

## Contrato mixto (1)

*Honório Monteiro*

O problema dos contratos mixtos é coetâneo das primeiras codificações, mas o estudo ordenado ou sistemático da matéria data das produções fundamentais de Hoeniger e Schreiber.

Ao disciplinar as relações contratuais, a lei abrange as de prática freqüente e contornos definidos erigindo-as á categoria de paradigmas ou modelos contratuais.

Mas a lei escrita cristaliza, de certo modo, o direito e entrava-lhe algum tanto a orgânica evolução. Ele vai, contudo, progredindo a passo tardo e determinando, destarte, o assincronismo entre a norma escrita e a realidade prática.

Enquanto a complexidade crescente da vida moderna e a incessante evolução econômica impõem exigências contratuais, não contempladas em lei nem previstas pelo legislador, o direito escrito, que não pode seguir de perto o rápido evolucionar da vida econômica, permanece inalterado, até que os fenômenos sociais em todos repercutam pela sua intensidade, e até que sejam removidos os entraves de ordem política e satisfeitas as naturais cautelas de qualquer reforma legislativa.

Este fato, aliás inevitável, determina a existência de largos períodos caracterizados por uma discrepância entre a lei e a vida real, entre as categorias contratuais disciplinadas pela lei escrita e os objetivos e realizações econômicas.

---

(1) Excerpto de uma preleção.

Correspondendo, quanto possível, ás realidades, a lei prevê, descreve e disciplina os tipos contratuais que as necessidades sociais solicitam, aquêles que mais freqüentemente ocorrem e normalmente correspondem ás exigências comuns do tráfico jurídico: — são os contratos *tipos*, disciplinados pelo Cod. Civil e pelo Cod. Comercial. Surgem, porém, novos fatos sociais, novas manifestações econômicas repontam e, por via de consequência, outras modalidades contratuais se formam, determinadas pela necessidade de corresponderem, adequadamente, ao tráfico econômico e ás lutas concorrentes. E, assim, resultam insuficientes os tipos de contratos previstos e disciplinados; a lei manifesta-se, em sua letra, deficiente ou lacunosa na satisfação do seu mister de regular as modalidades que o tráfico incessantemente assume, e cujo variar se move dentro do amplo círculo da *liberdade de contratar*.

Aparecem, destarte, na vida prática, alguns contratos que se não conformam nem coincidem com os paradigmas ou categorias legais, contratos que se apresentam como verdadeiros negócios anômalos, em confronto com os legalmente disciplinados.

Ninguém nega eficácia a êstes contratos, que traduzem, aliás, a própria vida social no seu ininterrupto ascender na escala do progresso. Mas, por isso mesmo, depara o jurista com o problema da disciplina jurídica a que se devem submeter tais contratos: como enquadrá-los no direito sistematizado, ou como reconhecê-los e aceitá-los em face da lei escrita?

Possuem os Códigos, sem dúvida — como sistemas orgânicos completos — força de expansão e elasticidade que os amolda ás necessidades sociais nascentes. Todos os Códigos têm princípios fundamentais de obrigação e, em plano mais elevado, princípios gerais de direito, que o informam e lhe dão vida e maleabilidade, tornando possível, na vida prática, a aplicação de suas normas áquelas relações concretas, que não coincidem perfeitamente com as categorias abstratas, previstas e delineadas pelo legislador.

Certo professor francês, fundado na orgânica elasticidade dos Códigos, e especialmente na afinidade que apresentam as diversas modalidades contratuais, nega se possa qualificar de novos os inúmeros contratos como tais considerados pela generalidade dos autores. Para êsse professor, todos os contratos têm por objeto coisas, ou trabalho, ou direitos — tudo fixado na lei, não passando, portanto, os pseudo-novos contratos de combinação de contratos já conhecidos e regulados.

Não nos parece procedente a opinião do professor francês, porquanto, se é verdade que as prestações contratuais podem ser reduzidas ás categorias de coisa, trabalho e direito, também é certo que uma prestação para que se possa dizer legalmente regulada, é preciso que especificamente coincida com o previsto na lei, não sendo suficiente o fato de pertencer á mesma categoria.

Cada um dos tres objetos contratuais apontados — coisa, trabalho e direito — comporta prestações de modalidades ilimitadas e diversas, nem todas, em seu peculiar conteúdo, reguladas por lei.

E' incontestável, e a prática diuturna ministra exemplos: contratos ha que são absolutamente novos, resultantes exclusivas da coordenação de elementos que a lei ignora completamente, v. gr., os contratos, hoje comuns, de *concorrência*.

