias” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 332).

Na doutrina brasileira: “Todo contrato, típico ou atípico, insere-se dentro do sistema jurídico, devendo observar princípios e normas que integram a teoria geral dos contratos, como o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato” (SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 251).

Também nos contratos atípicos se impõe um controle funcional dos atos de autonomia privada, incluindo o exame do merecimento de tutela da composição negocial⁵⁰.

Em consonância com essa premissa, por exemplo, a jurisprudência já determinou a redução da cláusula penal prevista em contratos atípicos de cessão de uso de imagem⁵¹ e de locação de espaço para *coworking*⁵², com fundamento na regra legal aplicável à generalidade dos contratos. Em outro caso, o STJ reconheceu a possibilidade de syndicar a legitimidade do conteúdo de determinado contrato atípico de compartilhamento de quotas sociais à luz da ordem pública e dos bons costumes⁵³.

Nesse contexto, a boa-fé objetiva possui vasto potencial de incidência sobre os contratos atípicos⁵⁴, seja para nortear a interpretação do regulamento contratual (CC, art. 113), seja para impor deveres anexos compatíveis com

50 A esse respeito, o Código Civil italiano contém a seguinte previsão: “Art. 1.322. (Autonomia contrattuale). (...) Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”.

A respeito da liberdade de celebrar contratos atípicos, Perlingieri observa: “È la libertà più vistosa (...), subordinata all’esito favorevole del controllo di meritevolezza degli interessi attuato alla luce dei valori dell’ordinamento” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 458).

Em sentido semelhante é a lição de Alberto Trabucchi: “L’interesse perseguito dalle persone che concludono un contratto atípico deve essere meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico. (...)”

Non si tratta, in altre parole, di proteggere il capriccio individuale, ma di lasciare alla libertà dei singoli la ricerca dei mezzi ritenuti migliori per esplicare proprie iniziative” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 47. ed. Padova: CEDAM, 2015, p. 175).

51 “RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE IMAGEM. INADIMPLENTO PARCIAL. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. REDUÇÃO COM BASE NO ART. 924 DO CC/1916. POSSIBILIDADE. 1. Ação de cobrança referente ao valor de cláusula penal compensatória ajustada em contrato de cessão de uso de imagem diante do inadimplemento de metade das prestações ajustadas para o segundo ano da relação contratual, que se renovava automaticamente. 2. Redução do valor da cláusula penal com fundamento no disposto no art. 924 do Código Civil de 1916, que facultava ao Juiz a redução proporcional da cláusula penal nas hipóteses de cumprimento parcial da obrigação, sob pena de afronta ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa.” (STJ, REsp 1.212.159/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 19.06.2012)

52 “CONTRATO ATÍPICO DE LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS CUSTOMIZADOS E ESPAÇO. SISTEMA DE COWORKING. (...) Desinteresse do locatário na prorrogação do contrato. Notificação enviada por e-mail que se reputa como válida, mas que, no entanto, não observou o prazo fixado em cláusula contratual. Contrato que determina a incidência de multa, de forma integral. Não cabimento, dadas as circunstâncias do caso concreto e sua finalidade. Excessividade e afronta ao disposto no art. 413 do CC configuradas. Multa devida proporcionalmente.” (TJSP, Apelação 1096760-63.2015.8.26.0100, Relª Desª Carmen Lucia da Silva, j. 11.07.2019, 25ª Câmara de Direito Privado)

53 “O compartilhamento de quota de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, criada com cláusula de indivisibilidade, constitui contrato atípico, regido pelas regras definidas pelos contratantes, admissível desde que não se revista de ilicitude ou contrarie a ordem pública e os bons costumes (...).” (STJ, REsp 61.890/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 18.06.98)

