

# **OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR**

*Professor Orlando Gomes*  
*Professor da Faculdade de Direito*  
*da Universidade da Bahia*

A liberdade de concluir contratos sofre limitação quando o sujeito de direito é forçado a se vincular a determinada pessoa, ou não pode recusar-se a travar relações jurídicas uniformes com os interessados em constituí-las.

Diz-se que, nesses casos, tem a **obrigação de contratar**.

A supressão da liberdade contratual, nesta sua manifestação, foi analisada, primeiramente, por **NIPPERDEY**, que a admitiu somente nos casos de uma disposição legal expressa impor a obrigação de contratar, mas a crescente

intervenção do Estado no domínio econômico originou situações nas quais se tornou necessária a eliminação da liberdade de recusa de contratar independentemente de determinação legal. Nessas situações, passou o contrato a ser, do mesmo modo, **necessário, forçado, coativo**.

Classificou-as **LARENZ**, distribuindo-as em três grupos:

- 1.º — contratos que se concluem no setor dos serviços públicos;
- 2.º — contratos que se realizam na área em que se manifesta interesse econômico de natureza geral (**economia dirigida**);
- 3.º — contratos cuja recusa de estipulação será contrária aos bons costumes.

No primeiro grupo, o problema de maior delicadeza é o da determinação dos limites da **obrigação de contratar**, evidente, como parece, que o simples fato de exercer alguém certa atividade no setor dos serviços de interesse público não basta para privá-lo da prerrogativa de recusar-se a contratar.

Sugerem-se diversos critérios de limitação dessa prerrogativa. Em primeiro lugar, o da exigência de ser a atividade exercida em regime de **monopólio**. Quem a promove não pode recusar-se a contratar. Se tivesse essa liberdade, arbitrariamente privaria qualquer pessoa do uso de serviço concedido no interesse geral. Pense-se na hipótese da recusa do fornecimento de energia elétrica pela empresa concessionária desse serviço. Não havendo outro fornecedor, quem precisasse de luz ou força não seria atendido, deixando de usufruir bem considerado vital.

O critério do monopólio revelou-se, entretanto, demasiadamente estreito. Reduz a **obrigação de contratar** à área dos serviços públicos diretamente exercidos pelo Estado, ou concedidos, e não permite exigí-la nos casos de monopólio virtual ou em situações que se assemelham, na prática, à que decorre da posição de superioridade de quem exerce atividade em caráter exclusivo. Demais destas razões, o conceito de **serviço público** é restrito, porquanto se sobrepõe à noção civilística de **prestação** e se deduz com referência aos três requisitos fundamentais de **titularidade estatal, interesse tutelado e objeto**. Verdade é que, recentemente, se vem refutando, não somente a teoria das prestações administrativas, como o princípio nominalístico da titularidade do Estado <sup>(1)</sup>, para admitir-se que qualquer atividade, **pública** ou **privada**, dirigida à realização de um fim social deve sujeitar-se à disciplina própria dos

(1) **GIANINI**, verbete "Attività amministrativa" in *Enciclopedia Del Diritto*; **POTOTSCHING**, I pubblici servizi apud *Ricca*, Sul cosiddetti rapporti contrattuali di fatto.

serviços públicos. Mas esse conceito amplo ainda não conseguiu desbancar a noção tradicional. Por outro lado, há situações que pedem o contrato coativo, mas não se acomodam ao novo conceito, por mais que se o elasteça.

Pretende-se, em consequência, que haja obrigação de contratar, não apenas quando determinada atividade é exercida em regime de monopólio, senão, igualmente, quando quem a exerce está, até circunstancialmente, em situação privilegiada. Deixa, assim, de ser relevante a natureza ou qualidade da prestação. Ainda não se trate do fornecimento de bens vitais, quem os fornece será obrigado a contratar caso se encontre em posição na qual a recusa seria abusiva.

A extrema latitude desse critério constitui obstáculo à sua aceitação. A obrigação de contratar é exceção à regra geral da liberdade contratual, violenta restrição à autonomia privada. Não se deve, por conseguinte, alargar o setor em que se apresenta como técnica estritamente indispensável à subordinação do interesse particular ao interesse geral.

Partindo do conceito de LARENZ relativo à existência de um comportamento social típico (*sozialtypischen Verhalten*), como nova fonte de obrigações, BULCK admite que, em relação a prestações ou bens vitais, há o dever de não recusá-los. Quando se trata de gêneros de primeira necessidade ou prestações socialmente valorizadas como necessárias à vida de cada cidadão, como o transporte, a eletricidade, a água, o gás e tantas outras, é inadmissível a recusa.