Outras vezes, a maioria delas, trata-se de modificações dos tipos legais aos quais se juntam elementos novos.

Semelhante asserto foi evidenciado pelo Prof. Arcangeli, á vista das *causas* destes novos contratos, ou melhor, pela análise da função econômica que são destinados a preencher, ou ainda, pelas necessidades sociais a que correspondem.

Trata-se de necessidades inteiramente novas e, neste caso, novas serão, por igual, as construções objetivas das relações contratuais. As necessidades são idênticas ás previstas no direito objetivo, mas divergentes nos meios práticos de sua satisfação; ou as necessidades são apenas semelhan-

tes ás previstas na lei, e neste caso, as relações contratuais, muito semelhantes a algum tipo abstrato delineado na lei, dêle discrepam, ou porque lhes falta algum elemento essencial ao contrato tipo, ou porque ao contrato tipo se vêm juntar outros elementos que lhe alteram os contornos e a fisionomia, se não a essência.

Êstes elementos ou particularidades, que se fundem nos contratos tipos para satisfazer necessidades da vida prática, podem ser desconhecidos da lei, ou só dela conhecidos, considerados e disciplinados ao delinear o tipo contratual diverso daquele a cuja ilharga se apresenta na prática.

E aqui temos o contrato *mixto*: união de varios elementos, legalmente disciplinados em contratos diversos, formando contrato distinto, por não ser nem um nem outro dos regulados por lei, mas um mixto de elementos de varios dêles.

Como vemos, é da discrepância entre a realidade prática e a sistematização legal, que decorre a possibilidade lógica e prática, dos contratos mixtos e do problema da sua disciplina jurídica. São contratos que não coincidem exactamente com nenhum dos tipos contratuais disciplinados pela lei, mas cujo conteúdo, em rigor, perante a lei, não se poderia dizer novo. Não são contratos nominados, porque não coincidem com nenhum dos legalmente qualificados. Repugna enquadrá-los entre os inominados, porque os seus elementos componentes não são estranhos á lei.

Mas nem todas as formas anômalas de contratos são contratos mixtos, que só existem, em verdade, quando o contrato, com estrutura unitária, é a resultante de várias prestações conseqüente ao concurso de varios negócios.

Não é bastante a pluralidade de prestações para que se tenha a figura do contrato mixto, porque pode tratar-se de simples união de contratos nos quais cada prestação corresponda a contrato distinto e autônomo embora unido a outros.

Também importa indagar se o concurso de prestações, ou o conteúdo complexo com que se apresenta o contrato,

não é apenas aparente, derivado da não coincidência entre o escopo típico do contrato efetuado e o escopo peculiar ao contrato de cuja forma foi vestido, como ocorre nos contratos indiretos.

A grande amplitude que os autores têm dado aos contratos mixtos resulta exatamente do qualificarem de contratos mixtos, a união de contratos, ou os contratos indiretos — o que não aceitamos.

A condição estrutural para que se possa falar em contrato mixto é “o concurso de pluralidade de prestações típicas de varios contratos, em contrato único”

A complexidade objetiva da relação contratual é condição necessária ao conceito do contrato mixto, mas, não é suficiente — requer-se, outrossim, “o concurso de pluralidade de prestações, em contrato único, isto é, a fusão de varios tipos contratuais, ou de elementos típicos de varios contratos, conseqüente á fusão de várias causas”, tendo, como resultante, a objetivação de contrato único.

Note-se ainda: varios contratos existem aos quais, embora apresentem união de prestações típicas de contratos diversos, falta a *fusão de causas*, que constitue, a nosso ver, a essência do contrato mixto.

Referimo-nos áqueles contratos nos quais a própria lei, ao descrever-lhes o tipo, não só prevê a hipótese da concorrência de várias prestações, como ainda considera estas essenciais á sua estrutura.

Dentre êstes contratos queremos fazer sobressair o contrato de sociedade, que muitos consideram contrato mixto.

No contrato de sociedade, a contribuição dos socios, efetivamente, pôde assumir, e em regra assume, o aspecto de verdadeiras e próprias prestações peculiares a contratos de tipos diversos. Pode consistir na transferência de propriedade, na cessão do uso ou na simples prestação de serviços, objetos êstes peculiares a contratos diversos.