54 “Finalmente, a boa-fé, quer na contratação, quer na execução, desempenha um papel crucial na determinação dos chamados deveres acessórios e no apuramento da exigibilidade concreta segundo as circunstâncias nos contratos atípicos. Os contratos atípicos, precisamente porque são atípicos, veem excluído, ou muito reduzido, o recurso aos modelos regulativos que são os tipos e que dão aos contratos típicos talvez a maior parte da sua disciplina e os critérios para a solução das questões que se suscitam. Na falta dos tipos, os contratos atípicos têm de recorrer à boa-fé com mais intensidade e mais frequência do que os contratos típicos. A boa-fé não é, de modo algum, exclusiva dos contratos

a função concreta perseguida pelas partes (CC, art. 422), seja para coibir o abuso de direito (CC, art. 187)⁵⁵. Em caso envolvendo determinado contrato associativo atípico entre duas empresas, o STJ entendeu aplicável o *standard* comportamental, inerente à boa-fé, consistente na vedação à concorrência com a contraparte após o fim do vínculo, limitada especial e temporalmente:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. (...) EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena.

6. São válidas as cláusulas contratuais de não concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente.”⁵⁶

Como se pode perceber, os contratos atípicos não são insuscetíveis de controle de sua justiça interna⁵⁷. O princípio do equilíbrio contratual também incide sobre os contratos atípicos, de modo a mitigar o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato e a cancelar, em determinadas

atípicos, mas tem na concretização da sua disciplina uma importância muito particular.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 326).

Na doutrina brasileira: “(...) ao dispor sobre a atipicidade, o Código Civil atou a sua licitude à observância ‘das normas gerais fixadas neste Código’ (art. 425), dentre elas a boa-fé. Ausente o auxílio das normas de direito supletivo e dispositivo que suprem a autonomia privada no disciplinamento dos contratos típicos, nos atípicos maior atenção terá que ser dada pelo julgador à equação econômica subjacente, ao fim visado pelas partes, e à boa-fé: aí o princípio, cuja eficácia é cogente, auxiliará no disciplinamento concreto do modelo criado ou ‘refuncionalizado’ pela autonomia privada” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Posição n. 5.861).

55 SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 246 e segs.

56 STJ, REsp 1.203.109/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 05.05.2015.

57 “A Justiça, como ordem ética e normativa, não deixa também de interferir na disciplina do contrato. Todo o Direito é orientado primordialmente para a Justiça. A justiça contratual levanta questões complexas no domínio da determinação da disciplina do contrato, entre as quais avulta a de saber se é suficiente o acordo livre e esclarecido das vontades das partes ou se é necessário ainda aferir o conteúdo da regulação contratada para assegurar a justiça interna do contrato. Os contratos atípicos, desligados que estão dos tipos contratuais, suscitam com maior acuidade a questão da justiça interna do contrato. Tal como sucede com a Moral, a Justiça dá ao contrato critério e constitui-lhe um limite.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 325)

situações, a intervenção do Judiciário nos contratos privados, por razões de *justiça comutativa*⁵⁸. Mesmo nos arranjos contratuais atípicos, o ordenamento jurídico não é indiferente para com o conteúdo dos regulamentos contratuais⁵⁹.

O reconhecimento do equilíbrio contratual como princípio autônomo não demanda a equivalência *absoluta* entre as prestações assumidas pelas partes – o que afrontaria a economia de livre mercado, constitucionalmente consagrada. Ao contrário, o que o princípio impõe é tão somente um *controle de proporcionalidade*, de modo a evitar “manifestas desproporções ou disparidades macroscópicas”⁶⁰. Afinal, em uma economia de mercado, nada há de ilegítimo em que as partes busquem maximizar o seu próprio lucro e, talvez por isso mesmo, seja razoável presumir o equilíbrio das relações jurídicas em geral – notadamente aquelas ditas *simétricas* ou *paritárias*.

O ingresso em relações jurídicas desequilibradas deve ser excepcional e, se for o caso, escrutinado à luz de alguma circunstância merecedora de tutela (tal como a concessão de liberalidade à contraparte ou a alocação expressa de determinado risco). Em não havendo fundamento que justifique a desproporcionalidade substancial das prestações, justificar-se-á a intervenção judicial em prol do reequilíbrio da composição negocial⁶¹.

