

# Contratos empresariais atípicos

## Atuais desafios para a sua compreensão e tratamento jurídico

---

**Ana Frazão**

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial na UnB. Ex-conselheira do Cade.

---

Como se sabe, os contratos atípicos são vistos tradicionalmente como a máxima expressão da autonomia privada, tendo indiscutível importância na seara empresarial, como instrumentos que são de inovação, criatividade e viabilização de distintos arranjos ou negócios para atender às demandas sociais e econômicas.

Quando se está diante de cenários em que a autonomia privada não tem maiores restrições nem há assimetria entre as partes, os problemas de tais contratos normalmente se restringem a saber quais são os seus parâmetros de interpretação e integração. Entretanto, em searas em que há importantes limitações à autonomia privada, especialmente em razão de normas imperativas que protegem direitos difusos ou direitos de vulneráveis, surgem novas ordens de preocupação em relação aos contratos atípicos, as quais pretende-se brevemente mapear no presente artigo.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que o foco da preocupação são os contratos que se distanciam, em sua substância, dos tipos legais, o que engloba os chamados contratos puramente atípicos – totalmente inovadores e originais em relação aos tipos legais –, os contratos juridicamente atípicos mas “socialmente” típicos – já que o conceito de tipicidade aqui utilizado é o legal<sup>1</sup> –, bem como os contratos mistos – decorrentes da combinação de elementos de dois ou mais tipos contratuais que, em seu conjunto, acaba resultando em um arranjo contratual substancialmente novo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, ensina Álvaro Villaça Azevedo (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 131) que “tipicidade significa presença, e atipicidade ausência, de tratamento legislativo específico”.

<sup>2</sup> Ver: VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995; DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000.

Observa-se, portanto, que a própria identificação do contrato atípico não é trivial, já que envolve cuidadoso exame entre o objeto e a estrutura do contrato sob exame com os arquétipos já previstos nos tipos legais. Sob essa perspectiva, a análise pode envolver um juízo sobre qual é a medida em que a utilização de elementos atípicos em contratos típicos podem desconfigurar estes últimos, tornando-os verdadeiros contratos atípicos<sup>3</sup>. Para tal análise, o que importa, portanto, é saber se o novo arranjo adquire uma autonomia própria em relação ao tipo contratual de que partiu.

Tal aspecto mostra que a conclusão pela atipicidade não é algo que decorre da mera vontade das partes, mas sim do efetivo descolamento do arranjo contratual diante dos tipos contratuais já previstos. Dessa maneira, o afastamento formal do tipo pelas partes obviamente não tem eficácia quando o contrato, em sua essência e estrutura, seja considerado típico. Na verdade, caso isso fosse possível, as partes poderiam facilmente contornar regras imperativas de contratos típicos, simplesmente afirmando que o seu arranjo contratual não se enquadra ao tipo ou conferindo-lhe novos nomes.

Esclarecida a questão da identificação dos contratos atípicos, é importante destacar que a autonomia privada, embora seja mais extensa em relação a eles, não pode obviamente ser considerada absoluta. Dentre os limites à inovação e à criatividade empresarial, encontram-se as cláusulas gerais do Código Civil, até diante do seu artigo 425, segundo o qual "É lícito às partes estipular contratos atípicos, **observadas as normas gerais fixadas neste Código.**" (grifos nossos)

Outros importantes limites aos contratos atípicos são aqueles impostos pelas chamadas áreas de "regulação dura" que, por tratarem de interesses difusos ou de vulneráveis, estruturam-se a partir de um conjunto de regras obrigatórias, que não podem ser afastadas pelas partes e que se aplicam sempre que estiverem presentes os seus pressupostos materiais de justificação. São exemplos o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, o Direito Ambiental e o Direito da Concorrência. Em todas essas áreas, aplica-se o princípio da primazia da realidade sobre a forma, até para evitar que as partes

---

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 127.

possam convenientemente mascarar ou tentar modificar a realidade por meio dos seus arranjos contratuais.

Diante desses limites, os contratos empresariais atípicos precisam se ajustar aos comandos obrigatórios das searas de regulação obrigatória, sob pena de, não o fazendo, estarem sujeitos à declaração de nulidade por simulação ou mesmo de fraude à lei imperativa, conforme o caso (CC, arts. 166 e 167).

Com efeito, por mais que uma das finalidades da atipicidade seja precisamente a de construir modelos mais vantajosos do que os previstos legalmente, em prol da inovação e da redução dos custos de transação, dentre outros objetivos econômicos, não se pode admitir que tais contratos se prestem à consecução de vantagens econômicas ou eficiências à custa do descumprimento de leis imperativas. É por essa razão que o exame dos contratos atípicos na atualidade requer uma cuidadosa reflexão sobre o equilíbrio entre autonomia e heteronomia.

Isso é particularmente importante porque, em várias das suas utilizações mais recentes, incluindo aí os negócios da chamada economia do compartilhamento, discute-se o problema da evasão da regulação jurídica imperativa – o que os americanos chamam de “*circumvention*”<sup>4</sup> –, por meio da criação de novos modelos contratuais cujo objetivo precípua é atingir objetivos e vantagens similares a de modelos legais regulados sem as respectivas responsabilidades. De fato, uma das questões mais atuais do debate contratual é a de que muitos dos novos modelos de negócios apresentam suas eficiências e redução de custos de transação precisamente porque se evadem de regulações importantes em prol de consumidores e trabalhadores.

Tais dificuldades muitas vezes se potencializam pelo tamanho e complexidade dos instrumentos contratuais, o que cria uma dificuldade inicial até mesmo para a compreensão do objeto do contrato e para saber se ele é realmente atípico ou se está apenas tentando “escapar” da regulação. Como se viu anteriormente, tal exame pode ser extremamente complexo.

O que é mais preocupante é que todos esses fenômenos estão ocorrendo e a teoria jurídica não está preparada para lidar com isso, até porque a

---

<sup>4</sup> ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. *Small Business Economics*. v. 47, n. 1, pp. 95-113, jun. 2016.

reflexão sobre os contratos atípicos é muito incipiente e dificilmente aborda aquele que é o problema maior da questão: como assegurar que os contratos atípicos continuem a cumprir seu importante papel de inovação sem se tornarem instrumentos fáceis para burlar leis imperativas.

Tudo isso mostra que há necessidade urgente de esforço concentrado dos juristas, a fim de criar uma base teórica – tanto jurídica como econômica – consistente em torno dos contratos atípicos, seja para propor critérios para identificá-los e diferenciá-los dos contratos típicos, seja para definir as cláusulas gerais e as normas imperativas que a eles se aplicam, seja para aprofundar a reflexão em torno dos problemas de fuga da regulação jurídica imperativa por parte de contratos atípicos.

*Publicado no portal Jota em 05 de Abril de 2017. Disponível em:  
<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-atipicos-05042017>*