Mas, não obstante esta pluralidade de prestações diversas, não se verifica, no caso, a fusão de varios contratos tí-

pos, para dar origem ao contrato de sociedade. Este é um tipo especial de contrato, cuja conformação legal permite o concurso de prestações de natureza diversa. Evidencia o nosso asserto a própria definição que o art. 1.363 do Cod. Civil nos dá de sociedade — “contrato mediante o qual as pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus *esforços ou recursos* para lograr fim comum”.

Como observa Arcangeli, a função econômica neste contrato é pouco especificada, ou maior a elasticidade na determinação de seu escopo característico, o que tudo permite seja sempre disciplinado pelas mesmas normas e permaneça o mesmo, não obstante compreenda prestações que, tomadas isoladamente, são reguladas em função de contratos distintos.

É preciso, outrossim, excluir aquêles contratos nos quais, não obstante a pluralidade de prestações, apenas uma é fundamentalmente típica ou peculiar a certo contrato, permanecendo as demais em plano secundário, como prestações acessórias ou subordinadas, v. g. quando, ao lado da prestação característica de um contrato, se vem juntar um elemento secundário de outro, sem influir na formação ou na estrutura econômico-jurídica do contrato considerado.

Verifica-se esta hipótese quando aos elementos típicos de um contrato se juntam alguns elementos eventuais e não informativos de outro contrato, mas disciplinados por lei.

Dentre êstes elementos sirva de exemplo — a subordinação da perfeição do contrato de compra e venda á prova da coisa comprada; a obrigação de o vendedor despachar a coisa vendida. Êstes elementos, e outros que fôra longo enumerar, não são essenciais á caracterização do contrato de compra e venda, não são elementos peculiares ou orgânicos. A fusão dêstes elementos como elementos característicos de outro contrato, não produz o contrato mixto, que decorre da fusão de elementos tipos de dois ou mais contratos.

Ainda não se terá o contrato mixto, quando á prestação ou elemento típico de um contrato, outro se agrega que não conserva êsse caráter, em virtude da posição subordinada em que se apresenta.

Isto verifica-se quando uma das prestações não foi querida em si mesma, e entra no contrato como acessório da prestação principal.

Repetindo, pois: sempre que duas ou mais prestações características de contratos diversos, queridas em si mesmas e conservando a própria autonomia, se apresentarem em sua função específica, reciprocamente coordenadas, objetivando um contrato único — temos o contrato mixto.

Nestes casos, defrontando-se prestações autônomas e igualmente queridas pelos contratantes, não pode verificar-se a absorção de uma delas, se não por outro motivo, porque a função econômica ou causa das prestações, não é a mesma.

O contrato mixto não se caracteriza pela função econômica de um ou de outro dos contratos combinados: caracteriza-se por uma nova causa que é a resultante da aliança harmônica das funções econômicas peculiares aos contratos associados. Nenhuma das prestações que se fundem exaure a expressão objetiva da causa ou função econômica do contrato mixto, o qual tem causa mixta, produto da combinação das duas ou mais prestações e das respectivas causas.

É o que se verifica na assinatura de caixa-forte, contrato generalizado pelos Bancos.

Das duas prestações em que se desdobra o contrato, uma não é principal em relação á outra, não ha absorção de uma delas. Ambas foram queridas pelas respectivas funções e não para tornar possível ou completar a outra. São ambas, por igual, necessárias á obtenção da complexa finalidade econômica do contrato — qual seja a de manter em lugar seguro os próprios valores, conservando-lhes a disponibilidade franca.

Situação idêntica se verifica no contrato de *venda com exclusividade*, isto é, quando um industrial se obriga a vender seus produtos exclusivamente a certa pessoa, dentro de determinada zona, caso em que temos o contrato de compra e venda e locação de serviços; igualmente, na venda de máquinas com o encargo de montagem e instalação — fusão de venda e compra e locação de serviços.

\* \* \*

Conceituado, embora em traços largos, o contrato mixto, deparamos com o problema de sua disciplina jurídica.

Tres as teorias apontadas a respeito, pela doutrina, a saber: teoria da absorção, teoria da combinação e teoria da aplicação analógica.

Dispensamo-nos de analisar a teoria da absorção. O próprio conceito exposto de contrato mixto a exclue.

Trata-se de teoria segundo a qual a disciplina jurídica relativa a um dos contratos intercorrentes absorve e lhe submete todas as prestações. Ora isto, é óbvio, só poderá ocorrer naqueles casos em que, dada a pluralidade de prestações, uma delas tenha a preeminência, á qual todas se subordinam como acessórias — o que vale dizer: inexistência de contrato mixto. Em verdade, pois, duas são as teorias: a da combinação e a da aplicação analógica ou dos contratos inominados.