58 “A *justiça substancial*, ou *material*, ou, ainda, como diz Larenz, a *justiça compensatória*, não se contenta com esta igualdade meramente formal das partes, antes busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa – e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam adequada contrapartida dos sacrifícios que assume.” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 221)

59 Segundo já reconheceu o Min. Ruy Rosado de Aguiar em precedente do STJ: “Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, *com a condição de serem justos* (...). Nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da autonomia privada, dispor sobre os seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, *se dela resultar iniquidade ou injustiça*. O primado não é da vontade, é da justiça (...)” (STJ, REsp 45.666/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 17.05.94).

60 SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 328. Segundo Perlingieri, em matéria contratual, o princípio da proporcionalidade serve “não para impor uma equivalência entre prestações, mas para evitar uma desproporção excessiva e injustificada entre elas”, de modo a exigir do intérprete o controle de merecimento de tutela da composição negocial (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 411).

61 “É notório que, em uma economia de mercado, os contratantes perseguem a maximização do seu próprio lucro. Entretanto, exatamente porque tal estratégia afigura-se comum a ambas as partes, há uma expectativa intrínseca dos próprios contratantes de que o contrato, como resultado do embate entre interesses contrapostos, exprima equilíbrio entre as posições situadas em relativa paridade. (...) [O]s contratantes presumidamente ingressam em relações equilibradas. Se deixam de fazê-lo por alguma razão merecedora de tutela (e.g., prática de uma liberalidade, assunção deliberada de um risco para maximizar seus ganhos), é preciso que tal razão possa ser inequivocamente extraída do contrato celebrado, sob pena de se valer o intérprete da presunção de que ocorre, no caso concreto, exatamente aquilo que ocorre no comum dos casos: a busca de relações contratuais equilibradas.” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 206)

Nos contratos típicos, o tipo legislativo serve para nortear o exame da justiça interna do contrato (por exemplo, em uma compra e venda, a análise da proporcionalidade entre as prestações perpassa pelo cotejo entre o preço e o valor de mercado do bem objeto da transação). Diferentemente, nos contratos atípicos, em não havendo modelo legislativo especificamente aplicável, a valoração do equilíbrio entre as prestações assumidas pelas partes é ainda mais delicada, devendo levar em consideração o escopo almejado pelas partes e a alocação concreta de riscos consubstanciada no contrato. Nesse sentido, adverte Judith Martins-Costa:

“(...) equilíbrio não significa equivalência absoluta entre as prestações nem, muito menos, hoje em dia (dada a atipicidade contratual) pode ser figurado unicamente pela imagem dos pratos da balança grega, antes devendo ser metaforizado, em determinados contratos marcados pela complexidade subjetiva ou objetiva, pela imagem de um *móbile*, em que diversos elementos estão simultaneamente em situação de estabilidade, considerado, porém, o conjunto em seus específicos pesos e contrapesos.”⁶²

Em mais de um precedente, o STJ já reconheceu que a atipicidade não é óbice intransponível ao controle da justiça interna do contrato. Em determinado precedente envolvendo acordo atípico de parceria rural, a Corte assentou a possibilidade de, em tese, proceder à valoração da proporcionalidade das prestações assumidas pelas partes (o que, no caso, fora empreendido pelas instâncias ordinárias):

“O contrato celebrado entre a companhia de alimentos e o pequeno produtor rural para a instalação de um aviário destinado à engorda de frangos para o abate, com recíprocas obrigações de fornecimento de serviços e produtos, é um contrato atípico, mas nem por isso excluído de revisão judicial à luz da legislação agrária e dos dispositivos constitucionais que protegem a atividade rural.”⁶³

Em outro julgado, envolvendo o contrato complexo de *leasing*, a Corte reconheceu a invalidade da cláusula que impunha ao arrendatário a obrigação de pagamento das parcelas posteriores à resolução do contrato e à retomada do bem, dada a evidente iniquidade de tal avença:

“ARRENDAMENTO MERCANTIL. *LEASING*. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO DO ARRENDATÁRIO.

62 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Posição n. 12.242.