A superioridade do critério reside na limitação. Somente em relação às prestações ou bens vitais haveria obrigação de contratar.

Indaga-se, porém, se a relação jurídica, assim constituída, configura verdadeiro contrato.

A primeira dificuldade reside no próprio conceito tradicional dessa espécie de negócio jurídico. Contrato é o livre acordo de vontades para constituição de uma relação jurídica entre as partes. Nesse esquema, é logicamente impossível inserir o chamado contrato coativo, por isso que uma das partes é forçada a constituí-la. A própria expressão contrato coativo seria uma "*contradictio in adjecto*". O adjetivo briga com o substitutivo. Por mais que se distenda a noção de contrato, não se poderá estendê-la a uma relação jurídica, na qual o comportamento de uma das partes, para criá-la, é meramente passivo, e está predeterminado.

Inclinam-se os escritores mais afastados da linha dogmática tradicional pela negação da natureza contratual dos vínculos estabelecidos entre quem presta e quem recebe um serviço público. Dividem-se, porém, as opiniões.

Predomina, nessa volumosa corrente, a tese de que a relação jurídica deriva de imposição legal, instaurando-se por efeito de uma ordem da autoridade pública. Rejeita-se a idéia de **contrato**, explicando os adeptos dessa teoria que tal relação é regulada pelo **direito público** e repousa numa **situação estatutária**.

Essa explicação não é, entretanto, satisfatória, não apenas porque jogaria no comportamento unilateral do usuário, em última análise, a fonte da obrigação de prestar o serviço, mas, principalmente, pela inexistência de critério diferencial seguro entre as várias formas de gestão dos serviços vitais, de modo especial quanto às relações que se instauram entre o gestor e o usuário. (2). Não é, assim, solução unitária, nem explica o mecanismo da constituição da relação jurídica em termos que definam seus diversos aspectos. Não basta dizer, com efeito, que a relação jurídica decorre de imposição legal. É preciso qualificar sua fonte porquanto a lei não cria diretamente obrigações, limitando-se a emprestar a determinados fatos a significação de causa geradora, à medida que ocorrem. Se esse fato é o comportamento obrigatório do gestor, por não preexistir o direito à prestação, cai-se na figura privatística do **quase contrato** (3).

Procede, no entanto, a observação de que o comportamento do gestor do serviço público, ao se comprometer a prestá-lo, pratica **ato devido**. Não emite, realmente, **declaração de vontade** como expressão de **autonomia privada**. Falta-lhe, portanto, **caráter negocial**.

A objeção é séria. Admitem, porém, os contratualistas, que não perde esse cunho a declaração de simples adesão ao conteúdo preestabelecido de um contrato, uma vez que o acôrdo de vontades seja indispensável à criação da relação jurídica.

Outros sustentam que a obrigação de prestar o serviço **preexiste**, de sorte que nada mais faz o gestor do que cumpri-la. A situação assemelha-se à do compromisso, em **contrato preliminar**, de prestar consentimento em futuro contrato definitivo. A constituição desta relação jurídica necessariamente complementar também resulta de **ato devido**, distinguindo-se apenas pela circunstância de que sua realização se torna obrigatória em virtude de compromisso voluntário, enquanto o gestor de serviço público está coagido **legalmente** a prestar o consentimento.

Funda-se a explicação, porém, numa **ficção**, que a recambiará à faixa do contratualismo, onde enfrentaria o obstáculo de conciliar a negação da liberdade de concluir negócios jurídicos com a autonomia privada.

(2) RICCA, Op. cit., pág. 68.

(3) von THUR, *Teoría general del derecho civil alemán*, t. II, vol. 1

Pode-se, finalmente, incluir, na corrente anti-contratualista, a teoria de **LARENZ**. Afirma esse eminente civilista que quem usa um serviço público não se acha na condição da pessoa a quem se faz oferta de contratar, e, quem é obrigado a prestá-lo, não está na posição do que pode aceitá-la, ou não, com direito, inclusive, a fazer contraproposta. Assim, o uso de um serviço público não é aceitação de contrato por fato concludente, mas, sim, comportamento socialmente típico, que deve ser configurado como fonte autônoma de obrigações. O efeito obrigacional da relação jurídica não deriva, nem da vontade, nem da consciência do efeito jurídico, isto é, não decorre de um contrato, mas da conexão entre comportamento e resultado, pouco importando se houve, ou não, declaração de vontade válida.