A teoria da aplicação analógica ou do contrato inominado está ligada ao nome de Otto Schreiber que lhe deu expressão sistemática.

Para Schreiber não se justifica tratamento jurídico diferente para os contratos inominados e para os contratos mixtos: uns e outros estão sujeitos, igualmente, aos princípios gerais das obrigações e á aplicação analógica das normas legais pertinentés aos contratos semelhantes. Para o jurista alemão, não existe qualquer relação abstrata entre os diferentes fatos disciplinados em lei e os efeitos jurídi-

cos que a êsses mesmos fatos a lei atribue. A lei, no seu entender, previu exemplos concretos de contrato, constituindo os respectivos complexos normativos simples decisões, inaplicáveis sempre que a espécie corrente não coincidir perfeitamente, nas mínimas particularidades, com a prevista na lei.

Evidente o desacêrto.

As codificações modernas são complexos orgânicos de normas de proceder, dotadas, como tais, de valor abstrato, e, por isso, com aplicação que se não subordina, necessariamente, á só identidade dos elementos essenciais dos contratos; abrange também os elementos acidentais dêsses mesmos contratos.

Se prevalecesse esta teoria, a parte dos Códigos que trata dos contratos em espécie, como bem observou Asquini, quasi não teria aplicação, porque raro é o negócio a que se não junte algum fato, embora secundário, estranho ao paradigma legal. Ademais, a maioria dos contratos seria deixada aos azares das incertezas do processo analógico, quando, exatamente, são exigências fundamentais do direito — a certeza e a segurança.

Chegamos, assim, á teoria da combinação, sistematizada por Heinrich Hoeniger.

Segundo esta teoria, os contratos discrepantes dos paradigmas legais, porque a êles se agregaram elementos pertinentes a outros contratos e como tais considerados pelo direito escrito, devem ser regulados, contemporaneamente, pelas normas legais relativas aos diferentes elementos constitutivos do contrato, eliminados, pela doutrina e pela jurisprudência, os possíveis conflitos supervenientes na aplicação das várias normas.

Decomposto o contrato nas prestações componentes, individuado o *nomen juris* correspondente a cada prestação, determinadas as respectivas normas, procede-se á sua combinação orgânica.

Essa, a nosso ver, a disciplina jurídica dos contratos mixtos.

As objeções opostas á teoria da combinação e que a exigüidade do tempo não nos permite considerar, são de improcedência manifesta.

Mas a aplicação da disciplina combinada não é tão simples ou mecânica; deve preceder-lhe a avaliação, indubitavelmente delicada, da complexa finalidade do contrato e da conformação das diversas normas ao escopo contratual.

Nem sempre será possível aplicar, contemporânea ou cumuladamente, as normas pertinentes aos varios contratos que participam do contrato mixto, porque, na execução contratual, se raro poderão surgir dificuldades de aplicação cumulada das diversas normas, é todavia possível o conflito quanto ás normas relativas á formação, validade ou nulidade e prescrição de garantias legais do contrato.

Não é possível estabelecer regras de caráter geral nesta matéria. Ha, contudo, certos critérios diretivos fundamentais e de valor geral irrecusável.

Assim, tratando-se dos *requisitos* do contrato, a discrepância entre as normas concorrentes só poderá ser quanto á maior ou menor exigência. Ora, é evidente que as duas ou mais prestações integrantes do contrato mixto — que estão, por definição, em igual plano, e têm a mesma função e importância na configuração do contrato e na sua disciplina jurídica — não podem impedir que se aplique o preceito mais rigoroso. Respeitado este preceito, não se verifica nenhuma absorção, pois, como contrato único concluído entre as mesmas pessoas, não seria possível aplicar-lhe concomitantemente normas que dispõem de modo diverso aos requisitos do contrato.

Outro tanto dizemos das normas relativas á forma, por ser a convenção única e contemporâneo o acôrdo.

Sendo o contrato único, o defeito de forma em face de qualquer das normas concorrentes lhe determinaria por inteiro a nulidade.

Ressalvadas estas hipóteses — nas quais, considerações de ordem pública e a própria natureza das coisas exigem a aplicação exclusiva de preceitos relativos a um dos contratos intercorrentes — em tudo o mais o contrato mixto será regulado pelas normas pertinentes aos diversos contratos, mediante combinações subordinadas ao escopo complexo do contrato mixto, e de acôrdo com as circunstâncias de fato.