63 STJ, REsp 171.989/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 20.08.98.

CONSEQUÊNCIAS. NÃO EXIGIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS.

I – O inadimplemento do arrendatário, pelo não pagamento pontual das prestações autoriza o arrendador a resolução do contrato e a exigir as prestações vencidas até o momento da retomada de posse dos bens objeto do *leasing*, e cláusulas penais contratualmente previstas, além do ressarcimento de eventuais danos causados por uso normal dos mesmos bens. O *leasing* é contrato complexo, consistindo fundamentalmente num arrendamento mercantil com promessa de venda do bem após o término do prazo contratual, servindo então as prestações como pagamento antecipado da maior parte do preço. No caso de resolução, a exigência de pagamento das prestações posteriores à retomada do bem, sem a correspondente possibilidade de o comprador adquiri-lo, apresenta-se como cláusula leonina e injurídica.”⁶⁴

De igual modo, o princípio da função social (CC, art. 421) também incide sobre os contratos atípicos, impondo, na medida do possível, que a relação contratual, transcendendo os interesses individuais das partes contratantes, seja útil à promoção de outros interesses extracontratuais relevantes, merecedores de tutela⁶⁵. O contrato, seja ele típico ou atípico, deve, na medida do possível, ser “instrumento de realização do projeto constitucional”⁶⁶.

Em vista do exposto, é possível afirmar que os contratos atípicos não se situam em uma zona de liberdade absoluta: também neles, a autonomia negocial deverá conformar-se ao ordenamento, sujeitando-se, como quaisquer outros contratos, a um controle funcional e axiológico.

5 Considerações Finais: um Olhar para o Futuro

Procurou-se, ao longo deste trabalho, trazer algumas contribuições para a solução das controvérsias que podem surgir no âmbito dos contratos atípicos. A ausência de um esquema legislativo aplicável aos contratos atípicos, definitivamente, não os torna imunes ao controle de legalidade e merecimento de tutela.

64 STJ, REsp 154.921/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, j. 02.02.99.

65 Segundo Teresa Negreiros, “(...) a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206).

66 TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 323.

Nos contratos atípicos, como em quaisquer outros contratos, a autonomia negocial deve ser conformada ao ordenamento e funcionalizada à tábua axiológica constitucional. O vácuo legislativo em relação à composição negocial torna a valoração de tais atos de autonomia privada apenas mais instigante e desafiadora, não dispensando o juiz, no processo de qualificação, de se reconduzir ao ordenamento.

Os diversos precedentes jurisprudenciais examinados corroboram a possibilidade – e necessidade – de o intérprete proceder a um controle valorativo da autonomia negocial manifestada nos contratos atípicos, à luz de princípios como a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato.

Ademais, o trabalho buscou fornecer alguns recursos para a interpretação e a integração dos contratos atípicos – que, de modo geral, não destoam dos critérios aplicáveis aos contratos típicos. São eles: os usos e costumes, a equidade e a analogia, além das cláusulas gerais e dos princípios constitucionais.

Os usos e costumes ganham especial relevância nas hipóteses de contratos socialmente típicos que, não obstante, ainda não tenham recebido o beneplácito do legislador. A equidade, na busca da disciplina justa de um contrato atípico, deverá sempre se reconduzir ao ordenamento jurídico. Em determinadas hipóteses, poder-se-á também cogitar da aplicação, por analogia, de norma jurídica prevista pelo legislador com relação a um tipo contratual semelhante, contanto que não se viole a autonomia das partes contratantes ao fugirem do tipo legislativo.