A explicação é sobretudo ilustrativa na sua parte descritiva, mas, reduzida a suas proporções mais simples, faz do comportamento unilateral do usuário a fonte da obrigação do gestor. Esbarra, desse modo, com séria dificuldade, pois um comportamento unilateral atípico não pode incidir válidamente na esfera jurídica de outrem (4).

A se aceitar, por outro lado, que o comportamento socialmente típico se insere na moldura da autonomia privada, como pretendeu posteriormente **LARENZ**, seria admitir conceito demasiado amplo dessa autonomia, tornando-a sinônima de liberdade, e esvaziando, assim, seu conteúdo, conforme a justa ponderação de **RICCA**. Ademais, não se distinguiriam dois momentos lógicos inconfundíveis, a manifestação negocial através do comportamento típico e a execução da relação jurídica, consistente na prestação do serviço e pagamento do preço.

Discrepando de todas essas soluções, esclarece **SERNA** (5) que o problema se coloca em termos falsos ao se inseri-lo na perspectiva da obrigação de contratar, e, conseqüentemente, na indagação a respeito da possibilidade da recusa de estipular contrato. Assim equacionado, configuram-se, inexatamente, os casos de oferta ao público. O gestor de serviço público, bem como todas as pessoas que oferecem serviços ao público, propõe, indiscriminadamente, a estipulação de um contrato, pouco importando que a sua oferta derive de obrigação anterior, contraída com a administração pública, ou que a formule no exercício de sua autonomia privada. Ao anunciá-la, divulga as condições nas quais realizará o contrato. Quando alguém as aceita, o contrato está formado. Se, após a

(4) **RICCA**, Op. cit., pág. 56.

(5) *Le refus de contracter*.

aceitação, se recusa a prestar o serviço, está-se recusando a executar o contrato já concluído com a aceitação. Caso é, pois, de **inexecução contratual**. Não há cogitar, por conseguinte, de **obrigação de contratar** no sentido que se empresta à expressão, nem se pode discutir se tem direito a recusar o contrato, uma vez aceito nas condições propostas. Uma vez que, em tais ofertas, se contém todos os elementos do contrato a cuja conclusão se dirigem, não se qualificam como simples "*invitatio ad offerendum*". São, inequivocamente, propostas "*ad incertam personae*". Dizer-se que a oferta não constitui **declaração negocial**, porque o peticitante é obrigado a fazê-la por estar explorando um serviço público, não modifica a estrutura da relação jurídica instaurada com a **aceitação do oblato**. Para a conclusão de um contrato, não são necessárias duas declarações de vontade em sentido próprio, bastando duas manifestações volitivas, significativas para a criação da relação jurídica em que se inserem direitos e obrigações recíprocas <sup>(6)</sup>. O **intento negocial** pode manifestar-se mediante uma **declaração** e uma **atuação**, ou até mediante a combinação de dois **comportamentos**, como bem esclarece CAMPAGNA. A aceitação de um contrato mediante **comportamento concludente** tornou-se usual na vida moderna. Quem embarca num ônibus realiza, com essa atuação, o contrato de transporte, aceitando a oferta ao público da companhia exploradora do serviço. Quem deposita na agência do expedidor um pacote a ser transportado, pagando a tarifa, celebra o contrato de expedição mediante comportamento que implica aceitação.

A colocação do problema nos seus devidos termos facilita a explicação das diversas situações nas quais se vê uma **obrigação de contratar** quando, em verdade, já se trata de uma **obrigação de executar o contrato**. Tanto nos casos em que se trata de um serviço público, nos quais interfere o aspecto da **titularidade**, como naqueles em que não há sequer qualquer finalidade social na atividade do peticitante. O exibidor cinematográfico não tem **obrigação de contratar** com a pessoa que se apresenta no seu guichê para comprar o bilhete de ingresso, mas, como faz permanente oferta ao público, quem a aceita tem direito a exigir que cumpra o contrato, isto é, que venda o bilhete como estabelecido na oferta para aquisição do direito ao ingresso na sala de espetáculos e cumpra a obrigação de proporcionar o espetáculo a quem adquiriu o direito de assisti-lo.

Nessa perspectiva, o problema da **obrigação de contratar** é um falso problema.

(6) CAMPAGNA, I negozi di attuazione, pág. 126.