Os contratos atípicos, como expressão máxima da criatividade e da inovação humana, são extremamente dinâmicos e encontram-se em constante mutação. Recentemente, o STJ teve a oportunidade de enfrentar controvérsia afeta ao contrato atípico de hospedagem por meio de plataformas digitais – prática que se difundiu em larga escala nos últimos anos, especialmente por meio da plataforma *Airbnb*⁶⁷. Como adverte Pedro Pais de Vasconcelos, “não é

67 “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO RESIDENCIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. LOCAÇÃO FRACIONADA DE IMÓVEL PARA PESSOAS SEM VÍNCULO ENTRE SI, POR CURTOS PERÍODOS. CONTRATAÇÕES CONCOMITANTES, INDEPENDENTES E INFORMAIS, POR PRAZOS VARIADOS. OFERTA POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS ESPECIALIZADAS DIVERSAS. HOSPEDAGEM ATÍPICA. USO NÃO RESIDENCIAL DA UNIDADE CONDOMINIAL. ALTA ROTATIVIDADE, COM POTENCIAL AMEAÇA À SEGURANÇA, AO SOSSEGO E À SAÚDE DOS CONDÔMINOS. CONTRARIEDADE À CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO QUE PREVÊ DESTINAÇÃO RESIDENCIAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os conceitos de domicílio e residência (CC/02, arts. 70 a 78), centrados na ideia de permanência e habitualidade, não se coadunam com as características de transitoriedade, eventualidade e temporariedade efêmera, presentes na hospedagem, particularmente naqueles moldes anunciados por meio de plataformas digitais de hospedagem. 2. Na hipótese, tem-se um contrato atípico de hospedagem, que se equipara à nova modalidade surgida nos dias atuais, marcados pelos influxos da avançada tecnologia e pelas facilidades de comunicação e acesso proporcionadas pela rede mundial da internet, e que se vem

possível prever de antemão o que virão a ser os contratos atípicos que vierem a ser celebrados no futuro”⁶⁸.

TITLE: Atypical contracts under the Brazilian law: brief remarks.

ABSTRACT: This paper aims to examine atypical contracts, which are not expressly regulated by the law, in order to help provide their regime. Based on the applicable case law, the paper will establish interpretation and integration criteria for atypical contracts, as well as define the applicable limits to contract freedom in such cases, under the civil constitutional perspective.

KEYWORDS: Atypical Contracts.

6 Referências Bibliográficas

ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 24. ed. Revisão de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

tornando bastante popular, de um lado, como forma de incremento ou complementação de renda de senhores, e, de outro, de obtenção, por viajantes e outros interessados, de acolhida e abrigo de reduzido custo. 3. Trata-se de modalidade singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de estrutura típica residencial familiar, exercida sem inerente profissionalismo por aquele que atua na produção desse serviço para os interessados, sendo a atividade comumente anunciada por meio de plataformas digitais variadas. As ofertas são feitas por proprietários ou possuidores de imóveis de padrão residencial, dotados de espaços ociosos, aptos ou adaptados para acomodar, com certa privacidade e limitado conforto, o interessado, atendendo, geralmente, à demanda de pessoas menos exigentes, como jovens estudantes ou viajantes, estes por motivação turística ou laboral, atraídos pelos baixos preços cobrados. 4. Embora aparentemente lícita, essa peculiar recente forma de hospedagem não encontra, ainda, clara definição doutrinária, nem tem legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, não se confunde com aquelas espécies tradicionais de locação, regidas pela Lei nº 8.245/91, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de aluguel por temporada (art. 48 da Lei de Locações). 5. Diferentemente do caso sob exame, a locação por temporada não prevê aluguel informal e fracionado de quartos existentes num imóvel para hospedagem de distintas pessoas estranhas entre si, mas sim a locação plena e formalizada de imóvel adequado a servir de residência temporária para determinado locatário e, por óbvio, seus familiares ou amigos, por prazo não superior a noventa dias. 6. Tampouco a nova modalidade de hospedagem se enquadra dentre os usuais tipos de hospedagem ofertados, de modo formal e profissionalizado, por hotéis, pousadas, hospedarias, motéis e outros estabelecimentos da rede tradicional provisor de alojamento, conforto e variados serviços à clientela, regida pela Lei nº 11.771/08.” (STJ, REsp 1.819.075/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ o acórdão Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 20.04.2021)

68 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 333.

PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. Tomo 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Cláudia Lima Marques et al. São Paulo: RT, 2012. Tomo 38.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 47. ed. Padova: CEDAM, 2015.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

Recebido em: 02.05.2023

Aprovado em: 20.06.2023